

DIREITO E MULTICULTURALISMO: (IN)SUFICIENTES ACOPLAMENTOS EM UMA ORDEM JURÍDICA PLURAL?

LAW AND MULTICULTURALISM: (IN)SUFFICIENT COUPLINGS IN A PLURAL JURIDICAL ORDER?

Paulo Roberto Ramos Alves¹

Resumo: O Direito contemporâneo apresenta nítidos sinais de fraqueza diante da complexidade da sociedade funcionalmente diferenciada. Para problemas complexos que se afiguram cotidianamente em uma realidade multicultural, o Direito permanece arraigado a concepções individualistas, bem como fortemente vinculado à centralidade jurídico-estatal. Essa forma moderna de atribuição de sentido jurídico, por sua vez, ignora a riqueza e a diversidade das relações sociais, passando ao largo da tradicional operacionalidade jurídica um incrível complexo de relações não intermediadas pelo Direito estatal. Sob tal constatação, faz-se necessária uma abertura (apenas possível através do fechamento) do Direito às múltiplas formas de vivência que evidenciam a sociedade comunicativa global como um grande palco de fragmentação discursiva e na qual coexistem um incontável número de significações jurídicas igualmente possíveis.

Palavras-chave: Construtivismo. Direito. Multiculturalismo. Policontextualidade. Teoria Sistêmica.

Abstract: The contemporaneous law presents nitid signs of debility in face to complexity of differentiated functionally society. To complex problems that figures them daily in a many cultural reality, the law remains rooted to individual conceptions, as well as strongly linked to the law state centrality. This modern shape of attribution of law sense, by your turn, ignores the riches and the diversity of social relations passing far away of the law traditional operationally an incredible complex of relations not intermediated by the state law. Under such evidence it's necessary an open (only possible through the closing) of to the many kinds of existence that right that evidences the global communicative society as a big stage of discursive fragmentation and coexist in it an uncountable number of equally possible law meaning.

Keywords: Constructivism. Law. Multiculturalism. Policontextuality System Theory.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno jurídico contemporâneo identifica-se atualmente como um sistema comunicativo capaz de gerar seus próprios pressupostos operativos, autodeterminando suas operações particulares e, com isso, apto a delimitar critérios de abertura jurídica à complexidade da sociedade funcionalmente diferenciada. Isso evidencia a capacidade do Direito em construir horizontes de sentido a partir da observação de seu meio circundante, sem que, com isso, seja determinado por outros discursos sociais.

Nesse mesmo passo, a operacionalidade jurídica é colocada diante de um visível paradoxo, que se revela sob a forma de uma grave crise de efetividade do Direito em frente às novas demandas socialmente produzidas, bem como pela gigantesca diversidade, caracterizada pela existência de múltiplas realidades que coexistem simultaneamente. Essa crise jurídica é evidenciada, internamente, pelo fato do Direito permanecer agrilhoado a modelos racionais herdados da modernidade, bem como, externamente, pela incapacidade de delimitar diretamente outros discursos sociais.

Diante desse paradoxo, fazem-se necessárias novas observações sobre o fenômeno jurídico contemporâneo, capazes de viabilizar novos critérios de abertura às complexas relações sociais. O presente texto busca, em um primeiro

¹ Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS; Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF; Advogado. E-mail: pauloalvess@yahoo.com.br.

momento, situar o fenômeno jurídico em uma sociedade complexa e funcionalmente diferenciada. Ato contínuo, analisa-se o rompimento para com o sentido normativo único, salientando-se a quebra da concepção do Direito como intrinsecamente dependente do Estado territorial. Por fim, questiona-se a fragilidade da simples consideração de acoplamentos estruturais entre discursos sociais autônomos, evidenciando-se, com isso, a necessidade de abertura jurídica às demandas características de uma sociedade multicultural e complexa.

2 UNITAS MULTIPLEX: O DIREITO NA BABEL DA SOCIEDADE FUNCIONALMENTE DIFERENCIADA

A imensa complexidade social é fruto de um processo histórico. A própria sociedade é um sistema comunicativo histórico e dependente de decisões passadas.² Enquanto as antigas sociedades estratificadas operavam sob distinções simplificadas, como senhor/servo ou soberano/súdito, sendo sua existência caracterizada por um baixíssimo nível de complexidade, a sociedade contemporânea assiste a convivência de uma incrível multiplicidade de racionalidades concorrentes.

A transição do modelo de sociedade simples para a funcionalmente diferenciada³ viabilizou um exponencial aumento na complexidade social. Múltiplas possibilidades foram irradiadas, desencadeando a necessidade crescente de realização de escolhas, afinal, o que era simples tornou-se complexo. Essa expansão de possibilidades igualmente caracterizou a sociedade como palco de uma grande fragmentação comunicativa por intermédio da constante especialização de discursos sociais (subsistemas funcionais parciais).

A existência de uma história unitária à qual se refere Vattimo⁴, cuja centralidade permitia a reunião e ordenação dos acontecimentos sob seu manto, cede lugar a uma incrível multiplicidade de possibilidades⁵ e ao permanente processo de coevolução entre diversas racionalidades sistêmicas concorrentes. A realidade, nesse contexto, torna-se algo extremamente contingente e dependente de critérios de observação específicos e particulares a cada sistema funcional.

² LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/Herder Editorial, 2007. p. 849-850.

³ Refira-se que a sociedade é compreendida por Luhmann como o sistema que abarca todas as comunicações. Nesse passo, todo e qualquer acontecimento comunicativo é um acontecimento social, razão pela qual o sistema global da sociedade é um sistema que se auto-observa e se autodescreve conforme suas próprias estruturas e seu modo de operar específico. A reprodução da comunicação apenas é possível mediante a observância desses critérios. LUHMANN, Niklas. *O conceito de sociedade*. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997. p. 82-83.

⁴ VATTIMO, Gianni. *Posmodernidad: ¿una sociedad transparente?* In: VATTIMO, Gianni et. al. *En torno a la posmodernidad*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2003. p. 10.

⁵ A concepção de sociedade de Luhmann é comumente enquadrada sob a caracterização de pós-moderna, entretanto, ainda que seja possível observar um forte processo de dispersão de racionalidade no âmbito social ou, como quer Lyotard, o fim dos metarrelatos, a concepção luhmanniana mantém uma certa unidade. A sociedade contemporânea é uma unidade na multiplicidade (*unitas multiplex*). Nesse aspecto, as discussões sobre a dicotomia moderno/pós-moderno são observadas por Luhmann como discussões infrutíferas e insuficientes para a observação da complexidade social contemporânea. Vide LUHMANN, Niklas. *Entrevista realizada no dia 7.12.1993, em Recife, PE*. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 97. Sobre a concepção de pós-modernidade, vide LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 6. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.

Essa pluralidade de vivências deu vazão a uma universalidade assustadora de possibilidades: tudo se tornou possível, ou melhor, observável, perfazendo com isso o aumento dos níveis de incerteza em relação às escolhas (e ao futuro). De Giorgi, quando evoca a narrativa de *Cem anos de solidão*⁶, bem traduz esse sentimento de isolamento e incerteza em relação ao futuro, aduzindo que não mais existem contextos inequívocos e que o pretenso horizonte de certezas foi, gradativamente, consumido.⁷

Tal visão pode ser amoldada sob a noção de complexidade. O conceito de complexidade pressupõe que a sociedade contemporânea comporta um incrível arsenal de possibilidades. Ao se indicar algo, necessariamente outras possibilidades serão excluídas da decisão, ainda que permaneçam como alternativas. A noção de complexidade, por isso, é paradoxal. É o excedente de possibilidades que a caracteriza, podendo ser observada na forma da unidade de uma multiplicidade (*unitas multiplex*).

O problema central da sociedade contemporânea gravita precisamente em torno da imensa complexidade do mundo, ou seja, “a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido”⁸, bem como da contingência, entendida como “o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas”⁹ frente à tomada de decisões.

Por isso, a existência de mecanismos capazes de reacionar frente à imensa complexidade da sociedade contemporânea é uma necessidade presente, de modo a possibilitar ao homem uma vivência mais sensata¹⁰. Esses mecanismos ocorrem sob a forma de sistemas funcionais, sendo sua existência justificada, paradoxalmente, por essa mesma complexidade, característica da sociedade funcionalmente diferenciada.

É precisamente nesse sentido que os sistemas atuarão como mediadores “entre a extrema complexidade do mundo e a pequena capacidade do homem em assimilar as múltiplas formas de vivência”¹¹, valendo-se de estratégias como a transposição de problemas e a dupla seletividade, complexificando-se internamente para reduzir a complexidade do entorno, demonstrando, com isso, sua (maior ou menor) capacidade racional conforme suas possibilidades de controlarem seus ambientes através do controle de si próprios.¹²

⁶ MÁRQUEZ, Gabriel García. Cien años de soledad. Madrid: Alfaguara, 2007.

⁷ DE GIORGI, Raffaele. Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 68: “A máquina do tempo tornou-se desconexa, pensou José Arcádio Buendía, depois de ter passado noites insones em vigílias tormentosas, durante as quais vivenciaram perturbadoras experiências, vira que também os mortos envelhecem, vira que todo dia é segunda-feira e que o pêndulo podia manter qualquer coisa no ar, mas não podiam manter-se a si próprio. José Arcádio Buendía deixou-se arrastar em uma espécie de delírio perpétuo. [...] este século que está acabando nos permite observá-lo depois de uma longa vigília, durante a qual vimos um horizonte de muitos casos, a inquietude de muitos mortos, a violência com que o pêndulo dos princípios se despedaçava na impossibilidade de sustentar a si próprio.”

⁸ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. I. p. 12.

⁹ *Idem, ibidem*, p. 12.

¹⁰ NEVES, Clarissa Eckert Baeta. Niklas Luhmann e sua obra. In: _____; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997. p. 12.

¹¹ *Idem, ibidem*.

¹² ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. Sequência, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 28, jun., 1994. p. 12.

O fato de a sociedade depender de processos decisórios dificulta o estabelecimento de critérios de racionalidade para tais operações, sobressaindo o Direito como um dos sistemas que enfrentam a questão da racionalidade de maneira criativa. Sendo uma construção dependente do observador, a verdade é um problema a ser enfrentado pelo Direito. O sistema jurídico, assim, estrutura respostas prontas para a problemática da verdade de acordo com seus próprios pressupostos operacionais, estabelecendo a duração temporal das operações jurídicas e as estabilizando socialmente.¹³

Essa complexidade que caracteriza a sociedade diferenciada impulsiona os sistemas sociais à decisão. Em outras palavras, os sistemas são constrangidos à decisão como forma de manutenção de sua autopoiese. Especificamente no caso do sistema jurídico tem-se uma paradoxal particularidade, eis que a decisão é obrigatória. Ao Direito não é lícito não decidir, a não decisão não é uma opção passível de seleção (proibição do *non-liquet*),¹⁴ o que atrai para o sistema a competência universal para todas as questões jurídicas. É justamente pela coação à decisão que o Direito mantém sua característica de liberdade em sua permanente reconstrução, estabelecendo a possibilidade de abertura por meio do fechamento sistêmico. O Direito apenas é livre porque permanece agrilhado à decisão.¹⁵

O Direito opera sob a forma particular direito/não direito, apresentando-se como um dos subsistemas sociais cuja ativação dá-se precisamente em razão do desenvolvimento da sociedade como um todo, adquirindo sua autonomia funcional em decorrência dos problemas, reiteradamente produzidos no curso da história da sociedade, bem como da consequente necessidade de sua regulação.¹⁶

Logo, a codificação binária do sistema jurídico diz respeito apenas às suas próprias operações, sendo que “através da aceitação da um código binário (jurídico/antijurídico), o sistema obriga a si próprio a essa bifurcação, e somente reconhece as operações pertencentes ao sistema se elas obedecem a essa lei”.¹⁷ Dessa maneira, todas as comunicações que se identifiquem com tal codificação serão comunicações jurídicas.

Os conflitos, por isso, são reconstruídos no âmbito do Direito e substituídos por comunicações jurídicas. Precisamente neste ponto devem ser salientadas as relações entre o sistema jurídico e os demais discursos sociais. Os sistemas igualmente constroem mundos de sentido, por isso é desconstruída a visão

¹³ ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. n. 4. São Leopoldo: Unisinos, 2008. p. 169-170.

¹⁴ O que pode ser amplamente observado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Observe-se, igualmente, a possibilidade (construtiva) de abertura do sistema jurídico pelo seu fechamento no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, ou, ainda, no artigo 126 do Código de Processo Civil Pátrio: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

¹⁵ LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Ajuris*, Porto Alegre, *Ajuris*, n. 49, ano XVII, jul., 1990. p. 160-163.

¹⁶ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Teoría de la sociedad. Guadalajara, México: Universidad de Guadalajara/ Universidad Iberoamericana/Iteso, 1993. p. 327.

¹⁷ LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Sequência, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 28, jun., 1994. p.18.

de que seria possível a verdade determinada e inequívoca.¹⁸ Os múltiplos discursos sociais operam mediante codificações próprias (direito/não direito; verdadeiro/falso; ganho/perda; governo/oposição, etc.), construindo, assim como o sistema jurídico, mundos particulares e parciais de sentido.

O Direito, por isso, enclausura-se em sua recursividade específica como maneira de construir horizontes de sentido jurídico. Paradoxalmente, ao mesmo tempo em que produz uma realidade autônoma, não pode se autoimunizar dos demais discursos sociais, não é possível um Direito apenas encerrado em sua autorecursividade. Tal paradoxo pode ser melhor observado pela existência de interferências e acoplamentos.

Os sistemas produzem incessantes interferências uns aos outros, cada qual abrangendo tais perturbações consoante suas próprias estruturas internas. Em razão desse caráter conflitivo, o discurso jurídico é obrigado a examinar os novos conhecimentos produzidos exteriormente apenas se houver relevância ao próprio Direito. Precisamente a relevância atribuída pela binariedade do código à determinada perturbação é o que conduz à permanente reconstrução da comunicação jurídica e à possibilidade de diferenciação com seu ambiente.

Por outro lado, a multiplicação de centros cognitivos autônomos promove um evidente conflito entre o Direito e outros sistemas sociais, eis que, ao mesmo tempo em que há a necessidade de construções de realidades próprias (jurídicas), paradoxalmente há a dependência de outros sistemas que competem entre si. A capacidade sistêmica de conhecer produz realidades inerentes a cada racionalidade específica, por isso, o Direito depende unicamente do Direito, produzindo comunicações jurídicas mesmo ao revés da vida cotidiana e da realidade construída por outros sistemas sociais.

O Direito, na sociedade complexa, passa a ser observado como um sistema social concorrente com diversos outros sistemas funcionais específicos (Política, Economia, etc). Nesse mesmo passo, a sociedade passa a ser vista como *unitas multiplex*, na qual os acontecimentos sociais fogem a uma existência causal unitária, tornando-se dependente de distinções atribuídas por racionalidades cada vez mais difusas, compreendidas, todavia, no âmbito interno da sociedade.¹⁹

¹⁸ Qual a verdade da verdade? É legal dizer que não é legal dizer o que é legal? Perguntas como essas bloqueiam o processo decisório. Esse problema é alcançado sempre que se persegue uma verdade ontológica fundamental. O problema do fundamento inexoravelmente conduz a paradoxos como os supramencionados. Por isso o reconhecimento, por Luhmann, de que não há uma verdade inequívoca ou um pretenso fundamento da ordem jurídica que transcenda à própria ordem jurídica. O Direito, assim, é determinado pelo próprio Direito, não sendo vinculando ontologicamente, bem como alheio a qualquer forma de teleologia. Nas palavras de Luhmann “existem paradoxos em todos os lugares, sempre que procuramos por fundamentos”. LUHMANN, Niklas. A terceira questão: o uso criativo dos paradoxos no Direito e na história do Direito. Estudos jurídicas, São Leopoldo, n. 32, jan./jun., 2006. p. 46. Vide igualmente, MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito. In: ROCHA, Leonel Severo. Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997. p. 248-249; ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação luhmanniana. In ROCHA, Leonel Severo, KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 21-23.

¹⁹ LUHMANN, O conceito de sociedade, p. 83: “A sociedade é o sistema abrangente de todas as comunicações, que se reproduz autopoieticamente, na medida em que produz, na rede de conexão recursiva de comunicações, sempre novas (e sempre outras) comunicações. A emergência de um tal sistema inclui comunicações. Pois elas só são passíveis de conexão internamente, excluindo todo o resto. A reprodução de um tal sistema exige, pois, a capacidade para discriminar entre sistema e ambiente. Comunicações podem reconhecer comunicações e diferenciá-las de outras coisas que pertencem ao ambiente, no sentido de que se pode comunicar sobre elas, mas não com elas.”

A crescente especificação funcional da sociedade comunicativa global estabelece discursos renovados permanentemente, promovendo construções paralelas ao sistema jurídico. Se o próprio processo de diferenciação já subtrai do Direito o monopólio da razão, a fragmentação das relações comunicativas viabiliza ainda mais discursos autônomos ou semiautônomos concorrentes à produção jurídica tradicional, o que vai ao encontro da realidade multicultural que caracteriza a sociedade contemporânea.

3 PARA ALÉM DA CENTRALIDADE JURÍDICO-ESTATAL

O atual modelo de sociedade carece de qualquer vinculação a critérios racionais universalmente válidos ou de modelos capazes de explicitar uma razão única e inequívoca. Esse fato vem ao encontro do reconhecimento de que, atualmente, coexistem uma grande quantidade de culturas, de manifestações sociais e de instâncias comunicativas que, igualmente, são responsáveis pela produção jurídica.

Fenômenos como a globalização, por exemplo, induzem ao gradativo rompimento com processos institucionalizados e instâncias centralizadas de poder, estabelecendo-se um incrível grau de dificuldade na fixação de critérios de validade para o Direito, afinal, não há como falar em um Direito universalmente válido em um mundo que já não mais comporta realidades universais e absolutas. No momento em que a realidade social torna-se incrivelmente fragmentada e diversificada, essa mesma lógica passa a ser aplicada às próprias observações do sistema jurídico.

Essa característica da sociedade contemporânea potencializa a fragmentação das relações jurídicas, denominada por Teubner como policontextualidade do Direito, fazendo com que a efetividade do sistema jurídico dependa de suas relações com as demais instâncias sociais.²⁰ O Direito coevoluiu com outras diversas racionalidades que operam mediante codificações próprias, bem como com instâncias comunicativas, alheias à centralidade estatal, que igualmente operam mediante a codificação direito/não direito. Desse modo a razão do Direito *oficial* e, por que não, a razão de Estado, não mais é compreendida como a única esfera de emanção de normatividade.

Isso significa que escapa a possibilidade de ser fixado o local oficial de produção jurídica, eis que o processo de normatização se dilui na teia das relações comunicativas da sociedade global, havendo a distribuição desse poder a um incontável número de atores sociais descentralizados.²¹ Atualmente, despontam cada vez mais espaços de produção de poder ao largo do Estado, há produção jurídica sem a tradicional vinculação ao Estado, como, por exemplo, sindicatos, ONGs, grandes empresas transnacionais, comunidades, etc.

Há com isso uma observação plural de mundo, uma compreensão difusa do fenômeno normativo,²² na qual a centralidade jurídica cede lugar a uma incrível multiplicidade de manifestações que igualmente produzem Direito. Esse aspecto vem ao encontro da existência de normatizações próprias de sistemas organizacionais e outras configurações sociais, cujas operações obedecem

²⁰ TEUBNER, Gunther. As duas faces de Janus: pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna. In: _____. Direito, sistema e policontextualidade. Piracicaba: Unimep, 2005. p. 95-98.

²¹ *Idem*, 114-115.

²² ROCHA, Observações sobre autoipoese, normativismo e pluralismo jurídico, p. 177.

igualmente à lógica binária jurídica. É inegável que o âmbito de sentido jurídico atribuído pela bifurcação direito/não direito ultrapassa a centralidade estatal para ser realocada na periferia do sistema jurídico, juntamente com a legislação e o costume.

Nessa nova ordem, os processos de formação do Direito – em frente ao massivo processo de globalização econômica e à realidade policontextual da sociedade contemporânea –, transmudam-se de seus centros institucionalizados mediante a noção de Estado, para a periferia do sistema jurídico, para locais fronteiriços entre o Direito e outros sistemas comunicativos, havendo uma coexistência entre diversas racionalidades jurídicas concorrentes. Logo, o novo Direito global mostra-se um Direito periférico, espontâneo e gerado pela sociedade.²³ Para Teubner:

Nos regimes privados globais, ocorre uma eficaz autodesconstrução do direito, capaz de tornar simplesmente ineficazes os princípios básicos do direito estatal, a saber: a dedução de validade das normas jurídicas a partir de um modelo hierarquizado de fontes normativas, a legitimação do direito por uma constituição politicamente posta, o processo legislativo em instâncias parlamentares, a segurança conferida por instituições, processos e princípios do Estado de Direito e a garantia de espaços de liberdade individuais pelos direitos fundamentais politicamente conquistados.²⁴

Esse novo Direito, entretanto, deve amoldar-se aos novos problemas que a sociedade reiteradamente apresenta. O Direito tradicional, por tratar-se de um produto da modernidade, simplificado mediante arranjos causais, bem como agrilhado a uma forte noção de Estado territorial, não mais é capaz de operacionalizar os problemas relacionados, por exemplo, aos riscos e paradoxos, característicos da sociedade funcionalmente diferenciada. Nesse passo, a obscura herança do positivismo falha na tarefa de oferecer respostas satisfatórias em um contexto no qual todas as lógicas são despedaçadas e onde a única verdade ontológica possível é o reconhecimento da complexidade da sociedade.²⁵

4 (IN)SUFICIENTES ACOPLAMENTOS EM UMA ORDEM JURÍDICA PLURAL?

A possibilidade de que os sistemas sociais observem seu entorno é uma característica fundamental para a manutenção de sua autopoiese. Nesse sentido, o acoplamento estrutural entre distintos discursos sociais ou com outras comunicações extrasistêmicas, ainda que não autonomizadas, constitui uma evidente necessidade para a continuidade da autopoiese da sociedade.

O acoplamento estrutural, em sua vertente biológica originária, é definido por Maturana e Varela²⁶ como uma estratégia necessária à manutenção da autopoiese sistêmica, sendo que os resultados desses constantes acoplamentos entre

²³ TEUBNER, Regimes privados..., p. 110.

²⁴ *Idem*, p. 111.

²⁵ NAFARRATE, Javier Torres. Introdução. In: LUHMANN, Niklas. Introdução à teoria dos sistemas. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 23.

²⁶ ROMESÍN, Humberto Maturana; VARELA, Francisco. A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001. p. 87.

diferentes sistemas será uma história de alterações estruturais recíprocas, até o momento em que o sistema não mais exista. É o acoplamento estrutural condição para que os sistemas observem e reajam às perturbações ambientais.

Luhmann,²⁷ por sua vez, observa que o conceito de autopoiese transfere a noção de autoprodução das estruturas em direção aos elementos do sistema. Dessa maneira, os sistemas autopoieticos são aqueles que (re)produzem continuamente seus elementos internos, com base em seus próprios elementos. Essa contínua reprodução comunicativa, por sua vez, pressupõe, a todos os momentos, evidentes acoplamentos sistema/entorno. Em outras palavras, “el acoplamiento estructural, entonces, excluye que datos existentes en el entorno puedan especificar, conforme a las propias estructuras, lo que sucede en el sistema”,²⁸ sendo a realidade intrasistêmica, bem como suas possíveis formas de acoplamento, especificada pelo próprio sistema.

O conceito de acoplamento estrutural deve ser observado enquanto possibilidade de contato entre diferentes racionalidades comunicativas. Ainda que não sob uma forma específica, como aquela assumida pelos contratos no diálogo entre Economia e Direito, ou como a Constituição nos acoplamentos entre Direito e Política,²⁹ mas na forma de perturbações e ressonâncias. Logo, perante a necessidade de construções jurídicas plurais, o conceito de acoplamento entre discursos autonomizados deixa uma enorme margem de insatisfação em relação às suas possibilidades fáticas, abrindo-se, com isso, novos horizontes para construções capazes de responderem a tal problemática. Nesse aspecto, é relevante a inquietação de Teubner, quando afirma que

Apesar de todo potencial inovador, a concepção de acoplamento estrutural entre sistemas autônomos, desenvolvida pela teoria geral dos sistemas, não é suficientemente complexa para lidar com os problemas específicos do relacionamento entre direito e sociedade. Aqui fracassa a simples imaginação de dois sistemas autônomos que constituem mutuamente seus ambientes. A razão está em que, afinal de contas, as relações entre direito e outros campos sociais decorrem de diferenças internas do contexto de uma única sociedade.³⁰

A partir disso, nota-se que a continuidade interativa entre sistemas específicos, como as relações entre Direito e Política³¹ ou Direito e Economia, são

²⁷ LUHMANN, Niklas. Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997. p. 52. Para uma conceituação de acoplamento estrutural, vide ESPOSITO, Elena. Acoplamiento estructural. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. Barcelona: Anthropos, 1996. p. 19.

²⁸ LUHMANN; DE GIORGI, Teoría de la sociedad, p. 52.

²⁹ LUHMANN, El derecho de la sociedad. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 345: “El problema del acoplamiento estructural puede entonces especificarse y restringirse a la relación entre política y derecho -ya sea que estos sistemas de función se conciban como una unidad que converge en la cima, o que éstos se acoplen a través de la institución especial de la Constitución. Se podría decir: la evolución “busca” soluciones al problema del acoplamiento estructural del derecho, para que no lo obstaculicen; o lo que sería lo mismo: la evolución busca estructuras posibles de complejidad que garanticen una evolución especial al sistema del derecho.”

³⁰ TEUBNER, As duas faces de Janus, p. 85.

³¹ ROCHA, Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico, p. 181-182.

insuficientes para a operacionalização das complexas relações sociais contemporâneas. Essa modalidade de relacionamento coevolutivo poderia ser denominada como interrelações jurídicas em sentido limitado, já que a mera manutenção dessas formas de acoplamento não é capaz de viabilizar horizontes de possibilidades em frente à hipercomplexidade do sistema social. Isso evidencia a necessidade do Direito em estabelecer níveis de diálogo com instâncias outras da sociedade além daquelas com as quais tradicionalmente realiza trocas comunicativas.

É claro que a manutenção de acoplamentos específicos contribui para a operacionalização jurídica de uma incontável quantidade de problemas contemporâneos. Não pode ser negado que a observação jurídica da observação econômica ou a juridicização de determinadas situações pela iritação político-legislativa é capaz de racionalizar juridicamente certos problemas. Entretanto, ao largo dessas formas específicas de racionalização, permanecem intocados complexos de relações comunicativas não intermediadas pelo Direito. Pense-se, por exemplo, nos processos de normatização existentes em comunidades ou grandes favelas, nos *códigos de conduta* instituídos nos presídios pelos próprios detentos, na ordem estatutária de ONGS e sindicatos, na instituição de procedimentos (identificáveis juridicamente) pela operacionalidade de organizações empresariais, entre uma incontável quantidade de relações que ocorrem paralelamente ao poder Estatal e que igualmente se identificam sob a binariedade jurídica.

Tais situações ocorrem independentemente da atuação estatal ou da normatização legislativa, evidenciando o Direito como de um fenômeno extremamente plural e pela necessidade do reconhecimento de que, ao largo de um pretense sistema jurídico *oficial*, arraigado a uma forte noção de Estado territorial, são produzidas comunicações que assumem a forma predominantemente jurídica.³²

A abertura cognitiva que o Direito estabelece, via *clausura operativa*, traz evidentes possibilidades para construções jurídicas voltadas ao futuro. O próprio conceito de *autopoiese jurídica* é revolucionário. Todavia, por outro lado, viabiliza justamente o problema ora enfrentado. O conceito de acoplamento estrutural unicamente considerado entre sistemas parciais autônomos fragiliza as possibilidades de uma observação plural de mundo.

O que pensar quando se depara com o “dilema perturbador da autopoiese na autopoiese, que se coloca para campos sociais autônomos?”³³ Existem evidentes processos de diferenciação no âmbito de sistemas parciais, como o Direito. E não se fala aqui tão somente em processos de diferenciação funcional específica do sistema jurídico tradicional, mas em formas diferenciadas que refletem propriamente o código direito/não direito em práticas sociais alheias à centralidade jurídica estatal.

Isso promove um deslocamento da distinção direito positivo/costume para formas jurídicas autônomas no interior do próprio Direito. Daí decorre a observação de que no centro do sistema jurídico, como quer Luhmann,³⁴ não é o poder legislativo que ocupa lugar, mas sim os tribunais. Nesse sentido, são os tribunais que produzem o Direito autonomamente a partir da transformação dos

³² TEUBNER, Regimes privados..., p. 114-115.

³³ TEUBNER, As duas faces de Janus, p. 85.

³⁴ LUHMANN, A posição dos tribunais no sistema jurídico, p. 160-163.

conflitos em expectativas generalizadas. A legislação está localizada na periferia do sistema, coexistindo com outras manifestações jurídicas, como o costume e normatizações próprias de outras configurações sociais, não identificadas *a priori* com o Direito tradicional.

Uma observação assim reafirma o caráter autopoietico do Direito. Não obstante a insuficiência dos acoplamentos entre sistemas funcionais autônomos aparentemente sugira um problema de natureza autopoietica – apontando para uma clausura da qual é impossível prescindir –, é justamente em razão disso que são evidenciadas possibilidades (autopoieticas) para a abertura do Direito às novas dinâmicas da sociedade.

É razoável observar que a policontexturalidade da sociedade contemporânea traz ínsita a possibilidade de maiores interações entre Direito e Sociedade.³⁵ Teubner³⁶ promove tal observação sob o conceito de *instituições de ligação*, que seriam formas comunicativas capazes de estabelecer ressonâncias diretas entre o sistema jurídico e a multiplicidade de discursos presentes (e integrantes) do sistema social. Essas instituições conectoras sugerem interferências entre Direito e sociedade, sublinhando a possibilidade de instituição de comunicações jurídicas, bem como se evitando que o discurso jurídico perca-se nos labirínticos caminhos de outros sistemas sociais, como a Política ou a Economia.

Rocha evidencia claramente a necessidade de uma abertura do Direito à sociedade, relativizando o tradicional apelo à centralidade jurídica estatal, quando afirma que,

nas sociedades complexas, está surgindo, assim, uma nova cultura jurídica. Se se quiser pensar, do ponto de vista normativo, na hipercomplexidade relacionada à lógica de empresas de informática, de biogenética e, principalmente, relacionada às questões ecológicas e manter, de certa maneira, a autopoiese, desesperadamente, é imperioso que se pense em provocar irritações dentro do sistema do Direito de maneira que a lógica estrutural seja uma lógica que não se confine somente na organização estatal e na Constituição. Por isso, a intenção de se refletir sobre um Direito multicultural: um Direito que permite a abertura para essa variedade de culturas. Um Direito que permita, pelo menos a partir da lógica de sistema, pensar a equivalência.³⁷

É o pluralismo jurídico que representa, por um lado, a possibilidade de abertura do Direito à sociedade e, por outro, a integração da sociedade ao Direito. Nesse aspecto, vale repetir que as fronteiras do sistema jurídico não são delimitadas apenas pela organização estatal. Igualmente, não é a mera distinção direito/não direito que promove a separação entre um pretense Direito oficial e as normatizações de outros grupos ou de organizações formais, mas sim a identificação de como o símbolo da validade é empregado.³⁸

³⁵ É de ser salientado que a distinção Direito/Sociedade é utilizada apenas com o intuito de demonstração de que existem trocas comunicativas entre esses dois âmbitos específicos. É notório, pois, que tudo o que ocorre, ocorre na sociedade, inclusive o fenômeno jurídico. ROCHA, Observações sobre a observação luhmanniana, p. 19.

³⁶ TEUBNER, As duas faces de Janus, p. 100.

³⁷ ROCHA, Observações sobre a observação luhmanniana, p. 40.

³⁸ TEUBNER, As duas faces de Janus, p. 98

Cabe salientar que a validade jurídica, para Luhmann,³⁹ não é caracterizada sob o aspecto normativo. Quando fala em validade, Luhmann aponta simplesmente para a aceitação da comunicação jurídica no âmbito interno do próprio Direito. Dito de outro modo, uma disposição é válida para juridicamente quando há a aceitação dessa comunicação pelo próprio sistema. Falar de validade, portanto, é falar das próprias condições à manutenção da autopoiese do Direito. A validade do sistema jurídico diz respeito à própria especificidade de seu código binário.

As questões que se agigantam nos debates jurídicos, todavia, não são assentadas no caráter de validade do Direito, mas sim no que tange à sua efetividade. É o problema da efetividade que se coloca em discussão quando a sociedade passa a conviver com situações socialmente autoproduzidas, originadas sob condições profundamente diversificadas, cuja operacionalidade do Direito deve abarcar.⁴⁰

Observando-se o Direito autopoieticamente, a necessária abertura aos influxos da sociedade apenas é possível por intermédio de seu fechamento. Paradoxalmente, maior fechamento significa maior abertura.⁴¹ Em outras palavras, quanto maior a capacidade de autocontrole do próprio sistema maior a capacidade de controle de seu ambiente, ou seja, a realidade autopoietica da sociedade permite que o Direito construa novos pressupostos operativos e critérios de abertura aos influxos continuamente produzidos no sistema social.

Isso significa que a efetividade do Direito contemporâneo é dependente de uma dupla estratégia: externamente, a capacidade social de produção de ressonâncias junto ao sistema; internamente, a possibilidade da operacionalidade jurídica ser repensada, viabilizando a alteração de suas estruturas pela observação dos riscos e paradoxos presentes na sociedade contemporânea, bem como pelo reconhecimento de que a centralidade estatal não mais subsiste como a única emanção da ordem jurídica vigente.

Observações dessa natureza tornariam factível o diálogo Sociedade/Direito, viabilizando o estabelecimento de formas jurídicas hábeis à construção de novos horizontes de sentido para um Direito que insiste em manter uma profunda vinculação ao passado, à ideia de segurança e a um caráter individualista, negando, com isso, a possibilidade de efetivas construções de futuro e o estabelecimento de novas formas de observação da realidade policontextural no qual é inserido.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno jurídico atual ocorre em um (poli)contexto no qual há uma profunda dispersão da razão no meio social. A realidade policontextural na qual o sistema jurídico é inserido viabiliza a necessidade de profundas revisões em seu

³⁹ LUHMANN, El derecho de la sociedad, p. 155.

⁴⁰ Teubner demonstra essa inquietação quando observa que, tradicionalmente, o reconhecimento da validade jurídica ocorria tão somente por intermédio da atuação dos tribunais e legisladores, deixando-se, ao largo desses processos institucionalizados de validação do Direito, complexos processos sociais que igualmente contribuíam à formação do Direito. TEUBNER, Regimes privados..., p. 112-113.

⁴¹ LUHMANN; DE GIORGI, Teoría de la sociedad, p. 49: "La clausura operacional trae como consecuencia que el sistema dependa de la autoorganización. Sus propias estructuras pueden construirse y transformarse únicamente mediante operaciones de ella misma"

modus operandi, evidenciando, com isso, a necessária abertura do Direito às dinâmicas próprias de uma sociedade plural e funcionalmente diferenciada.

O Direito é um sistema funcional específico da sociedade, identificado mediante o código direito/não direito. A existência de configurações sociais que igualmente operam sob tal bifurcação oferecem importantes desafios à operacionalidade jurídica que, tradicionalmente, observa a realidade nos moldes instituídos pela centralidade jurídico-estatal. Na época atual, porém, a efetividade das construções jurídicas depende da observação da multiplicidade de racionalidades possíveis na sociedade, bem como do reconhecimento de que a centralidade jurídico-estatal cede espaço para a coexistência entre uma grande quantidade de manifestações igualmente jurídicas, sem que, com isso, haja a tradicional vinculação ao Estado territorial, até então observado como produtor de um pretense *direito* oficial.

Construções assim, todavia, apenas tornam-se possíveis quando observados tais pressupostos pelo próprio sistema jurídico. Em outras palavras, somente um Direito enclausurado operativamente é capaz de estabelecer critérios de abertura às múltiplas dinâmicas sociais. Por mais paradoxal que pareça, o Direito pode abrir-se para construções plurais tão somente por intermédio de seu fechamento, logo, quanto mais fechado, maiores suas possibilidades de observação da realidade social e de construções que levem em conta as diferenças dos múltiplos discursos. Embora pareça pouco, talvez este seja um bom início pela busca da tão perseguida efetividade jurídica e da concretização dos ideais democráticos.

6 REFERÊNCIAS

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

ESPOSITO, Elena. Acoplamiento estructural. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Barcelona: Antrophos, 1996. p. 19-21.

LUHMANN, A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Ajuris**, Porto Alegre, Ajuris, n. 49, ano XVII, jul., 1990. p. 149-168.

_____. **El derecho de la sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/Herder Editorial, 2007.

_____. Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). **Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997. p. 19-59.

_____. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). **Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997. p. 82-83.

_____. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. **Seqüência**, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 28, jun., 1994. p. 15-29.

- _____. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. I.
- _____; DE GIORGI, Raffaele. **Teoría de la Sociedad**. Guadalajara, México: Universidad de Guadalajara/ Universidad Iberoamericana/Iteso, 1993.
- LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 6. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito. In: ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997. p. 243-277.
- MÁRQUEZ, Gabriel García. **Cien años de soledad**. Madrid: Alfaguara, 2007.
- NAFARRATE, Javier Torres. Introdução. In: LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 11-23.
- NEVES, Clarissa Eckert Baeta. Niklas Luhmann e *sua obra*. In: _____. SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). **Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997. p. 9-17.
- ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. **Sequência**, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 28, jun., 1994. p. 1-14.
- _____. Observações sobre a observação luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo, KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 11-40.
- _____. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. n. 4. São Leopoldo: Unisinos, 2008. p. 167-182.
- ROMESÍN, Humberto Maturana; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001.
- TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Piracicaba: Unimep, 2005.
- VATTIMO, Gianni. Posmodernidad: ¿una sociedad transparente? In: VATTIMO, Gianni et. al. **En torno a la posmodernidad**. Barcelona: Anthropos Editorial, 2003.

Data de recebimento: 13 de abril de 2010

Data de aprovação: 26 de maio de 2010

