

# **NORMATIVISMO, HERMENÊUTICA E TEORIAS SISTÊMICAS: UMA APROXIMAÇÃO INICIAL DA TEORIA AUTOPOIÉTICA E SUA VISÃO SOBRE AS MATRIZES DO DIREITO - VISLUMBRE DE POSSIBILIDADES E LIMITAÇÕES**

*Moacir Camargo Baggio\**

**Sumário:** 1 Considerações iniciais: reconhecimento da hipercomplexidade da sociedade contemporânea em transição e da necessidade de estudo crítico do Direito e da Sociedade. Um método paradoxal de busca de uma inicial imparcialidade necessária para a abordagem do problema: descrevendo as observações de índole sistêmica sobre matrizes teóricas do Direito e suas possibilidades. 2 Sobre matrizes teóricas do Direito. Sumariedades a partir da descrição de uma visão comprometida com idéias sistêmicas. 3 Observando as "Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo político". Objetivos, ideia central do texto e roteiro de abordagem do tema. 4 Observações sobre Autopoiese. 5 Exemplo privilegiado de complexidade: o problema da verdade em relação ao Direito e à cultura, nos termos da descrição em consideração. 6 Os méritos e crises do normativismo Kelseniano segundo a visão sistêmica em descrição. 7 As reações pós-positivistas e suas aparentes insuficiências e inadequações atuais segundo a visão sistêmica em descrição. 8 O "Pluralismo Jurídico" como grande mudança teórica e política no raciocínio jurídico do final do século XX e início do XXI, nos termos do texto em consideração. 9 Considerações finais: um vislumbre de possibilidades e limitações das ideias objeto da descrição. 10 Referências.

**Resumo:** O reconhecimento da hipercomplexidade da sociedade contemporânea em transição, de índole global e multicultural, e da consequente necessidade de estudos críticos sobre o Direito e a sociedade neste contexto, é pressuposto que anima a presente investigação. Para contribuir com uma tal espécie de estudos, este ensaio inicialmente se propõe a identificar esforços acadêmicos tendentes a realizar uma possível enumeração das matrizes teóricas do Direito que atualmente abrigam as diferentes teorias sobre o tema, reunidas sob alguns pressupostos comuns. No intuito de tornar esse exercício mais produtivo e transparente à crítica - e ante a impossibilidade de eliminar o compromisso ideológico dos discursos-, elege, sem maior valoração ou adesão do autor a tal posicionamento, uma abordagem do problema feita a partir da visão de reconhecidos estudiosos de uma das determinadas matrizes e teorias: a matriz pragmático-sistêmica e a teoria do sistema autopoietico do direito. Busca-se, por meio de tal método, uma relativa imparcialidade descritiva que é paradoxalmente permitida justamente pela aberta posição assumida pelos autores dos textos observados, como defensores de tal teoria. Elege-se, por sua vez, tal matriz e teoria, para iniciar esta espécie de investigação, porque: a) já se realizou objetivamente este exercício de enumeração de matrizes no âmbito de tal teoria; b) permite-se, assim, a um só tempo, uma produtiva aproximação inicial, para fins de melhor compreensão e qualificação de eventual crítica, de uma teoria notoriamente hermética aos não-iniciados em suas bases. Apresentam-se, então, as matrizes do Direito atualmente mais relevantes, na visão de tais teóricos. Introduce-se o estudo das bases rudimentares de tal teoria e de suas possíveis vantagens para lidar com as complexidades sociais e jurídicas atuais e futuras, também por meio da mera descrição da fala de tais teóricos. Por fim, elencam-se algumas considerações acerca das possibilidades e limitações das ideias que são objeto deste estudo, preferencialmente na voz dos próprios teóricos em questão.

**Palavras-chave:** Sociedade contemporânea - multiculturalismo - matrizes teóricas do Direito - teoria do sistema autopoietico do direito - possibilidades - limitações

## **NORMATIVE, HERMENEUTICS AND THEORIES SYSTEM: AN INITIAL APPROXIMATION AUTOPOIÉTICA AND THEORY OF VISION ON THE MATRIX OF RIGHT - TRACE OF POSSIBILITIES AND LIMITATIONS**

**Abstract:** The recognition of hipercomplexidade of contemporary society in transition, global and multicultural in nature, and the consequent need for critical studies on law and society in this context, it is assumed that animates this research. To help with such a kind of study, this initial test is to identify academic efforts to achieve a listing of possible matrix theory of law that currently house the various theories on the subject, gathered under some common assumptions. In order to make this year more productive and transparent to the criticism - and to the impossibility of eliminating the ideological commitment of the speeches-, shall, without further evaluation of the author or accession to this position, made an approach to the problem from the view of recognized scholars of a certain matrices and theories: the matrix and the pragmatic-systemic theory of autopoietico system of law. The goal is, through this method, a relative impartiality that is descriptive paradoxically allowed just open the position taken by the authors of the texts seen as advocates of this theory. Elect is, in turn, this matrix theory and to start this kind of research, because: a) already held objective of this exercise enumeration of matrices in the context of this theory, b) can, therefore, a only time a productive initial approach, for better understanding and classification of possible criticism of a theory notoriously closed to non-insiders in their bases. They are then the matrices of the law more relevant today in view of these theorists. Place the study of the rudimentary foundations of this theory and its possible advantages for dealing with current social and legal complexities and future, also by the mere description of the speech of such theoretical. Finally, it lists some considerations about the possibilities and limitations of the ideas that are the object of this study, preferably in the voice of their own theory in question.

**Keywords:** contemporary society - multiculturalism - matrix theory of law - theory autopoietico system of law - possibilities - limits

**1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: RECONHECIMENTO DA HIPERCOMPLEXIDADE DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA EM TRANSIÇÃO E DA NECESSIDADE DE ESTUDO CRÍTICO DO DIREITO E DA SOCIEDADE. UM MÉTODO PARADOXAL DE BUSCA DE UMA INICIAL IMPARCIALIDADE NECESSÁRIA PARA A ABORDAGEM DO PROBLEMA: DESCREVENDO AS OBSERVAÇÕES DE ÍNDOLE SISTÊMICA SOBRE MATRIZES TEÓRICAS DO DIREITO E SUAS POSSIBILIDADES.**

---

\* Juiz Federal. Especialista em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC/RS e Mestrando em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões-URI/RS.

Reconhecimento da hipercomplexidade da sociedade contemporânea em transição e da necessidade de estudo crítico do Direito e da Sociedade. Um método paradoxal de busca de uma inicial imparcialidade necessária para a abordagem do problema: descrevendo as observações de índole sistêmica sobre matrizes teóricas do Direito e suas possibilidades.

São inquestionáveis as extraordinárias e profundas mudanças havidas no mundo e nas relações sociais no curso do último século e, mais particularmente e talvez com ainda maior intensidade e rapidez, das últimas décadas[1]. A realidade de uma sociedade que se tornou infinitamente mais complexa num período de tempo relativamente curto para tanto[2], mercê, por exemplo, da incrível aceleração de um não menos complexo fenômeno de globalização[3], está hoje amplamente evidenciada, tanto pelas ocorrências do cotidiano de cada um, quanto pelo elaborado universo das constatações acadêmicas[4]. A diversidade de valores, culturas, religiões, etnias e até individualidades postas em pressionado contato, de forma cada vez mais estreita e inescapável, pelo atual "apequenamento" de um mundo interligado por velloz informação e homogeneizados interesses (principalmente econômicos), causa estranhamentos inevitáveis. Como consequência, recrudescem conflitos intersubjetivos nascidos da "diferença"[5], bem como eclodem novas disputas, antes ausentes[6], entre indivíduos ou grupamentos humanos com valores, crenças ou objetivos de vida distintos - seja porque tais grupos ou indivíduos não se encontravam antes premidos pelas circunstâncias, seja porque se mantinham distanciados por formas de relativo isolamento hoje não mais possíveis (dentre outras plausíveis razões). E tudo, atente-se, quando, justamente em razão do próprio fenômeno da transnacionalização da sociedade, as possibilidades de ação efetiva de um Estado soberano sobre esta realidade parecem se reduzir[7] - nada obstante esse processo de agigantamento das demandas dirigidas a ele.

Tudo isso permite asseverar, então, com boa margem de segurança, que nos dias que correm tampouco há espaço para que se tenha qualquer dúvida razoável acerca das inevitáveis e marcantes consequências dessas amplas e radicais transformações para o Direito. A atestar indelevelmente essa realidade, marcadas crises de efetividade e de legitimidade estão aí a aflorar claramente ante os olhos de todos, quando se trata de tentar buscar uma adequada regulação das relações sociais atuais e resolução dos conflitos nelas havidos mediante a utilização de uma visão e de um instrumental tradicional do Direito.

É nesse contexto, pois, que se põe a necessidade de rediscutir criticamente os modos de observação da sociedade, o Direito propriamente dito, no que tange às suas possibilidades e limitações, bem como seu real e efetivo papel nessa nova e complexa ordem social.

Seria o caso, portanto, de, a rigor, se realizar um amplo estudo de identificação e de revisão crítica das visões ou pretensões de cada matriz teórica do Direito que hoje estejam à disposição de seus operadores e dos juristas para fins de enfrentamento da realidade descrita.

Como não há espaço para se levar a cabo uma tal hercúlea tarefa no âmbito restrito de um ensaio como o presente, aqui se propõe que esse trabalho de identificação de matrizes e de futura revisão crítica seja apenas insinuado a partir de algumas bases iniciais. Sugere-se como suficiente para o momento apenas um início de abordagem de tal problemática. E isso, por meio de um modesto esforço de simples descrição de algumas proposições tendentes ao equacionamento destas dificuldades.

Para tanto, a ideia é de que primeiro se busque precisamente reconhecer e individuar claramente a existência de algumas matrizes teóricas do Direito que hodiernamente se apresentam como verdadeiros pressupostos para a compreensão e tratamento adequado de toda essa problemática - vez que até mesmo essa necessidade elementar encontra-se hoje obscurecida nos debates sobre esse tema. Depois, seria o caso de se abordar, ainda que muito perfunctoriamente, os contornos mínimos de tais matrizes e sua forma de inserção e adequação nessa realidade de uma contemporaneidade em turbulenta transição.

Entretanto, mesmo com a redução das pretensões da investigação pela iniciativa de primordialmente privilegiar meras descrições de matrizes e seu modo de inserção na realidade social, esbarra-se, nesse passo, num sério problema: o fato de que toda a descrição é mediada pelos necessários e inafastáveis compromissos ideológicos de quem descreve. Uma necessária imparcialidade mínima de um investigador que pretenda verdadeiramente se abrir ao conhecimento das possibilidades das distintas matrizes, a partir do método de privilegiar sua pura descrição, então, parece ser inapelavelmente perdida.

Nesse passo é que surge a ideia de um método investigativo algo inusitado. Porque não partir da pura e simples descrição de investigação acerca do tema feita por estudioso declaradamente afiliado a uma determinada matriz teórica? Se com isso parece se abrir a possibilidade inicial de uma pura e simples descrição, para futuras investigações próprias de índole mais crítica, inclusive, mediante a devida contraposição de estudos similares de juristas afetos às demais matrizes teóricas?

Logo, a nova proposição para abordar o tema e prosseguir na dita investigação com o máximo de imparcialidade possível, passa a ser a seguinte: parte-se, nesse escrito, de um fragmento do trabalho de observação de renomado estudioso do tema que claramente elege uma das possíveis matrizes teóricas do Direito (a pragmático-sistêmica, como se verá), filiando-se expressamente a uma teoria a ela vinculada (a

teoria do sistema autopoietico do Direito), como proposta preferencial para encaminhar soluções no campo desta problemática. Adotam-se textos-base do referido autor que são, na medida do possível, apenas apresentados de forma descritiva, para que então se construam as condições de possibilidade de futuramente realizar exames críticos em nível mais aprofundado dessa teoria e dessa matriz que lhe dá base, bem como das teorias e matrizes distintas que dela divergem ou que nela encontram algum ponto de contato. Cria-se, como se vê, um ponto de apoio inicial para a discussão da questão das matrizes teóricas do Direito e das possibilidades de enfrentamento da hipercomplexidade do mundo contemporâneo a partir do afiliação de determinadas teorias a uma ou outra destas matrizes e seus necessários antecedentes e consequentes teóricos.

Por paradoxal que possa parecer, com um tal método ganha-se em termos de necessária imparcialidade investigativa inicial, vista aqui como a busca da suspensão temporária de preconceitos para fins de abertura necessária às razões de toda e qualquer teoria, porque assumidamente se abre a oportunidade de ver a dita matriz e a dita teoria defendidas por um de seus reconhecidos conhecedores, mantendo-se, ao mesmo tempo, o distanciamento necessário de quem aqui se propõe apenas a descrever uma das possíveis propostas para enfrentar as dificuldades da chamada modernidade tardia (ou pós-modernidade, como querem outros).

É por isso, então, que o que segue nada mais é do que uma tentativa de resumir e concatenar razões apresentadas essencialmente nos trabalhos intitulados "Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico" (parte inicial do livro "Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito") e "Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico", ambos publicados pelo Professor Doutor Leonel Severo da Rocha, naquilo que disser respeito ao tema delimitado anteriormente. Os referidos textos dão a base inicial para, primeiro, a apresentação das atuais matrizes teóricas do Direito de relevo, no sentir desta visão comprometida com as ideias sistêmicas - o que é feito de modo mais ostensivo no ponto seguinte -, e, depois, para um olhar do teórico do sistema autopoietico do direito sobre as dificuldades e desafios que se apresentam atualmente às diferentes matrizes e suas respectivas teorias - trabalho de descrição apresentado nos demais itens, desenvolvidos a partir da própria ordem e discurso estabelecido no segundo texto-base mencionado.

Alerta-se que muito do que estiver dito adiante não passará, pois, de mera reprodução dos referidos textos originais, constituindo-se em novidade, talvez, apenas o modo de apresentação das ideias, a sua apresentação conjunta para a finalidade específica desse trabalho, já declinada antes, e algumas notas de esclarecimento e observações de outros autores sobre o mesmo tema, quando parecer pertinente.

Por fim, destaca-se que a conclusão procurará não destoar demasiadamente dessa tentativa de afastamento da valoração de todas essas proposições e considerações extraídas dos textos-base, apresentando apenas um mínimo necessário para instigar a construção de futuras críticas e discussões, noutros lugares e noutros momentos mais oportunos, sobre o que tiver sido dito ao longo do escrito - e, ainda, na medida do possível, mediante a utilização de escritos de reconhecidos partidários da mesma teoria de matriz sistêmico-pragmática.

## **2 SOBRE MATRIZES TEÓRICAS DO DIREITO. SUMARIEDADES A PARTIR DA DESCRIÇÃO DE UMA VISÃO COMPROMETIDA COM IDEIAS SISTÊMICAS**

Para que seja possível uma melhor compreensão das discussões que são apresentadas no segundo texto-base a ser descrito nos itens seguintes, nos termos e para os fins já esclarecidos no item anterior, é fundamental que se apresente sumariamente e desde logo as matrizes teóricas do Direito que, no entender do autor de referência, são ainda passíveis de serem consideradas como relevantes neste momento de modernidade tardia.

Leonel Severo da Rocha fala, então, de três matrizes teóricas do Direito: uma matriz dita analítica, onde o Direito está profundamente comprometido com a ideia de normatividade (e daí, nesse sentido, se falar em normativismo, fazendo-se referência ao normativismo estrito de Kelsen e sua Teoria Pura do Direito), uma matriz hermenêutica (onde de certa forma se poderia falar em um comprometimento com um normativismo em sentido lato) e uma matriz dita pragmático-sistêmica, donde se originariam as teorias mais aptas ao enfrentamento das hipercomplexidades do mundo contemporâneo, no entender daquele autor.

E é do primeiro texto-base de referência, já indicado alhures, que se extraem as seguintes considerações, tendentes à confirmação do exposto e à atribuição de sentido e conteúdo a essas distintas matrizes, a partir de uma visão sistêmica:

"Assim sendo, num primeiro momento, na modernidade, o normativismo surge como um sistema jurídico fechado, em que as normas válidas se relacionam com outras normas, formando um sistema dogmático hierarquizado; e, num segundo momento, na globalização, surgem hermenêuticas que dizem que as normas jurídicas, no sentido Kelseniano, no sentido tradicional, não são mais possíveis, que é preciso haver uma noção mais alargada, uma noção mais ampla que inclua também regras, princípios,

diretrizes políticas, com uma participação maior da sociedade. A hermenêutica é um avanço da crítica jurídica porque aprofunda a questão da interpretação normativa, dando uma função muito importante aos juizes, advogados, e aos operadores do Direito em geral. Isto quer dizer que a hermenêutica fornece ideologicamente mais poder de ação. Entretanto, a hermenêutica jurídica também possui lacunas teóricas. A hermenêutica jurídica abre um importante ponto de preferência para a análise da sociedade, para a compreensão do Direito. Mas ela não explica suficientemente o que seja sociedade.

[...]

Assim, pode-se propor uma terceira etapa, além das matrizes normativistas e hermenêuticas, na qual pretende-se refletir melhor sobre o que é a sociedade. Para que se aprofunde a concepção de uma sociedade relacionada com o Direito é preciso rever-se completamente as relações do Direito com o social. Para tanto, o objetivo seria, basicamente, avançando além da hermenêutica, rediscutir-se a sociologia do Direito. O problema é qual Sociologia do Direito?

Pretendemos sugerir, para responder a essa questão algumas das possibilidades heurísticas que podem nos oferecer abordagens que vêm produzindo a 'epistemologia' construtivista, a partir das lingüísticas pragmáticas, as ciências cognitivas e a atual teoria dos sistemas, notadamente nos trabalhos de Luhmann, para proposta de uma nova teoria da interpretação jurídica e, conseqüentemente, de novas possibilidades para se avançar além da Semiótica do direito. Esta perspectiva permite uma revisão da racionalidade jurídica, redefinindo seus critérios tradicionais de cientificidade, ao abrir-se para observações que enfrentam questões normalmente omitidas na atribuição de sentido do direito, como a consideração positiva da existência de paradoxos na relevância significativa.

Observar é produzir informação. A informação está ligada à comunicação. A problemática da observação do direito deve ser relacionada com a interpretação jurídica. Para se observar diferentemente é preciso ter-se poder. A principal característica do poder é ser um meio de comunicação encarregado da produção, controle e processamento das informações. Uma das formas possíveis para se obter informações mais sofisticadas, de segundo grau, seria portanto o desenvolvimento de uma nova 'Teoria dos Meios de Comunicação do Direito.'

Desse modo, esta observação poderia estabelecer critérios para a constituição de uma teoria do direito, cuja função seria elaborar uma observação reflexiva sobre a totalidade da comunicação do direito. [...] Assim, para uma nova observação sobre o direito, capaz de permitir uma melhor compreensão das mudanças no entendimento do direito precisa-se trabalhar com matrizes teóricas diferentes daquelas tradicionais. Somente desde uma observação diferente, poder-se-á recolocar o sentido social da interpretação jurídica, que no século XX, foi dominada pela Semiótica. A hipótese que pretendemos esboçar nesse texto é que somente uma nova Matriz Jurídica, pode nos ajudar na reconstrução da teoria jurídica contemporânea, até então impotente para a compreensão e transformação dos acontecimentos deste início de milênio." (ROCHA, 2005 : 26-8 - destaques apostos).

Nesse momento do texto é que aquele autor passa a apresentar, então, a terceira Matriz Jurídica, e supostamente mais apta ao trato dos problemas hipercomplexos da modernidade, a Matriz Pragmático-Sistêmica, do que seriam representantes mais notórias e atuais tanto a "Teoria da Ação Comunicativa" de HABERMAS, como a "Teoria do Sistema Autopoietico do Direito", de LUHMANN - malgrado suas reconhecidas e não pouco relevantes diferenças e mesmo divergências[8].

Quanto à apresentação e abordagem propriamente dita da Pragmático-Sistêmica tem-se, então, sumariamente, o que segue:

"A interpretação na teoria dos sistemas parte do conceito de comunicação e está sempre ligada a uma teoria da ação. A análise sistêmica parte do pressuposto de que a sociedade apresenta as características de um sistema permitindo a compreensão dos fenômenos sociais através dos laços de interdependência que os unem e os constituem numa totalidade. O sistema, para Bertalanffy, é um conjunto de elementos que se encontram em interação. Nesta teoria, entende-se que o sistema reage globalmente, como um todo, às pressões exteriores e às reações de seus elementos internos. A moderna teoria social dos sistemas foi delineada classicamente por Parsons [em nota: Talcott Parsons. 'Sistema Social'. Madrid: Revista de Occidente, 1976.]. No entanto, a teoria dos sistemas renovou-se enormemente com as contribuições das ciências cognitivas, das novas lógicas e da informática, passando a enfatizar os seus aspectos dinâmicos. Do ponto de vista epistemológico, pode-se enfatizar a importância do chamado 'construtivismo' para esta transformação. O construtivismo entende que o conhecimento não se baseia na correspondência com a realidade externa, mas somente sobre as construções de um observador (Von Glaserfeld, Heinz Von Foerster). Para a área jurídica, nesta última linha de investigação, é interessante salientar-se, dentro dos limites deste texto, duas perspectivas neoparsonianas: a 'teoria da diferenciação' e a 'teoria da ação comunicativa'.

Para as teorias neo-sistêmicas, a interpretação não pode mais restringir-se ao formalismo lingüístico da semiótica normativista de matriz analítica, nem ao contextualismo, um tanto psicologista, da matriz hermenêutica, mas voltar-se para questões mais sistêmico-institucionais. Nesta perspectiva,

centra-se nas formas de interpretação elaboradas pelos 'meios de comunicação simbolicamente generalizados', nas 'organizações' encarregadas de produzir decisões jurídicas, e nas novas maneiras de decidir conflitos, como a 'arbitragem' e a 'mediação'." (ROCHA, 2005 : 28-9 - destaques apostos).

Por fim, destacando que LUHMANN seria "o autor que mais interessa aprofundar nesse momento"[9], no que tange àqueles compromissados com tal matriz, ROCHA explicita o modo de inserção de tal autor na pragmático-sistêmica e os contornos ou pressupostos remotos de sua teoria do sistema autopoietico do Direito, bem como um início de demonstração das razões de sua preferência declarada pelas respostas luhmannianas às crises da contemporaneidade[10]:

"Luhmann sempre teve uma polêmica com Habermas, colocando algumas noções um pouco diferentes, embora, em grandes linhas, a trajetória seja semelhante à de Habermas. Trata-se de uma teoria dos sistemas com um retorno a certas bases filosóficas, à Teoria de Hegel. Hegeliano, Luhmann vai inspirar-se numa dialética e, com isso, ele vai colocar que o mais importante não é uma perspectiva que está em Habermas, de se obter o consenso, mas dizer que, ao contrário, o sentido da sociedade é a produção da diferença. É sempre preciso produzir diferença, não consenso, na linha de Habermas, nem, de maneira nenhuma, estabilização, na perspectiva de Parsons, mas o fundamental é a produção da diferença. A sociedade tem de ser observada com o critério de produção do diferente.

Por isso, a teoria de Luhmann é uma concepção de mundo que pode ser chamada, na falta de outro nome, pós-moderna. Teoria que acentua não a racionalidade, não o consenso, mas a produção da diferença, da fragmentação, da singularidade. É uma teoria crítica nesse sentido avançando o máximo possível além de qualquer noção de racionalidade tradicional. É claro que continua aproveitando um pouco das contribuições de Weber e Parsons, mas a sociedade, na perspectiva de Luhmann, é uma sociedade que visa à produção da diferença. Introduziu-se toda essa trajetória para se salientar a importância da teoria sociológica do Direito. Weber colocou a problemática da ação, da decisão; Parsons, a problemática dos sistemas. E Luhmann vai rever tudo isso e aprofundar numa teoria da sociedade contemporânea." (ROCHA, 2005 : 29-30).

Encaminha, a seguir, o esclarecimento de que Luhmann vai adiante na construção de sua teoria, passando para uma nova fase de sua atividade intelectual ao nela incorporar o conceito de "autopoiese":

"Niklas Luhmann adaptaria, entretanto, alguns aspectos da teoria de Parsons, somente numa primeira fase de sua atividade intelectual, porém, em seus últimos textos, Luhmann voltou-se para uma perspectiva epistemológica 'autopoietica' (Varela-Maturana), acentuando a sistematicidade do Direito como auto-reprodutor de suas condições de possibilidade de ser, rompendo com o funcionalismo ('input/output') parsoniano.

A perspectiva sistêmica autopoietica (pragmático-sistêmica) permite afirmar que por trás de todas as dimensões da semiótica, notadamente, as funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica, estão presentes, redefinidos no interior do sistema, a problemática do risco e do paradoxo. Nesta linha de idéias, é que se pode entender porque Luhmann, indo bem além de Kelsen (analítica) e Hart (hermenêutica), define o direito (na Sociologia do Direito, 1972) como 'uma estrutura de generalização congruente em três níveis: temporal (normal, social (institucionalização) e prático ou objetivo (núcleo significativo)'" (ROCHA, 2005 : 30-1).

Postas essas considerações, parece suficientemente preparado o terreno para que se passe ao exame descritivo do que consta do segundo-texto base do mesmo autor sistêmico, porquanto tal contextualização permitirá uma melhor compreensão dos argumentos favoráveis à sua posição e daqueles outros que procuram demonstrar as insuficiências das outras matrizes teóricas do Direito para lidar com as visssitudes da contemporaneidade.

### **3 OBSERVANDO AS "OBSERVAÇÕES SOBRE AUTOPOIESE, NORMATIVISMO E PLURALISMO POLÍTICO". OBJETIVOS, IDÉIA CENTRAL DO TEXTO E ROTEIRO DE ABORDAGEM DO TEMA**

Nos itens que seguem, para uma maior fluência do texto, será adotado método algo distinto daquele eleito para a apresentação do texto-base anterior. Se a relevância diferenciada de uma boa apreensão das noções iniciais sobre as matrizes teóricas do Direito parecia recomendar a necessidade de uma maior precisão terminológica, só alcançada pelas palavras do próprio autor do texto descrito, justificando, assim, as longas transcrições anteriores, agora parece mais lógico e eficaz que se busque a reprodução descritiva das idéias do segundo texto-base, antes do que qualquer coisa. Assim, justifica-se a tentativa de dar forma a um texto próprio, ainda que na medida do possível, busque-se seguir a ordem original do texto de referência e a apresentação de frases ou expressões desse original, com a devida referência, para fins de apresentação do conteúdo e dos reflexos de tais matrizes teóricas.

Opta-se ainda, esclareço, por um estilo despojado e algo esquemático, numa tentativa de buscar maior isenção e fidelidade às idéias originais, para que se logre alcançar a proposta original desse trabalho.

Inicia-se pela verificação de que o texto original examinado parte de um objetivo expressamente definido: o de contribuir para a divulgação e utilização no Direito de novas teorias para a observação da sociedade. Para tanto, dá destaque ao que denomina de "Teoria Autopoiética", uma teoria que "observa a sociedade como autopoiese" (p.167, §1º) e, assim, "permite uma observação mais profunda e sofisticada da 'complexidade'"[11] (p.167, §1º) desta mesma sociedade.

A idéia básica, informa Leonel Severo da Rocha, é "fornecer alguns critérios para que se possam entender as formas como o Direito e a cultura jurídica se manifestam no século XXI", justamente a partir desta "observação autopoiética" - o que permite aqui, extrair ricos elementos para os propósitos bem mais limitados desta investigação preliminar e meramente aproximativa.

Mas como pretende o autor realizar tal idéia? Declaradamente, através da apresentação de alguns momentos importantes da "teoria dos sistemas autopoiéticos", de Luhmann, que está condensada no livro de referência expressa, "A Sociedade da Sociedade".

É de se destacar nesse passo, no entanto, que o roteiro efetivamente percorrido adiante, ao longo do texto-base, é bem mais complexo do que o afirmado inicialmente, uma vez que são apresentados não só (a) elementos específicos de tal teoria (dos sistemas autopoiéticos), mas também abordados, de forma sintética e densa, segundo esta visão sistêmica: (b) o problema da verdade em relação ao Direito e à cultura (ainda que como "exemplo privilegiado de complexidade", a partir de um ponto de vista autopoiético); (c) os méritos e crises do normativismo kelseniano; (d) as reações pós-positivistas e suas aparentes insuficiências e inadequações atuais; (e) o "Pluralismo Jurídico", tal como foi denominada essa grande mudança teórica e política do raciocínio jurídico, ocorrida no final do século XX e início do século XXI. Tudo isso, ainda, por fim, para (f) se demonstrar e concluir, num final ponto de retorno, que "a autopoiese é um novo tipo de metodologia para o enfrentamento desta [hiper]complexidade" atual; que é forma de "construção de um mínimo de racionalidade" num mundo que tal, justamente a partir da vantagem de "se observar o mundo a partir do sistema" - "o único ponto de partida que se pode ter" (p.179, §3º).

Inicia-se, portanto, pela abordagem dos elementos da teoria dos sistemas autopoiéticos para o fim de que, posteriormente, sirvam eles de base para exame e solução das crises e problemática do Direito na sociedade de complexidade crescente.

#### **4 OBSERVAÇÕES SOBRE AUTOPOIESE**

Refere ROCHA, nesse ponto de seu trabalho, que o ponto de partida fundamental da apresentação da teoria dos sistemas autopoiéticos é também um pressuposto básico da sociologia - e levado muito a sério por Niklas Luhmann na obra antes referida -, qual seja, o de que "tudo está incluído dentro da sociedade" (p.168, §2º). Não é possível nenhuma produção de linguagem, nenhuma produção de identidade que não seja no interior de uma sociedade (168, §2º).

E aqui, a necessidade de uma pequena, mas aparentemente necessária digressão: quando se fala de "tudo", parece estar sendo feita uma referência àqueles eventos dotados de um sentido e que por isso possuem um valor comunicativo (AMADO, 2004:304), ou seja, parece estar havendo referência às chamadas "comunicações" - que são os elementos constitutivos da sociedade, segundo Luhmann, por Amado[12]. Isso porque o que há a mais do que comunicações no mundo[13], existe efetivamente, como é inegável, mas como partes outras do "meio" ('Umwelt, environment'), meio este que é precisamente o "pano de fundo" para o sistema da sociedade (ainda que existente como pressuposto necessário dessa sociedade através da comunicação). Nesse sentido, é de se recordar que, segundo AMADO (2004:305), "parte desse meio são a vida orgânica, os sistemas psíquicos dos indivíduos e o substrato físico da matéria" e que tais dados são "exteriores ao sistema social quanto aos elementos que dentro deste estabelecem comunicação entre si - mas não para os quais se possa comunicar". Afinal, "se todas as comunicações são parte do sistema, não cabe comunicar com aquilo que, por não conter comunicações, está fora do sistema. 'Um sistema social pode tão somente comunicar; um sistema vivo pode tão somente viver.' [referindo-se expressamente à citação de Niklas Luhmann]".

Pois bem. Se tudo está dentro da sociedade, logo surge a idéia assumida por Luhmann de que essa sociedade é altamente complexa. Isso porque existem muitas possibilidades diferentes de manifestação. Tudo o que se pode imaginar e observar pode acontecer. "Na sociedade pode acontecer, tudo aquilo que pode acontecer" (p.168, §3º)[14].

Para enfrentar tal complexidade exacerbada, tal excesso de possibilidades, ainda existentes no grande sistema da sociedade, surgem novos (sub)sistemas, por diferenciação funcional evolutivamente consagrada[15]. A funcionalidade específica de tais sistemas, então, reduz complexidade e produz sentido onde antes não havia, por excesso inabarcável de possibilidades a considerar. Assim, dentro do grande sistema da sociedade (para eles, agora, tida também como ambiente) passam a operar sistemas funcionalmente diferenciados (sistemas sociais da Política, da Economia, do Direito etc), que fornecem critérios de identificação para cada uma dessas áreas do conhecimento.

Tais sistemas têm uma autonomia[16], que existe na sua diferença para com a sociedade. Uma diferença que não é pronta e acabada, pois vai se elaborando em operações, vai se construindo constantemente através de uma dinâmica que exige a auto-reprodução de cada sistema a partir de seus próprios elementos. A diferenciação dos outros sistemas e do ambiente, é, pois, um processo constante, que não se esgota[17].

Assim, se o sistema consegue se auto-reproduzir com certa independência, isto é, consegue se fechar operacionalmente[18], existe, então, um sistema autopoietico. Daí o conceito[19] apresentado no texto por ROCHA: sistemas autopoieticos "são sistemas que conseguem partir da criação de um espaço próprio de sentido e se autoreproduzem a partir de um código[20] e de uma programação[21] própria"[22].

Tal conceituação passa a abrir a possibilidade de demonstração de como a teoria e esta matriz teórica do Direito a que ela se vincula está, segundo o autor, diferenciadamente habilitada a lidar com os problemas da complexidade hodierna.

## **5 EXEMPLO PRIVILEGIADO DE COMPLEXIDADE: O PROBLEMA DA VERDADE EM RELAÇÃO AO DIREITO E À CULTURA, NOS TERMOS DA DESCRIÇÃO EM CONSIDERAÇÃO**

Passa-se à abordagem desse exemplo de intrincado problema derivado da complexidade, a partir de um ponto de vista autopoietico, portanto, para demonstrar como esta teoria é capaz observar e lidar e com essa questão.

Trata-se de investigar como se estruturam na sociedade Direito, cultura e verdade - demonstrando que o tratamento deste problema "implica revisão do critério positivista de racionalidade" (p.169, §3º).

Primeira dificuldade (ponto de partida): como visto, a sociedade é caracterizada pela complexidade; quer dizer, existe em cada operação, um excesso de possibilidades (potências em atos).

Surge, assim, a necessidade da redução da complexidade (o excesso de possibilidades solicita um outro lado mais concreto da complexidade que é justamente a redução da complexidade[23]).

Como é possível a redução da complexidade? Através do processo de tomada de decisão. Destaca ROCHA: "Há potencialmente muitas possibilidades de ser e apenas uma possibilidade real de acontecer" (p.170, §1º). E adiante: "Quando se decide fazer alguma coisa e se realiza alguma coisa, o momento da ação ou simplesmente da fala - do ponto de vista 'saussuriano' - é um momento de construção de realidades." (169, §4º). Dentre o excesso de possibilidades, em determinado momento, uma delas é escolhida. E uma vez escolhida, esta constitui a realidade (as outras possibilidades continuam existindo apenas em potência, como ambiente).

Esse esquema demonstrativo da necessidade da tomada de decisão na sociedade hipercomplexa (como um jogo de incertezas e milhares de problemas que impõem a decisão), como forma de redução desta complexidade (com constituição, agora, de uma 'complexidade organizada'), bem demonstra como se torna difícil a definição de critérios de racionalidade. Exige-se um certo grau de astúcia das diferentes áreas de conhecimento então, para o enfrentamento desta questão, conforme é referido no texto-base em exame.

E na modernidade, o Direito foi uma destas áreas que construiu uma maneira ótima de enfrentar a complexidade dentro da sociedade, assevera ROCHA. Demonstra isso justamente ao enfrentar a questão da verdade (de qual é a verdade), coisa sempre evitada pela sociedade (em razão precisamente de que a complexidade é excesso de possibilidades).

Para tanto, é de se considerar que "desde o início da modernidade, têm-se estruturado certas respostas prontas para o problema da verdade", segundo o autor. Assim surge também a idéia de cultura, que "é um conjunto de respostas que se cria na sociedade para resolver o problema de sua própria complexidade"[24] (p.170, §2º).

Surge também uma idéia simultânea de Direito "em que se coloca que certos comportamentos da sociedade devem ser previsíveis, devem ser antecipados, profundamente obrigatórios, de maneira que possam controlar as possibilidades de comportamento" (p.170, §3º).

Nesse contexto, o Direito exclui, afasta a questão da verdade. O Direito "não discute imediatamente, jamais, a questão da verdade: esse é um problema que não interessa ao Direito" (destacou-se). A ele o que interessa é se a opção feita para construir um determinado tipo de realidade é válida.

Tudo porque há o problema de que - apesar de serem necessários critérios de verdade para se elaborarem discursos dotados de racionalidade - a verdade em si não existe; o objeto verdadeiro não existe. A discussão tradicional da verdade se perde em um discurso que descreve um objeto, que será analisado para que se descubra se ele, discurso, é verdadeiro ou falso, e não o próprio objeto. Passa-se a discutir se o discurso é verificável ou não. Então, tudo isso, esta solução discursiva da questão da verdade como apenas algo provisório, que dependeria do contexto pragmático dos discursos, é afastada do Direito.

Nas palavras de ROCHA: "Nas sociedades complexas, procura-se um tipo de estrutura social que seja válida e, por isso mesmo legítima. Ou seja, se há muitas possibilidades, é importante que se encontre uma que seja válida." (p.171, §3°).

Nesse sentido é que o Direito aparece como redutor de complexidade. Ele adota uma maneira clássica de evitar o problema da verdade - porque é uma questão muito difícil, conforme consta do texto em exame -, ao substituí-lo pela discussão da validade das opções ou das tomadas de decisão. Diz ROCHA: "O Direito é uma condição de normatividade que determina regulação e a possibilidade de comportamentos de determinado tipo no mundo: 'que não é verdadeira, mas que é válida'. Em suma: não se discute verdade, discute-se validade, discute-se tomada de decisão." (p.171, §4°). E, por fim: "O Direito substitui a verdade pela cultura dominante." (p.171, §4°).

## **6 OS MÉRITOS E CRISES DO NORMATIVISMO KELSENIANO, SEGUNDO A VISÃO SISTÊMICA EM DESCRIÇÃO**

A partir desse momento, o texto passa a examinar como foi enfrentada esta questão da racionalidade por Hans Kelsen, no início do século XX, ao tentar construir uma ciência do Direito que, lida agora sob um ponto de vista autopoietico, buscava justamente ser "apta a reduzir a complexidade do mundo por meio de um sistema dotado de uma metodologia lógico-dedutiva". (p. 172, §1°).

Para responder às críticas dos neopositivistas sobre onde estariam os critérios de verdade aí, Kelsen afirmou que "o Direito pode ser uma ciência, se colocados os critérios de verdade como secundários ou indiretos. O Direito não se preocupa com a verdade, mas, mesmo assim, pode ser rigoroso, pois os critérios de verdade poderiam existir em um segundo nível de linguagem, em uma metalinguagem de segundo grau." (p.172, §2°). Ele pode trazer para seu interior, como valor positivo, a cultura e o mundo. Traz para o seu interior o tipo de comportamento valorativo que é possível no mundo, mas revisto, reelaborado a partir de uma categoria que tem uma denotação pura e um objetivo universal: a norma jurídica[25].

E esclarece ROCHA: "Nessa linha de idéias, a norma jurídica proporciona, a partir de uma seleção rigorosa, a imputação de sentido objetivo da natureza. [...] O Direito é racional, não porque é verdadeiro, mas porque tem uma definição tão rigorosa, que permite que se construa um sistema estático de conceitos de onde se pode estruturar o mundo a partir da perspectiva do Direito e da Cultura." (p. 172, §3°).

Essa estrutura normativa também equaciona o sentido de poder. No processo de tomada de decisões, dentre as múltiplas possibilidades, aquela que foi escolhida passa a ser dotada de poder. Se o Direito concentra decisões prontas, originadas na sociedade e na cultura, e ainda prevê sanções normativas, é dotado de poder, na medida em que tem força obrigatória. Segundo Kelsen, uma conduta só pode ser considerada prescrita na medida em que a conduta oposta é pressuposto de uma sanção, tudo conforme exposto no texto em apresentação.

Assim, o poder do Direito é consagrado justamente na sanção, que "determina que as possibilidades sociais se reduzam ao determinado pela cultura por meio de uma regulamentação ordenada pela técnica reguladora social normativa, mostrando a força obrigatória do Estado." (p.173, §4°). Daí porque, "em uma teoria normativista, Estado e Direito são dois elementos que estão lado a lado."

No Estado de Direito, "[...] é um Estado que sempre usa a força física organizada desde os critérios normativos da sanção para a sua objetivação, determinando o contato entre a cultura e o Direito a partir desses pressupostos da estática." (p.173,§4).

Mas "[...]para controlar a racionalidade do poder [do Estado que entra no Direito] nós precisamos discipliná-lo a partir da idéia de hierarquia", para que seja controlado e medido, chegando aos poucos. É a racionalização do poder também do ponto de vista da dinâmica[26]. Entra em cena a metáfora da pirâmide, com uma norma superior representando o fundamento de validade de uma outra inferior, até que se encontre a "Grundnorm", a norma fundamental, que é pressuposta como a mais elevada.

O fundamento de validade de uma norma, então, está em ela ter sido produzida de acordo com a norma fundamental, em última análise, e desta maneira "elabora-se um sistema fechado [porque o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma], que permite identificar o mundo com grande objetividade, ao afastar o problema da verdade." (p.174, §2°).

Segundo ROCHA, a teoria de Kelsen foi brilhante na tarefa de afastar o problema da verdade, "reduzindo complexidade", mas hoje é extremamente insuficiente, "porque (1) é uma teoria que estabelece critérios de observação muito próprios" (p.174,3) (o sistema é fechado e estático, em contraposição à teoria autopoietica que, é de se recordar aqui, é fechada operacionalmente, mas cognitivamente aberta ao mundo, possibilitando uma evolução e diferenciação constante do sistema jurídico). E mais: insuficiente porque os limites dados por ela dependem muito dessa noção de Estado e cultura única, quando atualmente há uma irreversível crise de Estado (de soberania e de suas funções), mercê também da hipercomplexidade gerada pela globalização (diversidade de dados culturais).

Uma teoria normativista, nesse contexto, também entra em crise, porque, para ROCHA, "sem um Estado forte, a validade não é suficiente para a imposição da cultura dogmática na sociedade." (p.175,§1º).

Retornam os problemas inerentes à questão da verdade, que se re-introduz nas relações sociais, sem o poder suficiente de Estado para impor o seu afastamento como e nos moldes de antes. Isso implica também a revisão da distribuição do poder. Problemas políticos começam a ocupar o centro da cena no Direito, o que acarreta problemas de legitimidade.

Daí, segundo o autor examinado, a epistemologia jurídica declarar, a partir da segunda metade do século XX, que o conceito de norma jurídica é insuficiente. Daí se buscar, a partir de então, a ampliação da noção de sistema jurídico, com a inserção das idéias de regras e princípios como também seus constituintes. O Direito não pode mais fugir do contato com os outros sistemas, tais como o político e o econômico, e o sistema começa a ser aberto. "O fechamento operacional que Kelsen propôs realizar no Direito, afastando a idéia de verdade e acentuando a validade, não pode evitar a entrada da questão do poder", no dizer conclusivo de ROCHA sobre o ponto (p.175, §3º).

## **7 AS REAÇÕES PÓS-POSITIVISTAS E SUAS APARENTES INSUFICIÊNCIAS E INADEQUAÇÕES ATUAIS SEGUNDO A VISÃO SISTÊMICA EM DESCRIÇÃO**

O pós-positivismo jurídico origina-se da crítica ao normativismo e coloca a questão extremamente relevante da interpretação (que foi ignorada por Kelsen, ou simplesmente "jogada" (p.175, §4º) no capítulo final da Teoria Pura do Direito[27], como refere ROCHA). Diz o autor em estudo: "Nessa linha de raciocínio, os operadores do direito ocupam o centro do sistema do Direito", retornado, porém, os problemas derivados da "discussão da racionalidade, da verdade e da cultura." (p.175,§4º).

O fato é que se o Direito Kelseniano obtém sua legitimidade da Constituição, como fundamento da unidade e validade de todo o sistema normativo e do Estado, quando se vive numa sociedade globalizada, onde a cultura também se fragmenta, e o Direito passa a ser plural, passa-se a ter um tipo de Direito onde necessariamente as normas jurídicas não são o mais importante, além de uma série de profundas mudanças consequentes, por vezes insuspeitas.

A questão que se coloca, para ROCHA, então, é: "como se pode pensar possibilidades de racionalidade de um outro tipo para o direito?" Uma primeira alternativa que se julga interessante no escrito analisado é a de se dar corpo à idéia de efetividade (a idéia de validade é trocada ou posta em segundo plano). O novo sistema do Direito, que não é mais normativo, passaria a substituir a idéia de validade, pela idéia de efetividade[28]. "É preciso eficácia naquilo que o Direito determina como comportamento obrigatório, como possibilidade de construção de algum tipo de realidade social." (sociologia de Max Weber substituindo a teoria Kelseniana).

Se o grande problema do Direito nas sociedades complexas passa a ser "a efetividade de seu processo de tomada de decisões", o Poder Judiciário passa a ter, nessa lógica, "uma função determinante: operacionalizar, com efetividade, a equação entre os meios normativos e os fins sociais". Como o Judiciário é poder do Estado, ele "procura o sentido de suas práticas na Constituição".

Contudo, segundo o entendimento de ROCHA, com isso haveria "uma inversão em relação à proposta Kelseniana de Constituição, como fundamento supremo de validade, localizado no topo da hierarquia do sistema. O poder que se diluía na verticalidade do normativo passa a ser ocupado pelo judiciário [poder não-diluído - problema nº 1]. A verdade dependeria também dos juízes, pois estes detêm o privilégio de atribuir sentido ao Direito ["verdade" nas mãos dos juízes, problema nº2]". (p. 176, §3º).

Consequentemente, prossegue aquele autor no seu raciocínio, passa-se a solicitar mais rigor nas decisões judiciais. A saída tomada na hermenêutica foi a de que "toda a decisão deve ser tomada conforme a Constituição, conforme os princípios e os Direitos fundamentais". (p.176, §4º).

Mas para ROCHA, há aí novos problemas: a saída hermenêutica engendraria uma "forte publicização do Direito Privado" e "por isso o recurso ao Estado, como responsável pela efetividade do Direito, tornou-se uma regra" [excesso de publicização e de busca do Estado, seria, então, o problema nº3] (p.176, §4º).

Haveria, ainda, o problema do próprio método [problema nº4]. Quanto ao método, segundo consta do texto de referência, o raciocínio jurídico se obriga a romper com o racionalismo dedutivo de Kelsen (onde o sistema normativo é possível graças ao fato de que uma norma jurídica se relaciona dedutivamente com as outras, a partir da estática do conceito de sanção e na dinâmica do conceito de validade). O método a ser adotado passa a ser o indutivo, voltado à observação das decisões individuais, ao estilo americano, o que torna o centro de decisão da racionalidade do Direito muito fragmentado. Mas surge aí, ainda outra dificuldade, segundo o exposto no texto nos seguintes termos: "Contudo, parece-nos, na realidade, que o método jurídico confunde o dedutivo com o indutivo[29] e que existe meramente uma dialética do bom senso", que nos mantém aí "distantes da verdade".

Com isso, ROCHA procura demonstrar a inadequação ou insuficiência da hermenêutica como matriz teórica do Direito, para fins de via de preferência para o encaminhamento das problemáticas hodiernas do Direito e da sociedade.

## **8 O "PLURALISMO JURÍDICO" COMO GRANDE MUDANÇA TEÓRICA E POLÍTICA NO RACIOCÍNIO JURÍDICO DO FINAL DO SÉCULO XX E INÍCIO DO XXI, NOS TERMOS DO TEXTO EM CONSIDERAÇÃO**

Nesse ponto, com relação àquela finalidade que move o presente escrito, o texto de ROCHA procura, ao fim e ao cabo, estabelecer o quanto a teoria que adota e a respectiva matriz teórica do Direito que lhe dá suporte são mais aptas para a contemporaneidade. Isso porque chegariam a extremo de dar bom encaminhamento à extremamente complexa questão da possibilidade ou necessidade de convivência com uma multiplicidade de ordenamentos jurídicos distintos num mundo em que o Estado não seja mais o único produtor de normas.

Aqui ROCHA afirma que o pluralismo jurídico é mais interessante do que o pós-positivismo, porque já descobriu, desde os seus primórdios, que o Estado não é o único centro produtor de normatividade. E isso é importante quando se considera que a globalização vai forçar que enxerguemos esta realidade. O Direito há de ser, a partir daí, observado de forma diferente, não-normativista. Há, segundo aquele autor, uma necessidade de observação plural do mundo, "ou se se quiser, mais do que um pluralismo, um multiculturalismo. Há muitas outras possibilidades de normatividade, e tudo isso faz com que nós estejamos muito longe da teoria kelseniana." (p.177, §4º - destaquei).

Assevera ROCHA, nesse passo:

Nesse contexto intelectual, novos tipos de observação de segunda ordem se impõem. Por tudo isso é que insistimos na teoria vista como autopoiese. Porque a autopoiese tem a proposta de pensar estas questões de uma forma completamente diferente, de um ponto de vista que perante os critérios de verdade da dogmática jurídica, são paradoxais. (p.177, §5º).

E, concluindo, adiante:

[...] a autopoiese é um novo tipo de metodologia para o enfrentamento da complexidade. Na autopoiese, o sistema é a unidade da diferença entre sistema/ambiente. A teoria da autopoiese parte do pressuposto de que são os sistemas o centro de tomada das decisões, a partir das organizações. Por isso, os sistemas têm como função principal a sua auto-organização, a sua auto-observação e a definição de seus limites: a definição de seus 'horizontes'. Como se pode construir um mínimo de racionalidade num mundo altamente complexo, onde se têm centenas, milhares de sentidos possíveis? 'Observa-se o mundo a partir do sistema'; que, finalmente, é o único ponto de partida que se pode ter. (p.179, §3).[30]

## **9 CONSIDERAÇÕES FINAIS: UM VISLUMBRE DE POSSIBILIDADES E LIMITAÇÕES DAS IDEIAS OBJETO DA DESCRIÇÃO**

Não se estará fugindo ao compromisso de tentar evitar valoração acerca do exposto em se afirmando que tudo o que foi descrito nos itens anteriores demonstra uma extraordinária e até mesmo sedutora engenhosidade das construções sistêmicas, inclusive no que toca especificamente à teoria da autopoiese do Direito. Seu potencial explicativo e de inovação na abordagem de algumas intrincadas questões emergentes na tubulenta e hipercomplexa contemporaneidade - inclusive para questões ainda mais difíceis, em termos de complexidade, que forçosamente se apresentarão num futuro próximo à humanidade, como é o caso da questão da transnacionalização do Direito ou do pluralismo jurídico - parece se autoevidenciar tão-só da leitura do exposto. Também, ao menos em alguma medida, parecem ser pertinentes algumas críticas tecidas às demais matrizes teóricas do Direito, inclusive no que se refere a algumas sérias limitações apontadas. E mesmo eventuais alegações de que se teria a mão, de qualquer forma, apenas uma teoria que só faz "observar" o estado atual das coisas poderiam não se sustentar para fins de diminuir o seu valor, se for possível demonstrar que em verdade essa observação é de alguma forma comprometida ou viabilizadora da progressiva transformação e ajuste de tais sistemas, mediante a atuação de seus agentes cada vez mais conforme e ordenada aos propósitos e prescrições de tal teoria - porque aí, "observar" seria mais do que somente testemunhar ou identificar a realidade social, passando a ser meio de sua própria transformação (ainda que talvez mais remoto ou mediato do que aqueles propostos, por exemplos, por teorias de matrizes hermenêuticas).

Entretanto, os próprios defensores da teoria examinada e, por conseguinte, de uma suposta melhor adequação de sua matriz teórica subjacente para lidar com os problemas da modernidade tardia, destacam que também há problemas - e de evidente monta, principalmente para países como o Brasil, há de se dizer - a serem enfrentados aqui.

Nesse sentido, de se iniciar pelo que diz GARCIA AMADO: "a mais freqüente das reações que as proposições de Luhmann desencadeia é aquela que se expressa em termos políticos: o rechaço de suas supostas conseqüências conservadoras[31]" (AMADO, p.342 - destaquei).

E para rebater tais críticas, o mesmo autor apresenta as seguintes considerações:

A primeira coisa de que se deve ter em mente é a defasagem entre a teoria e tais críticas. Falam linguagens distintas, pertencem a mundos diferentes: são sistemas distintos que não podem compreender-se, ainda que se percebam como redundância. A teoria de Luhmann não é diretamente política, nem forma parte do sistema político. Este é mais um dos que constituem o seu objeto. Para Luhmann, os qualificativos conservador/progressista não possuem sentido no sistema científico, pois são elementos do código político[...] (AMADO, p.342).

E assevera, ainda, adiante:

[...] As leituras políticas de uma teoria - gostemos ou não - não podem ser nunca determinantes do valor científico de seus postulados, de sua potência explicativa ou de sua capacidade de sugestão. Ao fim e ao cabo, aqueles que teorizam sobre sistemas diferenciados não têm porque ser indivíduos indiferentes. (AMADO, p.344).

Entretanto, independente da existência de meras leituras políticas da dita teoria, descabidas ou não, o fato é que o próprio autor reconhece que existe uma preocupação da teoria descrita nos itens anteriores com "os perigos da não-diferenciação dos sistemas" e uma postura crítica de Luhmann frente ao crescimento do 'Estado de bem-estar', além da sustentação da conveniência de que entre o direito e os demais sistemas se mantenham limites adequados - o que, como se verá adiante, pode ser causa de determinante limitação de suas possibilidades de ativa intervenção em sociedade, sob determinadas condições desfavoráveis. Nesse sentido, GARCIA AMADO, antes da colocação anterior, no mesmo texto, esclarece:

[...]fala-se dos perigos da não-diferenciação ('Entdifferenzierung') dos sistemas, seja pela sobrecarga, seja pela excessiva extensão de algum sistema às custas da autonomia dos outros.

Precisamente a estas últimas possibilidades Luhmann vincula sua postura crítica frente ao crescimento do Estado de bem-estar: neste, crescem sem cessar as pretensões de que o sistema político assuma a direção das mudanças sociais e substitua a dinâmica interna dos demais sistemas (econômico, científico, estético...), desconhecendo as defasagens que isto provocaria, tanto no sistema político como nos outros, pois todos terminariam por não poder cumprir sua função própria, não restando outra saída que a do 'salto adiante': mais exigências e competências para o sistema político.

Postulações similares têm levado, no campo do direito, a defender a conveniência de que entre o direito e os demais sistemas se mantenham os limites adequados. O direito não deve colidir com a mecânica interna dos outros sistemas. Estes não de regular por si mesmos sua auto-reprodução, caso se queira que cumpram sua missão para a sociedade. Por isso não pode o direito regular nada que não seja a interrelação entre os sistemas e sua inserção numa organização geral, abstendo-se de inferir em seus comportamentos internos.

Talvez não se busque, ao teorizar assim, influir no sistema político, ou no jurídico. Porém, como impedir uma leitura política de tais posturas, nas atuais coordenadas da crise do Estado social e de tentativas de revitalizar um liberalismo abstencionista?" (AMADO, p.344 - destaquei).

Ora, se assim é, a verdade é que se porá, no mínimo, um grande desafio (para se permanecer na linha da pretendida imparcialidade inicialmente proposta) a essa teoria e mesmo a essa matriz teórica do Direito que lhe é subjacente, quando se tratar de uma sua aplicação em países ditos de "modernidade periférica". Isso porque em tais países grassam as imperfeições dos sistemas - decorrentes de insuficiências manifestas do Estado e de peculiaridades distorsivas encontradas nas próprias sociedades excessivamente desiguais de um ponto de vista material - e urgem necessidades muito palpáveis da sociedade, que dizem ainda respeito a uma não-concretização de um Estado Social mínimo mesmo nesses tempos de modernidade tardia - em que pesem as eventuais promessas constitucionais nesse sentido, como ocorre, por exemplo, do caso de nossa Constituição Federal de 1988. Esse talvez, o verdadeiro e maior problema a ser enfrentado pelas teorias de matriz sistêmico-pragmática.

Veja-se, quanto a isso, que a respeito de tal ponto se busca novamente no entendimento dos próprios defensores da dita matriz teórica (e não em seus opositores) o apoio descritivo para a análise do dito problema fundamental. Para tanto, de se anotar que é MARCELO NEVES quem aborda a questão do problema do "Estado Democrático de Direito na modernidade periférica: obstáculos à auto-referência", no seguinte sentido:

"De acordo com o modelo sistêmico Luhmanniano, a sociedade moderna caracteriza-se pela hipercomplexidade, indissociavelmente vinculada à diferenciação funcional, que se realiza plenamente com a emergência de subsistemas autopoieticos. Conforme o modelo habermasiano, a modernidade estaria mais diretamente relacionada à superação da moral convencional pré-moderna e ao advento de uma consciência universalista ('pós-convencional'), que importaria a construção de uma esfera pública autônoma. Essas duas concepções que encontram plausibilidade no que concerne aos 'países centrais', compreendem apenas parcialmente a modernidade. A elevada complexidade social e o desaparecimento de uma moral contencioso-hierárquica diretamente válida em todas as esferas do agir e do viver (ou, na terminologia habermasiana, a superação da 'moral convencional') podem ser definidos como traços característicos da sociedade moderna. Entretanto, não se deve desconsiderar que, em determinadas regiões estatalmente delimitadas ('países periféricos'), não houve de maneira alguma a efetivação suficiente da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional, tampouco a construção de uma esfera pública pluralista fundada na generalização institucional da cidadania, constituem supostamente as características sociais de outras regiões estatalmente organizadas ('países centrais'). Nesse sentido, defino a modernidade periférica como modernidade negativa.

Tendo como referencial o modelo da teoria dos sistemas, é possível uma releitura no sentido de afirmar que, na modernidade periférica, à hipercomplexidade e à superação do 'moralismo' fundador da diferenciação hierárquica, não se seguiu a construção de sistemas sociais que, embora interpenetráveis e mesmo interferentes, construam-se autonomamente no seu 'topos' específico. Isso nos põe diante de uma complexidade desestruturada e desestruturante. Daí resultarem problemas sociais bem mais complicados que aqueles que caracterizam os países de modernidade central. As relações entre as esferas de comunicação assumem formas autodestrutivas e heterodestrutivas, com consequências desastrosas para a integração sistêmica e a interação social. Nesse sentido, a modernidade não se constrói positivamente, como superação da tradição por força do surgimento de sistemas funcionais autônomos, mas negativamente, como hipercomplexidade desagregadora do moralismo hierárquico tradicional." (NEVES, 2006:237-238 - destaquei).

E, adiante, prossegue NEVES, ressaltando questões de enorme relevância, a dificultarem uma inserção adequada da dita matriz nos países periféricos. Nesse sentido, as considerações que seguem, sustentando a existência, em casos que tais, do que ele denomina de uma verdadeira "alopoiése social do direito", com situações de hipertrofia do código econômico e consequentes privilégios e 'exclusões' ilegais, destacada como um dos fenômenos negativos e impeditivos da concretização de um Estado Democrático e de Direito, ocorrentes nessas condições desfavoráveis dos ditos países periféricos:

"Essas observações gerais sobre a modernidade periférica como 'modernidade negativa' tornam-se sobretudo relevantes quando se considera especialmente o problema dos obstáculos à realização do Estado Democrático de Direito. A partir da sociedade envolvente, os sistemas jurídico e o político são bloqueados generalizadamente na sua autoprodução consistente por injunções heterônomas de outros códigos e critérios sistêmicos, assim como por particularismos difusos que persistem na ausência de uma esfera pública pluralista. No interior do Estado, por sua vez, verificam-se intrusões destrutivas do poder na esfera do direito.

Em face da sociedade como contexto do Estado, pode-se falar de alopoiése social do direito por força da prevalência de outros códigos de preferência sobre o código 'lícito/ilícito'. Isso significa que não estão definidas claramente as fronteiras de uma esfera de juridicidade. Não só a preferência 'ter/não-ter' atua no sentido de impedir a reprodução sistemicamente autoconsistente do direito. De fato, em decorrência dos grandes abismos de rendimento entre as camadas sociais, o código econômico reproduz-se hipertroficadamente, implicando privilégios e 'exclusões' ilegais. Porém, relacionado com essa hipertrofia (e, ao mesmo tempo, ineficiência social) da economia, mecanismos relacionais, familiares, referentes à amizade e ao poder privatizado sobrepõem-se difusamente ao direito, heteronomizando-lhe a reprodução operativa e corrompendo-lhe a autonomia sistêmica. Assim sendo, a legalidade como generalização igualitária de conteúdos jurídicos é deturpada no processo de concretização do direito. Como será visto com referência ao caso brasileiro, prevalecem formas unilaterais de legalismo e de impunidade em uma relação paradoxal de complementariedade.

Nessas circunstâncias, os procedimentos predominantemente jurídicos do Estado Democrático de Direito, tais como o jurisdicional e o administrativo de estrita execução da lei, sobretudo o policial, são invadidos por critérios extrajurídicos que de forma incontrolável corrompem o processamento de casos jurídicos de acordo com critérios generalizados de constitucionalidade e legalidade, concretizados jurisdicional e administrativamente. É ingênua a interpretação de que se trata aqui de uma ampla abertura cognitiva do direito aos interesses sociais. Do ponto de vista sistêmico, abertura cognitiva pressupõe fechamento operacional ou normativo. Portanto, antes se trata de quebra do fechamento operacional, por força da qual se diluem as fronteiras entre o 'campo jurídico' e outras esferas de comunicação. Disso resulta que o direito encontra-se permanentemente em crises de identidade, muito mais graves do que as

crises de adaptação porque passa o sistema jurídico no Estado Democrático de Direito da modernidade central. Além do mais, cabe advertir que não se trata simplesmente de fenômenos localizados de 'corrupção sistêmica' em detrimento dos acomplamentos estruturais no âmbito das organizações, tal como se observa em experiências do Estado de Democrático de Direito na Europa Ocidental e na América do norte, nem de 'valores de rejeição' no sentido de Gotthard Günther, pois ambos os conceitos pressupõem a autopoiese dos respectivos sistemas. A chamada 'corrupção sistêmica' tem tendência à generalização em experiências jurídicas típicas da modernidade periférica, atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional e resultando na alopoiese do direito.

Ao contrário do sentido que tomou o debate sobre juridificação 'versus' desjuridificação na modernidade central, não se trata na modernidade periférica de colonização sistêmica do mundo da vida pelo direito, mas sim primacialmente de colonização do direito pela sociedade.

[...]

A concretização jurídica é violada por códigos de preferência os mais diversos.

[...]

Nesse sentido, é possível falar-se de uma tendência à desjuridificação fática. Portanto, o problema central não reside na produção de mais ou menos textos normativos, mas sim na superação das condições desjuridificantes que determinam a colonização do direito pela sociedade." (NEVES, 2006 : 239-241 - Destaques apostos).

Por fim, MARCELO NEVES trata dos mesmos relevantes problemas para as teorias sistêmicas postas no campo dos países periféricos, no âmbito específico do caso brasileiro, no item "uma breve referência ao caso brasileiro":

"A experiência brasileira enquadra-se como um caso típico de modernidade periférica, desde que a crescente complexidade e o desaparecimento da moralidade tradicional não têm sido acompanhados de maneira satisfatória pela diferenciação funcional e pelo surgimento de uma esfera pública fundada institucionalmente na universalização da cidadania. Isso implica obstáculos graves à realização do Estado Democrático de Direito. Não me refiro aqui às experiências autoritárias de 1937-45 e 1964-84. Nesses casos, trata-se de uma negação direta e expressa do Estado de Direito, estando a subordinação de Têmis a Leviatã prescrita claramente nas próprias leis constitucionais. No presente trabalho, interessam especialmente as situações em que o modelo textual de Constituição do Estado Democrático de Direito é adotado, mas carece amplamente de concretização. Pode-se afirmar que, conforme o modelo textual das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1946 e 1988, teria havido um inquestionável desenvolvimento do Estado de Direito no Brasil, que não se distinguiria basicamente de seus congêneres na Europa Ocidental e na América do Norte. No entanto, no plano da concretização, não se observou um correspondente desenvolvimento: o Estado permanece sendo amplamente bloqueado pela sociedade envolvente, e Têmis, freqüente e imune 'violada' por Leviatã.

Em trabalhos anteriores, já enfatizei o problema da alopoiese do direito na experiência brasileira. Apontei para o fato de que, no Brasil, o problema não reside primacialmente na falta de suficiente adequação e abertura (cognitiva) do sistema jurídico ao seu ambiente social (heterorreferência). Contrariamente a essa tradição jurídico-sociológica, tenho destacado que se trata de insuficiente fechamento (normativo) por força das injunções de fatores sociais diversos. Além da sobreposição destrutiva do código hipertrófico 'ter/não-ter' e de particularismos relacionais difusos, a autonomia operacional do direito é atingida generalizadamente por intrusões do código político. Mas cabe aqui acrescentar que, por sua vez, a política, enquanto não está vinculada à diferença 'lícito/lícito' como seu segundo código, também sofre graves limitações no concernente à autopoiese: é sistematicamente bloqueada por pressões imediatas advindas do ambiente social no Estado, distanciando-se do modelo procedimental previsto na Constituição. Nessa oportunidade, pretendemos considerar alguns aspectos particulares que se relacionam com a questão da alopoiese política e de direito na experiência brasileira, mas que exigem um tratamento além do paradigma sistêmico, pois envolvem o problema da insuficiente construção de uma esfera pública pluralista." (NEVES, 2006: 244-245).

E nesse sentido, prosseguindo para finalizar:

"Há uma forte tendência a desrespeitar o modelo procedimental previsto no texto da Constituição, de acordo com conformações concretas de poder, conjunturas econômicas específicas e códigos relacionais. Isso está associado à persistência de privilégios e 'exclusões' que obstaculizam a construção de uma esfera pública universalista como espaço de comunicação de cidadãos iguais.

[...]

Com esse problema relaciona-se a fragilidade dos procedimentos constitucionais de legitimação das decisões políticas e da produção normativo-jurídica. No lugar da legitimação por procedimentos democráticos, em torno dos quais se estruturaria uma esfera pública pluralista, verifica-se uma tendência à 'privatização' do Estado.

[...]

Não se trata de um problema estritamente antropológico-cultural do Brasil. Ele é indissociável do próprio tipo de relações sociais em que se encontra envolvido o Estado na modernidade periférica em geral, ultrapassando os limites de 'antropologias nacionais' e correspondentes singularidades culturais. Nessa perspectiva, cabe considerar as relações de subintegração e sobreintegração no sistema jurídico.

Um dos obstáculos que mais dificultam a realização do Estado Democrático de Direito na modernidade periférica, destacadamente no Brasil, é a generalização das relações de subintegração e de sobreintegração. Definida a inclusão como 'acesso' e 'dependência' aos sistemas sociais, falta, nesse caso, uma das dimensões do conceito.

[...]

Do lado dos subintegrados, generalizam-se situações em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal, mas dependem de suas prescrições impositivas. Portanto, os 'subcidadãos' não estão interiramente incluídos. Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos da liberdade. Os direitos fundamentais não desempenham nenhum papel significativo no seu horizonte de agir e vivenciar, inclusive no concernente à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais. Sendo a Constituição a estrutura normativa mais abrangente nas dimensões temporal, social e material do direito, isso vale para todo o sistema jurídico: aqueles que pertencem às camadas sociais 'marginalizadas' são integrados no sistema jurídico, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados, etc., não como detentores de direitos, credores ou autores.

[...]

A subintegração é inseparável da sobreintegração. Esta se refere à prática de grupos privilegiados que, principalmente com o apoio da burocracia estatal, desenvolvem suas ações bloqueantes da reprodução do direito. Os sobreintegrados, em princípio, são titulares de direitos, competências, poderes e prerrogativas, mas não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado no que se refere aos deveres e responsabilidades. Sua postura em relação à ordem jurídica é eminentemente instrumental; usam, desusam ou abusam-na conforme as constelações concretas e particularistas de seus interesses. Nesse contexto, o direito não se apresenta como um horizonte do agir e vivenciar político-jurídico do sobrecidadão, mas antes como um meio de consecução de seus objetivos econômicos, políticos e relacionais. Portanto, caso se pretenda insistir no termo 'exclusão', não apenas o subintegrado estaria 'excluído', mas também o sobreintegrado estaria 'acima' do direito, aquele, 'abaixo'.

[...] Eventualmente, o subcidadão pode ser um sobreintegrado, ofendendo, com expectativas seguras de impunidade, os direitos dos outros. E, vice-versa, o sobrecidadão pode encontrar-se excepcionalmente como subintegrado, especialmente quando sobre a ofensa impune de agentes estatais. [...] No entanto, a generalização de relações de subintegração e sobreintegração fazem implodir a Constituição como ordem básica da comunicação jurídica e também como acolplamento estrutural entre política e direito." (NEVES, 2006: 248-251 - Destaquei).

Como se vê, então, de todo o exposto, a tão-só descrição de toda essa problemática bem demonstra que também a teoria em questão e sua matriz teórica têm que resolver determinados problemas da contemporaneidade que são relevantíssimos (senão cruciais) e, mais, que dizem diretamente com necessidades prementes de países periféricos.

Logo, o fato é que, se de um lado, há indícios de interessantes possibilidades relativas a essa matriz teórica, mormente de cunho explicativo acerca de determinadas questões sociológicas da contemporaneidade e do futuro, parece ser imperativo também reconhecer o necessário vislumbre de sérias limitações a serem ainda superadas por ela, uma vez que, como parece evidente, não bastará a cientificidade ou potência explicativa dessa matriz teórica do Direito, nem as alegações defensivas de que toda e qualquer teoria pode ser utilizada para fins ou discursos políticos de ocasião (no que tange à sua potencial instrumentalização como poderosa e perigosa ferramenta de ideologias conservadoras), para que sejam enfrentadas com verdadeira efetividade, legitimidade e diferenciado senso de responsabilidade para com o outro as atuais mazelas sociais dos chamados países periféricos.

## 10 REFERÊNCIAS

AMADO, Juan Antônio Garcia. A sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann, In: ARNAUD, André-Jean e LOPES JÚNIOR, Dalmir (Organizadores) Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro : Editora Lúmen Juris, 2004. p.301-344.

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

\_\_\_\_\_. A intuição do instante. Trad. Antônio Padua Danesi. Campinas, São Paulo : Verus Editora, 2007.

COMPARATO, Fabio Konder. Ética - Direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo : Companhia das Letras, 2006.

DUTRA, Jéferson Dellavalle Dutra; ROCHA, Leonel Severo da. Notas introdutórias à concepção sistemista de contrato. In: "Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado - anuário 2004". Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p.283-309.

FARALLI, Carla. A filosofia contemporânea do Direito: temas e desafios. Trad. Candice Premaor Gullo. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Estudos de filosofia do direito: Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento: Dilemas da Justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, J. (organizador). Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 245-282.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol. I. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003.

HALL, Stuart. A identidade cultural na pós-modernidade. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11ª ed. Rio de Janeiro : DP&A Editora, 2006.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 2006.

LUHMANN, Niklas. Teoria política en el Estado de bienestar. Trad. Fernando Vallespin. Madrid: Alianza Universidad, 2002.

\_\_\_\_\_. Sociologia do Direito, vol. I. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. Sociologia do Direito, vol. II. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro : Edições Tempo Brasileiro, 1985.

MORAIS, José Luis Bolzan de. De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). Direitos fundamentais sociais: Estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 47-76.

NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. In: Direito Constitucional - estudos em homenagem a Paulo Bonavides. Organizado por Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo : Malheiros Editora, 2001. p.365-376.

\_\_\_\_\_. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático e de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. Trad. do autor. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. Do consenso ao dissenso: o estado democrático de direito a partir e além de Habermas. In: SOUZA, J. (organizador). Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 111-163.

\_\_\_\_\_. Justiça e diferença numa sociedade global complexa. In: SOUZA, J. (organizador). Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 329-363.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebádes de. Multiculturalismo: o 'olho do furacão' no Direito pós-moderno. In: "Direitos Culturais: revista do programa de pós-graduação em Direito - Mestrado da URI - Santo Ângelo/ Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões" - v.1, nº1 (dezembro de 2006). - Santo Ângelo : EDIURI, 2006. p.161-175.

PÊPE, Albano Marcos Bastos; ROCHA, Leonel Severo da. Genealogia da crítica jurídica: de Bachelard a Foucault. Porto Alegre : Verbo Jurídico, 2007.

ROCHA, Leonel Severo da, et alli. Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2005.

ROCHA, Leonel Severo da. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: "Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS:

mestrado e doutorado - anuário 2007, nº4". Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2008.

\_\_\_\_\_ Tempo e Constituição. In: "Direitos Culturais: revista do programa de pós-graduação em Direito - Mestrado da URI - Santo Ângelo/ Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões" - v.1, nº1 (dezembro de 2006). - Santo Ângelo : EDIURI, 2006. p.177-199.

SAUSURRE, Ferdiand de. Curso de lingüística geral. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Isidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2006.

TEUBNER, Gunther. Direito, Sistema e Policontextualidade. Trad. Dorothee Susanne Rüdiger. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

---

[1] É de FÁBIO KONDER COMPARATO o seguinte trecho acerca destas constatações: "[...] No século XX, a rede de comunicação entre os povos da Terra tornou-se mais densa, com a introdução de novas técnicas de transporte e transmissão de mensagens, as quais se intensificaram e aumentaram extraordinariamente a rapidez dos contatos humanos. Logo nos primeiros anos do século, iniciou-se a fabricação regular de automóveis e aviões, cuja velocidade e capacidade de transporte ampliaram-se com rapidez. Em 1901, Guglielmo Marconi pôs em prática a sua invenção da radiofonia, ao conseguir a transmissão de uma primeira mensagem transoceânica. O rádio abriu a era da comunicação de massas, que viria a conhecer notável expansão, de meados do século em diante, com a televisão e, sobretudo, com o sistema de transmissão de sons e imagens por meio de satélites espaciais. Doravante, é todo o globo terrestre que se cobre de uma rede espessa de canais transmissores de mensagens visuais e sonoras.

É também do século XX a segunda grande revolução tecnológica dos tempos modernos, comparável, pelos seus efeitos de alteração global de modos de vida, à Revolução Industrial de meados do século XVIII: a informática ou o sistema eletrônico de computação de dados. Nos anos 70, começa a desenvolver-se a rede de computadores, ligados entre si por meio de linhas telefônicas ('internet'). Embora ainda praticamente desconhecida do grande público em 1990, ao final do século a Internet já abarcava milhões de usuários no mundo inteiro, e o seu crescimento nos anos seguintes prosseguiu no mesmo ritmo. A Internet surgiu, assim, como o primeiro veículo de comunicação, ao mesmo tempo pessoal e de massas, do mundo contemporâneo. Mas, ainda aí, esse evento extraordinário só faz aumentar a distância entre ricos e pobres no mundo contemporâneo: 19% da humanidade atual representa 91% dos utilizadores da Internet." (COMPARATO, 2006:420-1).

[2] Sobre o fenômeno da globalização, a velocidade do processo de hibridização cultural e as dificuldades de se avaliar o fenômeno e a pós-modernidade, interessantes as seguintes colocações do historiador e Professor de História da Cultura na Universidade de Cambridge, PETER BURKE, extraídas de entrevista concedida à Revista "Continente Multicultural", em julho de 2004 ([3] Indispensável, por fim, mencionar o seguinte trecho de STUART HALL sobre a questão da globalização, na sua obra sobre a identidade cultural na pós-modernidade, e sobre o incremento atual da velocidade a ela imprimida: " O que, então, está tão poderosamente deslocando as identidades culturais nacionais agora, no fim do século XX? A resposta é: um complexo de processos e forças de mudança, que, por conveniência, pode ser sintetizado sob o termo 'globalização'. Como argumenta Anthony McGrew (1992), a 'globalização' se refere àqueles processos, atuantes numa escala global, que atravessam fronteiras nacionais, integrando e conectando comunidades e organizações em novas combinações de espaço-tempo, tornando o mundo, em realidade e em experiência, mais interconectado. A globalização implica um movimento de distanciamento da idéia sociológica clássica da 'sociedade' como um sistema bem delimitado e sua substituição por uma perspectiva que se concentra na forma como a vida social está ordenada ao longo do tempo e do espaço(Giddens, 1990, p.64). Essas novas características temporais e espaciais, que resultam na compressão de distâncias e de escalas temporais, estão entre os aspectos mais importantes da globalização a ter efeito sobre as identidades culturais. Eles são discutidos com mais detalhes no que se segue.

Lembremos que a globalização não é um fenômeno recente: 'A modernidade é inerentemente globalizante' (Giddens, 1990, p.63). Como argumentou David Held (1992), os estados-nação nunca foram tão autônomos ou soberanos quanto pretendiam. E, como nos faz lembrar Wallerstein, o capitalismo 'foi, desde o início, um elemento da economia mundial e não dos estados-nação. O capital nunca permitiu que suas aspirações fossem determinadas por fronteiras nacionais.' (Wallerstein, 1979, p.19). Assim, 'tanto' a tendência à autonomia nacional 'quanto' a tendência à globalização estão profundamente enraizadas na modernidade (veja Wallerstein, 1991, p.98).

Devemos ter em mente essas duas tendências contraditórias presentes no interior da globalização. Entretanto, geralmente se concorda que, desde os anos 70, tanto o alcance quanto o ritmo da integração global aumentaram enormemente, acelerando os fluxos e os laços entre as nações." (HALL, 1998, 61- destaques apostos).

[4] É uma tal constatação parece não se prender a esta ou aquela ideologia ou a uma ou outra tese do vasto campo das Ciências Sociais, mas se encontra ancorada como premissa dos mais diversos discursos, dos que são algo comprometidos com os postulados das teorias sociológicas sistêmicas, aos que lhes fazem ferrenha oposição; dos que se recusam a utilizar as denominações "globalização" ou "neoliberalismo" por tê-las como clichês impregnados de preconceito contra as idéias de cunho mais liberal, até os que fazem do ataque a tais símbolos desta linha de pensamento um desbragado estandarte de verdadeira profissão de fé pela preservação e fortalecimento do Estado como meio de garantir as conquistas sociais do chamado "welfare state". Nesse sentido, vejamos as seguintes assertivas, extraídas de pensadores de raiz tão diversa quanto as diferenças mencionadas antes, mantendo-se o foco apenas na afirmação uníssona de todos de que efetivamente se está atualmente ante a uma complexidade social em incremento e sem precedentes na história da humanidade: a) De MARCELO NEVES são as seguintes colocações: "[...]Entretanto, é negável que a hipercomplexidade da sociedade moderna, com uma diversidade incontrolável e contraditória de valores e interesses, torna praticamente impossível uma reconstrução racional do mundo da vida a partir da ação comunicativa no sentido estrito de uma ação orientada para o entendimento intersubjetivo. A ocorrência do consenso na interação é eventual. A multiculturalidade, por um lado, e a pluralidade de esferas autônomas de comunicação, por outro, implicam uma fragmentação do mundo da vida no que diz respeito às convicções e certezas partilhadas no cotidiano. Na sociedade contemporânea, o mundo da vida apresenta-se antes como espaço de reprodução do dissenso intersubjetivo. [...]" (NEVES, 2001 a : 128-9, ao criticar Habermas por sobrecarregar o mundo da vida com sua "pretensão consensualista" - p.126 - no texto "Do consenso ao dissenso: O Estado democrático de Direito a partir e além de Habermas"); Do mesmo autor, as seguintes passagens, que asseveram a necessidade de se trabalhar com conceitos de "sociedade global" e "sociedade supercomplexa", com "supercontingências", nos tempos atuais, partindo de tais adjetivações no sentido sistêmico, particularmente comprometido com as idéias de Luhmann sobre o tema: "Quando refiro-me à 'sociedade global' não

quero recorrer aqui ao simples rótulo 'globalização', pois o seu uso abusivamente ideológico de um lado, e a sua imprecisão, onipresente nos diversos campos da produção cultural, de outro, convertem-se freqüentemente em palavra-chave de uma retórica inconsistente. Com a expressão 'sociedade global' refiro-me a seguir à 'sociedade mundial', como aquela que se desenvolve, paulatinamente, a partir da economia, da técnica, da ciência e dos meios de comunicação de massa: relações sociais e comunicações intensificam-se além das fronteiras dos Estados como organizações político-jurídicas territoriais e das fronteiras culturais entre 'nações' e etnias. Ela também pode ser vista como uma explicitação, as últimas décadas, de características da sociedade mundial que já se encontravam latentes anteriormente (cf. Brunkhorst, 1999: 374). E enquanto problema que emerge dentro da sociedade mundial, toma relevância a globalização econômica, significando um expansionismo do sistema econômico no plano mundial, com efeitos destrutivos para as diversas outras esferas sociais, especialmente para a política e para o direito." [...] "Por fim, ao definir-se a sociedade mundial como uma sociedade 'complexa', emprega-se aqui o adjetivo no sentido sistêmico do termo 'complexidade', que se refere à presença permanente de mais possibilidades (alternativas) do que as suscetíveis de serem atualizadas (Luhmann, 1987 a:31,1989: 4s). Nessa acepção, afirma-se que a sociedade mundial (moderna) é supercomplexa, porque as alternativas possíveis de condutas, comunicações, relações e fatos sociais são muito maiores do que aquelas que se podem realizar efetivamente em uma situação complexa. A complexidade implica, por sua vez, contingência. Esta significa que, entre as diversas possibilidades, pode atualizar-se uma que não era esperada, importando 'perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos' (Luhmann, 1987 a:31). A supercomplexidade e a supercontingência da sociedade global de hoje envolvem o aumento da necessidade de seleção (Luhmann, 1987 b: 47), mas exigem mecanismos seletivos que não excluam, definitiva e absolutamente, nenhuma complexidade. A redução seletiva da complexidade conduz ao aumento de complexidade, ou seja, os mecanismos seletivos destinados a transformar a complexidade desestruturada em complexidade estruturada, sem desconhecer, portanto, a heterogeneidade de valores, interesses e discursos, assim como a pluralidade de sistemas existentes na sociedade" (NEVES, 2001 a : 331-2, em texto que guarda o sugestivo título de "Justiça e diferença numa sociedade global complexa"). B) De JÜRGEN HABERMAS, ao preparar-se para adentrar a um início de crítica a Luhmann, é a constatação da atual complexidade extrema das sociedades modernas nos seguintes termos: " [...] Sem dúvida tanto Hegel como Aristóteles estão convencidos de que a sociedade encontra sua unidade na vida política e na organização do Estado; a filosofia prática da modernidade parte da idéia de que os indivíduos pertencem à sociedade como os membros de uma coletividade ou como as partes de um todo que se constitui através da ligação de suas partes. Entrementes, as sociedades modernas tomaram-se tão complexas, ao ponto de essas duas figuras de pensamento - a de uma sociedade centrada no Estado e a da sociedade composta de indivíduos - não poderem ser mais utilizadas indistintamente. [...]" (HABERMAS, 2003, I:17-8); c) De LÊNIO LUIZ STRECK, por fim, são as colocações de que a crescente complexidade social e conflituosidade da sociedade moderna reclamam uma nova postura dos operadores do Direito, partindo desse pressuposto para pregar uma reação do Direito e do Estado contra a "fustigante onda neoliberal" que varre o mundo (p.21) e a "globalização neoliberal pós-moderna" que se contrapõe às políticas do "welfare state" (p.23): "Com efeito, preparado/engendrado para o enfrentamento dos conflitos interindividuais, o Direito e a dogmática jurídica (que o instrumentaliza) não conseguem atender as especificidades das demandas oriundas de uma sociedade complexa e conflituosa (J.E.Faria). O paradigma (modelo/mo de produção de Direito) liberal-individualista-normativista está esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos." (STRECK, 2003 : 17).

[5] As colocações de STUART HALL, na passagem seguinte, parecem ser bem exemplificativas de um pertinente e atual modo de se ver o estado das coisas na sociedade contemporânea. Particularmente interessante é a referência ao incremento das tensões da diferença como conseqüência ou resultante desse ambiente social dito de modernidade tardia - ainda que isso não implique necessária concordância com todas as conclusões do mesmo autor extraídas a partir da constatação de tais realidades.: "As sociedades modernas são, portanto, por definição, sociedades de mudança constante, rápida e permanente. Esta é a principal distinção entre as sociedades 'tradicionais' e as 'modernas'. Anthony Giddens argumenta que:

'Nas sociedades tradicionais, o passado é venerado e os símbolos são valorizados porque contêm e perpetuam a experiência de gerações. A tradição é um meio de lidar com o tempo e o espaço, inserindo qualquer atividade ou experiência particular na continuidade do passado, presente e futuro, os quais, por sua vez, são estruturados por práticas sociais recorrentes' (Giddens, 1990, pp.37-8).

A modernidade, em contraste, não é definida apenas como a experiência de convivência de mudança rápida, abrangente e contínua, mas é uma forma altamente reflexiva de vida, na qual: 'as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz das informações recebidas sobre aquelas próprias práticas, alterando, assim, constitutivamente seu caráter.' (ibid., pp.37-8).

Giddens cita, em particular, o ritmo e o alcance da mudança - 'à medida em que áreas diferentes do globo são postas em interconexão umas com as outras, ondas de transformação social atingem virtualmente toda a superfície da terra' - e a natureza das instituições modernas (Giddens, 1990, p. 6). Essas últimas ou são radicalmente novas, em comparação com as sociedades tradicionais (por exemplo, o estado-nação ou a mercantilização de produtos e o estado-assalariado), ou têm uma enganosa continuidade com as formas anteriores (por exemplo, a cidade), mas são organizadas em torno de princípios bastante diferentes. Mais importantes são as transformações do tempo e do espaço e o que ele chama de 'desalojamento do sistema social' - a "extração" das relações sociais dos contextos locais de interação e sua reestruturação de escalas indefinidas de espaço-tempo" (ibid., p.21). Veremos todos esses temas mais adiante. Entretanto, o ponto geral que gostaria de enfatizar é o das 'descontinuidades':

'Os modos de vida colocados em ação pela modernidade nos livraram, de uma forma bastante inédita, de todos os tipos tradicionais de ordem social. Tanto em extensão, quanto em intensidade, as transformações envolvidas na modernidade são mais profundas do que a maioria das mudanças características dos períodos anteriores. No plano da extensão, elas serviram para estabelecer formas de interconexão social que cobrem o globo; em termos de intensidade, elas alteraram algumas das características mais íntimas e pessoais de nossa existência cotidiana (Giddens, 1990, p.21).

David Harvey, fala da modernidade como implicando não apenas 'um rompimento impedioso com toda e qualquer condição precedente', mas como 'caracterizada por um processo sem-fim de rupturas e fragmentações internas no seu próprio interior' (1989, p.12). Ernest Laclau (1990) usa o conceito de 'deslocamento'. Uma estrutura deslocada é aquela cujo centro é deslocado, não sendo substituído por outro, mas por 'uma pluralidade de centros de poder'. As sociedades modernas, argumenta Laclau, não têm nenhum centro, nem um princípio articulador ou organizador único e não se desenvolvem de acordo com o desdobramento de uma única 'causa' ou 'lei'. A sociedade não é, como os sociólogos pensaram muitas vezes, um todo unificado e bem delimitado, uma totalidade, produzindo-se através de mudanças evolucionárias a partir de si mesma, como o desenvolvimento de uma flor a partir de seu bulbo. Ela está constantemente sendo 'descentrada' ou deslocada por forças fora de si mesma.

As sociedades da modernidade tardia, argumenta ele, são caracterizadas pela 'diferença'; elas são atravessadas por diferentes divisões e antagonismos sociais que produzem uma variedade de diferentes 'posições de sujeito' - isto é, identidades - para os indivíduos. Se tais sociedades não se desintegram totalmente, não é porque elas são unificadas, mas porque seus diferentes elementos e identidades podem, sob certas circunstâncias, ser conjuntamente articulados. Mas essa articulação é sempre parcial: a estrutura da identidade permanece aberta. Sem isso, argumenta Laclau, não haveria nenhuma história." (HALL, 1998, 14-17-negritos e destaques apostos).

[6] Diz a feminista e cientista política americana NANCY FRASER, no texto "Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista", publicado originalmente em 1997, em "Justice Interruptus: Critical reflections on the post-socialist condition", Routledge, Nova York: "A luta pelo reconhecimento tornou-se rapidamente a forma paradigmática de conflito político no fim do século XX. Demandas por 'reconhecimento das diferenças' alimentam a luta de grupos mobilizados sob as bandeiras da nacionalidade, etnicidade, raça, gênero e sexualidade. Nesses conflitos 'pós-socialistas', identidades grupais substituem interesses de classe como principal incentivo para a mobilização política. Dominação cultural suplanta a exploração como a injustiça fundamental. E reconhecimento cultural desloca a redistribuição socioeconômica como remédio para injustiças e objetivo da luta política. Essa não é, contudo, toda a história. Disputas por reconhecimento acontecem em um mundo em desigualdade material exacerbada - na renda e na posse de propriedades; no acesso a trabalho assalariado, educação, cuidado de saúde e lazer; mas também, e ainda mais surpreendente, no consumo de calorias e exposição à toxicidade ambiental, e, em suma, expectativa de vida e taxas de mortalidade. Desigualdade material é crescente na maioria dos países do mundo - nos Estados Unidos e na China, na Suécia e na Índia, na Rússia e Brasil. Também está aumentando, globalmente, de forma mais dramática na linha que divide Norte e Sul." (FRASER, 2003 : 245-6).

[7] A questão é sintetizada sem perda de amplitude por JOSÉ LUÍZ BOLZAN DE MORAIS: "Há algum tempo vimos sustentando que o Estado Nacional, com suas características de modernidade, em especial sua sustentabilidade em um poder supremo e incontestável - como soberania -, sua organização sob a lógica da especialização de funções exclusivas (excludentes), sua conformação sob uma ordem jurídica consolidada constitucionalmente - Estado Constitucional - e sua projeção como o sustentáculo de padrões mínimos de sobrevivência e agente superior de regulação e formatação social, tem perdido, para dizer o menos, sua centralidade, como instância de referência.

São estes aspectos, aquilo que chamamos: crise conceitual, crise funcional, crise institucional (constitucional), crise estrutural, respectivamente, sem pretender desconsiderar os vínculos que as unificam.

Isto reflete o que alguns apontam como 'neofeudalismo', outros sustentam a necessidade de praticar-se uma 'reforma' que vise à adequação da instituição do Estado a um novo contexto relações econômico-políticas e outros, ainda, que sugerem a necessidade de se retomar as bases de sustentação da idéia mesma de Estado para produzir-se uma 'refundação' que permita recuperar suas referências legitimantes perdidas.

Desde tempos vimos percebendo, pelos mais variados fatores, a corrosão da instituição estatal como tal e vendo surgir algo que poderíamos nominar provisoriamente como um 'espaço concorrencial de ação', onde de variados lugares vemos partir estratégias decisórias que se confrontam na busca de supremacia." (MORAIS, 2003 : 59-60).

[8] Vide ROCHA, 2005, pp.28 e 29, e a obra de MARCELO NEVES, "Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil", que procura justamente traçar um alentado paralelo entre as duas teorias.

[9] Op.cit., p.29.

[10] Essas razões, em verdade, estão melhor declinadas bem adiante, ao final do texto ora em foco, sendo que o seguinte excerto dele dá uma boa dimensão disso: "[...]Toda a teoria do Direito está ligada a uma teoria do Estado: Estado de Direito. A matriz teórica analítico-normativista somente é possível a partir de um conceito de validade fundamentado na força obrigatória do poder do Estado. Por sua vez, a matriz hermenêutica é uma derivação dialético-crítica do normativismo. Assim sendo, estas matrizes mantêm uma relação preponderante com a noção estatal de Direito. É fácil perceber portanto a amplitude das transformações que provoca no Direito a constatação de que o Estado deixou de ser o fundamento único de validade do poder e da lei [e nesse ponto, a nota do autor diz o seguinte: 'Porém, o Estado ainda detém o monopólio de muitas questões-chaves da sociedade, dificultando as análises simplistas que afirmam o seu desaparecimento. O Estado continua existindo, ao lado de outras organizações, caracterizando mais um paradoxo, é soberano e não-soberano.']. Na perspectiva da teoria sistêmica, estamos vivenciando então uma hipercomplexidade, já que os processos de 'autopoiesis' dos sistemas sociais dinamizam-se intensamente para fazer frente a esta desorganização do poder e do Direito. A hipercomplexidade é a possibilidade de recorrer-se a diferentes sistemas para o enfrentamento de questões específicas. As organizações têm a função de tomar decisões a partir de cada sistema, por exemplo, o Poder Judiciário é a organização encarregada de decidir desde o sistema do Direito. Não existe mais a pretensão de se tomar decisões isoladas. As decisões não dependem somente dos indivíduos, mas das organizações.

A programação incondicional foi a maneira elaborada pela dogmática jurídica para racionalizar os processos decisórios do Direito estatal. No momento em que o Estado enquanto programador do Direito deixa de ser o centro da organização da política, a programação sofre uma perda de racionalidade recuperando a indeterminação a que visa reduzir. Nesse sentido, em muitas questões jurídicas o Poder Judiciário em vez de simplesmente aplicar a programação condicional, necessita recorrer à fundamentações extra-estatais. Ou seja, a quebra da racionalidade do controle do Estado sobre a política faz com que a política invada setores do Direito, forçando o Judiciário a tomar decisões de um outro tipo: a programação finalística.

Na linguagem tradicional, poder-se-ia dizer que a programação condicional caracteriza um sistema fechado, e a programação finalística, um sistema aberto. Assim, a tendência do Direito seria transformar-se em um sistema aberto. No entanto, entendemos que esta resposta é muito simplista, por inserir-se numa lógica do tudo ou nada, o sistema é fechado ou é aberto. Do ponto de vista sistêmico, pode-se afirmar que o sistema do Direito é operativamente fechado e cognitivamente aberto ao mesmo tempo. Em outras palavras, o sistema do Direito é autopoietico, isto é, reproduz de forma condicional os seus elementos, diferenciando-se de suas conseqüências cognitivas. O sistema do Direito é constituído por uma lógica que articula a repetição e a diferença. Deste modo, autopoiese não é sinônimo de sistema fechado. É preciso livrar-se das amarradas da lógica clássica que, fundamentada no princípio da não-contradição, não nos permite pensar a riqueza da alteridade. A rediscussão dos fenômenos vistos como paradoxos na qualidade de condição para a observação da comunicação do Direito será uma das grandes características desta nova forma de sociedade." (ROCHA, 2005 : 45-47 - destaques apostos).

[11] Sobre COMPLEXIDADE - 1) "Como pretensão de um modelo explicativo mais abrangente a respeito da emergência da sociedade moderna, LUHMANN utiliza, em primeiro lugar, o critério da 'complexidade', entendida como presença permanente de mais possibilidades (alternativas) do que as que são suscetíveis de ser realizadas." (Marcelo Neves). Segundo o mesmo autor, N.L. (Niklas Luhmann) apontaria ainda um aspecto qualitativo da complexidade: "Mas complexidade não compreende apenas as quantidades de unidades e interações que desafiam nossas possibilidades de cálculo; ela compreende também as incertezas, as indeterminações e os fenômenos aleatórios. A complexidade em um certo sentido tem sempre a ver com o acaso". Neves comenta, então, que isso se relaciona com o fato de que complexidade implica contingência.

2) "Para que haja uma postura que ultrapasse pré-conceitos estabelecidos a respeito, a complexidade deve ser entendida como 'a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido' [Luhmann, Sociologia do Direito I, 1983, p.12]" (Leonel Severo da Rocha et alli, "Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito", 2005, p.68).

3) "Por complexidade se entende o conjunto de todos os eventos ('Ereignisse, Events') possíveis [citando NL em nota]. Designa-se, assim, portanto, o campo ilimitado dos 'mundos possíveis'." (Juan Antônio Garcia Amado, "Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica, 2004, p.301). Todos os negritos apostos.

[12] Diz Amado, logo na abertura do item "Do que se compõe a sociedade?": "O sistema social aparece, como acabamos de ver, desde o momento em que um evento articula os indivíduos através de seu sentido partilhado, e tem com ele o caráter de comunicação. E as comunicações, melhor dizendo, aqueles eventos que, dotados de um sentido, possuem um valor comunicativo, são os componentes deste sistema chamado sociedade. Nesse sentido, Luhmann afirma que, enquanto sistema, a sociedade é composta por comunicações, tão somente de comunicações e de todas as comunicações." (p.304).

[13] "Sustentar, como faz Luhmann, que a sociedade se compõe somente de comunicações não significa afirmar que não pressuponha mais do que comunicações, senão que são unicamente as comunicações que distinguem a sociedade sobre o pano de fundo do seu meio ('Umwelt, environment'), meio este que atua como pressuposto necessário dessa mesma diferenciação da sociedade através da comunicação. Parte desse meio são a vida orgânica, os sistemas psíquicos dos indivíduos, o substrato físico da matéria. São tais dados exteriores tanto ao sistema social quanto aos elementos que dentro deste estabelecem comunicações entre si - mas não com os quais se possa comunicar." (AMADO, 2004:305).

[14] Aqui, digno o destaque do contido no §4º da p.168 de que esta complexidade para Luhmann não é operação, nem algo que o sistema execute ou algo que aconteça nele, mas um conceito de OBSERVAÇÃO e de DESCRIÇÃO.

[15] Dessa forma, para Luhmann, complexidade significa imposição de seleção, que por sua vez significa contingência (incerteza sobre se algo acontecerá ou não), que por sua vez significa risco. (p.169, §2º).

[16] Diz Marcelo Neves: "Nesse sentido, afirma-se: 'Fechamento não significa agora falta de ambiente, nem determinação integral por si mesmo [...]. Trata-se de autonomia do sistema não de sua autarquia, nem de isolamento (causal). O fechamento operativo "é, ao contrário, condição de possibilidade para abertura. Toda abertura baseia-se no fechamento" (p.63).

[17] "Trata-se de um 'processo sem fim' e sem finalidade", segundo AMADO (2004: 314).

[18] Aqui é importante deixar claro que deverá haver um FECHAMENTO OPERACIONAL do sistema, mas uma sua ABERTURA PARA O AMBIENTE: "Porém, a incorporação da diferença 'sistema/ambiente' no interior dos sistemas baseados no sentido (a auto-observação como 'momento operativo da autopoiese') possibilita uma combinação de fechamento operacional com abertura para o meio-ambiente, de tal maneira que a circularidade da autopoiese pode ser interrompida através da referência ao ambiente. Portanto, na teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann, o ambiente não atua perante o sistema nem meramente 'como condição infra-estrutural de possibilidade da constituição dos elementos, nem apenas como perturbação, ruído, 'bruit'; constitui algo mais, 'o fundamento do sistema'. Em relação ao sistema, atuam as mais diversas determinações do ambiente, mas elas só são inseridas no sistema quando este, de acordo com seus próprios critérios e código-diferença, atribui-lhes sua forma." (M.Neves, p.62).

\*\*\*E no mesmo sentido, AMADO, 2004:318: "O sistema é fechado na medida em que ele seleciona do 'Umwelt' os dados para ele relevantes e, ademais, seleciona os critérios diretores desta seleção, seleciona até a sua própria seletividade: o sistema jurídico não apenas seleciona os comportamentos como legais/ilegais; também estabelece os critérios de tal atribuição de legalidade/ilegalidade. No mais, o sistema é aberto: enquanto atua a partir das excitações provenientes do meio, e enquanto que para suas seleções toma como desencadeante o acontecer de determinados eventos nesse meio (programação)."

\*\*\*Consulte-se, por fim, para resultado similar, JEAN CLAM, "Introdução[...]", 2005, p.110-111.

[19] Para uma CONCEITUAÇÃO DE AUTOPOIESE: A) AMADO, 2004: 314-5: "Sistemas auto-referenciais ou autopoieticos são aqueles que 'produzem por si mesmos como unidade tudo aquilo que usam como unidade'. Produzem seus elementos mediante seus próprios elementos, e, a parti daí, produzem também tudo o que identifica o próprio sistema como unidade: suas operações, processos e estruturas, inclusive sua identidade como sistema". E acrescenta: "A reprodução autopoietica dos sistemas NÃO é, portanto, repetição idêntica do mesmo, senão recriação constante de novos elementos ligados aos anteriores." (destaquei).

B) M.Neves, p.63-4: "O conceito de autopoiese será definido mais enfaticamente por Luhmann, sob influência de Maturana e Varela, como auto-referência dos elementos sistêmicos: 'Um sistema pode ser designado como auto-referencial, se ele mesmo constitui, como unidades funcionais, os elementos que é composto ...' Aqui se trata primariamente da reprodução unitária dos elementos construtores do sistema e, simultaneamente, por ele constituídos, não da auto-organização ou da manutenção estrutural do sistema. Nesse sentido a unidade do sistema apresenta-se em primeiro lugar como unidade dos elementos básicos de que ele é composto e dos processos nos quais esses elementos reúnem-se operacionalmente. Nessa perspectiva formula-se '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." E apenas para informação e eventual aprofundamento futuro, diz ainda aquele autor: "Mas a concepção de autopoiese não se limita em Luhmann à auto-referência, elementar ou de base, que se assenta na diferença entre elemento e relação. Essa se apresenta apenas como 'forma mínima de auto-referência', constituindo um dos três elementos da autopoiese; os outros são a 'reflexividade' e a 'reflexão', que se baseiam respectivamente na distinção entre 'antes e depois' ou entre 'sistema e ambiente'."

C) JEAN CLAM: vide "Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito", 2005, p. 98 em diante (item d.3).

[20] "Aqui opera esse elemento essencial para a autonomia de todo o sistema auto-referencial, que é seu esquematismo binário: todo o dado do meio é reduzido a um estado simples, que permite expressar em termos simples de afirmação ou negação sua assunção pelo sistema." (AMADO, 2004:318).

No caso do Direito o sistema opera o código binário: "Direito/ não-Direito" (p.169, §2º).

[21] Sobre "programação", refere AMADO (2004: 320-1): "Mas a disposição do código ainda não nos informa acerca de como repartir seus valores nas atuações concretas do novo sistema: posto o jurista ante a tarefa de estabelecer a ilegalidade ou legalidade de um ato, não lhe basta afirmar que é legal caso não seja ilegal, ou que é ilegal caso não seja legal. É necessário que a designação de cada um dos valores desse esquema dual esteja condicionada por algum dado externo ao próprio esquematismo. O verdadeiro é o contrário do falso, porém, em razão do sistema, a correta designação de tal valor depende, ademais, da afluência efetiva de algum estado de coisas, dentro ou fora do sistema. O estabelecimento de tais condições é a programação ('Programmierung') do sistema, e é obra do mesmo sistema; é um momento de sua reprodução autopoietica. [...]O sistema se decanta como tal mediante a posse de um código binário próprio. Os programas são somente as condições em cada momento operantes para a designação de um ou outro dos valores desse código aos eventos submetidos ao sistema. O programa não se deduz do código, porém o produz o sistema, ainda quando os elementos de que o programa se compõem possam ser dados ou estado de coisas externos ao sistema: a morte de outro com traição, à que o sistema jurídico vincula uma qualificação em termos de ilegalidade, é um fato exterior a este sistema. Nessa configuração dos programas, desempenham sua missão para o sistema aquelas 'Reflexionstheorien' a que antes aludimos. Sem programação o sistema não reduziria a complexidade: as relações possíveis entre os elementos não teriam limite, não haveria descontinuidade entre o sistema e o meio. De cada estado de coisas pode seguir-se qualquer outro, e não aquele programado no sistema".

[22] Consta do texto: "Conforme LUHMANN, la garantía de la autodescripción de las operaciones al sistema U, com ello, la garantía de la clausura operativa del sistema, requiere de un código único como esquematismo binário que excluya otras codificaciones y otros valores (terceros, cuartos, quintos) del código".

[23] "Assim, la distinción que constituye la complejidad tiene la forma de una paradoja: la complejidad es la unidad de una multiplicidad." (p.169, §3º).

[24] "Para Luhmann, 'cultura en el sentido moderno siempre es la cultura reflexionada como cultura, ie, una descripción observada en el sistema'" (p.170, §2°).

[25] "Para Kelsen, na Teoria Pura do Direito, a 'norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém.' Já na Teoria Geral das Normas, Kelsen afirma que, 'com o termo (norma) se designa um mandamento, uma prescrição, uma ordem. Mandamento não é, todavia, a única função de uma norma. Também conferir poderes, permitir, derogar são funções de norma'". (p.172, §2°).

[26] "Esse poder se regulamenta a partir da concepção de que as normas jurídicas não estão somente no plano estático - sanção - mas igualmente em um plano dinâmico, onde uma norma superior é sempre fundamento de validade de uma norma inferior. Ou seja: 'o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma.'" (p.174, §2°).

[27] Capítulo VIII, intitulado "A interpretação", com pouco mais de uma dezena de páginas.

[28] "Se a validade de um sistema normativo é dada por uma hierarquia, agora a validade é trocada ou colocada em segundo plano. Então, o mais importante para o sistema do Direito - não mais normativo - passa a ser a efetividade." (p.176, §2°).

[29] Isso porque, segundo o que consta do texto, "se se entender que a Constituição é o mais importante, dever-se-ia adotar o método dedutivo [kelsen]. Se, ao contrário, enfatiza-se a interpretação feita pelo judiciário em casos concretos, optar-se-ia pelo método indutivo" (p.177, §1°).

[30] E, com isso, a ideia, em conclusão, aparentemente defendida no texto é a seguinte: reconstrói-se um fechamento mínimo ou essencial (o operativo) do sistema jurídico, como havia na teoria normativa kelseniana (o que nela havia de verdadeiramente genial e eficaz, sob aquela realidade de outrora), sem que se perca o acesso às ágeis mudanças constantes do mundo moderno hipercomplexo, eis que a ideia de sistema autopoietico se funda também na concomitante abertura cognitiva do sistema (o contato permanente com o ambiente, que colhe, transporta e transforma elementos para o interior do sistema, fagocitando-os e transmutando-os pelo código específico do dito sistema), tudo a conferir-lhe, alegadamente, o que falta na hermenêutica, no pós-positivismo, para lidar com a hipercomplexidade do mundo de hoje e seus problemas sociais: legitimidade e efetividade - embora seja de se fazer apenas o registro de que uma tal compreensão da hermenêutica e suas possibilidades pareça ser demasiado restritiva e não-condizente com as reais possibilidades daquela matriz teórica.

[31] Nesse sentido, interessante notar que NORBERTO BOBBIO, em escrito do remoto ano de 1981 ("Liberalismo Velho e Novo"), já se referia a Luhmann como representante de uma "direita iluminada", conforme se extrai da nota da página 27 da obra "O Futuro da Democracia" (Trad. Marco