

DIREITO E AUTOPOIESE (PRIMEIRA PARTE): ESTRUTURAS CONCEITUAIS INCONCILIÁVEIS ENTRE SI

*LAW AND AUTOPOIESIS (PART I): TWO INCOMPATIBLE
CONCEPTUAL STRUCTURES*

Josué Mastrodi¹

Resumo: A teoria dos sistemas sociais de Niklas LUHMANN traz para as ciências sociais a hipótese da criação de sistemas de forma autopoietica, isto é, por conta própria, por meio de sua diferenciação em relação ao meio ambiente. Pela hipótese, o direito surge por si só, a exemplo de qualquer outro sistema a ser analisado por meio dessa teoria. Este trabalho identifica ao menos três dificuldades que indicam que, ainda que a autopoiese seja adequada à compreensão de objetos das ciências naturais e até da lógica, é simplesmente inaplicável às ciências sociais, em especial ao direito.

Palavras-chave: Filosofia do Direito, teoria dos sistemas, autopoiese, Niklas Luhmann.

Abstract: The Niklas LUHMANN's Theory of Systems brings to social sciences the hypothesis of systems to be autopoietically born, that is, by their own, due to their differentiation from their environment. By means of such hypothesis, Law would simply appear by itself, as any other system analysed by such theory. This paper identifies at least three difficulties to indicate that autopoiesis, although it is an adequate concept to the comprehension of subjects of natural sciences and of logic, is not applicable to the social sciences, namely to Law.

Keywords: Philosophy of Law, theory of systems, autopoiesis, Niklas Luhmann.

Considerações iniciais

A teoria dos sistemas sociais de Niklas LUHMANN traz para as ciências sociais a hipótese da criação de sistemas de forma autopoietica, isto é, por conta própria, por meio de sua diferenciação em relação ao meio ambiente. Pela hipótese, o direito surgiria por si só, a exemplo de qualquer outro sistema a ser analisado por meio dessa teoria. Porém, essa teoria possui problemas conceituais que simplesmente impedem sua utilização para descrever ou compreender a realidade social ou jurídica. O objetivo deste trabalho é expor ao menos três desses problemas conceituais.

Faz-se aqui uma crítica *imane*nte, baseada em imprecisões *internas* encontradas na própria estrutura da teoria sistêmica, em que será utilizado o método dedutivo. O método é dedutivo ou analítico porque as contradições expostas decorrem das próprias premissas que originalmente estruturam a teoria sistêmica. Faz-se, também, uma crítica não à teoria sistêmica em si, mas à sua metodologia. Há, ainda, uma crítica *externa*, em que será utilizada uma abordagem realista e dialética, pela qual se busca a compreensão da totalidade do objeto de estudo, e não uma compreensão que divide esse objeto, a realidade social, ora em sistema e meio ambiente, ora em sistema e subsistemas. Por esta crítica externa, espera-se comparar a estrutura idealista da teoria luhmanniana com a concreta realidade social e jurídica e demonstrar a impossibilidade de adequação desta aos estatutos daquela. O método empregado para exposição desta crítica é *realista* na medida em que ele parte da constatação que

¹ Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito da Administração Pública pela Universidade Gama Filho. Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor-pesquisador da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. E-mail: mastrodi@puc-campinas.edu.br.

quaisquer ideias quanto ao desenvolvimento social só podem ser válidas se decorrerem da materialidade das condições reais de vida.

Numa abordagem realista, compreende-se a sociedade e o direito como estruturas em que as relações sociais concretamente ocorrem, de modo que qualquer conceito (ideal por definição) só pode ser adequadamente entendido se tiver sido abstraído da concretude dessas mesmas relações sociais. Não é, portanto, o conceito que determina a realidade social; ao contrário, é a realidade social que determina a elaboração de conceitos. LUHMANN, no entanto, teoriza a sociedade e o direito de forma totalmente idealista, afirmando que qualquer sistema social possui códigos (para determinar sua função) manejáveis de modo *totalmente universal e independentemente dos conteúdos* que preenchem suas formas. Seu sistema funcionaria independentemente das pessoas e determinaria a organização dessas pessoas em sociedade independentemente da vontade ou interesse destas, como se fosse um programa de computador que se estabelecesse de forma autônoma e funcionasse de forma automática sem qualquer interferência de um programador (que sequer teria meios de alterar a programação!).

Este trabalho está organizado em 8 tópicos. Após esta introdução, entendeu-se por bem apresentar algumas notas explicativas no item 2 para, ainda que de forma sucinta, descrever os principais pontos críticos da teoria sistêmica, todos relacionados ao conceito de autopoiese e à possibilidade (dentro da teoria de LUHMANN) de se compartimentar a realidade por meio da criação de novos subsistemas, de modo a apresentar a realidade como a soma desses inúmeros sistemas *acoplados entre si*.² Em seguida, no item 3, procura-se identificar as consequências dessa transformação do todo social em um conjunto de inúmeras partes que não se relacionariam entre si (dada a autonomia do sistema, todos os subsistemas criados em seu âmbito também são entendidos como autônomos e independentes), causando grande dificuldade de compreensão do *ser* do objeto de estudo: nesse sentido, a teoria sistêmica demonstra grande despreocupação com a ontologia de seu objeto. O item 4 é utilizado para formulação de uma crítica imanente à teoria de LUHMANN, uma contradição lógica *insustentável* no interior da teoria sistêmica: o sistema social é entendido de uma forma quando indiferenciado (quando há apenas um sistema), *e de outra* quando há diferenciação (quando são criados subsistemas dentro do sistema original).

No item 5 há uma segunda crítica, de caráter metodológico: a teoria sistêmica parece não distinguir a realidade de sua representação. O que existe (no meio ambiente) é observado pelo sistema e é interpretado segundo o código interno desse mesmo sistema. Porém, para a teoria de LUHMANN, essa representação da realidade construída pelo sistema sequer é uma representação, ela é dada *como se fosse a própria realidade*. Aliás, para LUHMANN, a realidade criada dentro do sistema *substitui* a realidade mesma.

No tópico seguinte, de número 6, há a exposição de uma terceira crítica à teoria sistêmica, em que as bases do idealismo luhmanniano são contrapostas à realidade material da sociedade. A vida real dos seres humanos ocorre dentro da história, com começo, meio e fim. Ela começa a partir de relações sociais anteriores e serve para estruturar relações futuras. Há causas e efeitos sociais, assim como há causas e consequências jurídicas claramente identificáveis. Contudo, a história e o tempo parecem ser substituídos por uma forma idealista de memória atemporal, em que tudo acontece *agora* para o sistema, sem qualquer relação de causa e efeito, sem qualquer possibilidade de planejamento da vida social pelas pessoas.

No item 7 há espaço para algumas considerações finais, feitas à guisa de conclusão. Por fim, as referências de pesquisa encontram-se dispostas no último item.

² A questão do acoplamento estrutural, conceito pelo qual LUHMANN compreende a atuação conjunta de dois ou mais sistemas, será objeto de artigo posterior. Por ora, neste trabalho, importa discutir tão somente o que o *corte* realizado por LUHMANN na realidade social, separando-a em sistema e meio ambiente, representa em termos de compreensão dessa mesma realidade.

1 Algumas notas explicativas

Uma parte da realidade (e.g. o direito), vista de forma isolada, certamente apresentará um comportamento diferente daquele que teria se estivesse em interação com as demais partes e com a totalidade dessa realidade mesma. Ao diferenciar o (sub)sistema jurídico do sistema social geral e dos demais subsistemas sociais, separando-os segundo suas funções específicas, e ao buscar a compreensão do direito apenas segundo critério próprio de comunicação interna desse (sub)sistema (pela diferenciação realizada pelo código do direito, que distingue o lícito do ilícito), a teoria sistêmica aparentemente repete o mesmo *erro* verificado em outras teorias de matriz positivista, como a Teoria Pura do Direito de KELSEN, desprezando conteúdos sociais importantíssimos para a compreensão abrangente do direito que, por não serem *jurídicos*, fariam parte de outros sistemas (econômico, político, religioso etc.), sistemas estes que teriam com o sistema jurídico uma interação limitada³ e meramente acoplada.

Ao separar a realidade social em compartimentos estanques (sistemas ou subsistemas autopoieticos) e ao compreender essa realidade (ou melhor, os fenômenos sociais) a partir desses compartimentos, a teoria sistêmica descarta de um dado *fundamental* para a compreensão da totalidade concreta, que não é o conjunto das várias partes dentro de um todo formado pela soma das partes; ao contrário, a totalidade é uma categoria que se apreende pela compreensão de que o todo é formado pelas partes, que se influenciam mutuamente e que influenciam o todo. Ao identificar a realidade social de forma compartimentada, segundo (sub)sistemas que *não* se relacionariam dialeticamente entre si, a compreensão dessa realidade se reduz à simples descrição dos fenômenos observáveis segundo os critérios internos *de cada subsistema*, que, no entanto, são incomunicáveis entre si (pois cada código interno, que é o critério próprio de cada sistema ou subsistema, perfaz a operação de cada sistema de modo independente dos demais).⁴

Essa redução até permite descrições relativamente verdadeiras, sempre segundo o corte epistemológico traçado pelo método de análise, porém longe da verdade objetiva, que é a compreensão mesma da realidade social em sua totalidade, algo aparentemente *impraticável* dentro da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, justamente por conta de os subsistemas não se comunicarem entre si, *como se* falassem línguas diferentes, *como se* fosse uma *babel sistêmica*. Não é outra a posição de HABERMAS, que trata dessa incomunicabilidade dos subsistemas em passagem na qual discute a aplicação da teoria sistêmica a questões relativas à legitimidade democrática (ou, em termos luhmannianos, ao subsistema político):

O aumento da complexidade social faz com que os pesos se desloquem em favor de um fluxo informal, de tal sorte que a pergunta: “como é possível, em tais circunstâncias, a responsabilidade política?” perde o seu sentido. Ela contribui, é verdade, para uma teoria da democracia, na medida em que observa com nitidez o modo como o processo democrático é solapado pela pressão de imperativos funcionais. Entretanto, ela é incapaz de criar qualquer tipo de moldura para uma “nova” teoria da democracia, pois analisa o processo político essencialmente sob pontos de vista de autorregulação do poder administrativo e *divide a*

³ Limitadas e controladas, em sua grande parte, por meio do conceito de acoplamento estrutural entre os vários (sub)sistemas sociais. Ressalte-se que os sistemas acoplados continuam funcionando cada qual segundo seu código próprio, e criam procedimentos desenvolvidos em seus interiores que permitam o acoplamento (Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 196). As partes podem até formar o todo, mas este ao final parece se mostrar, talvez, até mesmo *menor* que a soma das partes. Não só este ponto, como também o conceito de acoplamento estrutural (que permitiria o controle da interação entre as partes) serão tratados em artigo posterior.

⁴ A respeito deste ponto, relativo à autocriação do sistema para a função de reduzir a complexidade da sociedade como um todo, e à sua diferenciação funcional por meio da sua divisão em subsistemas, cada qual com seu código próprio, cf. MASTRODI, Josué. **Crítica Dialético-Realista ao Conceito de Autopoiese no Direito**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2008, p. 54-59.

política e o direito entre vários sistemas funcionais, fechados recursivamente sobre si mesmos.

Todavia, esse ganho “realista” proporcionado pela observação seletiva *sobrecarrega a teoria com um problema colateral inquietante*. Segundo sua descrição, todos os sistemas funcionais conseguem sua autonomia através da criação de *códigos e de semânticas próprias, não traduzíveis entre si*. Com isso, *perdem a capacidade de comunicar diretamente entre si*, limitando-se apenas à “observação” mútua. Tal “autismo” atinge especialmente o sistema político, o qual se fecha autorreferencialmente em relação a seus ambientes circundantes. E este *encapsulamento autopoietico o impede quase por completo de integrar a sociedade em seu todo* – mesmo sabendo que ele se especializa em ações de regulação, capazes de eliminar estorvos nestes sistemas e de recompor os sistemas funcionais em vias de isolamento, de um modo “compatível com os ambientes”.⁵

Ao considerar o direito (ou a economia, ou a política, ou mesmo a sociedade como um todo) como um objeto que só pode ser identificado nos termos da representação conceitual encerrada num modelo *altamente generalizador* de sistema autopoietico, LUHMANN cria uma concepção *abstrata* do direito, fazendo uso, para tanto, dos conceitos ainda mais abstratos de sua teoria sistêmica.⁶ Isto porque o direito, que ocorre por força das relações sociais havidas materialmente no mundo (ou, em termos luhmannianos, no meio ambiente), só passa a ser identificado efetivamente como direito porque tais relações sociais passaram a ser comunicadas pelo sistema jurídico como pertencentes ao direito.

Trata-se, sem dúvida, de uma teoria sociológica que prima pela positivação do direito. Positivação que é dada pelo sistema e não por autoridades competentes, pois as autoridades seriam pessoas, e pessoas não fazem parte do sistema, apenas participam da comunicação jurídica. Não importa o que ocorre no mundo (meio ambiente). Só será algo entendido como jurídico se assim for declarado pelo sistema jurídico.⁷ Isto porque o direito ou a sociedade não são tratados *diretamente* na forma de representações conceituais do direito ou da sociedade. Em vez disso, são analisados segundo a forma do sistema social autopoietico que, este sim, seria responsável pela análise do direito ou da sociedade segundo seu código interno. Primeiro deve ocorrer a observação de primeira ordem, para que o sistema indique que o objeto observado pertence ao sistema jurídico. Depois, por meio da observação de segunda ordem, é que o sistema jurídico irá comunicar que se trata de algo que é conforme ou não conforme o direito. Somente após o sistema se atualizar pela recursividade das comunicações anteriores sobre a comunicação objeto da primeira observação (a chamada observação de segunda ordem ou auto-observação) é que será possível entender, juridicamente, o sentido daquilo que foi observado pelo sistema jurídico.⁸

⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre Facticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 64-65. As ênfases não se encontram no original. Elas foram postas aqui para se ressaltar, em especial, o fato de que a teoria sistêmica de LUHMANN não conforma adequadamente a sociedade porque não há comunicação passível de ser compreendida em termos de totalidade.

⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 76 e 176, e **Social Systems**. Stanford: Stanford University Press, 1995, p. 30-34.

⁷ Não deixa de ser curiosa a seguinte expressão de HABERMAS, que se aplica a qualquer teoria de direito positivo, incluindo-se a da LUHMANN, *exceto* no que respeita ao empirismo, inexistente na teoria sistêmica: “Para um modo de ver empírico, a validade do direito positivo é determinada, antes de tudo e tautologicamente, pelo fato de que só vale como direito aquilo que obtém força de direito através de procedimentos juridicamente válidos – e que provisoriamente mantêm força de direito, apesar da possibilidade de derrogação, dada pelo direito.” A expressão *direito* é utilizada nada menos do que cinco vezes, em clara autorreferência. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. *Op. cit.*, p. 50.

⁸ MOELLER, Hans-Georg. **Luhmann Explained**: From Souls to Systems. Chicago: Open Court, 2006, p. 71-78. Sobre as questões relativas a observações de primeira e segunda ordem, a auto-observação do sistema e sua reflexividade de modo a evitar o ponto cego da primeira observação, de modo a identificar algo externo ao sistema como pertencente a ele e, em seguida, comunicar se tal elemento está conforme ou não conforme seu código interno, cf. MASTRODI. *Op. cit.*, p. 68-75.

Bem ao estilo de linguagem da autopoiese social, tem-se aqui a *abstração da abstração*. A primeira abstração ocorre quando o sistema identifica algum evento na forma de um universal abstrato, pois o evento é identificado na forma de sua aparência, como um produto pronto e acabado (pois é destacado de seu processo histórico e analisado numa conformação que não leva em conta as relações que o causaram, que o fizeram aparecer tal como o sistema o percebe). A segunda abstração ocorre quando esse universal abstrato é comparado às demais comunicações existentes no interior do sistema.

A análise sistêmica é tão abstrata que não permite conhecer a singularidade das relações sociais ou jurídicas de um determinado povo em um determinado território, o que só seria possível por meio de uma abordagem metodológica que levasse em consideração o objeto de estudo (seja o direito, a sociedade ou qualquer outro) segundo uma compreensão *totalizante e concreta* desse objeto mesmo, em vez de (apenas) abrangente e abstrata.

Neste ponto, vale ressaltar importante consideração sobre a necessidade de compreensão da realidade na forma de um *universal concreto* e não na forma de um *universal abstrato*, de modo a evitar a confusão causada pela apreensão da mesma realidade apenas a partir das descrições isoladas de seus múltiplos fenômenos, pela compreensão da totalidade formada pela integração de todos esses fenômenos na relação com a sua essência. Nesse preciso sentido, ALVES afirma o seguinte:

Conforme a crítica da filosofia da práxis, essa forma de ver sensorialmente, isto é, essa forma de perceber as coisas isoladamente, uma a uma, sem relacionamento intrínseco, na verdade, é uma forma “abstrata” enquanto se tome esse conceito como a maneira de se ver as coisas do mundo de modo separado, sem conexões internas. É certo que na realidade elas estão efetivamente ligadas, mas isso não é visto com os olhos do corpo; é um subterrâneo somente apreensível com os olhos da mente. Na medida em que essas coisas são experimentadas, e na medida em que utilizamos a inteligência, aos poucos percebemos as relações que existem entre elas e com o meio em que se encontram. Buscamos os laços e as tramas relacionais que a envolvem, permitindo-nos um conhecimento mais orgânico, denso e inteligível das coisas, de sorte a entendê-las em suas conexões recíprocas, em suas leis, em sua complexidade real, em sua autêntica realidade. Mas isso, como já dissemos, não pode ser alcançado apenas com as forças de nossos sentidos empíricos. É preciso fazê-lo com o pensamento, com o entendimento e com a ação cognitiva, com a práxis. Esta realidade de relações e vinculações recíprocas define um todo concreto autêntico, inteligível precisamente por causa de suas mútuas dependências e relações, captáveis com o entendimento, e não sincrético como é visto no começo, apenas com a aplicação de nossa capacidade sensorial. É, assim, um concreto obtido pelas forças do pensamento dialeticamente polarizado com a ação inteligível, e não passivamente, apenas com os nossos órgãos sensoriais.

Esse concreto, portanto, é o concreto no pensamento, que o pensa dentro de todas as relações inteligíveis. A totalidade é que é a verdade. Na realidade, passamos do concreto confuso e fragmentado de nosso conhecimento sensorial para o concreto claro e transparente do conhecimento científico. Em outras palavras, a realidade no início é concreta, posto que em si mesma está internamente relacionada, ainda que apareça no plano dos sentidos de forma confusa para nós e em partes separadas; porém, no final do processo cognitivo, passa a ser uma realidade concreta clara e distinta para o nosso pensamento, pelo qual a apreendemos integralmente em sua autenticidade e verdade.⁹

A teoria de LUHMANN é extremamente válida porque permite descrições precisas sobre os fenômenos sociais. A descrição de tais fenômenos talvez seja algo suficiente para uma teoria de caráter sociológico, mas LUHMANN peca por não desenvolver a teoria sistêmica sobre bases empíricas,¹⁰ o que faz da teoria sistêmica menos sociológica que filosófica, de

⁹ ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica: Pensamento Formal e Argumentação: Elementos para o Discurso Jurídico**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 304.

¹⁰ MOELLER. *Op. cit.*, p. 189 e 208.

caráter epistemológico. A análise *exclusiva* das aparências dos fenômenos sociais, destacadas da compreensão de sua essência, embora aponte notáveis características pós-modernas, evidencia certa *despreocupação teórica* quanto à busca pela compreensão da *real causa* desses fenômenos e pela concretude dessa realidade mais ampla e não captada adequadamente pelo *filtro* dos sistemas autopoieticos.

Ao descrever as comunicações abstratas, sem se preocupar com a análise do suporte material das relações sociais e jurídicas e de sua relação com tais comunicações abstratas, a compreensão do *todo*, de forma concreta e singular, não pode ser atingida. Isto será tratado a seguir, segundo uma abordagem realista do objeto das ciências sociais.

2 A compreensão das partes é, por óbvio, uma compreensão apenas parcial

A questão ontológica sobre a verdade *objetiva* do conhecimento do direito não parece ocupar posição de importância no âmbito da teoria da autopoiese social, mais preocupada em tratar de uma questão gnosiológica, sobre a possibilidade de compreender inúmeras verdades *relativas*, segundo o ponto de vista de cada um dos subsistemas sociais, constatadas *abstratamente* a partir da manifestação dos incontáveis fenômenos sociais. Por essa teoria, um mesmo objeto pode ser observado de modos distintos por subsistemas diversos e cada um deles comunicará o objeto de modo diferente, dando-lhe uma conformação diferente, dando-lhe, até mesmo, *passado e presente diferentes*. Um fenômeno que se torna vários, na mesma quantidade de subsistemas sociais que o observam, conforme a perspectiva de cada um deles.¹¹ Nesse sentido, a teoria sistêmica acaba por apresentar uma descrição apenas *parcial* de seu objeto. A estrutura lógica (o modelo) dessa teoria não tem correspondência necessária com a estrutura da realidade –ou com a *parte* da realidade– que busca ser explicada por tal teoria.¹² Ora, se todas as perspectivas de um fenômeno são válidas, pois cada uma é comunicada conforme o código interno de cada um dos vários subsistemas sociais, a compreensão do fenômeno em sua totalidade concreta acaba por ser impraticável, já que não existe uma metalinguagem pela qual se permita unificar as várias comunicações (os subsistemas sociais são incomunicáveis entre si!).

Não há metalinguagem simplesmente porque LUHMANN não acredita no projeto da modernidade e da possibilidade de uma *metanarrativa*.¹³ Não trata da possibilidade de identificar as essências ocultas pelas aparências. O movimento da sociedade não é dialeticamente apreendido, as relações causais não são identificadas (ao contrário, são negadas) pela teoria sistêmica, por cujo estatuto teórico tudo decorreria da declaração do sistema feita a partir da reprodução de sua autopoiese.

Como todas as partes são válidas, as contradições entre as perspectivas acabam por ocorrer. No entanto, ainda que várias perspectivas sobre um mesmo fenômeno sejam contraditórias entre si, não há que se falar em contradição porque elas não têm validade no mesmo âmbito de incidência: a perspectiva jurídica só respeita ao sistema jurídico, a perspectiva econômica, ao sistema econômico, a perspectiva política, ao sistema político e assim por diante. Como os subsistemas são incomunicáveis entre si, suas perspectivas também são, o que evita qualquer contradição. Isto, no entanto, gera problemas para o fim de compreensão da realidade social como um todo.

¹¹ LUHMANN. **Social Systems**. *Op. cit.*, p. 215.

¹² KOSIK, Karel. **Dialética do Concreto**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969, p. 38. Não trata especificamente sobre o conceito de autopoiese, mas perfeitamente aplicável a este tema.

¹³ MOELLER. *Op. cit.*, p. 200. O termo *metanarrativa* é claramente utilizado em referência a LYOTARD e sua afirmação no sentido de que, dada a complexidade da sociedade dos dias atuais, não é mais possível uma grande narrativa para explicar ou descrever a realidade social. LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-Moderna**. 6. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.

A diferenciação funcional do sistema social em vários subsistemas acabou trazendo tantos problemas quantas foram as eventuais soluções (visando à redução da complexidade do meio ambiente). Por apresentar uma descrição apenas parcial da realidade jurídica, o direito é conhecido apenas em sua aparência (como fenômeno social *descrito como fenômeno jurídico*), pois compreendido conforme a estrutura parcial e abstrata daquela teoria dos sistemas autopoieticos, e não conforme a estrutura mesma de sua realidade concreta, em que todo fenômeno pode ser entendido como uma das várias dimensões de um mesmo objeto, cuja essência (social) é ocultada pelas várias aparências (jurídica, política, econômica etc.).

LUHMANN, e também TEUBNER e os demais autores que têm desenvolvido suas análises e teorias a partir do conceito de autopoiese social, ao se preocuparem quase que exclusivamente com os fenômenos jurídicos –isto é, com a descrição de eventos sociais que o sistema declara como pertencentes a si e que seriam lícitos ou ilícitos–, buscam saber *como funciona* o direito, sem grandes preocupações com as questões ontológica e teleológica fundamentais (o *que é* o direito? Qual a *finalidade* do direito?), teriam realizado o *inverso* de KELSEN, descurando da *essência* de seu objeto de estudo.

KELSEN, ao separar a essência do direito de seu fenômeno e ao considerar que apenas a forma jurídica imutável (a essência) deve ser compreendida como direito, impede a compreensão adequada da totalidade do direito, cuja definição precisa dependeria da verificação das relações internas da essência com o fenômeno, ou seja, com sua integração à totalidade concreta do direito, especialmente porque *uma parte, isolada, tem comportamento diverso de quando integrada ao todo*.¹⁴ O direito, visto em sua teoria pura, ou seja, visto a partir da pureza de uma *moldura* que não se identifica com a realidade jurídica concreta, acaba por ser compreendido apenas parcialmente e, não raro, em sua parte menos importante para a solução prática de um dado problema qualquer ocorrido na sociedade. Ressalte-se, não obstante, que KELSEN jamais disse que os fenômenos do mundo do ser não fazem parte do direito. Apenas não seriam objeto de estudo de sua *teoria pura*. Para KELSEN, sua teoria é pura, mas o direito, não.

Muito embora a teoria sistêmica busque descrever *como* o direito *funciona* e *como* ele se manifestaria na realidade social, o fato de não buscar saber *o que é* o direito e qual a sua *finalidade* faz com que essa teoria perca objetividade e admita que o direito poderia, contingentemente, funcionar das mais diferentes formas, tudo dependendo, tão somente, da escolha das alternativas dentro do (ou melhor, *pelo* próprio) sistema. E sem informar quem é o responsável pelas escolhas.¹⁵ Embora aparentemente complementares, pois a Teoria Pura do Direito cuida da *essência* (formal) e a teoria dos sistemas autopoieticos, do *fenômeno* do direito, as duas teorias, ainda que analisadas em conjunto, não permitiriam uma compreensão da totalidade concreta do direito,¹⁶ haja vista que em ambas há, tão somente, a preocupação com partes (ou, se preferir, dimensões) abstratas do direito, ora *essência*, ora *fenômeno*. Falta a elas, para atingirem a compreensão do objeto de estudo como um todo, a compreensão das *leis internas do movimento dialético* que unem a diversidade de seu objeto em uma unidade concreta e totalizante. *Totalizante*, e não *totalitária*.

¹⁴ BERTALANFFY, *apud* KOSIK, Karel. *Op. cit.*, p. 38.

¹⁵ Na verdade, *informa*. O responsável pelas escolhas é o próprio sistema, *como se* ele fosse alguém que pensasse e agisse. Não é apenas Luhmann quem confere consciência e subjetividade ao sistema. TEUBNER, Gunther. **How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law**. Bremen: European University, 1989, e MOELLER. *Op. cit.*, p. 68.

¹⁶ A metodologia, tanto da teoria pura quanto a da sistêmica, impede que tais leis internas sejam conhecidas. E é novamente a metodologia de ambas que impede, também, que uma abarque a outra: seus sistemas de referência e suas abordagens são tão diferentes entre si que só podem ser entendidas como incomensuráveis.

Conforme ensina KOSIK,¹⁷ a compreensão da categoria de totalidade ou de todo acabou, na história do pensamento filosófico, sendo apoiada sobre três configurações do real, e que postulam cada qual um princípio epistemológico correspondente:

(A) a primeira, a concepção atomístico-racionalista, que seria a base conceitual das teorias que remontam, na modernidade, ao método cartesiano e que, no direito, tem por ápice a teoria de KELSEN,¹⁸ segundo a qual o todo seria uma lógica ou natural decorrência da composição dos elementos e dos fatos mais simples, de modo que o todo existe *porque* é formado pelas partes. Em termos ontológicos, o *ser* de qualquer objeto de estudo é explicado a partir da compreensão dos elementos fundamentais de sua estrutura. Daí porque, para KELSEN, o direito seria perfeitamente compreensível a partir de seu elemento essencial, qual seja, a *forma normativa*;

(B) a segunda, que é a concepção organicista ou organicístico-dinâmica, base da teoria sistêmica (desde BERTALANFFY e PARSONS até MATURANA, VARELA e LUHMANN),¹⁹ formaliza o todo de modo hipostasiado e afirma sua predominância e prioridade sobre as partes, pois as partes só existem em função da existência do todo. Deixa-se aqui de haver preocupação ontológica com a estrutura (com os elementos que a compõem) para se conceber a realidade como algo formado a partir de sistemas. Definidos como uma rede complexa de relações entre as partes, organizados de modo dinâmico e em constante modificação, os sistemas são, segundo as teorias que os tomam por pressuposto epistemológico, o modo fundamental de compreensão da realidade. Ao contrário da concepção atomística, aqui as partes existem *porque* em função do todo (até os átomos pertenceriam a sistemas organizados a partir dos quais aqueles podem ser entendidos, assim como as células em função dos organismos vivos, os planetas em interação com o sol etc.); e

(C) por último, a concepção dialética, pela qual se concebe qualquer objeto de estudo como um todo estruturado que se desenvolve e se cria em constante e interminável interação com suas partes (não só das partes entre si, mas das partes com o todo e vice-versa). Não cabe, aqui, a discussão sobre saber se é preciso partir do todo para compreender as partes ou das partes para o entendimento do todo. Parte-se do pressuposto que não é possível conhecer o objeto *senão* pela interação dos dois polos que o formam (partes e todo). As partes se definem na sua relação com o todo, que ao mesmo tempo se define em sua relação com as partes. Definem-se mutuamente por conta dessa relação dialética, e nunca fora dela. Sem a relação, não seriam nem parte nem todo de um objeto (e este nem mais seria o singular objeto de estudo).

Não obstante partes e todo sejam separáveis exclusivamente para fins didáticos ou analíticos, são indissociáveis entre si, inextricavelmente unidos em sua diversidade. O todo é pela(s) parte(s) e vice-versa, ao mesmo tempo, e essa compreensão concreta compõe a verdade do *ser* do objeto de estudo. Este trabalho é integralmente filiado a esta terceira concepção fundamental de totalidade.

¹⁷ KOSIK. *Op. cit.*, p. 42-43.

¹⁸ Não há, contudo, aqui, por fugir ao tema do trabalho, preocupação com qualquer crítica à teoria de KELSEN, mas à de LUHMANN. Aquela foi mencionada apenas a título de exemplo, a fim de ilustrar que a pseudoconcreticidade é característica frequente nas teorias analíticas. Neste trabalho, o objetivo é tornar evidente esta característica na teoria da autopoiese social.

¹⁹ Cada qual, sem dúvida, com suas respectivas propriedades, mas todas, sem exceção, possuem a compreensão de sistema como fundamento de sua organização teórica. BERTALANFFY, Ludwig von. **Perspectivas em la Teoria General de Sistemas**: Estudios científicos-filosóficos. Madrid: Alianza Editorial, 1986; PARSONS, Talcott. **O Sistema das Sociedades Modernas**. São Paulo: Pioneira, 1974; MATURANA, Humberto. VARELA, Francisco. **De Máquinas y Seres Vivos – Autopoiesis: La Organización de Lo Viviente**. Santiago: Editorial Universitaria, 1994.

3 Primeira crítica, imanente à teoria sistêmica. Subsistemas não são compreendidos da mesma forma que o sistema indiferenciado

Se a compreensão de sistema como o funcionamento de uma *totalidade maior que a soma das partes* é pressuposta como verdadeira –o que é necessário para desenvolver a teoria sistêmica–, também deveria ser assumido como verdade que *essa totalidade não pode ser apreendida pela soma de todas as suas partes*, ao contrário do que se supõe dentro dessa mesma teoria. Para LUHMANN, o que identifica um sistema não é o fato de ele ser estruturado como tal por vários elementos, mas a condição de que seus elementos funcionam de modo que o *todo* opera na forma de um sistema, isto é, porque seus elementos internos fazem o sistema funcionar. Desse modo, *o todo seria maior que a soma das partes*, pois o funcionamento destas (independentemente de quais partes são essas) de modo organizado é justamente o que causa a “mais-valia” do sistema. As partes sequer são importantes: elas podem até mesmo ser substituídas por outras, desde que lhes sejam *equivalentes funcionais*, *i.e.*, que mesmo sendo outras, confirmam funcionalidade sistêmica.

Embora isso possa ser uma conclusão verdadeira em relação a um sistema autopoietico indiferenciado (ou seja, um *sistema sem subsistemas*) ou a um subsistema isoladamente considerado, isso não pode ser reproduzido em termos do *conjunto dos subsistemas*. O fechamento de cada tipo de comunicação social dentro de um subsistema acaba por segmentar o sistema original da sociedade em vários subsistemas incomunicáveis entre si, pois igualmente autônomos, por força de sua autopoiese.

Ainda que cada subsistema seja em seu todo superior à soma de suas partes, a segmentação da sociedade em vários subsistemas (que são as *partes* do sistema social como um todo) *inverte* essa consideração em relação ao sistema global (que é o *todo* cujas partes são os subsistemas): nesta situação, a soma dos subsistemas se apresenta *maior* que o conjunto do sistema social original. Esta hipótese deve ser entendida como uma crítica imanente à teoria da autopoiese social e não como parte de uma crítica dialética ou realista. Não obstante, ela é útil para demonstrar que nem mesmo modelos perfeitamente lógicos são adequados à compreensão de uma realidade em movimento (como a social ou a jurídica). Em termos analíticos, tem-se uma contradição insustentável. Ou um *paradoxo*, como diria LUHMANN. Sim, porque ou o sistema social global *não é* um sistema social (pelo menos na forma como é concebido nos termos da teoria sistêmica) ou é um sistema social cujos subsistemas se relacionam segundo um código que os coloca em conexões orgânicas e dependentes, precisamente o que é negado pela teoria sistêmica!

Se a teoria sistêmica tem, entre seus pressupostos, que cada sistema pode se sustentar por meio de *equivalentes funcionais*, de modo que cada sistema pode substituir certas partes desde que as novas exerçam a mesma função das anteriores, isso pode fazer sentido para sociedades pouco complexas, como a feudal, mas não parece adequada para a sociedade complexa da modernidade, ou seja, para a sociedade dos dias de hoje. Afinal, LUHMANN afirma (e TEUBNER, DE GIORGI e outros *confirmam*) que o código do direito, o código da economia, o código do poder e o código da verdade só podem ser realizados, respectivamente, dentro dos subsistemas do direito, da economia, da política e da ciência. A teoria sistêmica não pode ser compreendida se o subsistema do direito operar conforme o código de outro subsistema ou vice-versa, e assim por diante. LUHMANN é preciso neste ponto.²⁰ Nem mesmo o código da ciência, que distingue tudo o que observa como verdadeiro ou falso, é adequado para descrever o que ocorre no interior dos demais subsistemas. Apenas o código de cada subsistema pode ser utilizado por tais subsistemas, não sendo passível, no âmbito da teoria da autopoiese social, que um subsistema (ou o sistema social como um todo) tome emprestado o código de outro subsistema.

²⁰ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. 2. ed. México: Editorial Herder, 2005, p. 245.

Não obstante, é o próprio LUHMANN quem declara que não há, dentro do amplo sistema social da sociedade moderna, equivalentes funcionais para os subsistemas (auto)criados por diferenciação funcional.²¹ Só o sistema jurídico pode exercer as funções do direito, só o sistema econômico pode exercer as funções da economia, só o sistema político pode realizar as funções do poder etc. Trata-se de outra contradição *paradoxal* da teoria sistêmica, pois ela nega a possibilidade de questões jurídicas serem tratadas pelo sistema econômico, questões políticas, pelo sistema jurídico, questões econômicas, pelo político. Se a diferenciação for anulada, perde-se a função do subsistema e este deixa de existir. Assim, este *paradoxo* pode ser formalizado do seguinte modo: *ou* a teoria sistêmica aceita a afirmação segundo a qual o sistema pode operar segundo equivalentes funcionais, e permite, por exemplo, que o sistema político atue com seu próprio código para resolver questões jurídicas, *ou* ela nega a afirmação da equivalência funcional e mantém os subsistemas sociais totalmente compartimentados conforme suas estruturas internas.

Em termos realistas, contudo, nada impede compreender que certas relações econômicas determinam certas relações jurídicas, ou que certas relações jurídicas determinam certas relações políticas e assim por diante. Muitas questões jurídicas são resolvidas em termos econômicos (o já citado exemplo das transações judiciais, pelas quais se reduz a lide, que versa sobre direitos fundamentais, a valores monetários), muitas questões econômicas são resolvidas em termos políticos (*e.g.* pela intervenção do Estado nos mercados), muitas questões políticas têm resolução judicial (como a determinação do Poder Judiciário de implementação de certas políticas públicas). Não é difícil perceber que há interpenetrações sociais determinadas (ou proibidas) não por códigos sistêmicos, mas por interesses de grupos sociais –originalmente interesses de natureza econômica (infraestrutural), mas também interesses políticos, jurídicos ou culturais (de natureza superestrutural)– que lutam em sociedade justamente para a satisfação desses seus interesses. A teoria sistêmica, porém, se apresenta como uma forma que *impede* tal percepção.²²

4 Segunda crítica, metodológica: a teoria sistêmica é contraditória ao descrever a realidade

A teoria sistêmica parte de uma *unificação ideal entre realidade e sua representação*,²³ indistinção inerente ao próprio conceito de sistema, já que o sistema observa a realidade (eventos ocorridos no meio ambiente) segundo a sua própria lógica interna e os reconstrói na forma de uma nova realidade, sem dar importância à realidade mesma, mas tão só à nova realidade construída. Ao discorrer sobre o *campo jurídico*, BOURDIEU afirma que LUHMANN “*propõe em sua teoria sistêmica a ‘autorreferência’ das estruturas legais, um conceito que confunde as estruturas propriamente simbólicas (o direito propriamente dito) e as instituições sociais que as produzem*”.²⁴ O que se apresenta como uma análise adequada, já que LUHMANN propõe com todas as letras: “*Descrevamos o sistema do direito como um sistema que se observa e se descreve a si mesmo e que, por conseguinte, ao desenvolver suas*

²¹ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*. *Op. cit.*, p.125-126.

²² Esta é uma questão de natureza ideológica que, embora importantíssima para a compreensão do direito e das teorias sociais, não será tratada aqui por fugir ao tema ora proposto.

²³ A expressão original, a propósito, é de FREITAG. *Cf.* FREITAG, Barbara. *A Teoria Crítica: Ontem e Hoje*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 56. Essa “*indistinção entre realidade e sua representação*” confere, segundo esta autora, um efeito conservador ao conceito luhmanniano de sistema, o que, segundo ela, não é percebido por LUHMANN.

²⁴ BOURDIEU, Pierre. “Elementos para uma Sociología del Campo Jurídico.” *In*: BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. *La Forza del Derecho*. Bogotá: Siglo Del Hombres, 2000, p. 159.

*próprias teorias se comporta de maneira construtivista: ou seja, sem nenhuma intenção de representar o mundo exterior ao sistema”.*²⁵

Não representa o mundo exterior porque o único mundo que interessa ao sistema é o descrito internamente pelas operações do sistema social. *A realidade material e concreta é descartada e substituída* pela descrição interna dessa realidade, tomada pela teoria sistêmica como a realidade mesma. Nesse sentido, sistema social e realidade social (sociedade) são apresentados como conceitos equivalentes, senão sinônimos.²⁶ Esse todo (ora sistema, ora sistema e meio ambiente) é considerado, na teoria da autopoiese social, como algo sem o qual os elementos internos (as partes) não fazem sentido. Essa entificação do todo (o sistema, ou mesmo a união de sistema e meio ambiente) nos termos da teoria sistêmica impede a compreensão da totalidade da sociedade ou do direito. Segundo KOSIK, a separação de todo, seu hipostasiamento em relação às partes, *é a gênese de todas as mistificações objetivamente idealísticas*, o que sem dúvida se aplica ao idealismo neo-hegeliano de LUHMANN:

A hipóstase e a posição de privilégio atribuída ao todo em confronto com as partes (fatos) constituem um dos caminhos pelos quais se chega à *falsa* totalidade, em vez de à *totalidade concreta*. Se o processo do *inteiro* em relação aos *fatos* representa uma realidade *verdadeira e superior*, então a realidade pode existir também independentemente dos fatos, sobretudo daqueles que a contradigam. Nesta fórmula, que hipostasia e torna independente o todo diante dos fatos, se apresenta uma justificação teórica do subjetivismo que despreza e força os fatos em nome de uma “realidade superior”. A faticidade dos fatos não equivale à sua realidade, mas à sua fixada superficialidade, unilateralidade, imobilidade. *A realidade* dos fatos se opõe à *faticidade* dos fatos não porque seja uma realidade de *outra ordem* e, portanto, nesse sentido, uma realidade *independente* dos fatos, mas porque é a relação *interior*, a dinâmica e o contraste dos fatos. O predomínio do processo do todo sobre os fatos, a atribuição, às tendências, de uma realidade superior, a realidade dos fatos, e com isso a transformação da tendência –de tendência dos fatos em tendência independente dos fatos– exprime o predomínio do todo hipostasiado sobre as partes e, portanto, o da *falsa* totalidade sobre a totalidade concreta. Se o processo do todo possui uma realidade superior aos fatos e já não constitui a realidade e regularidade de *cada um* dos fatos, ele se torna qualquer coisa independente dos fatos e, por conseguinte, leva uma existência e ordem diversa daquela dos fatos. O todo é separado das partes e existe independentemente delas.²⁷

Dentro do sistema social, apenas comunicações são elementos do sistema, pois este assim considera para se fazer distinguir do meio ambiente (em que não há comunicação, mas *ruído*, que só se torna comunicação quando o sistema confere sentido ao ruído). Dentro do sistema jurídico, são permitidas apenas comunicações que visem à redução de complexidade de questões jurídicas, que são questões jurídicas simplesmente porque, tautologicamente, são comunicadas dentro do sistema jurídico e vice-versa. Não importa de onde o sistema jurídico veio, pois, segundo a lógica da autopoiese, *veio de si próprio*, por meio de sua autocriação, por meio de sua própria *vontade sistêmica* de se diferenciar do ambiente por força de sua autorreferência e auto-observação. Aliás, é justamente esta auto-observação que lhe permite, por meio da forma lógica do *re-entry*²⁸ (reentrada), *desparadoxizar* o paradoxo de sua existência autopoietica e *destautologizar* suas comunicações.

Trata-se de descrição teórica de difícil ilustração, haja vista que a autopoiese social não foi desenvolvida em bases empíricas, mas em termos altamente abstratos, descolados em

²⁵ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*. *Op. cit.*, p. 77.

²⁶ *Idem*. *Social Systems*. *Op. cit.*, p. 408.

²⁷ KOSIK. *Op. cit.*, p. 47.

²⁸ LUHMANN. *El Derecho de la Sociedad*. *Op. cit.*, p. 145. Trata-se a *re-entry* da utilização reiterada da autopoiese sobre todas as operações sistêmicas, *distinguido a distinção* entre sistema e meio ambiente *em todas as operações de distinção* entre sistema e meio ambiente, pela qual o sistema realiza a *destautologização* ou *desparadoxização* de suas próprias operações.

grande parte da realidade social, o que praticamente *impede* a formulação de exemplos para torná-la apreensível sensorialmente. Nos termos da teoria de LUHMANN, o sistema social só possui, por pressuposta, uma *única* função, que realiza a autopoiese em todas as suas operações, isto é, em todas as suas operações há a distinção entre sistema e meio ambiente pela reentrada da operação sobre todas as operações. Daí porque a *observação de primeira ordem* distingue algo do meio ambiente como pertencente ao sistema e, em seguida, pela *observação de segunda ordem*, distingue aquele algo que pertence ao sistema como conforme ou não conforme o sistema. Nas duas vezes, o que o sistema faz é distinguir o evento a partir da diferença entre sistema e meio ambiente (isto é, ele reproduz a autopoiese), distinção que recai sobre a própria distinção (observação que observa uma outra observação).

Assim, por meio da *observação de primeira ordem*, todos os eventos do mundo (do meio ambiente) são observados pelo sistema e este declara se tais eventos pertencem ao sistema ou ao meio ambiente. Em seguida, em relação aos eventos identificados como pertencentes ao sistema, opera-se a *observação de segunda ordem*, pela qual o sistema compara tais eventos a outros elementos internos pertencentes ao sistema e identifica se são conforme ou não conforme o sentido esperado, nos termos de seu código binário interno. Todas as vezes que algum evento acontece, o sistema observa esse evento e afirma que ele pertence ou não pertence ao sistema. Desse modo, por meio da observação de primeira ordem, o mundo é dividido em dois.

A autopoiese (fundamento que gerou o sistema de si próprio) do sistema é reproduzida pelo sistema sobre o mundo como um todo. A partir dessa operação sistêmica, a distinção entre o *lado de dentro* (sistema) e o *lado de fora* (meio ambiente) é aplicada sobre todos os fenômenos observáveis pelo sistema. *O sistema simplesmente declara o que está dentro e o que está fora, o que pertence a seus limites e o que não pertence.* Se um fenômeno qualquer *aparece*, o sistema social declara se sua ocorrência pertence ou não pertence ao sistema. Essa declaração pode ser entendida como “*é verdade que o evento x pertence ao sistema.*”

Um evento qualquer, como a utilização de arma de fogo por alguém, que dispara um projétil certo contra outra pessoa, tirando-lhe a vida, é observável pelo sistema jurídico e pode ser declarado pertencente a ele. A entrega de uma mercadoria mediante pagamento pode ser observada pelo sistema econômico como um evento pertencente a este sistema. Uma discussão entre o líder do Congresso Nacional e o ministro da Casa Civil pode ser observada pelo sistema político e declarada como pertencente a este sistema. Todo evento, contudo, também é observado por outros subsistemas sociais e declarado como pertencente àqueles outros sistemas de igual forma (o mesmo evento pode ser declarado como um fato *político* pelo sistema político e, ao mesmo tempo, declarado *jurídico* pelo sistema jurídico e *econômico* pelo sistema da economia!).

O sistema político pode observar o caso da perda de vida por arma de fogo não como um evento jurídico, mas como um evento político que implica na necessidade de implementação da segurança pública; a venda e compra da mercadoria pode ser entendida como um contrato a ser juridicamente protegido pelo sistema jurídico (ou sendo por este proibida, por exemplo, tornando ilegal o comércio de armas de fogo); a discussão entre políticos sobre ampliação da infraestrutura (melhoria dos transportes, dos portos, da produção energética etc.) pode ser observada pelo sistema econômico. Nesse sentido, temos dois ou mais (sub)sistemas que declararam que o mesmo evento *x* pertence a si. Se um sistema é meio ambiente para o outro, temos a contradição entre as afirmações “*é verdade que o evento x pertence ao sistema*” e “*é verdade que o evento x pertence ao meio ambiente.*”

Como algo pode pertencer ao meio ambiente e *também* ao sistema? Isto não é contraditório? Não, pois a contradição é apresentada na forma de um *paradoxo*: o princípio do terceiro excluído não é negado, pois o evento continua a pertencer ao meio ambiente *segundo outros pontos de vista* que não o do sistema. O sistema *constrói* um sentido para o evento e

lhe dá uma história própria, independentemente da conexão concreta do evento observado com a realidade social a que pertence, ainda que o mesmo evento seja definido de outros modos pelo meio ambiente (*e.g.*, segundo a lógica de outros subsistemas sociais).

Já na observação de segunda ordem, o que ocorre é que o sistema *observa a observação* e afirma que o evento que lhe pertence é conforme ou não conforme o sistema. O fenômeno que já foi observado como pertencente ao sistema é agora, com base em operações recursivas, de comparação do evento declarado interno com outros eventos já declarados internos e também como conforme ou não conforme ao sistema. A declaração, aqui, poderia ser entendida como “*é verdade que o evento x é conforme o (código interno do) sistema*”, ou “*é verdade que o evento x é não conforme o sistema.*”

Um evento qualquer entendido como pertencente ao sistema jurídico, como o do exemplo anterior sobre o uso de arma de fogo para tirar a vida de alguém, será observado em segunda ordem e, em comparação com outros eventos já observados, será ato conforme o sistema jurídico (*i.e.*, será lícito) em uma situação de legítima defesa (*i.e.*, fez-se necessário o uso de força contra um agressor, que acabou sendo morto na ação tomada justamente para evitar que a própria vida fosse tirada por ele), ou não conforme (ilícito), em uma situação de agressão intencional, tipicamente entendida como homicídio doloso.

Tanto o ato lícito quanto o ilícito pertencem ao sistema jurídico, sendo o primeiro conforme e o segundo não conforme esse mesmo sistema. A afirmação de que “*o evento x pertence ao sistema*” (obtida a partir da observação de primeira ordem) é formalmente idêntica à afirmação de que “*o evento x é conforme o sistema*” (obtida a partir da observação de segunda ordem), pois ambas as declarações são feitas com base na afirmação de que esse *x* foi declarado pelo sistema como um evento que se encontra do lado do sistema e não do lado do meio ambiente. Ou seja, tem-se uma *tautologia falando sobre outra tautologia* (“*o evento x é jurídico porque o sistema jurídico disse que ele é jurídico*”). A tautologia diz que algo é igual a si próprio, o que não permite compreender o objeto, já que tudo o que foi dito sobre ele é novamente dito nos mesmos termos. Não se pode aprender com uma tautologia.

Já a afirmação de que “*o evento x pertence ao sistema*” é formalmente *contraditória* à afirmação de que “*o evento x é não conforme o sistema.*” Trata-se, aqui, de uma contradição lógica. A contradição diz que algo é e não é ao mesmo tempo (“*o evento x é jurídico porque pertence ao sistema jurídico e também antijurídico porque é não conforme ao sistema*”). Também não se pode aprender nada com ela, já que ela afirma e nega um mesmo predicado do mesmo sujeito. Se a afirmação do predicado é verdadeira, sua negação é necessariamente falsa.

5 Terceira crítica, realista. Da impossibilidade de a teoria sistêmica descrever a sociedade concreta

Tanto a tautologia (isto é, a afirmação que *A é igual a A*) quanto a contradição (isto é, algo *que é A e que é não A* ao mesmo tempo e sob o mesmo ponto de vista) não podem ser resolvidas formalmente, mas a partir de sua *conformação material* em relação a outros enunciados. Em termos lógicos, a observação de primeiro grau é formalmente idêntica ou formalmente contraditória à observação de segundo grau. A eliminação dessas tautologias ou contradições só pode ocorrer pela verificação do *conteúdo material* expressado nas observações, que precisam ser comparados aos conteúdos de outras observações (segundo a teoria sistêmica, o sistema só promove comparações de seus elementos internos com outros elementos internos). A verdade não é apreensível diretamente por sua comparação com a realidade, mas sobressai de uma rede coerente de proposições *protocolares*:

Para se ter a verdade, é preciso que os pensamentos sejam coerentes entre si e estejam de acordo com a realidade. Assim, por exemplo, se estou escrevendo e enuncio

‘está chovendo’, eu o faço a partir de outros enunciados –protocolares– os quais devem estar coerentes com esta última proposição: “ouço o respingar de gotas d’água na vidraça; verifico que o vidro começa a molhar-se; depois vejo a água escorrer pelo vidro; vou até a janela e verifico o céu encoberto e observo a queda da chuva etc.” Nesse sentido, a exigência fundamental do pensamento é a coerência, precisamente porque se funda em princípios considerados como suas leis supremas.²⁹

Daí porque o sistema precisa recorrer ao sentido das observações já realizadas para se declarar sobre o evento atualmente observado: o novo evento tem seu conteúdo (que é construído e interpretado pelo próprio sistema) comparado a partir dos enunciados das outras observações e, desse modo, conferir sentido ao evento observado. Não é possível entender se um evento pertence ou não ao sistema apenas pela indicação formal. É preciso conhecer seu conteúdo e compará-lo a outras situações já contextualizadas para determinar sua conformidade ou não ao sistema.

O sistema é igual a si mesmo, embora ele também evolua, segundo LUHMANN. Ele tem capacidade de observar e compreender novos eventos que jamais ocorreram antes, embora tal compreensão sempre se dê com base em eventos anteriores. Mas a teoria sistêmica não aceita o tempo, tampouco a compreensão do movimento: a história não é levada em conta –senão como uma *narrativa* construída pelo sistema, sem relação necessária com a universalidade concreta dos eventos observados–, as relações causais entre os eventos sociais são negadas. Isto parece óbvio na teoria sistêmica. Afinal, se *conceitos ideais não são históricos, sistemas autopoieticos também não*. E a realidade social e jurídica descrita por tais sistemas, muito menos.³⁰

Os eventos são considerados abstratamente, isolados de suas relações históricas e sociais internas. Surge, assim, uma contradição interna no âmbito da teoria sistêmica, qual seja: como é possível que algo seja sempre igual a si próprio e, ao mesmo tempo, se transforme, transformação esta que não acontece no tempo nem no espaço? A resposta, ao que parece, ocorre pela *ideia* segundo a qual é possível *transformar o problema em solução*. LUHMANN, ao discorrer sobre a análise da função do sistema, afirma:

A análise funcional usa relações para compreender o que é presente como contingente e o que é diferente como comparável. Ela relaciona o que é dado, seja isto estados de coisas ou eventos, com perspectivas sobre problemas e procura compreensivelmente permitir que o problema seja resolvido de um jeito ou de outro. A relação entre o problema e sua solução não será, assim, entendida por si mesma. Melhor, ela serve como um fio condutor na procura por equivalentes funcionais.³¹

²⁹ ALVES. *Op. cit.*, p. 338. Os princípios, aqui, não há dúvida, são os lógicos da identidade, da não contradição e do terceiro excluído.

³⁰ Ainda que isso seja corolário da lógica sistêmica, tanto LUHMANN quanto outros autores caudatários dessa teoria afirmam a inexistência da história em inúmeras situações: *Se o ponto de partida da reflexão constitui as operações autoproduzidas atemporalmente* (LUHMANN. **Social Systems**, p. 11 e 13), então se segue que *tudo o que se sucede, acontece no presente*. (*Idem*. **El Derecho de la Sociedad**, p. 101). Ou ainda: “...tudo o que sucede, acontece simultaneamente e agora – e não no passado ou no futuro” (*Idem*, p. 166). E também: “Se consideramos que tudo o que acontece, acontece no presente, podemos ver que, nesta sociedade, não podem existir centros de controle, autoridades que ofereçam últimas garantias, seguranças na construção da realidade ou certezas para o futuro.” (DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 229).

³¹ LUHMANN. **El Derecho de la Sociedad**. *Op. cit.*, p. 53. Juan PINTOS verte esse mesmo trecho do texto original em alemão para o castelhano, nos seguintes termos, que considero até mais apropriados ao sentido ora pretendido que a versão do texto em inglês, que traduzi acima: “a análise funcional serve para adquirir informação e regula e precisa as condições sob as quais as diferenças significam distinção. Compreende-se o existente como contingente e o diverso como comparável. Relaciona o dado, seja este formado por estados ou acontecimentos, com pontos de vista do problema e intenta fazer, de modo compreensível e inteligível, que o problema seja resolvido de uma maneira ou de outra” (as ênfases não estão no original). PINTOS, Juan-Luis

Nesse sentido, LUHMANN quer afirmar que o sistema tem por função resolver problemas, e que os problemas serão resolvidos de alguma forma pelo sistema. O sistema sempre encontrará uma solução para os problemas que observar. Em LUHMANN, o sistema social sempre funciona do mesmo modo, realizando a mesma operação autopoietica. Não se discute para que ele funciona, basta a afirmação *pressuposta* (ou *ficícia*³²) de que o sistema serve para reduzir a complexidade, redução que ocorre pela descrição dos eventos surgidos contingentemente segundo um sentido dado pelo sistema.

Os eventos são todos entendidos na forma de universais abstratos, como se tais eventos não possuíssem relações internas que os conectassem aos processos históricos; aliás, essas relações internas, fundamentais para compreensão dos eventos, são negadas justamente para que os eventos sejam entendidos como universais concretos. Todos os fenômenos são vistos não apenas como contingentes, mas como *aleatórios*, e são todos *comparáveis*, pois entendidos como semelhantes em sua abstração. Ainda assim, toda essa imensa estrutura conceitual, altamente abstrata, deveria servir ao menos para explicar como essa transformação de um problema em solução seria faticamente possível.

Para descrever a realidade social, LUHMANN se vale da recursividade, da autorreferência e da autopoiese de seus sistemas. Tais recursos são usados na teoria sistêmica em substituição às relações de causa e efeito, ao tempo e à história (que, aliás, são negados pela teoria dos sistemas). Em alguns pontos, sua teoria até permite que a realidade material seja efetivamente descrita, mas a divergência entre o que é concretamente percebido como real e o que é descrito como real pela teoria sistêmica dá a entender que suas descrições corretas da realidade se dão por pura coincidência.

Considerações finais

Segundo LUHMANN, seu sistema –seja o social, seja o jurídico, seja qualquer outro– permanece igual a si mesmo *em seu funcionamento*, seguindo a mesma lógica de sempre, útil à conservação das estruturas sociais vigentes. Seus elementos internos (aqui incluídos todos os eventos observados e todo o sentido atribuído sistemicamente a eles) são construídos segundo essa lógica interna, de modo que não importam quais sejam os novos elementos, eles serão equivalentes funcionais, isto é, manterão o funcionamento do sistema nos termos em que ele já funciona. As interpretações dos programas internos (no caso do sistema jurídico, *e.g.* a Constituição, as leis, os decretos) serão mantidas, e ainda que eventos novos, decorrentes de novas relações sociais, pressionem em sentido diverso, o sistema tenderá a considerar esses novos casos como similares aos eventos anteriormente observados. Novos problemas, ainda que demandem novas soluções, serão resolvidos conforme a solução dada a problemas antigos, que são similares apenas abstratamente (embora as relações históricas e sociais das pessoas envolvidas em cada evento sejam singulares, essa materialidade concreta não é levada em conta na comunicação do evento no interior do sistema).

Trata-se, tanto a autopoiese, a observação, quanto a *re-entry*,³³ de artifícios *ficcionais* que visam à decidibilidade dos conflitos, independentemente de o conflito ser entendido em sua concreticidade, independentemente de o conflito ser realmente resolvido fora do sistema (pois tais artifícios darão aos problemas uma solução *que é válida apenas dentro do sistema, segundo a lógica deste último*, e não na realidade material). Esses artifícios ocorrem exclusivamente no âmbito do modelo ideal do sistema luhmanniano, não na concretude das

Sociocibernética: Marco sistémico y esquema conceptual. J. M. Delgado y J. Gutiérrez (Ed.). **Métodos y Técnicas Cualitativas de Investigación en Ciencias Sociales**, Madrid, Síntesis, 1994.

³² VAHINGER, Hans. **The Philosophy of 'As If'**. London: Routledge, 1952.

³³ Cf. item 5 deste trabalho, em especial a nota 27.

relações sociais desempenhadas pelos seres humanos. Pela *ficção ideal* original da teoria sistêmica, *assume-se sem discussão* que qualquer problema (tautológico ou contraditório) pode ser perfeitamente traduzido como um paradoxo, que pode ser resolvido simplesmente *como se* não houvesse tautologia inescapável ou contradição insanável. Como se fosse possível um problema se transformar em solução simplesmente porque foi assim determinado pela operação interna do sistema. O que se evidencia é terrível: o sistema luhmanniano comunica que uma solução foi dada ao problema, e o sistema deixa essa questão de lado, pois afinal ela foi resolvida. Porém, fora do sistema teórico, lá na realidade social material e concreta, o problema real ainda persiste na vida das pessoas.

A figura da *re-entry* é uma forma, dentro da lógica sistêmica, de tentar *imitar* uma superação que só pode ser bem entendida dentro da lógica dialética. A superação só pode ocorrer em situações históricas em que polos se apresentem em conflito, justamente por se apresentarem em polos opostos. O *vir-a-ser* em sociedade surge dessa superação, que não depende da lógica, *mas da práxis*, das lutas entre as diferentes classes sociais para fazer valer e fazer legitimar certas condutas como socialmente estruturantes. É na prática que os problemas são trabalhados e, com esforço, resolvidos. Todas essas coisas, porém –tempo, história, prática, vida real, pessoas–, são negadas por LUHMANN e substituídas por todo esse arcabouço conceitual da teoria sistêmica.

Os movimentos sociais, embora contingentes, ocorrem na medida da realização e concretização de interesses históricos, sociais e econômicos (pois dependem destes para existirem) e causam influência na compreensão singular das relações sociais e jurídicas. E não é demais lembrar que movimentos sociais, por serem movimentos, não são entendidos adequadamente pelos estatutos da lógica alética, que os abstrai e os analisa de forma alienada, pseudoconcreta. Exatamente como também ocorre nos termos da lógica sistêmica. A vida social é muito complexa. Em que pese o ideal de LUHMANN seja reduzir essa complexidade por meio de sistemas autopoieticos, fica impraticável descrever a vida social –e econômica, e jurídica– das pessoas de carne e osso por meio de uma teoria que não leva em conta justamente o que de mais essencial existe na sociedade: vida.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica: Pensamento Formal e Argumentação: Elementos para o Discurso Jurídico**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

BERTALANFFY, Ludwig von. **Perspectivas em la Teoria General de Sistemas: Estudios científicos-filosóficos**. Madrid: Alianza Editorial, 1986.

BOURDIEU, Pierre. Elementos para uma Sociología del Campo Jurídico. BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La Forza Del Derecho**. Bogotá: Siglo Del Hombres, 2000, p. 153-220.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FREITAG, Barbara. **A Teoria Crítica: Ontem e Hoje**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KOSIK, Karel. **Dialética do Concreto**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. 2. ed. México: Editorial Herder, 2005.

_____. **Social Systems**. Stanford: Stanford University Press, 1995 (versão para a língua inglesa de *Soziale Systeme. Grundriener allgemeinen Theorie*).

_____. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1983.

LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-Moderna**. 6. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.

MASTRODI, Josué. **Crítica Dialético-Realista ao Conceito de Autopoiese no Direito**. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2008, *mimeo*.

MATURANA, Humberto. VARELA, Francisco. **De Máquinas y Seres Vivos – Autopoiesis: La Organización de Lo Viviente**. Santiago: Editorial Universitaria, 1994.

MOELLER, Hans-Georg. **Luhmann Explained: From Souls to Systems**. Chicago: Open Court, 2006.

PARSONS, Talcott. **O Sistema das Sociedades Modernas**. São Paulo: Pioneira, 1974.

PINTOS, Juan-Luis. Sociocibernética: Marco sistémico y esquema conceptual. DELGADO, J.M.; GUTIÉRREZ, J. (ed.). **Métodos y Técnicas Cualitativas de Investigación en Ciencias Sociales**. Madrid: Síntesis, 1994, p. 563-580.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. **How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law**. Bremen: European University, 1989.

VAIHINGER, Hans. **The Philosophy of ‘As If’**. London: Routledge, 1952.

Recebido em: 4 de julho de 2012

Aceito em: 27 de abril de 2013