

CONTINGÊNCIA E DIREITO POSITIVO: O PARADOXO DO DIREITO NA MODERNIDADE *

Marisse Costa de Queiroz **

Sumário: Introdução. 1. Positivismo Jurídico: a tentativa de criação de uma ciência autônoma para o direito; 2. O nó teórico da Teoria Pura do Direito: tentativa de descrição de suas conquistas e limites; 3. A diferenciação funcional do sistema jurídico e contingência. Conclusão. Referências.

Resumo: Este artigo tem por objetivo apresentar aos leitores uma reflexão teórico-social do positivismo jurídico como paradigma ou matriz teórica que condiciona e interfere nas construções científicas sobre o sistema jurídico na modernidade. Tal empenho tem como ponto de partida a consideração que o direito positivo diferencia-se e estrutura-se na modernidade com um sistema que pretende dar conta da extrema contingência de uma sociedade complexa como a sociedade moderna. Para tanto há a necessidade de administrar e “controlar” a contingência do mundo dos fatos e isso faz com que o direito neutralize tal complexidade dentro do próprio sistema. Essa diferenciação (evolução) do direito reflete-se nas teorias sobre o direito, culminando numa ruptura drástica da ciência do direito ou da dogmática jurídica com fundamentos valorativos para o direito. Contudo, essa tentativa também gera um

Abstract: This paper aims on presenting a theoretical-social reflection on legal positivism as a paradigm through a theoretical matrix that restricts and interferes on scientific productions about the legal system in modern times. Such pledge begins considering that the positive rights differ and are structured on modernity, with a system that aims on solving the extreme contingency of a complex society as the modern one. So, it is important to manage and “control” the world of fact contingency and this helps law to neutralize such complexity inside the own system. This evolution at law reflects on theories about law, ending in a drastic break of law science or legal doctrinaire full of valuable principles for law. However, this attempt also produces a paradox, which is: the ruling of life (selection) leads, necessarily, to exclusion of other possibilities. Observing Luhmann’s

* A temática desse artigo foi, primeiramente, desenvolvida como comunicação apresentada no II Seminário Internacional de Filosofia Política e Jurídica – Universidade Estadual de Londrina, 23 a 26 de setembro de 2003.

** Mestre em Filosofia do Direito e Teoria do Direito pelo CPGD/UFSC, professora universitária em Cascavel e Londrina-PR e advogada.

paradoxo, qual seja: a normatização da vida (seleção), leva, necessariamente, à exclusão de outras possibilidades. Tento em vista a teoria sociológica luhmmaniana e à guisa de conclusões fechadas, tenta-se discutir esse paradoxo do direito moderno.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico; círculo de Viena; Hans Kelsen; Niklas Luhmann; sistemas Sociais; contingência; complexidade.

sociological theory and according to closed conclusions, this paper tries to discuss this paradox of modern law.

Keywords: legal positivism, Viena Circle, Hans Kelsen, Niklas Luhmann, social systems, contingency, complexity.

Introdução

O tema proposto neste trabalho parte de um marco teórico pouco explorado tanto pela Teoria do Direito como pela Filosofia do Direito: a chamada reflexão teórico-social proposta por Niklas Luhmann com base na teoria dos sistemas autopoieticos.

As grandes discussões sobre o direito atualmente giram em torno do paradigma juspositivista, por isso são incluídas nesse debate inclusive as críticas e as propostas de superação deste. Por conseguinte, não é possível desconsiderar o fato de que o direito da sociedade moderna é o direito positivo.

A consolidação dessa premissa desenvolve-se em torno de um esforço teórico que, historicamente, inicia-se no século XIX e atinge seu apogeu com a Escola Normativista ou a Escola de Viena que teve como fundador Hans Kelsen. Este último empreende um caminho singular ao construir uma teoria pura, ou seja, uma teoria cientificamente fundada para o direito, esvaziada de qualquer sentido moral ou legitimação material: a racionalidade do direito é puramente formal – nisso exatamente está sua autonomia.

Através dessa construção teórico-científica, Kelsen consegue desfazer o grande nó teórico da epistemologia jurídica que se encontra na questão da contingência normativa. O direito positivo, depois de Kelsen, consolida-se como um sistema cuja contingência normativa torna-se continuamente reproduzível, justamente porque sua autonomia permite uma análise estrutural do direito separada de qualquer juízo de valor. Esse pressuposto formal de validade, fundado num sistema dinâmico e neutro, permite conceber um direito com qualquer conteúdo.

Temos, por conseguinte, um ordenamento dinâmico, cuja forma é dada pelo dever-ser, que abarca a contingência do mundo do ser: a norma passa a ser qualificadora da natureza, pois lhe confere significados objetivos. Contudo, o positivismo jurídico kelseniano não pôde – ou não quis – prever um dado importante que só é possível ser pensado no mundo dos fatos: a questão do crescimento incontrolado da complexidade do sistema jurídico.

Esse dado não pode ser analisado sem se levar em conta outras categorias como reflexibilidade, observação de segunda ordem e autodiferenciação do sistema jurídico. É nesse momento que se inclui a reflexão teórico-social do direito proposta por Luhmann. A questão que se coloca esse autor não é um tema somente da sociologia e, tampouco, exclusiva da ciência do direito: o problema central da teoria luhmanniana é a construção de um aparato conceitual suficientemente abstrato, uma teoria sociológica que abarque todos os sistemas sociais, e, conseqüentemente, a teoria do direito é um ponto fundamental para Luhmann.

Segundo Luhmann, qualquer teoria científica constitui um sistema cuja estrutura tem que abarcar tanto uma complexidade interna como uma externa, produzindo mecanismos (operações) capaz de compreendê-la e reduzi-la. Nasce daí sua descrição do direito como um sistema funcionalmente diferenciado. Esse sistema configura-se como direito positivo. Uma teoria do direito que leve em conta sua complexidade deve ser capaz de redescrever as outras teorias do direito (observação de segunda ordem) e redescrever aqui significa artificializar fundamentos naturais e tornar contingente aqueles considerados necessários.¹

Há, entretanto, um paradoxo que continuamente é escondido ou “camuflado” pelas descrições do sistema jurídico (teoria): ao produzir direito, o sistema jurídico produz também um não-direito, ou seja, ao reduzir complexidade, ele produz também desigualdades, utilizando-se de princípios fundados na própria igualdade.

Os sistemas sociais, por serem complexos, produzem sua própria estrutura e semântica: o direito não foge desse “determinismo”, mas

¹ DE GIORGI, Raffaele. Direito e Modernidade. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 35, p. 1-9, 1994.

pode buscar alternativas que estão relacionadas à construção de outros equivalentes funcionais em contraposição a seu determinismo estrutural. Aqui coloca-se a questão da contingência normativa como um ponto que demarca a abertura cognitiva do sistema jurídico: um sistema sempre capaz de aprender e que, portanto, não se coloca verdades absolutas, mas sim contingentes.

1. Positivismo Jurídico: a tentativa de criação de uma ciência autônoma para o direito

O positivismo jurídico é fruto também da história, no sentido de que ele não pôde ser pensado separadamente das transformações que consolidaram as bases do pensamento ocidental moderno. Este trabalho não comporta uma análise aprofundada das mudanças que levaram à construção metodológica proposta por Kelsen e sua Escola Normativista, mas devemos lembrar que o principal esforço era pela consolidação do direito como uma ciência.

Esse esforço metodológico não pode ser atribuído somente a Kelsen. O pensamento jurídico que nasce no século XIX a partir de Savigny demarca, para a epistemologia jurídica, uma ruptura brusca com um passado que pensava os fundamentos para o direito como um dado da natureza (*jusnaturalismo*).

Desvinculada da lei natural, à epistemologia jurídica coloca o problema da natureza da lei. Já o direito pode se apresentar como forma positivamente válida do agir – e não mais somente como forma do agir justo.² Outro ponto importante relaciona-se com a recepção da constante mutabilidade do direito: o direito positivo é aquele que muda por força de decisão.³ A legalização da mutação jurídica é um fator historicamente novo, apresentado pelo direito positivo que se contrapõe à idéia presente

² DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del Diritto e Legittimazione*: critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann. Lecce: Pensa Multimedia, 1998. p. 19.

³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. v. II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 9. Cf. do mesmo autor *La Differenziazione del Diritto*. Contributi alla sociologia e alla teoria del Diritto. Bologna: Il Mulino, 1990.

no pensamento ocidental até então, ou seja, a pressuposição de que o direito é um fenômeno estável⁴ ante as mudanças da realidade do mundo.

Outro fato importante que caracteriza o positivismo jurídico é a consolidação do Estado moderno, donde a sociedade assume uma estrutura monista, e o Estado passa a concentrar em si todos os poderes, entre os quais o direito, através da produção legislativa (poder legislativo) e da distribuição institucionalizada da justiça (poder judiciário). Passa a ocorrer, então, um processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado.⁵ Essa idéia de direito baseado no Estado constitui um marco decisivo para uma separação definitiva do direito natural. Direito positivo (como é entendido hoje) e Estado moderno implicam-se mutuamente.

O direito positivo está, assim, relacionado intimamente com determinada situação histórica que é a modernidade. Segundo Bobbio, “o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é apresentado pela codificação.”⁶

Para Bobbio, o positivismo é, basicamente, uma teoria do direito estatal-legalista, caracterizada pela preeminência do direito estatal sobre qualquer outra fonte ou ordenamento. A ciência do direito é, então, descritiva e explicativa, cuja objetividade se abstém de qualquer juízo de valor sobre o objeto observado.

Nesse sentido, como já anunciara Kelsen no início do século XX, o direito positivo como objeto da ciência passa a ter três características fundamentais: são prescrições impostas por seres humanos, através de atos de vontade explícitos (produção legislativa) ou mediante costumes; essas prescrições são destinadas aos próprios homens; e os sistemas compostos por tais prescrições são válidas como dispositivos de *dever-ser*, isto é, como normas.⁷

⁴ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. Técnica, decisão, dominação. 3. edição. São Paulo: Atlas, 2002. p. 74.

⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 27.

⁶ BOBBIO, op. cit., p. 119.

⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 5-10.

O positivismo pode ser interpretado também como uma ideologia⁸ moderada do direito, quando atribui um valor ao direito positivo. Esse valor pode identificar o direito positivo como um meio para se atingir fins desejáveis, como por exemplo a justiça legal.

Tendo em vista seu objeto central – as normas –, o positivismo jurídico como postura científica nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira ciência, com as mesmas características das ciências naturais e sociais.⁹ O estudo do direito passa a ser uma tentativa de estabelecer a realidade dos fatos que envolvem o direito, para que se possa informar sobre determinada constatação. Esse *fato* se manifesta na realidade histórico-social.

É possível, portanto, relacionar ao positivismo jurídico uma pretensão de unidade, quando se observa em qualquer movimento de direito positivo um direcionamento à ciência, ou melhor, uma tentativa de tornar o direito cientificamente verificável. Daí Scarpelli dizer que o positivismo jurídico constitui uma orientação da cultura jurídica inspirado nos valores da ciência, pois tende a uma realização da ciência do direito.¹⁰ Esse esforço científico marca principalmente a superação do direito natural, este baseado numa ciência apriorística e valorativa do direito.

Essa postura, de certo modo, levou a uma posição avalorativa do direito como ciência. Para tanto ele passa a ser uma forma destituída de valor e “como tal pode servir à realização de qualquer propósito ou valor, porém é em si independente de todo propósito e de todo valor”.¹¹

Também para Scarpelli,¹² o conceito de direito, segundo o positivismo jurídico, pode ser definido pela vontade¹³ e pela avaloratividade: o direito

⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Op. cit., p. 223-232.

⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Op. cit., p. 135. Cf. Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Op. cit., *Prefácio à Primeira Edição* e Cap. III.

¹⁰ SCARPELLI, Uberto. **Cos'è il positivismo giuridico**. Milano: Edizioni di comunità, 1965. p. 39.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Op. cit., p. 142.

¹² SCARPELLI, Uberto. **Cos'è il positivismo giuridico**. Op. cit., p. 34.

¹³ Vontade é entendida pelo autor em relação ao modo de produção do direito no Estado moderno, uma produção voluntária cuja atuação plena se encontra no aparato institucional do Estado e na sua organização política, ou seja, é o manifestar-se de uma vontade política na forma da lei. Cf. SCARPELLI, Uberto. **Cos'è il positivismo giuridico**. Op. cit., p. 111 e seg.

é um sistema de normas postas pela vontade dos seres humanos, portadores de certas características reconhecidas, independentemente da conformidade a preceitos ou valores de uma moral ou ideologia.

Outro fator importante a ser considerado como principal requisito do direito é a validade. Normas jurídicas válidas são aquelas emanadas dum determinado modo estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico, cujo fundamento de validade, por sua vez, está alicerçado na *norma fundamental*.¹⁴ O direito é uma realidade normativa, donde as normas são consideradas a partir de um *dever ser* implícito que as confirmam como direito. A validade diz respeito também à fonte donde é emanado o direito: uma norma é válida, ou seja, existe juridicamente, se for produzida por uma fonte autorizada.

Nessa realidade normativa, inclui-se como elemento essencial da estrutura da norma a coercitividade. Direito é também coação. Estamos falando aqui, em linhas gerais, da moderna teoria da coação, donde a coercitividade do direito constitui o próprio objeto da norma, a partir do momento que as normas também regulam o uso da força coativa¹⁵ numa determinada sociedade.

Essas linhas gerais sobre o positivismo jurídico nos mostram que o direito moderno se caracteriza basicamente pela positividade e pela abstração. Entretanto, até nos depararmos com o empenho teórico de Kelsen, verificamos que a ciência do direito ainda não supera a questão do direito como um sistema baseado em um fundamento que está fora dele, ou seja, pensar o direito como existência objetiva: um âmbito de significados cuja objetividade deriva de um processo interno.¹⁶ Ao separar *ser* e *dever ser*, fato e valor, natureza e sociedade, como categorias diferenciadas e irreduzíveis uma a outra ele consegue consolidar o universo jurídico como âmbito do *dever ser* e, por conseguinte, como “uma técnica social específica baseada na experiência humana”.¹⁷

¹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Op. cit., p. 4-10.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Op. cit., p. 155-156.

¹⁶ DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del Diritto**. Op. cit., p. 74.

¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. XXIX (*Prefácio*).

Isso demonstra que o sistema jurídico constitui um universo de significados que qualificam – juridicamente e objetivamente – fatos e eventos do mundo natural. Esse sistema é composto, portanto, por *qualificações normativas*, cujo valor é definido pela objetividade da norma.

As volições objetivas produzidas pela norma dependem exclusivamente dos condicionamentos formais da sua produção. Isso significa que a objetividade do sentido da norma não é absoluta, mas hipotético-relativa, já que deriva de uma formalidade. Ou seja, a validade da qualificação normativa advém do fato que esta possui uma existência específica: é produzida de uma determinada forma e posta por um poder legítimo. O valor que caracteriza o processo legiferante ou a pessoa que representa a autoridade do direito é apenas uma hipótese. Conseqüentemente, as normas positivas são válidas com base numa pressuposição: “a de que existe uma norma fundamental que estabelece a autoridade legislativa suprema”.¹⁸

O fundamento de validade do direito positivo – validade esta hipotético-relativa – permite a ele ser uma ordem sempre mutável, ajustável às condições históricas reais modificáveis pelo tempo e pelo espaço. Assim, a norma fundamental tem, para o direito positivo, duas funções essenciais: reconhecer como direito um material (fato) dado historicamente e compreendê-lo como um todo coerente (unidade do sistema).

Mesmo sendo a norma fundamental apenas uma hipótese – portanto, não é posta, mas pressuposta –, torna-se condição de possibilidade do direito positivo, e sua validade está justamente neste conteúdo puramente formal, como *fattiespecie* que produz direito. Esse direito produzido e fundamentado na norma hipotética produz um processo de separação entre a subjetividade originária do *ser* e a objetividade criada no *dever ser*. Por conseguinte, essa objetividade é, ao mesmo tempo, indiferença à subjetividade dos valores e dos fatos que se produzem historicamente.¹⁹

O direito positivo em confronto com a realidade é, assim, ambivalente: o valor que é expresso na positividade da norma constitui a própria sub-

¹⁸ KELSEN, Hans. Apêndice. In: *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Op. cit., p. 562.

¹⁹ DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del Diritto*. Op. cit., p. 79.

jetividade fixada como realidade objetiva pelo próprio direito. Isso significa que a norma é *dever ser* pertencente a um processo formal que lhe confere validade objetiva, e a justiça, por exemplo, como um questão problemática até então, só pode ser conhecida como legalidade.²⁰ E esta, quando transformada em *dever ser*, só constitui um valor objetivo se sua existência é produzida por um ato formal.

Aqui devemos considerar que, apesar de a norma ser construída em relação a eventos dados historicamente, em si ela é uma existência sem história “indiferente à processualidade, à evolução, ao diverso: ela é existência fixada, é abstração do tempo, mesmo se é produzida no tempo e pode ser representada no tempo”.²¹ Há na forma jurídica uma duplicidade inerente desvendada por Kelsen ao assumir que a instância originária da forma (norma fundamental) pertence ao ser, ao qual é inerente a subjetividade do valor; mas essa forma só pode se colocar como *dever ser* objetivo.

O direito positivo pode ser, então, objeto de conhecimento, mas só como forma que cancela qualquer caráter sensível ou natural. A igualdade abstrata que a forma jurídica promove só pode (re)produzir mais desigualdade, pois a instância material dos valores – o mundo do ser – está reprimido e assim pode conformar num sistema coerente as formas de domínio das relações sociais materiais²².

A condição lógico-transcendental do fundamento de validade do sistema jurídico legitima, portanto, a contingência do mundo do ser como normatividade, isto é, a validade funda(menta) a característica normativa da contingência, essa subjetividade tornada objetiva.

²⁰ DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del Diritto**. Op. cit., p. 80.

²¹ Idem. Tradução livre.

²² É nesse sentido que De Giorgi afirma que a grande contribuição de Kelsen foi descrever esse *carattere fetichistico* do direito positivo moderno (lê-se aqui direito burguês). Mas sua teoria não tem compromisso com a análise desse caráter enigmático e paradoxal do direito, pois “la scienza non può distruggere il suo feticcio, senza distruggere insieme se stessa, ‘il cervello e l’anima’ della strategia della legittimazione” Cf. DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del Diritto**. Op. cit., p. 82 e ss.

2. O nó teórico da Teoria Pura do Direito: tentativa de descrição de suas conquistas e limites

Em sua Teoria Pura, Kelsen diferencia duas categorias fundamentais para a Ciência Jurídica: *norma e proposição jurídica*,²³ acentuando que a teoria se preocupa com a análise estrutural do direito positivo e com a autonomia desse âmbito de significados composto pelas proposições jurídicas. Esse universo de significados que qualifica – normativamente – fatos e eventos do mundo natural, torna a ciência do direito uma “teoria normativa da contingência produzida pelo ordenamento jurídico”.²⁴

O direito pode ter qualquer conteúdo, pois o conceito de validade permite ao *dever ser* construir-se com base num nexos de imputação regulado pela escolha arbitrária de valores. A normatividade torna a validade hipertrofiada devido a sua neutralidade.

É possível verificar, neste ponto, o nó teórico da pureza metodológica kelseniana: apesar de conseguir levar a cabo a tarefa de fundamentar a positividade do direito como contingência normativa, reconhecendo a base empírica do *dever ser*; de identificar a validade à existência específica da norma, e, assim, superar o obstáculo teórico da instância material; de considerar a constituição hipotético-relativa do fundamento de validade do sistema jurídico (norma fundamental), tratando o ordenamento como um sistema dinâmico e autônomo de produção de qualificação normativa, vinculado unicamente ao pressuposto formal de validade que garante unidade; o aumento progressivo dos limites do sistema jurídico torna a teoria impotente diante dos seus próprios pressupostos dinâmicos, que por sua vez aumenta consideravelmente a complexidade interna do sistema jurídico.

É nesse sentido que

(...) a conversão operada na ciência jurídica conseguiu sustentar a dificuldade da afirmação do princípio da positividade, conseguiu sustentar o peso da categoria jurídica e legitimar o sistema de abstração como universo que domina a sociedade

²³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Op. cit., p. 80 e ss.

²⁴ DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del Diritto*. Op. cit., p. 83-84.

burguesa, como universo do isolamento e da separação. Mas ante ao crescimento incontrolado da complexidade desse sistema ela se revela impotente, *neutra*.²⁵

Kelsen promove uma *conversão metodológica* que possibilita ao direito consolidar-se como uma ciência positivista, esmiúça o problema até então insolúvel de um fundamento apriorístico do direito, mas abre um novo capítulo para epistemologia jurídica: a produção teórica pós-kelseniana é marcada pelas dificuldades, limites e conquistas da teoria pura.

É nesse contexto que passaremos a analisar as contribuições da reflexão teórico-social do sistema jurídico proposta por Luhmann.²⁶

3. A diferenciação funcional do sistema jurídico e contingência

O sistema jurídico que passaremos a analisar agora deve ser bem demarcado como o direito positivo da sociedade moderna. Para Luhmann, o conceito de positividade presente na concepção moderna de direito significa que este é não só estatuído através de decisões, como também vige por força de decisão.²⁷ Essa afirmativa demonstra que o direito *vigente* – positivado – é resultado de uma seleção, que pode ser a qualquer momento modificável: assinala-se aqui o caráter totalmente contingencial do direito, já que a vigência é resultado de um ato, que poderia selecionar um outro resultado. Conseqüentemente, a possibilidade do diverso está sempre presente.

Esse sistema que permite a presença incansável do diverso – contingência – constitui um sistema próprio para uma sociedade que Luhmann denomina *funcionalmente diferenciada*. Por sociedade funcionalmente diferenciada,²⁸ deve-se entender um sistema global que estruturalmente

²⁵ DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del Diritto*. Op. cit., p. 87. Tradução livre.

²⁶ Este trabalho não comporta a análise de outras correntes teóricas que se construíram em torno do debate com Kelsen, como o pensamento tópico-hermenêutico, o criticismo e o realismo jurídico. Privilegiaremos as contribuições do funcionalismo sistêmico que nos legaram um debate profundo partindo do tema proposto, qual seja: complexidade e contingência.

²⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. v. II. Op. cit., p. 10.

²⁸ Para uma análise mais aprofundada do tema, cf. LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*. 6. ed. Milano: FrancoAngeli, 1994; e QUEIROZ, Marissa C. O Direito como sistema autopoietico: contribuições para a Sociologia Jurídica. *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 46, 2003.

abarca outros tipos de diferenciação interna. Nesse sentido, a sociedade moderna adquiriu complexidade interna suficiente para especificar-se em subsistemas de função, onde cada subsistema – ambiente interno da sistema social global – possui uma operação “independente” ou autônoma do sistema total. São exemplos desses subsistemas: a economia, a religião, a política, a ciência e o direito.

O direito da sociedade moderna é este sistema definido acima, cuja operação peculiar é reproduzir a si próprio, recorrendo sempre a suas próprias operações (autopoiésis).

Essas primeiras linhas são para marcar, enfaticamente, que o direito descrito e teorizado por Luhmann – e aqui se inclui, também, as descrições do direito (teoria) – não pode ser pensado fora da sociedade. Nosso intuito é, contudo, com base na teoria luhmanniana, fazer de forma refletida (filosófica) uma análise teórico-social do direito.

Esse intento pode ser levado a cabo utilizando-se uma teoria que leve em conta a complexidade dos sistemas; que seja capaz de descrever como se produzem os limites do direito relativamente a seu ambiente – incluindo nesses limites o fechamento operacional como fator de unidade do sistema; e, partindo disso, uma teoria que considere o direito como uma unidade que se autoproduz.

O direito é analisado por Luhmann como um sistema que se auto-descreve e, portanto, consegue teoricamente manter uma postura construtivista, sem pretender uma representação do mundo fora do sistema²⁹, ou seja, descrever a realidade – totalmente contingencial – do mundo com outros mecanismos que não os seus.

O sistema jurídico – assim como qualquer outro sistema – é sempre considerado como auto-referente. Isso significa que cada sistema “constitui, por si mesmo, tudo aquilo que funciona como uma unidade para o sistema. Isto não se refere apenas à unidade do sistema, às suas estruturas e processos, mas também aos elementos que o constituem (auto-

²⁹ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad* (Das Recht der Gesellschaft). Tradução provisória para o espanhol de Javier Torres Nafarrate. Impreso, s/d., p. 13.

poiesis)”.³⁰ A constante produção e reprodução de unidade do sistema cria *distinções* que exclui outras possibilidades.

Conseqüentemente, esse movimento faz surgir um paradoxo:³¹ a unidade que será determinada por uma distinção “não pode distinguir-se da própria distinção”,³² ou seja, não se pode exigir do direito ou do não-direito sua própria diferenciação. É justamente nesse paradoxo que se constróem os sistemas auto-referentes. Mas a auto-referenciabilidade do sistema está comprometida com a sua reprodução (anu-lação) e não com a sua desconstrução.³³

Uma forma de superar esse problema que extrapola o papel da teoria do direito ou da dogmática jurídica é utilizando o que se chama de observação de segunda ordem.³⁴ Segundo essa perspectiva, a questão da faticidade ou contingência da validez da norma ocupa um lugar diferenciado dado pela sociologia. Nesse sentido, a questão central que torna inconciliável sociologia e teoria do direito³⁵ é transportada para um outro plano: o direito possui uma qualidade normativa baseada numa comunicação – afinal direito é ambiente interno do sistema social global – que produz uma *expectativa contrafática*,³⁶ ou seja, mesmo em caso de desilusão a expectativa esperada será mantida. O direito generaliza congruentemente tais pretensões.

³⁰ LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Tradução de Cristiano Paixão, Daela Nicola e Samantha Dobrowski. **Revista Sequência**. Florianópolis, n. 28, 1994. p. 15-29.

³¹ Ressalta-se que o paradoxo não constitui uma contradição; uma sentença paradoxal não afirma “jurídico **igual** a antijurídico, mas sim jurídico **por causa de** antijurídico”. Idem. Cf. também LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Op. cit., p. 127 e ss.

³² LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Op. cit., p. 18.

³³ “Desconstruir significa formular questões do tipo reflexiva”. DE GIORGI, Raffaele. Direito e Modernidade. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 35, 1994. p. 1-9.

³⁴ O observador de segunda ordem consegue observar a própria observação do sistema sem coincidir com ela, mas, como qualquer observação, esta também se dá com base numa distinção, que por sua vez não pode observar sua própria distinção. Cf. BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Helena. **Luhmann in Glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali**. Milano: FrancoAngeli, 1996. p. 165.

³⁵ Para a sociologia, direito é fato social, sua preocupação é com a análise dos sistemas sociais, das instituições ou do comportamento social. A ciência do direito leva em conta a normatividade: direito é norma posta. Cf. sobre o assunto LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Op. cit., p. 5 e ss.

³⁶ Cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. v. I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 45-66.

Esse é um conceito “comunicativo” de norma que um sistema auto-poiético pode abarcar, pois a qualquer momento qualquer dos dois códigos (jurídico/antijurídico) pode ser utilizado. Isso significa que “a ambivalência contraditória assegura a universalidade do código; ele pode ser aplicado a todo comportamento humano e a todas as situações relevantes neste contexto, já que tudo é jurídico, ou antijurídico (mas não: um pouco jurídico)”.³⁷

O hermetismo recursivo dos sistemas de função não carrega em si nenhum conteúdo valorativo, apenas garante que o sistema jurídico mantenha uma unidade estrutural com suas próprias operações. Nisso consiste a normatividade como identidade do direito e, somente por isso, ele pode estar socialmente disponível – cumprindo sua função social – e modificando o próprio direito.

Mas o sistema jurídico não é constituído só pelas comunicações produzidas por seu código binário; ele também produz contato com seu ambiente,³⁸ ou seja, com outros sistemas. Através de programas decisoriais o sistema utiliza uma forma diferente de expectativa chamadas cognitivas: essas expectativas podem ser modificadas em caso de desilusão; portanto, são capazes de aprender. Todavia, essa abertura do sistema opera simultaneamente a seu fechamento operativo e aquela só é possível em virtude desta (e vice-versa), ao mesmo tempo que uma condição não exclui a outra.

Nesse contexto, os programas de decisão adaptam sua aplicação a circunstâncias concretas ao produzirem decisões juridicamente vinculantes. Retornamos aqui ao nosso ponto de partida: o princípio de positividade do direito: “o direito é válido, então, em razões de decisões que estabelecem sua validade”³⁹, ou – formulando paradoxalmente – “o direito positivo é válido, porque poderia ser modificado por uma decisão”.⁴⁰

³⁷ LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Op. cit., p. 20.

³⁸ Os contatos do sistemas operacionalmente fechados produzem com seu ambiente são denominados de acoplamentos estruturais. Cf. LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della Società**. 6. ed. Milano: FrancoAngeli, 1994, especialmente Cap. I; BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Helena. **Luhmann in Glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali**. Milano: FrancoAngeli, 1996.

³⁹ LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Op. cit., p. 21.

⁴⁰ Idem.

Na verdade, o que vemos com essas afirmativas é que o direito positivo é o direito da sociedade moderna, uma sociedade cujas características estruturais estão na circularidade e na paradoxalidade. Isso significa que a sociedade moderna tem um caráter recursivo pois “é uma máquina histórica que, em todas as suas operações sempre parte do estado em que ela mesma, com as suas operações, se colocou”,⁴¹ ou seja, a sociedade moderna é resultado de si própria; e através dessa recursividade constrói também seus paradoxos, porque “a modernidade da sociedade moderna é dada pela impossibilidade de uma representação natural e sem concorrência da sociedade na sociedade”.⁴²

Conclusão

Nesse contexto descritivo do direito, coloca-se a tarefa de demonstrar através do construtivismo sistêmico o direito da sociedade moderna. O ponto de partida é considerar, portanto, que o direito positivo condiciona-se a partir de si mesmo e suas transformações partem de um estado anteriormente dado. Usando as palavras de Raffaele De Giorgi: “o direito se auto-organiza e só assim se historiciza. Sua indeterminação é auto-produzida e não pode ser reconduzida a dependências do ambiente, a variáveis independentes externas ao sistema”.⁴³

Afirmar que o direito moderno tem como pressuposto a contingência significa considerar, ao mesmo tempo, sua sempre crescente complexidade: é nesse sentido que o direito pode ser sempre diverso. Mas ao produzir direito, o sistema cria, simultaneamente, um não-direito. Conseqüentemente, as condições de possibilidade de suas operações – que o mantêm estruturalmente como sistema coeso – são ao, mesmo tempo, as condições de sua impossibilidade.

É nesse sentido que se afirma os grandes paradoxos do direito moderno, principalmente quando se analisa categorias caras e intocáveis das “conquistas” da sociedade moderna (estado liberal burguês) como a igual-

⁴¹ DE GIORGI, Raffaele. Direito e Modernidade. Op. cit., p.

⁴² Idem.

⁴³ Idem.

dade e a liberdade.⁴⁴ Todos esses conceitos são construídos com base nos seus próprios limites estruturais de realização. Nem mesmo a crítica do direito ou suas “alternativas” fogem dessa semântica.

Como já afirmado em outro trabalho,⁴⁵ não podemos escapar do paradoxo construído por nossos próprios discursos. O primeiro passo para uma saída possível é considerá-lo já quando iniciamos nossa caminhada cognoscente. É considerar que quando se cria direito através de decisões, produz-se de início uma diferença que deixa disponível as diferenças existentes na outra parte: por isso, mais direito produz mais não-direitos, a igualdade produz outras desigualdades. O direito não escapa dos seus limites auto-impostos, e só assim consegue marcar um limite diferenciador que garante sua ordem ante a extrema contingência do mundo, através da produção de estabilização da própria contingência – e podemos aqui entender contingência como incerteza.

Referências

BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Helena. **Luhmann in Glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali**. Milano: FrancoAngeli, 1996.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del Diritto e Legittimazione: critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann**. Lecce: Pensa Multimedia, 1998.

_____. Modelli giuridici dell'uguaglianza e dell'equità. **Sociologia del Diritto**, Milano, v. 1, n. 18, p. 19-33, 1991.

_____. Direito e Modernidade. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 35, p. 1-9, 1994.

⁴⁴ Sobre esse tema cf. DE GIORGI, Raffaele. Modelli giuridici dell'uguaglianza e dell'equità. **Sociologia del Diritto**, Milano, v. 1, n. 18, p. 19-33, 1991.

⁴⁵ QUEIROZ, Marisse C. **O Direito como sistema social complexo: uma reflexão teórico-social do Direito a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**. Florianópolis, 2003. Dissertação (curso de pós-graduação em direito) – Universidade Federal de Santa Catarina.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. Técnica, decisão, dominação. 3. edição. São Paulo: Atlas, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. v. I e II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **La Differenziazione del Diritto**. Contributi alla sociologia e alla teoria del Diritto. Bologna: Il Mulino, 1990.

_____. **El Derecho de la Sociedad** (Das Recht der Gesellschaft). Tradução provisória para o espanhol de Javier Torres Nafarrate. Impreso, s/d.

_____. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Tradução de Cristiano Paixão, Dacla Nicola e Samantha Dobrowolski. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 28, 1994. p. 15-29.

_____. DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della Società**. 6. edição. Milano: FrancoAngeli, 1994.

QUEIROZ, Marisse C. **O Direito como sistema social complexo: uma reflexão teórico-social do Direito a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**. Florianópolis, 2003. Dissertação (curso de pós-graduação em direito) – Universidade Federal de Santa Catarina.

_____. O Direito como sistema autopoietico: contribuições para a Sociologia Jurídica. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 46, 2003, p. 77-91.

SCARPELLI, Uberto. **Cos'è il positivismo giuridico**. Milano: Edizioni di comunità, 1965.