

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO
DESENVOLVIMENTO E PESQUISA**

ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
DOUTORADO EM DIREITO

O papel exemplar da dogmática jurídica na teoria dos sistemas: a criação das condições de possibilidade para uma justiça funcionalmente diferenciada

Eduardo de Figueiredo Andrade Paz

Brasília
2023

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO
DESENVOLVIMENTO E PESQUISA**

ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
DOUTORADO EM DIREITO

O papel exemplar da dogmática jurídica na teoria dos sistemas: a criação das condições de possibilidade para uma justiça funcionalmente diferenciada

Eduardo de Figueiredo Andrade Paz

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação do professor Ulisses Schwarz Viana, apresentado para obtenção do Título de Doutor em Direito Constitucional.

Brasília

2023

EDUARDO DE FIGUEIREDO ANDRADE PAZ

O papel exemplar da dogmática jurídica na teoria dos sistemas: a criação das condições de possibilidade para uma justiça funcionalmente diferenciada

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional

Dezembro de 2023

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Norberto Mazai
Universidade de Brasília – UNB

Prof. Dr. Raffaele de Giorgi
Università degli Studi di Roma La Sapienza – UNIROMA

Prof. Dr. Atalá Correia
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Índice

I – INTRODUÇÃO.....	13
II – O DIREITO NA TEORIA DOS SISTEMAS.....	27
2.1 O conceito de sistema.....	27
2.2 A autopoiese do sistema do direito.....	31
2.3 Fechamento operativo, abertura cognitiva, código binário e programas no sistema do direito.....	47
2.4 Positividade e decidibilidade do direito.....	57
2.5 A constituição como acoplamento estrutural entre sistema do direito e sistema político.....	59
2.6 A centralidade dos tribunais.....	67
III – A DOGMÁTICA JURÍDICA E A IDENTIDADE DO SISTEMA JURÍDICO.....	72
3.1 Dogmática jurídica: ponto de partida para a análise da disciplina.....	72
3.2 Características do pensamento dogmático.....	75
3.3 O princípio da inegabilidade dos pontos de partida.....	83
3.4 O lugar da dogmática na generalização das expectativas normativas.....	87
3.5 O papel reconstrutivo da dogmática jurídica.....	98
IV – A JUSTIÇA FUNCIONALMENTE DIFERENCIADA COMO FÓRMULA DE CONTINGÊNCIA DO SISTEMA JURÍDICO.....	103
4.1 Uma concepção não-axiológica de justiça.....	104
4.2 A compreensão sistêmica de justiça.....	109
4.3 Justiça e a adequada complexidade do sistema jurídico.....	113
4.4 A justiça como fórmula de contingência do sistema do direito.....	117
V – O PAPEL EXEMPLAR DA DOGMÁTICA JURÍDICA NA CRIAÇÃO DE UMA JUSTIÇA FUNCIONALMENTE DIFERENCIADA.....	125

5.1 Redundância como fator de bloqueio da alopoiese e construção de uma justiça funcionalmente diferenciada.....	125
5.2 Sobre a importância da dogmática para a justiça da decisão.....	135
VI – CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	153
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	159

Epígrafe

O indivíduo que capta o trivial e o ordinário e os ilumina sob uma nova perspectiva pode instigar temor. O sujeito da razão sempre resiste à alteração de suas próprias convicções, sente-se ameaçado por tal exigência. “Já sei aquilo de que necessito!”, diz. Chega então o agente da transformação e perturba seu universo.

— Aforismo Zensufi.

Dedicatória

Dedico este trabalho ao silêncio, pois é nele que todas as coisas tomam forma. Dentro dele há uma força que vê e ouve tudo aquilo que não podemos perceber.

Agradecimento

Em meio às complexas tramas de meu ser, agradeço às inumeráveis facetas que em minha alma se refletem. Cada voz, cada sussurro, cada angústia e cada lágrima daqueles que ressoam em meu âmago formam o mosaico de minha unidade e vastidão. A vocês, espelhos humanos de minha existência, minha sincera gratidão, pois através de seus conflitos e experiências, me construo, me reconstruo e, a cada dia, torno-me quem sou. Em cada passo de minha jornada, conscientemente ou não, vocês se tornam pedras fundamentais de meu próprio edifício. Obrigado por fazerem parte desta jornada existencial chamada eu.

Teresina, dezembro de 2023.

Eduardo de F. A. Paz

Resumo

A flexibilização jurídica encabeçada a partir da segunda metade do Século XX buscou erigir novas bases para o direito. Posteriormente, seguindo premissas semelhantes, passou-se a professar, no direito, uma abertura principiológica como alternativa aos métodos tradicionais de aplicação. Com isso, os juízes ganharam um papel mais proeminente, levando a uma ênfase excessiva em vulgatas da "ponderação de princípios" e em uma aplicação casuística da Constituição, por vezes obscurecendo sentido das normas jurídicas. Isso trouxe riscos, como a tomada de decisões com base em critérios externos ao sistema jurídico, potencializando a corrosão da autopoiese do direito, ignorando muitas vezes normas jurídicas que garantem o julgamentos com maior previsibilidade, com observância de princípios como imparcialidade, motivação adequada e vinculação ao direito estabelecido. Sem essa estrutura, o sistema jurídico pode se tornar assimétrico, desprezando o conteúdo normativo e tornando sua própria aplicação incerta. A dogmática jurídica, que atua como um repositório da identidade do sistema jurídico, é crucial para garantir a integridade e consistência das decisões judiciais, isto é, para a aplicação de uma justiça funcional para os casos concretos. A teoria dos sistemas enfatiza essa importância, professando que a dogmática representa a forma de autoidentificação e autodescrição do sistema jurídico. Dentro da teoria dos sistemas de Luhmann, este trabalho busca descrever o direito a partir de uma "observação de segunda ordem", acentuando uma reflexão crítica sobre o papel da dogmática para a (re)estabilização do direito em uma sociedade complexa e funcionalmente diferenciada. O foco do estudo se centra na uniformidade da aplicação do direito, priorizando a coerência e a estruturação interna das decisões judiciais em detrimento de uma relação direta com interesses externos. A pesquisa, então, buscou na teoria dos sistemas de Luhmann ferramentas para realçar o papel exemplar da dogmática jurídica na criação das condições de possibilidade para uma justiça funcionalmente diferenciada, visando aumentar a previsibilidade da aplicação do direito da sociedade.

Palavras-chave: Dogmática. Justiça. Teoria dos Sistemas. Sistema do Direito.

Abstract

The legal flexibilization, beginning in the second half of the 20th century, sought to establish new foundations for the law. Subsequently, following similar premises, there was a shift in law towards an emphasis on principled reasoning as an alternative to traditional methods of application. As a result, judges took on a more prominent role, leading to an overemphasis on common discussions of "balancing principles" and a case-by-case application of the Constitution, often obscuring the meaning of legal norms. This brought risks, such as making decisions based on criteria outside the legal system, amplifying the erosion of the law's autopoiesis, and often ignoring legal norms that ensure more predictable judgments, in adherence to principles like impartiality, proper reasoning, and compliance with established law. Without this structure, the legal system can become asymmetrical, neglecting normative content and making its own application uncertain. Legal dogmatics, which serve as a repository for the legal system's identity, are crucial to ensuring the integrity and consistency of judicial decisions, that is, for the application of functional justice to concrete cases. Systems theory emphasizes this importance, positing that dogmatics represent the way the legal system identifies and describes itself. Within Luhmann's systems theory, this work seeks to describe the law from a "second-order observation", highlighting critical reflection on the role of dogmatics in the (re)stabilization of the law in a complex and functionally differentiated society. The study's focus is on the uniformity of the application of the law, prioritizing coherence and the internal structuring of judicial decisions over a direct relationship with external interests. The research, therefore, looked to Luhmann's systems theory for tools to emphasize the exemplary role of legal dogmatics in creating the conditions for a functionally differentiated justice, aiming to increase the predictability of the law's application in society.

Keywords: Dogmatics. Justice. Systems Theory. Law System.

Resumen

La flexibilización jurídica, iniciada en la segunda mitad del siglo XX, buscó establecer nuevas bases para el derecho. Posteriormente, siguiendo premisas similares, se produjo un giro en el derecho hacia un énfasis en el razonamiento basado en principios como alternativa a los métodos tradicionales de aplicación. Como resultado, los jueces asumieron un papel más destacado, llevando a un excesivo énfasis en discusiones comunes sobre "equilibrio de principios" y una aplicación del Constitución caso por caso, oscureciendo a menudo el significado de las normas jurídicas. Esto trajo riesgos, como tomar decisiones basadas en criterios externos al sistema jurídico, amplificando la erosión de la autopoiesis del derecho y, a menudo, ignorando las normas legales que aseguran juicios más predecibles, adhiriéndose a principios como la imparcialidad, el razonamiento adecuado y el cumplimiento de la ley establecida. Sin esta estructura, el sistema jurídico puede volverse asimétrico, descuidando el contenido normativo y haciendo que su propia aplicación sea incierta. La dogmática jurídica, que sirve como repositorio de la identidad del sistema jurídico, es crucial para garantizar la integridad y consistencia de las decisiones judiciales, es decir, para la aplicación de justicia funcional a casos concretos. La teoría de sistemas enfatiza esta importancia, sosteniendo que la dogmática representa la forma en que el sistema jurídico se identifica y se describe a sí mismo. Dentro de la teoría de sistemas de Luhmann, este trabajo busca describir el derecho desde una "observación de segundo orden", destacando una reflexión crítica sobre el papel de la dogmática en la (re)estabilización del derecho en una sociedad compleja y funcionalmente diferenciada. El foco del estudio se centra en la uniformidad de la aplicación del derecho, priorizando la coherencia y la estructuración interna de las decisiones judiciales sobre una relación directa con intereses externos. Por lo tanto, la investigación recurrió a la teoría de sistemas de Luhmann para herramientas que enfatizan el papel ejemplar de la dogmática jurídica en la creación de las condiciones para una justicia funcionalmente diferenciada, con el objetivo de aumentar la previsibilidad de la aplicación del derecho en la sociedad.

Palavras-clave: Dogmática. Justicia. Teoría de Sistemas. Sistema del Derecho.

Résumé

La flexibilisation juridique, initiée dans la seconde moitié du XXe siècle, a cherché à établir de nouvelles bases pour le droit. Par la suite, en suivant des prémisses similaires, un virage a été observé dans le droit mettant l'accent sur le raisonnement basé sur des principes en tant qu'alternative aux méthodes traditionnelles d'application. En conséquence, les juges ont pris un rôle plus proéminent, conduisant à un accent excessif sur les discussions courantes concernant "l'équilibre des principes" et une application de la Constitution au cas par cas, obscurcissant souvent la signification des normes juridiques. Cela a entraîné des risques, comme prendre des décisions basées sur des critères externes au système juridique, amplifiant l'érosion de l'autopoïèse du droit et, souvent, négligeant les normes juridiques qui garantissent des jugements plus prévisibles, en adhérant à des principes tels que l'impartialité, le raisonnement approprié et le respect de la loi établie. Sans cette structure, le système juridique peut devenir asymétrique, négligeant le contenu normatif et rendant son application incertaine. La dogmatique juridique, qui sert de dépôt à l'identité du système juridique, est cruciale pour assurer l'intégrité et la cohérence des décisions judiciaires, c'est-à-dire pour l'application de la justice fonctionnelle à des cas concrets. La théorie des systèmes souligne cette importance, affirmant que la dogmatique représente la manière dont le système juridique s'identifie et se décrit lui-même. Dans le cadre de la théorie des systèmes de Luhmann, ce travail vise à décrire le droit à partir d'une "observation de second ordre", mettant en évidence une réflexion critique sur le rôle de la dogmatique dans la (re)stabilisation du droit dans une société complexe et fonctionnellement différenciée. L'objet de l'étude est centré sur l'uniformité de l'application du droit, privilégiant la cohérence et la structuration interne des décisions judiciaires par rapport à une relation directe avec des intérêts externes. Ainsi, la recherche a utilisé la théorie des systèmes de Luhmann comme outil pour mettre en avant le rôle exemplaire de la dogmatique juridique dans la création des conditions pour une justice fonctionnellement différenciée, avec l'objectif d'accroître la prévisibilité de l'application du droit dans la société.

Mots-clés: Dogmatique. Justice. Théorie des Systèmes. Système du Droit.

CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO

A produção de decisões judiciais por critérios externos e não mediatizados pela lógica interna do sistema jurídico, como sucede quando dados extrassistêmicos são transpostos para a motivação da decisão judicial através do exercício da discricionariedade – isto é, sem referência direta ao Direito considerado em seu conjunto –, ocasiona um verdadeiro déficit seletivo das conexões operativas do sistema jurídico, o que nega sua autopoiese, ou seja, bloqueia o processo pelo qual o sistema jurídico se produz e reproduz autorreferencialmente, de acordo com seus próprios critérios, elementos, estruturas e operações. Diz-se, neste caso, que a reprodução do sistema se dá de forma corrompida, ou seja, obedecendo a critérios estabelecidos por outro sistema da sociedade.

O cenário acima descrito ganha contornos de dramaticidade quando se insere nesta equação aquilo que a doutrina contemporânea propõe como desenvolvimento de uma teoria substancialista externa, justificando a prática de um sopesamento pouco metodológico entre princípios colidentes.

Esta visão tende ao tratamento de princípios jurídicos como abertura para mecanismos de formulação de raciocínios jurídicos possivelmente problemáticos, com a valorização de sua importância no processo de aplicação do direito, é dizer, com recurso a métodos de raciocínio jurídico de questionável consistência, como ocorre com a aplicação de vulgatas da ponderação, da tópica, e de teorias da argumentação, bem como através da reaproximação acrítica entre direito e moral, com penetração cada vez maior da filosofia prática nos debates jurídicos.

Chega-se a afirmar que os princípios jurídicos representam uma ponte em meio a uma legalidade demasiadamente rígida. Busca-se firmar, para além do direito positivo, vetores para o manuseio de uma ordem transitiva de valores, que seria

compartilhada por toda a comunidade política. Confunde-se o conceito de princípio com o de valor.

Assim, ignorar diretrizes consolidadas para a aplicação do direito, tais como a observância do dever de imparcialidade e motivação, a vinculação da decisão à existência de uma lide ou controvérsia, a vedação à atuação oficiosa, a necessidade de ampla participação das partes no processo e a vinculação do juiz ao direito posto parece fragilizar a própria ideia de segurança jurídica, muito cara para a sociedade moderna.

Nesse sentido, é importante tomar em conta, no momento da prática judicial decisória, a importância dos constrangimentos epistêmicos que resultam da dogmática jurídica – que, fruto de uma redundância informacional historicamente construída, é, por excelência, o repositório da autoidentidade do sistema jurídico, representando sua autodescrição enquanto sistema.

Sem isso, a assimetria do sistema jurídico pode levar a um tratamento pelo qual o conteúdo do texto positivo é rejeitado nas interações operativas desse sistema, inclusive – e mais problematicamente – no âmbito dos tribunais, de modo que a ideia de aplicação da norma se torna ilusória.

O constrangimento decisório pela observância da dogmática significa a realização de censuras significativas, propiciando a distinção entre decisões adequadas e inadequadas. É reabilitar, na prática jurídica, a segurança em termos de expectativas, propiciando funcionalidade ao direito.

A importância da dogmática na produção e (re)estabilização do direito não escapou à teoria dos sistemas. A dogmática, quer surja na práxis jurídica, quer no ensino do direito, para esta corrente de pensamento, consubstancia-se na forma pela qual o direito se apresenta a si próprio como resultado coerente de interpretações. As interpretações que se desenvolvem nesse sentido são o resultado da auto-observação do sistema jurídico – reflexão do sistema.

Para Niklas Luhmann, os trabalhos produzidos no interior do sistema jurídico, sobretudo em sede de dogmática, não devem ser entendidos como uma resistência à crítica, mas, ao contrário, como um esforço para alcançar consistência conceitual e principiológica para orientar as regras de decisão. Luhmann afirma que uma fonte importante de conceitualização e sistematização teórica, que serve de repositório para própria identidade do sistema do Direito, provém justamente da dogmática jurídica.

Esse desenvolvimento dogmático é colhido e armazenado na memória do sistema – torna-se redundância informacional. Os textos produzidos no ambiente acadêmico são acoplados à dogmática e empreendem modificações na práxis jurídica; os manuais, cursos, tratados, artigos e monografias são citados nas decisões dos tribunais como referência ao sentido do direito válido.

É por conta desse desenvolvimento que a prática jurídica dogmaticamente orientada se abre à ideia de justiça, que tem o significado de criação das condições de possibilidade para que se decidam casos iguais de acordo com os mesmos critérios, o que deve ser caracterizada como consistência na tomada de decisões.

Diante do extenso catálogo de direitos fundamentais previstos nas constituições analíticas promulgadas sobretudo a partir da segunda metade do Século XX, sobretudo no que tange aos de natureza social – saúde, educação, moradia, trabalho, lazer, segurança etc. –, não se pode desprezar a importância do papel desempenhado pela dogmática jurídica na busca da concretização desses direitos – é preciso reabilitar seu papel no discurso jurídico.

A complexidade das relações sociais na modernidade presente impõe à dogmática o desafio de eliminar de seu repertório conceitual o subjetivismo particularista da relação sujeito-objeto, caudatário do racionalismo iluminista, que ainda impregna, através da distinção entre observador e objeto observado, a interpretação e aplicação do direito.

Partindo dessas premissas, a discussão proposta pelo presente trabalho visa realizar uma observação de segunda ordem do sistema do direito, é dizer, uma

observação de sua auto-observação. O propósito deste alerta é, primordialmente, elucidar a motivação por trás da escolha da perspectiva adotada neste estudo: a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

Luhmann professa a importância de uma reflexão crítica sobre o direito na sociedade moderna, tendo em vista o rápido aumento das fontes de insegurança social. Essa abordagem se torna relevante também para estabelecer as bases de uma teoria sociológica capaz de contribuir para a compreensão do fenômeno jurídico contemporâneo.

O autor aponta que a teoria tradicional enfrenta uma crise, uma vez que ainda está presa a paradigmas clássicos que não conseguem lidar com a complexidade da realidade social contemporânea. Isso se dá sobretudo porque as diversas correntes tradicionais desenvolveram marcos teóricos que visavam investigar os processos característicos das sociedades de suas épocas.

Até meados do Século XX, a sociologia estava fortemente arraigada nas teorias tradicionais, como aquelas propostas por pensadores como Marx, Weber, Durkheim, Simmel, Pareto e outros. No entanto, essas teorias já não são suficientes para explicar a realidade contemporânea de forma adequada.

A sociologia deve passar por uma mudança de paradigma, segundo Luhmann, para se libertar de quadros teóricos ultrapassados e incompatíveis com a realidade social cada vez mais complexa, que necessita de análise. Essa transformação se tornaria essencial para compreender um contexto social que não pode mais ser apreendido por meio de abordagens desenvolvidas a partir de outras realidades sociais já ultrapassadas.

Nessa situação, o conhecimento tradicional se torna um verdadeiro entrave para a análise do fenômeno jurídico, especialmente devido à limitada complexidade teórica das correntes consolidadas, sobretudo aquelas com vestígios iluministas, de que se derivam representações sociais baseadas na supremacia da razão.

Luhmann destaca ser pertinente questionar se traços do Iluminismo estão presentes na sociologia moderna e de que maneira se apresentam. O autor esclarece que a sociologia contemporânea não se alinha completamente com as noções ideológicas ou com os objetivos de investigação e éticos do Iluminismo, visto que dentro do contexto iluminista, há duas ideias fundamentais que geram desconfiança na sociologia: a ideia de uma propósito racional entre todos os indivíduos e a confiança na realização efetiva desse ideal.

Para compreender adequadamente as nuances iluministas, é fundamental refletir sobre a natureza da teoria sociológica que lhe seguiram. Para tanto, faz-se necessário ter em mente a trajetória teórica da sociologia desde o século XIX até a atualidade, em que houve uma evolução das teorias causalistas para a teoria de sistemas.

As teorias causalistas tentam explicar as origens e particularidades de estruturas sociais com base em causas específicas. Por exemplo, elas podem associar desenvolvimentos sociais a demandas econômicas, modelos de produção, motivações psicológicas como tendências agressivas ou imitativas, variações raciais, aspectos climáticos ou até dinâmicas biológicas de seleção.

Atualmente, percebe-se que abordagens simplistas não são mais eficazes. A ideia de que sistemas de alta complexidade podem ser fundamentados por mecanismos simples tornou-se mais aceita – um problema trabalhado pela cibernética. Em vez de se concentrar apenas em causas diretas, a sociologia se desloca em direção a considerar abordagens mais complexas, como regras e mecanismos de seleção.

Em contraste com as teorias de viés causal, a teoria de sistemas detém uma capacidade heurística muito maior. Esta teoria enxerga várias estruturas sociais como interconectadas e intrincadamente vinculadas, necessitando superar múltiplos desafios para sua sustentabilidade. Essa perspectiva permite uma análise mais aprofundada e permite discussões sobre diferentes sistemas, mesmo quando a origem exata ou as causas diretas não são claramente compreendidas.

Adotar uma perspectiva puramente causalista seria restringir muito o campo de investigação sociológica. Seria quase impossível entender completamente a complexidade das interações e relações diárias. A emergência da teoria dos sistemas representa uma evolução no pensamento sociológico, proporcionando uma base mais robusta para entender as nuances da sociedade.

Ao invés de se concentrar unicamente em causas diretas, as teorias de sistemas focam em estruturas e funções mais profundas, proporcionando uma compreensão mais rica da realidade social. Esta abordagem não simplifica as ações humanas ou as reduz a motivos básicos, mas reconhece sua complexidade e as múltiplas camadas de influência e interação. Essa progressão enfatiza uma compreensão mais abrangente e a necessidade de considerar limitações ao interpretar e analisar questões sociológicas.

Portanto, a teoria proposta por Luhmann, busca desvencilhar-se das armadilhas de uma teoria social fortemente enraizada em padrões filosóficos tradicionais. Luhmann não busca replicar ideais iluministas na teoria social, mas sim evitar as falácias e limitações daquilo que ele denominou "iluminismo racional", que se baseava em conceitos difíceis de se sustentar: a ideia de que todos compartilham uma razão universal sem intermediários institucionais e a crença em um estado social perfeitamente racional. Esses conceitos são unidos pela reflexão de um sujeito transcendente.

A teoria social precisa ir além da simplicidade do Iluminismo, que acaba por se mostrar, em muitos aspectos, dogmático. O desencanto com o racionalismo – vendo que a promessa de progresso proposta por filosofias anteriores não se concretizou – abriu caminho para críticas. No entanto, muitos dos desafios impostos pelo iluminismo racional ainda careciam de uma teoria robusta. Para Luhmann, a sociologia não é apenas a aplicação do iluminismo, mas a sua superação, buscando transcender suas limitações.

O que Luhmann realmente quer dizer com superar as limitações do iluminismo é algo que tem que ver com a ideia de examinar as condições sociais necessárias para

entender e simplificar a complexidade, ao invés de apenas refletir sobre a modernidade. Divergindo da filosofia tradicional, Luhmann não acredita na máxima hegeliana de que "o que é racional é real; e o que é real é racional". Para ele, a realidade é formada quando todas as possibilidades são exploradas.

O objetivo do iluminismo sociológico é contestar os ideais da filosofia tradicional: simplificar a complexidade. Isto não significa tornar a realidade mais simples ou generalizada, mas sim questionar a ideia de que a realidade pode ser compreendida ou moldada unicamente pela razão humana.

Luhmann argumenta que o mero aumento de possibilidades não tem significado se não houver meios de tornar essas possibilidades experienciáveis e realizáveis para os indivíduos. Contrariando a ideia de que sua teoria não considera os indivíduos, Luhmann está, na verdade, focado na experiência e percepção individual. Ele defende que a compreensão do mundo não pode ser atribuída apenas à capacidade inerente à racionalidade do sujeito, mas deve ser contextualizada dentro de um quadro social. Portanto, o iluminismo sociológico busca desafiar e superar as limitações do pensamento iluminista tradicional.

Vale dizer, ao oscilarem entre abordagens racionais, empiristas ou análises puramente causalistas, os padrões clássicos da sociologia ignoram distinções importantes presentes no sistema social e, conseqüentemente, no sistema jurídico, resultando em descrições insatisfatórias e parciais de seu objeto de estudo.

Luhmann destaca em sua abordagem teórica que a tradicional teoria sociológica é inadequada para lidar com a rápida evolução da sociedade contemporânea, o que limita sua capacidade de contribuir significativamente para a compreensão do direito na sociedade atual.

Para enfrentar o desafio de explicar a sociedade moderna, caracterizada pela crescente complexidade e especialização, Luhmann propôs o desenvolvimento de uma abordagem interdisciplinar suficientemente abstrata para descrever satisfatoriamente o complexo de relações presentes na realidade social.

O principal é a compreensão de que a melhor maneira de evitar as aporias da filosofia do sujeito é desenvolver uma teoria social baseada em sistemas sociais com funções distintas – sistemas sociais funcionalmente diferenciados.

Enquanto o iluminismo sociológico sugere uma abordagem de teoria social baseada em sistemas, é justo dizer que, entre todos os princípios da teoria social tradicional, o iluminismo sociológico foi principalmente uma resposta crítica ao aspecto dialético da filosofia do sujeito. Mais do que simplesmente apresentar uma alternativa à filosofia do sujeito, a missão primordial do iluminismo sociológico é propor uma alternativa robusta à dialética, particularmente à dialética histórico-materialista.

Assim, Luhmann divisou uma teoria de sistemas com pretensões universalistas, uma proposta de investigação omniabarcadora que é "mais rica em conteúdo do que a anterior, [...] atinge uma complexidade mais elevada; e, exatamente por esses motivos, [...] se torna mais apropriada para o tratamento de fenômenos sociais" (Luhmann, 2016a, p. 21).

Os conceitos humanistas de sociedade não são mais teoricamente satisfatórios; eles sobrevivem apenas como meras formas retóricas. Assim, a teoria sociológica contemporânea revela uma ambiguidade, vale dizer, embora ainda utilize esses conceitos tradicionais, também possibilita a formulação de perguntas que, de certa forma, podem desafiar a própria base dessas referências estabelecidas.

Luhmann propõe uma teoria da sociedade como um sistema social cuja autorreprodução se baseia na comunicação, sua operação fundamental. Por outro lado, o homem é considerado um sistema psíquico vinculado à consciência e responsável pela produção do pensamento. No entanto, ele não integra diretamente o sistema social, pois somente a comunicação é capaz de formar um sistema comunicacional.

As investigações de Luhmann têm como objetivo criar um conceito de sociedade construtivista e radicalmente não-subjetivista. Essa abordagem não nega a

existência material do sujeito, mas abandona sua posição central na definição do conceito de sociedade.

A partir da constatação da impossibilidade do estabelecimento de uma certeza explicativa do universo, bem como da existência de um sujeito racional externo ao mundo, apto a conhecer e explicar, de forma objetiva, o funcionamento dos fenômenos da realidade, propõe-se a superação da separação entre aquilo que é percebido e aquele que percebe. Assim, a partir do surgimento dessa corrente de pensamento, passou-se a questionar a real possibilidade da existência de uma razão universal capaz de condicionar as diversas formas de observação.

A experiência do observador é compreendida como algo que constitui a própria realidade, ingressando em seu campo experimental, de modo que o conhecimento sobre o mundo passa a ser conhecimento sobre o próprio observador e a percepção do objeto, percepção de si mesmo. Em consequência disso, sujeito e objeto são fundidos e o observador passa a ser encarado como parte do mundo que observa.

Essa percepção permitiu a superação da metafísica clássica ontológico-realista e do paradigma epistemológico gnosiologista da filosofia da consciência. Enquanto aquela sustenta que a realidade é um dado objetivo pré-constituído, incumbindo ao observador revelar seu significado, para esta, trata-se ela – a realidade – de construção teórica e conceitual do observador.

Partindo dessa semântica, Niklas Luhmann (1996, p. 57) conclui que “não há uma diferença constitutiva entre sujeito e objeto, uma vez que os dois participam de uma base comum operativa já dada”.

Luhmann, reconhecendo o potencial heurístico e explicativo dessa corrente de pensamento, encampou a crítica formulada pelo construtivismo radical e transplantou-a para o âmbito da sociologia, criando uma teoria funcional-estruturalista baseada na diferença sistema/ambiente, em que a sociedade se constitui em um sistema que, por sua vez, é subdividido em vários sistemas parciais, dentre eles o do Direito, que será o foco das observações que serão desenvolvidas neste estudo.

Na semântica de seu funcionalismo operativo, a percepção da realidade não é determinada pelo sujeito, nem pelo mundo. Trata-se, em verdade, de um produto de um sistema cibernético, é dizer, que atua ao mesmo tempo como observador e observado. Em outros termos, de um sistema que se auto-observa. Esses sistemas são capazes de auto-organização, isto é, de construção e constante atualização de suas estruturas a partir de referenciais internos e externos – não solipsismo –, produzindo e reproduzindo, a partir de si mesmos, mas abertos ao mundo – ao ambiente –, suas próprias estruturas e operações.

A teoria dos sistemas descreve que, no sistema jurídico, para que se conquiste autonomia e segurança em termo de expectativas, o processo de criação da norma jurídica, no cerne de sua aplicação judicial, deve dar-se sem a participação do subjetivismo particularista de um sujeito cognoscente típico das diversas correntes positivistas e não-positivistas da modernidade presente, mas partindo de “interconexões” entre o sistema do Direito e dados por ele colhidos de seu ambiente intra e extrassocial.

Supera-se, dessa maneira, tanto o paradigma metafísico objetivista aristotélico-tomista, quanto o paradigma epistemológico da filosofia da consciência, lançando novas luzes sobre a problemática da construção do raciocínio de fundamentação da decisão judicial, sobretudo em face do paradigma neoconstitucionalista que, nas últimas décadas, instaurou um subjetivismo particularista sem precedentes na jurisprudência brasileira.

Em sua abordagem, Luhmann procura entender os princípios fundamentais da estrutura social, identificando o conceito de "forma" como a base da sociedade. Para ele, a forma é um paradoxo originado pela utilização de uma distinção que opera em dois movimentos simultâneos: inclusão e exclusão, unidade e diversidade.

A sociedade, portanto, é um jogo de distinções em que se calcula separações, discriminações, e observações. Este cálculo não é apenas uma atividade mental, mas

se traduz na operação de comunicação através de linguagem, símbolos e sinais. A sociedade consiste apenas de formas de comunicação, sem nada material ou orgânico.

Luhmann questiona como o campo teórico pareceria se fosse possível desenhar uma teoria que não dependesse das leis da natureza, nem de teorias dialéticas, nem de tabelas de cruzamento de variáveis, mas sim que mantivesse abertos os paradoxos de sua essência. Ele propõe uma teoria dos sistemas autorreferenciais, não triviais e incalculáveis, que devem distinguir-se de seu ambiente para definirem sua própria temporalidade e valores.

Essa análise sublinha sua importância excepcional da teoria de Luhmann, que se mantém distante de qualquer idealização cartesiana ou lógica que possa tentar dissolver paradoxos. Sua teoria aceita e trabalha com o paradoxo, apontando para um controle cibernético¹ da própria indeterminação. É um trabalho que desafia conceitos estabelecidos e abre novas fronteiras na compreensão do social.

O termo "sistema" usado pelo autor não deve ser entendido como um todo composto por partes individuais. Enquanto a sociologia tradicionalmente considerava a sociedade como um conjunto de indivíduos humanos, a teoria dos sistemas substitui essa diferença tradicional pela distinção sistema/ambiente, vista a partir da perspectiva de um observador.

A contribuição da teoria dos sistemas para a análise das questões relacionadas ao direito emerge ao superar o modelo humanista arquetípico baseado no paradigma epistemológico da filosofia da consciência, que deriva de uma metafísica ontoteológica

¹ É importante ressaltar que a teoria dos sistemas sofre grande influência da cibernética de segunda ordem, responsável pela noção de sistemas que observam, de acordo com a qual o observador, incluindo-se no sistema que observa, é capaz de observar-se observando. O observador é entendido como parte do sistema que observa. Segundo Vsconcellos (2002), a cibernética de segunda ordem se fundamenta em três pilares: complexidade, instabilidade e intersubjetividade. Complexidade se refere à sistemas, ecossistemas, causalidade circular, recursividade, contradição. O pilar da instabilidade toca em conceitos como desordem, evolução, imprevisibilidade, saltos qualitativos, auto-organização incontrolabilidade. Já a intersubjetividade ressalta a importância da presença e influência do observador, abordando temas como autorreferência, significação da experiência e o conceito de coconstrução.

moderna de inspiração iluminista. Isso implica em uma separação definitiva entre o indivíduo e a sociedade.

O sistema jurídico – aquele que interessa diretamente a este estudo – é concebido como um subsistema autopoietico e autorreferencial do sistema social, baseado em operações comunicativas altamente especializadas. Esse sistema detém a capacidade de observar-se e descrever-se a si mesmo, dando origem à teoria do direito e à dogmática jurídica como formas dessa auto-observação.

Essa abordagem de viés funcionalista permite abandonar referenciais teóricos que favorecem a criação de modelos psicologistas de direito e avançar em direção a uma análise que considera os tribunais como subsistemas organizacionais que concentram e organizam o fluxo comunicativo dentro do sistema jurídico.

A ideia nuclear desse raciocínio é a de que a uniformidade aplicativa do direito pelos tribunais requer uma coordenação lógica de todos os seus componentes, incluindo princípios, regras e procedimentos, para que o embasamento das decisões jurídicas se alinhe adequadamente ao direito como um todo e para que as decisões em si sejam consistentes ao longo do tempo.

A essência desse pensamento é que a padronização na aplicação do direito estabelece uma complexidade estruturada, abrindo caminho para a concretização da isonomia e da justiça. Isso não implica que se almeje uma relação direta entre a decisão e os interesses externos dos participantes, mas sim a coerência das operações internas que identificam e categorizam esses interesses como alinhados ou opostos ao direito.

Cabe ao sistema jurídico fornecer respostas uniformes para situações que emergem no contexto prático, tendo suas bases formuladas em referência ao próprio sistema jurídico.

A integridade do direito atua como uma restrição contra a aplicação desuniforme da norma, servindo como salvaguarda contra interpretações arbitrárias. Em outras palavras, é um impedimento para atitudes egocêntricas e subjetivas,

indicando uma direção para a construção de decisões. Ao mediar o texto com a realidade observável, uma visão coesa do direito é fundamental para a noção de ordenação operativa do sistema jurídico.

Portanto, ao concretizar a regra legal, é necessário evitar abordagens psicologistas, valorações subjetivas, consequentialismos decisórios, pragmaticismos, argumentos externos e abordagens casuísticas. Deve-se incorporar ao processo de formação do direito aspectos da sociedade que não estão explícitos no texto legal, mas que fazem parte de sua dimensão interpretativa.

Dessa forma, o sistema jurídico produz direito a partir do direito, alcançando uma redução autônoma de sua complexidade e da do ambiente ao seu redor. Isso resulta de operações seletivas altamente especializadas diante de um vasto leque de opções, mantendo uma indiferença marcante em relação às premissas puramente ambientais. Esse processo envolve a criação cuidadosa de conexões seletivas entre o componentes do sistema, protegendo-o contra distorções provenientes de fontes não mediadas.

Diante das premissas acima erigidas, põe-se o seguinte problema: é possível lançar mão do papel exemplar da dogmática jurídica para constranger a prestação da jurisdição pelos tribunais, de modo a potencializar a segurança em termos de expectativas através da criação de uma justiça funcionalmente diferenciada, com o tratamento igual de casos iguais?

A pesquisa aqui encetada tem como marco teórico a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, objetivando pôr em foco o papel da dogmática jurídica enquanto instrumento de padronização da jurisdição no favorecimento da redução da complexidade do sistema jurídico, visando aumentar a certeza e a previsibilidade do direito.

O trabalho aqui desenvolvido se justifica vez que, diante do paradigma decisório em voga na práxis judicial contemporânea, fundado sobretudo em postulados neopositivistas e neoconstitucionalistas, que deitam raízes em axiologismos e no

consequencialismo decisório, faz-se necessário o estabelecimento de critérios e diretrizes objetivando a padronização das decisões judiciais. Parte-se da percepção da necessidade de refrear a subjetividade do operador do direito, mediando a abertura cognitiva do sistema jurídico por meio de reafirmação da autonomia do Direito, o que realiza, na maior medida possível, a certeza e a previsibilidade das decisões judiciais.

Buscando responder essa indagação, este estudo tem como objetivo geral a fixação de premissas que potencializem e reafirmem a seletividade operativa altamente especializada da comunicação jurídica no contexto da aplicação do direito pelos tribunais, prestigiando segurança jurídica e a previsibilidade da decisão judicial.

Os objetivos específicos, que refletem a estruturação dos capítulos desta pesquisa, passam pela explicitação dos principais conceitos da teoria dos sistemas; pela qualificação do direito como subsistema do sistema social, evidenciando suas principais características segundo a semântica de Luhmann; pela identificação da dogmática jurídica enquanto repositório da autoidentidade do sistema jurídico e, por fim, pela caracterização da justiça enquanto fórmula do sistema jurídico para lidar com a contingência.

A reflexão proposta apoia-se, a priori, num estudo bibliográfico sobre a temática acima anunciada. A pesquisa posta em movimento tem, assim, a finalidade precípua de exploração do problema de pesquisa sob o prisma do programa teórico proposto, efetivando uma abordagem que agrega conhecimentos pertinentes ao desenvolvimento do tema em nível de pesquisa científica.

O método utilizado neste estudo foi o exploratório, em que se partiu do referencial teórico proposto, colocando-o em contato direto com a concretude da dimensão prática da realidade para, em um segundo momento, interpretar o fenômeno estudado de uma forma articulada e compreensiva. A abordagem metodológica sugerida foi levada a efeito com auxílio do procedimento estruturalista, valendo-se da técnica de pesquisa bibliográfica empreendida ao longo de toda a pesquisa.

Eis, em apertada síntese, o escopo do presente trabalho.

CAPÍTULO II – O DIREITO NA TEORIA DOS SISTEMAS

2.1 O conceito de sistema

Toda teoria pode ser compreendida como um complexo estruturado e hierarquizado de enunciados e conceitos. Uma teoria aborda, assim, os conceitos fundamentais que estão no cerne de uma específica área do conhecimento, bem como outros conceitos ditos derivados ou adjacentes (Popper, 1978). Assim é com a teoria geral dos sistemas.

Os conceitos da teoria dos sistemas não são referidos a objetos, mas a significações. Vale dizer, não são conceitos ontológicos. Seu objeto não existe em si mesmo. Desses conceitos não se extrai representações concretas. Sua existência e validade apenas se dá por força de uma convenção normativa estabelecida intersubjetivamente.

Em qualquer sistema de ideias, existem, dentre os conceitos, os ditos conceitos lógico-fundamentais, e, dentre eles, o conceito primário, que é a base para todos os outros conceitos. O conceito primário fundamental atua como uma classe de pensamento que define o âmbito de objetos de estudo de determinada ciência, organizando uma variedade de conceitos em uma lógica consistente e sistematizada.

O conceito primário fundamental define a área em que uma determinada ciência irá operar. Cada campo específico de objetos requer um estudo científico distinto. O conceito primário fundamental determina a porção da realidade que se tornará o foco da pesquisa científica (Popper, 1978).

O conceito primário organiza os outros conceitos centrais, que compartilham com ele a característica de integrarem uma específica classe de pensamento, mas que dele necessitam para serem desenvolvidos. Sem esses conceitos centrais atuando

como agentes coordenadores, a área do conhecimento se torna incompreensível (Popper, 1978). O conceito primário fundamental da teoria dos sistemas é o próprio conceito de sistema. Dele derivam os demais conceitos.

Apenas a partir do momento em que o objeto do conceito pode ser reconhecido uniformemente por um determinado grupo, pode ele prestar-se a sua função, qual seja, a de permitir a correta interpretação das relações de objetos estudados em um determinado campo do saber. Daí advém a necessidade de, em um primeiro momento, para evitar mal-entendidos e incompreensões, promover-se uma aproximação, ainda que sinóptica, dos conceitos fundamentais de que lança mão a teoria geral dos sistemas de Niklas Luhmann, o que se fará nos limites impostos pelo corte epistêmico da investigação sobre a qual se debruça esta pesquisa.

Introduzir os princípios fundamentais da teoria dos sistemas de Luhmann requer começar com o entendimento de o que é sistema, visto que tal definição se apresenta como de vital importância para a aquisição cognitiva dos abstratos níveis conceituais subsequentes.

Originalmente, a teoria geral dos sistemas foi estruturada em torno da noção de sistemas abertos, nos quais o sistema se formava através de uma interação de trocas com seu entorno – *inputs/outputs* (Luhmann, 2016b).

A essência dessa ideia está na rejeição, por parte dos estudos biológicos, do paradigma hermeticamente enclausurado utilizado pela física, que considerava o universo como um sistema absolutamente fechado, um todo para além do qual não poderia haver troca de informações.

A abordagem assumida pela física não atendia às questões levantadas por outras áreas não definidas pela ideia de totalidade. A biologia, dedicada à pesquisa de organismos vivos e focada na relação entre as partes, era um exemplo disso.

A teoria dos sistemas abertos foi criada para preencher essa falta descritiva. Sua característica marcante era a ideia de troca, e assim, a origem de suas funções era a distinção entre estímulo e resposta que ocorria com o ambiente.

De acordo com Luhmann, a teoria dos sistemas abertos descreve a transição das entradas para as saídas, mas falha em precisar o que constitui um sistema. Não consegue identificar aspectos distintivos. Não responde a perguntas de como a distinção entre sistema e ambiente pode reproduzir-se, sustentar-se, expandir-se através da evolução e fornecer ao sistema – um dos lados da diferença sistema/ambiente – uma complexidade adequada; igualmente, falha ao definir que operações permitem que o sistema, ao se reproduzir, mantenha constante essa distinção (Gonçalves; Villas Bôas Filho, 2013).

Em termos mais simplificados, na teoria dos sistemas abertos, a abertura elimina o fechamento, ou seja, a identidade sistêmica. A teoria geral dos sistemas fundada nesse paradigma parece atingir um beco sem saída, tornando-se inconciliável com a existência de sistemas fechados que autorreproduzem-se.

Dentro da teoria geral dos sistemas de Niklas Luhmann, os achados do construtivismo operativo lançaram um novo olhar a esse problema: os sistemas autorreferentes ou autopoieticos, capazes de organizar e modificar suas estruturas com base em suas referências internas, gerando seus elementos e decidindo suas próprias operações.

A teoria dos sistemas autopoieticos e autorreferentes parece conseguir eliminar o obstáculo imposto pela tradição humanista e ultrapassar a divisão sujeito/objeto. Junto a isso, existe uma denúncia profunda do racionalismo moderno.

O conceito de autopoiese desafia diretamente a noção de sujeito racional, que pressupõe que todos os sujeitos observem o mesmo mundo através de uma razão única. Autopoiese, em contraste, implica que cada sistema cria apenas para si as bases de seu próprio conhecimento, isto é, de suas operações. Assim, de acordo com a teoria dos sistemas autorreferentes, a realidade só se materializa quando há um observador.

A estrutura social, no construtivismo operativo de Luhmann, é uma criação do observador, onde os dois lados da forma estão interligados. Isso rompe com o autoritarismo das pretensões normativas da semântica sobre a estrutura social, que tinha sua complexidade sufocada por um núcleo de certeza da representação da sociedade – a razão –, responsável pela transmissão da ideia de segurança. A realidade do observador é contrária à filosofia do sujeito. Como observado, ela pressupõe a separação entre mundo e pensamento: a razão universal captura o plano ontológico (Gonçalves; Villas Bôas Filho, 2013).

Segundo o construtivismo operativo, para entender o que é a realidade, é necessário observar o observador. Por isso, há a necessidade de compor uma teoria do observador de segunda ordem.

Para Esposito (2000, p. 78), a percepção “não guia o que é observado, mas como a observação de primeira ordem observa, ou seja, como observa o observador observado”. Esta alteração de ângulo faz da realidade o produto de operações consecutivas de observação.

Nessa ordem de ideias, não há um observador universal, mas vários pontos de observação, que se distinguem por preservarem experiências internas singulares. A conexão de observações através de uma experiência comum leva à criação de um sistema particular, que, por sua vez, é diferente de outro sistema formado por uma experiência distinta (Vasconcellos, 2002).

Para Luhmann, o crucial é retratar a possibilidade de estruturação da ordem social. A análise das consciências tem pouca importância para entender a sociedade, pois é voltada para a individualidade dos sistemas psíquicos.

É necessária uma operação diferenciada que presuma a coexistência de uma grande quantidade de sistemas da consciência. Luhmann encontrou, no conceito de comunicação, a unidade operacional do sistema social (Luhmann; de Giorgi, 2015).

Assim, a teoria dos sistemas autorreferentes é construída em torno da noção de diferença, sobretudo, mas não somente, da diferença sistema/ambiente. Essa mudança de enfoque permitiu a independência do sistema em relação ao seu ambiente, implementando a repetição e a circularidade como atributos essenciais.

Essa abordagem forneceu uma solução para a questão de o que é sistema. Os sistemas são formas de dois lados dotadas da habilidade de criar e modificar suas estruturas com base em seus elementos e operações internas, gerando seus próprios componentes e ditando sua própria função.

Os sistemas criam a si mesmos. Essa transição para a autorreferencialidade resolveu a questão da identidade dos sistemas, mas trouxe de volta a questão da abertura. A solução foi buscada no estabelecimento de uma conexão entre autorreferência e heterorreferência (Luhmann, 2016b).

É possível então caracterizar o sistema como o lado da diferença sistema/ambiente capaz de autorreprodução contínua de sua própria diferença, possibilidade esta negada ao ambiente. Em outros termos, o sistema produz suas próprias estruturas, elementos, processos e fronteiras, constituindo o seu próprio meio ambiente e definindo, autonomamente, sua própria identidade.

Em apertada síntese, dessa forma é estruturado o conceito de sistema segundo o paradigma proposto por Niklas Luhmann em sua teoria geral dos sistemas. É a partir da intelecção deste conceito primário fundamental que se possibilita um adequado manejo da semântica presente no estatuto teórico do autor.

2.2. A autopoiese do sistema do direito

Luhmann caracteriza o sistema pela sua capacidade de reproduzir constantemente sua própria diferença em contraste com o ambiente. Este último não

possui tal capacidade. Isso se deve ao que se chama processo de assimetria, onde o sistema tem atributos distintos que lhe permitem funcionar através do *reentry*. A compreensão desse fenômeno é fundamentada no conceito de complexidade. Este conceito emerge da distinção entre elemento e relação, sendo a complexidade definida pela quantidade de conexões potenciais entre os elementos (Luhmann, 1973).

Pode-se dizer que um sistema é classificado como complexo se, em um dado instante, ele abriga mais oportunidades do que é capaz de realizar. A multiplicidade de alternativas faz com que o sistema precise escolher somente algumas delas para manter suas operações em andamento, já que é incapaz de lidar com todas simultaneamente. A complexidade aumenta com o crescimento do número de componentes internos, e as relações possíveis entre eles se expandem de forma exponencial.

Por complexidade se deve entender “a totalidade dos acontecimentos possíveis. [...] O conceito de complexidade designa sempre uma relação entre sistema e mundo, nunca um estado do ser” (Luhmann, 2005, p. 77).

A complexidade do sistema surge quando ele não tem a capacidade de reagir instantaneamente a todas as conexões entre os componentes, e nem todas as oportunidades podem ser concretizadas. Apenas certas relações possíveis entre os elementos, como a ligação de uma comunicação com outra ou de um pensamento com outro, são efetivadas; o restante permanece como potenciais futuras escolhas.

Essas relações entre os elementos não ocorrem todas de uma vez, mas sequencialmente. E, a cada operação do sistema, novas oportunidades de conexões são criadas, tornando o sistema progressivamente mais complexo. No entanto, essa complexidade nunca supera a do ambiente em que o sistema está inserido, que é inerentemente mais complexo devido a um número superior de elementos (Kunzler, 2004).

Adicionalmente, o sistema tem a habilidade de definir seus próprios horizontes ao distinguir-se do ambiente, o que restringe as oportunidades dentro de si. No entanto,

é comum que em um ambiente mais complexo, o sistema também evolua em complexidade, embora talvez não na mesma medida.

Analisando sob uma perspectiva diferente, pode-se inferir que o crescimento na complexidade de um sistema pode impulsionar a complexidade de outros sistemas que o observam, assumindo que ele funcione como o contexto desses sistemas (Luhmann, 2006b).

É vital reconhecer que a complexidade de um sistema não é uma mera reprodução do ambiente, mas sim uma construção própria. Se fosse apenas um reflexo do ambiente, os limites do sistema se dissolveriam, levando a sua eventual extinção.

A complexidade é definida como a quantidade de relações possíveis que podem ser formadas entre elementos, e pode ser examinada tanto quantitativa quanto qualitativamente. Na primeira abordagem, o número de relações é determinado matematicamente. Entretanto, isso revela pouco sobre a capacidade de organizar e coordenar os elementos.

A avaliação qualitativa da complexidade é o que determina essa capacidade. Para que dimensão numérica tenha significado operacional, critérios para escolher relações devem ser estabelecidos. A complexidade precisa ser reduzida. Esta é a única forma que o sistema encontra para transitar da quantidade para a qualidade das relações entre elementos (Luhmann, 2016b).

Qualidade significa que algumas relações possíveis são descartadas, ou seja, esse processo envolve a promoção de seleção. Exige-se, para tanto, a autoconstrução de estruturas, critérios de decisão e programas que podem ser formulados somente no interior do sistema.

Sem essa aquisição, o ambiente se submete a um nível tão elevado de complexidade que não pode ser operacionalizado. Nessa perspectiva, o sistema é o mecanismo que fornece qualidade à complexidade, isto é, seleciona relações

relevantes entre elementos em um contexto específico. A isso se denomina complexidade estruturada.

Ao definir o sistema como uma ferramenta para substituir quantidade por qualidade, duas características essenciais são estabelecidas na teoria dos sistemas: a complexidade do ambiente excede a do sistema e, ao possibilitar escolhas, o sistema mantém um conjunto de relações possíveis que podem ser escolhidas e ficam disponíveis para futuras seleções.

Esta última característica introduz um novo valor nas operações sistêmicas: a contingência. A realidade do sistema é contingente. O conceito de contingência se torna central no modelo de Luhmann, conectando as duas características teóricas descritas: a habilidade de reproduzir diferenças através das diferenças, e seleções através das seleções.

Se, devido à sua essência, qualquer escolha implica na exclusão de outras opções, o sistema sempre enfrentará a incerteza sobre as implicações de ter optado por uma alternativa diferente da selecionada. Essa incerteza desencadeará a promoção de outra escolha, que por sua vez acionará esse ciclo continuamente. A ausência de um final se dá pela inexistência de certeza absoluta. A noção de contingência se torna central na abordagem luhmanniana. A base dessas distinções é contingente.

Uma vez que o sistema depende do ato de distinguir para se consolidar, deixa de haver um fundamento estável e sua reprodução se torna vulnerável à incerteza contínua das diferenças emergentes. Essa incerteza permite escolhas contingentes, já que as novas seleções, impulsionadas pela dúvida sobre a adequação das opções tomadas, recorrerão a novas distinções para considerar opções não selecionadas anteriormente.

Selecionar é transformar muitas possibilidades em uma decisão definitiva, simplificando operações e diminuindo a complexidade. O desafio em entender a contingência reside em sua natureza paradoxal.

Enquanto há certeza no processo de diferenciação e seleção, ela serve como base para novas incertezas e novas seleções. Assim, ao criar certeza ao conectar elementos, o sistema simultaneamente possibilita novas relações. Na lógica da contingência, ao reduzir complexidade, o sistema também aumenta a complexidade.

Nessa senda, é importante divisar que a unidade-base das distinções encabeçadas pelo sistema é sempre contingente, pois, ao depender do processo de diferenciação para se afirmar como unidade, ela perde sua natureza fundamental e se abre para a incerteza da produção contínua de diferenças. Essa incerteza permite a contingência das escolhas, pois as novas seleções geradas pela incerteza da adequação das alternativas escolhidas terão que usar outras distinções para atualizar alternativas ainda não escolhidas.

Assim, *ego* não tem como antecipar como *alter* reagirá em resposta a um dado comportamento de *ego* e vice-versa. Por não terem como antecipar a conduta um do outro, *alter* e *ego* necessitam relacionarem-se pautados por expectativas.

Em outros termos, quando *ego* observa *alter* e *alter* observa *ego*, não há entre eles a possibilidade de preverem que comportamentos serão adotados por um ou pelo outro em resposta a seus próprios comportamentos: a contingência existe porque a complexidade fornece inumeráveis possibilidades.

É dizer, *alter* e *ego* se comunicam, mas não se pode prever como cada um interpretará autorreferencialmente a comunicação que parte outro. Isso induz à produção de uma dupla contingência, ou seja, de uma dupla incerteza (Luhmann, 2016b).

Quando *ego* toma uma decisão e transforma possibilidade em atualidade, realizando uma seleção, reduz drasticamente a contingência, posto que exclui as demais possibilidades que se apresentavam viáveis. Como resposta à seleção de *ego*, *alter* também pode praticar uma seleção, reduzindo mais ainda a contingência.

Essa dupla seleção permite a formação de uma estrutura comunicativa mais ou menos estável, que já configura em si mesma um subsistema – apresenta-se aqui o princípio de construção de um subsistema social. É assim que as estruturas comunicativas se formam: pela produção de estruturas de expectativas. Assim, quando o sistema conecta mais de um elemento e cria certeza, simultaneamente torna outras relações possíveis.

No mundo, há sempre um imbricamento entre contingência e expectativa, conceito que remete à antecipação, no presente, de um comportamento futuro e incerto, mas esperado. Na sociedade complexa funcionalmente diferenciada, *alter* e *ego* se relacionam pautados por expectativas.

As expectativas podem ser cognitivas ou normativas: em um nível de complexidade sempre crescente, é natural que os atores sociais se relacionem construindo expectativas sobre as condutas uns dos outros. Isso significa que o sistema sempre tenta, de alguma forma, antecipar o futuro.

Estas expectativas, todavia, podem ser defraudadas. Diante de uma expectativa defraudada, surgem fundamentalmente duas possibilidades: (i) abandonar e adaptar a expectativa à realidade defraudadora (expectativa cognitiva), o que implica que tais expectativas aprendem com a realidade que as defraudou ou; (ii) manter a expectativa contrafaticamente (expectativa normativa), hipótese em que, mesmo diante da defraudação, a expectativa se impõe como realidade (Luhmann, 2016a).

Estas duas formas que o sistema encontra de lidar com a frustração de expectativas ocorrem na dimensão temporal do sentido, existindo diversos mecanismos para lidar com essa frustração, que podem variar desde ignorar completamente o desapontamento até o estabelecimento de estruturas de enfrentamento de desapontamentos na dimensão temporal (Luhmann, 2016a).

Como apontado linhas acima, a autofundação do sistema é fundamentada na ideia de autorreferência. Essa perspectiva resulta no fechamento operativo do sistema

em relação ao ambiente, estabelecendo a recursividade e circularidade como suas características essenciais.

A transição para a autorreferencialidade resolveu o problema da identidade dos sistemas, mas trouxe de volta a questão da abertura: como conceber a abertura a partir da lógica da autorreferência? A resposta encontrada foi paradoxal: o fechamento é, na verdade, a condição possibilitadora da abertura. Assim, buscou-se estabelecer uma relação entre autorreferência e heterorreferência, ou seja, eliminar a distinção entre esses dois conceitos, permitindo-se o surgimento do conceito de autopoiese (Gonçalves; Villas Bôas Filho, 2013).

Como os sistemas sociais autopoieticos surgem da distinção entre sistema e ambiente, uma diferenciação produzida pelo próprio sistema é posteriormente replicada internamente. É a partir dessa distinção que o sistema realiza todas as suas operações utilizando seus próprios elementos.

Essencialmente, os sistemas podem autodistinguir-se do ambiente, ainda que essa circunstância ocorra como uma operação intrínseca do próprio sistema. A teoria dos sistemas emprega a distinção entre sistema e ambiente como a base de suas observações e descrições; entretanto, para fazer isso, é necessário distinguir essa distinção de outras distinções (Luhmann, 2016a).

Os sistemas sociais se encontram diante da necessidade de reduzir a complexidade caótica do ambiente para evitar a dissolução no ruído de fundo – é a ideia de *order from noise*, consoante formulado por Heinz von Foerster (1960). Eles, autopoieticamente, produzem uma complexidade ordenada em seu interior, extraem ordem do caos, seguindo um princípio de auto-organização que envolve seletividade para redução de possibilidades. Essa extração de ordem do ruído permite que o sistema promova processos de auto-organização interna, alcançando maior estabilização.

Autopoiese, do grego, *auto* “próprio”, e *poiesis* “criação”, é um termo cunhado pelos biólogos chilenos Francisco Varela e Humberto Maturana, que descreve a capacidade dos seres vivos de se produzirem e se reproduzirem a si mesmos. Um

sistema autopoietico é capaz de gerar e reproduzir seus próprios elementos e estruturas a partir de si mesmo. Em outras palavras, o sistema autopoietico produz e se reproduz internamente, sem interferência externa do ambiente, resultando na diferenciação do sistema em relação ao seu entorno (Luhmann, 2016a).

O processo de autorreprodução do sistema se aplica somente em seu interior. Não é possível utilizar esse processo para estabelecer uma conexão ponto a ponto entre o sistema e o ambiente, ou seja, não se pode "capturar" determinações externas e transferi-las para o interior do próprio sistema. Não há comunicação externa ao sistema da sociedade. Somente esse sistema emprega esse tipo de operação e, portanto, é, por sua natureza, necessariamente fechado (Luhmann, 2016a).

A autopoiese não necessariamente implica que as operações com as quais o sistema se autorreproduz estejam ausentes em seu ambiente. Em sistemas biopsíquicos, existem organismos e consciências e, da mesma forma, seu processo de autorreprodução só ocorre internamente. Nos sistemas sociais, essa dinâmica difere em dois aspectos: a comunicação é confinada ao sistema da sociedade, que é fechado, e outros sistemas sociais precisam definir suas operações específicas para regular sua autorreprodução.

Ao examinar essa distinção, surge a questão da aplicação da autopoiese na teoria dos sistemas. Considera-se esse conceito geral como essencial, pois permite a síntese e a contextualização de informações sobre tais sistemas.

A autorreprodução "autopoietica" deve aderir à tipologia de elementos que definem o sistema. Há certas restrições de variação, e somente espaços não demarcados por esses limites são vistos como não integrantes de sistemas complexos. Estruturas devem ser desenvolvidas para determinar com mais precisão a posição e a função de cada elemento do sistema (Luhmann, 2016b).

Dentro da teoria dos sistemas de Luhmann, o direito é visto como um subsistema autopoietico e autorreferencial do sistema social, que, embora opere de forma fechada, é aberto em sua capacidade cognitiva. Durante sua constante evolução,

o sistema jurídico sofreu uma diferenciação funcional, destacando-se em relação aos outros subsistemas presentes na sociedade. Assim, o sistema jurídico estabeleceu uma recursividade em suas operações comunicativas, alcançando uma clausura operativa que lhe permite demarcar seus próprios parâmetros no contínuo comunicacional da sociedade (Luhmann, 2005).

O problema fundamental não está na repetição, mas na capacidade de lidar com a diferenciação de um complexo autorreferente operativamente fechado. Estruturas devem permitir a capacidade de conexão da reprodução autopoiética, limitando possíveis alterações e aprendizado.

Luhmann (2016b) afirma que é imperativo mencionar uma consequência estrutural vital, que é a renúncia ao controle unilateral. Pode haver diferenças na influência, mas nenhuma parte pode controlar as outras sem também estar sujeita ao controle. Isso é contrabalanceado em parte pela ênfase na auto-observação.

Na teoria sistemas, observação implica a aplicação de distinções, e cada sistema deve adquirir sua própria capacidade de observação. A auto-observação é a introdução da diferença sistema/ambiente no próprio sistema e um fator operativo da autopoiese (Luhmann, 2016b).

O conceito de sistema fechado autorreferencialmente não contradiz a abertura do sistema ao ambiente. O sistema opera fechado internamente, garantindo sua autorreprodução, mas ainda mantém a capacidade de interagir com o exterior.

Sob essa perspectiva, a autopoiese leva o sistema a criar, por meio de um instrumento seletivo autoelaborado – o sentido –, o que Luhmann (2016b) chama de autorreferência. Essa autorreferência implica na capacidade do sistema de estabelecer relações internas, distingui-las das que mantém com o ambiente e, dessa forma, permitir seu fechamento operacional.

O princípio de autorreferência alude, assim, à unidade que um componente, processo ou sistema mantém consigo mesmos, independentemente da distinção feita

através da observação de terceiros. Este conceito não apenas identifica a situação, mas também inclui uma afirmação objetiva, destacando que a unidade só pode existir por meio de uma ação relacional, necessitando ser adquirida, em vez de estar sempre previamente presente como um indivíduo, substância ou ideia da operação em si (Luhmann, 2016b).

A referência utiliza precisamente a operação que é descrita pelo termo *auto*, tornando-se, sob essa perspectiva, redundante ou paradoxal. Torna-se paradoxal ao se adicionar a chance de negação, e a negação pode ser atribuída ao *auto*, referente ou referido, sem uma decisão clara entre essas duas opções com base na autorreferência.

Ser paradoxal significa perder a definição, ou a habilidade de conectar com operações subsequentes. Contudo, quando leva a paradoxos, medidas adicionais devem ser adotadas para assegurar a capacidade de conexão.

Este desafio é ligado ao surgimento de sistemas e, simultaneamente, enriquece além da questão da complexidade, o conjunto de ferramentas analíticas da teoria dos sistemas. Na forma de paradoxo, a autorreferência tem uma complexidade indefinível. Portanto, sistemas que operam autorreferencialmente só podem tornar-se complexos ao superarem esse obstáculo, ou seja, ao dissolverem o paradoxo.

Um sistema pode ser descrito como autorreferencial se ele constitui unidades funcionais com os elementos dos quais se forma, o que envolve uma referência constante a essa autoconstituição, reproduzindo continuamente a si mesmo.

Neste contexto, sistemas autorreferenciais atuam necessariamente por meio de autocontato, sem outra forma de interação com o ambiente. Os elementos componentes do sistema facilitam um retorno contínuo a si mesmos através de outros elementos.

Sistemas autorreferenciais são fechados nesse nível de organização, pois não permitem outras formas de processamento. Assim, sistemas sociais não têm relevância para a consciência, embora isso não negue que o “não utilizado” seja uma

condição para a possibilidade do sistema, ou seja, uma base infraestrutural para a constituição dos elementos.

A ideia de autorreferência envolve três "momentos" distintos, a autorreferência basal, a reflexividade e a reflexão. O primeiro momento, autorreferência basal, está relacionado à autorreprodução do sistema a partir de seus próprios elementos. Os elementos do sistema existem apenas em relação uns aos outros, formando redes recursivas fechadas que, diferenciando-se com base nas possibilidades existentes, reduzem as alternativas disponíveis no mundo. O segundo momento, reflexividade, refere-se à capacidade dos processos do sistema de relacionarem-se consigo mesmos ou com outro processo de natureza similar. O terceiro e último momento, reflexão, consiste na habilidade de criar internamente um modelo de si mesmo e outro do ambiente, bem como de diferenciá-los, estabelecendo uma identidade própria. Por meio da reflexão, o sistema realiza uma operação de auto-observação – uma síntese entre autodistinção e autodescrição – construindo uma autopercepção e se distinguindo do ambiente (Luhmann, 2016a).

Luhmann, inspirado pelos estudos de George Spencer-Brown, propõe um mecanismo próprio chamado "reentrada" para resolver o paradoxo entre sistema e ambiente. O sistema cria a distinção entre si e o ambiente, e depois a insere em seu próprio interior, o que o permite estar aberto ao ambiente (Luhmann, 2016a).

Explicando melhor essa construção, George Spencer-Brown afirma que:

We may also note that the sides of each distinction experimentally drawn have two kinds of reference. The first, or explicit, reference is to the value of a side, according to how it is marked. The second, or implicit, reference is to an outside observer. That is to say, the outside is the side from which a distinction is supposed to be seen (Spencer-Brown, 1979, p. 69).²

² Também podemos observar que os lados de cada distinção desenhada experimentalmente possuem dois tipos de referência. A primeira, ou referência explícita, é para o valor de um lado, de acordo com como está marcado. A segunda, ou referência implícita, é para um observador externo. Ou seja, o lado externo é aquele a partir do qual se supõe que uma distinção seja vista (tradução livre).

Dessa forma, a distinção entre sistema e ambiente é observada em dois momentos: primeiro, como uma distinção criada pelo próprio sistema; em seguida, como uma distinção observada internamente no sistema.

Para que uma distinção seja efetivada, é necessária uma distinção prévia, um critério preliminar. A reentrada é o retorno de uma distinção àquilo que foi distinguido – reentrada da forma na forma –, possibilitando uma abertura para ambos os lados da distinção.

Para lidar com a crescente complexidade do ambiente da sociedade e evoluir, o sistema precisa destautologizar-se. Isso é alcançado ao reinserir a diferença entre sistema e ambiente dentro do próprio sistema (reentrada), permitindo uma nova combinação entre abertura e fechamento, que rompe a circularidade autopoiética através da referência ao ambiente, conhecida como heterorreferência.

Segundo Luhmann (2016a), o ambiente não é apenas uma condição infraestrutural para a constituição dos elementos do sistema, nem apenas perturbação ou ruído; ele é o próprio "fundamento do sistema".

As determinações do ambiente afetam o sistema, mas sua inserção no sistema ocorre quando este mesmo sistema, de acordo com suas próprias distinções, atribui a elas sua forma. A interdependência entre fechamento e abertura é fundamental.

Toda abertura se baseia no fechamento. O sistema controla suas possibilidades de negação ao produzir seus próprios elementos (fechamento), mas essa escolha entre "sim" e "não" depende da abertura.

O controle das possibilidades de negação (fechamento) estabelece uma relação seletiva contínua e estável (ou, no mínimo, menos instável) do sistema com seu ambiente – abertura adequada (Neves, 2018).

Em suma, é papel do próprio sistema – e não do ambiente – lançar mão de seu código simbólico para selecionar, de acordo com o sentido que ele mesmo estabelece, operações do ambiente e reproduzi-las em seu interior, com base em seus próprios

critérios, estruturas e elementos. As informações, portanto, são sempre construções internas do sistema.

Nesse contexto, não ocorre comunicação direta entre os sistemas, que estão operacionalmente fechados, e seu ambiente. Como resultado, nenhum sistema situado no entorno pode intervir diretamente nos processos autopoieticos do outro e vice-versa.

O ambiente atua apenas como estímulo para a autopoiese do sistema, "irritando-o" e incentivando sua autorreprodução. Essa irritação provocada pelo ambiente funciona como estímulo para a autopoiese do sistema. É importante ressaltar, entretanto, que toda irritação é, na verdade, uma autoirritação, gerada pelo próprio sistema.

Luhmann destaca que "irritações sempre ocorrem inicialmente a partir das diferenciações e comparações com estruturas (expectativas) internas dos sistemas, sendo, portanto, necessariamente um produto do próprio sistema" (Luhmann, 1997, p. 68).

Conforme delineado anteriormente, a autopoiese, sob a perspectiva da autorreferencialidade, manifesta-se em três fases: autorreferência basal, reflexividade e reflexão, o que, aliado a outros pressupostos, permite o processo de diferenciação funcional.

Em contraste com o sistema autopoietico, o sistema alopoietico enfrenta barreiras a sua diferenciação funcional, tornando-se, total ou parcialmente, incapaz de guiar-se de forma consistente por sua própria lógica e racionalidade, assim como de administrar adequadamente as operações e distinções com que trabalha em face do ambiente em que se insere.

A debilidade do sistema alopoietico não decorre apenas de uma deficiência de seu fechamento operativo, mas sobretudo de uma insuficiência inerente a sua própria estrutura, que o conduz a um contínuo processo de desdiferenciação.

Teubner (1989) acentua que Luhmann postula que um sistema é categoricamente autopoietico ou não, é dizer, para Luhmann não há sistemas que sejam simultaneamente autopoieticos e alopoieticos.

Embora não haja dúvida de que um sistema ou se autorreproduz de maneira cíclica, ou não, Teubner (1989) propõe que a autonomia do sistema adquirida de maneira progressiva. Para ele, é imprescindível visualizar a autonomia como o surgimento cumulativo de conexões autorreferenciais que permitem a autorreprodução do sistema como um todo.

Nessa perspectiva, divergindo da visão tradicional que considera o processo de autopoiese rigidamente, Teubner (1989) destaca que autorreferencialidade e autonomia não são circunstâncias de “tudo ou nada”, podendo variar em intensidade à medida que o sistema se desenvolve.

Na visão de Teubner (1989, p. 67-68), um sistema se torna progressivamente autorreferencial conforme seus componentes passem a sofrer “1) maior feedback entre os seus componentes; 2) variabilidade da intensidade da articulação entre os componentes ou cristalização das articulações; 3) constituição de novos componentes dentro da rede dos componentes (auto-diferenciação)”. Assim, o aumento progressivo de conexões cíclicas faz com que seja a autopoiese um processo gradativo.

Nessa perspectiva, a perda de capacidade do sistema de diferenciar-se surge quando códigos externos direcionam suas operações. Assim, o sistema começa a deliberar e orientar suas operações e a construção de suas estruturas baseando-se em determinações externas, sem que tais influências estejam plenamente integradas e sem que se sigam as diretrizes internas do sistema, podendo inclusive levar à produção de autodescrições desvinculadas da circularidade do sistema, situação em que o sistema “fala sobre si mesmo” de maneira distinta daquela como seus processos internos ocorrem de fato.

A falta de desempenho seletivo em um sistema, um fenômeno que resulta na rejeição de sua autopoiese, cria um estado de assimetria operacional e subordinação a

outros sistemas. Este estado complexo é referido como alopoiese, uma palavra derivada das raízes gregas *alo*, que significa "outro", e *poiesis*, que, como já se viu, traduz-se como "criação". Esse fenômeno expressa a circunstância em que um sistema se reproduz de acordo com as determinações e padrões de um sistema diferente.

Alopoiese e autopoiese são conceitos fundamentalmente opostos. A autopoiese refere-se à capacidade de um sistema de se auto-organizar e se autorreproduzir de maneira cíclica, produzindo continuamente novas unidades que se interconectam de forma seletiva com os elementos de sua própria estrutura. A autopoiese promove um estado de autorreferência, onde o sistema pode interagir consigo mesmo, e um fechamento operacional que separa o sistema de seu entorno.

Dentro de um contexto em que o sistema funciona alopoieticamente, sua independência e a autonomia são desgastadas. O sistema se rende à influência externa e perde a capacidade de autoprodução. Sua estrutura e funcionamento evoluem, refletindo esse desvio do autodirecionamento (Teubner, 1989). Em total contraste com o sistema autopoietico, o alopoietico carece de capacidade de autogoverno e de independência. (Teubner, 1989).

Teubner (1989, p. 77) afirma que, ao carecerem de um controle autônomo, isto é, ao determinarem-se heteronomamente, “elementos, estruturas, processos e limites [do sistema] tornam-se idênticos aos da comunicação social geral ou, pelo menos, [passam a ser] determinados heteronomamente por esta última”. O sistema alopoietico torna-se, assim, socialmente difuso.

O problema central da alopoiese consiste na inadequada relação de dependência/independência entre os sistemas da sociedade e seu ambiente, caracterizada por forte heterogeneidade estrutural – sobreposição, desacoplamento, intrincamento de códigos de critérios sistêmicos.

Neves (2018) aponta que, nessa circunstância, além da prestação insuficiente de um subsistema em relação a outros subsistemas, há uma insatisfatória contraprestação destes perante o sistema alopoietico.

A alopoiese importa no sequestro de um sistema por interesses particularistas de outro, impedindo ou dificultando que funcione como instância reflexiva para dedicar-se à busca da efetivação de agendas econômicas, políticas, religiosas ou morais de setores específicos da sociedade, o que instaura um ambiente de acentuada heterogeneidade e desestruturação, limitando drasticamente, no caso do direito, sua capacidade de estabilizar e generalizar expectativas (Paz, 2021).

O sistema alopoiético toma decisões com base em fundamentos que escapam a sua racionalidade, assumindo como pressuposto dados desprovidos de sentido e se submetendo a um maior risco de tomada de decisões errôneas. Além disso, o descompasso interno entre sistema e ambiente faz com que o sistema passe uma falsa ideia de estabilidade para os demais sistemas.

Usando o sistema jurídico como um exemplo, a alopoiese se converte numa questão crítica. Sob condições normais, o sistema jurídico é orientado pela semântica de textos jurídicos, tais como constituições, leis, e decisões judiciais.

Quando a alopoiese ocorre, o código sistêmico direito/não-direito é substituído, e o sistema passa a pautar-se por lógicas como "permitido porque amigo/não permitido porque inimigo" ou "permitido porque rico/não permitido porque pobre". Este é um caso de superposição ou imbricamento de códigos (PAZ, 2021).

A diferença entre sistemas autopoieticos e alopoiéticos pode ser resumida como uma distinção entre autocontrole e heterocontrole.

Enquanto os sistemas autopoieticos mantêm a capacidade de autorreproduzirem-se, evoluírem e manterem sua integridade, os sistemas alopoiéticos são influenciados e moldados por uma codificação heterorreferida, perdendo assim sua essência original.

2.3 Fechamento operativo, abertura cognitiva, código binário e programas no sistema do direito

Ao abandonar a ideia de comunicação direta entre o sistema e o ambiente, surge a necessidade de criar estruturas de autorregulação para organizar todos os processos do sistema. Como a comunicação ocorre apenas autopoieticamente, por meio de operações recursivamente fechadas, o ambiente não interfere diretamente. Portanto, a regulação dos processos deve ocorrer internamente (Luhmann, 2006a).

Os sistemas, que são operacionalmente fechados e se desenvolvem por referência a si mesmos, são compostos exclusivamente por elementos gerados internamente. As estruturas do sistema detêm o único poder de definir o que é real e o que é possível, configurando uma determinação estrutural. Eles não obtêm nenhum elemento do ambiente como ponto de entrada, nem refletem fielmente os componentes do ambiente. Para ser mais preciso, o sistema não contém qualquer representação fiel do ambiente (Luhmann, 2016a).

O ambiente pode, no entanto, irritar o sistema, instigando-o a se autorreproduzir. Esta irritação, induzida indiretamente pelo ambiente, atua como um estímulo para a autopoiese do sistema. A irritação, todavia, deve ser entendida como componente interno ao sistema.

Luhmann (2016a) salienta que as irritações ocorrem primeiramente e sempre a partir de diferenciações e comparações com as estruturas de expectativas internas aos sistemas, e são, conseqüentemente, assim como a informação, produtos necessários do sistema.

Certas possibilidades presentes no ambiente podem atrair a atenção do sistema, ou seja, irritá-lo. O procedimento subsequente envolve a seleção de elementos conforme o significado que o sistema (e não o ambiente) lhes atribui. Esse significado

é determinado pela função do sistema, fazendo com que as informações sejam sempre construções internas.

O que não se alinha ao propósito do sistema é descartado, permanecendo na complexidade do ambiente como uma potencialidade futura. É possível que algo que não apresenta para o sistema significado no presente possa apresentá-lo amanhã, já que o sentido é a unidade da diferença entre possibilidade e atualidade. Em vez de ser definido por limites físicos ou materiais, o sistema é demarcado por limites de sentido.

Para exercer esse papel seletivo e regulador, o sistema operativamente fechado estabelece um código binário, que define valores do tipo positivo/negativo, orientando todos os processos comunicativos e garantindo a adjudicação das operações do sistema.

A referência a esses dois valores é crucial, já que, em primeiro lugar, por meio dela se define o que deve ser considerado como integrante do sistema ao estabelecer-se uma função social específica; e em segundo lugar, o faz com referência a uma codificação binária que consiste na distinção entre um valor positivo (permitido) e um valor negativo (proibido). Nesse contexto, código e função são conceitos complementares, vitais para entender o fechamento operacional dos sistemas autopoieticos em geral (Gonçalves; Villas Bôas Filho, 2013).

Assim, ao longo de seu processo evolutório contínuo, os sistemas sociais estão sempre abertos a eventos acidentais. Diante da enorme complexidade do ambiente, esses sistemas têm um número infinito de operações possíveis, das quais precisam fazer escolhas. No entanto, o número de opções oferecidas pelo ambiente é sempre maior do que o que o sistema é capaz de abarcar. Consequentemente, as opções não selecionadas permanecem no ambiente, disponíveis para futuras escolhas.

Como anotado, os sistemas sociais são compostos por comunicação, que, recursivamente, fazem referência a outras comunicações. Daí se conclui que para existir um sistema, deve haver pelo menos uma comunicação, pois sem ela não haveria a autopoiese dos sistemas sociais. Entretanto, apenas a presença de

comunicação não é suficiente para constituir um sistema. Ele surge somente quando a comunicação é orientada pelo código binário.

Essa orientação, ao assegurar que as operações sejam atribuídas ao sistema, viabiliza o seu fechamento operacional, já que o esquema binário evita a possibilidade de introdução de outro código ou a inserção de outros valores no código já existente.

Assim, a determinação do código do direito, ao garantir sua unidade operacional própria, é vital para definir a função desse sistema, que envolve o processamento de expectativas normativas por meio de sua estabilização contrafática.

Isso acontece porque a função de estabilizar expectativas exige um esquema que determine quais expectativas devem ser mantidas contrafaticamente em caso de desapontamento. Portanto, o código e a função do direito estão internamente interligados e são essenciais para seu fechamento operacional e sua diferenciação sistêmico-social.

Esse código binário orienta a seleção dos temas que serão objeto de comunicação pelo sistema. Por exemplo, o código binário do sistema jurídico pode ser expresso como direito/não-direito; o do sistema político, como governo/oposição; o do sistema científico, como verdadeiro/falso; o do sistema econômico, como ter/não-ter etc.

É a existência de uma função específica e de um código binário que permite ao sistema delimitar o que faz sentido (*sinn*) como operação própria, deixando de fora uma parte do mundo que permanece como possibilidade para futuras seleções.

O sentido se forma como resultado da relação entre sistema e ambiente. O que não faz sentido para o sistema é descartado, permanecendo na complexidade desestruturada do ambiente como potencialidade para o futuro. Para o sistema, um elemento pode ser irrelevante no presente, mas poderá ter significado no futuro.

Toda comunicação é codificada como uma proposta impregnada de significado (sentido), que pode ser compreendida ou não, aceita ou rejeitada. A racionalidade

sistêmica delimita tudo o que, no ambiente desestruturado, pode vir a fazer sentido (atualidade e possibilidade).

Dentro desse horizonte de sentido, o sistema é capaz de observar o que tem algum significado (sentido) para ele naquele momento, atribuindo a essas propostas comunicativas o valor positivo do código binário (sim) ou o valor negativo (não). A partir disso, o sistema pode selecionar, de maneira autorreferencial, as comunicações que integram o sistema (lado positivo do código binário).

Lado outro, para Luhmann, a função do direito repousa na estabilização contrafática das expectativas normativas, com a generalização congruente destas expectativas nas dimensões material, social e temporal de sentido. Com a estabilização de expectativas normativas, mesmo diante de realidades divergentes, pela ampla generalização dessas expectativas torna-se possível falar em segurança jurídica.

Nas palavras do próprio autor:

O direito torna possível saber quais expectativas encontrarão aprovação social e quais não. Havendo essa certeza de expectativas, podem-se encarar as decepções da vida cotidiana com maior serenidade, ou ao menos se tem a segurança de não cair em descrédito em relação a suas expectativas (Luhmann, 2016b, p. 175).

De fato, o sistema jurídico seleciona um feixe de expectativas sociais e promove sua consolidação, garantindo-lhe proteção e segurança em face de desapontamentos. Nessa perspectiva, o direito visa garantir a previsibilidade de certos comportamentos, mesmo quando confrontado com divergências fáticas no que se refere a sua adoção. Os comportamentos sociais, sob esse enfoque, devem ser guiados por expectativas que foram normativamente estabilizadas pelo sistema jurídico.

Todavia, a simples estabilização de expectativas comportamentais seria ineficaz se não alcançasse um nível de aceitação, mesmo que simbólica, na sociedade. É imperativo promover o alinhamento das expectativas aos expectantes.

Nesta visão, o papel do direito inclui a generalização congruente de expectativas normativas que foram estabilizadas contrafaticamente. Esta generalização deve ser

efetuada nas dimensões temporal, social e material do sentido, sendo realizada por meio de três dispositivos: normatização, institucionalização e fixação substancial do sentido (Neves, 2018).

Na dimensão temporal, a generalização é implementada através da normatização. Nesse contexto, a norma é tida como “uma forma de estruturação temporal das expectativas que consistiria em fixar uma dada expectativa como normativa e, por meio de mecanismos de absorção das frustrações, neutralizá-la contra as condutas que dela se desviam” (Gonçalves; Villas Bôas Filho, 2013, n. p.).

É de Marcelo Neves a lição pela qual:

[...] podem-se definir normas como “expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos”. O caráter contrafático significa que o cumprimento fático das normas é, em princípio, irrelevante para sua validade. O expectante orientado por normas não irá contestar sua validade no caso de um não cumprimento, mas sim confirmá-las, na medida em que ele persiste em suas expectativas e se queixa do comportamento infringente das normas (Neves, 2018, p. 25).

A norma funciona para atuar o equilíbrio da temporalidade social, estabelecendo um nível mais alto de confiabilidade na relação entre estados potenciais e estados realizados.

Na dimensão social, a generalização acontece por meio da institucionalização das expectativas, ou seja, pela criação de consensos supostos. Isso não implica em que a institucionalização de expectativas gere consenso social. Em vez disso, busca-se, por medida de economia, antecipar fictamente um consenso virtual. Assim, “aquele cujas expectativas sejam contrárias à instituição terá contra si o peso de uma ‘autoevidência presumida’” (Gonçalves; Villas Bôas Filho, 2013, n. p.).

Já na dimensão material, a generalização de expectativas é realizada através da fixação de um conteúdo abstrato substancial sobre o qual as expectativas podem ser concretizadas.

Para o sistema do direito, esta abstração dá majoritariamente, embora não exclusivamente, a partir da elaboração de programas decisórios, ou seja, de “regras de

decisão [...] cuja aplicação é assegurada por meio da institucionalização” (Luhmann, 1983, p. 87-88). Os programas decisórios do sistema jurídico se apresentam através de esquemas condicionais do tipo se/então.

Os programas estabelecem critérios para a correta atribuição de seus valores. Nas palavras de Luhmann (2016a, p. 360), “[u]m programa é um complexo de condições de correção (ou seja, de demonstrabilidade social) do comportamento”. Em outras palavras, o programa é a forma pela qual o sistema decide entre um ou outro lado do código simbólico direito/não-direito.

Programa, por assim dizer, é a estrutura pela qual o sistema atribui a uma operação um valor do código binário (positivo) ou o outro (negativo). Em outras palavras, trata-se de um complexo de condições de correção das operações do sistema.

Através de seus programas específicos, o sistema tem a capacidade de fazer distinções entre situações que ocorrem antes e depois. Quando observada sob essa perspectiva, a temporalização do símbolo de validade se liga à aplicação estrita da validade do código binário. A aplicação rigorosa do princípio do sim/não é necessária para diferenciar o sistema, e isso deve ser equilibrado através do emprego do tempo, isto é, pela discriminação do que é organizado sequencialmente. Essa diferenciação requer uma ativação ou dinamização do sistema (Luhmann, 2016a, n. p.).

Nos dizeres de Niklas Luhmann, “Nesse plano de programação (autoestruturação), o sistema pode se expor a variações temporais e, assim, fazer-se independente da casualidade da ocorrência de conflitos, determinado como sendo o mesmo o que pode ser tratado como conflito sujeito a decisões” (Luhmann, 2016a, n. p.).

No caso do sistema jurídico, por exemplo, quando surgem terceiros valores, pertencentes ao domínio de outro subsistema da sociedade, os programas do direito devem "testar" estes valores "estranhos" pelos critérios do código binário direito/não-direito, atribuindo-lhes um ou outro lado da forma.

Por exemplo, um contrato pode ser submetido pelos programas do direito ao crivo de seu código binário e, juridicamente, pode ser considerado válido (direito) ou inválido (não-direito). Não obstante, dada a independência entre sistemas, mesmo inválido, o mesmo contrato pode ser considerado uma operação economicamente reconhecida pelos critérios do sistema econômico.

Não se pode confundir, entretanto, a função do direito, que é orientada ao sistema social considerado em sua unidade, com suas prestações – estas últimas, direcionadas aos subsistemas que compõem o sistema da sociedade. São elas, em termos gerais, a condução de comportamentos e a solução de conflitos.

A distinção entre essas figuras repousa principalmente em que os subsistemas sociais dispõem de equivalentes funcionais para as prestações do direito, mas o sistema da sociedade, considerado em sua unidade, não reconhece equivalente funcional para a função de estabilização contrafática das expectativas normativas promovidas pelo direito.

A linha mestra que distingue, portanto, função e prestação está no raio de atuação dos equivalentes funcionais, de modo que, para assegurar a estabilização das expectativas praticamente não há alternativa senão o sistema do direito (Luhmann, 2006).

É importante rememorar que não se deve confundir a autorreferência e o fechamento operativo do sistema com uma forma de solipsismo, já que os sistemas sociais têm uma natureza aberta à cognição. Eles têm a capacidade de escolher e responder às irritações do ambiente, processando-as internamente através de suas próprias estruturas e estabilizando-se após esse processo de “aprendizagem” (Gamba, 2012).

Embora essa abordagem confira autonomia ao sistema, ela também cria uma circularidade comunicacional, ou redundância, que precisa ser quebrada para evitar a estagnação do desenvolvimento do sistema. Para escapar desse bloqueio, o sistema deve criar uma forma de se abrir para influências externas, ou heterorreferência.

Abertura cognitiva traduz-se, assim, na capacidade do sistema de promover novas conexões a operações já recordadas, tornando possível que novas situações levem a recorrer seletivamente a condensações de operações passadas. Um sistema é capaz de adaptar-se ao seu ambiente através da cognição e, como resultado da melhoria das capacidades cognitivas e de uma compreensão mais profunda do ambiente, sua evolução se torna possível.

A abertura cognitiva não implica em reproduzir dentro do sistema o que é apresentado pelo ambiente. Contrariamente a isso, o que a cognição busca é gerar redundâncias que poupem o sistema de ter que reprocessar informações. A redundância é identificada como conhecimento, operando de forma econômica para concentrar a análise das novas informações.

Assim, a cognição auxilia o sistema a posicionar-se diante de algumas situações que, numa sociedade em constante evolução, se apresentam como uma aquisição bastante vantajosa. É essa especialização que impede, todavia, a garantia da adaptação ponto a ponto do sistema ao ambiente (Luhmann, 2006).

Segundo Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Bôas Filho:

O direito é, nesse contexto, um subsistema fechado normativamente e aberto cognitivamente, ou seja, é um subsistema cuja reprodução autopoietica basal se fecha operacionalmente ao redor das expectativas normativas, sem que isso implique um isolamento cognitivo em relação ao seu ambiente. Ora, Luhmann afirma que o programa condicional é justamente a forma típica de combinar fechamento normativo e abertura cognitiva, pois, segundo ele, o programa condicional exige que as regras normativas da decisão (que se justificam apenas no interior do direito) se formulem de tal maneira que seja possível uma dedução a partir dos fatos – os que se determinam cognitivamente: se está presente a realidade “a”, então a decisão “x” é conforme o direito (*re-chtma* “*βig*”), caso contrário não é (Gonçalves; Villas Bôas Filho, 2013, p. 112).

Não é equivocado professar que os sistemas possuem natureza fractal, pois reconstróem toda a estrutura societal a partir de seu ponto de observação. Por exemplo, o sistema jurídico reconstrói em seu interior a relação entre direito e política, direito e economia, direito e ciência, direito e educação, e direito e arte etc. Analogamente, o sistema político reconstrói as interrelações entre política e direito, política e economia, política e arte, entre outros (Amato, 2018).

Isso envolve reintegrar a distinção sistema/ambiente dentro do próprio sistema, permitindo uma nova interação entre abertura e fechamento, rompendo com o ciclo autopoietico, e conectando-se com o ambiente, um aspecto chamado de heterorreferência (Neves, 2018).

Luhmann afirma que o ambiente é mais do que uma simples perturbação ou fundamento do sistema. O sistema atua sobre várias determinações ambientais, mas integra essas determinações de acordo com sua própria forma. Trata-se, como dito anteriormente, da abertura cognitiva do sistema.

Sobre este tema, Ulisses Schwarz Viana pontifica que:

Nesse contexto, quando as irritações e perturbações possam ser internalizadas por critérios autopoieticos do sistema jurídico, este mesmo sistema passa reproduzir sua normatividade adicionando elementos por seus próprios elementos e, assim, produzindo novos elementos dotados de validade normativa. Sem que com isso se possa admitir que todo evento produzido no ambiente e que tenha relevância jurídica possa fazer derivar sua normatividade diretamente do ambiente, pois sempre se cuidará de uma autoseleção das irritações ambientais à qual o direito atribui sentido e, assim, internaliza como comunicação dotada de sentido jurídico, após certifi-cá-la pelo 'filtro' autopoietico da autorreferência ao código binário sistêmico (direito x não-direito, lícito x ilícito e suas variantes (Viana, 2013, p. 83-84)

Marcelo Neves (2018) também destaca que a abertura depende do fechamento, e a combinação dos dois pode ser considerada de duas maneiras. A primeira é que, enquanto um sistema controla suas próprias possibilidades de negação na produção de seus elementos (fechamento), esse controle depende das condições de escolha (abertura). A segunda é que o controle dessas possibilidades (fechamento) proporciona uma relação seletiva e estável com o ambiente (abertura adequada).

A evolução do sistema pode, assim, ser delineada de acordo com esta distinção: (i) variação – surgimento espontâneo de inovações não previstas pelo sistema; (ii) seleção – escolha positiva (e negativa) para determinar quais inovações devem ser incorporadas e estabilizadas estruturalmente, enquanto se descartam as demais; e (iii) re-estabilização – manutenção e replicação das inovações selecionadas (Bachur, 2009).

Para Gunther Teubner:

A co-evolução pode ser assim concebida do seguinte modo. Por um lado, o processo de co-variação é accionado através de estímulos de variação procedentes de vários subsistemas, os quais deverão mostrar-se capazes de passar "a prova de fogo" da interação a fim de poderem originar efectivamente pressões sistémico-evolutivas recíprocas. Por outro lado, o processo de co-selecção revê-se num desenvolvimento das estruturas cristalizadas (ou "apreendidas") no decurso da interacção individual, expondo-se assim a selecção própria dos vários sistemas autopoieticos. Finalmente, o processo de retenção opera através da aferição da compatibilidade de expectativa eleita no termo do processo de interacção com as várias culturas mundividências e dogmáticas, o que pode significar, no longo prazo, a existência de uma influência recíproca dos vários subsistemas (Teubner, 1989, p. 124-125).

Nesse contexto, o paradoxo da abertura no fechamento abre caminho para a exploração da evolução conjunta e da compreensão das relações de interdependência entre os acoplamentos estruturais havidos entre sistemas sociais devido ao fato de, em certos momentos, apresentarem valores correlatos.

Essa constatação estimula o lado cognitivo do sistema, afastando-o da unilateralidade de sua clausura operativa, eliminando qualquer vestígio de solipsismo sistémico. Isso leva ao paradoxo luhmanniano de abertura dentro do fechamento.

A dissolução desse paradoxo acontece com auxílio do processo de bifurcação, no qual o instante transitório de abertura cognitiva, como a habilidade de absorver perturbações externas dentro do sistema autopoietico e, conseqüentemente, de assimilar novas informações e inovações, representa uma mudança nas dinâmicas estruturais dos processos reprodutivos do sistema (VIANA, 2013).

A respeito desse tema, pontifica Ulisses Schwarz Viana que:

[...] esse momento da bifurcação (*Bifurkation*) significa para nós o marco da abertura de novos horizontes da justiça o momento do se/então da adaptação dos programas condicionais, dos programas decisórios, por meio dos quais o direito processa os fatos juridicamente relevantes e absorve a variação ambiental. Pois, a partir deste marco desse *Leitentscheidung* (*leading case*), o direito incorpora em seu processo operativo (decisório) fechado (*operative Geschlossenheit*) inovações autorreferencialmente selecionadas por meio da abertura cognitiva, induzidas por irritações e estímulos incorporados por meio da racionalidade binária e autopoietica do sistema (Viana, 2013, p. 327).

Com isso, o sistema inclui variações estruturais onde a adaptabilidade dos programas de decisão se torna evidente, ainda que continue vinculada à rigidez do código binário inflexível do sistema autopoiético.

Essa rigidez é o que mantém a diferenciação funcional e a identidade do sistema. Após a implementação das inovações nas estruturas renovadas, a redundância é retomada. Assim, o ciclo evolutivo se completa com seus três mecanismos (Viana, 2013).

Em resumo, o próprio sistema, e não o ambiente, é responsável por usar seu código simbólico para selecionar e reproduzir operações ambientais internamente, de acordo com seus próprios padrões e estruturas. Portanto, as informações são sempre um construto interno do sistema.

2.4 Positividade e decidibilidade do direito

Na concepção luhmanniana, o direito positivo, percebido como uma aquisição evolutiva do sistema jurídico, sinaliza o estabelecimento e validação do direito por meio de decisões jurídicas, acarretando, assim, sua mutabilidade e decidibilidade.

O direito, agora secularizado, deixa de ser um complexo imutável, não derivando mais de uma iluminação religiosa, tampouco de uma suposta razão universal.

A produção do direito através de decisões jurídicas exclui determinações de outra natureza, o que assinala a autonomia do sistema jurídico, garantindo que suas alterações não se guiem por imposições do entorno. Dessa forma, o direito positivo, autorreferencial e operativamente cerrado, se autorreproduz pela seleção dos elementos e operações da rede recursiva que o compõe.

A positividade do sistema jurídico, portanto, representa sua autonomia e autorreprodução. A utilização do código binário direito/não-direito ocasiona o fechamento operacional e a seleção do que é conforme – e do que não é – com o direito, não submetendo essa seleção à lógica de elementos exógenos ao sistema.

A pertinência jurídica de quaisquer elementos externos, oriundos de outros subsistemas como economia, política, religião e da moral, por exemplo, necessita ser traduzida pelo próprio direito, em consonância com a sua autoconcepção – com sua representação de si mesmo.

Em um contexto de sociedade moderna, caracterizada por uma complexidade e diferenciação funcional expressivas, a concepção de uma instância imunológica que atenua riscos sociais, promovendo uma segurança expectacional e prognosticando consequências advindas do desrespeito às expectativas normativas generalizadas, torna-se imperativa. Isso se viabiliza por meio de um direito alterável – mutável –, fruto de decisões, que opera segundo seus próprios pressupostos, sem ser externamente influenciado por outros sistemas sociais – ou seja, um direito autônomo. Negar a autonomia do sistema jurídico – e, por extensão, sua positividade –, corrompendo seu código simbólico por meio de interferências não mediadas, combinação ou superposição de outros códigos, implica em sua desdiferenciação e, por conseguinte, subordinação a outros sistemas sociais, materializando uma assimetria externa no campo da produção normativa.

O direito, sob essa ótica, opera casuisticamente, alinhando-se aos comandos e interesses de esferas diversas como economia, política, moral, religião etc., amplificando a complexidade desorganizada do sistema social e elevando a contingência a patamares insustentáveis. No que tange à segurança em termos de expectativa propiciada pela autonomia do direito, Luhmann articula que:

O indivíduo pode se permitir maior grau de confiança, chegando a correr riscos, ou também de desconfiança, quando se pode confiar no direito. E isso significa que é possível viver em uma sociedade mais complexa, na qual não bastam os mecanismos personalizados ou de interação para obter a segurança da confiança (Luhmann, 2016a, p. 175).

Dessa forma, não é exagerado afirmar que um contexto caracterizado pela desdiferenciação do sistema jurídico, identificado pela corrupção do código simbólico direito/não-direito, eleva a improbabilidade de se estabilizar qualquer expectativa, ampliando a complexidade social a patamares insustentáveis, mitigando a generalização da confiança na segurança em termos de expectativa.

2.5 A constituição como acoplamento estrutural entre sistema do direito e sistema político

Luhmann identifica uma forma peculiar de estrutura, cujo papel principal é ampliar as zonas de interação entre os sistemas funcionais. Essa estrutura permite não apenas o efeito dual de inclusão e exclusão, mas também seleciona e intensifica as perturbações que emergem do ambiente quando em conflito com o sistema. Essa configuração específica é denominada por Luhmann de acoplamento estrutural.

También aquí acoplamiento estructural quiere decir: transformación de relaciones análogas (simultáneas, continuas) en digitales, que pueden tratarse de acuerdo al esquema o-esto/o-lo-otro, además de intensificación de determinadas vías de irritación recíproca con una alta indiferencia frente al resto del entorno. Sin estas formas de acoplamiento estructural se habría estancado la diferenciación de los sistemas funcionales desde su inicio (Luhmann, 2006, p. 617).³

Por meio dessa estrutura, o sistema ganha novas percepções que são assimiladas de forma reflexiva. Ao tomar e analisar estímulos do ambiente, ele os converte em conhecimento, provocando a evolução de seus programas de decisão, mediante a formação, ajuste ou eliminação de programas.

Os acoplamentos estruturais se referem à maneira como um sistema incorpora certos atributos do seu ambiente. Este acoplamento é uma forma de dois lados, ou

³ Também aqui, acoplamento estrutural quer dizer: transformação de relações analógicas (simultâneas, contínuas) em digitais, que podem se tratar de acordo com o esquema 'ou isto/ou aquilo', além da intensificação de determinadas vias de irritação recíproca com uma alta indiferença frente ao resto do entorno. Sem estas formas de acoplamento estrutural, ter-se-ia estagnado a diferenciação dos sistemas funcionais desde seu início (livre tradução).

melhor, uma distinção que tanto inclui quanto exclui certos elementos. O que é incorporado é tão crucial quanto o que é deixado de fora. Portanto, essa estrutura é, ao mesmo tempo, limitadora e facilitadora da influência do ambiente sobre o sistema (Luhmann, 2005).

Estes acoplamentos, devido à sua natureza dúplice de inclusão e exclusão, otimizam a reação do sistema a estímulos do entorno. Eles preparam o sistema para imprevistos, permitindo que ele desenvolva sensibilidades controláveis. Isso acentua a ideia de que esses sistemas se protegem de influências externas não mediadas por acoplamentos estruturais.

Isso possibilita a construção de uma complexidade estruturada dentro do sistema que, mesmo operando de forma fechada, consegue ser influenciado por surpresas ou novas informações. O sistema reconhece o acoplamento estrutural, antecipando constantemente decepções, possibilitando que ele desenvolva mecanismos para evitar que essas decepções contínuas dissolvam suas estruturas e comandem os rumos de suas operações.

O acoplamento estrutural, portanto, não contradiz a autopoiese do sistema. Na realidade, autopoiese e acoplamento estrutural estabelecem uma relação ortogonal entre si, donde são pressupostos um do outro, mas não se determinam reciprocamente.

Em outras palavras, os acoplamentos estruturais impedem que os dados presentes no ambiente definam, com base em referências xenomórficas, o que ocorre no sistema – excluem a vinculação do que sucede no interior do sistema ao seu meio envolvente, mas são premissa necessária de seu processo evolutório.

Sem acoplamentos estruturais, o processo de autopoiese cessaria e o sistema deixaria de existir enquanto forma de dois lados. Isso significa que todos os sistemas, de algum modo, estão alinhados ao seu ambiente mas, dentro dos limites de suas operações, têm a liberdade de agir de forma não alinhada.

Os acoplamentos estruturais exigem uma fundação na realidade que não dependa dos sistemas autopoieticos aos quais estão ligados, e sua estabilidade elevada se deve à compatibilidade com todos os desenvolvimentos estruturais possíveis dentro dos sistemas.

Em termos mais simplificados, o acoplamento estrutural permite que as irritações surjam como criações internas dos sistemas autopoieticos. Através dessas perturbações, os sistemas adquirem a capacidade de se abrirem cognitivamente ao ambiente, sem que isso influencie seu fechamento operacional. O acoplamento estrutural estabelece um canal especial de perturbações recíprocas. A reação a essas perturbações cabe ao sistema, envolvendo a aceitação ou rejeição delas.

A mecânica do acoplamento estrutural, exatamente por sua posição ortogonal em relação à autopoiese dos sistemas, desempenha um papel fundamental nesse contexto. Portanto, quando aplicamos o conceito de acoplamento estrutural à análise das interações entre subsistemas sociais, ou seja, ao domínio da análise da diferenciação social, é possível observar como ele pode gerar "perturbações" em outros subsistemas sem comprometer sua autorreferência (Luhmann, 2006).

Através do processo de aceitação/rejeição de estímulos do meio envolvente, os sistemas parciais evoluem conjuntamente através de *structural drift*, que possibilita o desenvolvimento de estruturas sociais coordenadas.

Es obvio que la separación de los sistemas no excluye las intensas relaciones causales. Estas relaciones se pueden identificar tan sólo cuando un sistema se distingue del otro (y añadimos en referencia a la realidad: se pueden identificar sólo cuando los sistemas son capaces de distinguirse a sí mismos. Esta hipótesis de separación aclara mejor la idea del structural drift de cada sistema, es decir, la idea de que el desarrollo de sus estructuras es independiente. Con esa finalidad, [...] introduciremos el concepto de acoplamiento estructural (Luhmann, 2005, p. 301).⁴

É necessário reconhecer que os acoplamentos estruturais são bidirecionais, vale dizer, ao passo em que incluem certos aspectos, excluem outros. Eles ligam e

⁴ É óbvio que a separação dos sistemas não exclui as intensas relações causais. Essas relações só podem ser identificadas quando um sistema se distingue do outro (e acrescentamos em referência à realidade: só podem ser identificadas quando os sistemas são capazes de se distinguir a si mesmos). Esta hipótese de separação esclarece melhor a ideia do desvio estrutural de cada sistema, ou seja, a ideia de que o desenvolvimento de suas estruturas é independente. Com esse propósito, [...] introduziremos o conceito de acoplamento estrutural (tradução livre).

fortalecem certas causalidades que influenciam o sistema acoplado, provocando e, assim, encorajando-o a se autodeterminar.

Conforme descrito por Ulisses Schwarz Viana, “[o] acoplamento estrutural se dá, então, quando dois ou mais sistemas executam operações autopoieticas que tenham por base os mesmos valores – valores comuns – ou valores complementares, os quais [...] operam de modo unificado” (Viana, 2011, p. 145).

Os acoplamentos estruturais possibilitam que os sistemas autopoieticos interajam e coexistam uns com os outros, sem que essa interação cause agressões mútuas. Eles também filtram perturbações e desembaraçam o processo da autopoiese.

Para ilustrar, são exemplos de acoplamentos estruturais entre o sistema jurídico e político, a constituição; entre o sistema jurídico e econômico, o contrato e a propriedade; entre o sistema político e econômico, o tributo; entre o sistema econômico e educacional, o diploma.

É nessa ótica que Luhmann (2005) destaca que a constituição desempenha a função dual de inclusão e exclusão de irritações entre os sistemas jurídico e político. Enquanto separa esses sistemas, a constituição possibilita que interajam sem interferir diretamente na autopoiese um do outro, garantindo o efeito simultâneo de fechamento e abertura.

Na teoria dos sistemas, a constituição deixa de estar em um nível hierarquicamente mais elevado na ordem jurídica e se move para a periferia do sistema jurídico. Nessa visão, ela atua como um mecanismo de filtragem entre o sistema político e jurídico, permitindo que surja, nessa relação, uma biestabilidade dinâmica.

O sistema político se vê diante dos problemas ainda não solucionados pelos demais subsistemas da sociedade e os processa e soluciona através da produção de decisões coletivamente vinculantes. É por meio desse expediente que ele reduz a complexidade de seu ambiente, produzindo e institucionalizando soluções para os

conflitos latentes ainda não resolvidos adequadamente pelos demais subsistemas funcionalmente diferenciados da sociedade (Luhmann, 2014).

A política não deve apenas filtrar e excluir outras possibilidades, deve resolver problemas. E isto só pode acontecer pela centralização da competência de decidir em determinados papéis, os quais, apesar de seu isolamento, podem elevar e impor a pretensão de decidir de modo vinculante para o conjunto da sociedade (Luhmann, 2014, p. 41).

O sistema político reduz a complexidade do sistema social, orquestrando processos de informação altamente seletivos cujas consequências devem sempre encontrar aceitação em seu meio envolvente, especialmente devido a consensos supostos quanto aos papéis claramente definidos desempenhados em seu interior, conferindo legitimidade para tomar decisões, dentro de certos limites de tolerância, cujo conteúdo ainda não é definido.

Esse sistema se distingue por uma codificação simbólica cuja expressão está na distinção governo/oposição, e seus programas são de tipo finalísticos, devendo articular-se de forma politicamente aceitável, garantindo a formação de maiorias e viabilizando a operacionalização do sistema.

No panorama luhmanniano, a legislação emerge como *locus* privilegiado de transformação da política em direito e estabelece limites jurídicos para a política ao passo em que lhe fornece instrumentos jurídicos que permitem seu controle e maior diversidade e participação social.

É importante salientar que o sistema político apenas processa e soluciona os dilemas e questões que os outros subsistemas sociais não conseguiram resolver. Vale dizer, ele atua de modo residual por definição. O sistema político processa tais problemas empregando seu código binário governo/oposição, por meio de operações que promovem decisões capazes de vincular os demais subsistemas sociais, independentemente do teor decisório estabelecido.

O efeito vinculante das decisões desse sistema se origina de uma legitimação autoatribuída que deriva da delimitação precisa de papéis claramente definidos que,

através da formação consensos fictos, reduz complexidade desestruturada e a converte em compromissos estabilizados simbolicamente.

A legislação emerge deste processo seletivo e especializado concebido no sistema político, um processo que, em conformidade com estruturas intrassistêmicas e operações recursivamente fechadas, elege expectativas sociais dignas de atenção, sintetizando-as em decisões coletivamente vinculantes.

Uma vez concluído o processo político com o ato simbólico de promulgação, a lei produz seus efeitos sob a forma de variabilidade informacional sobre os outros subsistemas da sociedade, impactando de maneira mais pronunciada o sistema jurídico, que seleciona essa informação de acordo com a redundância já presente em seus horizontes de sentido.

É importante ressaltar que a atuação do sistema jurídico na condensação de decisões coletivamente vinculantes sob a forma de legislação não sugere a fusão ou o entrelaçamento entre as instâncias do direito e da política. Assim:

Politicamente, o assunto chega a seu termo no ato simbólico da legislação, com a possibilidade de que seja citado nos informes como êxito do partido ou do governo. Não obstante, tudo isso independe completamente dos efeitos jurídicos transmitidos efetivamente por meio do direito (Luhmann, 2016a, p. 583).

Como destacado linhas acima, a constituição persiste como o principal acoplamento estrutural entre direito e política, agindo como um domínio que amplifica o atrito entre esses sistemas, facilitando a permuta de informações mediante irritações mutuamente direcionadas, assegurando sua estabilização e garantindo procedimentos regulados de abertura cognitiva e fechamento operativo, prevenindo a corrupção de códigos e agressões intersistêmicas.

Por conseguinte, a constituição arroga a si o relevante papel de conceder ao sistema jurídico parâmetros para a aplicação do código direito/não-direito ao processo legislativo, que, cabe lembrar, ocorre no seio do sistema político. Ou seja, as irritações

originadas pelo sistema político são acolhidas pelo sistema jurídico, sendo avaliadas sob o crivo do código constitucional/inconstitucional.

A existência de uma constituição diferenciada, acoplando estruturalmente o sistema jurídico ao político, resulta, portanto, na prevenção da intrusão do sistema político na autopeise do sistema jurídico, possibilitando sua autorreprodução e a coordenação entre abertura e fechamento. A esse respeito:

[...] não se trata de evitar ou se defender de pressões vindas do sistema político, mas sim de canalizá-las, no interior do direito, sob o influxo do código lícito-ilícito. Por isso que a "politização" da jurisdição constitucional não corresponde a uma invasão indevida da política no direito, mas sim às respostas que o direito oferece, a partir de sua própria recursividade, às demandas do sistema político (Leite, 2019, p. 27).

A teoria constitucional, profundamente enraizada no conceito de autonomia jurídica, instaura premissas significativas que, em última análise, espelham o fechamento operativo do sistema jurídico. Incluem-se aí exemplos como: o princípio da legalidade, a divisão de poderes, o princípio da igualdade, entre tantos outros.

Abordando essa temática, Celso Campilongo alerta que:

No Estado de Direito, o sistema jurídico fornece respostas legais aos problemas da política. Isso não representa ignorância ou insensibilidade para a política. Ocorre que os problemas da política são traduzidos, deslocados e selecionados pelo sistema jurídico com critérios particulares e internos a esse sistema (Campilongo, 2011, p. 24).

Consequentemente, o direito não é alheio às questões políticas. Não se discute um sistema autocentrado e solipsista. No entanto, é importante ter em mente que o sistema jurídico avalia questões de cunho político traduzindo-as em termos jurídicos e tratando-as conforme o direito.

Outra categoria cuja menção se faz importante é a dos acoplamentos operativos. Trata-se de uma espécie efêmera de acoplamento entre operações de diferentes sistemas sociais, resultando em uma indiferenciação momentânea com negação temporária do fechamento operativo. Tais acoplamentos operativos

pressupõem a presença de acoplamentos estruturais e não negam a autopoiese dos sistemas, uma vez que cada sistema observa e entende a operação acoplada com base em sua própria lógica intrínseca.

Partindo da ideia de acoplamento estrutural, Luhmann argumenta que é viável que determinados eventos sejam observados simultaneamente por um sistema e pelo seu ambiente, e essas circunstâncias persistem somente durante a ocorrência desse evento específico. O autor ainda ressalta que tais eventos têm uma natureza ambígua e devem ser vistos dentro de uma rede recursiva (Reck; Vanin, 2020).

João Paulo Bachur se refere a essa ocorrência como “coincidências intersistêmicas”, enfatizando que “os acoplamentos operativos aumentam complexidade ao permitir que uma operação social sirva ao mesmo tempo a mais de um sistema” (Bachur, 2010, p. 167).

Para iluminar este tópico, que é ainda emergente na teoria sociológica, com exemplos práticos, João Paulo Bachur propugna que:

[...] as cortes constitucionais, o estado de sítio, as medidas normativas excepcionais, tais como decretos-lei ou medidas provisórias, pressupõem o acoplamento estrutural entre política e direito, mas são realizadas socialmente e ao mesmo tempo tanto pelo direito como pela política: no primeiro caso, trata-se de um julgamento jurídico que não decide um caso concreto, mas produz decisões coletivamente vinculantes; no segundo caso, trata-se de uma supressão constitucional da própria constituição; no terceiro, trata-se de uma lei que ingressa no ordenamento jurídico como decisão política individual, mas coletivamente vinculante (Bachur, 2010, p. 168).

Existem, portanto, vários acoplamentos operativos temporários entre os subsistemas sociais que geram a criação e extinção contínua de esquemas organizacionais. Assim, os subsistemas interligam-se e desligam-se brevemente, apenas para depois formarem novas ligações estáveis baseadas em suas próprias determinações.

Acoplamentos operativos não são independentes de acoplamentos estruturais; na verdade, a existência de acoplamentos estruturais é pressuposto para a ocorrência de acoplamentos operativos. Conforme Luhmann (2006, p. 625), os acoplamentos

operativos “se condensam e atualizam operações recíprocas e, desta maneira, permitem uma aquisição mais rápida e coordenada das informações nos sistemas participantes”.

2.6 A centralidade dos tribunais

Passa a ser pertinente, doravante, esboçar reflexões sobre o papel dos tribunais dentro do sistema jurídico, iluminando o que se denomina "inversão luhmanniana", em que os tribunais são reposicionados para o núcleo do sistema jurídico, enquanto a legislação, em seu sentido mais amplo, desloca-se para sua periferia, estabelecendo interfaces com outros sistemas sociais.

Tradicionalmente, em sede filosófica e teórica, percebe-se uma subordinação quase hierárquica da função judiciária à legislativa. Sob a ótica de Luhmann, contudo, a legislação desempenha o papel de acolher ou filtrar estímulos provenientes de outros sistemas.

É válido lembrar que, a partir do Século XVIII, com a queda do *Ancien Régime* e a ascensão do ideário do Estado de Direito, pensadores liberais propuseram a separação de poderes como um mecanismo de regulação e organização das funções estatais.

A produção do direito não mais era vista como prerrogativa absoluta do soberano, mas como uma competência do Poder Legislativo, o único legitimado a inovar de forma originária na ordem jurídica.

Uma evidente liderança dos parlamentos na gestão dos assuntos estatais é notável nesse período, minimizando as funções desempenhadas pelos outros poderes, cujas atuações legítimas se davam unicamente nos limites impostos pela lei.

Nesse contexto, o Poder Judiciário, ao resolver conflitos submetidos a sua análise, teria apenas a tarefa de fazer valer a lei, seguindo as diretrizes do legislador – um enquadramento dentro do positivismo clássico ou exegético. O juiz seria relegado apenas à aplicação lógico-subsuntiva do texto legal.

A relação entre legislação e jurisdição era percebida de maneira assimétrica: os tribunais eram vistos como meros executores da norma legal, derivada da vontade predominante do legislador racional.

Mesmo com as teorias jurídicas que ganharam corpo a partir do início do Século XX, o direito continuou, em grande parte, sendo percebido em termos hierárquicos, com o Poder Judiciário submetido ao domínio da lei e, no ápice da estrutura jurídica, a constituição servindo como seu último alicerce de validade.

Entretanto, a teoria dos sistemas, por um ângulo distinto, enxerga os tribunais como subsistemas no interior do sistema do direito. Em outras palavras, os tribunais são retratados como sistemas organizacionais que se colocam no cerne do sistema jurídico, concentrando e coordenando seu fluxo comunicacional, enquanto a legislação se situa na periferia, funcionando como área de interação com os demais subsistemas diferenciados da sociedade, absorvendo e filtrando irritações entre sistemas.

Luhmann sustenta que as decisões judiciais vão além da mera aplicação da lei, representando autênticos processos de criação do direito. Quando um tribunal profere uma decisão, ele não se limita estritamente às disposições legais. Pelo contrário, ao decidir, o tribunal cria direito, buscando vincular o futuro para torná-lo expectável.

A criação dos programas pelo tribunal parte do texto promulgado pelas legislaturas, em um processo que se inicia com uma operação de seleção pelo sistema, orientada pelo sentido. É pura abertura cognitiva, que se desenvolve regulada pelo fechamento operativo e promove uma seleção em resposta a uma variação ambiental.

A informação que é selecionada do ambiente, pelo sistema, para adentrar em seu interior, passa por uma filtragem reflexiva, ou seja, pelo confronto entre sistema e ambiente no interior do sistema, que promove a construção autorregulada de sua própria identidade (representada pela dogmática jurídica). Isso significa que o sistema se depara com a diferença sistema/ambiente e seleciona o que do ambiente é para ele dotado de sentido jurídico.

As seleções empreendidas nesta fase são processadas através da confrontação entre informação e redundância no interior do sistema, ou seja, são tratadas em contraste com a complexidade estruturada do sistema, com estruturas e elementos consolidados existentes em seu interior, gerando como produto intermediário conteúdos substanciais que, por sua vez, contrastados com textos juspositivos, pareceres, relatórios, precedentes judiciais e outros textos do sistema, é refinado mais ainda.

Forma-se, assim, um programa condicional do tipo *se/então* que, ao final do processo de concretização, dará lugar à decisão jurídica propriamente dita e a partir do reingresso de seu ingresso na cadeia operativa do sistema, consolida-se o processo de re-estabilização.

Percorrendo o complexo processo acima descrito, é possível perceber que o direito recebe e processa influências externas dos demais sistemas da sociedade, que aportam a ele dados de outras dimensões da realidade, provocando a produção, reprodução, renovação e revisão contínua e incessante de seus programas normativos, e, por via de consequência, a produção das decisões judiciais propriamente ditas.

A abertura cognitiva propiciada no momento da produção da decisão, a partir do ingresso de irritações em sua estrutura, além de dissolver o paradoxo do fechamento operativo do sistema jurídico, permite afirmar que no processo decisório não há espaço para o aprisionamento por solipsismos ou mesmo para o ingresso da racionalidade prática do intérprete.

A estruturação da decisão, como visto, deve prestar deferência aos limites da prescrição juspositiva, aos conteúdos vinculados à autodescrição do sistema pelo sistema, representada pela dogmática jurídica, aos textos presentes no interior do sistema visto que esse processo deve ser compreendido sempre dentro de um contexto argumentativo altamente seletivo e diferenciado.

Assim, o sistema jurídico, de maneira não solipsista, no processo de criação da decisão jurídica, abre-se ao ambiente, resgatando em seu processo nomogenético a dimensão prática da realidade, a intermediação comunicativa por meio de uma linguagem intersubjetivamente construída, sem deixar de lado o necessário condicionamento de suas operações pelos termos ditados por seu próprio fechamento operativo.

A teoria dos sistemas confere a potência criativa da jurisprudência à compulsão decisória da jurisdição, ou seja, à interdição da denegação de justiça – a inviabilidade de o juiz proferir o *non liquet*.

O sistema social impõe uma intensa pressão sobre os tribunais, exigindo deles respostas a todas as questões que lhes são apresentadas. No entanto, as lacunas e a textura aberta do texto legal impede uma simplista aplicação lógico-dedutiva da lei aos casos concretos, fazendo com que a criatividade judiciária seja uma consequência inescapável.

O mundo não oferece nenhuma garantia para uma ordenação lógica e sua dedução. A proibição da denegação de justiça tampouco resulta do fato de a força vinculativa da lei não deixar outra opção. Ora, assim como de pronto aparecem problemas insolúveis na busca das leis e de sua interpretação, o poder discricionário do juiz estaria em constatar “as lacunas do direito” e rechaçar a necessidade de uma decisão (Luhmann, 2016a, p. 417-418).

É vital destacar que a natureza criativa da jurisdição não significa proclamar que o direito pode ser originado pelos tribunais baseando-se em fundamentos alheios ao sistema jurídico. Todo procedimento de interpretação/aplicação do direito simultaneamente concretiza e cria. Todavia, de maneira geral, ao proferir decisões, o Judiciário necessita "vincular" seus vereditos a decisões jurídicas anteriores.

Neste contexto, os tribunais, enquanto verdadeiras organizações radicadas no sistema do direito, estando situados em seu núcleo, sendo dirigidos pelo código direito/não-direito e orientados por programas condicionais do tipo se/então, operam ligando comunicação jurídica a comunicação jurídica, gerando direito a partir do direito de maneira autopoietica.

CAPÍTULO III – A DOGMÁTICA JURÍDICA E A IDENTIDADE DO SISTEMA JURÍDICO

3.1 Dogmática jurídica: ponto de partida para a análise da disciplina

Quando se aborda a dogmática jurídica, a tendência é associá-la a uma produção técnica que atenda às necessidades imediatas dos profissionais, ou considerá-la como uma produção didática voltada para um público amplo. Além disso, há um terceiro tipo de abordagem, voltado para a pesquisa profunda do direito, chamado teoria do direito, que se conecta com outras ciências como sociologia, política, filosofia e antropologia (Reale, 1969).

Em países com tradição românica, o conhecimento jurídico inicialmente assumiu a forma da jurisprudência romana. Durante a Idade Média, especialmente com os glosadores, essa técnica foi complementada pela referência a textos romanos, principalmente o Código Justiniano. Com o advento do Racionalismo nos séculos XVII e XVIII, a confiança nos textos romanos foi substituída pela crença nos princípios racionais. Contudo, foi no século XIX que as principais diretrizes da dogmática jurídica foram estabelecidas (Ferraz Júnior, 2015).

Nos anos recentes, a dogmática jurídica enfrentou uma crise em relação às demandas políticas, sociais e econômicas contemporâneas. Antes, o foco era ajustar os métodos de ensino e adaptar-se às novas necessidades sociais. Agora, a crise aborda sua essência, sua capacidade argumentativa e seus resultados. Paralelamente, surge uma crescente necessidade de compreensão aprofundada da situação social do sistema jurídico.

Tentativas de ajuste têm sido feitas na epistemologia jurídica. Desafios à dogmática se intensificaram, especialmente em relação à sua abordagem exegética. O

debate moderno ultrapassa a exegese e aborda o papel da dogmática na evolução do sistema social, que tem se tornado complexo e altamente diferenciado.

A discussão atual não é contra a dogmática per se, mas contra a pretensão de abordar questões jurídicas apenas do ponto de vista cognitivo. É urgente repensar a dogmática, não para substituí-la, mas para refletir sobre sua função e conceito (Reale, 1977). A tradicional preocupação dos juristas com a interpretação da lei e a sistematização do direito ainda persiste, mas a investigação de pressupostos e o controle de variáveis ganham mais relevância na dogmática jurídica atual (Ferraz Júnior, 2015).

O avanço dos subsistemas sociais altamente especializados exigiu uma reavaliação da forma como os juristas abordam e aplicam o direito. Em vez de simplesmente seguir precedentes e interpretar leis de maneira isolada, tornou-se essencial compreender o contexto social mais amplo no qual essas leis operam.

De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2015), a dogmática jurídica pode ser definida como área de conhecimento direcionado à aplicação do direito, responsável por elevar a um nível teórico os princípios e conceitos essenciais para a interpretação, construção e sistematização das normas e instituições presentes no sistema jurídico. Sua principal meta é identificar as estruturas lógicas do sistema jurídico, condensando e atendendo às demandas normativas do sistema em sua prática.

Incorporando elementos de diversas áreas e adotando uma abordagem interdisciplinar, a dogmática jurídica ampliou seus horizontes devido às mudanças políticas, econômicas, tecnológicas e sociais. O contexto que influencia esta expansão é caracterizado por uma série de fatores que apresentam desafios emergentes.

A dogmática jurídica deve adaptar-se aos desafios atuais, abandonando os métodos tradicionais e adotando uma abordagem crítica e flexível. Os juristas devem possuir conhecimento teórico e prático para navegar pelas complexidades das questões modernas, ao mesmo tempo que defendem os princípios jurídicos. Isto significa que a

dogmática jurídica deve ser vista não apenas como técnicas e princípios, mas antes como uma ferramenta viva e em evolução para enfrentar os obstáculos sociais.

Tendo em vista o cenário contemporâneo, emerge a necessidade de uma revisão profunda da dogmática, não apenas para garantir a aplicabilidade prática da lei, mas também para que ela sirva como um instrumento reflexivo e crítico na compreensão dos dilemas éticos, sociais e políticos do mundo atual.

Assim, a primeira metade do século XX intensifica as preocupações metodológicas já evidentes no século anterior. O começo dessa era é marcado por tendências que elevam os interesses do pandectismo ao seu ápice ou que defendem uma visão reavivada da dogmática, associando-a à realidade concreta.

Devido à persistente influência dos métodos dedutivos do jusnaturalismo, combinados com o positivismo formal do século XIX, é possível identificar certas teorias jurídicas, principalmente no Direito Privado.

Essas teorias posicionam o jurista como alguém que busca organizar fenômenos a partir de conceitos gerais, alguns obtidos através de abstrações lógicas e outros através da identificação de instituições historicamente formadas e mantidas tradicionalmente (Ferraz Júnior, 2015).

Nesse contexto, destaca-se a tentativa de formular sequências conceituais, como direito subjetivo, direito de propriedade, entre outros. O traço distintivo dessa abordagem é a busca por totalidade, evidenciada na elaboração de tratados que procuram detalhar conceitos e suas subdivisões de modo a facilitar a categorização de conceitos mais específicos em categorias mais abrangentes. A dogmática jurídica emerge, portanto, como um método de classificação dominado por uma dualidade inerente ao fenômeno jurídico, onde cada situação se enquadra ou não em determinadas categorias, originando extensas hierarquias conceituais.

Essa variedade levou alguns teóricos, como Kelsen, a defender uma teoria pura, aspirando a simplificar todos os fenômenos jurídicos em uma única dimensão normativa.

Para Kelsen (1998), a teoria jurídica deveria se concentrar exclusivamente na normatividade do direito. Seu princípio baseava-se na distinção entre “ser” e “dever-ser”, separando o mundo fático do mundo normativo.

Kelsen compreendia a amplitude do direito, reconhecendo seu estudo em diversas disciplinas. No entanto, para ele, o direito, em sentido estrito, deveria ser entendido pela sua característica normativa distinta. Ele dedicou atenção particular ao conceito de vontade⁵, vendo-a como o desfecho de uma operação lógica essencial para entender a normatividade do direito.

Sua proposta teve seguidores, especialmente na dogmática do direito público. Sua influência no direito privado foi mais limitada, principalmente devido à herança romana presente nesse campo. Por isso, muitos juristas ainda percebem o direito como intrinsecamente dependente de contextos fáticos exteriores ao sistema jurídico ou remetido a valores.

Dentro desse cenário amplo, onde se observa o direito como norma e realidade empírica, é possível identificar uma interrelação de elementos que variam de acordo com diferentes escolas e abordagens. Este panorama oferece um vislumbre das possibilidades dogmática jurídica no século XXI.

3.2 Características do pensamento dogmático

Como legado do pensamento jurídico do século XIX, a dogmática está intrinsecamente conectada à aplicação do direito. Afinal, conforme se observou, ela

⁵ Para aprofundar-se neste tema, conferir o Capítulo VIII, da Teoria Pura do Direito.

destaca a perspectiva do tribunal no entendimento dos problemas. Durante aquele tempo, em uma sociedade consideravelmente menos complexa, era comum simplificar os problemas a disputas individuais.

Por essa razão, a dogmática evoluiu sob a égide do direito privado, onde a visão do juiz como um terceiro imparcial predominava. A dogmática, *lato sensu*, apoia-se nessa perspectiva e aspira manter essa ideia de imparcialidade.

Josef Esser descreve a dogmática como uma disciplina fundamental de conceitos e instituições, que se desenvolveu em um sistema independente. O autor vê o papel da dogmática como sendo o de transformar questões de valores em questões de conhecimento ou verdade.

En este respecto se opone diametralmente al "concepto" dogmático, como la más amplia tecnificación de un postulado semejante. La doctrina, el dogma representa en cierto modo un enlace entre las dos formas, una racionalización del postulado entendido sólo como instrumento, de modo que puede ser usado más o menos esquemáticamente en determinados contextos, sea como axioma en un sistema, sea como un topos técnicamente fijado en una situación recurrente (Esser, 1961, p. 129).

A par disso, Esser critica a dogmática por reivindicar uma autoridade completamente autossuficiente em suas doutrinas e por tentar controlar cada novo conflito social. Ele observa que isso acontece não através de um novo consenso, mas com base no conjunto existente de normas e técnicas dogmáticas (Larenz, 1997).

Para Esser “pode ser definido como dogmática qualquer método de trabalho que tenha por base a autoridade dos textos vinculativos, das leis, das decisões judiciais e dos seus critérios relevantes” (Esser *apud* Gonçalves, 2016, p. 45).

A esta perspectiva está associada a ideia de autossuficiência hermenêutica e neutralidade valorativa. É o que sustenta novamente Esser ao afirmar que a dogmática é, em última análise, autodeterminação e autovinculação temporária.

Em outros termos, a dogmática não se submete a qualquer subjetividade valorativa vinculada a alguma ponderação extradogmática. A dogmática, por esta perspectiva, deve ser valorativamente neutra (Esser *apud* Gonçalves, 2016).

A imagem esboçada por Esser quanto às características do pensamento dogmático foi muito bem apresentada por Karl Larenz, e subjaz:

[n]a ideia da possibilidade de apreender todos os fenómenos jurídicos em conceitos, aos quais se possa subsumir; a ideia de um sistema conceptual mais ou menos concluso, que possibilite responder também às novas questões que venham a surgir por via de operações lógicas de pensamento, e a ideia que o pensamento científico no âmbito da jurisprudência não poder[á] ser mais que o conhecimento de objeto valorativamente neutro, quer dizer, o conceito cientificista de ciência (Larenz, 1997, p. 313).

Esser discute a ideia de "pensamento dogmático" como uma forma de trabalho conceitual que é neutro em termos de valor. Ele destaca a importância da dogmática na transformação de questões de justiça em questões juridicamente práticas.

Esser sugere que os juízos de valor precisam ser realizados e validados de uma maneira que se entenda como "pensamento", referindo-se a um conhecimento específico de um objeto. Ele vê esse processo de transformar considerações de justiça em questões e tarefas de pensamento como a verdadeira função essencial da dogmática (Larenz, 1997).

Em Luhmann, a formação dos conceitos dogmáticos, no que se refere especificamente ao papel desempenhado por advogados e demais atores jurídicos, é tido como limitado, visto que estes operadores, segundo o pensamento predominante do autor, são vistos como colaboradores do tribunal, devendo a interpretação do direito ser efetivada a partir desse prisma (Luhmann, 2016a).

A totalidade da dogmática, assim, é caracterizada por uma visão do direito associada à função jurisdicional. Ela estabelece, define e delimita procedimentos que guiam a comunidade jurídica nas tomadas de decisões.

Essa delimitação fez com que a dogmática jurídica adotasse a ideia de subsunção e de categorização como seus principais critérios teóricos, como se todos os observadores percebessem o direito uniformemente.

É notável que, sob a ótica dos participantes do sistema jurídico, sobretudo aqueles que se posicionam em sua periferia, que, na prática, interpretam o direito com

abordagens distintas e diferenciadas, o direito é percebido como composto por estruturas de complexidade indefinível (Luhmann, 1983).

Essa percepção introduz na dogmática elementos que desafiam sua visão neutral e objetiva, sendo, inclusive, motivo de infindáveis debates sobre sua racionalidade. Esses fatores acabam implicando em ajustes na atuação judicial quanto à estruturação da própria dogmática, de modo a mantê-la funcional no que se refere à resolução de conflitos.

Esse cenário, indiscutivelmente, por um lado limita o escopo da dogmática, mas, por outro lado, facilita a identificação e descrição de suas características fundamentais. Para compreender a dogmática, é essencial entender que ela surge influenciada pelo fenômeno da positivação (Ferraz Júnior, 2015).

Tal fenômeno, como anteriormente analisado, é definido pela liberação do direito de parâmetros transcendentais e imutáveis, tendendo a à institucionalização de sua alterabilidade e adaptação expressiva por meio de procedimentos variáveis. A positivação, portanto, destaca a relevância na formação do direito estabelecido e validado por decisões.

Assim, a positivação, de uma maneira particular, coloca o próprio direito como o foco principal das considerações jurídicas, posicionando a própria dogmática como uma área alinhada às premissas de sua construção interna.

O fenômeno da positivação determina, então, o território no qual a dogmática jurídica moderna opera. Isso não significa que deva ser interpretada de uma perspectiva estritamente positivista, no qual somente o direito positivo constitua seu foco, mas também que a positivação envolve elementos que, mediadamente, permanecem difusos no entorno do sistema jurídico.

Atento à permeabilidade da dogmática à valoração de elementos decorrentes da realidade social, Müller (2008, p. 63) deixa claro que “Aspectos da realidade social só

podem entrar na dogmática e metódica jurídicas no interesse da normatividade jurídica, a serviço da racionalidade especificamente jurídica em vinculação à norma”.

A dogmática jurídica não faz do direito seu único elemento constitutivo, visto ser fortemente influenciada pelos textos que são produzidos em seu nome, é dizer, pelos manuais, monografias, artigos etc. Nessa linha de pensamento, é válido dizer que a positivação desenha o desafio central da dogmática jurídica. Isso implica que, independentemente de seu objeto específico, a dogmática jurídica sempre enfrenta uma questão de decidibilidade (Luhmann, 2016a).

Os textos argumentativos captados pela dogmática são, em sua essência, descritivos, surgindo de forma a estabelecer e atualizar programas, conceitos e procedimentos jurídicos, promovendo a abertura do sistema para a seleção de temas futuros. Por serem descritivos, estes textos detêm uma clara função operacional, formando uma estrutura de seleção e estabilização de informações relevantes, bem como de repetibilidade da comunicação e demais operações por ela descritas.

Trata-se da absorção controlada pelo código simbólico de enunciados e argumentos mais ou menos precisos, cuja clareza, baseada em critérios de verificabilidade, sugere fortemente sua racionalidade jurídica.

Composta por argumentos produzidos conforme a racionalidade do sistema jurídico, a dogmática busca excluir enunciados incertos ou com insuficiência de seletividade. No entanto, dado que o limiar de tolerância para aceitar uma comunicação como provável e verificável é impreciso, a dogmática se sensibiliza mais diretamente para a absorção de textos que são consonantes com os programas e o código do sistema jurídico – sobretudo, o texto legislativo.

O fenômeno da positivação do direito removeu a possibilidade de a dogmática jurídica trabalhar diretamente com enunciados da ciência do direito. Se o Século XIX inocentemente viu a positivação como uma relação causal entre a vontade do legislador e o direito enquanto norma legislada, o Século XX rapidamente percebeu que o direito positivo não é fruto da decisão legislativa – não há relação causal –, mas

emerge da atribuição de validade a certas formas de comunicação. Isso indica que a normatividade do direito dispensa a referência ao texto legislativo que a origina. Sua positividade é derivada da atribuição constante de um símbolo circulante – a validade – que determina se uma específica comunicação produz ou não direito (Reale, 1973).

A positivação é percebida pela dogmática como uma normatização da mudança do direito. Por exemplo, a rescisão de um contrato de aluguel de imóveis pode, em diferentes momentos, ser proibida, permitida novamente ou tornada mais difícil.

O direito, dogmaticamente, não se origina apenas da caneta do legislador. No entanto, a decisão legislativa, embora não crie direito, tem o papel crucial de selecionar uma forma de regulamentação em detrimento de outras que, no entanto, não desaparecem do panorama da experiência jurídica, permanecendo à disposição sempre que uma mudança se mostrar necessária.

Essa condição altera reflexivamente o status teórico da dogmática jurídica aos olhos dela mesma. Passa ela a focalizar a possibilidade – ou não – de certas decisões, tendo em vista o que é o direito – e aquilo que, dada a unidade da diferença entre atualidade e possibilidade consubstanciada no sentido (*sinn*), pode vir a ser.

Dessa forma, seu principal desafio não é uma questão de verdade, mas de decidibilidade. Os enunciados dogmáticos que compõem a autodescrição do sistema jurídico, em sua perspectiva funcional, promovem uma maior previsibilidade das decisões jurídicas, uma vez que antecipam, com suas orientações, problemas sociais que devem ser resolvidos uniformemente, sem potencializar perturbações (Luhmann, 1983).

Quando se lida com um problema de decidibilidade, a dogmática jurídica é vista como uma forma de pensamento tecnológico. Esse pensamento tem algumas características do pensamento científico em seu sentido estrito, já que se baseia em premissas semelhantes.

Contudo, seus desafios têm uma importância prática, direcionada a possibilitar decisões. Isso requer uma interdição expressiva na possibilidade de questionamento geral, o que só ocorrer na ciência do direito, pois a tecnologia determina seus pontos iniciais e questiona apenas sua aplicabilidade na resolução de conflitos (Luhmann, 2016a).

O pensamento tecnológico, inerente à dogmática, acopla-se estruturalmente aos enunciados apresentados pela ciência jurídica, percebendo-os como possibilidades de decisão, sob a suposição de que, em determinados momentos da manifestação dos fenômenos, uma intervenção prática é possível.

Desse modo, o pensamento tecnológico não compõe estritamente uma estrutura normativa, mas tem um aspecto prescritivo. Ele não é contrário à ciência, mas realiza operações acopladas a conclusões científicas para a resolução de problemas práticos. Assim, ele não ultrapassa as premissas do direito, conectando-as, no entanto, à produção doutrinal estabelecida de acordo com o sistema da ciência.

Por isso, as premissas dogmáticas servem à problematização da viabilidade de modelos decisórios, como a correta produção das decisões de julgamento, sem descuidar das consequências de sua implementação na estrutura social, o que, ao contrário do que professam seus mais ferrenhos detratores, lhes confere um certo teor crítico.

Nesse sentido, a dogmática detém o status de autêntico pensamento tecnológico, que serve de base para a racionalização do sistema jurídico. Para que isso aconteça, ela se atenta à racionalidade da própria experiência jurídica, bem como a suas limitações, dirigindo-se igualmente à produção de decisões sobre meios e fins inferidos do próprio conhecimento dogmático e obtidos autorreflexivamente, isto é, a partir dela mesma.

Para compreender isso, assume-se que toda pesquisa jurídica envolve constantemente perguntas e respostas, problemas que demandam soluções e soluções vinculadas a problemas específicos. Daí surgem duas formas de conduzir a investigação, seja focando no aspecto da pergunta ou da resposta.

Na primeira forma, o foco é na pergunta, em conceitos-chave, nas dimensões que formam normas e nas próprias normas em sua referência a outros enunciados normativos, mantendo seu caráter hipotético e problemático, permanecendo aberta à crítica. Na segunda forma, certos elementos são considerados certos, com predomínio da resposta, sendo considerados inquestionáveis.

No primeiro caso, tem-se uma questão de pesquisa ou teórica, e no segundo, uma questão dogmática. Ambas se interrelacionam, referem-se mutuamente e, às vezes, contrastam-se ou alinham-se, apresentando um conjunto de possibilidades variáveis.

Questões dogmáticas são intrinsecamente tecnológicas. Elas possuem uma função direcionadora, moldando uma situação como algo que deveria ser de uma determinada maneira. Tais questões visam facilitar a tomada de decisões e orientar operações. Geralmente, as questões especificamente jurídicas dentro da dogmática jurídica seguem essa linha, sendo limitadas, definidas e, nesse sentido, relacionadas à positividade. No entanto, elas não se limitam a essas diretrizes, pois opiniões estabelecidas – os dogmas – podem também ser desafiadas pela pesquisa filosófica ou científica, buscando fundamentação e justificação para elas (Luhmann, 1986).

De fato, em sede dogmática, apesar de serem distintos em análise, esses dois tipos de questionamento funcionam de forma acoplada. Ainda assim, é necessária a ênfase do sistema do direito quanto às questões dogmáticas.

Questões filosóficas e científicas são mais flexíveis e, por isso, podem ser mais facilmente dispensadas. Em contrapartida, a dogmática se vê mais atrelada às premissas sistêmicas (Luhmann, 2016a).

Contudo, é importante ressaltar que questões dogmáticas, ainda que conectadas àquelas provenientes da filosofia ou da ciência do direito, não são estruturadas com base em qualquer opinião, mas sim em dogmas que precisam ser legitimados juridicamente, isto é, devem satisfazer a codificação simbólica direito/não-direito do sistema jurídico (Luhmann, 2016a).

Nessa perspectiva, a dogmática jurídica foca no momento nomogenético, relacionado ao ato aplicativo. Ela absorve a experiência jurídica no processo de estabelecimento da decisão jurídica.

Dentro desse quadro, a dogmática vai além da mera interpretação e construção de modelos jurídicos, envolvendo a análise de todos os processos que compõem a técnica jurídica, sempre considerando seus princípios fundamentais dentro do sistema do direito.

Quando se diz que a dogmática jurídica é um pensamento tecnológico, ela não deve ser confundida com a atividade jurisdicional em um sentido amplo. A técnica é relevante, mas não se confunde com a dogmática em si.

3.3 O princípio da inegabilidade dos pontos de partida

A ênfase nas questões dogmáticas em detrimento das científicas ou jusfilosóficas pode ser causa de certas confusões. As primeiras, por serem bem definidas, servem à prática jurídica e à tomada de decisões. Já as segundas, por serem mais fluidas, com conteúdo eminentemente reflexivo, podem obstruir as operações decisórias, provocando uma série contínua de equivocidades. É crucial entender que, mesmo que a dogmática jurídica esteja em interação contínua com aspectos científicos e filosóficos, a principal característica dela é a inegabilidade dos pontos de partida.

A partir dessa característica, percebe-se que uma espécie de interdição está inevitavelmente ligada ao conhecimento dogmático, devido à restrição que ele impõe ao intérprete sobre o ponto inicial, estabelecendo se o pensamento jurídico é dogmaticamente válido. A adesão a pressupostos conceituais firmes é uma condição necessária para alcançar os objetivos de eficácia e permanência que esta abordagem epistemológica busca. O jurista comprometido com o dogma reconhece a

incontestabilidade de certas premissas, que se tornam barreiras intransponíveis em seu trabalho (Losano, 2008).

Isso não significa que a unidade da dogmática decorra do fato de que ela se origina de dogmas, pressupondo que eles se apresentem de forma sistemática e lógica. Na realidade, a natureza unificada do pensamento dogmático se dá pela centralidade na questão da decidibilidade. Dessa maneira, pode-se compreender que essa abordagem se destaca por interromper a crítica, ancorando-se em pontos de partida bem definidos, bem como por definir seus próprios princípios intrínsecos.

No âmbito do esforço dogmático relacionado à prática jurídica, há duas fronteiras: o dogma, visto como um ponto de partida inquestionável; e o objetivo final, que é a resolução do caso específico. Por isso, a dogmática exige um método que procure solucionar os problemas da prática jurídica com base em suas fontes, sem permitir desvios didáticos ou especulações filosóficas, o que poderia resultar em um cenário desorganizado, instável e irracional (Losano, 2008).

Além de ser uma atividade supostamente objetiva e rigorosa, que expõe a coerência através de uma formulação racional das normas vigentes, mostrando a lógica intrínseca do direito positivo, o raciocínio dogmático visa estabelecer diretrizes decisórias. É importante lembrar que a dogmática jurídica se destaca na modernidade por seu desejo sistemático de englobar todos os aspectos sociais, assumindo que estes podem ser resolvidos pela manipulação das normas jurídicas, tendo como referência a atividade jurisdicional (Warat, 2002).

Ao relacionar a dogmática com a decidibilidade, reconhece-se também uma de suas funções vitais: a forma como permite uma adaptabilidade sistêmica a textos argumentativos. Mesmo que, em um primeiro momento, possa parecer o contrário, a principal função da dogmática não é simplesmente cristalizar o que já está definido, mas oferecer uma perspectiva crítica na estruturação de argumentos, bases e conexões, tornando o conteúdo substantivo mais gerenciável e aplicável, transcendendo seu caráter inicial (Luhmann, 1983).

Em outras palavras, enquanto se está ciente da existência e da vinculação aos pontos de partida, a real questão é determinar o nível de abstração em que estes pontos devem ser estabelecidos para que atuem de forma eficaz, assegurando que, em vez de meras condições, não se transformem em barreiras para autorreprodução do sistema jurídico. Essa responsabilidade recai sobre a dogmática.

Conforme apontado por Luhmann (1983), a função da dogmática não reside na base inegável de seus princípios iniciais, embora dependa deles. Contrariando o senso comum jurídico, a dogmática não restringe a interpretação e a aplicação do direito, mas sim expande a liberdade para lidar com textos e expectativas normativas.

Isso ocorre porque, com sua abstração conceitual, a dogmática proporciona um distanciamento temporal no interior do qual a sociedade pode suportar a prolação de uma decisão com conteúdo ainda incerto. Mesmo se ancorando em preceitos já definidos – os dogmas –, ela alcança flexibilidade conceitual. Ou seja, a dogmática vai além da mera interpretação do que é estabelecido, pois reflete sobre seu próprio compromisso, demonstrando que tudo que é obrigatório requer interpretação. Assim, de forma paradoxal, pode-se afirmar que a dogmática encontra sua própria liberdade ao se comprometer com os pontos de partida de sua argumentação (Luhmann, 2016a).

Adicionalmente, isso leva a perceber que, mesmo que o raciocínio dogmático esteja ancorado em premissas incontestáveis, ele, na verdade, lida com incertezas. São essas mesmas incertezas que pareciam ter sido eliminadas pela sociedade através dos dogmas, mas que a dogmática reintroduz de forma controlável, expandindo-as até um nível aceitável socialmente, visando a resolução de litígios.

Nos termos propostos por Luhmann (1983), quando se usa a palavra “controlável”, refere-se à capacidade da dogmática jurídica de expandir as incertezas, mas de uma maneira que se alinhe com dois imperativos essenciais do sistema jurídico: compromisso com os programas normativos do sistema do direito e orientação para a resolução de casos jurídicos.

O surgimento da dogmática, com suas funções específicas, só se manifesta em sociedades de complexidade tal que permita distinguir o sistema jurídico dos demais sistemas (como político, econômico, religioso, etc.). Isso também implica em uma estrutura onde as decisões sobre assuntos jurídicos podem ser tomadas de forma definitiva.

Com isso estabelecido, a questão da aplicação assume uma forma um pouco diferente: não se trata mais de aplicar a norma diretamente ao caso, mas sim da relação entre a o sentido do texto como base para a decisão e a própria decisão. Esse formato evidencia que o sistema jurídico se desvincula das circunstâncias, obtendo mais controle. Ao posicionar o processo decisório entre a disposição juspositiva e o caso, o sistema jurídico reconhece apenas os eventos que considera juridicamente relevantes.

Nesse contexto, percebe-se que a dogmática se manifesta no processo de aplicação quando esse processo assume um caráter contingente. Assim, no fim das contas, o problema não está no texto juspositivo, mas sim em sua aplicação. A esse respeito, eis a lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Observamos, nesse sentido, que a Dogmática surge, na relação de aplicação, quando os seus dois polos adquirem um caráter contingente. De um lado, em termos de tomada de decisão, os casos podem ou não existir, podem ser interpretados de um modo ou de outro. E de outro, com o fenômeno da positivação, as próprias normas podem ser postas desta ou daquela maneira. Ora, quando ambos os polos da relação ficam contingentes, a própria relação de aplicação se torna contingente, pois ficamos obrigados a reconhecer que não há só uma, mas várias possibilidades de se aplicar o Direito. Surge daí a necessidade socialmente fundada de um instrumento estabilizador dessa dupla contingência, na forma de critérios de relacionamento da relação de aplicação. Esse instrumento é a Dogmática Jurídica (Ferraz Júnior, 2015, p. 96-97).

A operação de abstração que a dogmática realiza, lidando com normas e casos concretos, confere ao sistema jurídico uma autonomia operacional. Ou seja, ela permite que o sistema funcione sem depender da observação das relações entre as normas e os casos concretos. Isso permite uma comunicação mais eficiente, pois o sistema não precisa se preocupar com a redefinição de normas e casos a cada vez que um novo caso surge. Com isso, a dogmática jurídica não apenas controla contingência, mas também reduz a complexidade.

A função desempenhada pela dogmática, de mais a mais, implica a capacidade de restringir as alternativas de interpretação quando a relação entre caso e norma se torna incerta. Assim, fica evidente que a dogmática não atua apenas como um mero intermediário entre norma e realidade, nem se restringe simplesmente à técnica de encaixar fatos sob determinadas normas. Em vez disso, sua principal tarefa é garantir a consistência das decisões, considerando outras decisões já estabelecidas. Em suma, ela assegura a consistência na capacidade de decidir. Por meio dela, torna-se factível estabelecer o que é permitido – e o que não é – dentro do âmbito jurídico.

3.4 O lugar da dogmática na generalização das expectativas normativas

Ao canalizar as interações havidas no interior do sistema jurídico, a dogmática permite aos operadores atuarem com maior segurança quanto ao pertencimento de suas operações comunicativas ao direito. É possível a regulamentação do esperar.

O sistema jurídico promove a redução da complexidade desordenada do meio social, atuando como estrutura que estabelece e fixa os horizontes do que pode ser considerado juridicamente aceitável, estabilizando contrafaticamente expectativas normativas de comportamento e as generalizando congruentemente em vista da sociedade. Sem a estabilização e a generalização, os indivíduos não poderiam guiar-se mutuamente e nem antecipar suas próprias expectativas. Para compreender bem o papel que nesse contexto desempenha a dogmática, é importante analisar esse processo.

Todo expectante, ao esperar, intencionalmente ou não, transmite uma mensagem. Seu simples esperar já representa uma proposta de comunicação com o destinatário dessa mensagem. O receptor, por sua vez, com seu próprio comportamento frente à mensagem do primeiro expectante, igualmente, transmite

uma mensagem. O próprio portar-se mútuo já representa, com efeito, um intercâmbio de mensagens. Esse intercâmbio é o elemento central do sistema social.

Dado um contexto interacional simples entre *alter* e *ego*, é possível supor que, ao comunicar, o emissor antecipa determinadas respostas do receptor, e vice-versa. Ambos possuem expectativas sobre como o outro se comportará, bem como sobre suas próprias reações. Essa dinâmica instaura um alto grau de complexidade, visto que, *alter*, ao se posicionar em relação a *ego*, forma expectativas quanto a ele, ao passo em que *ego* também forma expectativas quanto a *alter*. Mas não só: *alter* forma expectativas sobre as expectativas que *ego* tem dele e *ego*, igualmente, forma expectativas sobre as expectativas que *alter* forma sobre ele (Gonçalves; Villas Bôas Filho, 2013).

Esse feixe complexo de expectativas, onde os conteúdos das mensagens nem sempre correspondem às intenções e vice-versa, oferece uma visão da intrincada realidade em que aquele que comunica está inserido. Essa complexidade é definida como uma multiplicidade de expectativas e interações possíveis, que ultrapassam as que podem ser concretizadas.

Dessa forma, já que as possibilidades são infindáveis, ao interagir, o expectante precisa selecionar expectativas, optando, frequentemente, pelas que possuem maior probabilidade de serem atualizadas. Quando essa seleção ocorre, geralmente se opta pelas mais plausíveis, ou seja, mesmo após a seleção, há a chance de que as expectativas não sejam atendidas. Para tanto, é preciso criar estratégias que garantam, até certo ponto, as expectativas próprias, as dos demais, bem como a coincidência das seleções de expectativas que os expectantes fazem em concomitância. Assim, é possível proteger-se contra desapontamentos (Gonçalves; Villas Bôas Filho, 2013).

Estes mecanismos funcionam como estruturas redutoras de complexidade, dando à luz a sistemas sociais nos quais as interações atingem um equilíbrio dinâmico. Elas instituem a canalização das seleções, isto é, aprimoram a seletividade, protegendo-a em face de desapontamentos.

Por meio dessas estruturas de redução de complexidade, a seleção promovida por *alter* potencializa sua coincidência com aquela promovida por *ego*, fazendo com que aumente a probabilidade de as operações de um se alinharem às do outro. Em resumo, a dupla contingência do sistema social demanda o desenvolvimento de estruturas baseadas em expectativas ancoradas nas expectativas dos outros. Em termos de expectativa, isto implica na existência de duas dimensões, a da expectativa de comportamento e a da expectativa do significado do comportamento para a expectativa do outro. Em sua essência, um sistemas social, tal qual o direito, atua na redução e estruturação da complexidade social, através da dupla seletividade.

Num contexto comunicativo, o emissor, ao transmitir uma mensagem, faz uma seleção de possibilidades, que o destinatário percebe não como uma escolha, mas como uma operação, servindo já, esta, de base para sua própria escolha. Isso já retira do receptor um encargo, pois pode ele ignorar a complexidade inicial ou ao menos confrontá-la com uma seleção pré-estabelecida. Essa desencargo é ampliado pela estrutura, à medida que vincula uma escolha a outra.

É o que ocorre quando *alter* decide não adimplir um contrato. Ele sabe que *ego* poderá aceitar ou rejeitar o descumprimento, mas considera que o desempenho da obrigação é uma expectativa de *ego*. Existem estruturas de expectativas que orientam a formação e a validade de um contrato, estruturas estas que, por sua vez, reforçam a expectativa de *ego*. Tais estruturas surgem a partir de suposições compartilhadas que possibilitam novas escolhas. Toda estrutura, assim, ao limitar o espectro de opções consideradas prováveis, na realidade, encobre e oculta a real complexidade das opções presentes no sistema – e em seu ambiente (Gonçalves; Villas Bôas Filho, 2013).

A redução da complexidade envolve uma pluralidade de dimensões, dentre elas a temporal. Visto que a existência social é temporalizada, é inevitável que as expectativas sejam constantemente sujeitas a desapontamentos. O que se antecipa hoje pode não vir a ser no futuro; uma expectativa validada agora pode ser frustrada mais tarde. Assim, o mero transcurso do tempo desafia as expectativas, de modo que se

torna essencial prover a elas algum grau de continuidade (Gonçalves; Villas Bôas Filho, 2013).

É possível que, ao enfrentar-se uma desilusão, seja promovida a adaptação a ela, ajustando, se necessário, a expectativa original. Isso geralmente ocorre quando o próprio expectante percebe o erro de sua expectativa e se propõe a aprender para adaptar-se.

Por outro lado, é possível que se escolha não tirar lições da desilusão, mantendo resistência contra ela. Tais reações são percebidas como um dado, mas são vistas como inconsequentes para a expectativa. Retomando o exemplo acima sobre o descumprimento de uma obrigação contratual: frente à expectativa de um contrato ser cumprido, se *alter* falha no pagamento, isto é reconhecido por *ego* como um fato que, em princípio, não muda sua expectativa de que o pagamento é juridicamente devido. Estas expectativas normativas, como o seu próprio nome sugere, são expressas através de normas.

As normas expressam expectativas estabilizadas contrafactualmente, ou seja, sua validade não depende de sua observância ou desrespeito. Elas não são meramente descritivas ou indicativas de padrões de comportamento. Elas são ferramentas que controlam a incerteza temporal das expectativas sociais.

O conceito funcional de norma não comporta uma tomada de decisão prévia quanto às motivações pelas quais alguém cumpre ou não a própria norma. Para Luhmann:

Ela se cumpre porque oferece informação: por exemplo, sobre os riscos próprios a determinadas situações descritas nas leis de trânsito ou pela lei ambiental; e não se cumpre quando se confia mais em sua própria informação do que naquela que é transmitida pela norma. (Luhmann, 2016a, n. p.).

Justamente por isso, utilizar a normas como um mecanismo de estabilização introduz uma segunda camada de complexidade. Uma vez que as expectativas

normativas de uma sociedade são inerentemente complexas, isso implica que nem todas as normas têm igual probabilidade de serem cumpridas.

Se a cada expectativa normativa corresponde, por assim dizer, uma norma, é mais provável que surja um conflito entre normas ou entre expectativas normativas, necessitando assim de um segundo mecanismo para mediar essa complexidade. Tal conflito, percebido como um excesso de produção normativa, sinaliza a possibilidade de que, entre normas divergentes e até contraditórias, algumas inevitavelmente serão frustradas.

A complexidade introduzida pelo excesso de possibilidades escala quando se insere na equação, além de *alter* e *ego*, os terceiros que com eles participam das relações sociais, atores que, mesmo não diretamente envolvidos na relação entre dois participantes, podem ser convocados a intervir.

A experiência normativa, por si só, não se baseia na certeza de cumprimento da expectativa, mas em sua continuidade. Portanto, cada sociedade tem que ajustar suas expectativas normativas de acordo com sua complexidade. Isso torna comuns os casos de conflitos entre expectativas de comportamento. Mais ainda, a superprodução normativa sugere que a realização da expectativa de um ator pode resultar na frustração da do outro. O conflito entre expectativas normativas não é um desvio, mas sim a norma.

A sociedade, como um todo, precisa abordar esse problema e encontrar formas de administrá-lo. Obviamente, a solução do conflito não pode ser imposta por um terceiro, sem torná-lo uma parte do problema.

De fato, a terceirização da solução não pode ser feita na forma de uma escolha. A própria complexidade proíbe isso. A solução deve ser generalizada, tanto em sua forma como em seu conteúdo. Este é o desafio ao qual o direito responde. O direito se apresenta como uma estrutura que fornece uma solução generalizada. A função do direito é transformar o problema da complexidade normativa em um problema de coordenação.

Na busca por formas de gestão dessa complexidade, as sociedades tendem a criar mecanismos de resolução de conflitos e sistemas normativos para guiar a conduta social. É crucial entender como esses mecanismos e sistemas surgem, são mantidos e mudam ao longo do tempo. Isso ajuda a entender as funções do direito na sociedade, bem como as forças que influenciam sua formação e transformação.

O direito, funcionalmente, pode ser visto como um meio de facilitar a coordenação social, institucionalizando soluções e permitindo que os membros da sociedade lidem com a complexidade de maneira organizada e estruturada.

A ideia de institucionalização é vista como um processo voltado para padrões normativos de comportamento. O conceito sugere a presença de um terceiro na relação. Este terceiro difere dos demais participantes, pois não desempenha um papel, mas sim indica uma condição constante. Esse terceiro pode ser redirecionado para se concentrar em diferentes assuntos, tornando-o potencialmente recrutável para a convivência social. No entanto, captar sua atenção pode ser desafiador, dada sua natureza limitada.

Com a limitação da atenção surge o desafio de justificar a legitimidade das normas através do consenso. Contudo, a ideia de consenso, quando observada empiricamente, pode apresentar limitações. Quando vinculado à atenção limitada, o consenso alcançado pode rapidamente esgotar a capacidade de atrair o interesse de terceiros.

Nesse contexto, as instituições não necessariamente buscam consenso genuíno, mas sim uma economia de consenso. O desafio não está em alcançar o consenso, mas em conservá-lo. Por meio da institucionalização, a sociedade pode presumir a existência de um consenso, mesmo que, na realidade, ele não seja universal. Quanto a isso, diz Luhmann (2016a, n. p.) que “o consenso não pode ser condição para a validade do direito e, além disso, excluiria toda e qualquer evolução. A evolução depende, em vez disso, de como o problema da conciliação social é resolvido”.

A busca insistente pela construção de consenso é algo que pode conduzir, em verdade, a um interminável dissenso. Muitas vezes, a sociedade opta por um compromisso tácito. Esta abordagem é baseada em padrões normativos preestabelecidos, mas não exclui a possibilidade de surgirem novos padrões. A institucionalização visa distribuir responsabilidades e riscos, privilegiando certos padrões em detrimento de outros. O indivíduo “pode se permitir maior grau de confiança, chegando a correr riscos, ou também de desconfiança, quando se pode confiar no direito” (Luhmann, 2016a, n. p.).

Quem desafia as expectativas normativas institucionalizadas tem uma batalha íngreme pela frente, enfrentando pressupostos normativos estabelecidos e lutando para ser o foco das atenções. Além disso, oposição à expectativa generalizada pode expor o dissidente a riscos. As instituições, portanto, não se baseiam apenas em acordos tácitos, mas em uma presunção amplamente aceita de consenso.

Ou seja, a institucionalização não gera ou aumenta o consenso, apenas permite sua economia e distribuição, o que faz pela antecipação fictícia de um consenso suposto sobre as expectativas de expectativas, de modo que aquele cujas expectativas sejam contrárias à instituição terá contra si o peso de uma autoevidência presumida (Gonçalves; Villas Bôas Filho, 2013).

Na medida em que a sociedade se torna mais complexa, torna-se menos provável que haja um consenso genuíno, aumentando a dependência de ficções institucionais. No direito moderno, instituições jurídicas como o contrato desempenham papéis cruciais, presumindo o consenso dos outros.

Finalmente, enquanto a normatização e a institucionalização devem ser tomadas em conta para a generalização das expectativas normativas, elas nada dizem sobre o seu conteúdo, isto é, sobre o seu teor substancial. Nessa dimensão, a redução da complexidade é auxiliada pelo estabelecimento de núcleos de significação.

O estabelecimento de núcleos de sentido pode fiar-se em indivíduos específicos, ou pode estar vinculado ao desempenho de papéis mais abstratos, a programas ou a

valores. Em última análise, em sociedades mais complexas, vários são os níveis de sentido manejados para assegurar expectativas.

Nas sociedades complexas, surgem várias maneiras de organizar expectativas em relação ao conteúdo. Elementos como papéis, indivíduos, programas e valores entrelaçam-se. Entretanto, quando agrupados de maneira não distinta, não satisfazem as demandas de organização institucional, principalmente quando a complexidade se eleva.

Isso traz a alternativa de separá-los, conferindo às instituições uma adaptabilidade notável. Em sociedades de alta complexidade, há uma tendência maior para a separação funcional desses elementos; nas menos complexas, eles tendem a se unificar.

Efetivamente, em cada sociedade, nota-se que o direito toma por base um arranjo diferenciado desses conceitos centrais. Nas sociedades modernas, por exemplo, há uma inclinação para a especialização baseada em papéis e programas, ao invés de focar em pessoas e valores, embora estes ainda se façam presentes, porém intermediados pelos primeiros.

Desse modo, e é precisamente aí que se evidencia seu caráter socialmente dependente, o direito da sociedade moderna deve subsistir sem um futuro certo. Os parâmetros naturais [e.g. pessoas], enquanto se referem à sociedade, não podem ser aceitos como algo constante (ainda que, evidentemente, possamos partir de que o sol continuará a brilhar por muito tempo); nem os valores podem ser projetados para o futuro, à medida que proporcionam instruções para a decisão, devendo, pois, funcionar como regras de colisão. Todo futuro se expõe no meio do (mais ou menos) provável e do (mais ou menos) improvável. Porém, isso significa que as estimativas para o futuro podem divergir e que tampouco existe uma linha geral como “história sagrada”, “progresso” ou “fim do mundo” a que se pudesse se ater (Luhmann, 2016a, n. p.).

Em essência, observa-se que os programas normativos conferem estabilidade e continuidade temporal às expectativas, mesmo que ocasionalmente elas se mostrem frustradas; com a institucionalização, presume-se um consenso, mesmo que haja discordantes; e através de referências claras a teores bem definidos, assegura-se a coesão e coerência às expectativas, apesar de haver divergências intrínsecas entre elas.

Dessa forma, o direito pode emergir como uma representação coerente desses mecanismos, possibilitando uma defesa simbólica de certas expectativas contra a realidade, permitindo uma abordagem que seja, em certo sentido, imune a ela.

A tendência para uma generalização congruente indica, no âmbito temporal, uma inclinação para abordar desapontamentos por meio de sanção. Isso destaca seu valor na interpretação da legislação. É que, embora haja um consenso de que o conceito de norma depende da ameaça de sanção, a possibilidade de sua aplicação pertence aos instrumentos simbólicos pelos quais se é possível identificar se uma expectativa é conforme o direito ou não (Luhmann, 2016a).

No contexto social, está claro que nem todas as formas de institucionalização são viáveis do ponto de vista jurídico. Nessa esfera, é essencial fazer uma seleção de tais representações harmônicas. Nesta perspectiva, o sistema jurídico está vinculado a processos que podem ser organizados institucionalmente, por intermédio da estruturação consistente de expectativas, tornando essas organizações aceitáveis socialmente.

Por último, no que diz respeito ao conteúdo, o direito se apresenta como um filtro, uma vez que nem todos os programas, papéis ou valores são juridicizáveis. Esta inclinação, em sociedades altamente complexas, corresponde à ênfase dada pelo direito à sanção como abordagem para lidar com desapontamentos no âmbito temporal e ao procedimento como forma de institucionalização no contexto social.

Com isso em mente, o direito pode ser percebido como um dispositivo que alinha de maneira congruente os mecanismos previamente discutidos, ou seja, a institucionalização, os programas e o sentido normativo.

O direito não se restringe somente a isso, nem é apenas uma instituição ou uma garantia de sentido, mas sim uma fusão destes três elementos. Ele representa as expectativas normativas de comportamento que estão congruentemente alinhadas com instituições e identificações de significado. É dizer, “visto concretamente, trata-se da

função de estabilização de expectativas normativas pela regulação de suas generalizações temporais, objetivas e sociais” (Luhmann, 2016a, n. p.).

Assim, o direito molda uma congruência seletiva e serve como uma estrutura para sistemas sociais. A função do direito reside em sua habilidade de seleção, ou seja, na determinação de expectativas comportamentais que se generalizam em três dimensões. Essa seleção é fundamentada na compatibilidade de mecanismos específicos destas dimensões: temporal, social e material.

No entanto, a congruência entre as estruturas de redução de expectativas não é autoevidente. Nas sociedades complexas, isso se manifesta pelo excesso de expectativas normativas em comparação com as oportunidades de realização.

Muitas expectativas, por exemplo, não encontram caminho para serem institucionalizadas, seja porque não são implementadas pelos juízes ou porque não se espera que sejam seguidas no dia a dia.

Além disso, nem todo valor se traduz em expectativas estabilizadas pelo sistema, e nem todo programa condicional reflete completamente valores. Embora os valores possam ser institucionalizados com relativa facilidade, frequentemente são abstratos demais para serem codificados em regras de forma tecnicamente precisa.

Em sociedades altamente complexas, essa congruência precisa ser intermediada, e é neste contexto que a dogmática jurídica assume relevância. Ela serve como um instrumento para tornar o direito viável, atuando como um meio de elevada abstração que assegura um alinhamento estável entre os mecanismos de generalização de expectativas, mesmo quando, à primeira vista, parecem discrepantes.

Quanto à capacidade de abstração da dogmática e a flexibilidade de manejo do material jurídico em que isso importa, diz Luhmann que:

Pero entonces sería más lógico fijarse menos en la limitación visual de la dogmática y más en los resultados de abstracción y en las libertades de interpretación que con ella se hacen posibles [...] La función positiva de las dogmáticas podría consistir en que, por la manera de distribuir las prohibiciones

de negación, la explotación de textos y experiencias se lleve al nivel requerido de flexibilidad (Luhmann, 1983, p. 28).

A dogmática faz possível o distanciamento crítico, a organização, a sistematização e a fundamentação de valores e relações entre a realidade e o material jurídico, controlando-o e reelaborando-o para a aplicação. Em suma, a dogmática controla a conduta do jurista, obrigando-o a operar uma interpretação conceitualmente regulada (Luhmann, 1983).

Por meio da dogmatização do material jurídico, ou seja, de sua elaboração conceitual e classificatória, consegue-se que a aplicação do direito se veja vinculada não apenas ao caso a ser decidido, mas também aos elementos do sistema jurídico. Assim, critérios podem ser encontrados nos casos já decididos, permitindo a replicação de decisões a casos semelhantes.

Quando um caso serve como referência para criar conexões, a casuística se faz presente. O direito estrutura seus fundamentos decisórios em uma interconexão direta de decisões.

Surge a dogmática conforme os critérios que definem a similaridade entre os casos são ponderados e se transformam em parâmetros para criar conexões. Isso leva a um modelo de interconexão centralizada, onde diversas decisões, muitas imprevisíveis ou esquecidas, se baseiam em perspectivas já definidas e são guiadas por estes conceitos dogmáticos ao decidir (Luhmann, 1983).

A construção dogmática atravessa todos esses elementos do sistema jurídico, possibilitando a imunização do direito contra incongruências práticas.

Esta função é cumprida de diversas maneiras, como, por exemplo, definindo princípios, orientando a aplicação do direito, organizando hierarquicamente conceitos e integrando instituições através da definição de programas ou mesmo estabelecendo pressupostos, bases e limites para a argumentação jurídica.

3.5 O papel reconstrutivo da dogmática jurídica

Como sustentado no tópico anterior, a dogmática serve para assegurar que a generalização das expectativas de comportamento se dê congruentemente nas três dimensões do sentido, sobretudo quando, à primeira vista, elas pareçam não estar alinhadas. A dogmática, assim, é instrumento de condução do direito à harmonização entre institucionalização, normatização duradoura e fixação substancial de sentidos socialmente aceitos, como liberdade, propriedade, autonomia privada etc. Sob essa ótica, as premissas dogmáticas não constituem o sistema jurídico, mas orientam-no. Elas não têm um papel formativo, mas sim regulatório.

Em sociedades de alta complexidade, o sistema jurídico é um subsistema diferenciado, que possui independência funcional e se comunica com outros subsistemas, como o político, o religioso e o econômico. Por esta razão, é marcado por uma sequência autorreplicativa: o direito só pode ser substituído pelo direito, e não por políticas, economia ou religião, a menos que, de alguma forma, sejam estes filtrados pelo direito e se tornem campos juridicizados (Luhmann, 2016a).

Essa natureza autônoma e diferenciada confere ao direito sua auto-organização sistêmica, que o permite interagir de forma dialógica com outros subsistemas sem desdiferenciar-se. Há, no sistema do direito, um encadeamento entre seus elementos constitutivos, que se relacionam com os demais subsistemas sociais, o que demanda um controle de coesão em meio à complexidade, e cabe à dogmática administrá-la.

O pensamento dogmático é moldado de maneira a sistematizar, categorizar, segmentar e desmembrar. A dinâmica entre unidade e variabilidade é um desafio, sendo abordado pela dogmática através de critérios de sistematização. Assim, a dogmatização e a sistematização evoluem conjuntamente, reforçando-se mutuamente (Luhmann, 1983).

Ao sistematizar, a dogmática jurídica garante que, em sociedades complexas, o direito permaneça como um subsistema operativamente fechado. Esta singularidade se manifesta pelo fato de o direito ser autônomo, capaz de tematizar de acordo com sua própria semântica eventos que ocorrem em outros subsistemas. Tal controle é alcançado já que o direito, enquanto subsistema, define e distingue o que é direito do que não é (Luhmann, 1983).

Esse controle da diferenciação é canalizado e potencializado pela dogmática, que estabelece sistemas de categorização, que se alinham a técnicas e métodos predefinidos autorreferencialmente. A dogmática, assim, é capaz de, como método, decompor em partes seu objeto, distinguindo-o e descrevendo-o de acordo com suas próprias premissas cognitivas.

Nessa perspectiva, a dogmática propicia o contato das estruturas de expectativas contrafaticamente estabilizadas com uma argumentação discursiva que avança por meio de distinções, categorizações e organizações, atualizando os programas do sistema jurídico e os preparando para lidar com as demandas cada vez mais complexas do ambiente social do direito. Assim, a dogmática estabelece o encadeamento de proposições, de modo a promover abstrações replicáveis para a resolução de problemas futuros. Essa abordagem envolve processos como dedução, indução, inferência e analogia (Luhmann, 1983).

Partindo dessa construção, é possível relacionar a resolução de problemas com elementos diversos, criando um elo entre eles, valorando-os de maneira positiva ou negativa, um em relação ao outro.

Assim, a construção de uma dogmática jurídica sólida, conforme as características supramencionadas, é marcante em sistemas sociais que já desenvolveram certo grau de complexidade, onde o subsistema do direito serve como uma estrutura de resolução de conflitos e de condução de comportamentos no meio social, operando sem ser pressionado a desempenhar suas prestação orientado de

forma consequencialista. O direito, quando fincado em uma dogmática sólida, intervém em seu ambiente sem se preocupar com as repercussões dessa intervenção.

Isso implica em que o direito fincado em premissas dogmáticas bem estabelecidas focaliza seus esforços no fornecimento de diretrizes para a uniformização de expectativas e não para o alcance de resultados sociais específicos – é dizer, não serve como instrumento de *social engineering* (Luhmann, 2016a).

Assim, na resolução de conflitos, prevalece a perspectiva do sistema, embora operadores externos possam aspirar à utilização de suas estruturas com o objetivo de atingir determinados fins – o que não é vedado de maneira alguma –, mas esses fins permanecem confinados ao juridicamente possível.

Dessa forma, a autorreferência sistêmica, operando com a distinção igual/desigual, assegura a capacidade de determinar uma solução padronizada para cada caso específico, em vez de buscar atingir determinada consequência no meio ambiente.

Por essa abordagem, pode-se inferir que a questão da autonomia possui uma direção clara: ela é abordada do sistema para o ambiente. O essencial é compreender o que o sistema jurídico propõe em relação às informações adquiridas de outros sistemas sociais. Esta visão direcionada fortalece o sistema do direito, consolidando sua identidade como um sistema coeso.

A multifacetada natureza das informações colhidas do ambiente é, assim, sujeita a um controle por parte do sistema, que reduz e unifica a complexidade do sistema social. O principal símbolo dessa unidade é a ideia de justiça, que constitui a fórmula do sistema para lidar com a questão da contingência.

Daí surge a concepção de que a dogmática é uma manifestação da justiça, atuando em sua defesa. Por meio dela, todas as demandas do ambiente são direcionadas e postas em prática através das ferramentas dogmáticas. A definição predominante de justiça, independentemente de suas nuances específicas, é moldada

pelo contraste entre igualdade e desigualdade, exemplificada pelo tratamento igual entre casos iguais (Luhmann, 1983).

O modelo se alinha com a natureza das categorizações binárias com que trabalha o sistema do direito, possibilitando abordar questões formuladas em termos de direito/não-direito: a) o contrato é válido ou não?; b) houve vício do consentimento ou não?; c) operou-se a perda da pretensão pela consumação da prescrição ou não? Através da promoção de abstrações e de abstrações de abstrações, essas indagações podem ser abordadas de acordo com as estruturas e elementos internos do sistema, sem se ater a qualquer cenário específico (Ferraz Júnior, 2015).

Versando sobre o papel da dogmática de operar ligações e distinções para a promoção de abstrações e replicação de diferenciações, Tércio Sampaio apresenta o seguinte exemplo bastante elucidativo:

Assim, ao definirmos parentesco como a relação que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras, ou que descendem de um mesmo tronco, criamos uma diferenciação entre parentesco consanguíneo e entre os vínculos, como os por afinidade e o civil, respectivamente, o vínculo entre uma pessoa e os parentes do seu cônjuge e o que decorre da adoção, os quais são de novo ligados em nome de uma técnica que facilita a explicação e a compreensão da matéria. (Ferraz Júnior, 2015, p. 125-126).

Tal enfoque permite lidar com o avanço da contingência em sociedades complexas, pois promove, de certa forma, sua neutralização, o que possibilita ao direito manejar e acomodar amplas incertezas e divergências sociais. Esse viés age minimizando a pressão direta provocada pelas questões de distribuição de poder e recursos na sociedade, remetendo-as ao âmbito jurídico onde são mediadas e abstratizadas.

O desenvolvimento do direito demanda um esforço constante de detalhamento que, com o tempo, diminui a funcionalidade dos conceitos ou os supera, convertendo-os em noções gerais cujo propósito se limita a estruturar grandes segmentos do saber jurídico.

Isso conduz o profissional do direito a buscar novas estratégias de organização. Existem áreas de conduta humana que são reguladas por um conjunto de normas variadas. Estas formam uma entidade coesa baseada em sua área de aplicação, o que permite mencionar, por exemplo, a família, o contrato, a propriedade, a sociedade como centros unificadores de expectativas, às vezes originadas de diferentes códigos e áreas do direito, mas que juntas formam uma certa uniformidade regulatória (Maldonado, 2002).

Este tipo de categorização, fundamentada em critérios concretos, contrasta com aqueles baseados em conexões formais. Uma regulação desse último tipo forma, assim, um conjunto de relações baseadas em fundamentos extraídos da realidade.

Estas expectativas normativas contrafaticamente estabilizadas, considerando o tema em questão, ganham uma coesão, formando o que se poderia denominar de pensamento orientado por problema. É dizer, não existe uma única fonte de direito, mas muitas, moldadas por situações e interligadas através de abordagens pragmáticas com um objetivo de resolução de desacordos.

Com isso, o conceito tradicional de hierarquia torna-se opaco na representação da ordem jurídica, pois a produção do direito não segue uma linha reta, e as expectativas normativas adquirem significado mútuo com base em suas diferentes funções.

A estruturação dogmática do direito, então, transita entre tentativas de simplificar uma variedade conceitual em categorias fundamentais e a necessidade de distinção contínua, que às vezes desafia a intenção de consolidar todo o conhecimento jurídico em um sistema unificado.

Ela aparece como um esforço direcionado diante de um conjunto crescente e complexo de tarefas regulatórias. Dessa forma, a dogmática oscila entre unidade e distinção, evoluindo constantemente e se apresentando como um sistema em evolução.

CAPÍTULO IV – A JUSTIÇA FUNCIONALMENTE DIFERENCIADA COMO FÓRMULA DE CONTINGÊNCIA DO SISTEMA JURÍDICO

No sistema do direito, as decisões jurídicas são sempre tomadas no presente – nunca estão plenamente vinculadas ao passado. As decisões, dessa forma, alteram a dinâmica do que é possível ou não, considerando o passado como imutável e o futuro como aberto a mudanças.

Esta abordagem altera a percepção sobre a forma como as decisões são tomadas, considerando que os centros decisores devem ser capazes de engendrar um nível de padronização das consequências futuras e justificar igualmente suas decisões com base nelas.

A previsibilidade das consequências de uma decisão jurídica é limitada devido à interferência de outras decisões e à incompletude da informação. Essa incerteza gera a falsa percepção de que as decisões são guiadas apenas pelo passado. No entanto, a unidade do sistema jurídico depende do uso de distinções para lidar com paradoxos e validar suas operações, o que implica a necessidade de decidir mesmo em situações complexas.

Apesar da liberdade no processo decisório, as decisões não podem ignorar a diferença entre estes horizontes temporais. Elas são estabelecidas com base em condições existentes e envolvem a manipulação de diferenças, criando uma estrutura que só pode ser alterada dentro do próprio sistema jurídico.

As decisões jurídicas, como programas condicionais do tipo "se/então", onde a ativação de uma condição está no passado, mas a estrutura do programa está no presente, antecipando sempre um futuro de efeitos. Estes programas podem ser interconectados, formando estruturas complexas que permitem a incorporação de indeterminações, desafiando a noção de que decisões são exclusivamente baseadas no passado.

A produção da decisão pelo sistema é atribuição de sentido e está intrinsecamente ligada à rede recursiva de operações do próprio sistema. É necessário que o sistema jurídico siga uma racionalidade.

A segurança das expectativas permite o desempenho da função generalizadora e estabilizadora do direito e dela depende a previsibilidade das relações sociais, que deriva da capacidade do sistema jurídico de calcular e antecipar comportamentos.

A dogmática apenas pode ser enxergada como agente desta estabilização se for compreendida em conjunto com a ideia de justiça funcional que, entendida como componente produzido pelo sistema, serve de elemento potencializador desta calculabilidade antecipadora.

A padronização operativa do sistema é observada precisamente quando as relações sociais são reguladas por um único conjunto de estruturas programantes emanadas de um mesmo núcleo de atuação imparcial, dando ensejo a que possam ser dadas soluções não discrepantes a casos semelhantes.

4.1 Uma concepção não-axiológica de justiça

A legitimação do direito sob o olhar da teoria de Luhmann (2016a) é concebida a partir de uma estrutura procedimentalista, eliminando qualquer enfoque substancialista, definindo-a em termos de uma aptidão generalizada para a aceitação de decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de determinados limites de tolerância.

Indubitavelmente, a problemática da justiça, para Luhmann, precisa ser compreendida nessas mesmas linhas, afastando-se de qualquer direcionamento que procure estabelecê-la em valores éticos ou políticos, incorporando-a ao domínio sistêmico específico da sociedade complexa.

Tal posicionamento se justifica porque as concepções semânticas pré-modernas da sociedade se mostram impróprias para caracterizar o direito, pois são moldadas a partir de uma perspectiva estática e hierárquica do mundo.

Inicialmente, as diversas correntes jusnaturalistas se baseavam na diferenciação hierárquica entre direito natural e direito positivo, subordinando a validade deste último àquele. Sob um olhar moderno, o jusnaturalismo atribui à razão a base do direito natural.

Esta visão dualista entre o direito estabelecido pela sociedade, o direito positivo, e o direito natural, baseado na racionalidade humana, posiciona o último como superior ao primeiro. Dentro dessa estrutura de duas camadas, o direito positivo é estabelecido pelo homem, sendo organizado pelo direito natural, que é visto como inalterável, universal e acessível ao homem por meio da razão, intuição ou revelação (Bobbio, 2014).

Não é o objetivo deste trabalho realizar uma análise do jusnaturalismo e sua extensa evolução. Contudo, como já mencionado, apesar de todas as diferenças conceituais atribuídas ao modelo por vários autores que contribuíram para ele, observa-se que todos partem do princípio de que o direito natural antecede e serve como fundamento de validade para o direito positivo. Esta seria a base sobre a qual a noção de justiça é estabelecida.

Com a emergência da sociedade moderna e sua ruptura com a visão cosmológica e ordenação hierárquica do mundo, percebe-se o surgimento de visões que definem o direito pela sua positividade. Logo, com a impossibilidade de fundamentar a sociedade em uma ética compartilhada socialmente, também não seria possível buscar eficientemente os fundamentos do direito natural. O jusnaturalismo deixaria de ser adequado para ilustrar a estrutura social moderna.

A distinção chave no campo da teoria jurídica refere-se à alteração da hierarquia das fontes, com o direito positivo começando a ter como principal fonte a lei, e, por

ser estabelecido e validado por uma decisão, tornando-se mutável e contingente (Luhmann, 2016a).

A esse respeito, discorre Ulisses Schwarz Viana:

Exatamente aqui reside a rejeição de Niklas LUHMANN às concepções do direito natural que, para ele, partiam da assunção de que existiria uma ordem hierárquica das fontes do direito (*Rechtsquellen*). Tanto que na idade média, LUHMANN (1970: 191) aponta a distinção entre *lex divina* ou *lex aeterna*, em que se coloca a questão da transcendência, e a diferenciação entre *lex naturalis* e *lex humana* ou *lex positiva*, como confronto entre perfeição e imperfeição. Assim, já no contexto do direito medieval e, de certa forma, no jusnaturalismo moderno, conta-se com a ideia transcendente de uma possibilidade de aferição da perfeição do direito e de sua justiça, de um possível direito justo como perfeição cosmológica, racional ou correção moral (FINNIS, 2011: 166-169; DWORKIN, 2011: 400-409). E assim, em variadas perspectivas, de uma justiça que se poderia identificar com o modelo de perfeição racional (*Perfektionsbegriff*) de LEIBNIZ (1989: 20, 218, 220)²⁶², do qual LUHMANN extrai sua concepção de que o “sentido antigo de justiça” (LUHMANN, 1999: 378) se apresentava como *Muster von Perfektionsbegriffe* (modelos conceituais de perfeição), o que teria perdurado até o advento da modernidade. (Viana, 2013, p. 151-152).

A positividade do direito, como mencionado em tópico anterior, refere-se à sua natureza posta, isto é, estabelecida. Trata-se de uma mudança estrutural, cuja importância reside no fato de que sua vigência passa a estar vinculada a um fator variável – a uma decisão –, não mais se referindo a pressupostos morais ou de ordem natural. Por sua vez, o positivismo jurídico, que ganha força e se torna predominante na descrição do sistema jurídico, passa a ser a semântica pela qual se descreverá esse direito mutável e contingente (Luhmann, 2016a).

O positivismo jurídico pode ser visto como uma maneira de atribuir uma moldura científica ao estudo do direito, implicando o abandono de sua abordagem valorativa, por meio da separação entre juízos de fato e juízos de valor e excluindo esses últimos do âmbito científico (Bobbio, 2014).

Segundo Ulisses Schwarz Viana, para Luhmann, a positivação do direito:

[...] se apresenta como um necessário paradoxo normativo-cognitivo, em uma estabilidade que pode se tornar momentaneamente instável para se reconstruir em uma estabilidade adaptativa ao ambiente social. Ponto em que se coloca o fechamento operacional do sistema jurídico, como última única e última instância dos processos de construção daquilo que em dado momento da história do

sistema (dimensão temporal do sistema) foi decidido como direito válido. Ou seja, não obstante o sistema colher autorreferencialmente elementos externos (do ambiente) estes são 'decididos' e 'entendidos' por critérios exclusivos do sistema, regidos pela dogmática jurídica e pelos processos interpretativos do próprio direito. Não haveria, portanto, racionalidade – em sentido metafísico ou ontológico - que transcenda os limites autorreferentes do sistema em sua função de subsistema da sociedade que produz comunicações sobre questões jurídicas (Viana, 2013, p. 151-152).

Semelhante ao que foi destacado em relação ao jusnaturalismo, afirmou-se a tendência de se buscar um conhecimento jurídico orientado pela certeza e pela rejeição da suposição de um direito natural, inferido da “razão natural”, comum a todos os homens, a ser usado como fundamento de validade do direito positivo. A partir de então, pode-se afirmar que existe uma rejeição à ideia de que seja possível valorar o direito positivo, que começa a ser visto a partir de sua perspectiva descritiva.

O positivismo jurídico é, portanto, caracterizado pelo monismo, uma vez que apenas o direito estabelecido é reconhecido como direito, sendo inaceitável atribuir sua validade à sua possível correspondência com o conceito de justiça, que é tradicionalmente ligado ao plano normativo do direito natural (Kelsen, 1998).

Marcelo Neves aponta que, para Luhmann, torna-se irrelevante a busca de uma teoria da justiça suprapositiva, baseada em concepções axiológicas ou morais do direito. Nos dizeres do autor:

Pressuposto que a positividade do direito é inerente não apenas a supressão da determinação imediata do direito pelos interesses, vontades e critérios políticos dos “donos do poder”, mas também a neutralização moral do sistema jurídico, torna-se irrelevante para Luhmann uma teoria da justiça como critério exterior ou superior ao direito positivo: “Todos os valores que circulam no discurso geral da sociedade são, após a diferenciação de um sistema jurídico, ou juridicamente irrelevantes, ou valores próprios do direito” (Neves, 2012, p. 83-84).

Vale dizer, os pressupostos de um direito funcionalmente diferenciado não podem mais ser buscados em ordens absolutas, baseadas em concepções morais ou religiosas. Desde a modernidade, isso resultaria na impossibilidade de fundamentar o direito na "justiça".

Consequência disso é que a justiça apenas pode ser considerada a partir do interior do sistema jurídico, seja sob a forma de consistência decisória, seja sob a forma de complexidade adequada.

O caráter jurídico de uma ordem normativa específica é capaz de fazer prova de sua adequação em termos de justiça, pois, como esse critério é subjetivo, pode-se apenas afirmar a adequação de uma ordem jurídica às regras que a produzem (Luhmann, 2016a).

Luhmann defende um olhar diverso do das diversas abordagens jusnaturalistas e juspositivistas para a relação entre direito e justiça. O autor propõe uma abordagem alternativa, que considera a sociedade sob uma ótica sistêmica e funcional, ao mesmo tempo que reconhece a autonomia operacional dos diversos sistemas sociais que a compõem (Luhmann, 2016a).

O sistema jurídico, dentro desta perspectiva, como visto, não é mais uma mera manifestação de uma moral ou de uma ética pré-determinada, mas sim um autêntico subsistema funcional diferenciado do sistema social.

Esse sistema opera através de decisões, que são tomadas considerando a dualidade entre direito/não-direito. O direito é entendido, assim, como um mecanismo de gestão da complexidade social, atuando como um mediador na negociação entre estabilidade e mudança nas sociedades modernas (Luhmann, 2016a).

Dessarte, em Luhmann, a justiça, ao contrário do que se vê tradicionalmente em outras áreas do conhecimento que a tematiza, não assume um caráter valorativo pré-determinado, tornando-se apenas um símbolo de alinhamento da generalização de expectativas normativas, o que a relaciona intimamente à função de estabilidade das expectativas promovida pelo direito.

Isso nada tem a ver com uma norma superior, situada acima do subsistema jurídico, que permitiria sua avaliação crítica. Quando vista como um valor superior, a justiça perde sua conexão intrínseca com o direito e sua função.

Luhmann defende que a especialização funcional por que passou o sistema jurídico provocou um dismantelamento das condições que permitiriam referências a uma autoridade suprema, tornando a justiça não mais um ideal absoluto usado para medir o grau de perfectibilidade do direito positivo, mas a maneira pela qual o direito se autorregula.

4.2 A compreensão sistêmica de justiça

A concepção de justiça no sistema do direito é sempre contingente. Vale dizer, não se manifesta por meio de valores universais. A alteração do sentido das operações do sistema jurídico está sempre sujeita às tramas presentes na atual sociedade complexa, que é composta por sistemas altamente seletivos e diferenciados. A multiplicidade de opções sociais predomina (Villas Bôas, 2007).

A concepção de justiça desenvolvida por Luhmann, que se origina a partir dos conceitos de complexidade e contingência, não pode mais depender de padrões consistentes e confiáveis provenientes de uma certeza transcendental ou de uma asseguaração de um sujeito racional sobre a perfeição ou verdade adequada.

Isso coloca em xeque o conceito de uma justiça jurídica frente a um direito que se estabelece numa estabilidade que é constantemente desafiada pela sua própria capacidade de mudança. Em resumo, está-se diante de uma justiça que é considerada justa hoje, mas que, devido à contingência, pode apresentar-se como injusta amanhã, tudo isso dentro de um processo cognitivo-evolutivo de aprendizagem (Viana, 2013).

A ausência de referências firmes questiona a ideia de segurança que foi se erigindo de maneira artificial, incluindo a aplicação do “justo” como critério de verdade ou precisão especialmente nos processos jurídicos que visam à produção de decisões. Luhmann aponta que é algo incompreensível que um procedimento jurídico possa ter como objetivo produzir uma decisão exata (voltada à verdade e justiça), ou

seja, uma decisão singular que seja a correta. Isso ocorre porque, para Luhmann, não existiria uma entidade metafísica ou transcendental que pudesse conceder certeza acerca da precisão de tal decisão (Viana, 2013).

Dessa forma, refuta-se que possa a justiça servir – tal qual um elemento transcendental e, portanto, externo ao sistema social de que faz parte – como um critério de correção para assegurar a certeza e a precisão de uma resolução impecável para o problema submetido à apreciação do sistema jurídico.

Conforme já explicitado, a seleção promovida por sistemas funcionalmente diferenciados decide quais critérios sua comunicação enfatizará, e quais não. O sistema do direito, fundado em expectativas normativas, não considera sua inobservância como um dado aceitável, buscando sempre sua autoafirmação: a expectativa de que as estruturas normativas selecionadas pelo sistema serão respeitadas, ainda que contra a realidade fática, persistirá em seu entorno social.

A complexidade do ambiente, sempre crescente, demanda do sistema jurídico certos compromissos, os quais são difíceis de atender. Portanto, a função da justiça, enquanto fórmula de contingência do sistema jurídico, é remodelar essa complexidade para torná-la compatível com o sistema, permitindo que a tomada de decisões pelo direito esteja em sintonia com seu ambiente (Luhmann, 2016a).

O sistema do direito precisa converter a complexidade social em comunicação jurídica, e a partir desse ponto, canalizá-la para a tomada de decisões. Só dessa forma a decisão será adequada. Vale dizer, o subsistema do direito assimila a complexidade e a transforma em comunicação jurídica, que subseqüentemente leva à tomada de decisão.

Baseando-se em sua teoria de sistemas, Luhmann entende que a justiça, no seio da sociedade moderna funcionalmente diferenciada, seria implementada sob a forma de uma fórmula de contingência no sistema jurídico, cujo objetivo seria fornecer controles de consistência e adequação às decisões jurídicas. Isso implica em um tipo

de autorregulação do sistema jurídico que, embora não se alinhe com as demandas ambientais, implica em evitar o decisionismo.

Essa autorregulação, possibilitada pelo conceito de justiça, exige que sua função seja repensada. Vale ressaltar, contudo, que definir a justiça como fórmula de contingência é uma abordagem externa, ou seja, sociológica, como previamente mencionado. Dentro do sistema do direito, a ideia de justiça, de acordo com Luhmann, permanece sendo percebida como ideal ou como princípio (Luhmann, 2016a).

Visto a partir de fora, contudo, a integridade do ordenamento jurídico se concretiza por meio de sequências operacionais que autopoieticamente reproduzem o sistema. As operações têm a habilidade de avaliar sua relevância para o sistema, ou seja, possuem a capacidade de diferenciar entre sistema e entorno.

Essa diferenciação revitaliza a autorreferência, atualizando, assim, uma designação através da qual o sistema se autodenomina, diferenciando-se de todos os outros. O ciclo de autorreferência existente em cada operação deve ser reiterado a todo momento. Ele se expande linearmente na operação sucessiva do próprio sistema. Assim, o sistema se refere a si mesmo e emerge como um sistema autopoietico, com referências operacionais replicadas internamente.

O que importa é que o sistema se mostre capaz de identificar operações repetidas com o objetivo de simplificar a autorreferência pela repetição. Deve ele poder desempenhar esta tarefa sob circunstâncias sempre diferentes, ou seja, deve ser capaz de generalizar. Este processo complexo é uma unidade de consolidação e confirmação das operações recorrentes do sistema.

A consolidação pressupõe e sedimenta identidades. A confirmação produz similaridade em situações que, em cada instância, são distintas. No contexto do sentido, isso possibilita uma unidade de experiência de identidade e horizonte, um núcleo de atualidade com significado específico, remetendo a inúmeras outras possibilidades. Isso, por sua vez, leva à experiência no trato com o sentido (Luhmann, 2016a).

Para isso, o sistema do direito se vê pressionado a recorrer a referências estritamente locais, a textos específicos que, em cada caso, funcionem como direito vigente. O símbolo formal da validade jurídica facilita, como exposto anteriormente, a referência sistêmica sem caracterizar o sistema em termos de seu conteúdo.

Dessa forma, a unidade do código binário só pode ser representada como paradoxo. O paradoxo pode ser resolvido de várias formas, ou seja, pode transformar-se em novas distinções, o que acontece na forma de observação de segunda ordem, através da observação de outro observador.

Ao se afirmar que o sistema jurídico utiliza com exclusividade o código direito/não-direito, é possível especificar observações sobre o observador (o sistema jurídico) e seu código (a distinção direito/não-direito), conforme surja a necessidade, de modo que, ao final, se possa esquecer que a própria unidade da distinção está dada como paradoxo (Luhmann, 2016a).

Isso possibilita a operacionalização do código, reduzindo-o à relação formal de troca de valores (positivo/negativo), já que, adicionalmente, no contexto do sentido de uma distinção que pode ser distinguida, existem critérios factuais para questionar o valor positivo ou negativo.

A dogmática jurídica surge para esclarecer quais critérios devem ser aplicados, em cada caso, para diferenciar entre uma atribuição correta ou incorreta dos valores. Com isso, têm-se a sistematização do direito positivo, com suas regras e princípios.

Partindo dessa visão, o problema acerca da justiça no direito se altera radicalmente. Não pode ela servir para adicionar um terceiro valor – além de lícito e ilícito –, tampouco para designar o valor dos programas do sistema. Não se torna mais aceitável que as perguntas sobre a justiça do direito sejam vistas como questões éticas ou de legitimação do direito em meio à moral.

Embora seja inquestionável a qualidade ética da exigência moral de justiça, a teoria do direito não pode ficar satisfeita com essa solução. É que, como já

mencionado, o sistema do direito juridiciza as normas morais ao mencioná-las, o que faz utilizando-se especificamente de textos jurídicos.

Contudo, não é correto que o sistema jurídico deva abandonar a ideia de justiça. O que deve fazer é buscar em outro local sua fundamentação. Trata-se, a justiça, de uma representação da unidade do sistema dentro do próprio sistema, é dizer, trata-se de uma auto-observação e de uma autodescrição do sistema. Autodescrições devem ser acionadas em relação a programas para a comunicação interna sobre o que conta como observação no sentido das exigências de consistência do sistema jurídico (Luhmann, 2016a).

O próprio fato de que os programas do sistema jurídico possam ser descritos de modo tão diferente indica que os operadores de distinção ainda não estão fixados com precisão. O fato de que tal descrição diferente possa ser alcançada também se deve ao fato de que o sistema não pode ser descrito apenas no nível do código. As alternativas relevantes para o sistema são fixadas no nível do programa. O código permanece invisível, como um fundamento a ser assumido. Apenas no nível da programação é que, em relação à consistência interna, surgem questões de precisão na observação, questões estas que são dirigidas pelo critério da justiça, que, repise-se, representa a unidade interna do sistema jurídico, devendo orientar a comunicação interna deste sistema por meio de seu símbolo, assegurando-se de que os programas jurídicos estejam comprometidos com seu conteúdo. Isso leva à função da justiça no direito, que, devido à constante necessidade de aquisição de informação pelo sistema, adquire contornos totalmente diferentes daqueles imaginados por uma teoria ética do direito.

4.3 Justiça e a adequada complexidade do sistema jurídico

Em uma sociedade altamente complexa, garantir a justiça significa alinhar a complexidade social com a comunicação do sistema, ou seja, ajustar a complexidade

externa ao sistema jurídico para gerar uma comunicação adequada. A complexidade adequada é alcançada quando a comunicação social é reduzida ao código binário direito/não-direito, possibilitando decisões consistentes.

A diferenciação do direito deu ao sistema jurídico a capacidade de se especializar em termos de decisão e produzir comunicação jurídica autônoma. Esse entendimento reforça a ideia de que o sistema jurídico converte outras formas de comunicação em discursos jurídicos, que continuam a produzir mais comunicações jurídicas, simplificando a complexidade através do seu próprio código binário, processo representado pela forma de uma justiça enquanto adequada complexidade.

Falar em justiça como complexidade adequada significa estar diante de um conceito que apresenta uma dimensão interna e outra externa. Internamente, a tônica se posiciona nas operações autopoieticas do sistema jurídico e em sua complexidade estrutural submetida aos imperativos da recursividade e da eventual alterabilidade; externamente, em seu operar como unidade distinta, dotada de autonomia em relação a tudo aquilo que não é o sistema, ou seja, ao ambiente (Viana, 2013).

No cerne, o aparato jurídico está entrelaçado com a sociedade. Esta, por outro lado, contém outros subsistemas que emitem seus próprios sinais de comunicação. Quando se espera que o sistema jurídico desempenhe sua prestação a outros sistemas, ele assimila a comunicação externa e a converte em linguagem jurídica, simplificando a complexidade do conflito através da geração de uma comunicação no âmbito do direito. Entretanto, apenas a produção de uma nova comunicação não assegura a conformidade com a decisão proferida.

O sistema do direito pode, e isso é notável, através de interações do mesmo tipo, garantir que uma expectativa normativa estabilizada seja preservada com o passar do tempo. Isso implica que a justiça proporcionada pelo sistema do direito visa também adaptar outras formas de comunicação e, se necessário, a própria linguagem jurídica.

Contudo, a mera coesão interna das resoluções judiciais não as torna justas; é imperativo que estas possuam relevância social e complexidade adequada. É que a ideia de justiça vai além da mera consistência interna.

Portanto, para alcançar a justiça, a coesão interna precisa se moldar de forma a responder devidamente às múltiplas demandas do contexto externo. Esse é o duplo critério para abordar a justiça como mecanismo de contingência. Por isso, a justiça seria uma dinâmica interna que desafia o sistema direito: ela se manifesta como um processo distinto que permite ao direito ultrapassar seus próprios limites (Teubner, 2011).

Contudo, como pode a justiça, que parte de um processo de auto-observação dentro do sistema jurídico, ser capaz de ultrapassar o fechamento operativo do direito? A esse respeito, pontua Teubner que:

A explicação é a *re-entry* do extrajurídico no jurídico. Enquanto operações jurídicas constroem, com o auxílio de sua sequencialização, uma fronteira entre Direito e não-Direito, entre comunicação jurídica e outras formas de comunicação social, as auto-observações jurídicas utilizam esta mesma diferenciação “Direito/não-Direito”, só que dentro do mundo simbólico do Direito. Sempre que a diferenciação “Direito/não-Direito” (“não-Direito” no sentido de “extrajurídico”, não de “antijurídico”!) entra novamente na sequência de operações jurídicas, e que a argumentação jurídica é colocada em posição de ser capaz de diferenciar entre normas e fatos, entre atos jurídicos internos e atos sociais externos, entre conceitos jurídicos e interesses da sociedade, bem como entre construções internas da realidade de processos jurídicos e sociais, então é chegado o momento em que o discurso da justiça debate uma decisão sobre essas diferenciações e lança a questão sobre se as decisões jurídicas fazem justiça àqueles aspectos do mundo exterior da mesma forma como eles foram internamente reconstruídos” (Teubner, 2011, p. 30).

De acordo com Luhmann (2016a), a função primordial do direito é assegurar que as expectativas normativas se mantenham ao longo do tempo. Seus destinatários devem manter sua fé na implementação destas expectativas. As interações no campo jurídico é que vão assegurar – ou não – a continuidade dessas expectativas.

O direito trabalha com a perspectiva de que a sociedade seguirá adotando as expectativas normativas estabelecidas. Nesse contexto, a justiça é uma fórmula cujo papel é conferir estabilidade às decisões judiciais, diminuindo a complexidade social

externa. Conseqüentemente, as decisões judiciais tendem a ser binárias: permitido/proibido (Luhmann, 2016a).

Como mencionado, sob a ótica da teoria dos sistemas, a justiça não é vista como um valor supremo, mas como uma fórmula de contingência intrinsecamente ligada à realização da função do subsistema jurídico, ou seja, é um símbolo criado internamente. É vedado ao direito buscar a justiça para além de seus horizontes.

Assim, a justiça só pode ser entendida a partir do contexto interno do sistema jurídico, seja como complexidade adequada (justiça externa) ou como coesão de decisões (justiça interna).

Esta visão de justiça, livre de conotação de um valor supremo, concebe-a focada na questão da adequação da complexidade do sistema jurídico e na consistência de suas decisões (Viana, 2013).

É notável, assim, que a teoria dos sistemas propõe um conceito de justiça que se alinha à suposição de autorreferencialidade dos subsistemas autônomos que integram o sistema social, em contraste com teorias tradicionais de justiça que geralmente buscam um fundamento valorativo superior para criticar o direito positivo.

A sugestão de um valor supremo e, portanto, externo ao próprio subsistema jurídico, comprometeria sua autorreferencialidade, além de não atender aos propósitos funcionais inerentes a ele, já que a suposição de valores finais – como o de uma justiça inquestionável – afasta a autorreferencialidade desses valores dos subsistemas funcionais.

Isso implica que a suposição de uma ordem superior de valores impede a contingência, pois os valores absolutos, ao se refletirem, fornecem uma base que não é contingente, situando-se além das funções realizadas pelos subsistemas sociais (Luhmann, 2016a).

Em oposição, para a teoria dos sistemas, a justiça não busca medir a capacidade de aperfeiçoamento do subsistema jurídico, mas sim permitir a congruência generalizada das expectativas normativas.

Isso resulta em sua estreita relação com a realização da função desse subsistema, que se manifesta não como um símbolo absoluto, mas intrassistêmico, de determinação da apropriada coesão das decisões jurídicas.

4.4 A justiça como fórmula de contingência do sistema do direito

A ideia de justiça apresentada por Luhmann através da teoria dos sistemas diverge radicalmente das concepções convencionais de justiça. No contexto de uma sociedade funcionalmente diferenciada, Luhmann argumenta que o conceito de justiça, mais do que um ideal ou um valor supremo, deve ser entendido como uma fórmula de contingência, intimamente ligada à função do sistema jurídico.

Assim, embora Luhmann enxergue a justiça como complexidade adequada, isso revela apenas seu aspecto externo. A justiça em Luhmann também tem uma dimensão interna, manifestada na coesão entre decisões. Para ele, nessa concepção, a justiça aparece como uma fórmula para lidar com a contingência.

Con la diferenciación de sistemas funcionales particulares, se desarrollan fórmulas de contingencia (referidas a cada uno de ellos) que pueden afirmar lo que para cada sistema constituye lo específicamente indiscutible: por ejemplo, la escasez para el sistema de la economía, la legitimidad para el sistema político, la justicia para el sistema de derecho, la limitacionalidad para el sistema de la ciencia.¹¹³ Pero el hecho de que estas fórmulas estén ligadas a sistemas particulares de funciones deja abierto lo que significan en el conjunto de la sociedad. A partir de la mitad del Siglo XIX, la fórmula a la que ordinariamente se le pide redención es a la de los valores. Pero esta fórmula está también expuesta al mismo proceso de corrosión. Una vez colocada en el mundo permite que se hable de “transmutación de los valores” o de “cambio de valores” (Luhmann, 2006, p. 371).

Ao contrário de uma visão axiológica que busca no conceito de justiça um padrão para criticar o direito positivo, Luhmann propõe que a justiça, entendida como congruência generalizada de expectativas normativas, esteja centrada no sistema jurídico, focando na adequação da complexidade desse sistema e na consistência de suas decisões.

Falar em fórmula de contingência é assumir a perspectiva pela qual as condições para uma noção de justiça fundamentada no direito natural já não são mais suficientes. Não há uma inferência lógica de que o que é "natural" é "justo", como era suposto implicitamente na tradição jusnaturalista.

Diante disso, é incorrer em erro acreditar que apelar para a natureza seja a única maneira de criticar o direito positivo existente. A ideia de fórmula de contingência aponta uma direção diferente (Luhmann, 2016a).

As fórmulas de contingência assumem a forma de uma circularidade, referindo-se à distinção entre determinabilidade e indeterminabilidade. Sua função é exceder esse limite, utilizando fatores plausíveis e historicamente definidos.

Ao adotar essa perspectiva, Luhmann não apenas desafia as noções convencionais de justiça, mas também oferece uma compreensão alternativa sobre como a justiça pode ser concebida e praticada em sociedades complexas e diferenciadas.

Seu enfoque na contingência e na autorregulação do sistema jurídico, em vez de aderir a padrões fixos ou ideais inalcançáveis, destaca a necessidade de adaptabilidade e flexibilidade na busca da justiça.

Quando a teoria dos sistemas descreve a justiça como uma fórmula de contingência, ela lhe atribui o papel de gerenciar a complexidade do sistema jurídico, o qual enfrenta grandes desafios provenientes do seu contexto externo, em que os demais subsistemas sobrecarregam-no com uma pluralidade crescente de demandas,

o que só aumenta sua complexidade, necessitando de uma simplificação, sem que isso conduza a um isolamento dogmático baseado no fechamento cognitivo.

Gunther Teubner foi um dos que explicou com clareza e simplicidade o que significa compreender a justiça como fórmula de contingência, conceito essencialmente sociológico de apreensão bastante ambígua. Segundo o autor:

O que ele significa é que a tematização da justiça, sobretudo no sistema jurídico, ativa uma dinâmica social de irritação que torna drasticamente visível para todos a contingência do Direito: o Direito justo poderia/deveria ser de outro modo! A irritação da justiça começa já com a emergência dos conflitos sociais, prossegue por meio da sua tradução na linguagem artificial do Direito, na *praxis* da aplicação do Direito, nas táticas advocatícias, nos conflitos de interpretação, na tomada de decisão judicial, na imposição do cumprimento da lei, na observância às regras, e termina com a não observância das normas e decisões jurídicas, com o protesto dos homens e sua revolta contra a injustiça do Direito. Como a justiça atua nessas práticas? Não como regra, não como princípio, não como valor, e não como critério de decisão do Direito. Mas também não como um critério externo ao Direito, com auxílio do qual se poderiam mensurar as decisões legais, não como virtude moral, não como objetivo político, não como uma ideia reguladora, que poderia ser contraposta ao direito positivo (Teubner, 2011, p. 26-27).

As decisões do sistema jurídico estão sujeitas à avaliação tanto por meio de regras, princípios, valores e critérios internos quanto por meio de ideias e concepções externas. Contudo, no âmbito jurídico, a justiça não permite toda e qualquer avaliação. Embora em outros cenários a justiça possa ser considerada um valor entre muitos, no direito, ela se estabelece como uma fórmula de contingência (Teubner, 2011).

A justiça jurídica é empregada como a premissa orientadora central, indiscutível, e não se permite ser desafiada por qualquer outro princípio, seja ele jurídico ou não.

Na qualidade de fórmula de contingência no direito, a justiça mantém um status que é análogo ao de outras fórmulas de contingência em diferentes campos: legitimidade na política, Deus na religião, escassez de recursos na economia e limitação na ciência. A ideia de fórmula de contingência representa a proibição da negação, canonização e indiscutibilidade. Além disso, sua dinâmica expõe a procura

imperativa pelo irrefutável, ao ser vista como uma busca, invariavelmente gera novas contingências (Teubner, 2011).

A fórmula de contingência do sistema jurídico surge como um esquema necessário de busca por fundamentações, que apenas podem obter validade legal na forma de programas. Trata-se de uma auto-observação da unidade jurídica com base nos programas do direito que, mediante a ideia de "máquina histórica", manifesta-se nas infundáveis práticas de tratamentos iguais ou desiguais emprestados aos casos pelo direito (Teubner, 2011).

Pela distinção determinabilidade/indeterminabilidade, a fórmula de contingência faz referência às possibilidades de tratamento de ocorrências contingentes, ou seja, à possibilidade de processar informações tendo em vista a existência de outras possibilidades.

Neste contexto, a fórmula de contingência simboliza a unidade do sistema, com os olhos postos na função social por ele exercida e lhe permite ver sua própria contingência, na qual as decisões seletivas de estruturas no sistema e pelo sistema se abrem para novas possibilidades, à contingência em sentido luhmanniano, ou seja, como um *»auch-anders möglich-sein«* (também ser possível de modo diverso) (Viana, 2013, p.189).

A atribuição de unidade ao sistema através de uma fórmula de contingência proporciona a ele gerar conexões extremamente seletivas, capacitando-o para manejar sua própria contingência, conferindo operacionalidade as suas estruturas dogmático-decisórias ao diminuir a complexidade do ambiente social, que se incrementa a cada dia por estar em constante processo de mudança (Viana, 2013).

Tal perspectiva, oriunda de uma auto-observação do sistema pelo próprio sistema, em sua autorreferência, carrega a possibilidade de o sistema observar suas próprias limitações e o alcance real de suas operações, levando em consideração o aumento das improbabilidades de sucesso de suas operações.

Um sistema que processa suas operações internas por meio de informações sempre leva em conta outras possibilidades. No caso do sistema jurídico, essa

orientação para a contingência é reforçada à medida que o sistema já está imerso na positivação do direito. É concedido que todas as decisões jurídicas, todos os motivos e argumentos, podem assumir uma forma diferente.

A fórmula de contingência deve propiciar, de maneira imperceptível, a transição entre o limite do indeterminável para o determinável. Em outras palavras, a função da fórmula de contingência deve ser realizada de maneira latente. Sua revelação implicaria na evidenciação de um paradoxo.

A função de tornar paradoxos invisíveis, por sua vez, deve permanecer invisível. É exatamente isso que acontece quando as fórmulas de contingência se institucionalizam e se evidenciam por sua capacidade de adequação no sistema.

Ressalte-se que a fórmula de contingência do sistema jurídico não deve ser vista como um critério de seleção, isto é, não deve ser percebida sob a forma de um programa, pois a norma da justiça se colocaria ao lado de outros critérios de seleção do sistema e perderia sua função de representar o sistema no sistema.

Isso também significa que a norma de justiça deve ser aceita sem que se possa prever quais decisões resultariam de sua aplicação e quais interesses seriam por ela satisfeitos.

Assim, as fórmulas de contingência, nas quais a justiça se encaixa, têm a função de encontrar um ponto de equilíbrio que permita lidar com a complexidade imposta pelo ambiente sem sacrificar a integridade do sistema.

A justiça deve operar como um mecanismo que equilibra a proteção dos consensos normativos e a abertura cognitiva do direito à complexidade trazida por outros subsistemas sociais.

Implicando numa fórmula de contingência, a justiça atua para equilibrar os efeitos do isolamento operacional do direito, permitindo ao subsistema jurídico responder de forma coesa aos estímulos externos. Refere-se ela à interação do direito

com o ambiente, corporificando a complexidade adequada do sistema jurídico em face de demandas externas.

Não deve ser, a justiça, compreendida como uma terceira categoria no código binário do direito, pois comprometeria sua estabilidade. Como uma observação normativa voltada para programas condicionais, a justiça opera no nível da observação de segunda ordem, atuando como uma autodescrição do sistema jurídico, tornando-se, assim, irrefutável dentro desse subsistema.

Serve a justiça como uma orientação geral para os programas condicionais do direito, mas não é um programa em si; ao invés disso, fornece uma estrutura para justificar ou validar critérios que só são efetivados através de programas condicionais. Por isso diz-se que a justiça representa a unidade do sistema no sistema.

Nenhuma operação do sistema — e, menos ainda, nenhuma estrutura — deve ser excetuada da expectativa de ser justa; de outro modo se perderia a referência da norma à unidade do sistema. No entanto, em cada caso individual a norma da justiça deve transmitir uma orientação, e disso não se deve simplesmente concluir, com base no pertencimento da operação ao sistema jurídico, que a norma seja justa (Luhmann, 2016a, n. p.).

Cada decisão sobre matéria jurídica deve ser situada no âmbito de outras decisões preexistentes. É imperativo que a decisão considere como outros observadores visualizam o direito.

Exatamente porque as decisões precisam ser concebidas como contingentes, isto é, como tomadas de decisão, deve-se estar atento ao fato de que existe sempre uma relação de igualdade ou de desigualdade em relação às decisões anteriores.

O esquema igualdade/desigualdade introduz uma bifurcação no sistema que inclina-se à repetição. Trata-se de mecanismo que se baseia em pressuposições extremamente incertas acerca de um futuro igualmente incerto.

Por essa razão, uma segunda correção torna-se necessária, a fim de posicionar os casos práticos no contexto dos casos já ocorridos, e, assim, novamente gerar cenários abertos para decisões futuras.

Comparar a perspectiva de igualdade/desigualdade com relação a distinções, que precisam ser constantemente redefinidas, parece cumprir essa função. Adicionalmente, é viável efetuar comparações, seja olhando para trás ou para frente, das decisões, a fim de verificar a coerência das alterações e, assim, submeter as decisões a outros métodos de observação.

Somente quando essa prática é posta à prova pode o sistema jurídico se aceitar como um conceito de justiça pautado pela exigência de que os casos iguais sejam tratados como iguais e os desiguais como desiguais. Ao sistema do direito cabe determinar quais regras decidirão o que se deverá considerar igual ou desigual. Considerado em longo prazo, o resultado é a separação de uma reserva de termos e máximas, de princípios e regras de decisão que — ao serem manejados de maneira em parte formal e em parte crítica — chegarão a constituir os materiais que possibilitarão ao juiz rechaçar os argumentos *ad hoc* e *ad hominem* (Luhmann, 2016a, n. p.).

Apenas com a definição e constante redefinição da distinção igualdade/desigualdade, bem como partindo da ideia de que casos iguais sejam tratados como iguais e desiguais como desiguais – operações estas internas ao sistema do direito –, é que o material jurídico sedimentado pelas decisões anteriores se torna digno de replicabilidade, tornando-se apto para ser manejado pelo julgador que, a partir daí, terá condições de afastar-se de argumentos de racionalidade prática, axiologismos e consequencialismos, aplicando o direito conforme os ditames do direito.

A prática recursiva de operações jurídicas sobre os resultados de operações jurídicas similares em uma ampla gama de procedimentos judiciais pode ser entendida como o processo que, de maneira descentralizada, cria uma teia de decisões jurídicas, conceitos doutrinários e princípios, os quais, sob uma ótica "local", dão forma aos conceitos legais de justiça. A prática contínua de distinções no tratamento igualitário ou não de casos singulares atua como um mecanismo que separa nitidamente a igualdade jurídica da igualdade política (Teubner, 2011).

Proporcionar um tratamento igualitário aos iguais e um tratamento diferenciado aos desiguais aciona uma cadeia iterativa de distinções. Este mecanismo gerador, ou "máquina histórica", amplia continuamente a complexidade das estruturas jurídicas. Aqui, menos relevante é o tratamento igualitário de casos semelhantes. Ao contrário,

são as variações que se distinguem e prevalecem, assim como o tratamento diferenciado de casos não equivalentes, que instigam a procura por novas formulações no Direito e por uma justiça jurídica funcionalmente diferenciada.

CAPÍTULO V – O PAPEL EXEMPLAR DA DOGMÁTICA JURÍDICA NA CRIAÇÃO DE UMA JUSTIÇA FUNCIONALMENTE DIFERENCIADA

5.1 Redundância como fator de bloqueio da alopoiese e construção de uma justiça funcionalmente diferenciada

O sistema jurídico está sujeito a uma compulsão decisória, vale dizer, é obrigado a dar uma resposta a todas as demandas que lhe são formuladas pela sociedade. Isto resulta do princípio da vedação ao *non liquet* – não pode o juiz deixar de aplicar o direito sob o pretexto de que não há resposta nítida na ordem jurídica para prolatar seu veredicto.

Essa vedação recai sobre o Poder Judiciário como consequência de seu posicionamento no centro do sistema do direito. O sistema jurídico, por conta disso, se coloca na difícil posição de ser responsável por garantir decisões para todas as questões apresentadas a ele, devendo, além disso, assegurar justiça – em sentido tradicional – de suas decisões (Viana, 2015).

A impossibilidade de encontrar uma legitimação que ultrapasse as barreiras do sistema jurídico tem sua base na autopoiese do próprio sistema, em sua autonomia operacional e na necessidade de gerir e regular – internamente – as perturbações sistêmicas causadas pela crescente e vasta complexidade do ambiente social.

Há uma patente necessidade de ultrapassar a antiga visão do direito como guardião da justiça enquanto ideal ético ou como noção de excelência moral, levando à reflexão sobre a inaptidão prática da concepção convencional de justiça no direito como um modelo de perfeição lógica, com as consequências da idealização da justiça no sistema jurídico (Luhmann, 2016a).

Observa-se, assim, a inviabilidade de legitimar a atuação do direito a partir de uma idealização da justiça, bem como de alcançar um consenso sobre as mais variadas interpretações que este ideal pode comportar.

A legitimação do direito, na visão da teoria dos sistemas é algo intrinsecamente atrelado à institucionalização de procedimentos constituídos por etapas bem delineadas, com participantes desempenhando papéis definidos e pré-estabelecidos para a construção das decisões judiciais, ou seja, a aplicação do direito através de práticas institucionalizadas permite que se promova uma aptidão generalizada para aceitação de decisões sem conteúdo predefinido, dentro de determinados limites de tolerância (Luhmann, 1980).

É de se ressaltar contudo que, no contexto de um sistema jurídico autônomo e funcionalmente diferenciado, “legitimação” é autoconstruída, associando-se fortemente à consistência da argumentação legal (Luhmann, 1980).

Como ressaltado em tópico pretérito deste trabalho, o sistema autopoiético cria para si seus próprios horizontes, bem como seu próprio ambiente. Apenas assim consegue ele assimilar de forma controlada a complexidade ambiental sem dissolver-se no fluxo comunicacional geral de seu entorno, desdiferenciando-se (Viana, 2013).

Luhmann destaca que a comunicação dentro do sistema, onde as determinações jurídicas ocorrem, precisa se basear em uma decidibilidade que se alinhe com “argumentos sólidos”, referidos ao direito vigente, não sendo suficiente a argumentação do tipo *ad hoc* ou *ad hominem*, por exemplo. Veja-se:

Mais do que em qualquer outra parte, reconhece-se o processo de diferenciação do sistema do direito nas formas admitidas de argumentação e nas restrições formalistas e tradicionais. A diferenciação do modo de proceder do direito é apenas uma condição da possibilidade; a especificação do tipo e do modo como, no sistema do direito, faz-se referência argumentativa aos materiais jurídicos é o que constitui o verdadeiro portador da evolução do sistema do direito. Assim, instaura-se uma cultura de direito independente e diferenciável, ainda que contra a moral e o senso comum (Luhmann, 2016a, n. p.).

A decisão que segue premissas sistêmicas é interpretada dentro do sistema como justa, sobretudo porque é formada autorreferencialmente, conduzida por sua

lógica operativa. A decisão assim construída esquivava-se de influências ou diretrizes externas não mediadas pelo código direito/não-direito.

Nessa esteira, Ulisses Schwarz Viana (2013, p. 205) sustenta ser imprescindível que a função decisória do sistema jurídico seja interpretada à luz “[...] dos conceitos de redundância e variedade, como também da teoria da argumentação jurídica, da ‘justiça’ e da necessária fundamentação das decisões jurídicas”. Isso deriva da concepção de que a produção decisória judicial seja promovida em atenção ao código direito/não-direito, bem como deva refletir as estruturas sedimentadas de sentido, o que implica na preservação de sua funcionalidade.

Já se expôs que a abertura cognitiva do sistema jurídico é um desenvolvimento necessário para remediar a tautologização de sua autopoiese, processo que poderia ter lugar caso houvesse a radicalização de seu fechamento operativo. De outra forma, o sistema se fecharia sobre si mesmo em relação a seu meio ambiente, tornando-se “desatualizado”, o que, em última instância, levaria à perda de sua função.

Ocorre que a produção da decisão jurídica em dissonância com as premissas do sistema o coloca face a face à possibilidade da dissolução de sua autopoiese, o que ocorre quando as operações do sistema sofrem influência do decisionismo judicial, circunstância esta que detém grande potencial para ocasionar corrupção de códigos (sobreposição, intrincamento, justaposição, combinação etc.), favorecendo o ingresso não mediatizado de outras racionalidades no sistema jurídico.

O sistema passa a operar num estado de corrupção – sequestro *ad hoc* do desempenho de suas prestações por outros sistemas sociais. A produção e reprodução de seus elementos, em tal conjuntura, tende a responder a lógicas distintas que não a do sistema. Coloca-se em risco a autonomia e a positividade do direito, aniquilando-se a segurança em termos de expectativas e instaurando um estado de imprevisibilidade no que alude às decisões judiciais, com grande prejuízo à justiça enquanto fórmula de contingência do sistema jurídico.

Tematizando a relação entre os sistemas psíquicos e o sistema do direito, é possível defender que, embora os sistemas psíquicos se situem no ambiente extrassocial do direito, são eles os usuários qualificados das estruturas comunicativas do sistema da sociedade. Estão acoplados estruturalmente pelo *medium* da linguagem. Na teoria dos sistemas, a sociedade sem homens é apenas uma metáfora. Sem os sistemas psíquicos não haveria comunicação e, portanto, não existiria sistema social.

A ideia de comunicação classicamente é associada à transmissão direta de uma mensagem dentro de uma comunidade em que os sujeitos interagem uns com os outros de forma intersubjetiva. Esta concepção é, todavia, refutada pela teoria dos sistemas. Para Luhmann, a ideia de comunicação como transmissão direta é um produto do paradigma vétero-europeu da filosofia da consciência que remete à relação sujeito-objeto. Esta abordagem entende a consciência como uma estrutura transparente, acessível a outros sujeitos, sugerindo uma abertura capaz de promover a compreensão de uma racionalidade por outra.

Na semântica da teoria dos sistemas, a comunicação é apreendida não como uma ponte entre sujeitos, mas como uma forma estruturalmente acoplada à consciência e, portanto, ligada ao próprio processo de autopoiese. Ao passo em que a comunicação depende da consciência, ela não pode a ela ser reduzida.

Trata-se de uma seleção momentânea entre operações, um processo composto por observações. É dizer, cuida-se de um desenvolvimento repleto de contingência em que seleções eventuais são realizadas acerca do que é comunicado. O lado não demarcado de uma forma comunicativa sempre vem nela mesma engatado – a seleção de um dos lados da forma é algo que se dá sempre de forma contingente.

A comunicação, portanto, deve ser compreendida como a unidade de uma diferença. Todo processo comunicativo diferencia e sintetiza seus próprios elementos, a saber: mensagem, informação e compreensão – que traz sempre consigo a possibilidade da não compreensão. A comunicação dá-se apenas quando esses três elementos interagem simultaneamente.

A informação não deve ser compreendida como um produto da consciência, mas como operação interna do próprio sistema que observa a comunicação. A informação é, dessa maneira, uma distinção que informa uma diferença – uma diferença que faz a diferença. Assim, a comunicação não pode ser compreendida como um evento da consciência. Sistemas que participam em um processo comunicativo são *black boxes* em relação uns aos outros.

Todavia, sistemas psíquicos e de comunicação – como o sistema social –, embora permaneçam diferenciados uns em relação aos outros, em razão da relação de mútua dependência que há entre eles, devem participar em processos de comunicação. Contudo, essa dependência não implica em abertura recíproca.

Como sistemas autopoieticos e operativamente clausurados, os sistemas psíquicos apenas podem ligar-se a suas próprias operações, é dizer, pensamento apenas produz pensamento. Dessa forma, para que haja comunicação, há de se traduzir os pensamentos e ideais dos sistemas psíquicos de forma que possam irritar o sistema social, bem como suas operações comunicativas. É a partir dessa construção que a linguagem desempenha um papel decisivo.

A linguagem é o acoplamento estrutural capaz de vincular sistema psíquico e sistema social. Para a teoria dos sistemas, a linguagem não é encarada como um produto de operações do sistema psíquico. Ao invés disso, a linguagem promove a comunicação e é produzida pela comunicação. Trata-se de um *medium* que dá suporte à interpenetração entre sistema social e psíquico.

Para Luhmann, a “interpenetração ocorre, correspondentemente, quando, portanto, ambos os sistemas se possibilitam reciprocamente, levando ao outro respectivo sua própria complexidade pré-constituída” (Luhmann, 2016b, p. 241). Essa constatação vale, de modo especial, para a relação entre sistema psíquico e social. É que, conforme pontua o autor, os “sistemas sociais surgem com base nos ruídos produzidos pelos sistemas psíquicos [ao passo em que] a complexidade do ser humano

só pode se desenvolver inicialmente em relação aos sistemas sociais” (Luhmann, 2016b, p. 243).

Seres humanos são necessários para a compreensão e participação na produção dos fatos que atuam como informação em um contexto comunicativo. Em outros termos, a linguagem é o *medium* que possibilita que consciência e sistema comunicativo se interpenetrem reciprocamente, isto é, a linguagem torna possível a ambos os sistemas a realização de conexões seletivas entre os elementos um do outro, de modo que possam desenvolver-se mutuamente.

Sistemas comunicativos são baseados no encadeamento de operações comunicativas, mas devem ser constantemente irritados por elementos advindos de seu ambiente. Dessa forma, é impossível que o sistema comunicativo se desenvolva sem referência a seu exterior.

Nessa circunstância, ganha relevo o papel da linguagem, haja vista sua capacidade de conectar consciência e comunicação de forma que os sistemas envolvidos possam referir-se aos elementos uns dos outros, cada qual seguindo sua lógica interna.

Assim, para a teoria dos sistemas, a linguagem serve como catalisador para que a consciência processe pensamentos ou ideias de acordo com os padrões que regulam o uso linguístico. Ao mesmo tempo, a linguagem irrita a comunicação, permitindo sua otimização pelo acréscimo de capacidade para traçar novas distinções. Acerca disso, Luhmann pontua:

A linguagem tem a peculiar habilidade de compelir prática de distinções entre elocução e informação, de forma que sempre que se usa a linguagem, não se pode facilmente negar a intenção de comunicar; e ao mesmo tempo, qualquer coisa que se diga pode tornar-se tópico de uma nova comunicação (Luhmann, 1994, p. 22).

Como dito, embora consigam manter sua própria autonomia um em relação ao outro, o sistema social e o psíquico permanecem interligados em uma relação de dependência controlada e governada pelo acoplamento estrutural entre comunicação

e consciência – a linguagem. Isso implica na não negação do código binário que governa cada sistema.

A interpenetração e, portanto, o desenvolvimento desses sistemas só é possível por conta da natureza da linguagem enquanto *medium*, que serve de pré-condição para a formação do acoplamento estrutural. *Medium*, na semântica da teoria dos sistemas, significa uma relação frouxa de acoplamento entre elementos que possibilitam a constituição de formas – a unidade de uma diferença.

Trata-se de uma conjunção de elementos disformes e desordenados, porém identificáveis, que estão disponíveis no ambiente para a criação de formas. Para Luhmann, a linguagem enquanto *medium* é identificável apenas em seu uso concreto, momento único em que pode ser observada enquanto linguagem por um observador externo (Luhmann, 1994).

É no contexto do uso socioprático da linguagem que se constituem os processos necessários para a produção da comunicação. Esse desenvolvimento propicia o surgimento de variabilidade – informação –, o que, por sua vez, destautologiza o processo de autopoiese do sistema. O acúmulo informacional derivado desta construção torna-se, com a repetição, variabilidade, permitindo a evolução do sistema paralelamente a seu contexto social.

Gunther Teubner pontua que:

Transposto para o caso do direito, isto significa que a clausura autopoietica apenas poderá ocorrer quando um sistema jurídico constituir seus próprios elementos – actos jurídicos –, os quais operam como agentes de mudança, colocando em movimento o ciclo autopoietico “acto jurídico – mudança jurídica – acto jurídico”: forçando um pouco a nota, diríamos que apenas com a invenção do acto jurídico ganha o sistema jurídico sua autonomia. Todavia, isto não é ainda suficiente para obter a plena compreensão da natureza auto-reprodutiva do sistema jurídico. De facto, não apenas os actos jurídicos, mas verdadeiramente todos os componentes do sistema jurídico – estruturas, processos, limites, meio envolvente – devem simultaneamente ser auto-constitutivos e articular-se entre si de forma auto-reprodutiva (hiperciclo) (TEUBNER, 1989, p. 66).

Ignorar o acúmulo informacional ocasionado pela redundância é fator que propicia uma verdadeira insuficiência de desempenho seletivo no sistema jurídico, o

que implica em obstrução de sua autopoiese. Essa realidade se manifesta sob a forma de uma assimetria externa no plano da produção normativa. Vale dizer, o sistema do direito desenvolve com o ambiente uma relação hierarquizada, subordinando-se a ele e dele recebendo injunções não mediadas, reproduzindo-se segundo critérios outros que não os seus (Neves, 2018) .

O sistema jurídico, nesse contexto, passa a operar em estado de corrupção. Nessa circunstância, o direito deixa de comportar-se guiado pela semântica de seus elementos constitutivos – dentre os quais, os elementos condutores criados pela dogmática jurídica –, buscando referência em outros sistemas da sociedade. Seu código binário direito/não-ilícito é corrompido e passa a obedecer a lógicas estranhas como “lícito porque bom/ilícito porque ruim, lícito porque rico/ilícito porque pobre”. É o que se denomina alopoiese.

O que distingue um sistema autopoietico de um sistema alopoietico é o fato de o primeiro reproduzir-se a partir de si mesmo, extraído de seu fluxo comunicativo interno – textos jurídicos, primordialmente – o material utilizado para a produção de novas unidades, que serão articuladas posteriormente, de maneira seletiva, com os elementos constituintes de sua própria estrutura.

A partir do momento em que, com fundamento na polissemia dos vocábulos empregados pela legislação ou com base nas circunstâncias do caso, passa-se a admitir que o julgador lance mão de suas concepções subjetivas, ou que promova valorativamente o balanceamento dos direitos envolvidos, atribuindo sentidos arbitrários à comunicação jurídica, coloca-se em risco a própria função do direito.

Com isso, autoriza-se o recurso a consequencialismos, pragmatismos, axiologismos e a outras posturas que autorizam o juiz a buscar os elementos componentes de suas razões em outros subsistemas da sociedade, como o econômico, o político, o da intimidade, o da religião etc., sem qualquer mediação, negando autonomia ao direito, prejudicando sua decidibilidade e bloqueando o acesso à justiça funcional.

O sistema passa a produzir suas decisões referindo-se a operações, programas e a outros elementos advindos de outros subsistemas funcionais da sociedade, deixando assim de desempenhar sua função estabilizadora e generalizadora das expectativas normativas da sociedade, com enormes prejuízos para a certeza e previsibilidade e segurança jurídicas.

Daí a importância da coerência e da integridade das decisões judiciais que, na linguagem sistêmica, correspondem, grosso modo, à autopoiese e à autorreferência das operações do sistema do direito.

Deve o intérprete observar sempre os elementos hauridos de uma dogmática sólida, o que ocasiona a redução da contingência ao reduzir as possíveis opções de escolha no bojo da fundamentação.

Isso porque ignorar as diretrizes do sistema, com o objetivo de buscar justiça em cada situação individual, poder levar a injustiças, ao propiciar que se julgue casos semelhantes de maneira diferente. O direito se transforma em loteria, sujeito a fatores como sorte na atribuição de um caso a um juiz específico, resultando em decisões inconsistentes e até contraditórias (Viana, 2013).

Um bom exemplo do que aqui se analisa diz com o que ocorreu no bojo do julgamento do RE n.º 888.815/RS, onde o Supremo Tribunal Federal analisou a licitude da prática do homeschooling segundo os preceitos do ordenamento brasileiro. No homeschooling, também designado de educação domiciliar, pais ou responsáveis assumem a responsabilidade direta pela educação formal de seus filhos, podendo também selecionar outros instrutores para esta finalidade. Aqueles que o apoiam argumentam que o Estado não deve interferir na escolha dos pais sobre a educação dos filhos. Ou seja, a decisão de como educar os filhos deve ser prerrogativa dos pais, sem necessidade de intervenção governamental.

O termo homeschooling é frequentemente usado como sinônimo de ensino domiciliar. Todavia, o Ministro Alexandre de Moraes, sensível à necessidade de se estabelecer um sentido estritamente jurídico ao instituto, permitindo sua regulação

uniforme e coerente com as premissas do direito brasileiro, em seu voto no julgamento do RE n.º 888.815/RS⁶, buscou erigir as bases de uma construção dogmática daquilo se pode considerar ensino domiciliar.

O julgador destacou que o instituto pode comportar quatro categorias bastante distintas: a) desescolarização radical; b) desescolarização moderada; c) ensino domiciliar puro e; d) o homeschooling em sentido estrito (ensino domiciliar utilitarista ou por conveniência circunstancial).

Além disso, o Ministro Alexandre de Moraes distinguiu o homeschooling da desescolarização, ou unschooling. No homeschooling, crianças ou adolescentes aprendem em casa os mesmos conteúdos ensinados em escolas, seguindo um dos objetivos mencionados ou por conveniência dos pais ou do aluno. Já o unschooling, ou desescolarização, implica na escolha dos pais de não fornecer escolarização formal, permitindo que a criança decida seu próprio caminho educacional.

Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes esclareceu que a Constituição Federal de 1988 proíbe três das quatro formas de ensino domiciliar: desescolarização radical, moderada e ensino domiciliar puro, pois elas excluem o Estado de seu papel na educação. Por outro lado, a Constituição não proíbe o homeschooling. Esta modalidade pode ser implementada pelo Congresso Nacional, respeitando princípios, preceitos e regras constitucionais aplicáveis à educação, incluindo: ensino básico obrigatório dos quatro aos dezessete anos (art. 208, I); existência de um currículo mínimo (art. 210); observância da convivência familiar e comunitária (art. 227).

Observa-se, desde aqui, de maneira bastante clara, um esforço de abstração dogmática para a criação de categorias jurídicas standardizadas, estabelecendo a) conceitos; b) relações entre conceitos e; c) relações entre conceitos, textos e normas jurídicas.

⁶ Para um maior aprofundamento acerca do tema, consultar o paradigmático voto do Ministro Alexandre de Moraes no Recurso Extraordinário nº 888.815, da relatoria do Ministro Roberto Barroso, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp>. Acesso em: 17 dez. 2023.

É a partir da sensibilização do sistema jurídico a este tipo de construção, bem como de sua estabilização e reutilização em decisões futuras que a dogmática se dissemina e se cristaliza pelo sistema jurídico, promovendo um critério de replicabilidade que propicia as condições de possibilidade para a criação de uma justiça funcionalmente diferenciada que se coloca a serviço do tratamento da contingencialidade do sistema jurídico.

Possibilita-se, com o emprego desta distinção, que se opera com enfoque em um passado generalizado, a estabilização da temporalidade da decisão judicial, atuando como catalizador da aplicação da justiça da decisão enquanto fórmula de contingência do sistema, propiciando tratamento igual a casos iguais.

A produção de sentido precisa ser consistente, é dizer, não casuística, o que implica na rejeição das circunstâncias factuais, sinalizando para a uniformidade dos casos em análise. Casos semelhantes exigem julgamentos semelhantes. Do contrário, produz-se uma situação de “injustiça” devido à própria execução da lei ao avaliar de forma diferente casos que são iguais.

Eis o cerne da operatividade do sistema e da funcionalidade da justiça como fórmula de contingência, o que, em essência, implica na ênfase à igualdade, não no sentido de tratar pessoas igualmente, mas na igualdade de julgamento de casos (Viana, 2013).

5.2 Sobre a importância da dogmática para a justiça da decisão

No sistema do direito, a decisão jurídica, qualquer que seja ela, por mais que soe incômodo afirmar, não é determinada pelo passado. A decisão opera dentro de sua própria construção, que só é possível no presente. Porém, a decisão afeta o futuro. Ela cria ou elimina opções que não estariam disponíveis sem ela.

A decisão considera o passado como imutável e o futuro como mutável, e é por isso que ela muda a relação de determinação. Ela não se deixa ser definida pelo passado, mas tenta influenciar o futuro para torná-lo expectável. É natural que os tribunais levem em conta as consequências de suas decisões e tentem justificá-las, valorando essas consequências.

Na verdade, as consequências exatas das decisões jurídicas não podem ser previstas, pois outras decisões interferem e a informação disponível nunca é completa. Talvez isso explique a ilusão de que, no sistema jurídico, a decisão possa ser definida pelo passado, através do procedimento.

É por isso que a unidade do sistema jurídico só pode ser construída com o uso de distinções. Isso significa que, em relação às consequências, somente por meio desse modo de decidir o sistema pode ter seu símbolo de validade; significa também que ele precisa ter a capacidade de se forçar a decidir quando o paradoxo direito/não-direito não puder ser solucionado (Luhmann, 2016a).

Por essa razão, faz sentido para as operações do sistema, no nível de programação da decisão, distinguir entre passado e futuro. Apesar de toda a liberdade que o sistema se concede em referência à situação decisória dada, nenhuma decisão pode ignorar a diferença entre seus horizontes temporais presentes e futuros.

Portanto, ao estabelecer suas decisões, o sistema procede com base em condições dadas e com base em diferenças a serem reproduzidas, ou ainda em diferenças a serem reduzidas. Em ambos os casos, o sistema está lidando com o reforço artificial de uma estrutura que precisa ser introduzida e pode ser alterada apenas no sistema. O que ocorre é uma espécie de absorção antecipada e generalizada de incertezas – redução e aumento de complexidade.

Isso porque a decisão judicial se dá, conforme Luhmann, sob a forma de programas condicionais do tipo se/então. Significa dizer que o que não é permitido – o que é iniciado pela condição mencionada – é proibido.

A condição para ativar um programa condicional está, em relação à operação ativada, no passado, mesmo que o programa esteja estruturado no presente e, portanto, também tenha que pressupor um tempo futuro, em que produzirá seus efeitos.

Programas condicionais podem ser interconectados sequencialmente, de forma que a execução de um programa seja o sinal que ativa o próximo. Isso pode desdobrar programas complexos e encadeados, o que não exclui que indeterminações sejam incorporadas novamente e a cada vez.

A indeterminação pode ser estabelecida tanto na cláusula "se", quanto na cláusula "então", o que demonstra que a determinação de uma decisão exclusivamente pelo passado é uma falácia que não se sustenta na realidade das operações do sistema. O que determina a decisão jurídica como programa condicional é sua preponderante orientação pelo passado, jamais sua determinação (Luhmann, 2018).

Nesse contexto, embora a prolação da decisão judicial e, portanto, a atribuição de sentidos que o intérprete perfaz no momento operativo da produção de seu sentido normativo seja um processo que se liga intrinsecamente ao passado, é importante frisar que sempre há um momento de antecipação do sentido. Não existe sentido neutro. A atribuição de sentidos nunca acontece em um vazio existencial: depende de algo prévio.

Desde o princípio, o intérprete já está lidando com um conjunto de elementos e categorias que o leva à decisão. Dessa forma, o texto jurídico só pode ser interpretado diante de sua aplicação, ou seja, diante de um fato ou de um caso específico. Não é possível compreender verdadeiramente um texto sem aplicá-lo.

A aplicação é a própria normatização do texto jurídico. A decisão judicial é o resultado de sua própria interpretação, que ocorre diante de um caso, síntese da abertura cognitiva com o fechamento operativo do sistema.

Assim, a decisão judicial, fruto da atribuição de sentidos, não é mera subordinação de um caso a uma regra geral, ou mesmo a um passado dado, mas um salto que supera qualquer dualismo metafísico. A interpretação já se antecipa e se aviva na aplicação, ao permitir a articulação dos componentes do sistema em um todo chamado sentido. O sentido surge dessa fusão, dessa síntese.

Em outros termos, a produção da decisão judicial pelo sistema jurídico, e conseqüentemente a atribuição de sentido que ocorre nesse processo, está intrinsecamente ligada à rede recursiva de operações do próprio sistema.

Não há sentido preexistente ou neutro, mas sim um processo contínuo de atribuição de sentido que ocorre na interação entre os componentes do sistema jurídico e de seu ambiente. A interpretação destas operações surge como resultado desse concatenamento, que é guiado por complexas relações entre os elementos do sistema.

Para tomar uma decisão, o sistema jurídico necessita realizar uma seleção de informações relevantes do ambiente, levando em consideração sua estrutura e suas próprias operações. A compreensão ocorre por meio de uma pré-seleção operativa, baseada em códigos e diferenciações próprias do sistema jurídico.

O intérprete, como consciência acoplada a esse sistema pelo *medium* da linguagem, possui uma pré-compreensão que é herdada, em grande medida – embora não o seja exclusivamente –, das operações do sistema e do código que orienta suas interações.

O sistema jurídico não opera de maneira isolada, mas sim em relação a outros sistemas sociais, como o político, o econômico e o educacional. A implementação de programas jurídicos ocorre em um contexto de complexidade social, no qual há uma interdependência entre os sistemas e suas operações. A decisão judicial é o resultado dessa interação complexa, emergindo como uma resposta específica às demandas colocadas pelo caso concreto.

A interpretação da decisão jurídica não busca revelar um significado objetivo ou ontológico, mas sim realizar uma operação de diferenciação e atribuição de sentido dentro do sistema jurídico. O intérprete, como operador desse sistema, não é livre para atribuir sentidos de forma arbitrária, mas está condicionado pelas próprias estruturas e operações do sistema.

Dessa forma, a decisão judicial é uma construção do sistema jurídico, no sistema jurídico, uma resposta que se encaixa na lógica de suas operações e nas demandas específicas do caso em questão. A atribuição de sentido ocorre no âmbito do sistema jurídico, considerando sua complexidade interna em relação à complexidade do ambiente e suas relações com outros sistemas sociais.

Em face disso, a síntese interpretativa que resulta na formulação da decisão não é fruto de um processo reprodutivo, tampouco produzida de forma absolutamente livre pelo decisor. É impossível ao operador se livrar do hiperciclo da autopoiese do sistema.

Não é correto afirmar que, diante de textos vagos e ambíguos, os juízes podem tomar decisões interpretativas sobre o significado da norma e, nesse momento, utilizar a discricionariedade judicial como meio de integração do direito. Isso implicaria em um decisionismo contrário à estabilização das expectativas.

A construção do sentido jurídico é algo que está intrinsecamente ligado à natureza histórica do sistema. Os critérios para distinguir o direito do não-direito são baseados em um processo de cognição ambiental, mas não se restringem apenas a isso. O direito é uma estrutura pública construída em um contexto intersistêmico, mas sua lógica é dependente da construção interna de uma complexidade adequada, produzida para lidar eficientemente com as demandas sociais que lhe são impostas.

O estabelecimento de significados é, assim, um processo que ocorre na comunicação entre sistemas ou partes de um sistema. Em um contexto de biestabilidade, os critérios utilizados para distinguir um valor positivo de um negativo

são baseados em um processo de seleção, que depende da presença de um código binário bem definido no interior do sistema.

O direito, como um sistema social funcionalmente diferenciado, é uma estrutura autopoietica. A interpretação, que sempre envolve redução de complexidade desestruturada, deve ser também o resultado de uma distinção. Toda operação interpretativa, ao ser realizada, ressuscita e duplica o dilema da contingência.

É importante ressaltar que, no contexto acima apresentado, o texto e a norma não podem ser compreendidos isoladamente um do outro. Eles estão intrinsecamente interligados e dependem um do outro para serem compreendidos em sua totalidade. O texto só pode ser compreendido na sua relação com a norma, e a norma só pode ser compreendida a partir do seu texto. Essa interdependência entre texto e norma é essencial para uma compreensão adequada do direito.

Com efeito, o texto do enunciado juspositivo é *alográfico*, isto é, não se completa no sentido a ele emprestado pelo seu autor. Segundo Eros Grau (2021, p. 38), “a completude do texto somente é realizada quando o sentido por ele expressado é produzido como nova forma de expressão”.

A partir de então, o sentido expressado já não é mais texto: é norma. Conforme o autor, a interpretação se completa quando o intérprete reconduz ao texto dados oriundos da realidade e dos fatos. Em outros termos, quando opera sua inserção na vida.

A interpretação é atividade que envolve um processo intelectual consistente em, a partir das expressões linguísticas presentes em textos, declarações, enunciados e disposições, chegar-se à fixação de um conteúdo normativo específico. É uma atividade direcionada à geração de significados expressos a partir de enunciados semânticos (Grau, 2021).

A norma, fruto da interpretação, emerge no contexto da aplicação e é caracterizada pela autorreferência. O sentido normativo possui uma dimensão

histórica e contempla uma perspectiva que parte da memória sistêmica, isto é, processa informação com auxílio de redundância, aumentando os próprios estoques informacionais do sistema.

É inegável a importância da abertura cognitiva, da contingência e da intersubjetividade, bem como do fechamento operativo do sistema na criação do sentido pelo próprio sentido, em todo e qualquer processo interpretativo.

Nesse processo, a linguagem desempenha um papel fundamental, pois possibilita o estabelecimento de autorreferência e de reflexividade no sistema, o que produz compreensão.

Ela – a linguagem – funciona como mecanismo de acoplamento estrutural que une o sistema psíquico – o intérprete – e o sistema de comunicação – o direito –, promovendo um elo de interdependência e interação entre os componentes internos desses sistemas e entre os elementos constitutivos um do outro reciprocamente.

A reflexividade exerce aí um papel fundamental para a produção de uma compreensão adequada, permitindo refletir sobre as operações e a contingência envolvidas na interpretação e aplicação do direito, evitando reducionismos e garantindo uma abordagem mais completa e contextualizada.

Não sem razão, Luhmann (2016, p. 95), articulando o papel da reflexividade em relação ao problema da produção do sentido, pontua que:

Somente com a reflexividade social, somente quando se trata do vivenciar o vivenciar e o agir de outros sistemas, leva-se em consideração a forma especial do processamento de sentido chamada de "compreensão" (*Verstehen*). [...] Pode-se formular o mesmo estado de coisas mediante o emprego do conceito de observação. Observação é todo operar com uma distinção; observação é também, portanto, a operação básica da compreensão. Mas a compreensão acontece somente quando se emprega uma determinada distinção, a saber, aquela entre sistema e ambiente (e não apenas entre forma/tudo, texto/contexto), e se projeta nessa distinção o sentido reproduzido de modo autorreferencialmente fechado. Somente quando tomados em conjunto o conceito de sentido, a concepção sistema/ambiente e a autorreferência, e que se esclarece o domínio de aplicação da metodologia especial para a compreensão.

O sistema psíquico se refere às estruturas e processos mentais individuais, como percepção, pensamento, emoções e experiências pessoais. É o domínio da subjetividade e da consciência de cada indivíduo.

No entanto, o sistema psíquico não é autossuficiente e precisa se relacionar com o ambiente social para obter informações e se comunicar com outros indivíduos. Por outro lado, o sistema da comunicação é um subsistema social que opera através de processos de comunicação, como fala, escrita, gestos e símbolos.

A comunicação é uma operação social que envolve a transmissão e a troca de informações, significados e símbolos entre os indivíduos. Através da comunicação, os indivíduos podem compartilhar conhecimentos, valores, normas e experiências, possibilitando a construção e a manutenção da sociedade.

A linguagem desempenha um papel crucial como o meio principal dessa comunicação. Ela é um sistema simbólico complexo, composto por palavras, estruturas gramaticais e regras de uso, que permite a expressão e a compreensão de significados, sendo assim capaz de representar e comunicar uma ampla variedade de conceitos, ideias e experiências.

Através da linguagem, os indivíduos podem expressar seus pensamentos, emoções e intenções, bem como interpretar e compreender as mensagens dos outros. A linguagem atua como um mecanismo de acoplamento estrutural entre o sistema psíquico e a comunicação, permitindo que os processos mentais individuais sejam traduzidos, articulados e compartilhados com outros sistemas da sociedade.

Essa relação de acoplamento estrutural entre o sistema psíquico e a comunicação é bidirecional. O sistema psíquico influencia a forma como os indivíduos utilizam e interpretam a linguagem, levando em consideração sua bagagem de experiências, emoções e crenças pessoais.

Ao mesmo tempo, a linguagem molda e estrutura o pensamento e a percepção dos indivíduos, influenciando suas formas de interação social e de compreensão do

mundo, desempenhando um papel essencial na construção e na manutenção da sociedade, permitindo a transmissão de significados, a coordenação de ações coletivas e a criação de um mundo simbólico compartilhado pelos indivíduos. É dessa forma que a linguagem contribui para o controle das decisões judiciais.

Para pôr em movimento a compreensão do sentido do texto, que é a norma, mostra-se imprescindível transcender a mera generalização dos conceitos. A esse respeito, Eros Roberto Grau (2021, p. 150) professa que:

Os conceitos jurídicos não são referidos a objetos, mas sim a significações. Não são conceitos essencialistas. O "objeto" do conceito jurídico não existe "em si"; dele não há representação concreta, nem mesmo gráfica. Tal objeto só existe "para mim", de modo tal, porém, que sua existência abstrata apenas tem validade no mundo jurídico quando a este "para mim", por força de convenção normativa, corresponde um – seja-me permitida a expressão – “para nós”.

De fato, apenas com a uniformidade do reconhecimento de uma determinada significação dogmático-conceptual, poderá um conceito jurídico prestar-se ao cumprimento de sua função, que é permitir a aplicação de normas jurídicas com um mínimo de segurança e certeza (Grau, 2021).

Igualmente, deve ser reconhecida a necessidade de se transcender as posturas meramente cognitivistas, caudatárias de um vetusto racionalismo iluminista, que põem a tônica do fenômeno da interpretação na figura do sujeito racional.

É preciso ter em mente que os termos linguísticos são a expressão de conceitos e, enquanto expressão, constituem-se em meros signos, que apenas são remetidos a objetos, e não objetos propriamente ditos, de modo que apenas cumprem um papel intermediário de produzir “na mente do intérprete alguma coisa (um signo ou quase-signo) que também está relacionada ao objeto não diretamente, porém pela mediação do signo” (Grau, 2021, p. 151).

A indeterminação dos conceitos se resolve no caráter de historicidade. Do ponto de vista epistemológico, conceitos são atemporais e se interrelacionam, interconectando-se uns aos outros no interior de categoriais determinadas.

Texto, realidade e linguagem são elementos interdependentes e inseparáveis. A compreensão do sentido jurídico depende do texto e vice-versa. Essa interdependência é essencial para superar dicotomias metafísicas presentes no processo de aplicação do direito. A diferença entre texto e significado jurídico implica que eles estão intrinsecamente acoplados estruturalmente, funcionando como subsistemas interconectados.

Reconhecer essa diferença permite ao operador compreender que o sentido jurídico não está contido de forma absoluta no texto, nem que o sentido do texto pode ser totalmente dissociado da norma. Essa compreensão mais profunda do processo de interpretação e aplicação do direito ajuda a evitar reducionismos e a lidar de maneira mais adequada com a complexidade social.

É importante ressaltar que o texto que compõe a norma não é apenas um enunciado linguístico: nenhum texto se resume apenas a isso. Cada texto se relaciona a um conteúdo. No âmbito do direito positivo, os textos são vocacionados a produzirem normas. Portanto, a compreensão da norma não pode ocorrer sem o texto que a contém.

É importante ressaltar que, diante disso, a promoção de censuras significativas promovidas pela evidenciação dos conteúdos dogmáticos – hauridos de teses, dissertações, manuais, artigos científicos, argumentação jurídica – deve ser capaz de desempenhar um papel relevante na explicitação da norma jurídica, uma vez que implica a necessidade de o intérprete se ater àquela redundância informacional já adquirida, repetida e estabilizada no seio do sistema jurídico.

Essa censura deve dirigir-se, proeminentemente, à consciência do intérprete, que se acopla por meio da linguagem ao sistema do direito. A compreensão da produção da norma de decisão não pode ser percebida como um exercício arbitrário, mas sujeito a determinados elementos impressos na memória do sistema.

Para Luhmann (2016, p. 121), “é incorreto (ou, mais suavemente: é um antropocentrismo escolhido incorretamente), quando se atribui à ancoragem psíquica,

quer dizer, à ancoragem da consciência, um tipo de prioridade ontológica em relação ao social”.

Entende o autor ser equivocado buscar um portador autorizado para o sentido, pois este último é que carrega a si mesmo, e somente as formas de sua reprodução são capazes de conduzir a diferenciação das estruturas psíquicas e sociais.

O operador jurídico deve compreender que sua tarefa não é meramente impor seus próprios pontos de vista ou preferências pessoais, mas sim encontrar uma interpretação que seja aceitável e compartilhada dentro do contexto normativo e social vigente. Isso requer uma análise cuidadosa das tradições jurídicas, dos valores fundamentais da sociedade e das expectativas intersubjetivas em relação ao sentido e à aplicação.

O sentido, conforme explicita Luhmann, introduz-se sempre numa sequência que envolve a compreensão de outro sentido, e que aparece então como comunicação. Conforme explica o autor, “a respectiva atualidade do próprio sentido já o determina, pois o sentido é sempre formado autorreferencialmente e, nisso, sempre inclui a remissão a outro como via de remissão a si mesmo” (Luhmann, 2016b, p. 121). Não existe, assim, um portador privilegiado, tampouco um substrato ôntico de sentido.

Assim, o intérprete deve considerar as perspectivas coletivas e as concepções compartilhadas do sentido. Ao internalizar essas limitações, o intérprete busca evitar abordagens subjetivas e solipsistas que possam comprometer a coerência, a estabilidade e a legitimidade do sistema jurídico. Evitam-se os aportes metafísicos. Nem o primado da consciência, nem a plenipotenciaridade do ser.

No sistema clássico da metafísica ontológica é empregado o esquema binário da lógica, a fim de separar e conectar o ser e o pensamento. Por um lado, no nível da formulação linguística, o pensamento possibilita para si distância, desvio, contradição; por outro, a lógica, proibindo a contradição, serve à eliminação daquilo que no pensamento desvia do ser. Como consciência, o pensamento torna-se consciente e caracteriza negativamente a si mesmo, na medida em que desvia do ser, como erro, como engano. [...] Com base na moderna metafísica do sujeito, que parte da subjetividade da consciência, não se tem desenvolvido para esse ajuste representações em última instância convincentes - talvez, sobretudo, porque a oposição entre ser e pensamento não se deixa desenvolver em direção a uma oposição entre ser e consciência subjetiva. Tentou-se isso ou, mais

especificamente, tentou-se pensar a própria consciência subjacente ao ser (*subjectum*) como desprovida do ser (Luhmann, 2016b, p. 121).

Refutando ambos os paradigmas metafísicos clássico e moderno, deve o intérprete reconhecer que sua atividade de interpretação está enraizada em uma prática social complexa, na qual existem múltiplos atores e perspectivas em constante interação.

Essa consciência impede tanto a adoção de posturas individualistas, nas quais o operador consideraria apenas suas próprias convicções pessoais como medida do sentido da norma, quanto ao perfilamento de posições essencialistas, que reforçam uma espécie de coagulação ontologizante da verdade objetiva do sentido do ser.

Nessa linha, promove-se uma reflexão crítica sobre as convicções e pressuposições do intérprete, estimulando-o a considerar diferentes perspectivas, teorias e argumentos presentes no debate jurídico. Isso implica a necessidade de uma postura de abertura, que permita ao intérprete considerar diversos pontos de vista e buscar uma compreensão mais completa e contextualizada das normas e de seu significado social.

Levando em conta a importância da estabilidade e da coerência do sistema jurídico, bem como de sua adequação ao seu ambiente social, ao seguir os sentidos aceitos intersubjetivamente, o operador jurídico contribui para a estabilização das expectativas sociais em relação à aplicação do direito, evitando interpretações arbitrárias que possam derruir a legitimidade do sistema, minando sua aptidão para se fazer aceitar em uma determinada sociedade, independentemente do conteúdo material de suas prescrições.

No entanto, é importante ressaltar que não é defensável uma rigidez absoluta ou uma adesão acrítica às interpretações previamente estabelecidas. Pelo contrário, exige-se um equilíbrio entre a estabilidade e a adaptação às mudanças sociais e às demandas contemporâneas. Isso requer uma postura reflexiva e uma análise constante das normas à luz das transformações da sociedade.

Segundo Luhmann, os sistemas sociais são sistemas autopoieticos que operam produzindo comunicação a partir de comunicações, e a informação desempenha um papel crucial nesse processo, visto que, quando se introduz algo novo que altera o estado anterior do sistema, possibilita-se sua diferenciação e evolução: o sistema é uma máquina não trivial. A informação permite que o sistema se adapte e reaja a mudanças no ambiente.

No entanto, o excesso de informação pode ser prejudicial para os sistemas sociais. Luhmann argumenta que a redundância é necessária para o funcionamento adequado dos sistemas. A redundância consiste na repetição ou na reprodução de elementos já conhecidos e estabilizados em um sistema. Ela permite a estabilidade e a manutenção das estruturas sociais, evitando o colapso causado pelo excesso desregulado de novas informações.

Essa aquisição evolutiva facilita a geração e a manutenção da autorreferência do sistema ao permitir a manutenção de sua identidade e de sua autonomia, independentemente dos influxos do ambiente externo. Dá-se o mesmo com o processo e com a decisão judicial, que dependem fortemente da manutenção da redundância sistêmica, sobretudo no que se refere à influência que tem a dogmática na produção da decisão jurídicas pelas cortes judiciais.

Dentro desse contexto, a dogmática desempenha um papel fundamental na autorreferência do sistema jurídico. A comunicação traz informações que são selecionadas, repetidas e estabilizadas pelo sistema, contribuindo para a destautologização e para a continuidade das operações sistêmicas. A autorreferência permite que o sistema se mantenha em constante adaptação e evolução, ajustando-se às mudanças do ambiente através da seleção de informações relevantes.

O constrangimento epistêmico produzido dogmaticamente atua como um mecanismo de filtragem que direciona o intérprete a selecionar as informações relevantes e significativas para a aplicação do direito. Ele evita a sobrecarga de informações e promove a estabilidade e a coerência do sistema jurídico.

Nesse sentido, a redundância desempenha um papel importante no contexto do constrangimento epistêmico, pois implica na repetição de elementos já conhecidos e estabilizados pelo sistema. No caso da interpretação jurídica, a redundância pode ser entendida como o acúmulo de sentidos cristalizados longo do tempo. Essa redundância oferece uma base sólida para o intérprete ao buscar uma compreensão adequada na aplicação do direito.

Essa constatação contribui para a estabilidade do sistema e para a manutenção da coerência e consistência das decisões jurídicas, bem como para que mantenha sua relevância em termos de suas prestações.

É inegável a necessidade de o operador jurídico levar em conta os sentidos memorizados e a capacidade do sistema de selecionar, processar e reproduzir irritações, atuando como um mecanismo de controle que orienta na lida com informações novas, de forma a garantir coerência às decisões nesses termos produzidas, o que deriva de um aproveitamento expressivo da redundância e da autorreferência como recursos fundamentais desse processo.

Ao considerar os princípios de informação, redundância e autorreferência, os operadores jurídicos são levados a buscar um discurso de fundamentação que seja consistente com os sentidos aceitos e com os programas condicionais já estabelecidos. Isso implica em uma análise cuidadosa das informações relevantes para a tomada de decisão, evitando sobrecarga de informações desnecessárias.

A redundância desempenha um papel importante na produção de um discurso coerente e íntegro. Ao recorrer a sentidos e interpretações já cristalizados, o intérprete pode fundamentar suas decisões em precedentes, regras, princípios e conceitos jurídicos consolidados. A redundância permite que o discurso judicial esteja alinhado com a rede recursiva do sistema e seja compreensível em termos jurídicos.

Ao levar em consideração as interpretações anteriores formuladas no interior do sistema jurídico, o intérprete garante sua continuidade e estabilidade, evitando contradições e incoerências. A autorreferência permite a conexão com as decisões e

os argumentos jurídicos prévios, contribuindo para a coerência e a integridade do discurso. Essa reflexividade permite que o discurso jurídico seja adaptativo e responsivo às transformações da sociedade.

Nesse contexto, cresce em relevância o papel da dogmática jurídica na preservação da identidade e integridade do sistema jurídico. Segundo Luhmann (2016), a dogmática jurídica se consubstancia em elemento que garante a preservação da identidade do sistema jurídico sob a forma de textos, permitindo que o sistema mantenha e reproduza em cada operação sua identidade.

Como dito, a identidade sistêmica é alcançada e garantida por meio de redundância, que implica em repetição de conteúdos pré-estabelecidos em diferentes partes do sistema, fornecendo uma base holográfica para a compreensão e aplicação do direito.

Ao tratar do papel da dogmática na construção da validade do sistema jurídico, Luhmann (2016a, n. p.) sustenta que apenas com seu desenvolvimento foi possível a “estabilização e a re-estabilização do Direito passarem da validade simples (e quase sempre de fundamentação religiosa) às normas de sua consistência. A dogmática garante que o sistema jurídico conserve a si mesmo como sistema em sua própria alteração”.

Com efeito, a dogmática jurídica desempenha um papel crucial na construção e manutenção do sistema jurídico. Ela consiste em um conjunto de princípios, regras e conceitos que são desenvolvidos e aprimorados pela comunidade jurídica ao longo do tempo. Essa construção fornece uma estrutura lógica e coerente para a criação de decisões jurídicas, garantindo consistência e previsibilidade. Ela permite aos operadores jurídicos compreenderem o direito de forma sistemática, estabelecendo critérios para a solução de casos concretos e potencializando a estabilização do sistema.

Assim, não se deve entender o trabalho interno em sistemas jurídicos na teoria do direito, na dogmática jurídica e nos princípios e conceitos do direito como se se tratasse exclusivamente de uma defesa profissional contra a crítica, uma justificação de suas próprias ações ou um processo simbólico de legitimação de funções⁸. O que há, em vez disso, são esforços para se obter consistência

conceitual, tendo em vista uma verificação de princípios, conceitos ou regras de decisão e, portanto, a “amplificação” e então a correção de generalizações que foram muito ampliadas, sobretudo pelo esquema de regra e exceção. Internamente ao sistema, isso pode ser entendido, de maneira precisa, como trabalho da Justiça, e assim pode ser atribuído um conceito de valor que elucide para os juristas o sentido de sua ação. O problema de legitimação só se produz a partir das seleções necessárias, portanto, somente a partir da contingência de resultados que, assim, se torna visível (Luhmann, 2016a, n. p.).

A necessidade de um forte constrangimento epistêmico, sobretudo no que tange à reprodução de conteúdos informacionais de dogmática jurídica, é de importância ímpar para compreender a relação entre a interpretação e a manutenção da identidade do sistema jurídico. Luhmann (2016) argumenta que a interpretação do direito está sujeita a esses constrangimentos, já que os operadores jurídicos têm acesso apenas a uma parte limitada e seletiva da realidade social.

Assim, a interpretação da do texto e a produção da decisão jurídica deve se submeter a uma forte censura, reconhecendo e replicando a seleção de informações que ocorre no interior desse processo.

Os operadores jurídicos devem ser conscientes de que suas interpretações são parciais e baseadas em pressupostos específicos, o que implica na necessidade de uma abordagem reflexiva em relação ao direito.

Esse desenvolvimento é essencial para evitar arbitrariedades. Assim, pode dar-se a manutenção da identidade e da integridade do sistema jurídico, contemplando a necessidade de preservar a confiança e previsibilidade das decisões judiciais.

Ao reconhecer os limites de conhecimento, o sistema jurídico demonstra sua abertura para o debate e a crítica fundamentada. Essa abordagem reflexiva contribui para a transparência e justificação das decisões jurídicas, fortalecendo a o desempenho da função do sistema.

Repise-se, ao dar a devida importância à dogmática jurídica, o sistema jurídico reafirma sua capacidade de autocorreção e aprendizado, reconhecendo que todo conhecimento é sempre limitado e que as interpretações são construídas a partir de pressupostos específicos, assegurando a consistência das decisões jurídicas.

Por mais paradoxal que possa parecer, através desse reconhecimento, o sistema jurídico se torna mais aberto à revisão, ao questionamento e à incorporação de novas expectativas, garantindo a sua vitalidade e resiliência diante dos desafios concretos do cotidiano da sociedade.

Reconhecer a pluralidade de perspectivas é essencial para a manutenção temporal das expectativas do sistema do direito, evitando a imposição de uma única visão dominante. Além disso, evita-se a instrumentalização do direito para atender a ideologias e a interesses particularistas.

Ao reconhecer seus próprios limites, o sistema jurídico se blinda contra o casuísmo que compromete sua integridade. A preservação da autorreprodução do direito implica na necessidade de uma postura autocontida por parte dos operadores jurídicos, que devem buscar preservar a adequada complexidade do sistema, considerando as limitações inerentes a todo esse processo.

Assim, o sistema é capaz de habilitar e reabilitar constantemente sua capacidade de adaptação diante das mudanças sociais e tecnológicas. Ao reconhecer que o conhecimento jurídico é sempre parcial e sujeito a revisão, o sistema jurídico pode se abrir para novas perspectivas e visões, garantindo sua relevância e capacidade de resposta aos desafios contemporâneos.

Dessa forma, visto que a dogmática jurídica fornece elementos garantidores do registro e da preservação da memória do sistema sob a forma de textos, não se pode negligenciar seu papel de orientação da construção judicial dos programas condicionais, promovendo a reflexividade e a adaptabilidade do sistema.

A par dessas premissas, importa ressaltar que, ao aplicar o direito, o operador emite juízos normativos que se baseiam em textos, sendo estranha a essa prática o recurso à discricionariedade ampla, que sempre se manifesta através de juízos de conveniência e oportunidade nos quais são feitas escolhas subjetivas entre opções igualmente válidas.

Enfatiza-se, ainda, a importância da conformidade funcional ao direito positivo, é dizer, aos programas decisórios do sistema jurídico que, já consolidados e estabilizados, estão aptos a testar consistentemente terceiros valores, atribuindo-lhes o símbolo de juridicidade ou antijuridicidade. Dessa maneira, prestigia-se o planejamento e a previsibilidade do ordenamento jurídico, bem como sua eficácia na estabilização das expectativas da sociedade.

É necessário que o sistema jurídico siga uma racionalidade. Apenas assim é possível atingir uma segurança em termos de expectativas. Isso assegura o desempenho da função generalizadora e estabilizadora do direito.

A previsibilidade das relações sociais é alcançada por meio de uma notável capacidade do sistema jurídico de calcular e antecipar comportamentos. Esse resultado é obtido precisamente quando as relações sociais são reguladas por um único conjunto de estruturas programantes emanadas de um mesmo núcleo de atuação imparcial.

VI – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao refletir a unidade do sistema com base nos princípios que o sustentam, a dogmática jurídica não volta seus compromissos apenas para o "passado". Embora não seja sua tarefa a tematização aprofundada das consequências resultantes da aplicação do direito, ela o faz por um viés negativo.

Vale dizer, a segurança jurídica, a certeza das decisões e a igualdade formal perante a lei exigem dela a capacidade de antecipação, não necessariamente das consequências, mas da garantia de um exercício não arbitrário do direito.

Há uma ideia bastante difusa no meio jurídico em torno desta questão, pela qual se pergunta se a dogmática está a serviço de si mesma, ou da realidade – é dizer, da aplicação do direito. É inescapável, para uma consistente aplicação do direito refletir, assim, sobre a dinâmica e o significado da interação da dogmática com a realidade.

Isso não é o mesmo que professar que a decisão jurídica está vinculada às diretrizes estatuídas nos programas previamente estabelecidos pelo legislador. É incorreto sustentar que a dogmática funciona como instância conservadora do sistema jurídico pela qual o legislador seria o portador único da autorização para a propositura de modificações normativas no sistema jurídico.

Há de se ter sempre presente, como ressaltado à exaustão em tópico próprio deste estudo, que a dogmática sempre reflete a distinção funcional e temporal do subsistema em contraste com seu ambiente, destacando que o tempo do direito e o de seu entorno não são sincrônicos.

A característica de abertura e limitação do sistema é evidente quando se considera a principal tarefa do direito: estabilizar expectativas normativas ao definir o que é permitido ou proibido. Esse é o instante em que se busca previsibilidade e

segurança na decisão, indicando que, mesmo diante de um frustrações e desapontamentos, a expectativa permanecerá inalterada.

Por trás dessa reflexão, deve afastar-se o operador de indagações mais aprofundadas sobre a essência e o conceito de direito, pois, caso assim não se proceda, corre-se o risco de reinstaurar uma crítica excessivamente reflexiva no cerne de uma estrutura que é eminentemente tecnológica e aplicativamente direcionada.

Essa postura pode importar em discussões sobre temas como possibilidade de se flexibilizar a aplicação da lei, questionando sua autoridade em razão de sua real eficácia na sociedade.

Esse ponto de vista pode implicar em voluntarismo, pois confunde ocorrências concretas com posições jurídicas, desconsiderando que a eficácia social do direito, na maioria das vezes, não corresponde aos desdobramentos previstos nas disposições do direito. Assim, a cognição do subsistema do direito no momento da decisão faz menos certa a expectativa.

Em contraponto a conceitos mais analíticos, a perspectiva funcionalista aceita as funções propostas pela dogmática jurídica. Tal visão percebe as decisões judiciais como predominantemente retrospectivas, buscando assegurar previsibilidade e estabilidade para as expectativas.

É fundamental pôr em enfoque que a dogmática diz respeito ao manuseio e à abstração conceitual de textos doutrinários para acentuar a capacidade do sistema jurídico de solucionar disputas através de decisões vinculantes.

Portanto, a dogmática representa o nível mais conceitual de entendimento do direito. É a interação entre a prática jurídica da sociedade e o sistema jurídico que se manifesta como previsão de possíveis decisões em situações de desacordo persistente.

Isso não implica, todavia, em uma visão conservadora da dogmática. Muito ao contrário. O tomador de decisão opera simultaneamente com uma orientação tanto para o passado quanto para o futuro em cada caso específico. A decisão só se produz

no presente enquanto reconstrução histórica. Sua temporalização é uma ilusão bem produzida pelo sistema. Afinal, o presente é a unidade da diferença entre passado e futuro, de modo que toda e qualquer operação do sistema apenas pode ocorrer no tempo presente. Isso acontece mesmo quando não há ferramentas teóricas adequadas para lidar com a questão controvertida.

O desafio é estabelecer uma ponte segura entre esses dois horizontes temporais, sem comprometer a própria existência do sistema, ou seja, sua clausura operativa em relação ao ambiente.

Ao debater o papel e a relevância da dogmática jurídica, Luhmann baseia-se no modelo de uma teoria sistêmica abrangente. De acordo com ele, sistemas que gerenciam informações possuem uma dupla conexão com o ambiente social, através do recebimento e da emissão de informações.

Isso resulta da distinção do sistema, tanto internamente, quanto em relação ao ambiente em um contexto temporal. O direcionamento da dogmática, ao focalizar unicamente em circunstâncias futuras, exigiria do sistema uma capacidade de cognição mais aprofundada. Surge a necessidade de controlar tal direção.

Essa alteração não coloca em xeque os critérios classificatórios e decisórios do sistema jurídico, pois a dogmática já insere recursivamente em seus próprios conteúdos os questionamentos sobre as consequências futuras da decisão, sem perder sua autorreferência e, principalmente, sem orientar-se pelo futuro, que apenas serve de pressuposto cognitivo para decisão. Esse desenvolvimento coloca a salvo a clausura operativa do direito e, via de consequência, sua autopoiese, sem estagnar o desenvolvimento deste sistema.

Para compreender a real implicação de se considerar no seio da dogmática as consequências da decisão, é essencial ter em mente sempre a distinção direito/não-direito.

Ao operar essa distinção, passa a ser viável tratar a legalidade da decisão não a partir de suas consequências, mas em uma antecipação virtual – na previsão, no presente, de futuros desdobramentos.

Em termos mais simples, a dogmática não é algo rígido em face do passado, tampouco orienta-se exclusivamente pelo futuro. A abertura cognitiva do sistema permite que ela se conduza pela inegabilidade de seus pontos de partida, considerando, a partir deles, uma antecipação de futuros possíveis, tratando-os como mais um dado em sua equação.

Vista sob esta perspectiva, a dogmática preserva sua independência em relação a outros subsistemas da sociedade, como a política e a economia: torna-se mais um obstáculo à alopoiese do sistema.

Dentro das expectativas estabelecidas, o juiz se torna capaz de antecipar as determinações do sistema jurídico. Adicionalmente, como tais resoluções levam em conta a previsão de resultados futuros, possibilita-se que o cidadão também seja capaz de antecipe tais resultados.

Em relação à sociedade em geral, o papel do direito é a generalização e a consolidação de expectativas comportamentais. A dogmática se foca exatamente na junção entre o estabelecido pela disposição juspositiva e o conflito real.

De certo modo, o objetivo é administrar a complexidade gerada pela interação entre o direito e a interpretação dos fatos. Isto é, ela busca a estabilidade das expectativas, a previsibilidade das decisões e a uniformidade na aplicação do direito em situações semelhantes.

O controle dessa complexidade só é alcançável devido à forma singular com a qual o sistema determina sua interação com o ambiente. Inicialmente, o direito amplia expectativas normativas, mantidas mesmo quando não atendidas, e reforçadas, se necessário, pela possibilidade de uso da força.

Essa força é regulada – não arbitrária –, e é dentro dessa estrutura que magistrados e demais responsáveis por decisões jurídicas operam. Adicionalmente, o direito tem uma configuração cognitiva que ajusta expectativas normativas ao contexto social. Essa responsabilidade, em um primeiro momento, pertence ao sistema político, que, pela promulgação de textos jurídico-positivos, confronta rigidez com a realidade e decide entre manter ou alterar expectativas.

Deste modo, o sistema é aberto em termos cognitivos e fechado normativamente. A habilidade do sistema de perceber está atrelada à avaliação se certas condições são ou não satisfeitas, o que o torna sensível à realidade factual.

A vertente normativa do sistema é voltada para sua autoprodução, permitindo sua continuidade perante o ambiente. Sua porção cognitiva busca alinhar esse mecanismo ao contexto no qual o sistema opera. Este aspecto é relevante quando se prevê um conflito que possa desafiar a expectativa.

A dogmática guia decisões tomando em conta também o ambiente, a fim de proteger a autonomia e a decidibilidade do direito. Tal desenvolvimento necessita que consequências sejam integradas ao sistema apenas através de diretrizes amplamente generalizadas.

É vedado ao magistrado atuar com base somente em considerações futuras de sua decisão, dada a importância da autonomia do sistema jurídico, fator imprescindível ao desempenho de sua função e de suas prestações.

Essa abordagem não implica em tornar o direito em uma forma de *social engineering*. Existe uma barreira teórica, um vasto acúmulo informacional, que protege o direito desse risco.

Em resumo, o direito, que detém a tarefa de estabilizar expectativas, distingue-se em relação ao ambiente, respaldando sua legitimação em sua estabilidade e consistência ao oferecer premissas seguras para promover a distinção entre casos iguais e diferentes, tratando os iguais igualmente e os diferentes, diferentemente.

Embora não reste claro até onde a dogmática, no contexto do direito, consiga incorporar a ideia de administrar a incerteza como se fosse certeza, este problema não é relevante a ponto de desafiar a permanência da ideia de direito. É que a dogmática, ao reduzir a complexidade e apontar possibilidades decisórias se adapta à realidade social circundante.

Outra observação relevante é que, com a diminuição da distinção interna do sistema entre suas funções normativas e cognitivas, parece que também se perde o senso de passado e futuro como marcos distintos e internos. O subsistema parece perder sua singularidade porque seus cronogramas agora estão alinhados com os do contexto externo.

Por essa perspectiva, partindo da abertura cognitiva do sistema, que é controlada pelo código direito/não-direito e dependente do complexo de condições de correção representado pelos programas condicionais do tipo se/então, a dogmática se apoia no fato de que os problemas da decisão aparecem na forma de casos em que se pode limitar e controlar as interdependências a serem tomadas em conta no momento decisório.

Vale dizer, a unidade dos casos é constituída dogmaticamente como condição prévia para a tematização de um ambiente que permite seu tratamento de maneira casuística. Partindo desse desenvolvimento, o futuro apenas se torna relevante como passado generalizado, de modo que se viabiliza assegurar a repetição das condições de possibilidade para o tratamento de casos iguais ou semelhantes de forma igual e dos casos diferentes de forma diferente, o que, de certa forma, induz a que se parta de uma adequada complexidade, já reduzida e estruturada, permitindo o estabelecimento de uma justiça da decisão que simboliza a fórmula de contingência do sistema jurídico: uma justiça funcionalmente diferenciada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de (Orgs.). **Teoria crítica dos sistemas**: crítica, teoria social e direito. 1. ed. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann**: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2004.

BACHUR, João Paulo. **Às portas do labirinto**: para uma recepção crítica social de Niklas Luhmann. 1. ed. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2010.

_____. **Distanciamento e crítica**: limites e possibilidades da teoria de sistemas de Niklas Luhmann. 2009. 356 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Política, Departamento de Ciência Política, USP, São Paulo, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: EDIPIRO, 2014.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO NETO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. 1. ed. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, 1961.

ESPOSITO, Elena. Construtivismo. In: BARALDI, Claudio, CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. **Luhmann in glossario**: I Concetti fondamentali della teoria dei sistema sociali. Milano: Franco Angeli, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins. Direito e Justiça sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 29, n. 1, p.379-404, jan. 2012. Semestral.

GONÇALVES, Diogo Costa. Dogmáticas de transição, evolução dos sistemas e desafios ao ensino do Direito. **Revista Sobre Enseñanza del Derecho**, Buenos Aires, v. 14, n. 27, p. 41-77, jan. 2016.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book. ISBN 978-85-02-18141-0.

GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUNZLER, Caroline de Moraes. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Estudos de Sociologia**, Araraquara, v. 9, n. 16, p.123-136, jan. 2004. Semestral, p. 128.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Glauco Salomão. A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: <<http://www.doreitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 17 ago. 2019.

LOSANO, M. **Sistema e estrutura do direito: das origens à escola histórica**. Tradução Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder Editorial, 2005.

_____. Ilustración Sociológica. In: Luhmann, Niklas. **Ilustración Sociológica y otros ensayos**. Buenos Aires: SUR, 1973.

_____. **La sociedad de la sociedad**. 1. ed. Ciudad de México: Herder Editorial, 2006.

_____. **Legitimação pelo Procedimento**. 1. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. **O direito da sociedade**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016a. Edição Kindle. ISBN 978-85-8063-298-9.

_____. **Sistema Jurídico y Dogmatica Jurídica**. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. 1. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2016b.

_____. **Sociologia do direito, volume I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociología Política**. 1. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. F. Angeli: Milano, 2015.

MALDONADO, A. S. Dogmática Jurídica y Sistema Social: breve aproximação a través de la obra de Niklas Luhmann. **Revista Crítica Jurídica**, v. 2, n. 21, p. 217–224, [s.d.].

MOTA, Rodrigo. Confiança e complexidade social em Niklas Luhmann. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP**, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 182-197, 2016.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. (Org.). **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora UFRGS, 1997.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

_____. **Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta da(s) esfera(s) da juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina**. Trabalho apresentado do II Encontro Internacional de Direito Alternativo, realizado em Florianópolis, SC, 29 set. 1993.

_____. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

OLIVEIRA, Thaís de Souza Lima. **Legislação simbólica e a alopoiese no direito: por uma aproximação de conceitos a partir de Marcelo Neves**. Por uma aproximação de conceitos a partir de Marcelo Neves. 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=783919a58a6cea9b>. Acesso em: 24 out. 2020.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Culturix, 1978.

PAZ, Eduardo de Figueiredo Andrade. **O “microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios” e a (in)decidibilidade do direito**. Porto Alegre: Editora Fi, 2021.

REALE, Miguel. **Filosofia em São Paulo**. São Paulo: Conselho Estadual de Cultura, 1969.

_____. Graduação da positività del Diritto. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**. Milano, ano L, fasc. 4, 1973.

_____. Para uma hermenêutica jurídica estrutural. **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo, v. 72, fasc. 1, 1977.

RECK, Janriê Rodrigues; VANIN, Fábio Scopel. O direito e as cidades inteligentes: desafios e possibilidades na construção de políticas públicas de planejamento, gestão e disciplina urbanística: Desafios e possibilidades na construção de políticas públicas de planejamento, gestão e disciplina urbanística. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 464-492, jan. 2020. Trimestral. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/issue/view/2327>. Acesso em: 16 maio 2020.

SPENCER-BROWN, George. **Laws of Form**. 1. ed. New York: E. P. Dutton, 1979.

TEUBNER, Gunther. **Justiça autossubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do Direito?** 2011. Disponível em: <https://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/2259>. Acesso em: 14 out. 2023.

_____. **O direito como sistema autopoietico**. 1. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

THORNHILL, Chris. NIKLAS Luhmann and the sociology of the constitution. **Journal of Classical Sociology**, Glasgow, v. 10, ed. 4, p. 315-337, 26 nov. 2010.

VASCONCELLOS, Maria J. Esteves. **Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência**. Campinas: Papirus, 2002.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e Justiça em Niklas Luhmann: Complexidade e contingência no sistema jurídico**. 1. ed. Porto Alegre: SAFE-Sérgio Antonio Fabris Editor, 2015.

_____. **Horizontes da Justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico**. 2013. 278 f. Tese (Doutorado) - Curso de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-11062014-110504/pt-br.php>. Acesso em: 13 ago. 2019.

_____. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: PISSARRA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento (Coord.). **Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 129-150.

VON FOERSTER, Heinz. **On self-organizing systems and their environments**. In: YOVITS, Marshall; CAMERON, Scott. *Self-organizing systems*. Londres: Pergamon Press, 1960. p. 31-50.

WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: SafE, 2002.