

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE  
SÃO PAULO  
PUC-SP

FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA

**A DECISÃO JUDICIAL COMO  
COMUNICAÇÃO DIFERENCIADA:  
Uma investigação à luz da Teoria Sistêmica de  
Niklas Luhmann**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2007

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA

**A DECISÃO JUDICIAL COMO**

**COMUNICAÇÃO DIFERENCIADA:**

**Uma investigação à luz da Teoria Sistemática de Niklas**

**Luhmann**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais sob a orientação do Prof. Doutor Nelson Luiz Pinto

SÃO PAULO

2007

Banca Examinadora

---

---

---

**Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.**

**São Paulo, 21 de agosto de 2007**

---

**Fernando Rister de Sousa Lima**

Como pálida homenagem, oferto este trabalho:

Ao Professor **NELSON LUIZ PINTO**, pelo estímulo e confiança  
externados nesses anos de prazeroso convívio;

à minha mãe, **ZULEICA RISTER**, e aos meus irmãos, **LUCAS E  
CIBELE RISTER DE SOUSA LIMA**, em retribuicao ao apoio e incentivo à  
minha vida academica.

## AGRADECIMENTOS

Pelo seu carinho, à **Cidinha**, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade de São Paulo - PUC/SP.

Ao meu pai, **Luis Antônio de Sousa Lima**, pelo auxílio financeiro.

À **Karenine**, pela calma que trouxe ao meu coração e pelo incondicional apoio.

À tia **Nilza**, pelo apoio operacional.

Ao **Centro Espírita Luz e Fraternidade**, nas pessoas de Junior e Paulinho, pela minha formação espiritual.

Em especial, aos professores **José Manoel de Arruda Alvim Netto**, **Sérgio Seiji Shimura** e **Teresa de Arruda Alvim Wambier**, pela forte influência na minha formação de docente e pesquisador.

Ao grande filósofo **Willis Santiago Guerra Filho**, pela leitura e incentivo ao texto.

Ao mestre **Raffaele De Giorgi**, pela calorosa acolhida em Lecce.

Ao grande **Cassio Scarpinella Bueno**, pelo exemplo a seguir.

*"NÃO RECLAMES NEM TE FAÇA DE VÍTIMA  
ANTES DE TUDO ANALISA E OBSERVA  
A MUDANÇA ESTÁ EM TUAS MÃOS  
REPROGRAMA A TUA META,  
BUSCA O BEM E VIVERÁS MELHOR.  
EMBORA NINGUÉM POSSA VOLTAR ATRÁS  
E FAZER UM NOVO COMEÇO,  
QUALQUER UM PODE COMEÇAR AGORA  
E FAZER UM NOVO FIM."*

CHICO XAVIER

## RESUMO

O trabalho em comento investiga o papel da comunicação na formação do subsistema do Direito e qual o papel da decisão judicial, sob inspiração da Teoria Sistêmica da autoria de Niklas Luhmann. A justificativa da pesquisa encontra-se no fato do referido sociólogo alemão ter revisitado conceitos da teoria sociológica tradicional, propondo uma nova perspectiva de descrição à sociedade complexa. Para realização do trabalho utiliza-se de pesquisa bibliográfica, tanto as fontes primárias, como as secundárias. Tem-se por base o uso do raciocínio analítico, na linha do explicitado por Chaïm Perelman, parte-se de premissas – por exemplo, a teoria sistêmica -, para se chegar à tese, que só será tida como válida à medida em que o pensamento for conduzido sob o axioma escolhido O resultado da pesquisa é a identificação da comunicação como peça fundamental à formação dos sistemas parciais e a decisão judicial, como parte do centro do Sistema Jurídico, deve ser emitida com base no respectivo código binário, qual seja: lícito/ilícito. Em contrapartida, o desrespeito à binaridade sistêmica proporciona corrupção do código e a sua reiteração a formação de outro sistema.

**Palavras-chave:** Teoria Sistêmica Luhmanniana, Decisão Judicial e Modernidade

## ABSTRACT

This study aimed at investigating the role of communication in the construction of Law subsystem as well as the role of judicial decisions, under the perspective of the Systems Theory by Niklas Luhman. This investigation is justified by the fact that this German sociologist has revisited concepts of the traditional sociology theory and proposed a new perspective of description for the complex society. The methodology was based on bibliographic research which was conducted not only in primary sources but also in secondary ones. Taking analytic reasoning as basis, following the Chaim Perelman definition, we started from the premises – such as the Systems Theory – toward the thesis, which can only be considered valid as long as the reasoning follows the chosen axiom. The results point at the identification of communication as the key and fundamental element in the constitution of the partial systems and the judicial decisions. Therefore, as a core part of the Judicial System it should be issued as basis in the respective binary code, that is licit/illicit. On the other hand, disregarding the binary systems characteristic causes code corruption and its corroboration for the construction of another system.

**Keywords:** Luhmannian Theory of Systems, Judicial Decision, modernity

## LISTA DE ABREVIATURAS

c/c – combinado com  
CC – Código Civil  
CF – Constituição Federal  
CPC – Código de Processo Civil  
DJ – Diário de Justiça  
DPC – Direito Processual Civil  
EC – Emenda Constitucional  
g/o – governo/oposição  
l/i – lícito/ilícito

## SUMÁRIO

<b>AGRADECIMENTOS</b> .....	5
<b>RESUMO</b> .....	7
<b>ABSTRACT</b> .....	8
<b>LISTA DE ABREVIATURAS</b> .....	9
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	14
<b>a) O paradigma do Positivismo Jurídico e a sua influência</b> sobre o Direito, a Ciência do Direito, o Direito Processual Civil e a Ciência Processual Civil .....	18
<b>b) Breve contextualização evolutiva: Sociologia, Sociologia</b> Jurídica e Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann .....	28
<b>c) A localização do problema</b> .....	31
<b>PRIMEIRA PARTE</b>	
<b>INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO SISTÊMICO DE NIKLAS LUHMANN</b>	
<b>1.1 O objeto e a proposta da teoria dos sistemas</b> .....	33
<b>1.2 A sociedade como sistema social complexo e contingente</b> .....	36
<b>1.3 Os subsistemas sociais diferenciados, operacionalmente</b> fechados, autopoieticos e acoplados estruturalmente .....	39

1.3.a Os subsistemas sociais diferenciados .....	39
1.3.b A clausura operacionalmente dos sistemas .....	41
1.3.c Os sistemas autopoieticos .....	45
1.3.d O acoplamento estrutural dos subsistemas .....	48
1.4 A comunicação no contexto da sociedade funcionalmente diferenciada .....	51

## **SEGUNDA PARTE**

### **A FORMAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO PELA SUA COMUNICAÇÃO**

2.1 A evolução da sociedade e a sua relação com o Direito .....	56
2.1.a A evolução social .....	56
2.1.b A classificação das sociedades propostas por Luhmann e o respectivo Direito .....	57
2.1.c A positividade como fruto da complexidade e da contingência numa breve introspecção histórica .....	63
2.1.d O Direito moderno .....	69
2.2 Os sistemas sociais .....	70
2.2.a O paradigma sistema/ambiente da Teoria dos Sistemas .....	71
2.2.b Do sentido .....	77
2.2.c Operação/Observação .....	79
2.2.d Do código .....	83
2.2.e A dupla contingência .....	86
2.3 O ambiente social do Sistema Jurídico .....	87
2.4 A construção do sistema parcial do direito por meio da sua diferenciação comunicativa .....	90

## **TERCEIRA PARTE**

### **A DECISÃO JUDICIAL COMO COMUNICAÇÃO DIFERENCIADA**

#### **3.1 Da pacificação social à garantia de expectativas normativas:**

uma mudança de paradigma ..... 101

**3.2** O processo como procedimento do subsistema do Direito ..... 113

**3.3** A complexidade instaurada na relação processual ..... 118

**3.4.** A redução da complexidade social ..... 119

#### **3.5** O ônus da prova à luz da Dogmática Jurídica como técnica

de decisão e à perspectiva da Teoria dos Sistemas Luhmanniana

como técnica de redução da complexidade processual ..... 122

**3.6** A clausura operacional da realidade processual ..... 129

#### **3.7** A construção da realidade processual por meio

das provas – Proposta de sistematização: Teoria

dos Sistemas X Dogmática Jurídica ..... 132

#### **3.8** O papel do juiz (observador) frente à

realidade processual ..... 138

**3.9** A justiça possível da decisão judicial ..... 145

**3.10** A decisão judicial como comunicação diferenciada ..... 149

## **PALAVRAS FINAIS**

### **TEORIA DOS SISTEMAS LUHMANNIANA, DECISÃO JUDICIAL E MODERNIDADE**

..... 163

**REFERÊNCIAS**

..... 170

**APÊNDICE I**

**GLOSSÁRIO SOBRE A TEORIA SOCIAL DE NIKLAS LUHMANN ..... 184**

**APÊNDICE II**

**BREVÍSSIMO HISTÓRICO DE NIKLAS LUHMANN ..... 186**

## INTRODUÇÃO

A individualidade do ser humano não impede a sua classificação como ente social. O fato de possuir personalidade, idéias e vontades próprias não o repele da sociedade. O homem (*lato sensu*) é um ser gregário, precisa viver no meio social, desenvolve-se pelo contato com outros de sua espécie e até pelos atritos evolui.<sup>1</sup> Ele sozinho é incapaz de progredir. A noção própria do termo homem significa comunidade: *unus homo, nullus homo*. A sua existência só é possível dentro de um contexto social.<sup>2</sup>

Contudo, no local em que há pessoas juntas, surgem concepções próprias, vontades antagônicas e o conflito é inevitável. O homem busca submeter o outro ao seu deleite. O Direito surgiu originalmente para resolver esses conflitos. Nesse contexto, faz-se necessário o questionamento sobre o que é o Direito. Reavalia-se e se procura o seu significado, tanto pelos estudiosos, como pelos leigos, que, muitas vezes, sem ao menos ter um conceito claro do que seja, inconscientemente, buscam nele solução aos seus problemas. Em razão disso, teorizações foram e continuarão a ser proferidas. Algumas trazem a idéia de vago,

---

<sup>1</sup> DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 300. Ver SUNDFELD. Carlos Ari. Fundamentos de direito público. 4. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 19-20. Sobre a sociabilidade do ser humano, ver TELLES JUNIOR, Goffredo. O povo e o poder. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 15: “*O estado social é o estado de natureza do homem.[...] ‘O homem só é um bruto ou é um deus’, disse Aristóteles.*” Também a respeito da sociabilidade do homem, ver DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 7.

<sup>2</sup> Ver RADBRUCH, Gustav. Introdução à ciência do direito. Tradução Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 1: “*A cada atividade básica do espírito humano corresponde um tipo especial de leis do dever: a lógica trata das leis do modo de pensar verdadeiro, correto, científico; a estética trata da maneira certa de vivenciar com sentimento a arte e a beleza; todavia, o dever ético, que apresenta sua lei ao nosso querer e agir, é de natureza tríplice: as regras de um agir bom, adequado e justo produzem a moralidade, o costume e finalmente o direito.*” Ver Idem. Filosofia do direito. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 47.

ambíguo, confuso, outras aparecem de forma paradoxal e contraditória.<sup>3</sup> Isso se transformou num problema supracientífico. Necessita de campo próprio de questionamento como a ontologia jurídica.<sup>4</sup> Entretanto, não se pode negar: é um fenômeno social bem estruturado e revelador. Como explana Dworkin: à medida que se conhece a natureza do argumento jurídico, mais se sabe sobre as pessoas que somos.<sup>5</sup>

Atento a isso, numa introspecção à Teoria dos Sistemas luhmanniana, inicialmente, investigar-se-á como o Sistema Jurídico é formado e qual o papel exercido pela comunicação jurídica na sua construção para, em seguida, aplicá-la à decisão judicial. O sociólogo alemão Niklas Luhmann promoveu uma ruptura com a doutrina predominante, principalmente no que se refere à unidade do Sistema Jurídico; à variabilidade das normas; à normatividade especificamente jurídica; à relação entre direito e sociedade.<sup>6</sup>

Essa ruptura paradigmática, acrescida ao fato de Luhmann ter teorizado sob inspiração da sociedade moderna, já justificariam a pesquisa, quiçá dentro de um Programa de Pós-Graduação em Direito em que todos os

---

<sup>3</sup> NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Introdução ao estudo do direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 35. TELLES JÚNIOR, Goffredo Telles. Iniciação na ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 374: “A primeira chamada Direito é norma (é o direito Objetivo). A segunda é permissão (é o Direito Subjetivo). E a terceira é qualidade (é o justo, ou a qualidade do ato justo).” Ainda realça: “Grave erro lógico é conferir às palavras plurívocas uma única definição. Quando, por acaso, assim as definimos, estaremos nos enredando em confusão de conceitos, ou mencionando um só conceito, e olvidando os demais.” Quem também relata as várias formas de interpretação da expressão “Direito” é NERY, Rosa Maria de Andrade. Noções preliminares de direito civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 18.

<sup>4</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. Lezioni di filosofia del diritto. 9. ed. Giuffrè: Milano, 1953. p. 2.

<sup>5</sup> DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 15: “Afinal, temos interesse pelo direito não só porque o usamos para nossos próprios propósitos, sejam eles egoístas ou nobres, mas porque o direito é nossa instituição social mais estruturada e reveladora. Se compreendermos melhor a natureza de nosso argumento jurídico, saberemos melhor que tipo de pessoas somos.”

<sup>6</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 18. Ver DE GIORGI, Raffaele. Presentazione. In: LUHMANN, Niklas. La differenziazione del diritto. p. 9.

pesquisadores independentes da linha de pesquisa são obrigados a cursar um crédito de Filosofia do Direito e outro em Teoria Geral do Direito, onde vários professores – inclusive os coordenadores do programa – têm forte pesquisa na seara das ditas matérias fundamentais do estudo jurídico.

O presente trabalho terá por base o uso do raciocínio analítico. Na linha do explicitado por Chaïm Perelman, parte-se de premissas – por exemplo, a teoria sistêmica -, para se chegar à tese, que só será tida como válida à medida em que o pensamento for conduzido sob o axioma escolhido. Assim dizendo, transportar-se-á a verdade daquela à conclusão final.<sup>7</sup> Como técnicas de pesquisa, foram utilizadas fontes primárias (obras de autoria do próprio Luhmann) e secundárias (terceiros comentando a teoria sistêmica), tudo por meio de pesquisas bibliográficas. Trabalhou-se, principalmente, com quatro fontes primárias, a saber:

**(a)** LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Traducción Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002;

**(b)** \_\_\_\_\_. La differenziatione del diritto. A cura di Raffaele De Giorgi. Milano: Mulino, 1990;

**(c)** \_\_\_\_\_. Sistemi sociali. Traduzione Alberto Febbrajo; Reinhard Schmidt. Bologna: Mulino, 1990.

**(d)** \_\_\_\_\_; DE GIORGI, Raffaele. Teoria della società. 11. ed. Milano: Franco Angeli, 2003.

A pesquisa começou na disciplina Teoria Geral do Direito, ministrada por Celso Fernandes Campilongo, no Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/SP, motivando a formação de um grupo de estudos, num intercâmbio entre pós e graduação, sobre a Teoria Sistêmica Luhmanniana, em uma iniciativa da APG –

---

<sup>7</sup> PERELMAN, Chaïm. Lógica jurídica. Tradução Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.1.

Associação dos Pós-Graduandos da PUC/SP - e do Centro Acadêmico “22 de Agosto” da Faculdade de Direito da PUC/SP. Teve, pois, continuidade no Centro de Estudos sobre o Risco (fundado por Luhmann e Raffaele De Giorgi) na Faculdade de Direito da Universidade de Estudos de Lecce – Itália, sob a supervisão científica do professor De Giorgi. Agora, é colocada à apreciação da douta banca examinadora, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais.

Paradigma é o referencial teórico dominante num determinado período, isto é, trata-se de vitória de determinada teoria sobre as demais. O Positivismo Jurídico prevaleceu como o paradigma por longos anos influenciando a doutrina, a jurisprudência e o ensino jurídico. Como se pretende investigar a decisão judicial, acrescida do fato de que a Teoria Sistêmica – referência central do trabalho – foi tachada de positivismo melhorado, nesta seção introdutória, num breve relato, colocar-se-ão algumas digressões sobre o Positivismo e a sua influência no Direito e na sua ciência, com o intuito até mesmo de comparação com a Teoria dos Sistemas. Nessas premissas introdutórias, ainda, tratar-se-á, numa linha evolutiva, sobre um breve histórico da Sociologia para, em seguida, expor a divergência teórica luhmanniana com ela, para identificar o que pretendeu aquela e o que visa a Teoria Sistêmica.

Em seguida, desenvolver-se-ão premissas pontuais do cabedal de conhecimentos propostos por Luhmann num capítulo denominado de Primeira Parte, cuja compreensão é fundamental ao núcleo da dissertação, o qual será tratado no capítulo seguinte, chamado de Segunda Parte, em que se pretende demonstrar a evolução do Direito e a sua relação com a sociedade para se chegar aos dias de

hoje, aonde se relatará como o Direito é formado e qual o papel exercido pela comunicação à luz da Teoria Sistêmica.

Enfim, na terceira parte, apontar-se-á a moldura da decisão judicial em águas luhmannianas, a começar pela alteração paradigmática proposta por Luhmann de alterar a reverenciada pacificação social pela garantia de expectativas normativas. Depois, mostrar-se-á legitimação do processo pelo procedimento numa sociedade complexa, em que essa característica chega a contaminar o próprio processo, reclamando solução.

Com a formação do processo, a comunicação jurídica instaura-se dentro do contexto processual. A partir deste ponto, fala-se, em realidade processual, e da sua construção por meio das provas. Ainda assim, abordar-se-á qual o papel do juiz nesse contexto e qual justiça pode-se esperar da decisão judicial, para no último item, elucidar o porquê da expressão comunicação diferenciada. Tudo com a ressalva de que a aplicação da teoria dos sistemas ao processo é baseada na sua teoria geral, em fragmentos e pequenos trabalhos escritos por Luhmann sobre o tema; contudo, a estrutura dorsal e mormente a tomada de posições, muitas vezes até polêmicas, sobre o processo é mister do candidato/autor, daí, talvez, configure-se certa originalidade à pesquisa.

#### **a) O paradigma do Positivismo Jurídico e a sua influência sobre o Direito, a Ciência do Direito, o Direito Processual Civil e a Ciência Processual Civil**

Pela expressão Positivismo Jurídico identificam-se diversos significados. Longe de estarmos numa uniformidade de pensamento, pode-se defini-

la como corrente filosófica que só reconhece o Direito emanado de autoridade competente, mediante procedimento pré-estabelecido. Nessa linha, o objeto da Ciência do Direito seria o Direito Positivo.<sup>8</sup>

Essa teoria é originada na formação do Estado Moderno, com o passar dos anos, tornou-se rotineira a utilização do vernáculo “positividade do direito” tanto no plano filosófico como no científico. A ciência descreve o previsto pelo Direito, pressupõe o seu dogmatismo, qual seja, ele próprio impõe a si mesmo. Também se refere à função da positivação do direito, que não seria o da criação do direito, mas da seleção e da dignificação das normas como direito vinculante. Envolveria um filtro pelo qual as idéias jurídicas têm que passar para se tornarem socialmente vinculativas. O Direito sempre existiu, o que se alterou é se determinado fato é lícito ou ilícito. Nesta perspectiva, a constância da modificação normativa é a demonstração da seleção a cada momento praticada pelo respectivo subsistema. A consciência da sua contingência é uma característica do Direito Positivo.

O Positivismo Jurídico é a demonstração histórica da troca de valores sociais. Antes, o Direito estava no poder do rei, a justiça era fruto de valores divinos. Por conta disso, só os representantes da Igreja são aptos a fazê-la. A partir dele, o Direito não mais se baseia na crença ou qualquer outro valor, porém nos valores positivados.<sup>9</sup> Segundo Norberto Bobbio, há três modos de se ver o positivismo.

---

<sup>8</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. v. 2. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 198. p. 7-10. É verdade, porém, que o positivismo serviu (e por que não dizer que ainda serve) como instrumento de proteção dos interesses da burguesia. Sobre isso, ver FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 32: “*O positivismo jurídico, na verdade, não foi apenas uma tendência científica (racionalista diríamos nós), mas também esteve ligado, inegavelmente, à necessidade de segurança da sociedade burguesa[...]. A exigência de sistematização do Direito acabou por impor aos juristas a valorização do preceito legal no julgamento de fatos vitais decisivos.*” Também ver LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 222-223.

<sup>9</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. *op. cit.*, p. 13: “*No plano da estrutura, ao contrário, a positivação do direito significa uma reformulação interna radical. Após alterações estruturais tão amplas, a congruência do direito tem que ser buscada de outra forma, estabelecendo um outro tipo de equilíbrio. Ela não pode*

Todos ligados ao Direito, obviamente. O primeiro deles seria o positivismo como modo de estudá-lo; o segundo, uma forma de entendê-lo e o terceiro, como instrumento de valoração.<sup>10</sup>

O Positivismo Jurídico sofreu influência do Positivismo do francês Auguste Comte. Aí, o termo positivismo era utilizado para designar uma diretriz filosófica marcada pelo culto à ciência, por meio da sacralização do método científico, numa cega confiança na evolução da humanidade por meio da ciência.<sup>11</sup> Dele originou-se a frase célebre “Ordem e Progresso”, grafada na bandeira do Brasil. Ele influenciou pensamentos em diversos países ocidentais, em destaque a partir da segunda metade do século XIX<sup>12</sup> e recebeu grande fomento da burguesia beneficiada pela evolução técnico-científica.<sup>13</sup>

No contexto da doutrina jurídico-positivista, Hans Kelsen acredita na conceituação do Direito por meio da linguagem e compara o significado gramatical da palavra em vários países. Chegou à conclusão de que, mesmo nas mais diferentes épocas, resulta de uma “*ordem de conduta*”. Exemplifica: “*Assim, lemos*

---

*mais basear-se na crença em outra ordem verdadeira como base de fundamentos morais naturais e invariantes do direito. Agora ela tem que referir-se ao sistema social que gera a redução de complexidade do direito*”.

<sup>10</sup> Ver as seguintes obras de BOBBIO, Norberto. El problema del positivismo jurídico. Tradução Ernes Garzón Valdés. 6. ed. Mexico: Distribuciones Fontamara, S.A., 1999; O positivismo jurídico. Tradução. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 131-229; Teoria da Norma Jurídica. 2. ed. revista. Tradução Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2003. p. 58-62.

<sup>11</sup> Sobre o positivismo comteano, ver COMTE, Auguste. Curso de filosofia positiva. Tradução José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Nova cultural, 2005. p. 26. A respeito da base filosófica positivista sob um prisma da filosofia, ver CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999; COTRIM, Gilberto. Fundamentos da filosofia. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999; ARANHA, Maria Lúcia Arruda; PIRES, Maria Helena. Filosofando: introdução à filosofia. São Paulo: Moderna, 1998.

<sup>12</sup> DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 102. Ainda sobre o positivismo, ver REALE, Miguel. Introdução à filosofia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 10-13. Conceituando positividade, ver LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. p. 10.

<sup>13</sup> Cf. DE CICCO, Cláudio. História do pensamento jurídico e da filosofia do direito. 3. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 271.

na Bíblia que um boi que matou um homem deve também ser morto”.<sup>14</sup> O Direito apareceria justamente para reagir às condutas consideradas indesejadas, por serem nocivas à sociedade. Esse controle pode ocorrer das mais diferentes formas: mediante uso da força física; de uma superioridade cultural (como na relação entre médico e paciente); ou mesmo de uma característica sócio-cultural (relação entre pais e filho).<sup>15</sup> De todo modo, tais regras de conduta são expressas por meio das normas legais, as quais têm o seu principal fundamento na necessidade de que o comportamento dos membros da sociedade deve ser controlado para se manter uma convivência pacífica.<sup>16</sup> A norma jurídica seria a “*coluna vertebral*” da sociedade<sup>17</sup> e é declarada pelo poder e sem o qual ela não existe (seja pelos poderes constituinte, legislativo, judiciário ou executivo). Demais disso, para ser jurídica deve estar em sintonia com o ordenamento jurídico.<sup>18</sup> Evita, assim, gerar demasiada controvérsia e as abstrações comuns entre os filósofos: o próprio Direito identifica-se.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 33. Ver FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A ciência do direito: “(...)podemos dizer que o direito pode ser concebido como um modo de comunicar pelo qual uma parte tem condições de estabelecer um cometimento específico em relação à outra, controlando-lhe as possíveis relações.” Sobre o tema RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. São Paulo: Resenha Universitária, 1976. p. 31.

<sup>15</sup> Sobre as diversas formas de poder, ver WEBER, Max. Economia e sociedade. v. 3. Tradução Giorgio Giordano. Torino: Edizioni di Comunità, 2000. p. 3: “*Il potere di comando politico non è considerato essenzialmente diverso da quello del padre di famiglia, del proprietario fondiario, del signore feudale: è la situazione del ‘patrimonialismo’.*” Ver FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A ciência do direito. p. 100. Ver DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 8 e 10.

<sup>16</sup> DINIZ, Maria Helena Diniz. op. cit., p. 300.

<sup>17</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. Philosophie du droit. Paris: Dalloz, 1953. p. 279. Ver KASER, Max, Direito privado romano. Tradução Samuel Rodrigues; Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 45. Também, ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 75.

<sup>18</sup> DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 302. Ver ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito: introdução e teoria geral. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 32.

<sup>19</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 65. Ver MATURANA, Humberto. Cognição, Ciência e vida cotidiana. Tradução Cristina Magro; Victor Paredes (orgs.). p.168-169.

Pelo termo ciência, aufere-se um conjunto de conhecimentos sobre a realidade, objeto do seu foco de estudo. A Ciência Jurídica pode ser conceituada como os conhecimentos da realidade jurídica, expostos de forma sistêmica.<sup>20</sup> Ressalta-se o dissenso existente sobre o tema, até mesmo chegando outros a tê-la como mera arte ou mesmo como parte de outra ciência.<sup>21</sup> Seguindo o primeiro pensamento, o diferencial do conhecimento científico ao vulgar é o fato daquele visar dar às suas descobertas um enfoque descritivo, embasado num conjunto de princípios, ou premissas, de forma sistematizada, enquanto no outro constata-se o uso de linguagem cotidiana.<sup>22</sup> De fato, obter-se-á pela utilização de uma, e não pela outra, um saber extraído por uma pesquisa direcionada e embasada em princípios previamente tidos como corretos, ao menos num momento histórico. O outro se apegava a exemplos práticos, como casos semelhantes e até pode se dizer num certo casuísmo. Não que no científico seja desprezado um julgado, por exemplo; no entanto, deve ser um auxílio e nunca a única fonte.<sup>23</sup>

Os enunciados utilizados pela ciência são frutos do momento histórico e cultural vivenciados pela sociedade. Um enfoque científico, dado num determinado

---

<sup>20</sup> Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. op. cit., p. 9. Ver também CHAUÍ, Marilena. op. cit., p. 251. Ainda POPPER, Karl Raymund. A lógica da pesquisa científica. São Paulo: Cultrix, 1993. p. 61. Ver VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e os sistemas de direito positivo. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 37. Sobre a resistência em aceitar a expressão ciência, ver LÉVY-BRUHL, Henri. Sociologia do direito. Tradução Antonio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 89.

<sup>21</sup> O Direito como arte, ver CARNELUTTI, Francesco. A arte do direito. Salvador: Livraria Progresso, 1957. p. 14 e ss.

<sup>22</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. op. cit., p. 10. Ao tratar do termo ciência, não é possível deixar de ressaltar a importância que os filósofos tiveram para o seu desenvolvimento. Dentre tantos e das diversas escolas, faz-se menção a três – mas já pedindo escusas pelas injustiças que por uma razão de proposta serão feitas com a não citação de diversos pensadores: Aristóteles (384–322 a.C.), chamado por muitos como o pai da ciência, destacou-se, justamente, pelo caráter científico dado aos seus trabalhos, sendo discípulo de Platão; Francis Bacon (1561-1526), inglês e fundador da forma de pensar com base no indutismo; René Descartes (1596–1650), fundador do método cartesiano, instaurou a dúvida como meio de persecução da verdade. Ver sobre o tema BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de filosofia do direito. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2005.

<sup>23</sup> Ver REALE, Miguel. Filosofia do direito. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 53-64.

período, poderá ser contestado posteriormente.<sup>24</sup> Certo de que a história da humanidade confunde-se com o desenvolvimento das ciências e ao presente interessa a jurídica, cujo conteúdo muito se desenvolveu pela academia alemã. Numa visão geral (e dentro dos limites do trabalho), cita-se, alguns de seus percussores: Friedrich Carl von Savigny (chamado de príncipe da ciência) traça o seu trabalho sobre a linha de que a ciência deveria trabalhar visando à organização da matéria jurídica derivada do direito positivo. Seria como explicar a razão interna do sistema. Seguindo avante, Georg Friedrich Puchta desvincula a Ciência do Direito de legitimação e a torna uma metodologia dogmática, como se fosse autônoma e completa. A ciência deve se preocupar como o conhecimento sistêmico do Direito. Em reforço à linha seguida pela ciência tedesca, Rudolf von Ihering demonstra o rompimento da Ciência Jurídica com os valores externos ao Direito: assim, constroem-se um organismo fechado e racionalmente interno. Por fim, Hans Kelsen legitima o Direito a se produzir por sua teoria da unidade, da validade e da norma fundamental. A norma dita o dever ser. A Ciência do Direito deveria estar imune de tudo que não é lícito.<sup>25</sup> Assim sendo, à luz do Positivismo, a Ciência do

---

<sup>24</sup> Questão bem interessante é a do exame do DNA. Em síntese, é pai quem o referido exame diz. Mas, daqui a alguns anos, surgirão novos exames alicerçados em outras premissas científicas e, com isso, poder-se-á modificar as relações entre pais e filhos, averiguadas no antigo exame. Noutras palavras: quem é pai pode não o ser mais. Outro exemplo pode ser extraído do Direito Tributário: a Ciência Jurídica quando analisa e propõe premissas analisa a lei, a doutrina e a jurisprudência para tanto. Pode ocorrer que tudo leve a crer em uma inconstitucionalidade de um tributo e o seu conteúdo é neste sentido. Todavia, posteriormente, o STF julga Ação Declaratória de Constitucionalidade reconhecendo a constitucionalidade do mesmo tributo. Esta decisão torna-se, outrossim, premissa nova que não pode ser desconsiderada pela Ciência a qual a levará a novo pronunciamento. Ver CHAUI, Marilena. op. cit., p. 258: “A ciência, portanto, caminha numa via linear contínua e progressiva, mas por saltos e revoluções.” Ver também NERY. Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 19.

<sup>25</sup> No que diz respeito à epistemologia da Ciência do Direito, ver FERRAZ JR., Tercio Sampaio. op. cit., passim e DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del diritto e legittimazione*. Lecce: Pensa Multimedia, 1998. p. 27. Ver ainda MATURANA, Humberto. op. cit., p. 125: “Embora etimologicamente a palavra Ciência signifique o mesmo que a palavra conhecimento, ela tem sido usada na história do pensamento ocidental para fazer referência a qualquer conhecimento cuja validade possa ser defendida em bases metodológicas, independentemente do domínio fenomênico no qual é proposto. Hoje em dia, entretanto, isto tem mudado progressivamente, e a palavra Ciência é agora mais freqüentemente usada para fazer referência apenas ao conhecimento validado através de um método particular, que é o método científico.” Ver *Ibidem*, p.126 e 128.

Direito é um ramo do conhecimento que busca descrever o ordenamento jurídico, sob o dogma do lícito.<sup>26</sup>

Nesse contexto doutrinário positivista, o direito processual civil é um ramo do Direito Público,<sup>27</sup> com escopo de disciplinar a justiça civil, por meio de regras e princípios ancorados no Código de Processo Civil.<sup>28</sup> Esta nomenclatura é utilizada nos países de influência romano-germânica; contudo, é relativamente nova, pois em 1860 era conhecida, entre nós, pelo nome de Direito Judiciário Civil.<sup>29</sup> Ele

---

<sup>26</sup> Em uma comparação entre o papel da ciência com a Sociologia, ver LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. op. cit., p. 67. Ainda na temática ciência é relevante frisar o enunciado por Thomas Kuhm. Ele desmerece os critérios científicos dominantes, pois o predomínio de determinado critério científico não estaria ligado a valores técnicos, mas aos méritos políticos de seus defensores. Também se refere ao período classificado como pré-pragmático, em que haveria uma disputa entre as teorias. Não há um dominante. Lutam pelo posto. Cf. KUHLM, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005.

<sup>27</sup> O Direito Processual Civil é tido como um ramo do Direito Público em razão dos seus preceitos serem destinados a regular a atuação da jurisdição, função esta basilar do Estado. Sobre o tema, ver RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 33: “O direito processual civil, então, em face destas considerações, pode ser conceituado como a Ciência Jurídica formada por princípios e normas que regulam o funcionamento da jurisdição civil.”

<sup>28</sup> Cf. REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. v. 1. Milano: Giuffrè, 1995. p. 3: “Diritto processuale civile è il nome dato in tempi relativamente recenti (dal tedesco Zivilprozessrecht) a quelle discipline dell'amministrare giustizia, che hanno il loro testo fondamentale nel codice 'di procedura civile'. Raggrupparle e coordinarle fra di loro e nei loro col sistema generale dell'ordinamento giuridico, ne rende possibile una più razionale interpretazione e consenso di elaborare nozioni, principi e concetti, che rimarrebbero altrimenti abbandonati a vaghe intuizioni o occasionali.” Ver também MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. 1. atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Millennium, 1998. p. 40: “Trata-se de Ciência autônoma, com objeto próprio, perfeitamente individualizado, que é o processo civil, instrumento de que o Estado se serve para compor, no exercício da jurisdição ordinária, litígios não penais.”

<sup>29</sup> Cf. ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. p. 13: “O Direito Judiciário é o complexo de princípios e leis, que regem a atividade do Poder Judiciário e dos seus auxiliares, assim como a atividade das partes, na administração da Justiça.” Ver também ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 13 e RODRIGUES, Marcelo Abelha. op. cit., p. 29: “O uso da expressão 'direito processual civil' é quase uma unanimidade nos ordenamentos jurídicos de origem romano-germânica, não sendo, portanto, uma exclusividade de nosso direito positivo, já que até mesmo a doutrina comparada se utiliza da referida expressão para estudar esta ciência. Todavia, não foi assim sempre, pois, antigamente, a expressão que a designava era direito judiciário civil.” Ver ainda MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. Campinas: Millennium, 2000. p. 44: “A escola procedimentalista italiana empregou também a expressão direito judiciário, entre nós adotada por João Monteiro e João Mendes Júnior, que é a designação oficial da cadeira no curriculum universitário. A expressão é, porém, defeituosa: ou abrange tão-só o processo que se desenvolve em torno do juízo (ficando fora, por exemplo, o processo de execução), ou amplia em excesso, para conter tudo o que se refira ao Poder Judiciário.”

tem como objeto do seu controle as lides civis. Para descrever a abrangência da expressão “*lides civis*” serve-se de outra: “*tudo que não for penal ou contravenção penal*”. É um critério residual: o que não for afeito às respectivas áreas será objeto do DPC. Em verdade, é o ramo do Direito encarregado da árdua missão de prever como nasce a relação entre autor, juiz e réu; quais os requisitos a serem atendidos para ser válido o processo e os instrumentos recursais disponíveis. De forma geral, as suas atividades envolvem a aplicação do Direito ao caso concreto.<sup>30</sup>

É preciso, contudo, distinguir “Ciência Processual Civil” de “Direito Processual Civil”. Quando se utiliza a nomenclatura “DPC” refere-se ao ramo do Direito cujo objetivo é regular as atividades das partes - juízes e demais sujeitos processuais - de forma endoprocessual. Entretanto, ao se referir à Ciência Processual, busca-se atingir um ramo da Ciência Jurídica. O enfoque é o estudo, de forma sistêmica, com escopo de sistematizar normas e princípios.<sup>31</sup> Trata-se, pois,

---

<sup>30</sup> Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao código de processo civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 3. Também LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di diritto processuale civile. 6. ed. Milão: Giuffrè Editore. p. 33: “18. Processo civile. – L’attività con cui si svolge in concreto la funzione giurisdizionale si chiama processo. Detta funzione non si compie infatti in un solo tempo o con un solo atto, ma con una serie coordinata di atti che si svolgono nel tempo e che tendono alla formazione di un atto finale. Da ciò l’idea di un procedere verso una meta e il nome dato all’insieme di atti posti in essere nell’esercizio della funzione.” O Estado, quando da sua atuação jurisdicional, intervém de forma equidistante, quer dizer, acima das partes. Porém, só a exerce depois de solicitada por um dos legitimados e se a situação não puder ser resolvida sem a intervenção do poder estatal.

<sup>31</sup> As razões doravantes expostas têm como referência umbilical a obra do alemão Oscar von Bülow (1868), cujo conteúdo argumenta sobre as exceções e os pressupostos processuais e que alterou paradigmas até então predominantes a respeito da inexistência de diferenças entre o Direito Material e o Processual, demonstrando, enfim, a relação existente entre juiz, partes e a natureza pública, daí em diante tida como relação jurídica processual. É verdade, outrossim, que as suas idéias são baseadas no trabalho de outro alemão Bethmann-Hollweg. Todavia, é inegável o valor da teorização proporcionada ao mundo jurídico por Bülow, precipuamente na sistematização. *Die Lehre von den Prozeßreden und die Prozeßvoraussetzungen*. Sobre Direito o Processual Civil, ver COUTURE, J. E. Fundamentos del derecho procesal civil. Buenos Aires: Depalma, 1988. p. 3: “El derecho procesal civil es la rama de la Ciencia Jurídica que estudia la naturaleza, desenvolvimiento y eficacia del conjunto de relaciones jurídicas denominado proceso civil. Esta definición supone dar por admitido el carácter científico del derecho procesal civil, punto éste que ha sido últimamente cuestionado.” Ver, ainda, Idem, Introducción al estudio del proceso civil. Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 53: “El proceso es, en sí mismo, un método de debates. En él participan elementos humanos: jueces, auxiliares, partes, testigos, peritos, etc., los cuales actúan según ciertas formas preestablecidas en la ley. Esas formas regulan la producción de actos jurídicos procesales, vale decir, actos humanos dirigidos por la voluntad jurídica.” Também, descreve o processo como um conjunto de atos concatenados e coordenados à aplicação da lei CHIOVENDA. Giuseppe. Saggi di diritto processuale

de uma ciência autônoma,<sup>32</sup> cuja investigação está delimitada pelas normas reguladoras do processo civil.<sup>33</sup>

A retromencionada ciência utiliza-se, no exercício do seu sacerdócio, o método técnico-jurídico, consistente em partir das normas reveladas pelas fontes formais do Direito. Ele constroeu um sistema com vistas a aplicar, de forma harmônica, à ordem jurídica a realidade fática.<sup>34</sup>

A expressão “*Direito Adjetivo*” é constantemente utilizada no jargão forense e em certa parte da bibliografia especializada como sinônimo de Direito Processual. Isso contribuiu, de certa maneira, para o fortalecimento da cultura de se colocar o Processo Civil num segundo plano. Inclusive como alguns frisam, seria um direito secundário, enquanto o direito material seria o primário. Infelizmente, isso ainda ocorre. No entanto, felizmente, ele vem tomando o seu lugar e já começa a se

---

civile. v. 1. Milano: Giuffrè Editore, 1993. p. 231: “2. *Noi parliamo di processo delle idee, noi parliamo di processo chimico, di processo patologico e simili. Quando parliamo di processo giudiziario, intendiamo un complesso d’atti giuridici successivi coordinati allo scopo dell’attuazione della legge.*” Para o referido professor italiano, a existência da Ciência Processual era uma tão clara, que, inclusive já em 1907, escrevia um texto, no qual um item era intitulado de Tarefa da Ciência Processual Italiana (tradução livre), republicado nos citados ensaios, p. 227 e ss.

<sup>32</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 73. O autor explica que a divisão dos poderes trouxe uma neutralidade política ao judiciário, a qual, por sua vez, é uma das peças importantes para o surgimento da Ciência do Direito do século XIX.

<sup>33</sup> Cf. GUASP, Jaime. Derecho procesual civil. v. 1. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1998. p. 13. Ver ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. op. cit., p. 87 e MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. atual. Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Millennium, 1998. p. 33: “O *Direito Processual Civil* é, grosso modo, o ramo da *Ciência Jurídica* que tem por objeto a regulamentação do processo pertinente à jurisdição civil. Assim sendo, cabe-lhe sistematizar os princípios e regras sobre processos da jurisdição ordinária em que se procura a composição de litígios não-penais.”

<sup>34</sup> Cf. MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. op. cit., p. 40: “*Seu método é, portanto, o técnico-jurídico, o qual consiste em partir das normas reveladas pelas fontes formais do direito objetivo, para, em seguida, construir, ordenadamente, um sistema coerente de institutos, conceitos e princípios gerais, harmônicos com os valores e bens que, no setor do processo civil, informam a ordem jurídica e seus fins mais transcendentos.*”. Vale ressaltar: o Direito Processual vem sofrendo mutações em duas espécies, sendo uma delas de natureza técnica e a outra política. Conceitua-se a primeira com vistas à realização de um fim determinado, isto é, do seu aprimoramento. Tem-se, como exemplo, as alterações quanto às políticas: a mudança de conceito, antes como instrumento de efetivação do Direito para se coibir a violência ou mesmo promover a pacificação social. Ver MESQUITA, José Ignacio Botelho de. As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame. Revista Forense. v. 361. São Paulo: Forense, 2005. p. 49-50.

destacar pelo efeito prático que lhe cabe implantar nos direitos individuais e coletivos.<sup>35</sup>

A respeito da celeuma da superioridade do direito material sobre o processual, é importante mencionar: o Direito Processual Civil é constituído de um sistema de normas disciplinadoras do mecanismo estatal incumbido de aplicar a norma material ao caso concreto e de zelar pela sua efetividade quer acautelando, quer executando. Por conta disto, Proto Pisani<sup>36</sup> coloca como primeira característica do processo civil a sua instrumentalidade. No entanto, ressalva o processualista italiano que a instrumentalidade não significa, de qualquer forma, inferioridade ao Direito Material, até mesmo porque este (Direito Material) só é efetivado por aquele (Direito Processual), o que conota uma dependência e uma intensa relação entre ambos.

Superada a questão, a Ciência Jurídica, por sua vez, preocupa-se com o estudo sistemático, com destaque e desenvolvimento de uma teoria. Ela resulta em premissas sobre a referida principiologia, mais do que se criar uma nomenclatura própria, faz-se relevante o desenvolvimento de valores axiológicos embasados na norma em questão, no caso o CPC. Todavia, ele não mais pode ser tido como único foco da Ciência Processual, sobretudo pelas mudanças legislativas hodiernas, donde se aúfere a criação de normas processuais em outros diplomas - exemplo categórico é o Juizado Especial Cível.

---

<sup>35</sup> De longa data, João Mendes Júnior critica a expressão Direito Adjetivo, ver A nova fase da doutrina e das leis do processo brasileiro, Revista da faculdade de direito de São Paulo, p. 101. (ano 1899). No mesmo sentido, MARQUES. José Frederico. Manual de direito processual Civil. op. cit., p. 40: “O Direito Processual, ao reverso do que geralmente se sustenta, não ter caráter instrumental, nem serve apenas para restabelecer, fora do processo, a observância do direito objetivo material. A finalidade das normas processuais é regular a composição do litígio, a fim de ser dado a cada um o que é seu. E se é certo que esse objetivo acaba atingindo mediante a aplicação in concreto do direito material, a conclusão a tirar-se é a de que este constitui instrumento do órgão jurisdicional, meio e modo que é para solucionar-se a lide secundum ius.”

<sup>36</sup> Cf. PISANI, Andrea Proto. Lezioni di diretto processuale civile. Napoli: Jovene Editora, 2002. p. 4-5.

Demais de todos os argumentos, a evolução em torno do conceito de Ciência Jurídica à luz do positivismo, ao longo dos tempos, não se distanciou das normas positivadas como seu principal objeto. Desse modo, fechar os olhos aos novos diplomas reguladores de matérias processuais seria ir contra a sua história e acabaria tornando-a manca. Isto, é claro, sob o prisma positivista.

## **b) Breve contextualização evolutiva: Sociologia, Sociologia Jurídica e Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**

Com a evolução da humanidade, houve momentos históricos nos quais o homem dedicou-se a sua auto-observação. Entretanto, a proposta de um estudo sistematizado, baseado em princípios pré-determinados é recente. A Sociologia é uma Ciência moderna,<sup>37</sup> na sua formação recebeu grande influência de quatro outros ramos do conhecimento, quais sejam: Filosofia Política, Filosofia da História, Teorias Biológicas da Evolução e nos movimentos da reforma social e política.<sup>38</sup> Nos primeiros estudos sociológicos, pretendia-se uma sistematização de leis sociais imutáveis, como se fossem transcendentais. Em contrapartida, os sociólogos

---

<sup>37</sup> Cf. BOTTOMORE, Thomas Burton. Introdução à sociologia. Tradução Waltensir Dutra; Patrick Bruglin. 5. ed. Zahar Editores: Rio de Janeiro, 1973. p. 15: "*Durante milhares de anos, os homens observaram e refletiram sobre a sociedade e os grupos nos quais vivem. Não obstante, a sociologia é uma Ciência moderna, que não tem muito mais de um século. Augusto Comte, em sua classificação das ciências, considerou-a, lógica e cronologicamente, posterior às demais ciências, como a menos geral e a mais complexa de todas.*". TREVES, Renato. Sociologia del diritto. 4. ed. Torino: Einaudi, 1996. p. 5. Ver ainda LUHMAN, Niklas. Sociologia do direito. v. 1. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 20.

<sup>38</sup> Sobre o sociologismo jurídico, ver REALE, Miguel. op. cit., p. 434. Ver TREVES. Renato. op. cit., p.147-148.

modernos direcionaram as suas pesquisas a conceitos precisos e focados mais na própria metodologia do que na teoria.<sup>39</sup>

As Ciências Sociais têm por objetivo a busca de premissas teóricas. Não é diferente com a sociologia. Para conotar bem o seu espírito, transcreve-se uma frase enviada pelo pai, do cárcere, ao seu filho: “*Contemplan todos os homens do mundo, que se unem em sociedade para trabalhar, lutar e aperfeiçoar-se, deve-lhe agradar mais do que qualquer outra coisa*”. A Sociologia, por isso mesmo, é a ciência de observação da sociedade.<sup>40</sup>

É comum encontrar tais descrições na Filosofia, nas religiões e até nas legislações. A diferença está justamente no foco dado a cada uma. Nestes exemplos, não se tem a referida “postura” como busca direta, muitas vezes até ocorrem, mas não é o seu objetivo primordial, enquanto naquela isso ocorre. A sua nomenclatura vem da expressão latina *sócius* e da grega *logos*.

Os fenômenos sociais são o seu “dogma”.<sup>41</sup> Pensar na sua aplicabilidade no plano jurídico é delimitar o conteúdo do estudo. Ela continuará a estudar a sociedade, todavia, centrada nos efeitos nela ocasionados pelo Direito. Por outras palavras, como a sociedade reage à comunicação jurídica? As normas são efetivas? São essas, por exemplo, as preocupações da Sociologia do Direito.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> Cf. BOTTOMORE, Thomas Burton. op. cit., p. 31. Sobre a temática surgimento e desenvolvimento da Sociologia Jurídica, ver GURVITH, Georges. Elementos de sociologia jurídica. Tradução Jose M. Cajica Jr. Mexico: Elysan, 1948. p. 11.

<sup>40</sup> A autoria é de Antonio Gramsci, fundador do Partido Comunista Italiano. Sobre a sua vida ver o texto A vida de Gramsci, de Otto Maria Carpeaux, publicado no site Gramsci e o Brasil. Disponível em <[www.acesa.com/gramsci](http://www.acesa.com/gramsci)>. Acesso em: 02 de abril de 2007.

<sup>41</sup> Ver REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 19-20. Idem., Filosofia do direito. p. 434. Idem., O Direito como experiência, p. 59.

<sup>42</sup> A relação da sociologia com o direito é esboçada por REALE, Miguel. Lições preliminares. op. cit., p. 19-20 e 329. Idem., Filosofia do direito. p. 434-449. Sobre sociologismo jurídico, ver DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 237. Sobre a principiologia sociológica e a sua aplicação no campo do direito, ver

A Sociologia é a ciência da sociedade. Ela visa a descrever a vida do homem. Aplicada ao plano jurídico, tem-se objeto próprio. Antes se estudava a vida social do ser humano. Ora, pesquisar-se-á como o Direito interfere, ou não, na vida social, donde se conclui ser a Sociologia Jurídica uma ciência voltada ao estudo do Direito quanto fenômeno social.<sup>43</sup>

Quando da análise da Sociologia, Luhmann é cético e crítico. Convicto da inadequação das teorias existentes à observação da sociedade atual, a qual acredita ter uma complexidade não sentida pelos sociólogos até então predominantes. As suas teorias não estariam preparadas à nossa realidade, até mesmo pelo fato de terem sido desenvolvidas sob a ótica de outra sociedade.<sup>44</sup> Os seus autores e atores são contemporâneos ao período descrito. Com a alteração do objeto, isto é, da sociedade, tais doutrinas tornaram-se inaptas ao seu mister de descrever a sociedade. Luhmann nega a legitimidade delas para descrever o sistema social atual. Por isso, passa a desenvolver a sua teoria.<sup>45</sup>

---

LAUTMANN, Rüdiger. Sociología y jurisprudencia. Traducción Ernersto Garzón Valdés. 3. ed. Mexico: Distribuciones Fontamara, S.A., 1997.

<sup>43</sup> Para uma visão histórica da sociologia, ver MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. 25. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2000. p. 513-600. Ver também LUHMANN, Niklas. Sociologia del diritto. Traduzione Alberto Febbrajo. Bari: Laterza, 1977. p. 15.

<sup>44</sup> Ver LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. op. cit., p. 42: “*Nenhuma das sociologias do direito até hoje apresentadas foi capaz de aprofundar-se até as raízes do direito. Podemos chegar rapidamente a uma visão geral sobre o que foi feito nesse sentido. O dever ser é um pressuposto como uma qualidade experimentada, vivenciável mas não mais detalhadamente analisável, como o ‘fato’ básico da vida jurídica.*” Ver DE GIORGI, Raffaele. Introdução all’edizione italiana. In: La differenziazione del diritto di Niklas Luhmann. A cura di Raffaele De Giorgi. Milão: Società editrice il Mulino, 1990. p. 26. Campilongo e Faria alertam a comunidade jurídica da necessidade de repensar a sociologia jurídica brasileira, que é tida, até o momento, como referência aos clássicos (Weber, Durkheim, Ehrlich, Duguit, Savatier, Carbonnier e outros). Isso em razão da alta especificidade constante no Brasil e nos países da América Latina. Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes; FARIA, José Eduardo. A sociologia jurídica no Brasil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 37. Sobre a vida dos referidos sociólogos, ver TREVES, Renato. op. cit., p. 143-169.

<sup>45</sup> DE GIORGI, Raffaele De Giorgi. Scienza del diritto e legittimazione. Lecce: Pensa Multimedia, 1998. p. 213. Ver ainda LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. op. cit., p. 35 e LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de sistemas. Versão espanhola Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Ibero Americana, 1996. p. 27.

Entretanto, o seu escopo é a descrição da sociedade de forma reflexiva, ou seja, observando o seu interior.<sup>46</sup> Segundo Luhmann, a pedra no sapato da Sociologia seria a questão sujeito-objeto, o que é superado quando se busca ver o seu interior. Acaba-se, portanto, tendo uma sociologia da sociologia, embasada numa racionalidade de sistema. Dividiu-se o sistema social em sistemas ou subsistemas, exemplificando o Sistema Jurídico, o Econômico e o Político. Cada qual tem os seus princípios, e a sua própria comunicação gera redução da complexidade social.<sup>47</sup> Nesse contexto, é possível afirmar: a sua teoria tem capacidade de observar coisas que outras não podem. Porém, o outro lado da moeda também é verdadeiro: deixa de abordar aspectos já enfrentados.<sup>48</sup>

### **c) Localização do Problema**

A proposta de escrever (ou melhor, descrever) a decisão judicial à luz da Teoria dos Sistemas Luhmanniana consiste em relatar como a citada construção sociológica trata-a e qual o papel exercido pela comunicação na sua construção. Ocorre que escrever ou falar de Niklas Luhmann é provocar, ironizar e, por que não, zombar da tradicionalidade. Durante a leitura dos seus trabalhos, é nítido o espírito irônico-provocador utilizado e o desprezo pelas outras teorias, o que, em contrapartida, provoca um pré-conceito às suas idéias por parte dos autores das teorias ironizadas.

---

<sup>46</sup> Cf. LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milano: Franco Angeli, 2003. p. 9. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 19.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 20. Ver DE GIORGI, Raffaele. *Introduzione all'edizione italiana*. In: LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. op. cit., p. 23. Ver *Idem.*, *Sociologia do direito*. op. cit., p. 22.

<sup>48</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão*. op. cit., p. 17.

A Teoria Sistêmica Luhmanniana conta com um vocabulário próprio e utiliza a interdisciplinaridade como fundamento teórico irrenunciável, o que propicia uma visão particular dos fenômenos sociais. Ela descreve o Direito com originalidade, tendo a comunicação papel central na sua construção. Por conta disso, almeja-se uma análise pontual da teorização sistêmica para aplicá-la num foco específico, qual seja, a decisão judicial, e identificar qual o papel da comunicação do Sistema Jurídico na sua formação.

Para tanto, faz imperioso trocar a validade, a norma fundamental, os valores axiológicos, a força ou ainda a divindade, outrora utilizados na identificação do fenômeno jurídico, pelas concepções sistêmico-luhmannianas, como *autopoiesis*, auto-referência, código binário e acoplamento estrutural. Em síntese, é o que se encontrará adiante no presente trabalho; conquanto, sem se apregoar a verdade ou a falsidade das premissas luhmannianas; ao contrário disso, buscar-se-á uma descrição neutra do objeto investigado à luz da Teoria dos Sistemas.

## PRIMEIRA PARTE

### INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO SISTÊMICO DE NIKLAS LUHMANN

#### 1.1 O objeto e a proposta da teoria dos sistemas

A formulação teórica luhmanniana autodescreve os processos e as estruturas da sociedade. Não busca dizer como “deve ser”, mas como de fato é.<sup>49</sup> A comunicação é ponto chave na sua teorização, inclusive, a própria sociedade é definida como comunicação. É por meio da reprodução comunicativa que se (re) produz as suas estruturas e a diferenciação sistêmica ocorre.<sup>50</sup>

A teoria sistêmica desenvolve-se em três vertentes, a saber: a comunicação, a evolução e os sistemas. A teoria da comunicação tem papel relevante, devido às operações dos sistemas serem tidas como comunicação e não como ação. A teoria da evolução aparece como forma de seleção, variação e estabilização e origina as diversas ordens sociais. A última é formada pelo conjunto

---

<sup>49</sup> Cf. MANSILLA, Darío Rodriguez. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 38-39. Ver BÜLLESBACH, Alfred. Ciência do Direito e ciências sociais. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. Introdução à filosofia do Direito e à teoria do Direito contemporâneas. Tradução Marcos Keel; Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 409: “As teorias dos sistemas (ou sistêmicas) visam compreender a sociedade em conjunto (na sua totalidade). Especialmente em Luhmann, a teoria crítica da sociedade está relacionada com o interesse na análise da sociedade no seu todo.” Também ver DE MICHELIS, Giorgio. Prefazione. In: MATURANA, Humberto R. VARELA, Francisco. Autopoiesi e cognizione. Tradução Alessandra Stragapede. Venezia: Marsilio Editori, 1985.

<sup>50</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. op. cit., p. 66. Ver BÜLLESBACH, Alfred. op. cit., p. 411. Sobre o conceito de sociedade, ver LUHMANN, Niklas, Complejidad y modernidad: de la unidad e la diferencia. Edição e tradução Josetxo Beriain; José María García Blanco. Madri: Editorial Trotta, 1998. p. 59: “La sociedad es el sistema que engloba todas las comunicaciones, aquel que se reproduce autopoieticamente mediante el entrelazamiento recursivo de las comunicaciones y produce comunicaciones siempre nuevas y distintas.” Sobre a sociedade como comunicação, ver NAVAS, Alejandro. La teoría sociológica de Niklas Luhmann. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1989. p. 148-149 e 153.

integrado de conceitos, com intuito de teorizar sobre a sociedade e diagnosticar qual é a operação da sua *autopoiesis*.<sup>51</sup>

Essa teoria, elaborada por Luhmann, deve ser capaz de compreender os fenômenos que ocorrem dentro da sociedade; explicar o sistema social de forma ampla; posteriormente, ser aplicada aos sistemas menores para construir as respectivas teorias – o seu autor cita como exemplo a Universidade Bielefeld, na Alemanha, e a empresa Coca-Cola.<sup>52</sup>

O sociólogo, autor da teoria em comento, propõe sistemas auto-referenciais, organizados e reproduzidos por circulação interna de elementos do próprio sistema, ou seja, um sistema fechado e independente. Baseia-se, entre outras influências, na teoria desenvolvida pelos cientistas chilenos Maturana e Varela, cuja tese central era de que as células humanas desenvolvem-se por elas próprias. Surgiu daí a nomenclatura “autopoiético”<sup>53</sup>. O curioso é que os autores

---

<sup>51</sup> Cf. MANSILLA, Darío Rodríguez. op. cit., p. 39: “*La teoría de la sociedad de Niklas Luhmann se desenvuelve en tres ámbitos teóricos que se van desarrollando paralelamente, pero con interconexiones entre sí. Estos son: la teoría de sistemas, la teoría de la comunicación y la teoría de la evolución.[...].* Ver VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. São Paulo: Max Limonad, 2006. p. 101: “[...]é necessário lembrar que a teoria da sociedade, tal como Luhmann a concebe, está apoiada em elaborações teórico-conceituais advindas não apenas da teoria dos sistemas, mas também de uma teoria da comunicação e de uma teoria da evolução.[...]”

<sup>52</sup> Cf. MANSILLA, Darío Rodríguez. Ibidem, p. 39: “[...]Luhmann señala explícitamente que, aunque la teoría de la sociedad se ocupa del sistema social más amplio – el que incluye todas las comunicaciones posibles -, no ahora el ámbito de lo social. Para el estudio de otros sistemas sociales – tales como las interacciones o las organizaciones – se requiere construir las respectivas teorías. No se puede pretender, por ejemplo, que las organizaciones (como la Universidad de Bielefeld o la Coca-Cola)”.

<sup>53</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Direito e democracia. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 73: “O neologismo, tão esotérico quanto as idéias de Luhmann, transporta para os sistemas sociais o conceito de autopiesis desenvolvido por Maturana e Varela para o exame dos sistemas biológicos. Esses sistemas seriam auto-referenciais, isto é, organizados e reproduzidos por meio de circulação interna de elementos inerentes ao próprio sistema. Maturana e Varela, a partir de um livro publicado em 1973, no Chile (*De máquinas y seres vivos*), desenvolvem a tese que os sistemas celulares possuem, internamente, todos os elementos necessários para o desempenho de suas funções fundamentais, inclusive auto-reprodução. Lidam, portanto, com um conceito de sistema fechado, auto-referencial, ou, conforme a terminologia depois consagrada, um sistema autopoiético.” Ver RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça. São

chilenos não estavam se referindo aos sistemas sociais; portanto, alguns estudiosos - como o próprio Luhmann - apontam uma mudança de paradigma quando do aproveitamento de suas referências.<sup>54</sup>

Em verdade, pela autopoiesis, promove-se um filtro nos subsistemas sociais pelo qual nem todas comunicações passam. Quando entram, irritam, o ambiente. Por isso mesmo, são chamados de sistemas operacionalmente fechados; entretanto, por exigirem troca de dados entre os ambientes distintos de outros sistemas, são classificados de sistemas cognitivamente abertos.

Na epistemologia proposta por Luhmann, produz-se uma razão interna. Ele busca integrar o sujeito e o objeto descrito, conseqüentemente reduz a complexidade deste último objeto.<sup>55</sup> Por isso tudo, a grande alteração, quando se compara com a sociologia tradicional, é a do padrão sujeito-objeto.<sup>56</sup> Em outras palavras, a Teoria dos Sistemas tem um foco diferente da aplicada à época – anos 70 – à Teoria do Direito e à Sociologia.<sup>57</sup>

---

Paulo: Max Limonad, 2002. p. 149-150. Ver também NEVES, Marcelo. Entre têmis e leviatã: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 60-61.

<sup>54</sup> Cf. NEVES, Marcelo. op. cit., p. 61: “A concepção luhmanniana da autopoiesis afasta-se do modelo biológico de Maturana, na medida em que nela se distinguem os sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais) dos sistemas não constituintes de sentido (orgânicos e neurofisiológicos)[...]”

<sup>55</sup> DE GIORGI, Raffaele. Scienza del diritto e legittimazione. op. cit., p. 216. Ver VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. op. cit., p. 43: “Para utilizar mais uma vez o jargão da teoria dos sistemas, pode-se afirmar que cada uma dessas elaborações teóricas não interpreta, mas constrói sua realidade.” Ver Ibidem, p. 47.

<sup>56</sup> Ver LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. op. cit., p. 16: “La trasformazione più profonda, che costituisce insieme anche il presupposto ineliminabile per la comprensione di quanto segue, consiste in questo: che non parliamo più di oggetti ma di distinzioni. Il rifiuto del concetto di oggetto ci permette non solo di rimarcare la distanza rispetto alle implicazioni connesse all’uso di schemi correlati a quel concetto, ma anche di evitare, negando ad essi fin dall’inizio qualsiasi spazio concettuale, quei presupposti di tipo sostanzialistico sui quali si è sorretta l’analisi sociologica, anche quando si sa svolta a livelli altamente formali.” Ver LUHMANN, Niklas. Sistemi sociali, p. 736. O interessante é que um dos tradutores da obra refere-se à autodescrição como o principal valor conceitual da Teoria dos Sistemas. Seria o princípio de fundo que consiste no nascimento e na materialização dos sistemas sociais. Cf. SCHMIDT, Reinhard. Appendice. In: LUHMANN, Niklas. Sistemi sociali. op. cit., p. 749.

<sup>57</sup> DE GIORGI, Raffaele. Introduzione all’ edizione italiana. In: La differenziazione del diritto. op. cit., p. 22: “La teoria dei sistemi assume una prospettiva completamente diversa da quella sulla quale si

## 1.2 A sociedade como sistema social complexo e contingente

A complexidade é a totalidade de eventos possíveis. O mundo tornou-se tão imprevisível que podem ocorrer diversas situações.<sup>58</sup> Essa complexidade não é planejada – para não dizer controlável –, as relações sociais ganham certeza somente após ocorrerem. O futuro, desse modo, é imprevisível.

Raffaele De Giorgi inicia um artigo, publicado no seu livro *Direito, Tempo e Memória*, com uma citação de Nietzsche: “*Mundo: uma injúria cristã*” e, à frente, continua a provocação ao indagar: este é o mundo da sociedade atual? Para que serve uma idéia de mundo? Isso para, em breves palavras, descrever todo o fenômeno pelo qual passou o Direito, a Política e a própria idéia de universalidade da razão humana; ressalta, De Giorgi, o século XIX, quando, pela referida expansão da racionalidade, pensou-se em igualdade (os homens seriam iguais) e todos seriam cidadãos do mundo. Cita, ainda, Marx que, embalado por esses ares, almejava unir os excluídos da sociedade.

Portanto, o século em deslinde (XIX) transcorreu pela razão do Iluminismo. Tentou-se assegurar racionalidade (ou ao menos acreditava-se) na construção do bem comum. Porém o fracasso dessas idéias logo veio à tona, como comenta De Giorgi: “*Já no início do século a realização destas premissas tornou-se evidente, quando, no teatro do mundo – mundo da razão e da humanidade –*

---

*erano attestate la teoria del diritto e la sociología del diritto degli anni '70.*”. Ver LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. p. 57.

<sup>58</sup> LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. op. cit., p. 219: “*Per complessità del mondo Luhmann intende la totalità degli eventi possibili. Il mondo è estremamente complesso laddove il margine di attenzione della nostra esperienza intenzionale e del nostro agire è estremamente ridotto: la sovrabbondanza del possibile supera sempre ciò che noi siamo capaci di elaborare attraverso l'azione o l'esperienza.*”

*começou, para usar a formulação hegeliana, a representação da tragédia na eticidade que o absoluto recita consigo. Uma tragédia que ainda continua.*<sup>59</sup>

A história mostrou que pensar em valores universais, em previsão do futuro (sejam nas políticas públicas internas ou externas de nações), controle da humanidade e nas revoluções em nome do bem comum são formas de promover a barbárie. A certeza que se tem quando se fala de Economia, em Direito, no amor e, por que não, em qualquer fenômeno social, é a incerteza do porvir. Complexidade e contingência são palavras de grande valor epistemológico na teoria luhmanniana: a primeira refere-se à realidade das ações. Dito de outra forma, diversidade de alternativas. Não se pode prevê-las e nem controlá-las; enquanto, na segunda, o futuro é apenas previsão, e não se pode esperar o seu acontecimento. Se, atualmente, temos “sim” como decisão, poderíamos ter o “não”. A função de reduzir a complexidade do mundo é tarefa dos sistemas sociais, realizada pelo alto grau de diferenciação comunicativa.<sup>60</sup>

Ambas (contingência e complexidade) atuam no meio social, habitat do homem livre, vivente num mundo globalizado, no qual a comunicação de massa é incansável na divulgação imediata dos acontecimentos e o mercado torna-se cada vez mais voraz e dominador. A segurança, doravante, é representada pelas guerras: sejam as armadas, sejam as frias. Nos dias hodiernos, invade-se um país em nome da “paz”. Atentados são realizados contra milhares de civis pela mesma “paz”.

---

<sup>59</sup> Condições de descrição da complexidade na sociedade mundial. In: Direito, tempo e memória, p. 210. Ver, sobre a crítica de Luhmann ao iluminismo racional, CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 20. Porém, sobre a ruptura do modelo em estudo (luhmanniano) com a tradição humanista, ver *Ibidem*, p. 68.

<sup>60</sup> Cf. DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del diritto e legittimazione*. op. cit., p. 219. Ver Celso Fernandes Campilongo, *Governo representativo versus governo dos juízes...* Belém: UFPA, 1998. p. 56. Ver ainda LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. op. cit., p. 225: “*O crescimento da complexidade social, porém, fundamenta-se em última análise no avanço da diferenciação funcional do sistema social.*” Ver ainda LUHMANN, Niklas. *Sociologia del diritto*. op. cit., p. 17. Quem trabalha, entre nós, com o conceito de sociedade, complexidade e contingência sob inspiração luhmanniana é Tercio Sampaio Ferraz Jr. Ver *Introdução ao estudo do direito*, op. cit., p. 102.

Também há aquelas pessoas para quem o desarmamento é crucial à diminuição da violência, enquanto outros são a favor do armamento para o controle da mesma violência.<sup>61</sup>

Dessa maneira, nova ordem instaurou-se e o racionalismo, então supostamente suficiente à construção da justiça, já não serve. A ótica da razão, cada vez mais, torna-se não universal, mas coletiva, dividida em grupos unidos por diversos motivos, a saber: classes sociais, religião, etnias e, em alguns casos, o ambiente de trabalho. Numa linguagem teatral, a peça é outra. A imprevisibilidade é a principal característica da sociedade atual, portanto é inegável a complexidade das operações sociais.<sup>62</sup>

A formulação das expressões contingência e complexidade são tentativas de captar os problemas da vida social. Explicando novamente, esse é o fato de que sempre existem outras possibilidades além das já efetivadas. Por sua vez, por aquela se tem que as possibilidades apontadas podem ser diferentes das “apontadas”, ou seja, têm-se duas opções igualmente boas à mesma situação. Luhmann relacionou a complexidade à seleção forçada e a contingência ao perigo de desapontamento.<sup>63</sup>

Há diversas pesquisas sobre a modernidade e o mundo. Todavia, nenhuma delas teria sido feliz em tal tarefa devido ao fato de que somente neste

---

<sup>61</sup> Por um conceito luhmanniano de sociedade, ver CAMPILONGO, Celso Fernandes. Direito e comunicação de massa. In: O direito na sociedade complexa, op. cit., p. 161.

<sup>62</sup> Ver todo o raciocínio em DE GIORGI, Raffaele. Condições de descrição da complexidade na sociedade mundial. In: Direito, tempo e memória. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 210. NEVES, Marcelo. op. cit., p. 16: “*Por um lado, supercomplexidade envolve supercontingência e abertura para o futuro; por outro, provoca pressão seletiva e diferenciação sistêmico-funcional.*”

<sup>63</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. op. cit., p. 44-46. Ver NEVES, Marcelo. op. cit., p. 15: “*Com a pretensão de um modelo explicativo mais abrangente a respeito da emergência da sociedade moderna, Luhmann utiliza, em primeiro lugar, o critério da complexidade entendida como presença permanente de mais possibilidades (alternativas) do que as que são suscetíveis de ser realizadas.*”

século a sociedade sofreu diversas modificações. Transformou-se na sociedade estratificada em sujeito autônomo dotado de dinamismo próprio, não reconduzido à soma da vontade individual, e, por isso, imprevisível. Desta forma, complexidade é a produção de diferenças novas ou ampliação de diferenças já realizadas como as principais conseqüências dessa nova sociedade.<sup>64</sup>

Como integrante do sistema social, essa complexidade social instaura-se também no Sistema Jurídico. Não se iludam os defensores da segurança jurídica. O Direito não pode garantir certeza. As comunicações jurídicas (como, por exemplo, os contratos, portarias, decretos - quaisquer gêneros legislativos - e sentenças judiciais), só apimentam a já complexa sociedade.<sup>65</sup> Pois bem, os atores referidos acima (contingência e complexidade) interpretam papéis na sociedade atual e, por isso, têm destaque no sistema luhmanniano.<sup>66</sup>

### **1.3 Os subsistemas sociais diferenciados, operacionalmente fechados, autpoiéticos e acoplados estruturalmente**

#### **1.3.a Os subsistemas sociais diferenciados**

Os sistemas parciais (ou subsistemas sociais) são construções comunicativas efetivadas por meio de suas operações (por exemplo, o Direito

---

<sup>64</sup> Cf. DE GIORGI, Raffaele; CORSI, Giancarlo. *Ridescrivere la questione meridionale*. Lecce: Pensa Multimedia, 1999. p. 21 e 25.

<sup>65</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e comunicação de massa*. In: *O direito na sociedade complexa*, op. cit., p.163.

<sup>66</sup> Cf. DE GIORGI, Raffaele. *Condições de descrição da complexidade na sociedade mundial*. In: *Direito, Tempo e Memória*, op. cit., p. 210.

produz Direito), em que se garante a unidade do sistema. Tal formulação sistêmica decorre de pressupostos extraídos de outros campos científicos, tais como a Biologia e a Cibernética.<sup>67</sup> Numa época em que não se tem uma unicidade de pensamentos, de crenças e consciências sociais, encontram-se sistemas sociais cada vez mais específicos, altamente diferenciados, com comunicações próprias. Pense num mundo formado e distinguido por sistemas e ambientes. À medida em que se diferencia pela sua comunicação, somente o sistema pode se perguntar sobre as suas relações com o ambiente.<sup>68</sup> Torna-se, com isso, imprescindível a conceitualização da Teoria dos Sistemas e, com ela, a perspectiva sistemática resultante da sempre mutável diferença entre sistema e ambiente, a fim de produzir a sua auto-observação e a sua realidade (raciocínio aplicável a cada subsistema social).<sup>69</sup>

A divisão das estruturas sociais em sistemas sociais é baseada na sua diferenciação, seja de comunicação ou de sua prestação, tudo sobre uma

---

<sup>67</sup> Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem”: sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado. In: DE GIORGI, Raffaele. Direito, tempo e memória, op. cit., p. 18. Ver também CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema e decisão judicial, op. cit., p. 67.

<sup>68</sup> Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem”: sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado. In: DE GIORGI, Raffaele. Direito, tempo e memória, op. cit., p. 20: “*Entre o sistema (social) e o ambiente externo existem assimetrias marcantes. A unidade entre sistema e ambiente constitui o mundo. Ocorre que apenas no sistema o mundo e o ambiente podem ser conceitos de orientação. Trata-se de uma re-introdução da diferença no sistema. A diferença é imanente ao sistema. É com base na distinção sistema/ambiente, fruto de operações do sistema, que se torna possível construir a unidade do sistema. O re-entry ocorre quando o sistema trata sua distinção com o ambiente como se fosse uma distinção diversa. Apenas o sistema pode ser perguntar sobre suas próprias relações com o ambiente.*”

<sup>69</sup> BÜLLESBACH, Alfred. op. cit., p. 428: “*No debate com as teses de Jean-François Lyotard (em Le Différend, Colection Critique, Paris, Minuit, 1983), Luhmann propõe, como solução do problema, que aquilo que o observador não pode ver seja introduzido de novo pela observação, isto é, pela observação do observador. A observação não se torna, por isso, na teoria sistemática de Luhmann, num produto da consciência, mas antes num conceito fundamental da teoria do sistema. A perspectiva sistemática, que resulta da sempre mutável diferença entre sistema e meio ambiente, produz, assim, um meio ambiente próprio, uma sua observação e uma descrição próprias da realidade; e, deste modo, também realidade própria. Assim, a consciência (sistemas psíquicos) e a comunicação (sistemas sociais) constroem meios ambientes respectivamente autônomos, não podendo ser reciprocamente redutíveis.*”

perspectiva luhmanniana.<sup>70</sup> E os sistemas sociais (direito, política e economia, citados à guisa de exemplo) desempenham funções específicas. Conferem um sentido e semântica particulares à estrutura social. Permitem analisar as estruturas como funções e demonstrar a relação entre eles.<sup>71</sup> De outro lado, as antigas reflexões analíticas são objetos de pensamento e por elas nasce e se desenvolve uma ciência. Posto isso, percebe-se que a teoria da sociedade, sobretudo, valora os sistemas sociais, opera-os de forma diferenciada e desenvolve teorização complexa para atender uma sociedade também complexa.<sup>72</sup>

### 1.3.b A clausura operacionalmente dos sistemas

Por meio da clausura operacional, nada provém do exterior do sistema. A produção é interna e o sistema irrita-se quando em contato com outra comunicação. Como, por exemplo, a rejeição sofrida pelo sistema imunológico do organismo humano, quando é realizado um transplante e se constata que aquele

---

<sup>70</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. op. cit., p. 66. Ver BÜLLESBACH, Alfred. op. cit., p. 410. Ver também LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. op. cit., p. 225. Ver ainda VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. op. cit., p. 101: “*cabe ressaltar aqui que é o próprio modo pelo qual a teoria dos sistemas concebe a sociedade moderna – ou seja, em termos de uma sistema autopoietico de comunicação que se caracteriza por uma diferenciação funcional em subsistemas auto-referenciais e autopoieticos que, embora sejam cognitivamente abertos, são operacionalmente fechados e que realizam a redução de complexidade por meio de operações seletivas que são balizadas por códigos específicos, imutáveis e não passíveis de serem sobrepostos[...]*”.

<sup>71</sup> Ver DE GIORGI, Raffaele. La formazione del giurista. Política del diritto. Ano XIV. n. 1., marzo 1983. p. 62.

<sup>72</sup> Cf. LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. op. cit., p. 24: “*Secondo la concezione che qui deve essere sviluppata, la teoria della società è la teoria del sistema sociale complessivo, che include in sé tutti gli altri sistemi sociali. Questa definizione è quasi una citazione. Essa si riferisce alle proposizione introduttivi della Política di Aristotele, che definiscono la comunità della vita cittadina (koinonía politiké) come la più importante (kyriotáte) comunità ci colleghiamo così alla tradizione vetero-europea perciò che riguarda il concetto di società. Naturalmente tutte le componenti della definizione (compreso il concetto di essere = periéchon, che noi scomporremo e sostituiremo con il concetto di differenziazione, proprio della teoria dei sistemi) saranno intense in modo diverso, perché ciò di cui ci occupiamo è una teoria della società moderna per la società moderna.*”

órgão inserido não foi criado pelas células daquele corpo.<sup>73</sup> Em outras palavras, os estímulos e os distúrbios provenientes de outro ambiente são repelidos pelo sistema e, quando entram em contato, ativam-se operações internas.<sup>74</sup>

Os subsistemas têm as suas próprias comunicações. Motivo pelo qual um contrato - dentro do sistema econômico - efetua diferenciações fundamentadas nos preços; de outra forma, no Sistema Jurídico, vislumbrar-se-á se o previsto é válido ou não. Nesse sistema, a comunicação é jurídica, e naquele a comunicação é econômica.<sup>75</sup> Somente pela comunicação diferenciada os subsistemas adquirem unidade e fechamento operacional.<sup>76</sup>

Os sistemas operativamente fechados, por permitirem a auto-organização dos sistemas parciais, são, na teoria luhmanniana, ponto chave.<sup>77</sup> Entretanto, acarreta como conseqüência, a dependência de seus próprios atos para

---

<sup>73</sup> Cf. MANSILLA, Darío Rodríguez. op. cit., p. 24: “*El rechazo con que el sistema inmunológico responde a los transplantes de órganos, demuestra la capacidad del organismo de reconocer los elementos que él ha hecho y de reaccionar entre intento de incorporarle componentes que no han sido elaborados por él. Las células de las que está formado un organismo biológico han sido producidas por el mismo organismo, en total autonomía con respecto a su ambiente.*”. Ver SCHUARTZ, Luis Fernando. Norma contingência e racionalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 89-90.

<sup>74</sup> DE GIORGI, Raffaele. Introduzione all’ edizione italiana. In: LUHMANN, Niklas. La differenziazione del diritto, op. cit., p. 23: “*Chiusura di un sistema significa che agli stimoli o ai disturbi che provengono dall’ambiente il sistema reagisce solo entrando in contatto con sé stesso, attivando operazioni interne che vengono innescate dagli elementi dai quali il sistema è costituito.*”

<sup>75</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. L’informazione nell’economia e nel diritto. op. cit., p. 37: “*Anche in questo caso le conseguenze del sistema sono totalmente differenti, in funzione che si consideri il diritto o l’economia. Il diritto contrattuale non effettua differenziazione secondo l’indicazione di prezzi, bensì alla luce di condizioni, le quali regolamentano se i contratti sono validi o non lo sono. Anche le differenti prospettive temporali svolgono un ruolo in questo contesto.*”. Sobre as diferenças operativas do Sistema Jurídico e do econômico, ver ainda *Ibidem*, p. 28 e 33.

<sup>76</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. op. cit., p. 75: “*Todos os subsistemas funcionalmente diferenciados possuem um código próprio que lhe confere unidade e fechamento operacional.*”

<sup>77</sup> Cf. BERIAIN, Josetxo; BLANCO, José María García. Introducción. In: LUHMANN, Niklas. Complejidad y modernidad. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 13: “*Así pues, hablar de sistemas autopoieticos significa hacerlo de sistemas operativamente cerrados; esto es, de sistemas que no limitan la autorreferencial al plano estructural – un fenómeno del que se há dado cuenta en la teoría de sistemas con el término “autoorganización” – sino que la extienden al plano de sus operacines elementales.*”

se organizar. O próprio subsistema organiza-se, as estruturas constroem-se e transformam-se mediante operações internas. Isso leva o axioma da clausura aos pontos mais discutidos na teoria, qual sejam, auto-organização e *autopoiesis*.<sup>78</sup> Poder-se-ia entender a auto-organização e a *autopoiesis* como expressões sinônimas. No entanto, são fenômenos diversos. A primeira diz respeito à construção e à operacionalização de estruturas dentro do sistema executadas por ele mesmo; a segunda significa determinação do estado posterior da operação a partir da limitação anterior.<sup>79</sup>

Para o funcionamento do fechamento operativo, tem-se a auto-organização como característica indispensável, mormente porque leva à construção e à transformação das suas próprias estruturas, mediante as suas próprias comunicações.<sup>80</sup>

O fechamento operativo não pode ser tido (em hipótese alguma), como isolamento. Apenas as suas operações são executadas no seu interior - no caso do Direito, sempre pelo lícito/ilícito.<sup>81</sup> Em razão disso, nos sistemas, o acoplamento estrutural é o responsável pela troca de comunicações com outros sistemas. Traz irritação e gera nova comunicação.<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*, op. cit., p. 84.

<sup>79</sup> Cf. LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. op. cit, p. 22: “*Le determinazioni concettuali alle quali fin qui siamo pervenuti chiariscono prima di tutto il concetto, oggi spesso usato, di chiusura operativa (o autoreferenziale) del sistema. Con questo concetto naturalmente non ci si riferisce a ciò che potrebbe essere inteso come di segregazione del sistema*”

<sup>80</sup> Ibidem, p. 31 e 40.

<sup>81</sup> NEVES, Marcelo. op. cit., p. 63: “*Trata-se de autonomia do sistema, não de sua autarquia, nem de isolamento (causal). O fechamento operativo é, ao contrário, condição de possibilidade para abertura.*”

<sup>82</sup> Cf. LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. op. cit., p. 31: “*Ma non è affatto necessario respingere questa posizione in rapporto alla legge sull'entropia. Con 'chiusura' non si intende isolamento termodinamico, ma solo chiusura operativa, cioè il fatto che le operazioni proprie del sistema vengono rese ricorsivamente possibili dai risultati delle operazioni proprie del sistema.*” Ver Ibidem, p. 33. Também ver CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão*

Simplificadamente, por sistemas operativamente fechados, entende-se: os sistemas que, para produzir as suas operações, remetem-se às suas próprias operações e reproduzem a si mesmos. O próprio sistema pressupõe a si mesmo.<sup>83</sup> Cada sistema-parcial clausura-se fazendo as mesmas operações. Por esse motivo, no subsistema da ciência, o código é verdadeiro/falso. Por sua vez, no econômico, o dinheiro reespecifica-se pela sua comunicação.<sup>84</sup>

Como dito, mesmo com o fechamento operativo dos subsistemas e com a autonomia das operações, têm eles ligações entre si. São fechados em informação e abertos à energia. A forma de comunicar-se é pelas prestações. A política precisa do direito, e a recíproca é verdadeira; não sendo diferente à economia ou a qualquer outro sistema. A prestação fornecida pelo subsistema ao outro é um ato de reciprocidade. Por exemplo, o subsistema das ciências efetua a sua função, mediante a produção de verdades, e faz prestações a outros através de investigações aplicadas.<sup>85</sup>

Um sistema operativamente clausurado pode ser descrito também como um sistema auto-referencial. A referência deve ser, pois, entendida no

---

judicial, op. cit., p. 67: “Fechamento operacional não é sinônimo de irrelevância do ambiente ou de isolamento causal. Por isso, paradoxalmente, o fechamento operativo de um sistema é condição para sua própria abertura. A relação entre os sistemas político e jurídico ilustra de modo exemplar esse conceito.”

<sup>83</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 68: “Primero, pues, se hace necesario aclarar qué es lo que debe observarse (aunque se pretenda investigar las interdependencias entre sistema y entorno). Por operativamente clausurados deben definirse los sistemas que, para la producción de sus propias operaciones, se remiten a la red de sus propias operaciones y en este sentido se reproducen a sí mismos. Con una formulación un poco más libre se podría decir: el sistema debe presuponerse a sí mismo”. Ver Ibidem, p. 99.

<sup>84</sup> Cf. MANSILLA, Darío Rodríguez. op. cit., p. 47-48.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 49: “A modo de ejemplo: El subsistema de la ciencias – la ciencia de la sociedad – efectúa su función mediante la producción de verdades comunicables, que son válidas para todos; cumple su prestación para otros subsistemas por medio de la investigación aplicada; y, finalmente, realiza su reflexión en la investigación pura y en la continuidad o discontinuidad de sus propias tradiciones.”

contexto de uma distinção, como descrição.<sup>86</sup> A auto-referência implica hetero-referência, e o sistema inicia-se mediante uma operação. Mostra-se como algo distinto do ambiente, posto que o sistema reflete a si mesmo, de forma a auto-realizar e autodescrever.<sup>87</sup>

### 1.3.c Os sistemas autopoieticos

Na comunicação luhmanniana, *autopoiesis* refere-se a um sistema autopoietico, o qual é tido como uma rede de produção de componentes e estruturas. Emissor da própria comunicação. Opera, por assim dizer, de forma auto-referencial. Implica auto-organização, quer dizer, elementos produzidos no mesmo sistema.<sup>88</sup> Em outras palavras, decorre da auto-organização da natureza e da sua comunicação com o seu ambiente, como se fossem células do corpo auto-regenerando.<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 107: “Si se añaden otras consideraciones, un sistema operativamente clausurado puede ser descrito también con un sistema autorreferencial. En este lenguaje, la referencia debe ser entendida, en el contexto de una distinción, como descripción: cada distinción dispone de un otro lado (siempre capaz de referencia)”. Ver Ibidem, p. 108, 115-116.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 107: “Los conceptos observación y autoreferencia se implican mutuamente. Ya que por un lado, un observador sólo puede observar cuando puede distinguirse respecto de sus instrumentos de observación e de sus distinciones y descripciones, por tanto cuando él no se confunde permanentemente con sus objetos.”

<sup>88</sup> Cf. MANSILLA, Darío Rodríguez. op. cit., p. 24. Ver también CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial, op. cit. p. 75: “Todos os sistemas funcionalmente diferenciados possuem um código próprio que lhes confere unidade e fechamento operativo. Esse fechamento, como insistentemente explica Luhmann, é condição para a abertura do sistema às referências do ambiente e aos programas de mudança no sistema.”

<sup>89</sup> Cf. BÜLLESBACH, Alfred. op. cit., p. 430-431. Ver CAMPILONGO, Celso Fernandes, Governo representativo “versus” governo dos juizes. op. cit., p. 58: “Cada operação do Sistema Jurídico parte da operação anterior e cria condições para operação seguinte, todas elas encerradas no mesmo código recursivo: a distinção direito não direito. Nisso reside o caráter autopoietico do direito moderno.”

A origem etimológica da expressão é grega: *autós* (por si próprio) e *poiesis* (criação, produção), portanto os subsistemas produzem, e reproduzem, a sua própria organização circular, por meio de seus próprios componentes.<sup>90</sup> Além disso, os sistemas autopoieticos são sistemas abertos ao futuro, teleológicos, tendo a possibilidade de projetar e de reclamar a própria finalidade. Quaisquer das operações realizadas são coligadas às suas antecessoras e às sucessoras.<sup>91</sup> Então, no sistema econômico pode-se encontrar uma diferenciação comunicativa ligada ao dinheiro, em que as suas comunicações só serão produzidas neste sentido, daí o termo diferenciado. Neste processo de remeter o sistema a si mesmo, pela comunicação, produzir-se-á a *autopoiesis* do sistema econômico: a economia produz economia.<sup>92</sup> Nessas auto-referências, além do controle da produção, tem-se a condução dos seus elementos, como algo gerador de unidade indisponível, levando os sistemas a serem independentes, praticamente auto-suficientes.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> Cf. BERIAIN, Josexo; GARCIA BLANCO, José María. op. cit., p.11. Ver Büllesbach, Alfred, op. cit., p. 431: “Os sistemas autopoieticos produzem continuamente, através do seu funcionamento, a sua própria organização circular, que se mantém constante como entidade fundamental. Esta organização pode ser descrita como uma rede de produção das suas próprias partes constitutivas.” Ver NEVES, Marcelo. op. cit., p. 60: “Etimologicamente, a palavra deriva do grego *autós* (por si próprio) e *poiesis* (criação, produção). Significa inicialmente que o respectivo sistema é construído pelos próprios componentes que ele constroe.”

<sup>91</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. L'informazione nell'economia e nel diritto. op. cit., p. 29: “Un confronto di questo tipo potrebbe essere effettuato in molti sensi. Vogliamo citare ancora solo un aspetto. I sistemi autopoietici sono sistemi aperti verso il futuro, sono teleologici. Ciò significa che non hanno alcuna possibilità di proiettare e di richiamare la propria fine (telos).[...].”

<sup>92</sup> Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem”. op. cit., p. 19: “Transações econômicas, por exemplo, relacionam meios (de modo específico, o dinheiro) que condensam formas (os preços). A referência a um meio de comunicação como o dinheiro remete o sistema a si mesmo: produz a autopoiesis do sistema econômico. Seculariza a economia. Confere-lhe racionalidade livre dos dados a priori provenientes do lado de fora do sistema. Não há na economia uma objetividade extra-social. Mercados são construções sociais.”

<sup>93</sup> Cf. BERIAIN, Josexo; GARCIA BLANCO, José María. op. cit., p. 12: “Los sistemas autorreferenciales, por consiguiente, no sólo tienen sino que necesitan disponer, al menos, de la capacidad de controlar la producción y distintividad de sus elementos. En consecuencia, elemento del sistema es algo que representa para éste una unidad última, indescomponible. Es en este preciso sentido cuando Luhmann habla de sistemas autopoieticos; es decir, de sistemas capaces de constituir los elementos de los que consisten a modo de unidades funcionales y de x , en las

Contudo, os sistemas autopoieticos são aqueles produtores não só das suas estruturas, mas, também, dos elementos da sua composição, a partir de suas próprias estruturas; geram, pelo narrado, operações fechadas e autônomas.<sup>94</sup>

A visão dos sistemas como subsistemas – em forma de bolas de bilhar -, seja o jurídico ou mesmo o político, acaba por afastar um pouco a simpatia por eles. Não é fácil aceitar os referidos sistemas sob a ótica de duas bolas de bilhar, grosso modo. Superado isso, fica curioso quando os dois sistemas tocam-se. Operam exatamente nesse ponto de contato. As duas bolas induzem à separação dos sistemas.<sup>95</sup>

Para Luhmann e De Giorgi, a grande contribuição fornecida à conceituação de sistemas autopoieticos é a de Maturana: são sistemas produtores de si mesmos. Autocriadores de suas estruturas e dos seus elementos.<sup>96</sup> A sua

---

*relaciones entre ellos, referirse a la vez a esta autoconstitución, que es así continuamente reproducida.”*

<sup>94</sup> Ver sobre MATURANA, Humberto. *Cognição, ciência e vida cotidiana*. op. cit., p. 174-176. Também ver LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. op. cit., p. 21. Ver ainda BERIAIN, Josetxo; GARCIA BLANCO, José María. op. cit., p. 9: “*En efecto; el tema por antonomasia del pensamiento occidental há sido la unidad como principio y final de todo discurso. Y cuando, com el tránsito a la modernidad, la unidad ya no pudo entenderse como sustancia, entró en su lugar subjetividad. Bajo la denominación de sujeto, el pensamiento moderno ha concebido una unidad que sólo se fundamenta a ella misma y todo lo que hace, sino también a todo aquello que, como distinto de ella, es objeto de sus referencias (cognitivas u operativas). La significación de la figura originaria del sujeto (en singular) era, precisamente, la de servir de base a todo conocimiento y acción sin depender de un análisis de la sociedad.*” Consultar LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales*. op. cit., p. 727.

<sup>95</sup> Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Governo representativo versus governo dos juizes: a autopoiese dos sistemas político e jurídico*. op. cit., p. 53: “*Os sistemas jurídico e político podem ser descritos, como faz Luhmann figurativamente, como duas bolas de bilhar. Um não se confunde com a outra. Porém, o jogo só tem sentido quando as duas bolas se tocam. A Constituição e as instituições representativas operam exatamente nesse ponto de contato. As duas “bolas” sugerem, de uma parte, a separação funcional dos sistemas e, da outra, um conjunto de prestações entre a política e o direito. Só nesse sentido um sistema depende do outro.*”

<sup>96</sup> Cf. LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. op. cit., p. 21: “*A questo livello della discussione un momento nuovo è costituito dal contributo di Humberto Maturana, che ha elaborato il concetto di autopoiesi [...]*”. Ver MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco. op. cit., p. 99: “*L’insieme degli scopi esposto nell’introduzione è stato raggiunto. Mediante la descrizione dell’organizzazione circolare auto-referente del sistema vivente, e mediante l’analisi dei domini di interazioni che una simile organizzazione specifica, ho mostrato l’emergere di un sistema auto-referente capace di fare descrizioni e di generare, mediante interazioni orientanti con altri simili sistemi e con sé stesso, sia un*

autonomia abrange o plano estrutural e o operativo. O sistema constitui as suas operações em relação às próprias operações.<sup>97</sup>

A unidade da operação é imprescindível à produção de um sistema autopoietico, constitui e reproduz unidades emergentes e logra uma redução de complexidade frente às hipóteses possíveis.<sup>98</sup> Por tudo isso, a *autopoiesis* do Direito garante que o Sistema Jurídico reconheça a si mesmo pelo estímulo normativo das expectativas, que são a base do processamento das suas comunicações.<sup>99</sup>

### 1.3.d O acoplamento estrutural dos subsistemas

Pelo fechamento operativo dos sistemas, pode-se ter a impressão do isolamento dos sistemas. Ledo engano. Estão interligados pelos chamados acoplamentos estruturais (Maturana utiliza tal nomenclatura). Exemplo típico é o cérebro ligado estruturalmente à vida das células cerebrais, interrompidas quando a vida cessa.<sup>100</sup> Não é possível um sistema autoprodutor que fique totalmente fechado. No acoplamento estrutural encontra-se uma comunicação com os outros

---

*dominio linguistico consensuale che un dominio di auto-coscienza: cioè ha mostrato l'emergere dell'osservatore."*

<sup>97</sup> Ver LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. op. cit., p. 22. Ver LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p. 118: "Siguiendo una propuesta de Francisco Varela se puede designar la unidad operativa de un sistema como "autonomía". Gordon Pask corrobora."

<sup>98</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 117: "Cuando estas exigencias se cumplen, el sistema del derecho se establece con un sistema autopoietico. El Sistema Jurídico constituye y reproduce unidades emergentes (incluyéndose a sí mismo) que no existirían sin la unidad de operación. De esta manera, el sistema logra una reducción de complejidad singularmente propia, una operación selectiva frente a posibilidades inmensas que, aunque no se tomen en cuenta por ignorancia o por deliberación, no interrumpen la autopoiesis del sistema."

<sup>99</sup> Ibidem, p. 149: "La autopoiesis del derecho se reconoce a sí misma por lo inalienable del estilo normativo de las expectativas – que son la base del procesamiento de las comunicaciones jurídicas."

<sup>100</sup> Ibidem, p. 50-51. Idem., L'informazione nell'economia e nel diritto, p. 31.

subsistemas.<sup>101</sup> Por conseguinte, os subsistemas desenvolvem certa sensibilidade para resolver determinados eventos em torno do ambiente. Produz coordenações pragmáticas de transparências entre os subsistemas, autopoieticos, clausurados operacionalmente e acoplados estruturalmente.<sup>102</sup>

Coligamento estrutural vem assim chamado por representar ligações entre as estruturas do sistema. Pressupõe dois sistemas estáveis pela dinâmica. As estruturas próprias do sistema servem a um coligamento operativo; desta forma, há uma continuidade da *autopoiesis* do sistema de operação, garantindo-se a estabilidade temporal do sistema, na medida em que se passa de uma a outra operação.<sup>103</sup> Os sistemas-parciais precisam se comunicar para buscar uma adaptação ao novo ambiente, por meio do acoplamento estrutural.<sup>104</sup> Ilustrativamente, cita-se a Carta Magna, que promove o referido acoplamento entre o Sistema Jurídico e o político.<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> Cf. MANSILLA, Darío Rodríguez. op. cit., p. 50: “*El acoplamiento estructural implica un aumento de cierras dependencias, con una mayor sensibilidad que permite irritaciones – o gatollamientos – provenientes de ciertos aspectos del entorno, unida a una mayor indiferencia respecto a otros. Este doble condicionamiento posibilita el sistema acorde con ciertos eventos de su entorno disminuyendo, al mismo tiempo, las posibilidades de destrucción.*”

<sup>102</sup> Ibidem, p. 50: “*Los subsistemas, por consiguiente, desarrollan cierta sensibilidades: se sintonizan para resonar ante determinados eventos del entorno y con esto se produce lo que podríamos llamar una coordinación pragmática de intransparencias, entre subsistemas autopoieticos, clausurados operacionalmente y acoplados estructuralmente a su entorno.*”

<sup>103</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. L'informazione nell'economia e nel diritto. op. cit., p. 32: “*Il concetto presuppone dei sistemi, che ottengono la loro stabilità grazie alla propria dinamica. Le strutture proprie del sistema servono ad un collegamento operativo, ad una continuazione dell'autopoiesi del sistema da operazione ad operazione, quindi da momento a momento.*”. Ver SCHUARTZ, Luis Fernando. op. cit., p. 92.

<sup>104</sup> Cf. MANSILLA, Darío Rodríguez. op. cit., p. 24: “*Esto no quiere decir que el sistema pueda vivir con prescindencia de su entorno, en una suerte de burbuja al vacío. El sistema se mantiene permanentemente adaptado al ambiente, en lo que Maturana llama acoplamiento estructural. Al acuñar el concepto de acoplamiento estructural, Maturana persigue evitar algunas ideas asociadas a la adaptación con un proceso, en el sentido que un sistema debe adaptarse, buscar mejores niveles de adaptación y puede perder la adaptación conseguida.*”

<sup>105</sup> O exemplo é ofertado por Celso Fernandes Campilongo. Governo representativo “versus” governo dos juizes. op. cit., p. 53.

Apesar disso, os acoplamentos funcionam como fatores de exclusão e inclusão, tal qual a Constituição. Acabam por incluir novos valores e excluir outros anteriormente impostos ao direito; por outro lado, são tidos como mecanismos de irritação do sistema, por trazerem nova comunicação.<sup>106</sup> E a propriedade é o típico exemplo de acoplamento estrutural do Direito com a Economia (ou vice-versa). É a base na qual a Economia diferencia-se enquanto sistema. Processa-se por meio do seu código binário: ter/não-ter.<sup>107</sup> Porém, a propriedade não faz parte da comunicação do Sistema Jurídico. Pois bem, não é possível resolver pendências jurídicas com a Economia.<sup>108</sup>

Enquanto a propriedade encontra-se como base das operações econômicas, o mesmo raciocínio não é válido para o Sistema Jurídico. Existem decisões judiciais que nada têm a ver com a propriedade. Imagine a eliminação da propriedade: no sistema econômico, isso seria o seu fim. Não se pode dizer o mesmo em relação ao Sistema Jurídico. Nele, a propriedade é um objeto (como tantos) enfrentado pelas suas decisões, destarte no Sistema Jurídico, ela não se trata de comunicação diferenciada.<sup>109</sup> Este raciocínio, promovidas as adaptações necessárias, pode ser aplicado aos contratos: o Direito quando os processa não

---

<sup>106</sup> Cf. MANSILLA, Darío Rodríguez. op. cit., p. 51: “Los acoplamientos estructurales sólo funcionan con un efecto de inclusión y de exclusión. Una Constitución, por ejemplo, puede haber sido aprobada en su texto, pero no funcionará se no puede evitar los efectos contrarios a la constitución de la violencia política sobre el sistema del Derecho. Estos acoplamientos estructurales, por otra parte, conforman mecanismos que son considerados de manera distinta por cada uno de los sistemas acoplados y de esta manera se consiguen las irritaciones o gatillamientos mutuos.”

<sup>107</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. L'informazione nell'economia e nel diritto, op. cit., p. 35-36.

<sup>108</sup> Ibidem, p. 36: “Mentre la proprietà si trova alla base di tutte le operazioni economiche, il caso inverso non vale. Esistono decisioni giudiziali che non hanno niente a che vedere con la proprietà, come ad esempio molte del diritto penale, di quello familiare e del diritto costituzionale. L'economia non pertanto analogamente fondamento del diritto, come il diritto è fondamento dell'economia.”

<sup>109</sup> Ibidem, p. 35-36.

atua segundo o pagamento ou não - ou mesmo na linguagem do preço. Opera, sim, por identificar se é válido ou não e em quais termos.<sup>110</sup>

#### **1.4 A comunicação no contexto da sociedade funcionalmente diferenciada**

A teoria sistêmica de Niklas Luhmann elegeu a comunicação como operadora central dos sistemas sociais, cuja *autopoiesis* é a *autopoiesis* da comunicação, devido à Teoria dos Sistemas autopoieticos (propostos por luhmann em âmbito social) reclamar a indicação precisa das operações para delimitar o sistema frente aos demais, o qual é realizado mediante a comunicação social. Por outras palavras, quem determina qual é a operação determinante dos sistemas parciais é a respectiva comunicação.<sup>111</sup>

Ocorre que a teoria da comunicação luhmanniana não concebe o conceito de comunicação nos moldes preconizados pela tradicional teoria da comunicação. A começar pela descrença na sua efetivação. Para ela, comunicar não seria transferir informações; pelo contrário, é um acontecimento improvável, por não haver garantia alguma de que a mensagem transmitida é a mesma que será recebida.

---

<sup>110</sup> Ibidem, p. 37-38. Vale o registro das relações temporais existentes entre os subsistemas em comento: no jurídico ele é muito lento, suas comunicações demoram e se caracterizam pela demora; antagonicamente na economia, chega-se à antecipação de valores futuros – basta pensar no que é feito na bolsa de valores.

<sup>111</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de sistemas. op. cit., p. 216.

Como diz Luhmann, comunicar significa operar seleções.<sup>112</sup> Demais disso, a análise do processo comunicativo parte da improbabilidade da comunicação e de como o processo de seleção contribui à redução da complexidade social. Cada sistema social especializa-se mediante as seleções comunicativas, contribuindo à solução de problemas específicos da sociedade. Os sistemas observam a si e aos outros. Dessa forma, dirigem as suas operações para reduzir a complexidade social pela respectiva comunicação. Então, por exemplo, o Sistema Jurídico só irá comunicar pelo i/l, e o sistema político pela sua especificidade comunicativa, qual seja, g/o.<sup>113</sup>

A tese central da teoria sistêmica é a de que somos sistemas autopoieticos, auto-referenciais e compostos por comunicação. Trata-se, pois, de auto-regulação, esses sistemas auto-observam e observam os outros sistemas por meio da comunicação. Em verdade, os sistemas sociais são constituídos por operações comunicativas. Chega-se a tê-los como conceitos congruentes, os sistemas sociais são comunicação, e a comunicação é os sistemas sociais. A operação da comunicação só se conecta com operação comunicativa, não se trata a

---

<sup>112</sup> Cf. MARCONDES FILHO, Ciro. Niklas Luhmann, a comunicação vista por um novo olhar. In: LUHMANN, Niklas. A realidade dos meios de comunicação. Tradução Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005. p. 7. Ver SCHUARTZ, Luis Fernando. op. cit., p. 111: "*Comunicação não deve ser tratada como um processo de transferência de algo (informação, por exemplo) por parte de alguém a outrem.*" Sobre a improbabilidade da comunicação, ver LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. op. cit., p. 61.

<sup>113</sup> Cf. IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción. In: LUHMANN, Niklas. Sociedad y sistema: la ambición de la teoría. Traducción Santiago López Petit; Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós, 1990. p. 28-29. GUIBENTIF, Pierre. A comunicação jurídica no quotidiano lisboeta. Proposta de abordagem empírica à diferenciação funcional. In: LUHMANN, Niklas. Do sistema social à sociologia jurídica. Org. André-Jean Arnaud; Dalmir Lopes Jr. Traduções Dalmir Lopes Jr.; Daniele Andréia da Silva Manão; Flavio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 191: "*Uma comunicação jurídica, isto é, a expressa (e sua recepção) de uma pretensão, põe em jogo a distinção "em conformidade com o direito/contrário ao direito".*" Sobre a auto-referência comunicativa dos sistemas, ver VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. op. cit., p. 147-166.

comunicação como uma atividade, porém como num encadeamento de acontecimentos.<sup>114</sup>

Na proporção na qual a comunicação é formada o sistema social aparece como resultado desse processo. Ele, deste modo, é o resultado das operações comunicativas. É neste sentido que Luhmann afirma ser a sociedade formada pelas comunicações, cuja operação garante a unidade dos sistemas, que, por sua vez, processa seleções e reduz a complexidade.<sup>115</sup>

O processo comunicativo implica comunicação que se liga à outra comunicação e assim por diante. Configura uma linha sucessiva de comunicações. O sistema processa-se de forma fechada. Somente a sua comunicação opera; se não há comunicação, não existe sistema. O que não significa que a sociedade não possua mais nada do que comunicação. A sociedade distingue-se pela comunicação sob o pano de fundo do seu meio, dos quais fazem parte a vida orgânica, os sistemas psíquicos dos indivíduos e o substrato físico da matéria. Parafraseando Luhmann: a sociedade não se compõe de pessoas, mas das comunicações oriundas delas e os sistemas vivos surgem à medida que as pessoas se inter-relacionam.<sup>116</sup>

Como supramencionado, a comunicação não é concebida conforme preconiza a teoria tradicional, a qual a concebe como ato de transmitir informação. É

---

<sup>114</sup> Cf. GUIBENTIF, Pierre. op. cit., p. 178-180. LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali*, op. cit., p. 259 e 267. Sobre a sociedade como sistema auto-referencial, autopoietico e formado de operações comunicativas, ver IZUZQUIZA, Ignacio. *Introducción*. op. cit., p. 25.

<sup>115</sup> Cf. AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. *Do sistema social à sociologia jurídica*. op. cit., p. 304: “*O sistema social aparece, como acabamos de ver, desde o momento em que um evento articula os indivíduos através de seu sentido partilhado, e tem com ele o caráter de comunicação.*” Ver LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali*. op. cit., p. 80-133. Também sobre a unidade do sistema provocado pela comunicação, ver LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad e la diferencia*. op. cit., p. 42-43.

<sup>116</sup> Sobre o processo de comunicação, ver AMADO, Juan Antonio Garcia. op. cit., p. 304: “*Ali onde existe comunicação há sociedade; onde não se opera mediante comunicação não existe sistema social.*” A respeito dos outros componentes da sociedade, ver *Ibidem*, p. 305-306. Pela composição da sociedade por comunicação e não pelos seres humanos, ver IZUZQUIZA, Ignacio. op. cit., p. 27 e também LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. op. cit., p. 216.

vista numa estrutura triádica: informação, comportamento comunicativo e compreensão. A primeira diz respeito a um evento que altera o estado das coisas, quer dizer, a informação não é algo que existe em si mesma e já estaria pronta a ser transferida. Ela é fruto de uma seleção do sistema, como diz Luhmann: “*seleção surpreendente*”, constituída internamente como surpresa, o que significa que a informação repetida não é tida como informação, teria perdido o seu valor comunicativo.<sup>117</sup> Ainda sobre a informação no processo de comunicação, os participantes precisam tomar a decisão a respeito da informação a ser comunicada - às vezes, por mais de uma vez dentro do processo comunicativo -, o que nada mais é do que a resposta à pergunta: o que vai ser comunicado? Ela deve ser tomada por ambos os participantes da comunicação.

Ora, enquanto o comportamento comunicativo referido acima diz respeito à escolha da atitude que se utilizará para comunicar, a compreensão é ligada à capacidade de assimilar a mensagem de quem a recebe.<sup>118</sup> A comunicação só ocorrerá quando *ego* compreende que *alter* comunicou uma informação - Luhmann usa essas expressões para representar emissor e receptor no processo comunicativo. A comunicação não é entendida como processo de compreensão plena, contudo *ego* tem que perceber a diferença entre as duas seleções emitidas por *alter*.

De todo modo, ao se empregar signos lingüísticos no processo comunicativo, *alter* e *ego* não poderão negar a comunicação, pois, a partir deles, os distúrbios comunicativos pelos signos serão identificados por outra comunicação.

---

<sup>117</sup> Cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. op. cit., p.111-112. Ver LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de sistemas. op. cit., p. 220. Sobre a concepção luhmanniana de comunicação, ver VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. op. cit., p. 151-152.

<sup>118</sup> Cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. op. cit., p.113-114. Ver LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de sistemas. op. cit., p. 220-221.

Em razão disso tudo, a comunicação tornar-se-á reflexiva: operação comunicativa provoca operação comunicativa, sempre mediante uma forma que é a linguagem.<sup>119</sup> Desse modo, em que pese a improbabilidade da comunicação efetivar-se, ela será incentivada a surgir mediante a utilização de meios simbolicamente generalizados, os quais permitem a formação de formas.

Nessa mesma linha, a linguagem facilitará a comunicação pela normalização da seleção e em consonância com os meios de difusão (estes asseguram que a comunicação atinja um alto número de destinatários) viabilizarão a reprodução autopoietica dos sistemas sociais, transformando improbabilidades comunicativas em probabilidades.<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> Cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. op. cit., p.118-119.

<sup>120</sup> Ibidem, p. 122: "*Linguagem e Meios de difusão são conquistas evolutivas que viabilizam a solução de problemas associados à continuidade da reprodução autopoietica de sistemas sociais.*" Ver também comentários na p. 118.

## SEGUNDA PARTE

### A FORMAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO PELA SUA COMUNICAÇÃO

#### 2.1 A evolução da sociedade e a sua relação com o Direito

O modo de organização da sociedade alternou-se ao longo da história. Contudo, os critérios apontados para evidenciar essas alterações foram escolhidos a juízo do observador. Seguindo essa linha, Luhmann adota a sua perspectiva sobre a evolução. É justamente ela o exposto a seguir.<sup>121</sup>

##### 2.1.a A evolução social

A teoria sistêmica de Luhmann desenvolveu uma teoria da evolução que, à medida em que a sociedade torna-se complexa, os sistemas têm que se diferenciar para poderem reduzir a complexidade e continuarem a crescer.<sup>122</sup> A sociedade evoluiu passando por diversas formas de diferenciação até a complexidade ter chegado a um grau tão elevado, que os subsistemas sociais

---

<sup>121</sup> Sobre a perspectiva evolutiva proposta por Luhmann de forma sucinta, ver CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. op. cit., p. 23-25.

<sup>122</sup> Cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. op. cit., p. 104-106. Sobre a elevada complexidade como condição à diferenciação do Sistema Jurídico, ver GONÇALVES, Guilherme Leite. Certeza e incerteza: pressupostos operativos do direito contingente. Tese de Doutorado. Universidade de Estudos de Lecce: Lecce, 2005. p. 123. NAVAS, Alejandro. La teoría sociológica de Niklas Luhmann. Ediciones Universidad de Navarra: Pamplona, 1989. p. 219-221 e 224. Ainda, sobre a elevada complexidade como condição à diferenciação funcional, ver LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. op. cit., p. 183.

formaram-se com funções específicas para lidar com essa alta complexidade.<sup>123</sup> Na modernidade, a sociedade é acêntrica e fragmentada em sistemas autopoieticos, funcionais e igualitários em importância; antes, porém, passou-se pelas sociedades segmentadas, de centro e periferia e as estratificadas.<sup>124</sup> Nessas modificações sociais, os dispositivos garantidores das expectativas comportamentais foram alterados e, com eles, a forma de vigência do Direito.<sup>125</sup>

A teoria da evolução luhmanniana abandonou a concepção de causas e caminhos determinantes, descartou a idéia de desenvolvimento linear e contínuo.<sup>126</sup> Aponta Luhmann como fator decisivo à evolução social o desenvolvimento econômico, inicialmente, fruto do cultivo agrícola e depois das relações comerciais. Junto à economia monetária surgiram conflitos jurídicos entre pessoas de diversos segmentos, muitos deles ligados ao crédito, cujo contexto não é mais aquele de outrora ligado ao parentesco, mas de fins econômicos. Por conta disso, exigir-se-á decisões e atitudes no momento de um eventual inadimplemento. Esses fatores acrescidos à escrita e ao fim da dominação política pelas relações de parentesco contribuíram à evolução da sociedade e do Direito.<sup>127</sup>

## **2.1.b A classificação das sociedades propostas por Luhmann e o respectivo Direito**

---

<sup>123</sup> Sobre a complexidade como diferenciação funcional, ver LUHMANN, Niklas. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*. A cura di Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè, 1995. p. 249.

<sup>124</sup> Sobre o conceito de modernidade, ver LUHMANN, Luhmann; DE GIORGI, Raffaele. *op. cit.*, p. 302-303.

<sup>125</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. *op. cit.*, p. 174.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 193.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 197.

Das sociedades, apontadas por Luhmann na sua teoria da evolução, as primeiras são as segmentárias, as quais se referem aos sistemas parciais distinguidos pela descendência ou pela habitação, de forma isolada ou combinados.<sup>128</sup> Nelas as comunicações e as expectativas sobrepõem-se. A sua taxa de complexidade é baixa, tida como uma sociedade arcaica como as tribais, exemplificando. Muito disso deve-se à sua estrutura social, a qual é enraizada, por exemplo, sob o princípio do parentesco.<sup>129</sup> Isso faz com que as disputas jurídicas estejam ligadas ao grau de parentesco. O ancião será o responsável pela resolução do conflito e o seu poder sob os seus familiares é pleno.<sup>130</sup> Nesse Direito, percebe-se já um sistema social que reduz a complexidade do mundo. Posto pela tradição-histórica e ao seu favor a respeitabilidade das gerações com expectativas normativas. Comenta De Cicco que da mesma forma pode se referir ao direito visigótico e ao canônico como um sistema no sentido luhmanniano.

Ocorre, porém, que esse forte laço familiar como fonte aglutinadora faz com que um transgressor não seja entregue às vítimas de outra tribo/família e, até mesmo protegido, ou seja, o delito não se sobressai aos laços familiares. Quando a unidade do parentesco ultrapassa o ambiente familiar, estar-se-á frente à diferenciação segmentada. A formação de outros grupos familiares é condição à

---

<sup>128</sup> Cf. GONÇALVES, Guilherme Leite. op. cit., p. 89. Sobre as sociedades segmentárias, ver LUHMANN, Luhmann; DE GIORGI, Raffaele. op. cit., p. 260 e NAVAS, Alejandro. op. cit., p. 306 e 308.

<sup>129</sup> Sobre o conceito de parentesco em Roma, ver COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Tradução José Cretella Jr.; Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 55 e KASER, Max. op. cit., p. 95.

<sup>130</sup> Sobre o poder moral da família, ver COULANGES, Fustel de., op. cit., p. 87-91. Ver sobre a família como unidade fundamental em GONÇALVES, Guilherme Leite. op. cit., p. 89/90. Sobre a família como unidade artificial e como forma de diferenciação da sociedade, ver LUHMANN, Luhmann; DE GIORGI, Raffaele. op. cit., p. 260. Sobre o poder do paterfamilias, ver KASER, Max. op. cit., p. 96 e 339 e MOREIRA, José Carlos Moreira. Direito Romano. op. cit., p. 248-249 e 251.

diferenciação segmentada.<sup>131</sup> O baixo índice de complexidade das sociedades arcaicas afeta a diferenciação funcional de papéis dos atores sociais, o que torna desnecessário prescrever critérios a vigência do Direito. Além disso, acarreta também um Direito Primitivo com impossibilidade de vigência neutra, privilegiando nas disputas os antepassados, as propriedades e o prestígio dos envolvidos.<sup>132</sup>

A estabilidade dos problemas da sociedade arcaica é oriunda da baixa complexidade, refere-se à simplicidade deles (problemas), por serem de poucas opções às respectivas soluções. Dito de outra forma, a escassez de alternativa provoca estabilidade.<sup>133</sup>

Nas sociedades estratificadas/hierarquizadas a característica marcante é a desigualdade, pode-se vislumbrar a diferença entre o povo e o plebeu. A estratificação requer uma distribuição desigual do poder e da riqueza, ou, para se utilizar a linguagem luhmanniana, de uma desigualdade comunicativa. Já são visualizados as estruturas e os elementos, as comunicações e as expectativas não mais se sobrepõem, apesar de estarem reciprocamente condicionadas. Pela elevação da complexidade originou-se a evolução da sociedade que outrora era segmentada, cuja premissa de igualdade não mais serve. Daqui a diferenciação terá como marca a desigualdade, qual seja, estratificada/hierarquizada.<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. v. I, p. 184.

<sup>132</sup> Ibidem, p. 185.

<sup>133</sup> Ibidem, p. 199.

<sup>134</sup> Cf. NEVES, Marcelo. op. cit., p. 8: “*Nas sociedades estratificadas ou diferenciadas hierarquicamente, variação e seleção já se distinguem, na medida em que se pode discernir entre elementos e estruturas. Embora se condicionem reciprocamente, comunicações e expectativas não mais se sobrepõem.*” Ver LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. op. cit., p. 256. Ver sobre a diferenciação segmentada como igualdade em LUHMANN, Niklas. Complejidade y modernidad. op. cit., p. 76: “*La estratificación, por supuesto, requiere una distribución desigual de poder y de riqueza – o, para decirlo de una forma más general, una distribución desigual de las posibilidades de comunicación.*”

Nas sociedades estratificadas o Direito também é concebido como de altas culturas pré-modernas. A estrutura estratificada é fruto de uma necessidade política e, ao contrário das segmentadas, já possui parâmetros à aplicação de penas, como, por exemplo, a lei do talião. A história da positividade reporta à Lei das Doze Tábuas no Império Romano, como instrumento de certeza e evolução de um período a outro. Além dos parâmetros às penas, os procedimentos e a imposição do Direito independente de laços familiares são, da mesma forma, características das sociedades pré-modernas.<sup>135</sup>

A grande alavanca às sociedades estratificadas e segmentadas – ou simplesmente as sociedades pré-modernas<sup>136</sup> – foi a fundação das cidades, a partir desse momento o poder do paterfamilias não mais existiu, ao menos como era concebido. Doravante os contatos sociais não se resumiriam à linhagem. Nessa sociedade, a política proporcionou normas jurídicas como construções artificiais e não mais provenientes de sentenças de parentes.<sup>137</sup> A opção de escolhas proporcionada pela política fomentou a contingência. E, por sua vez, a cidade ainda se transforma em espaço público, diferenciando este do privado, anteriormente reunidos na família.<sup>138</sup>

A segmentação diferencia a sociedade em sistemas iguais. Esta igualdade, no entanto, diz respeito aos princípios de formação sistêmica.<sup>139</sup>

---

<sup>135</sup> Sobre o conceito de estratificação, ver LUHMANN, Luhmann; DE GIORGI, Raffaele. op. cit., p. 282-283 e NAVAS, Alejandro. La teoría sociológica de Niklas Luhmann, op. cit., p. 306.

<sup>136</sup> Sobre as sociedades pré-modernas utilizarem tanto a diferenciação segmentárias como as estratificadas, ver LUHMANN, Luhmann; DE GIORGI, Raffaele. op. cit., p. 275.

<sup>137</sup> Cf. NAVAS, Alejandro. op. cit., p. 314.

<sup>138</sup> Ver GONÇALVES, Guilherme Leite. Certeza e incerteza. op. cit., p. 94, 103, 105 e 108-109. Sobre as sociedades estratificadas, ver LUHMANN, Luhmann; DE GIORGI, Raffaele. op. cit., p. 282.

<sup>139</sup> Cf. NEVES, Marcelo. op. cit., p. 7: “*Nas formas menos complexas da sociedades diferenciadas segmentariamente, variação e seleção confundem-se. Isso porque, nelas, entre elementos e estruturas ainda não há uma nítida distinção. As comunicações e as expectativas sobrepoem-se.*” Ver

Transcende a esse princípio de estagnação a sociedade chamada por Luhmann de centro e periferia, prevê-se um grande número de segmentos (econômico, doméstico etc.), e por entre as partes da nova forma há uma desigualdade apenas: o centro e a periferia. Tem uma forma social em que se pode fixar relações transitivas entre as desigualdades e, dessa maneira, evitar relações circulares. Essa distinção (centro/periferia) é também influenciada pelo espaço político das cidades. A pólis é formada com base no critério territorial, de um lado o centro (o cidadão) e do outro a periferia (os estrangeiros) destituídos de poder e direitos, Roma pode ser citada como exemplo típico, onde os cidadãos romanos tinham prerrogativas e os peregrinos (os não cidadãos) estavam subordinados a elas.<sup>140</sup>

A compreensão da teoria da evolução, descrita sucintamente acima, é relevante à contextualização do que Luhmann entende por modernidade – conforme realça Campilongo. O surgimento do Estado Moderno é um marco histórico desse processo evolutivo até a modernidade.<sup>141</sup> A diferença da sociedade moderna às demais formas sociais está justamente na complexidade, ou melhor, na elevada complexidade. Esta chegou a níveis tão altos que a sociedade desenvolveu subsistemas funcionais, ou seja, sistemas parciais com funções específicas. A complexidade é o termômetro da seletividade, quanto maior a opção de alternativas, maior será a complexidade, daí diversidades de opções significa ambiente social

---

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. op. cit., p.107. Ver LUHMANN, Luhmann; DE GIORGI, Raffaele. op. cit., p. 255: *“Differenziazione segmentaria che si caratterizza per l’uguaglianza dei sistemi parziali della società, i quali vengono distinti o sulla base della discendenza o sulla base delle comunità di abitazioni o mediante una combinazione di entrambi i criteri.”*. Ver Ibidem, p. 260/281. Ainda ver LUHMANN, Niklas, El derecho de la sociedad. op. cit., p. 613. Sobre o direito arcaico, ver LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. op. cit., p.182-200. Ver sobre a diferenciação segmentada como igualdade em LUHMANN, Niklas. Complejidade y modernidad. op. cit., p. 76: *“La segmentación diferencia la sociedad en subsistemas iguales.”*

<sup>140</sup> Cf. GONÇALVES, Guilherme Leite. op. cit., p. 110-111. Sobre Roma como sociedade de centro e periferia, ver LUHMANN, Luhmann; DE GIORGI, Raffaele. op. cit., p. 277. Sobre a desigualdade de direito entre os romanos e os estrangeiros, ver COULANGES, Fustel de. op. cit., p. 346-351.

<sup>141</sup> Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema Jurídico e decisão judicial. op. cit., p. 24.

complexo. A evolução social é impulsionada pela complexidade, conseqüentemente, a sociedade automaticamente é adaptada, até se ter subsistemas funcionalmente diferenciados, os quais organizam os processos de comunicação em torno de funções especiais, que devem ser abordadas na sociedade.<sup>142</sup>

Essa diferenciação (quer dizer, a funcional) é o último produto da evolução social. Ela transforma novamente a distribuição de igualdade e desigualdade de outrora. A primeira (igualdade) diz respeito ao tratamento dado pelo subsistema ao seu entorno, isto é, não pode haver tratamento desigual com o ambiente social e com os outros subsistemas ambos ao entorno do subsistema e a segunda (desigualdade) refere-se às funções, as quais devem ser desiguais. Cada subsistema tem a sua.<sup>143</sup> Não obstante a diferenciação funcional ser considerada como último estágio da evolução, não há como se prescrever pontualmente o seu início ou final, saltos evolutivos ocorrem impulsionados pela complexidade. Trata-se ela, em verdade, de um remanejamento comunicativo.<sup>144</sup>

Os sistemas parciais são a base da distinção entre diferenciação segmentada da funcional. Como já dito, ocorre que na segmentada os sistemas são iguais ou semelhantes, tais como tribos e famílias. Muito ao contrário, sucede na funcional, pois que são formados sistemas com funções específicas, dessa forma

---

<sup>142</sup> Cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. op. cit., p. 103-108. Ver sobre o Direito como estrutura da sociedade, LUHMANN, Niklas, Sociologia do direito. op. cit., p. 167-225. Sobre os processos de comunicação organizados, ver LUHMANN, Niklas. Complejidad y modernidad. op. cit., p. 78: “*La diferenciación funcional organiza los procesos de comunicación em torno a funciones especiales, que han de ser abordadas a nível de la sociedad.*”

<sup>143</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. Complejidad y modernidad. op. cit., p. 79: “[...] *La diferenciación funcional es el último producto de la evolución sociocultural. La diferenciación funcional transforma de nuevo la distribución de la igualdad y de la desigualdad.*”

<sup>144</sup> LUHMANN, Luhmann; DE GIORGI, Raffaele. op. cit., p. 291-302 e GONÇALVES, Guilherme Leite. op. cit., p. 120.

distintos entre si. A passagem de uma diferenciação à outra é traço básico da diferenciação social.<sup>145</sup>

A diferenciação funcional é o modo pelo qual a alta complexidade social é organizada. O excesso de possibilidades gerado pela complexidade aumenta a pressão sobre a seleção, cujo controle será realizado pela diferenciação funcional.<sup>146</sup> A Teoria dos Sistemas, ao conceber a sociedade como sistema social complexo e contingente, pressupõe que o sistema produza seletividade em tal proporção que capte a alta complexidade, a qual é tratada frente às estruturas e, dentre elas, a jurídica tem papel central nas relações sistema/ambiente e ao grau de complexidade e seletividade chegadas nessas relações.<sup>147</sup>

### **2.1.c A positividade como fruto da complexidade e da contingência numa breve introspecção histórica**

Na teoria evolutiva luhmanniana, a própria legalidade é fruto da complexidade e da contingência que reclamam resolução. Entretanto, falar em sintonia entre norma e anseio popular é difícil, mormente numa sociedade em que se encontram cidadãos das mais diversas etnias, pessoas de diversas religiões, acepções políticas antagônicas e graus de escolaridades totalmente heterogêneos.<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. op. cit., p. 176. Sobre os sistemas parciais funcionalmente diferenciados, ver LUHMANN, Luhmann; DE GIORGI, Raffaele. op. cit., p. 304.

<sup>146</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. op. cit., p. 177. Sobre a diferenciação funcional, ver NAVAS, Alejandro. op. cit., p. 307.

<sup>147</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. op. cit., p. 168. Sobre o conceito de diferenciação funcional, ver LUHMANN, Luhmann; DE GIORGI, Raffaele. op. cit., p. 303.

<sup>148</sup> Sobre o aumento da complexidade social, ver LUHMANN, Luhmann. Sociologia do direito. op. cit., p. 225: "A complexidade da sociedade, rapidamente crescente na era atual, apresenta novos

Essa realidade impôs a positivação do direito, tornando-a essencial à sociedade. Procurar-se-á - pelo exercício da democracia - produzir decisões reguladoras da convivência social.<sup>149</sup> Enquanto àquela racionalidade, motivadora do direito natural, perdeu a sua razão de ser, cada ser humano tem a sua e, por conta disso, pressupõe o respectivo direito. O poder não pode ficar à mercê das individualidades. Por isso mesmo, decide-se.<sup>150</sup>

Desse período em diante, o poder de dizer o que é Direito não está no justo ou injusto. E, sim, numa ruptura. Reconstroe-se o mundo não motivado na (in) justiça, mas por serem postas. Cria-se, pelo narrado, uma estabilidade ligada à possibilidade de tratar o evento, enquanto qualificação. O agir é orientado pelo Direito. A justiça resume-se a ele. O Direito, desse modo, resulta na mesma comunicação, qual seja, o Direito. Percebe-se que é paradoxal. A aceitação, desta normatividade, está em si mesma. A sua seleção é proporcionada pela premissa: o *direito produz direito*.<sup>151</sup>

---

*problemas a todas as esferas do sentido, e portanto também ao direito. Ao mesmo tempo, sua riqueza de possibilidades contém o potencial, se bem que não a garantia, de novas formas de solução dos problemas. O crescimento da complexidade social, porém, fundamenta-se em última análise no avanço da diferenciação funcional do sistema social.*" Ver Ibidem, p. 226 e 228.

<sup>149</sup> Ver PASSOS, José Joaquim Calmom de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais. Rio de Janeiro. 2002. p. 01: "Convicto como estou, hoje, de que nada é, ontologicamente, nem lícito, nem ilícito, nem proibido nem devido, sendo essencial, para que isso ocorra, um dizer do homem a esse respeito[...]". Ver DE GIORGI, Raffaele. Introduzione. In: La differenziazione del diritto, LUHMANN, Niklas, op. cit., p. 25. Ver BARCELLONA, Pietro. Posmodernidad y comunidad. Madri: Editorial Trotta, 1992. p. 15: "La modernización se presenta como la consumación de la modernidad (de su vocación ilustrada) y como el triunfo definitivo del carácter infundamentado, artificial y polimorfo del mundo moderno. La modernización materializaría de este modo la eliminación de todo 'residuo metafísico', y, en particular, de la idea de una 'vida libre, buena y justa', que ha constituido el motor del antagonismo del Manifiesto de Marx." Ainda ver, LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. op. cit., p. 34.

<sup>150</sup> Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. op. cit., p. 72: "O século XIX, diz Coing (1969:25), representa ao mesmo tempo a destruição e o triunfo do pensamento sistemático legado pelo jusnaturalismo, o qual baseava toda sua força na crença ilimitada na razão humana." Sobre a legislação, ver LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. op. cit., p. 228-230, 232 e 235.

<sup>151</sup> Cf. DE GIORGI, Raffaele. O deus com barba e o deus sem barba. In: Direito, tempo e memória. op. cit., p. 177.

Na verdade, a delimitação do conceito de Direito é focada basicamente em quem é o observador, tais como: a divindade, o profeta e mesmo a razão. Como exalta Hegel, não se pode passar pela porta da lei. Se o fizer, entrará no seu labirinto. Seja o da exclusão daquele que foi incluído.

Tantas vezes foram (e por que não dizer, ainda são) contestadas, as definições do Direito, cujo enredo conota outras propostas de renovadas sistematizações conceituais, levando, por tudo, a se optar por uma definição trivial (vernáculo Luhmanniano). Num Direito que se ocupa dos crimes mais relevantes e difíceis, aos mais simplórios, qual seja, o de Direito Positivo. Segundo Puchta, ele reduz tudo ao que lhe convém.<sup>152</sup> Ademais, à medida em que o Direito torna-se escrito, fomenta-se a formação dos pensamentos modernos, desde os relacionados as suas fontes, aos correlacionados aos seus limites e mesmo aos formadores do Estado.<sup>153</sup> Começa-se a definir com clareza a separação entre política e Direito.<sup>154</sup>

Do direito inserido em lei, o grande referencial histórico é o Código de Hamurabi (1726 a.C.). Porém, foi por meio da gravação em 12 tábuas que se realizou grande ruptura na cultura jurídica. Com elas, deu-se publicidade ao Direito e a partir daí o costume cedeu à escrita. De leis esparsas à codificação, o Código de

---

<sup>152</sup> Ibidem, p. 180. Ver LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. op. cit., p. 237.

<sup>153</sup> Ver FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito op. cit., p. 72: “O fato de o direito tornar-se escrito contribuiu para importantes transformações na concepção de direito e de seu conhecimento.”

<sup>154</sup> Ibidem, p. 73-74: “A teoria clássica da divisão dos poderes, construída com um claro acento anti-hierarquizante face à concepção personalista anterior, iria garantir de certa forma uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência da política na administração, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do Estado de Direito (cf. Friedrich, 1953:208; Locke, 1952: 58; Montesquieu, s.d.). Ora, essa neutralização política do Judiciário (Luhmann, 1972) é uma das peças importantes para o aparecimento de uma nova forma de saber jurídico: a Ciência do direito do século XIX.”

Justiniano teve grande relevo, pois nele se catalogou a legislação romana. Sem ele, com certeza, teriam se perdido com o tempo as normas imperiais.<sup>155</sup>

À frente na história, vale ressaltar a Carta Magna da Inglaterra de 1215, que inicia um processo de monarquia representativa.<sup>156</sup> Dela se pode reduzir o conceito de positividade à formulação de que o Direito não só é estatuído (ou seja, escolhido) pelas decisões, mas, também atua por força de decisões (sendo então contingente e modificável). A sua contingência e a sua complexidade são aumentadas e, com isso, equiparadas às necessidades de uma sociedade funcionalmente diferenciada. Assim, a contingência e a complexidade do Direito são levadas a um outro plano, com novas condições estruturais, novas possibilidades de organização e novos riscos e problemas. Essa mudança abrange todas as dimensões da generalização de expectativas e só é realizável na medida em que a congruência do Direito seja assegurada de uma forma. No entanto, está em Santo Agostinho, precisamente na obra Cidade de Deus, a justificativa do humanopositivismo, por sua “providencialidade”, foi o caminho permitido por Deus para realizar seus desígnios.<sup>157</sup>

Interessante, outrossim, mencionar que a legislação (ou melhor a união delas) contribuiu à unificação política. Isso devido às leis regionais e locais serem a base do poder dos antigos barões. Assim, as *ordonnances* de Francisco I, na França e as Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas (essas Portuguesas) eram instrumento de fortalecimento do poder real, centralizado e, por conseguinte, enfraquecendo poderes regionais. A exemplo disto, no ano de 1804 promulgou-se o

---

<sup>155</sup> Cf. DE CICCIO, Cláudio. História do pensamento jurídico e da filosofia do direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 7, 26-27 e 38-39.

<sup>156</sup> Cf. Ibidem, p. 75-76.

<sup>157</sup> Cf. Ibidem, p. 88.

Código Civil Francês. Ele trouxe consigo a consagração de novos valores e a tentativa de se unificar uma só França. Nesse momento, havia uma confederação de províncias com hábitos próprios. A norma positivada teve o papel de acultramento de um povo. Tal período pode ser considerado como o início do Positivismo Jurídico na Europa Continental. No Brasil, o positivismo tomou força pela influência da industrialização e do desenvolvimento das ciências, quer pelo positivismo evolucionista (H. Spencer), quer pelo modelo sociológico (A. Comte).<sup>158</sup>

O ato de positivar conota, logo de plano, dois sentidos: um ligado à Filosofia e o outro à Sociologia. No primeiro, designa o estabelecimento de um direito pela vontade humana. Sociologicamente falando, será símbolo da importância da lei emanada do parlamento como fonte do Direito.<sup>159</sup> A positivação, também, trouxe uma valoração da técnica. Como se constrói Direito? Neste aspecto, a Revolução Francesa teve papel marcante, os burgueses, com medo de perderem os seus bens aos nobres, incentivaram às classes menos favorecidas a lutar pela igualdade, liberdade e fraternidade. Para tanto, deveriam criar formas de produção de normas, nas quais os reis não pudessem mais governar sem limites. Iniciou aí a formação do Estado Moderno e encontra na tri-repartição dos poderes o seu ápice.<sup>160</sup>

---

<sup>158</sup> Ibidem, p. 179-181, 225 e 236. Ainda no tema positivismo, ver LUHMANN Niklas. Sistema giuridico e dogmatica giuridica. A cura di Alberto Febbrajo. Bolonha: Il Mulino, 1974. p. 97.

<sup>159</sup> Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. op. cit., p. 74.

<sup>160</sup> Ver FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação, p. 75. Ver DE GIORGI, Raffaele. Direito, democracia e risco. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. p. 29. Pela positividade, o Direito passa a ser visto como fruto de escolha (em outras palavras, por seletividade intensificada do Direito). O antes constante torna-se escolha. Estruturalmente, transformou a decisão num fruto de escolha e princípio do novo direito. Ver LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. op. cit., p. 238. Hart, no seu trabalho sobre o conceito de Direito, especificamente no capítulo Direito e Moral, aborda o direito positivo como aquele sendo o significado da afirmação simples de que não se trata de uma verdade imutável ou mesmo certa. Ver HART, Herbert L. A. Conceito de direito. Tradução Armindo Ribeiro Mendes. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 202. Ver, ainda, LUHMANN, Niklas. La differenziiazione del diritto. op. cit., p. 91.

Foi gigantesca a contribuição grega à humanidade, não é diferente no plano jurídico. Demonstrou-se nada ter de divino a promulgação e a revogação de uma lei: são objetos de cognição humana. Os gregos, até mesmo por serem uma civilização voltada ao mar, depararam-se com outras culturas e, conseqüentemente, outras leis, o que colaborou à compreensão do Direito com flexibilidade.

Num pulo histórico, é interessante a reflexão tomista sobre o Direito: São Tomás de Aquino fala no induzimento da ação humana por “princípios exteriores”. Por esta máxima, quando se pratica o mal seria o diabo que a moveu, e, por sua vez, quando o bem ocorre Deus a moveu. A lei seria a instrução do homem, tendo a ela papel pedagógico. Ademais, todo o processo evolucionar do Direito sofreu forte influência da história das civilizações, mormente daquelas ligadas ao poder político. Falando de alguma delas, a concepção de poder político era predominantemente jurisdicional: ao soberano cabia o mister de fazer justiça. Isso também vale para quando se legislava e administrava. Com o Iluminismo e a modernização do Estado, houve uma radical mudança no seu núcleo. A partir de então, os juristas são obrigados a cindir política e jurisprudência. Nesse momento, o príncipe já não visa a promover a justiça, mas desenvolver o reino. Para tanto, o Direito precisa ser re-organizado. Cabe aos juristas redigirem novas leis.<sup>161</sup>

Por essas máximas, pode-se estabelecer uma ligação entre a Teoria do Direito e a nova Teoria da Evolução Social, com destaque que a tradicional Teoria da Evolução pressupõe um processo de autodiferenciação como única fonte de evolução. A Teoria dos Sistemas aponta a evolução a partir da complexidade dos

---

<sup>161</sup> Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 40, 154 e 221.

sistemas sociais e suas relações com o ambiente, a autodiferenciação e a luta pela sobrevivência aparecem apenas como aspectos desse raciocínio.<sup>162</sup>

#### 2.1.d O Direito Moderno

Cada subsistema funcional está ligado diretamente à evolução social e, no Direito, não seria diferente.<sup>163</sup> Anteriormente, procurou-se expor, sob prisma luhmanniano, como o Direito evoluiu impulsionado pela complexidade, chegando ao ponto outrora referido como positividade. Porém, a evolução não acabou e a teoria sistêmica sensível a isso aponta não apenas ela (positividade) para identificar o Direito Moderno, mas também outros fatores – como a comunicação, por exemplo – que apontarão esse fenômeno social extremamente complexo.

Inicialmente, Luhmann apresentou uma divisão da sociedade em que se conota nos momentos sociais o seu respectivo Direito. Como nas sociedades segmentadas encontra-se como correspondente o Direito Arcaico. Nas culturas avançadas pré-modernas o Direito caracterizar-se-á pela hierarquia. Por sua vez, a positividade torna-se o direito da diferenciação funcional. Esse desenvolvimento não é um estado objetivo, mas um estado relativo de desenvolvimento, o que leva a pulos históricos, como ensina Neves: *“de tal maneira que traços jurídicos das culturas avançadas pré-moderna e mesmo arcaicas podem ser encontradas no presente”*.<sup>164</sup>

---

<sup>162</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito. op. cit., p. 169-171.

<sup>163</sup> LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 625-664. Ver também NEVES, Marcelo. Entre têmis e leviatã. op. cit., p. 18: *“A evolução da sociedade como sistema social mais abrangente vincula-se diretamente à evolução dos seus subsistemas funcionais.”*

<sup>164</sup> Ibidem, p. 20.

Essa referida positividade aos poucos se afastou do tradicional Positivismo Jurídico. Para Luhmann, é positivo o Direito posto por uma decisão e alterável por outra.<sup>165</sup> Posteriormente, a positividade como principal característica do Direito Moderno é substituída por autodeterminabilidade, fechamento operacional e autoreferência ao Sistema Jurídico. A evolução do Direito vem motivada pelo mesmo fator que impulsiona o sistema social global, qual seja, a complexidade. A evolução é concebida como incremento e pela diversidade do número de situações e eventos possíveis.<sup>166</sup> Por assim dizer, a evolução é o resultado da permanente operação: variação, seleção e estabilização de estruturas, e não significa qualquer progresso. Em cada etapa, referida por Luhmann, a comunicação deve ser organizada.<sup>167</sup> Para se compreender, no entanto, o que Luhmann identifica como Direito, é preciso compreender um ponto crucial da sua teoria, ou seja, a diferença entre o sistema e o ambiente, questão enfrentada no item 2.2.1.

## 2.2 Os sistemas sociais

Um sistema social como o próprio nome indica é um sistema. Contudo, opera de forma autoreferencial e autopoietica, constituído pela diferença com o entorno e pelo sentido. Os seus elementos e as suas operações são comunicação.

---

<sup>165</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*. op. cit., p. 141 e NEVES, Marcelo. op. cit., p. 24: “*Só quando o direito passa a ser regularmente posto e alterável por decisão é que se pode falar de positividade.*”

<sup>166</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. op. cit., p. 38: “*L’evoluzione viene concepita come accrescimento della complessità, come incremento del numero e della diversità delle situazioni e degli eventi possibili [...]*”.

<sup>167</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. op. cit., p. 23-24 e 88-89.

A necessidade de enfrentar a dupla contingência por meio de operações comunicativas ajuda a sua formação. Não existe apenas um sistema social. Muito pelo contrário, o número é ilimitado, conforme a construção de nova comunicação.<sup>168</sup>

A comunicação é a base dos sistemas. A partir da repetição da mesma operação comunicativa, realizada mediante um sentido, o sistema começa a se formar, o ambiente é dividido entre o interno e o externo do sistema. O sistema toma forma quando a comunicação, pela sua repetição, delimita a sua fronteira. Dito de outro modo, o meio social é dividido em dois pela reiteração da operação comunicativa: um torna-se o ambiente do sistema e estará situado dentro dos limites dele; o outro permanecerá do lado de fora, chamado de entorno, mas, que ainda – como o espaço interno ao sistema – faz parte do ambiente do sistema global.

## 2.2.a O paradigma sistema/ambiente da Teoria dos Sistemas

Para entender a Teoria da Sociedade de Luhmann, e depois a sua aplicabilidade ao Direito, é imprescindível a compreensão entre a diferença sistema/ambiente. Tal percepção é tão vital que foi chamada por Neves de paradigma central da modernidade.<sup>169</sup> Isso ocorre em razão da teorização sistêmica estar construída com base numa diferença, a partir da qual os conceitos sistêmicos

---

<sup>168</sup> CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann. Mexico: Universidad Ibero Americana, p. 152.

<sup>169</sup> Cf. NEVES, Marcelo. op. cit., p. 59: “O paradigma central da nova teoria dos sistemas chama-se ‘sistema e ambiente’[...]”. Ver LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 60. Ver também LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Teoria della società. op. cit., p. 16. Ver SCHUARTZ, Luis Fernando. op. cit., p. 73: “Se há algum ponto de partida na teoria da sociedade de Luhmann, ele está na diferença (Differenz) Sistema/Ambiente.”. Também sobre a diferença sistema/ambiente como paradigma da teoria sistêmica, ver NAVAS, Alejandro. La teoría sociológica de Niklas Luhmann, op. cit., p. 109.

aparecem com variações entre o sistema e o entorno.<sup>170</sup> Essa diferença (sistema/ambiente) proporcionará uma forma de dois lados, tudo pertencerá ao sistema e ao ambiente. A alta complexidade gera diferença funcional e a forma sistema/ambiente toma força,<sup>171</sup> porque o próprio sistema é definido pela diferença entre ele e o ambiente. Neste processo, a complexidade é um dos principais impulsionadores.<sup>172</sup>

A forma sistêmica é formada por dois lados: o sistema e o entorno.<sup>173</sup> A partir das especificações comunicativas, motivadas pela elevada funcionalidade dos sistemas, o sistema delimita-se perante o seu entorno pelas suas operações comunicativas – no caso do direito l/i – das quais produz e reproduz seus componentes.<sup>174</sup>

No caso do Direito, a teoria torna-o autoprodutor dos seus elementos e o produz mediante operações internas por meio da mesma comunicação, que o diferencia do sistema social (sociedade) que o envolve. A sociedade não é apenas o ambiente do sistema parcial do Direito, pois, na verdade, é ela parte do sistema. É dentro dela que as operações especializam-se até formar um código binário próprio

---

<sup>170</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de sistemas. op. cit., p. 61: “*El punto de partida de una teoría de sistemas para la sociología debe arrancar de una disposición teórica sustentada en la diferencia. Entonces, todos los avances recientes de teoría en el campo de lo sistémico aparecerán, como variaciones sobre el tema sistema y entorno.*”. Ver sobre a formação do sistema pela distinção sistema/ambiente em NAVAS, Alejandro. La teoría sociológica de Niklas Luhmann. op. cit., p.104.

<sup>171</sup> Cf. NEVES, Marcelo. op. cit., p. 59-60. Sobre a unidade do Sistema Jurídico por meio da operação comunicativa, ver CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. op. cit., p. 83.

<sup>172</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de sistemas. op. cit., p. 61-62.

<sup>173</sup> Ibidem, p. 66-67.

<sup>174</sup> VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. op. cit., p. 194: “*O que ocorre é que o sistema se delimita perante seu entorno mediante operações recursivamente fechadas, a partir das quais é capaz de produzir seus componentes por meio da sua própria rede interna de componentes.*”

e, após a sua formação, o subsistema continua situado dentro da sociedade; opera, todavia, recursivamente.<sup>175</sup> O ambiente é um lado da forma do sistema-parcial.<sup>176</sup>

Tanto o sistema social como os subsistemas são empiricamente existentes. Não se trata de invenção, e, sim, de vislumbrar fenômenos que ocorrem na sociedade. A Teoria dos Sistemas identifica um sistema quando pela sua comunicação específica diferencia-se do ambiente. Eles existem a partir de momentos constitutivos de uma diferença produzida reiteradamente pelas operações comunicativas. Ambos são comunicação.<sup>177</sup> A seqüência de operações diferenciadas é a responsável pela diferença sistema/ambiente. A diferenciação inicial é fruto de uma escolha do observador, cuja repetição comunicativa reproduz uma fronteira entre o sistema e o respectivo ambiente. Com isso, as demarcações – chamadas por Luhmann de forma - marcam uma diferença entre o interno e o externo do sistema.<sup>178</sup> Resulta, deste modo, da diferença entre o sistema e o ambiente em operações do seu próprio tipo e da exclusão das demais.<sup>179</sup>

A forma, dito de outro modo, a demarcação, é baseada na teorização de George Spencer Brown, defensor da tese de que a forma do sistema é fruto da diferença entre o sistema e o seu entorno. Ela então seria composta por dois lados:

---

<sup>175</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit. p. 37. Ver VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. op. cit., p.196.

<sup>176</sup> Ibidem, p. 197.

<sup>177</sup> Cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. Norma contingência e racionalidade. op. cit., p. 73-74. Em reconhecimento à formação dos sistemas pela comunicação, todavia, delimitados pelo sentido, ver GARCIA AMADO, Juan Antonio. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica. op. cit., p. 310.

<sup>178</sup> Cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. Norma contingência e racionalidade. op. cit., p. 76: “A diferença não é um “*dado do mundo*”; ela é projetada no mundo a partir da observação, ou seja, ela é diferença sempre relativa à distinção utilizada pela operação que a produz.” Ver Ibidem, p. 77-78 e 109. Ver LUHMANN, Niklas. Sistemi sociali. op. cit., p. 305-306: “*Nell’ambito della teoria dei sistemi autoreferenziali, l’ambiente costituisce piuttosto il presupposto dell’identità del sistema perché l’identità è possibile soltanto mediante la differenza.*”. Ver ainda CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. op. cit., p. 148-150.

<sup>179</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de sistemas. op. cit., p. 67

o interno (sistema) e o externo (entorno). Haveria uma relação de dependência entre ambos. Portanto, um só existiria a partir do outro. Seria, pois, uma afirmação do conceito afirmado por ele de que toda indicação ocasiona uma dualidade. Neste contexto, o sistema operaria no lado interno do formato e a diferença constituiria o próprio sistema.<sup>180</sup>

Para Spencer Brown, a configuração é a identificação de uma distinção. Ela resulta da separação de uma diferença, a qual opera uma distinção que traz uma demarcação que separa as partes. Trata-se, pois, da fronteira de uma diferença. Por conseguinte, da identificação do sistema e do seu entorno. A distinção é a indicação de uma parte da forma e, deste modo, indica-se, ao mesmo tempo, a outra parte. Daí a expressão indicar ser tida como sinônimo de distinguir. Cada parte da forma é parte da outra forma.<sup>181</sup>

À vista dessa argumentação, o sistema é a diferença que se produz incessantemente a partir de uma operação, a qual, à medida em que se comunica, forma a diferença sistema/ambiente. Noutras palavras, o sistema social parcial surgirá quando a comunicação diferenciada gerar mais comunicação e assim por diante. É um processo comunicativo de um mesmo código, cuja operação indica os limites do sistema.<sup>182</sup> As operações que vierem a ocorrer fora dos limites sistêmicos não interessarão ao sistema, somente, pois, quando essas operações sejam

---

<sup>180</sup> Cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. op. cit., p. 157-158 e 162. Sobre a influência de George Spencer Brown na construção luhmanniana, ver LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de sistemas. op. cit. p. 64-66 e CAMPILONGO, Celso Fernandes. Mulheres/homens: direito igualdade e diferença. In: O direito na sociedade complexa. op. cit., p. 165.

<sup>181</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de sistemas. op. cit., p. 65-66. Sobre a coexistência entre sistema e ambiente, ver NAVAS, Alejandro. La teoría sociológica de Niklas Luhmann. op. cit., p. 109.

<sup>182</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de sistemas. op. cit., p. 68-69. Sobre a diferença sistêmica com o ambiente como formadora do sistema, ver NAVAS, Alejandro. La teoría sociológica de Niklas Luhmann. op. cit., p. 109. Sobre a construção dos sistemas e seus limites, ver AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o direito na obra de Niklas. op. cit., p. 308-309.

introduzidas ao sistema pela comunicação dele – no caso do Direito i/lícito – o sistema operará com base nelas.<sup>183</sup>

Dentro deste contexto paradigmático, é importantíssima a distinção entre o ambiente de um sistema e os sistemas existentes em seu meio ambiente. Os sistemas que estão no meio ambiente de outro sistema estão orientados aos seus respectivos meio ambientes. Todo ambiente é para o sistema um complexo extremado de muitas relações com o sistema e, às vezes, constituído como unidade pelo mesmo sistema.<sup>184</sup> No entanto, o ambiente é uma realidade que subsiste em relação ao sistema. Ele compreende uma multiplicidade de sistemas mais ou menos complexos que podem entrar em relação com os sistemas que constituem o ambiente. O ambiente é sempre mais complexo que o sistema, inclusive, o sucesso da diferença sistema/ambiente é constituída pelo desnível da complexidade.<sup>185</sup> Neste contexto, o sistema é uma realidade que exclui a si mesmo do ambiente, mediante a sua diferenciação comunicativa.

Na proporção que o sistema delimita-se, por meio da reiteração comunicativa - cujo resultado é a diferenciação sistêmica -, alcança a sua racionalidade, em razão de que a partir dela (diferenciação sistêmica), ele introduz a sua identidade. Concebe-se, portanto, a racionalidade como a constituição da diferença sistema/ambiente dentro do sistema, que mediante ela determina a si mesmo.<sup>186</sup> Esta racionalidade garantirá que o sistema global identifique os

---

<sup>183</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. op. cit., p. 69-70.

<sup>184</sup> Cf. NAVAS, Alejandro. *La teoría sociológica de Niklas Luhmann*. op. cit., p. 110. Sobre os sistemas como parte do meio de outros sistemas, ver AMADO, Juan Antonio Garcia. *A sociedade e o direito na obra de Niklas*. op. cit., p. 322.

<sup>185</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali*. op. cit., p. 311 e 313. Sobre o desnível de complexidade entre sistema/ambiente e as inúmeras possibilidades do ambiente, ver CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. op. cit., p. 73.

<sup>186</sup> Cf. NAVAS, Alejandro. *La teoría sociológica de Niklas Luhmann*. op. cit., p.129-130 e 161.

subsistemas formados a partir da própria comunicação.<sup>187</sup> Ela, também, proporcionará explicação para uma aparente contradição da teoria sistêmica: a de que os sistemas são, ao mesmo tempo, fechados e abertos. O sistema é fechado porque apenas ele seleciona os dados relevantes, ele faz a sua seletividade; no caso do Direito seleciona e prevê os critérios do legal/ilegal.

Dito de outra forma, ele é operacionalmente fechado. É aberto por atuar a partir de excitações provenientes do meio e para suas seleções tem como referência a programação. Ao mesmo tempo em que o sistema é fechado, ele é parte do sistema social global e o seu ambiente é formado pela mesma matéria-prima dos outros ambientes, qual seja, a comunicação. A formação sistêmica, pela comunicação, apenas delimita um território, e não exclui outras complexidades do seu ambiente.<sup>188</sup>

A comunicação do Sistema Jurídico garante a sua auto-referencialidade. A forma sistema/ambiente acaba, por isso, formando-se pela diferenciação da comunicação junto ao ambiente.<sup>189</sup> Esse choque originado de reiteradas comunicações delimita o contorno do sistema. A diferença sistema/ambiente acaba, também, sendo a fronteira de entrada e saída do sistema.<sup>190</sup> Por esse caminho o acesso ao sistema constitui um acesso redutivo e pontual ao ambiente. Da mesma forma, a referida diferença é uma redução da complexidade ambiental aos limites do sistema.<sup>191</sup>

---

<sup>187</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali*. op. cit., p. 320

<sup>188</sup> Cf. AMADO, Juan Antonio Garcia. *A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann*. op. cit., p. 318.

<sup>189</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali*. op. cit., p. 325.

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 335

<sup>191</sup> *Ibidem*, p. 340.

Nesse processo, a especificidade dos sistemas sociais consiste no fato de que eles se orientam na complexidade recorrendo ao sentido.<sup>192</sup> E é justamente o sentido o objeto de estudo do item seguinte.

### 2.2.b Do Sentido

O sentido é o meio pelo qual se criam os sistemas sociais mediante seletividade. Ele trabalha sempre com dois lados: realidade e possibilidade ou, ainda, atualidade e potencialidade. Dentro de um lado, as hipóteses alternar-se-ão. Resulta de uma conquista evolutiva dos sistemas em que se permite dar forma à autoreferência e à construção da complexidade dos sistemas sociais. Por conseguinte, a própria forma sistema/ambiente.<sup>193</sup> Essa diferença reproduz-se intensamente na vivência do sentido e confere à experiência o valor de informação.<sup>194</sup> Além de representar a grande diferenciação da sociedade contemporânea, como expressamente faz menção Luhmann.<sup>195</sup>

Dito de outro modo, é pelo sentido que as operações dos sistemas - seja o social, seja o psíquico -, tomam forma. Nos primeiros está se falando de comunicações, enquanto no segundo são os pensamentos as operações. As operações não podem estar fechadas em si mesmas: reclamam do contato com

---

<sup>192</sup> Ibidem, p. 325.

<sup>193</sup> Ver CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann. op. cit., p. 146. Sobre a construção luhmanniana sobre o viés da diferença, ver SCHUARTZ, Luis Fernando. Norma contingência e racionalidade. op. cit., p. 124: “O essencial na compreensão das conseqüências desse viés construtivista da teoria de Luhmann é a recordação de que a categoria fundamental em torno da qual todo o edifício se constroe é a categoria da diferença [...]”

<sup>194</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de sistemas. op. cit., p. 180.

<sup>195</sup> Ibidem, p. 182: “Las dimensiones del sentido ponen de relieve el grado de diferenciación de la sociedad contemporánea.”

outras operações. Deste modo, quem ligará uma operação à outra operação é o sentido. Ele determina a capacidade de relação entre os elementos sistêmicos e assegura aos sistemas a condição de continuar operando.<sup>196</sup>

As reflexões em torno do conceito de sentido não podem excluir a referência do observador, visto que não se pode imaginar uma observação sem levar em conta o sentido. Nesse processo de observação, a comunicação reproduz sentido.<sup>197</sup> Ainda assim, é imperioso fazer menção da importância da negação no cotejo do sentido: as negações sempre se referem a algo determinado, ou seja, as implicam negações de outras delimitações.<sup>198</sup> O sistema é aberto a outras operações por meio do seu sentido, porém, é fechado àquelas em outro sentido. O sentido, deste modo, delimita as observações do sistema. Põe-se como meio necessário à operação dos sistemas (sociais e psíquicos). Por outro lado, a forma do sentido propicia a observação específica de determinados tipos de sistemas. O sentido precisa deles para se realizar. Ambos pressupõem-se e condicionam reciprocamente. Só são possíveis de existir juntos.<sup>199</sup>

Por tudo, conota-se que a função do sentido nos sistemas é a indicação e controle do acesso às possibilidades excedentes, com respeito ao dado atual. Ele permitirá a redução e a manutenção da complexidade do mundo no sistema, resultando na diferença sistema/ambiente. Os limites do sentido demarcam

---

<sup>196</sup> CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann. op. cit., p. 146.

<sup>197</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de sistemas. op. cit., p.169-171.

<sup>198</sup> Ibidem, p.177.

<sup>199</sup> CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann. op. cit., p. 146-147.

o interior do sistema e indicam que o sistema rege condições específicas de complexidade reduzida.<sup>200</sup>

O sentido opera pelas seleções. Justamente a seletividade que caracteriza os sistemas. Seleção é a atualização de algo através da negação, que não significa anulação, mas, sim, potencialização. É, outrossim, como o sentido opera. Agora, as dimensões do sentido são reveladas quando o lado da forma constituída pelo sentido é utilizada em outras diferenças, precisamente nas dimensões materiais, temporais e sociais do sentido. Estas dimensões tornam-se dimensões constitutivas do mundo.<sup>201</sup> O sentido, funcionalmente falando, é tido como expectativa, que, por sua vez, configura-se em seleções de possibilidades extraídas do universo do sentido.<sup>202</sup>

### 2.2.c Operação/Observação

A distinção operação/observação é referência obrigatória do conceito sistêmico. Dentro do construtivismo proposto por Luhmann, é a extensão do conceito de *autopoiesis* aos sistemas constituídos de sentido. Pelas operações, entende-se a reprodução de um elemento do sistema autopoietico, sempre com base no elemento do mesmo sistema. Fala-se, portanto, num modo específico de

---

<sup>200</sup> CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann. op. cit., p. 147.

<sup>201</sup> Sobre as dimensões do sentido, ver SCHUARTZ, Luis Fernando. Norma contingência e racionalidade. op. cit., p.128-129 e LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de sistemas. op. cit., p. 180: “*Pero el sentido no sólo se descompone en esa diferencia fundamental entro lo actual y lo posible, sino se pueden distinguir tres dimensiones básicas del sentido: la objetiva, la temporal, la social.*”

<sup>202</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Norma contingência e racionalidade. op. cit., p. 135: “*Funcionalmente, portanto, estruturas de sistemas que processam a Forma Sentido são antecipações ou, na terminologia de Luhmann, expectativas.*”

operação, cujo resultado é o sistema. Por outro lado, não existe operação sem sistema. Ela deve ser reconduzida à operação de algum sistema.<sup>203</sup>

A operação é encarregada da conexão com outra operação do mesmo sistema, mantendo, desta maneira, a clausura operacional. Não há com esse procedimento um fim a ser alcançado, ou seja, não se tem cunho teleológico. As operações operam cegamente, todavia, conectadas pela comunicação. A realização deste processo é mister das operações.

Por sua vez, a observação é uma operação que se utiliza da distinção para indicar dois lados da mesma distinção. Esta distinção, pois, permite à observação construir ulteriores distinções, as quais lhe permitirão obter informações do objeto observado. Em verdade, o que isto significa é que a operação comunicativa, identificada pelo sentido, permite ao sistema a sua auto-observação.<sup>204</sup>

À medida que comunicação gera comunicação, graças à operação que conecta uma comunicação à outra comunicação, é possível identificar as operações comunicativas, sempre realizadas com base nos sentidos. Assim sendo, propicia a identificação dos objetos observados.<sup>205</sup>

Essa observação é ligada umbilicalmente à distinção de partida, por representar o próprio limite da operação. Só se observará a distinção inicial, posteriores mudanças não serão identificadas e poderão ainda serem tidas como

---

<sup>203</sup> CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann. op. cit., p. 118.

<sup>204</sup> Ibidem, p.118-119. Sobre a observação como processamento entre a diferença entre distinção e indicação, ver SCHUARTZ, Luis Fernando. Norma contingência e racionalidade. op. cit., p. 123: “Observações consistem no processamento da diferença entre distinção e indicação. Uma operação de distinção produz uma diferença num contínuo e uma operação de indicação escolhe um dos ‘lados’ da diferença em detrimento do outro “lado” como ponto de apoio para a anexação da operação seguinte.”

<sup>205</sup> Sobre a unidade e a auto-observação do Sistema Jurídico pela seqüência de operações, ver LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 275.

objetos estranhos ao sistema. O sistema não reconhece outra comunicação, ele trabalha tão-somente com uma operação, notadamente o lícito/ilícito no caso do Direito. Em outras palavras, a observação do sistema é uma operação dele, efetivada com base numa distinção, a qual esta operação identificará e se manterá nela. A comunicação emitida fora dela será tida como objeto estranho e não observada.

Além disso, a própria unidade – ou não – do sistema é construída pelo observador, com base naquela distinção inicial citada a pouco. Por conta disto, a operação/observação, dentro da teoria conhecimento, segue de encontro à clássica distinção sujeito/objeto.<sup>206</sup> Não se observa o objeto investigado, doravante o próprio objeto se observa pela sua operação comunicativa. Essa auto-observação leva o sistema a não identificar outras comunicações, mesmo que inseridas no seu ambiente sistêmico. Leva, também, à vista disso, o sistema à seletividade, e nem sequer é possível a reprodução dessa comunicação entranha à distinção comunicativa inicial.

Para se compreender o conceito de observação na sua plenitude, deve se utilizar toda teorização luhmanniana, mormente os conceitos de constituição do sistema, a sua clausura operacional e a *autopoiesis*. E um dos pontos que geram mais dúvida é a compreensão de como o observador produz a si mesmo, ao observar. Antes de qualquer coisa, é preciso evitar representações de exclusividade no sentido do observador, tais como consciência, cérebro e objeto transcendental. Depois, deve-se entender que o observador não está colocado por cima da realidade, ou ainda fora do mundo, ele é parte do objeto.<sup>207</sup>

---

<sup>206</sup> CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann. op. cit., p. 120.

<sup>207</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de sistemas. op. cit. p. 116

A distinção operação/observação toma força na teoria sistêmica, em razão desta última (Teoria dos Sistemas) ter como ponto de partida a diferenciação sistema/ambiente, a qual, por sua vez, está conectada às outras distinções, sendo uma delas justamente a objeto deste item. E dentro dessas ulteriores diferenciações, ela tem relevo porque a partir da diferenciação inicial do sistema guiará as observações do sistema. Por isso mesmo, essa operação é responsável pela autoreferência do sistema, pois que os sistemas se referem a si mesmo pelas suas operações. Em outras palavras, são as operações que garantem a autoreferencialidade sistêmica.

A operação indicará o que pertence ou não ao sistema. Nesse processo, é utilizada a comunicação para identificar os seus limites. É preciso, demais disso, esclarecer que não se trata de tautologia, ou seja, a operação indica ela mesma, porém que indica algo do qual pertença. Isso exclui influência externas, as quais acabam se resumindo em irritabilidade ao sistema e em prestações a outros sistemas, todavia, nunca tais influências afetaram as operações sistêmicas.<sup>208</sup>

Neste contexto, o observador é a própria observação do sistema, e isto em dois sentidos: a) o observador observa operações; b) ele é uma operação. Por conta disto, é constituído no momento em que é formada a operação. E observar é designar um lado e não o outro daquele que se observa. Todas as distinções, quer lícito/ilícito, quer governo/oposição, são diferenças. Ou melhor, operações de um observador e a partir delas o sistema adquire o seu próprio fundamento.

A primeira diferença é tida como observação mesmo. Ela é introduzida operativamente, a qual – utilizando a nomenclatura de George Spencer Brown – a

---

<sup>208</sup> CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann. op. cit., p. 37. Sobre a operação ligada à outra operação, ver SCHUARTZ, Luis Fernando. Norma contingência e racionalidade. op. cit., p. 123: “Operação anexando-se à operação quer dizer, rigorosamente: distinção anexando-se à distinção e, relativamente aos ‘resultados semânticos’. Forma anexando-se à forma.”

diferença é o ponto cego da unidade da operação. Com um ponto de indivisibilidade garante a unidade da diferença.<sup>209</sup>

Posto isto tudo, tem-se caracterizado as operações de observar e do observador como uma rede recursiva de operações autopoieticas. Ocorre, outrossim, que o observador não pode ser concebido como um sistema psicológico. A observação é realizada a partir da operação de distinção-e-indicação mediante a comunicação. A reiteração comunicativa permite a visualização.<sup>210</sup>

A codificação, dentro do Sistema Jurídico, resulta no lícito/ilícito, tornando-se o ponto cego do sistema, que permite a operação da observação. Assim, é o código responsável para resolução do paradoxo resultante da operação/observação. O Direito utilizar-se-á um sistema bivalente para estruturar as suas operações e para distingui-la das outras operações.<sup>211</sup> Então, sempre que uma operação dispõe acerca do direito/não-direito o sistema se reconhece como operação própria do sistema.

## **2.2.d Do código**

O código é um esquema binário de distinção, em que se exclui outros valores que não os dois inseridos no código. Tem, outrossim, seu fundamento na comunicação científica: verdadeiro/não-verdadeiro. A sua utilização proporciona segurança, só por ele o sistema comunicar-se-á.<sup>212</sup> Permitirá, ainda, ao sistema

---

<sup>209</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de sistemas. op. cit. p. 120-121.

<sup>210</sup> Cf. Ibidem, p. 121.

<sup>211</sup> Cf. Ibidem, p. 234-235.

<sup>212</sup> Ver sobre o código binário no Sistema Jurídico, LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 232-274. Também sobre o conceito de código, porém numa introspeção ao poder, ver LUHMANN, Niklas. Poder. Traducción Luiz Mónica Talbot. Editorial Anthropos: Barcelona, 1995.

relacionar uma atividade positiva com uma negativa, conseqüentemente participar da diferenciação funcional da sociedade.

A binaridade permite identificar com facilidade dois valores contrapostos e como esses valores se relacionam. Uma verdade é autêntica devido ao código considerá-la desta forma. A verdade será uma característica dada sem alternativa, uma vez que é verdade por não ser inverdade.<sup>213</sup> Ela é fundamental à função do código, qual seja, tratar de modo simétrico os seus valores. É uma preferência institucionalizada entre o valor positivo e o negativo. Estes valores têm conseqüências diferentes, o positivo representa a capacidade de união entre as operações. De forma análoga, o negativo denota reflexão, a não verdade serve como forma de exclusão, o que não é verdade. Não se sabe o que é a verdade, mas se sabe o que não é. A introdução de uma negação cria um paradoxo: o direito de uma parte é o não direito de outra parte. Serve, então, a negação como demonstração do que não é Direito.<sup>214</sup> Por isso tudo, Luhmann afirma ser o não-direito um arsenal indispensável às operações jurídicas.<sup>215</sup>

Em contrapartida, o código ocasiona certa dificuldade quando o sistema estiver à frente, por exemplo, de uma meia verdade. Isso não existirá, aqui, nos termos do programa, haverá uma escolha e por ela se definirá se é verdade ou não. Na prática podem ocorrer situações bem peculiares.

Ademais, os códigos são distinções que ajudam o sistema a observar suas operações e formar sua unidade. Os sistemas tratarão as respectivas comunicações somente por meio dos códigos. Não haverá outro tipo de

---

<sup>213</sup> CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. op. cit., p. 40-41.

<sup>214</sup> LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 226.

<sup>215</sup> Ibidem, p. 233.

comunicação. Pelo código é possível identificar como cada sistema de função trata o seu objeto. Deste mesmo modo comunicativo, ele enfrenta comunicações de outros sistemas. Por exemplo, se a comunicação econômica ingressar no Sistema Jurídico, este responderá via lícito/ilícito. Ele transformará comunicação econômica em jurídica. Neste caso, a recíproca é verdadeira, o sistema parcial da economia também responderá à comunicação jurídica mediante comunicação econômica. Um sistema só emite a sua própria comunicação.<sup>216</sup>

O Direito é uma história sem fim, um sistema autopoietico que só produz elementos para seguir produzindo mais elementos. A codificação binária é a forma estrutural que garante justamente isso. Cada operação que opte por um ou outro valor, proporciona a viabilidade das operações posteriores escolham o outro valor ou o mesmo utilizado. A reutilização do código, portanto, é uma garantia da abertura do sistema.<sup>217</sup>

O fato do sistema não poder tomar uma decisão sem levar em conta o outro valor previsto no código impulsiona a unidade sistêmica. Pois, assim, as comunicações sempre serão o respectivo código. No Sistema Jurídico, direito/não-direito. Abandona-se referências da divindade ou mesmo normas pressupostas, como a norma fundamental kelsiana.<sup>218</sup> Nas suas operações, indaga-se qual valor adjudicar-se, qual escolher. Por conseguinte, o mesmo ocorrerá nas operações sucessivas.

A simplicidade comunicativa, proporcionada pelo código, também reduz a complexidade numa forma simplificada, isto é, no código. Com isso, ocasiona a

---

<sup>216</sup> CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. op. cit., p. 42. Sobre o código como pré-requisito para operações posteriores, ver LUHMANN, Niklas. Poder. op. cit., p. 48.

<sup>217</sup> LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 238.

<sup>218</sup> LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 241.

unidade do sistema. O código não deixa de ser um símbolo e, como tal, uma disposição do sistema para atuar como seu próprio catalisador. Com base numa generalização simbólica e na potencialização, pode-se para cada meio ambiente construir um código próprio.<sup>219</sup>

## 2.2.e Dupla Contingência

A dupla contingência, também chamada de contingência social, conota a contingência das comunicações entre *Alter* e *Ego*. É possível que se acredite que *Alter* emitiu a comunicação X, quando, em verdade, ele o fez por meio de Y, e assim por diante. A possibilidade de realmente não se compreender o comunicado – ao menos como ocorreu realmente - é um valor tido como certo, dentro da Teoria dos Sistemas, chamado no âmbito geral de contingência. A dupla contingência significa que a constituição do mundo social apresenta-se mediante um horizonte duplo de perspectivas, precisamente as de *Ego* e *Alter*.<sup>220</sup>

Em síntese, a dupla contingência é um problema social, centrado na coordenação de seleções imprevisíveis e contingentes, de um *Ego* e de um *Alter* que se observam reciprocamente e podem não se entender. Ela é um problema de referência constante, que se incorpora continuamente aos sistemas sociais, com base em sua reprodução. Como devido à dupla contingência não existe certeza comunicativa, os sistemas sociais formam-se justamente para nos seus limites

---

<sup>219</sup> LUHMANN, Niklas. Poder, p. 47.

<sup>220</sup> CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann. op. cit., p. 68. Sobre a dupla contingência, ver SCHUARTZ, Luis Fernando. Norma contingência e racionalidade. op. cit., p.137: “*Dupla contingência é um importante conceito da teoria dos sistemas sociais de Luhmann. Trata-se de um conceito desenvolvido originalmente por Parson para formulação de um problema acerca das condições fundamentais de constituição de sistemas sociais e que foi recebido e incorporado na teoria luhmanniana de modo a organizar sistematicamente a transição da teoria geral dos Sinnsysteme para a teoria dos sistemas especificamente sociais.*”

propiciarem comunicação, ao menos compreensível dentro de uma código só. Com efeito, é a própria dupla contingência que instaura o processo que leva à sua solução. *Ego* observa *Alter* com outra perspectiva e com base nela faz observação. É por conta desta observação que eles convergem e criam um mútuo interesse no combate à situação de indeterminação, realizado pela construção de estruturas.<sup>221</sup>

### 2.3 O ambiente social do Sistema Jurídico

A simetria da forma do sistema assegura a clausura do sistema e o código tem que coincidir com o sistema. Essa dupla proporcionará ao Sistema Jurídico a possibilidade de responder às comunicações ilícitas, quer dizer, àquelas tidas como não-direito.<sup>222</sup> Tornam-se, assim, as próprias comunicações ilícitas como próprias do Direito.

O ilícito entra no sistema e fomenta a emissão de outra comunicação, que virá em identificação de que a conduta em questão condiz ou não condiz com o

---

<sup>221</sup> Ibidem, p. 139.

<sup>222</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 233: “La asimetría de la forma de sistema y la simetría de la forma de código tienen que coincidir en el sistema. La simetría de la forma asegura la clausura del sistema incluso cuando sus operaciones se orientan hacia el entorno. La simetría del código asegura el constante cruce del límite que marca el código. El sistema, cuando reconoce el no-derecho del otro, no puede dejar este no-derecho al arbitrio de sus propias manos, sino que tiene que encontrar posibilidades para tratar ese no-derecho en términos de derecho. Dicho de otra manera, el no-derecho es una señal desencadeante indispensable para las operaciones jurídicas. No sólo el valor del derecho, sino también el valor del no-derecho tienen que ser comprendidos como realización completa del código en el ámbito codificado, como valor contrario al valor contrario.”

Direito. Se esta última ocorrer, emitir-se-á uma sanção como conduta autocorretiva do sistema.<sup>223</sup>

Percebe-se que o sistema emite comunicação jurídica e produz elementos que se configuram na própria *autopoiesis* do Sistema Jurídico. As decisões confirmam ou não o Direito e tornam-se produção subsequente. Tal possibilidade do recebimento de novas comunicações num período temporal garantirá a abertura cognitiva do sistema.<sup>224</sup>

A unidade do código expressa-se pelo fato de não se poder tomar uma decisão judicial sem se levar em conta o outro lado do código. Por assim dizer, a decisão sempre tem que levar em conta como o valor pode ser usado, mesmo que em uma situação específica possa-se estar convencido tanto do direito como do não direito.<sup>225</sup>

A função do Direito em nível de programação é de manter estáveis as expectativas normativas. Exercida pela própria organização da jurisdição, feito pela própria programação que vai se nutrir.<sup>226</sup>

---

<sup>223</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit, p. 237: “Esto se puede también resumir en la constatación de que siempre que una operación dispone acerca del derecho y del no-derecho, el sistema la reconoce como una operación propia del sistema y la incluye en red recurrente de sus otras operaciones. En todo caso, se puede plantear, entonces, la pregunta de hasta qué grado se puede asegurar la consistencia (o bien, la redundancia informativa) en la Edad Media, por ejemplo, en la relación entre el derecho canónico, el derecho civil y las costumbres legales, en ausencia de una jurisprudencia unificada.”

<sup>224</sup> Ibidem, p. 238.

<sup>225</sup> Ibidem, p. 240-241.

<sup>226</sup> Ibidem, p. 252: “Y por supuesto, en el derecho, incluso en el nivel de los programas, se trata siempre de la función del derecho, i.e., de mantener estables las expectativas normativas.”. Ver Ibidem, p. 263: “Una vez establecido el código con tal (sobre todo mediante una organización jurisdiccional), se inicia también un proceso de constitución de reglas que toma una forma autopoietica que se nutre de sí mismo.”

A diferenciação entre código e programa permite a distinção entre diversas variantes do problema da segurança do Direito. Primeiramente, urge dizer sobre segurança que o Sistema Jurídico deve enfrentá-la pela comunicação lícito/ilícito. Todos os tipos de problemas serão levados ao Sistema Jurídico. Não obstante isso, a sua resposta é sempre pelo meio da comunicação jurídica.<sup>227</sup> A programação iniciada mediante a codificação complementa a distinção principal do sistema mediante uma segunda distinção, a saber: a da aplicação correta de critérios à adjudicação conforme ou não conforme o Direito. Tal previsão de procedimentos, por exemplo, gerará o caminho de processamento da decisão.<sup>228</sup>

Os processos judiciais são organizados para que tudo se inicie com a ação e encerre-se com a decisão. Há uma principiologia toda formada e nela identificam-se os juízes, promotores e advogados como observadores internos. Enquanto aos observadores externos observarão a auto-organização do processo.<sup>229</sup>

O Sistema Jurídico produz, por meio de comunicação jurídica, uma norma geral, cujo conteúdo é a previsão das espécies de procedimentos que podem ocorrer. Isso reduz a complexidade e gera a legitimação pelo procedimento. Por outras palavras: o Sistema Jurídico legitima a sua atuação, ao prever os

---

<sup>227</sup>Cf. Ibidem, p. 253: “La diferenciación entre codificación y programación permite finalmente distinguir entre dos variantes diferentes del problema general de la seguridad del derecho. La seguridad del derecho debe consistir en primer lugar, y ante todo, en la seguridad de que los asuntos, si se desea, se traten exclusivamente de acuerdo con el código del derecho, y no del acuerdo con el código del poder o de cualquier otro interés no contemplado por el derecho. Este problema se agudizó, sobre todo, en las sociedades más tradicionales, y sigue siendo agudo en varios países en vías de desarrollo, e incluso en países del tercer mundo que ya han pasado la frontera hacia la industrialización. De ello hay que distinguir la pregunta de si con base en los programas del sistema, los fallos de los tribunales se tornen previsibles. Este es un campo bastante inseguro y preferible, en todo caso, buscar caminos ‘alternativos’ de solución a los conflictos, siempre y cuando quede afirmada la posibilidad de resolver y decidir un caso legal, con la regla del código del derecho.”

<sup>228</sup>Cf. Ibidem, p. 266.

<sup>229</sup>Cf. Ibidem, p. 267.

procedimentos que, por sua vez, prevêm os ritos específicos que vão atingir, por meio da sua comunicação, os sujeitos.<sup>230</sup>

## 2.4 A construção do sistema parcial do Direito por meio da sua diferenciação comunicativa

O próprio contexto de sociedade conota uma diferença: sociedade x indivíduo. Aquela (a sociedade) é uma diferença construída a partir de comunicação. Os indivíduos são partes do ambiente do sistema.<sup>231</sup> Nos sistemas luhmannianos diferenciar é observar. As observações distinguem-se em primeira ordem (observar os objetos) e de segunda ordem (observação dos observadores), seja nesta ou naquela espécie, sempre pressupõem uma delimitação. Observar é construir.<sup>232</sup> Devido a essa razão, quando se faz menção à diferenciação, indica-se algo. É sinônimo de algo designado. Permite, pois, identificar o designado. Para se ter uma

---

<sup>230</sup> LUHMANN, Niklas. Procedimenti giuridici e legittimazione sociale. op. cit., p. 36: *“La struttura del sistema-procedimento è anzitutto tracciata da norme giuridiche generali, valide per numerosi procedi. Queste norme non sono il procedimento stesso, e una loro giustificazione del procedimento è ancora una legittimazione mediante procedimento. Queste riducono la sterminata varietà di possibili modalità di comportamento, e consentono quindi di mettere in moto, in funzione di sistemi, singoli procedimenti, definendone anche la tematica ed i limiti e informandone gli interessati senza il bisogno di complicare trattative preliminari sul senso e sullo scopo di ogni singola riunione.”*

<sup>231</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 40: *“La sociedad constituye una diferencia: sociedad e individuos. La sociedad es una diferencia. Como sistema autopoietico está construida a partir de comunicaciones. [...]”*. Ver, Idem., I Diritti Fondamentali come Istituzione. Traduzione di Stefano Magnolo. Bari: Dedalo, 2002. p. 293. Ver CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem”... op. cit., p. 20.

<sup>232</sup> Relata Celso Fernandes Campilongo que observar é distinguir e indicar. Pondo a saber pelo observador em qual limite a distinção ocorre. Lógica adotada por Spencer Brown. Cf. Mulheres homens: direito igualdade e diferença. In: O direito na sociedade complexa, p. 165. Ver LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 117 e 127. Também, Ibidem, p. 131: *“La teoría de los sistemas clausurados en su operación, hasta aquí, no es solamente una teoría referida a objetos, sino que además comprende también los esfuerzos de reflexión de un sistema que se ha descrito precisamente como sistema-que-se-describe-a-sí-mismo.”*

forma, em que se encontra uma fronteira e duas partes: interno e externo e surgir a tensão sistema x ambiente. Em breves palavras, o primeiro é fruto dos contornos, impostos pelo observador, que se vislumbrará pela sua comunicação diferenciada (no caso do Direito: lícito/ílcito).<sup>233</sup>

Na medida em que a comunicação é gerada a diferenciação dos sistemas é inevitável, surgem, pois, subsistemas, num processo interno ao sistema social. A diferenciação ocorre quando a operação é recursiva, vale dizer, opera sobre o seu resultado. Eis o resultado de uma sociedade complexa.<sup>234</sup>

Tal diferenciação-comunicativa leva ao caráter paradoxal dos sistemas diferenciados: na política, só se produz governo/oposição; dessa forma, a economia só exala ter/não-ter e no Direito direito/não-direito.<sup>235</sup> As diferenciações comunicativas geram novos subsistemas, aumentando a perspectiva: sistema/ambiente, ao interior da sociedade. Resulta, por isso mesmo, na unidade da diferença. Não é possível apontar o ilícito sem, ao mesmo tempo, apontar o lícito e

---

<sup>233</sup> Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem”... op. cit., p. 19: “*A teoria dos sistemas flui da tensão entre sistema e ambiente. Radicalizar essa diferença integra o projeto de Luhmann. Para isso, além do recurso à distinção operação/observação, o cálculo das formas, concebido por Spencer Brown, é outra referência especial para construção da tensão. Indicar algo é o mesmo que diferenciá-lo.[...]*”.

<sup>234</sup> Cf. MANSILLA, Darío Rodríguez. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: El derecho de la sociedad, LUHMANN, Niklas. op. cit., p. 40. A tautologia Luhmanniana se completa com a sua abertura, surgida mormente pela diferenciação do sistema, pois que aberta à complexidade do seu ambiente, a respeito ver CAMPILONGO, Celso Fernandes. Mulheres homens: direito igualdade e diferença. In: O direito na sociedade complexa, p. 169. Ver PARSONS, Talcott. O sistema das sociedades modernas. Tradução Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1974. p. 17: “[...] pensamos nos sistemas sociais como ‘abertos’, participando de um intercâmbio contínuo de recepções e apresentações com seus ambientes. Além disso, pensamos que sejam internamente diferenciados em várias ordens de subcomponentes que também participam continuamente dos processos de intercâmbio.”. Ver VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. op. cit., p. 44: “*Para Luhmann, a modernidade é essencialmente complexidade, expressa em termos de diferenciação funcional da sociedade, e a teoria para dar conta dessa complexidade, deve sofrer drásticas reformulações.*”

<sup>235</sup> Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem”... op. cit., p. 20: “*O caráter paradoxal dos sistemas diferenciados funcionalmente é observável nos códigos comunicativos que viabilizam as operações sistêmicas. A política é constituída, ao mesmo tempo, pela unidade da diferença governo/oposição. Ter/não-ter é o código do sistema econômico. ‘Oposição’ e ‘não ter’ são partes indissociáveis dos respectivos sistemas funcionais. O mesmo ocorre com o direito. Com base no código direito (lícito)/não-direito (ilícito), o não-direito (ilícito) atua como o ponto de partida das operações do Sistema Jurídico.*”

vice-versa. A sua unidade é paradoxal.<sup>236</sup> As diferenciações são formas de integração da sociedade. Reconstroem-se da unidade à diferença. O princípio de diferenciação opera como prioritário determinando a forma de integração social, e define as condições da própria diferenciação. Em outras palavras, definem-se os limites de diferenciação aos subsistemas.<sup>237</sup>

Essa diferença é mais importante ao centro, visto que a periferia conseguiria sobreviver sem ela, devido a possuir diferenças segmentárias como as famílias. No mais, encontram-se novas diferenças oriundas da exploração que é submetida da sua necessidade de proteção.<sup>238</sup>

A função dentro do subsistema especializado consiste na solução a um problema social. Somente um sistema realizará aquela função e eliminará dos demais qualquer forma de comunicação a respeito.<sup>239</sup>

No entanto, é por meio do seu respectivo código binário - no caso do Direito lícito/ilícito -, que os sistemas orientam as suas operações e organizam a própria *autopoiesis*. A diferenciação é o ponto de partida, sem ela não seria possível a reflexão ao interno do próprio Sistema Jurídico e a sua observação ao externo. É proporcionada pelo código binário, que estabiliza a complexidade do sistema pela

---

<sup>236</sup> Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem” ... op. cit., p. 23. Também, ver MANSILLA, Darío Rodríguez. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: El Derecho de la sociedad. LUHMANN, Niklas. op. cit., p. 40-41.

<sup>237</sup> Cf. Ibidem, p. 41. Ver LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. Teoria della società. op. cit., p. 248: “*Se um sistema social nasce in questo modo, cioè per effetto del prodursi di una differenza tra sistema e ambiente, parleremo di differenziazione, riferita a ciò che, come conseguenza della differenziazione, appare allora come ambiente. [...]*”

<sup>238</sup> Cf. MANSILLA, Darío Rodríguez. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. op. cit., p. 43 e 44. Ver VILLAS BÔAS FILHO. O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. op. cit., p. 107-111: “*...a forma de diferenciação funcional seria um avanço em relação às sociedades diferenciadas a partir das formas segmentárias, centro/periferia ou estratificada/hierárquica, na redução da complexidade.*”

<sup>239</sup> Cf. Cf. MANSILLA, Darío Rodríguez. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann op. cit., p. 46: “*Diferenciación funcional: Este tipo de diferenciación propone una relación entre el subsistema diferenciado funcionalmente y el sistema global. La función es llevada a cabo dentro del subsistema especializado en ella y consiste en la solución a un problema de la sociedad global. [...]*”

emissão da mesma comunicação, ocasionando a variabilidade técnica dos valores do código. O ilícito hoje pode ser lícito amanhã.<sup>240</sup>

A Sociologia desde o fim do século passado ocupa-se da diferenciação. Tal conceito permitiu-lhe abandonar a teoria do progresso e passar a analisar as estruturas. Com isso, recebe, por exemplo, da Economia a valoração econômica do trabalho.<sup>241</sup> Conota-se que o sistema-parcial (também chamado de subsistema) nasce da diferença entre sistema e ambiente. Ambos (ambiente e sistema-parcial) estão dentro do sistema-social.

A diferença funcional permitiu a transformação do Direito num sistema autopoietico, operacionalmente fechado e auto-referente. Não se encontra separado completamente da sociedade e dos outros sistemas. O sistema parcial do Direito considera as irritações do ambiente como provocadoras de mudanças. A variedade deve se relacionar com o próprio ambiente. É, pois, fundamental a definição de autodescrição produzida pelo sistema do Direito – o pensamento vale, *mutatis mutandis*, para os demais subsistemas.<sup>242</sup> No sistema político, o poder é ponto de partida da sua diferenciação, articulado em posição versus oposição. Ocorre que

---

<sup>240</sup> DE GIORGI, Raffaele. Introduzione all' edizione italiana di opera la differenziazione del diritto. LUHMANN, Niklas, p. 23: “*La differenziazione di un sistema di funzioni, come il diritto, si produce sulla base di un codice binario al quale si orientano le operazioni del sistema e che organizza quindi l'autopoiesi del sistema stesso. Nel caso del sistema giuridico il codice binario è diritto/illecito. Quando per l'uso del codice si applica il codice, quando, cioè, l'applicazione del codice a se stesso porta ad una combinazione di autoreferenza e uso della negazione, nel sistema si produce un paradosso.*”. Sobre a estabilização e a variabilidade técnica dos códigos, ver CAMPILONGO, Celso Fernandes. Mulheres Homens: Direito igualdade e Diferença. In: O Direito na Sociedade Complexa, p. 166. Campilongo, noutro trabalho, ressalta a importância dos códigos para os sistemas se construírem, reproduzirem e delimitarem os seus limites, ver CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial, p. 71.

<sup>241</sup> Ver LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. op. cit., p. 247 e 255.

<sup>242</sup> Cf. MANSILLA, Darío Rodríguez. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: El derecho de la sociedad. LUHMANN, Niklas. p. 53: “*La diferenciación funcional hizo posible que el derecho se transformara en un sistema autopoietico, operacionalmente cerrado y autoreferente. Esto, no obstante, no significa que se encuentre separado completamente de la sociedad e de otros subsistemas funcionales de la misma [...]*”

não há hierarquia entre os subsistemas. Cada qual tem a sua função.<sup>243</sup> O fato de eventualmente um deles utilizar comunicação do outro não significa perda da sua diferenciação ou ainda corrupção de código. Exemplo rotineiro é o das notícias jurídicas transformadas em jornalismo pelo sistema da comunicação. Vale mencionar, a notoriedade da transformação das decisões judiciais pelos meios de comunicação em massa.<sup>244</sup>

A pesquisa de Niklas Luhmann é vasta e ambiciosa, focada na construção de uma teoria da sociedade. Nas décadas dedicadas com afinco e objetividade, desenvolveu um cabedal de idéias, cujo refinamento deu-se aos longos dos anos. Ele criou uma metodologia própria para depois aplicá-la à descrição dos sistemas parciais funcionais. O Sistema Jurídico comunica-se pelo ilícito versus lícito com especificidades comunicativas mais refinadas e contorna o ambiente delimitado pela distinção do observador. A diferença é o ponto de partida dos sistemas sociais. Somente existentes no contexto de uma diferença. Trata-se de abstração conceitual, todavia, empiricamente existente. A cada nova operação comunicativa, o sistema separa-se do ambiente do seu antigo sistema.<sup>245</sup>

---

<sup>243</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. op. cit., p. 208: *“Basta una reflexión sencilla para reconocer el punto de partida de esa diferenciación. La política utiliza el medio del poder. El poder político se articula en un poder indicativo superior que amenaza con carácter obligatorio. En cuanto las tendencias políticas de una decisión que vincula colectivamente se integran a un interruptor que transforma las luchas de planeación en decisiones realizables, entonces se puede obligar a su cumplimiento.[...]”*.

<sup>244</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. op. cit., p.163.

<sup>245</sup> Ver SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma, contingência e racionalidade*. op. cit., p. 65-67 e 73-75. Na p. 64, ver: *“Os sistemas sociais de que trata a teoria luhmanniana são, ao contrário e por princípio, sistemas empiricamente existentes, de modo que, ao menos para essa espécie de sistemas, a abstração conceitual decorre de e se acoberta em uma “auto-abstração do próprio objeto”, ou seja, no fato (afirmado teoricamente) de que há sistemas que internalizam a diferença entre o sistema e o ambiente e nela se orientam para a produção contínua e recursiva das próprias operações, a constituição das próprias estruturas e, com isso, a reprodução dessa diferença mesma.”* Sobre a diferença como ponto de partida, ver LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali*. op. cit., p. 306: *“Il punto di partenza di tutte le ulteriori indagini sistemiche non è dunque un’identità, bensì una differenza.”*

Numa observação restrita às formações dos subsistemas existem dois sistemas: o originário e aquele que se formará à medida em que a sua comunicação especificar-se e gerar nova comunicação. Daí surge um novo contorno, e, por este, dá-se margem a um subsistema. A observação é possível após a indicação do seu contexto. A operação conota-se em distinção-e-operação. Portanto, a diferença é oriunda da observação. Não é inerente ao mundo. À medida em que a seqüência das operações toma força, produz-se a diferença: sistema/ambiente. As formas são demarcações das operações. A constante produção da mesma diferença faz com que o sistema exista.<sup>246</sup>

A comunicação é a principal forma de diferenciação dos sistemas sociais. Têm-se o lícito e o ilícito no sistema do Direito. Tal forma de expressar-se ajuda a resolução dos problemas. Contudo, não impede que as produções sejam sempre corretas. Pois bem, essas especificações funcionais excluem outras. Um sistema que vem a enfrentar todas as questões ao longo do tempo não pode garantir o acerto sempre.<sup>247</sup>

O Direito e a sociedade são sistemas sociais. Ocorre que o Direito atua dentro da sociedade, ou seja, o sistema social parcial do Direito opera dentro do sistema social (entenda aqui sociedade). Dessa forma, a sociedade é o entorno do

---

<sup>246</sup> Cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. Norma contingência e racionalidade. op. cit., p. 75-77 e 84-85. Ver precisamente p. 81: “[...]uma fronteira se constitui com a diferenciação de um sistema e acaba por gerar aquilo que se diferencia com um sistema e aquilo de que esse sistema se diferencia como um sistema.” Aplicando a teoria dos sistemas e concluindo pela formação de um sistema social devido ao processo interno de diferenciação, porém tendo como objeto não o processo, e sim uma empresa dentro do sistema econômico, ver TEUBNER, Gunther. O Direito como sistema autopoiético. Tradução José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 244-304.

<sup>247</sup> Ver LUHMANN, Niklas. Procedimenti giuridici e legittimazione sociale. Milano: Giufrè, 1995. p. 13: “L’emissione di una comunicazione è un secondo aspetto, mentre la produzione di comunicazioni concorrenti o addirittura antitetiche è ancora un altro aspetto delle differenziazioni. Tutto ciò non è però in rado di garantire che la verità venga sempre raggiunta e che si giunga sempre ad una decisione corretta. Lo impedisce la necessità di decidere. Un sistema che deve garantire la decidibilità di tutti i problemi che vengono sollevati, non può assicurare nel tempo la correttezza di tutte le decisioni. La specificazione funzionale in un senso esclude una specificazione funzionale nell’altro senso.”

Direito e as operações deste são realizadas dentro da sociedade. O que caracteriza um e outro é a sua comunicação diferenciada, visto que ambos utilizam a mesma matéria-prima, qual seja, a comunicação.<sup>248</sup>

Quando as comunicações especificam-se dentro da sociedade um novo subsistema (como o do Direito) forma-se. É a comunicação a responsável pela diferença entre sistema e ambiente. Somente por ela se tem um código e ele garantirá a unidade e o fechamento operacional do novo subsistema.<sup>249</sup> O mesmo acontece no Direito: a produção e reprodução dos seus elementos constitutivos é sempre a comunicação jurídica operada recursivamente, por meio de operações jurídicas que originarão outras operações jurídicas.<sup>250</sup> Em razão disso, a mesma comunicação binária identifica o subsistema, garante a sua unidade e não pode ser encontrada em outro sistema parcial.<sup>251</sup>

Pelo descrito, na teoria luhmanniana a comunicação é ponto chave à compreensão da sua tautologia; no entanto, para os sistemas-parciais é preciso que ela seja diferenciada por um código binário, o qual possibilita clausura operativa, auto-referência e *autopoiesis* dos sistemas.<sup>252</sup> Em linha genérica, a comunicação

---

<sup>248</sup> Cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. op. cit., p. 195: “Conforme indicado acima, o direito e sociedade são sistemas de sentido que se reproduzem com base em comunicação[...] todas as operações do direito, por serem baseadas na comunicação, são operações que se efetuam dentro da sociedade [...]”

<sup>249</sup> Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. op. cit., p. 75: “Todos os sistemas funcionalmente diferenciados possuem um código próprio que lhes confere unidade e fechamento operacional.[...]”

<sup>250</sup> Cf. LUHMANN, NIKLAS. El derecho de la sociedad. op. cit. p. 39. Ver VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. op. cit., p. 197.

<sup>251</sup> Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial. op. cit., p. 77: “O que identifica, separa e distingue o Sistema Jurídico dos demais sistemas parciais? A unidade de um sistema não pode ser encontrada noutra sistema diverso.[...]”

<sup>252</sup> Ver VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. op. cit., p. 198-199.

jurídica não pode ser encontrada em outro sistema.<sup>253</sup> Esse código inclui textos, leis e demais comunicações com base no direito/não-direito. Isso é paradoxal, da mesma forma que exclui outra comunicação, inclui tudo que seja lícito/ilícito, portanto eis a operação fechada e a cognição aberta.<sup>254</sup>

De todo modo, o Sistema Jurídico - como subsistema social - opera internamente, mesmo quando lida com referências externas, como ele trata com os fatos. O subsistema jurídico conecta as referências básicas externas com as internas. A distinção fatos e normas – respectivamente expectativas cognitivas e normativas – concedem ao Sistema Jurídico elementos à conexão.<sup>255</sup> Por isso, a operação autopoietica do Sistema Jurídico opera pela combinação de duas referências: lícito/ilícito.

Deixa-se de lado, por esse prisma, a idéia de que o garantidor da unidade do Sistema Jurídico seria uma norma específica (como a fundamental, no caso de Kelsen), ou valores e princípios, para se visualizar a unidade pela reiteração das operações comunicativas.<sup>256</sup> Essa operação é que vai garantir a unidade do sistema, assim a unidade é sobretudo operativa.<sup>257</sup>

No sistema do Direito, sob a perspectiva luhmanniana, encontrar-se-á um sistema diferenciado. Ele só existe no mesmo sistema. Por outras palavras, a

---

<sup>253</sup> Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, sistema jurídico e decisão judicial, p. 76: “Quando se passa do sistema político ao Sistema Jurídico percebe-se que o tipo de comunicação inerente a cada sistema é muito diverso.[...]”.

<sup>254</sup> Ibidem, p. 77: “[...]Já o código próprio do Sistema Jurídico é direito/não-direito. O Sistema Jurídico consegue seu fechamento operativo por meio dessa diferença. Nenhum outro sistema pode operar com este código. Os programas do Sistema Jurídico são normativos. Incluem textos e precedentes, leis e contratos, regulamentos e “praxis” jurisprudenciais.[...]”.

<sup>255</sup> Ibidem, p. 78-84.

<sup>256</sup> Ibidem, p. 83: “Dessa perspectiva, a unidade do Sistema Jurídico não é decorrente das normas, valores, princípios e decisões judiciais, mas sim da operação da comunicação que o caracteriza.[...]”.

<sup>257</sup> Cf. NEVES, Marcelo. op. cit., p. 10: “[...]A unidade é sobretudo operativa, manifesta-se primeiramente no plano dos elementos (comunicações).[...]”

decisão do código direito/não-direito ocorrerá apenas no mesmo código. Para o sistema, direito é só o positivo. É “positivo” aquele posto por uma decisão e alterável por outra. produzido artificialmente e sendo produto de escolha. É direito possível. Entre as possibilidades escolheu-se ele.<sup>258</sup>

As operações sociais demoram e levam tempo. Quando as comunicações não são efetivadas, as sanções entram como autocorrecções.<sup>259</sup> Pela produção de normas almeja-se reduzir as possibilidades: a contingência. Limitar as hipóteses e a utilização arbitrária dos signos.<sup>260</sup>

A norma é uma opção do observador. O seu conceito alterna-se conforme a ótica empregada. No funcionalismo é a expectativa de conduta. As cumprimos ou não.<sup>261</sup> O Direito freqüentemente imagina/limita o comportamento social; quando, em verdade, na mesma medida que limita os cria, é só imaginar o

---

<sup>258</sup> Cf. MANSILLA, Darío Rodríguez. op. cit., p. 52. Ver CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do direito e globalização econômica. In: O direito na sociedade complexa. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 150.

<sup>259</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 183: “*Es evidente que todas las operaciones sociales emplean tiempo. Aun cuando cada comunicación individual dure sólo un instante (e incluso cuando no tiene duración porque desaparece de inmediato en el momento en que se realiza), para su determinación depende de un entramado comunicacional que recurre al tiempo; es decir: debe referirse a comunicaciones ya ocurridas y a posibles enlaces futuros.*”. Ver sobre as sanções, *Ibidem*, p. 185.

<sup>260</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 185: “*Las normas reducen las contingencias de la limitación de la contingencia; es decir: fijan la limitacionalidad ya probada de la utilización arbitraria de los signos.*” Ver *Ibidem*, p. 186-187. Ver, também, *Idem*, Sociologia do direito, p. 13. Ver ainda FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito, op. cit., p. 101: “*Por fim, há também a possibilidade de considerar a norma como um fenômeno complexo que envolve não só a vontade de seu comando, mas também diferentes situações estabelecidas entre as partes que se comunicam. Nesse caso, a norma é vista como comunicação, isto é, troca de mensagens entre seres humanos, modo de comunicar que permite a determinação das relações entre os comunicadores: subordinação, coordenação.[...].*”

<sup>261</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 191: “*El concepto de norma es el resultado de la opción que tiene un observador (y que sólo actualiza empíricamente), cuando alguien distingue, utilizando precisamente esa forma. El concepto funcional e norma, entendida como expectativa de conducta que se estabiliza incluso en contra de los hechos (contrafácticamente), no hay una toma de decisión previa en torno a las motivaciones por las que alguien cumple (o no) con las normas.*” Ver *ibidem*, p. 194.

que surge pelo contrato ou por meio da propriedade.<sup>262</sup> Essa função do Direito de estabilizar as expectativas normativas torna-o um regulador e um criador de conflitos.<sup>263</sup>

A respeito da sua função, é ainda relevante frisar: quando o Direito decide, além de se tornar um regulador de condutas, cria outros conflitos. Reiteradas vezes, opõe-se aos movimentos sociais e da mesma maneira os resolve, gerando outros conflitos.<sup>264</sup>

Até mesmo por essa auto-referência, os subsistemas podem ser tidos como autopoieticos, quer dizer, clausurados em si mesmo.<sup>265</sup> Quando o sistema produz comunicação proporciona diferença entre o sistema e o ambiente. A sua comunicação tem que ser diferente do seu ambiente. No sistema do direito, falar-se-á em lícito/ilícito.<sup>266</sup>

Tal clausura faz o organizar a sua função, proporciona todas as condições para autogerir e reproduzir. Torna-se, por conta disso, auto-suficiente, capaz de prever a continuidade das suas operações e identificar quem é membro ou

---

<sup>262</sup> Ibidem, p. 193.

<sup>263</sup> Ibidem, p.195-196.

<sup>264</sup> Ibidem, p. 196-197.

<sup>265</sup> Ibidem, p. 198: *“Por lo mismo el sistema económico y el jurídico son, entonces, sistemas funcionales autopoieticos, clausurados sobre sí mismos, desde el momento en que la sociedad puede darse el lujo de la diferenciación.”*

<sup>266</sup> Ibidem, p. 200: *“La respuesta presupone una diferenciación entre sistema y entorno, establecida por el próprio sistema. Un sistema que norma expectativas se afirma a sí mismo, trazano una diferencia con respecto al entorno – el que a su vez se realiza por el trazo y no si el sistema. EL trazo del límite se logra estableciendo normas, en referencia a las cuales es legítimo (o no) el apartarse. Entonces, para el mismo sistema se establece una distinción, dependiendo de si se actúa de acuerdo a la norma trazada por el (o si no). El sistema permanece estable en el marco de sus posibilidades, independientemente de cómo opera el entorno.”*

não. De forma extremamente organizada e para se diferenciar, autodescreve como hierarquia de normas.<sup>267</sup>

---

<sup>267</sup> Ibidem, p. 200-203.

## TERCEIRA PARTE

### A DECISÃO JUDICIAL COMO COMUNICAÇÃO DIFERENCIADA

#### 3.1 Da pacificação social à garantia de expectativas normativas

A pacificação processual é um dos desígnios do processo, segundo parte da doutrina processualista, capitaneada por Dinamarco. Parafraseando-o, é o seu escopo social. Nesse contexto, a jurisdição e a legislação estariam ligadas em torno de um objetivo comum, qual seja, a paz social. Nas palavras do referido professor, ambas estariam incumbidas da pacificação dos litigantes. Socialmente, teriam a mesma função pacificadora. Em explicação à sua idéia, continua o processualista com a ressalva de que há uma predisposição à aceitação da decisão judicial, mesmo que desfavorável, desde que as partes tenham a oportunidade de manifestar-se no processo instaurado e ela seja justa. Segundo ele, a soma das duas situações seriam suficientes à resignação do perdedor ante ao final desfavorável. Desta forma, a participação das partes na dialética processual e a justiça da decisão são garantias da pacificação proporcionada aos litigantes pela decisão, ao menos em termos dinamarquianos.<sup>268</sup>

---

<sup>268</sup> Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 7. ed. Malheiros: São Paulo, 1999. p. 159. “Por esse aspecto, a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social.” Também, p. 160: “São as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e a eliminação delas que lhe confere legitimidade.” Ainda, p. 161: “Isso não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderado o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor justiça. Eliminar conflitos mediante critérios justos.” Sobre a pacificação social

À luz da perspectiva doutrinária citada, os supostos pacificados seriam os jurisdicionados. Razão pela qual, diante deste quadro, não há como não se questionar: para qual sociedade afirmou-se que o escopo social do processo é pacificar os litigantes? Aplicar-se-ia na sociedade atual esse enunciado? Os escopos de um instituto jurídico devem levar em conta a sociedade na qual ele esteja inserido?

Para elucidar as questões anteriormente propostas, a simples comparação da sociedade e do momento cultural no qual a tese da pacificação foi proposta serve como instrumento à constatação da sua não aplicabilidade aos dias de hoje. Nada mais peculiar do que o seguinte trecho: *“Por tendência, desinformação ou descrença, o brasileiro é pouco afeito às disputas judiciárias.”*<sup>269</sup> Ora, em dias hodiernos, o judiciário encontra-se abalroado por conta da tamanha quantidade de processos. Inúmeros processos são distribuídos aos fóruns diariamente, conotando, nesta perspectiva, outra realidade daquela relatada por Dinamarco. Mesmo para fazer justiça ao autor, é imperioso reforçar que a sociedade da pacificação social é aquela de outrora, cuja cultura predominante não era da defesa dos direitos junto ao judiciário. Naquele ambiente social, pouco se ingressava com demandas em juízo, ao contrário do atual. Prova dessa nova realidade é que no Poder Judiciário do Estado de São Paulo encontram-se em primeira instância 16.100.000 (dezesseis milhões e cem mil) processos em andamento. Somente no

---

como função da jurisdição, ver BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. v. 1. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 14 e 238. Sobre a paz social por meio da eliminação do conflito, ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 3. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004. p. 27: *“Como a insatisfação de um interesse, principalmente quando essa insatisfação decorre da resistência de alguém, pode gerar tensão aos contendores e até mesmo tensão social, é importante que os conflitos sejam eliminados e encontrada a paz social, escopo do Estado.”*

<sup>269</sup> Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 162.

mês de abril de 2007, ingressaram 395.000 (trezentos e noventa e cinco mil) novos processos.<sup>270</sup>

Muito dessa onda de ações data do pós-Constituição de 1988, norma na qual se concedeu inúmeros direitos de uma só vez. Em consequência, surgiram inúmeras reivindicações. Essas conquistas políticas ocorreram em pouco tempo e com muita força no Brasil. Ao contrário disso, os direitos civis nos Estados Unidos levaram séculos a serem conquistados, enquanto no Brasil, em duas décadas, o judiciário ficou completamente sobrecarregado de demandas.<sup>271</sup>

Além desse fato histórico-jurídico-social, talvez o próprio Dinamarco tenha revisto a idéia de pacificar pessoas mediante o processo. Isso devido ao constante espírito crítico que impera em suas lições e, sobretudo, por uma declaração no mesmo livro, em que afirma ser a segurança da coisa julgada um dos motivos da pacificação pelo processo. E como, é notório, o mestre é um dos grandes defensores da relativização da coisa julgada.<sup>272</sup> Por isso, fica a desconfiança de que tenha alterado a sua opinião de que o processo tem o escopo social de pacificar as partes, quando, em verdade, a própria origem da pacificação é, por vezes, individual e, por assim dizer, subjetiva demais para colocá-la como mister processual.<sup>273</sup>

Em dissonância ao espírito impessoal a ser implementado num trabalho acadêmico, é de bom alvitre quebrar o protocolo e fazer uma justa menção

---

<sup>270</sup> Disponível em: <[www.http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj.noticia.visualizar?noticial\\_id=3865](http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal/tj.noticia.visualizar?noticial_id=3865)> Acesso em: 06/8/2007.

<sup>271</sup> Sobre a evolução gradual dos direitos civis nos EUA exposto de forma pormenorizada, ver MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Zahar: Rio de Janeiro, 1967.

<sup>272</sup> Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, p. 33-76.

<sup>273</sup> Cf. *Ibidem.*, p. 167: “*Também a autoridade da coisa julgada guarda relação com o escopo social magno do processo, uma vez que a definitiva pacificação não se obtém enquanto não conseguida a imunização das decisões judiciais. [...] O advento da definitividade aplaca as incertezas e elimina o estado ante-social de insatisfação.*”

ao honroso trabalho que Cândido Rangel Dinamarco fez, e ainda o faz, em benefício da Ciência processual. Que não fique a impressão de desprestígio ou insolência. Trata-se, outrossim, de uma postura nova de se ver o Direito, ora sob inspiração luhmanniana, escrito e repensado à luz da sociedade atual e não da década de 80.

Voltando ao pensamento luhmanniano, tem-se como premissa irrenunciável que num período tão rápido quanto o que se vive o contato entre o Direito e a sociedade deve ser constante, para propiciar ao primeiro sensibilidade às alterações sofridas por ela. Até porque, na sociedade atual, cada grupo social possui a sua crença, a sua religião, isto é, os seus próprios valores. Nessa sociedade, premissas individuais e conceitos sociais nunca foram tão antagônicos. Deste modo, nesse complexo ambiente social no qual vivemos, como se pode afirmar que uma decisão pacífica? Será que uma decisão prolatada por um magistrado numa pequena cidade, o qual inclusive o prolator é membro da Associação dos Juízes Espíritas, pacificará a um jurisdicionado protestante ou a um discípulo do profeta Maomé?

O Estado-juiz não tem como se preocupar com o foro íntimo das pessoas, conseqüentemente que não se afirme que o processo proporcionará um sentimento de quietação, ou melhor, de pacificação. É perigoso à doutrina adentrar em questões subjetivas e pessoais – como a pacificação – numa sociedade com tantas religiões, diferenças sociais, culturais e financeiras. Se a doutrina olhar novamente a sociedade atual, constatar-se-á a complexidade na qual se vive. Noutras palavras, é impossível preverem-se comportamentos, impor ou almejar ao

processo um objetivo tão grande como esse, pois quando se deparar com o seu insucesso a frustração será igualmente grande.<sup>274</sup>

Nessa perspectiva, por que não se pensar realmente o que o processo pode oferecer ao cidadão? Quem sabe esse mesmo cidadão contente-se com a correta aplicação da norma ao caso concreto, aceitando o Sistema Jurídico com as suas limitações e se reconheça qual possível prestação a ser ofertada por sua comunicação ao sistema social. Com efeito, em paráfrase a Warat, o repensar é sempre bem vindo, mormente porque o senso comum teórico dos juristas tem que ser questionado pelo discurso crítico. Por conta deste, transformar-se-á àquele.<sup>275</sup>

Em contrapartida à teoria da pacificação dinamarquiana, na função do Direito, em Luhmann, melhor dizendo, na sua Teoria dos Sistemas, busca-se deixar de lado questões antropológicas, psicológicas etc. Preocupações que, muitas vezes, costuma-se encontrar na Filosofia. Analisar-se-á qual problema da sociedade é resolvido por meio do processo de diferenciação de normas especificamente jurídicas, quer dizer, “que coisa” o sistema do Direito faz como prestação ofertada ao sistema social.<sup>276</sup> Por assim dizer, a pergunta a ser feita é qual problema a

---

<sup>274</sup> Como relata Renato Treves, o estudo da relação direito e sociedade tomou força muito pelos estudos de Vico e Montesquieu. Este mais preocupado com a base de fenômenos sociais relacionados ao Direito. Aquele referindo-se ao desenvolvimento histórico do Direito e da sociedade concomitantemente. ver TREVES, Renato. Sociologia del diritto. op. cit., p. 6.

<sup>275</sup> Sobre o diálogo com o conceito de sentido comum teórico dos juristas como conhecimentos condicionantes das atividades cotidianas do Direito e a forma de contestá-lo no discurso crítico, ver WARAT, Luís. Alberto. O sentido comum teórico do direito numa sociedade dos juristas. In: A crise do direito numa sociedade em mudança. org. FARIA, José Eduardo. Brasília: Universidade de Brasília, 1988.

<sup>276</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 181: “*La pregunta acerca de la función del derecho se plantea aquí en relación con el sistema de la sociedad. Dicho de otra manera: se trata de ver qué problema de la sociedad se resuelve mediante el proceso de diferenciación de normas específicamente jurídicas y de un Sistema Jurídico especial. Por eso quedan excluidas, por sobre todo, la pregunta psicológicas y antropológicas.*”

sociedade resolve mediante o processo de diferenciação de normas, em exclusão a qualquer investigação sociológica ou antropológica?<sup>277</sup>

Em verdade, a função do Direito está diretamente ligada à garantia das expectativas normativas ao longo do tempo, ou seja, as comunicações jurídicas devem levar o conteúdo normativo à sociedade.<sup>278</sup> O sistema do Direito deve garantir que os seus valores sejam efetivados.<sup>279</sup> Por isso mesmo, ele tem como função assegurar a expectativa normativa, quer dizer, os valores descritos nas normas devem ser cumpridos e quem deve garantir isso é o Direito, até mesmo utilizando-se das sanções. Aí o motivo pelo qual Celso Fernandes Campilongo, em comentário sobre a *autopoiesis* do Sistema Jurídico, diz que é função do Direito garantir a confirmação das expectativas do Direito, realça que não se trata de pouca coisa (palavras suas). Indo à frente, ensina, ainda, que o aparato conceitual do Direito moderno é oriundo de uma longa evolução e, nessa, a separação entre Direito e Política é resultado das respectivas autonomias funcionais. Nesse contexto, ao Sistema Jurídico cabe garantir o cumprimento do criado pelo político.<sup>280</sup>

---

<sup>277</sup> Cf. Ibidem, op. cit., p. 181: “*La pregunta acerca de la función del derecho se plantea aquí en relación con el sistema de la sociedad. Dicho de otra manera: se trata de ver qué problema de la sociedad se resuelve mediante el proceso de diferenciación de normas específicamente jurídicas y de un sistema especial. Por eso quedan excluidas, por sobre todo, las preguntas psicológicas y antropológicas.*”

<sup>278</sup> Cf. Ibidem, p.182: “*La función del derecho tiene que ver con expectativas. Si además se parte de la sociedad y no de los individuos, esta función se relaciona con la posibilidad de comunicar expectativas y de llevarlas al reconocimiento en la comunicación. Por expectativa entendemos aquí no solo estado actual de conciencia de un individuo determinado, sino el aspecto temporal del sentido en la comunicación.*”.

<sup>279</sup> Cf. Ibidem, p. 186-187: “*Esta relación que mantiene la función del derecho con el futuro explica la necesidad de simbolización, que es propia de todo orden jurídico. Las normas jurídicas constituyen un entramado de expectativas simbólicamente generalizadas [...] En concreto, se trata de la función de estabilización de las expectativas normativas a través de la regulación de la generalización temporal, objetiva y social. El derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no). Existiendo esta seguridad que confieren las expectativas.*”

<sup>280</sup> Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. Governo representativo “versus” governo dos juízes: a “autopoiese” dos sistemas político e jurídico. Caderno Pós-Graduação Direito UFPA. v. 2. n. 7. UFPA: Belém, 1998. p. 58

As expectativas normativas são construídas por meio de normas.<sup>281</sup>

Pela produção normativa, almeja-se reduzir as possibilidades, isto é, a contingência. Dito de outra forma, limitar as hipóteses e a utilização arbitrária dos signos.<sup>282</sup> Além do que, a norma é uma opção do observador, em razão disto o seu conceito alterna-se conforme a ótica empregada. Por ela, o Direito freqüentemente imagina/limita o comportamento social; quando, em verdade, na mesma medida que pode ser tido como limitador, pode sê-lo como criador, é só imaginar o que surge pelo contrato e por meio da propriedade.<sup>283</sup> Quando o Direito decide, além de se tornar um regulador de condutas, cria outros conflitos. Ele, reiteradas vezes, opõe-se aos

---

<sup>281</sup> A conceituação de norma é relevante ao se falar de Sistema Jurídico, Tercio Sampaio Ferraz Jr. fala em três modos de vê-la. A saber: como proposição, prescrição ou comunicação. A última de conotação luhmanniana, sobre isso ver Introdução ao estudo do direito. op. cit., p. 101: “*Por fim, há também a possibilidade de considerar a norma como um fenômeno complexo que envolve não só a vontade de seu comando, mas também diferentes situações estabelecidas entre as partes que se comunicam. Nesse caso, a norma é vista como comunicação, isto é, troca de mensagens entre seres humanos, modo de comunicar que permite a determinação das relações entre os comunicadores: subordinação, coordenação. Para a análise da norma como comunicação, torna-se importante não só a mensagem (proposição), não só as qualidades do prescritor, mas também a identificação dos sujeitos, seu modo de reação às prescrições, sua própria qualificação como sujeito. Tomada como um complexo comunicativo, a norma torna-se o centro de uma série de problemas: a determinação da vontade normativa (teoria dos direitos subjetivos, capacidade, competência responsabilidade), a determinação das mensagens normativas (teoria das obrigações, das permissões, das faculdades das proibições normativas) etc.*”

<sup>282</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 185: “*Las normas reducen las contingencias de la limitación de la contingencia; es decir: fijan la limitacionalidad ya probada de la utilización arbitraria de los signos.*”. Ver também p. 186-187. “*Esta relación que mantiene la función del derecho con el futuro explica la necesidad de simbolización, que es propia de todo orden jurídico. Las normas jurídicas constituyen un entramado de expectativas simbólicamente generalizadas. Con ello no sólo producen indicaciones generales que son independientes de las circunstancias, sino que los símbolos están referidos a lo que no es visible y que no puede ser translúcido: el futuro. Mediante las simbolizaciones, como bien se sabe por la religión, la sociedad produce estabilidades y sensibilidades específicas. Se confía en el símbolo porque lo que se quiere designar no se puede ver. El signo, según nos lo define el concepto de símbolo, se vuelve reflexivo en calidad de signo cuando se le designa como signo. A pesar de todo, no se puede descartar plenamente que a partir del símbolo se imponga una realidad distinta y que al final se caiga en el engaño: los efectos que se desprenden de allí case siempre son mayores que las circunstancias que los provocaram.*”

<sup>283</sup> Ibidem, p. 193: “*Por eso que el determinemos la función del derecho como el dispositivo que estabiliza las expectativas normativas no nos predetermina a que pensemos la relación del derecho con respecto al comportamiento. Con frecuencia se imagina que el derecho limita las posibilidades del comportamiento. Pero, de la misma manera, el derecho puede adoptar la función de habilitar un comportamiento que sin el derecho no tendría posibilidades de existir. Piénsese en las posibilidades que resultan en el derecho privado a partir de la propiedad, del contrato e incluso de la figura jurídica de la responsabilidad limitada.*”

movimentos sociais e da mesma maneira os resolve, criando outros conflitos.<sup>284</sup> Até mesmo por essa auto-referência, os subsistemas podem ser tidos como autopoieticos, quer dizer, clausurados em si mesmo.<sup>285</sup>

Essa função do Direito de estabilizar as expectativas normativas, também o torna um regulador de conflitos.<sup>286</sup> Contudo, se as normas não forem cumpridas, falar-se-á em desilusões. Não obstante o não atendimento às expectativas, elas devem ser mantidas independentemente do comportamento favorável à sua prescrição, portanto, ao Sistema Jurídico caberá a continuidade da expectativa, eis o grande mister.<sup>287</sup> Ademais disso, as operações sociais demoram e

---

<sup>284</sup> Cf. Ibidem, p. 196-197: *“No obstante sería forzar demasiado el concepto de conflicto si en estos casos as hablara realmente de conflicto. Esta deferencia entre expectativas contenciosas y expectativas no contenciosas tiene, para la evolución del derecho, un significado decisivo, ya que el Sistema Jurídico desarrolla su instrumental específico a partir de lo contencioso dentro del derecho. El resultado es que el derecho no sólo arregla conflictos, sino que también los produce: al remitir los conflictos a su ámbito, el derecho rechaza las exigencias desmedidas y se opone a las precisiones sociales. El derecho, sin embargo, presupone siempre como posible la desviación del comportamiento (por los motivos que sean), y que sus efectos lleven precisamente a negar la perdurabilidad de las expectativas. Si se dejara de lado este momento específicamente normativo y se describiera a la función del derecho como la regulación en general de las relaciones – como regulación, pues, que no se efectúa recurriendo a medios normativos –, se perdería de vista lo distintivo del derecho y, entonces, podría igualmente considerarse como parte del orden jurídico la planeación del acomodo de mercancías en los supermercados, la red de computo del tráfico aéreo o, en última instancia, de lenguaje mismo.”*

<sup>285</sup> Cf. Ibidem, p. 198: *“Por lo mismo el sistema económico y el jurídico son, entonces, sistemas funcionales autopoieticos, clausurados sobre sí mismos, desde el momento en que la sociedad puede darse el lujo de la diferenciación.”*

<sup>286</sup> Cf. Ibidem, p. 195-196: *“La función del derecho como mecanismo de estabilización de las expectativas de las normas rebasa con mucho lo que puede comprender el concepto de regulador de conflictos. Ya es un caso excepcional el de las expectativas que entran en conflicto en la comunicación; es decir, excepcional en el sentido de que se regulen fuera del derecho.”*

<sup>287</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. p. 104. LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980. p. 2: *“Normas, segundo Luhmann, garantem as expectativas (mas não o comportamento correspondente) contra desilusões. Assim, estabelecido por via contratual que o negócio será realizado dentro de 30 dias, respondendo a parte inadimplente pelos prejuízos etc., fica garantida a expectativa de cada um contra o comportamento desiludidor do outro. As normas não podem evitar as desilusões (por exemplo, que os tijolos não sejam entregues), mas garantem a expectativa, permitindo que, apesar dos fatos contrários aos que se esperava, a parte prejudicada mantenha, sob protesto, o seu ponto de vista. Normas, nestes termos, são expectativas de comportamento, garantidas de modo contrafático. Normas dão às expectativas duração.”*

levam tempo. No momento em que as comunicações não são efetivadas, as sanções entram como autocorreções.<sup>288</sup>

A função do Direito vem à tona quando as expectativas normativas são frustradas; dito de outra forma, o previsto nas normas não é cumprido. Ao longo das suas operações, o Direito deve garantir o respeito a elas.<sup>289</sup> Justamente por isto o

---

<sup>288</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. op. cit., p. 183: “Es evidente que todas las operaciones sociales emplean tiempo. Aun cuando cada comunicación individual dure sólo un instante (e incluso cuando no tiene duración porque desaparece de inmediato en el momento en que se realiza), para su determinación depende de un entramado comunicacional que recurre al tiempo; es decir: debe referirse a comunicaciones ya ocurridas y a posibles enlaces futuros.”. Cf. *Ibidem*, p. 185: “Las sanciones surgen, como lo han mostrado investigaciones etnometodológicas, en la autocorrección de la comunicación.”. *Ibidem*, p. 187: “La diferencia temporal del derecho no se encuentra, pues, ni en la vigencia de las normas ( que se dividen en variables e invariables), ni en historicidad inmanente del derecho. Tampoco se encuentra en que la “materia” del derecho – el comportamiento humano – haga presencia en el espacio en el tiempo. La referencia temporal del derecho se encuentra en la función de las normas: en el intento de prepararse, al menos en el nivel de las expectativas, ante un futuro incierto – genuinamente incierto. Por eso, con las normas varía la medida en que la sociedad produce un futuro acompañado de inseguridad.”. Ver *Ibidem*, p. 187-188: “El incremento de enlaces de tiempo mediante expectativas que se estabilizan contrafácticamente está en contradicción con aquello que se desearía como conveniente en el ámbito social. En la dimensión social, la extensificación e intensificación de los enlaces temporales normativos producen nuevas oportunidades de consenso y de disenso: situaciones en las que la decisión propia debe tomar partido a favor o en contra de la expectativa. Los enlaces temporales producen, como decían los partidarios del “labeling approach”, desviación y, por supuesto también. Conformidad. El resultado es justamente la forma bilateral (consenso/disenso) con la que se aviva el fuego de la tensión en la sociedad. El resultado es una encrucijada, con la consecuencia típica de toda bifurcación: producir historia según sea el camino que se tome; además, a causa de la desviación acumulada, un pequeño punto de salida puede tener grandes efectos, después.”. *Ibidem*, p. 188. “Todas las adaptaciones sociales del derecho operan en este marco y varían el sentido objetivo y el contenido de las normas jurídicas y de los programas. Los programas son los que regulan, en cada caso, la asignación correcta de los valores derecho/no derecho, para mantener, en una zona de compatibilidad mutua, los enlaces del tiempo y la capacidad de disenso y de consenso. Y puesto que dimensión objetiva hace valer esta función de equilibrio, no existe ninguna definición objetiva del derecho. En su lugar entra la referencia sistémica: sistema del derecho.”

<sup>289</sup> *Ibidem*, p. 210-211: “La función del derecho consiste tan sólo en posibilitar la seguridad de la expectativa, precisamente en vistas de las decepciones previsibles – e inevitables. No obstante, este cambio de centro resuelve el problema sólo parcialmente. La seguridad de la expectativa peligra también por el hecho de que un comportamiento conforme a la expectativa no pueda ser alcanzado: que no exista ni la más ligera esperanza de realización de la expectativa, a pesar de que esté cubierta por el derecho. El derecho no puede estar continuamente diciendo: Usted tiene razón, pero desgraciadamente no podemos ayudarle. Tiene que ofrecer por lo menos sustitutos del cumplimiento de lo exigido (multas, indemnizaciones...) y tener la capacidad de imponerlos. Sin embargo, el derecho no puede siquiera garantizar que el que ha sido juzgado tenga solvencia económica, y ningún sistema político vería como tarea propia pagar en lugar del sentenciado, sólo para ayudar a que el derecho triunfe.”. Para exemplificar a questão, aqui comparando a função do direito com a da ciência, cita-se GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 187: “Há, é claro, diferenças radicais entre expectativas normativas garantidas pelo Direito, e expectativas cognitivas, garantidas pela ciência, já que estas, ao se verem frustradas pela realidade, por estarem preparadas para aprender com ela, devem procurar adaptar-se aos fatos que as

Direito acaba por imunizar a sociedade da sua complexidade, por meio da eliminação das incertezas do ambiente social, dentro do próprio Sistema Jurídico. Nas palavras de Luhmann, imuniza-se a sociedade, mesmo que seja ao longo do tempo, mediante operações e procedimentos.<sup>290</sup> Como ensina Guerra Filho, o Sistema Jurídico na Teoria Sistêmica integra o sistema imunológico das sociedades, com intuito de imunizar os conflitos entre seus membros, sejam eles nos diversos subsistemas do sistema social global. Para isso ocorrer, o sistema cria uma para-realidade codificada a partir do esquema binário direito/não-direito.<sup>291</sup>

No sistema social, as instituições são expectativas de comportamento generalizadas, tanto na dimensão temporal, material e social. Elas formam a estrutura dos sistemas sociais. Conquanto por esse aspecto, constitui-se num possível objeto de positivação jurídica.<sup>292</sup> É verdade, porém, que o veloz

---

*frustram, enquanto as primeiras, ao contrário, são concebidas para se manterem “contrafaticamente” isto é, mesmo depois de frustradas.”*

<sup>290</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 218 e 220: “Si se pretende evaluar tanto la función como las prestaciones del Sistema Jurídico en su conjunto, sale a relucir la imagen del sistema inmunológico: el derecho es una especie de sistema que inmuniza la sociedad. Com el creciente aumento de complejidad de la sociedad, se aumentan las discrepancias entre las proyecciones de las normas. Simultáneamente, la sociedad depende cada vez más de que para tales conflictos se encuentren soluciones ‘pacífica’ [...] Además de que el derecho necesita tiempo para construir la repuesta de inmunidad. Las situaciones son demasiado complejas como para que el derecho pudiera responder punto-por-punto a la aleatoriedad de las disposiciones psíquicas y situacionales y a la solución de los problemas que se imponen en la sociedad. También se podría hablar de sistema de inmunización en el sentido de que, una vez encontrada la solución, se reduce la probabilidad de nuevas “infecciones”, o de que se reduce el tiempo del procedimiento.”

<sup>291</sup> Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria da ciência jurídica. op. cit., p. 186: “O Sistema Jurídico, para Luhmann, integra o sistema `imunológico` das sociedades, imunizando-as de conflitos, econômico entre seus membros, surgidos já em outros sistemas sociais (político, econômico, familiar e etc). Isso, porém, é feito não pela negação de conflitos, isto é, contra os conflitos, e sim com os conflitos, assim como os sistemas vivos se imunizam das doenças com seus germes. Para tanto, a complexidade da realidade social, com sua extrema contingência, é reduzida pela construção de uma “para-realidade”, codificada a partir do esquematismo binário “Direito/não-direito [...]”.

<sup>292</sup> LUHMANN, Niklas. I diritti fondamentali come istituzione. op. cit., p. 45. Ver GUERRA FILHO, Willis Santiago. op. cit., p. 186: “6.3. o Sistema Jurídico aparece como um dos “sistemas funcionais” do sistema social, com a tarefa de reduzir a complexidade do ambiente, absorvendo a contingência do comportamento social, ao garantir certa congruência entre as expectativas de como os indivíduos vão comportar-se e a generalização dessas expectativas, pela imunização do perigo de

desenvolvimento social tem levado o Sistema Jurídico a uma crise de adaptação, que não será resolvida ao nível de normas e de instituições jurídicas. Pois sim, a partir deste momento quer se saber como o futuro pode ser controlado, e, com isso, relacionar o passado, o presente e o futuro.<sup>293</sup>

No entanto, esse mister de adivinhar o futuro e até mesmo controlá-lo não é função do Direito e nem pode sê-lo, não há como esperar tanto. Numa sociedade complexa, a incerteza é a sua principal característica e o sistema-parcial do Direito não tem força para controlar os acontecimentos.

Pela função do Direito, pode-se afirmar, outrossim, que ele serve como instrumento de desenvolvimento social, pois define, distribui e resolve rapidamente o crescimento da diferença funcional. Num prisma funcional, o Direito conclui o que já tinha sido iniciado com a distinção entre expectativas.<sup>294</sup> Também, o subsistema do Direito oferta prestações a outros subsistemas, como é realizado ao econômico. Neste, ele aumenta a probabilidade das outras pessoas pagarem as suas dívidas e cumprirem os contratos pactuados.<sup>295</sup> A respeito, ainda, da função do Direito, poder-

---

*decepcionarem-se. Daí ser o direito definido, na teoria sociológica luhmanniana, como “generalização congruente de expectativas governamentais”, generalização essas que fornece “uma imunização simbólica de expectativas contra outras possibilidades”.*

<sup>293</sup> LUHMANN, Niklas. La differenziación del diritto. op. cit., p. 100.

<sup>294</sup> Cf. Idem., Sociologia do direito. p. 13

<sup>295</sup> Cf. MANSILLA, Darío Rodríguez. op. cit., p. 53: “El derecho tiene como función asegurar la expectativa, en vistas a decepciones previsibles. Para esto, el derecho tiene que contar con mecanismos que permitan hacer más probable el cumplimiento de la expectativa, tales como la sanción – y la capacidad de sancionar – al comportamiento disidente. El derecho – en otras palabras – no puede estar constantemente disculpándose de su incapacidad para imponer sus normas. De esta función, se desprender prestaciones que hace al subsistema del derecho a otros subsistemas funcionales, como – por ejemplo – la de aumentar la probabilidad de que las personas cumplan sus contratos o paguen sus deudas. Sin embargo, esta prestación es complementada muchas veces por los otros subsistemas funcionales a los que se les ofrece, como un modo de aumentar la probabilidad de que ocurra el comportamiento deseado. En el subsistema económico, las tarjetas de crédito aseguran los pagos, sin recurrir a un proceso judicial o antes de hacerlo.” Ver también LUHMANN, Niklas. El Derecho de la Sociedad. op. cit., p. 182: “La función del derecho tiene que ver con expectativas. Si además se parte de la sociedad y no de los individuos, esta función se relaciona con la posibilidad de comunicar expectativas y de llevarlas al reconocimiento en la comunicación. Por

se-á referir sob o prisma do perigo e da desilusão às expectativas ao comportamento de outro. De outro lado, o Direito serve como guia de comportamento: com a promulgação de leis e mesmo pela tomada de decisões judiciais estar-se-á influenciando o comportamento das pessoas.<sup>296</sup>

Nesse processo comunicacional-social, o sistema produz comunicação e gera diferença entre o sistema e ambiente. A sua comunicação tem que ser diferente do seu ambiente. No sistema do Direito, falar-se-á em lícito/ilícito.<sup>297</sup> Essa clausura comunicativa o faz organizar a sua função, além de proporcionar as condições para autogerir e reproduzir-se. Por conta disto, torna-se auto-suficiente e capaz de prever a continuidade das suas operações. Por esse processo, ele identifica quem é membro ou não do subsistema. Isso tudo de forma extremamente organizada e para se diferenciar, autodescreve como hierarquia de normas.<sup>298</sup>

---

*expectativas aquí no sólo estado actual de conciencia de un individuo determinado, sino el aspecto temporal del sentido en la comunicación.*

<sup>296</sup> Ver LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. op. cit., p. 81. Ibidem, p. 98: “*Si conferma, così, del fatto ancora la funzione della normatività: stabilizzare in caso di delusione e immunizzare contro le conseguenze.*”

<sup>297</sup> Ver no tema LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. op. cit., p. 200: “*La respuesta presupone una diferenciación entre sistema y entorno, establecida por el próprio sistema. Un sistema que norma expectativas se afirma a sí mismo, trazano una diferencia con respecto al entorno – el que a su vez se realiza por el trazo y no si el sistema. EL trazo del límite se logra estableciendo normas, en referencia a las cuales es legítimo (o no) el apartarse. Entonces, para el mismo sistema se establece una distinción, dependiendo de si se actúa de acuerdo a la norma trazada por el (o si no). El sistema permanece estable en el marco de sus posibilidades, independientemente de cómo opera el entorno.*”

<sup>298</sup> Cf. Ibidem, p. 200-201: “*Como sistema autopoietico, clausurado operativamente, el derecho se ve estimulado a garantizar su función. Por supuesto que esto no puede llevarse a cabo haciendo que todas las condiciones empíricas necesarias para las reproducción del sistema se lleven a efecto dentro del sistema eso significaría: incluir el mundo en el sistema. No obstante, el derecho debe mantenerse en su capacidad de operar como un sistema funcional determinado en su estructura, y en su capacidad de prever internamente la continuidad de la operación de su propia función. “Internamente” quiere decir: con su próprio tipo de operación.*” Ver también Ibidem, p. 202: “*Como condición de validez absoluta de la observación de la observación del código – universal y plenamente confiable – derecho/no derecho, en el Sistema Jurídico se produce el ámbito más estrecho de la decisión jurídicamente obligatoria: ya sea para afirmar, ya sea para cambiar el derecho. Aquí se trata de un sistema-parcial (un subsistema) de organización; i.e., un sistema que se diferencia acudiendo al recurso de la distinción entre miembros y no miembros del sistema. Esta distinción compromete a los miembros en calidad de tales a producir decisiones que se rigen por los*

### 3.2 O processo como procedimento do subsistema do Direito

A pesquisa de Niklas Luhmann é vasta e ambiciosa. Uma das suas peculiaridades é focar o seu estudo na construção de uma teoria da sociedade. Nas décadas dedicadas com afinco e objetividade, desenvolveu um cabedal de idéias, cujo refinamento deu-se ao longo dos anos. Para tanto, Luhmann criou uma teoria metodológica, em que a comunicação forma sistemas-parciais funcionais.

Com tais premissas, ele trabalha com os subsistemas empiricamente existentes no sistema social global. Isto, contudo, leva a pensar num ambiente social, dentro do sistema-parcial do Direito. Local onde o sistema-parcial do Direito comunicar-se-á pelo ilícito versus lícito, quer dizer, com especificidades comunicativas refinadas, em contorno ao ambiente delimitado pela distinção do observador. Nesse processo, a diferença é o ponto de partida dos sistemas sociais, somente existindo no contexto de uma diferença. Trata-se, outrossim, de abstração conceitual, todavia, como supra referido, empiricamente existente. A cada nova operação comunicativa o sistema separa-se do ambiente de seu antigo sistema.<sup>299</sup>

---

*programas del sistema (variables al interior de la organización). Esto es, por las normas jurídicas. Para esta organización sistémica de decisiones del Sistema Jurídico, sólo tenemos términos para los aspectos diferenciados: juzgados y parlamentos en el caso del concepto de separación de los poderes judicial y legislativo. Pero no tenemos ningún término para enunciar la unidad de esse sistema. Por esta razón, hablaremos del sistema de organización de las decisiones del Sistema Jurídico.”* Ainda, *Ibidem*, p. 202-203: “*Este sistema de decisiones organiza su ámbito propio de operación através de un entramado circular. Cambia el derecho teniendo en cuenta las decisiones de los juzgados para, en cada caso, regirse por el derecho vigente; lo cual, a su vez, la ocasión para que, de nuevo, se observe y se cambie el derecho. Para diferenciar los condicionamientos de este entramado de decisiones (y sólo para ello!), este sistema se describe a sí mismo como jerarquía: de ógnos o de normas. No obstante, el proceso primordial consiste en todo caso la reproducción circular y recursiva de las decisiones jurídicas.”*

<sup>299</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. op. cit., p. 65-67 e 73-75. Cita-se precisamente, p. 73: “Os sistemas sociais de que trata a teoria luhmanniana são, ao contrário e por princípio, sistemas empiricamente existentes, de modo que, ao menos para essa espécie de sistemas, a abstração conceitual decorre

Dito de outra forma, seja o sistema originário, seja aquele que se formará – a formação ocorrerá na medida em que a sua comunicação diferenciar-se numa proporção tão específica a gerar nova comunicação -, ambos existem. Ocorre que surge um novo contorno em razão da reiteração comunicativa e, com ele, nasce outro sistema.

A observação do sistema-parcial somente é possível após a indicação do seu contexto. Essa operação conota-se em distinção-e-operação e a diferença é oriunda da observação, logo, não é inerente ao mundo. Desta forma, na medida em que a seqüência das operações toma força, produz-se a diferença: sistema X ambiente. As formas são demarcações das operações. A constante produção da mesma diferença faz com que o sistema exista.<sup>300</sup>

Nesse ambiente social, num prisma luhmanniano, na sociedade moderna, os procedimentos são os sistemas que melhor a caracterizam.<sup>301</sup> Dentre esses, ressalva-se o procedimento judiciário – a tutela jurídica – , cujo foco principal é justificar os institutos de direito processual. Por conta disso, o Estado só justifica a sociedade atual quando atua frente aos procedimentos.<sup>302</sup>

---

*de e se acoberta em uma “auto-abstração do próprio objeto”, ou seja, no fato (afirmado teoricamente) de que há sistemas que internalizam a diferença entre o sistema e o ambiente e nela se orientam para a produção contínua e recursiva ds próprias operações, a constituição das próprias estruturas e, com isso, a reprodução dessa diferença mesma.”*

<sup>300</sup> Cf. Ibidem, op. cit., p. 75-77 e 84-85. Ver p. 81: “[...]uma fronteira se constitui com a diferenciação de um sistema e acaba por gerar aquilo que se diferencia com um sistema e aquilo de que esse sistema se diferencia como um sistema.”. Aplicando a Teoria dos Sistemas e concluindo pela formação de um sistema social devido ao processo interno de diferenciação, porém tendo como objeto não o processo, e sim uma empresa dentro do sistema econômico, ver TEUBNER, Gunther. op. cit., p 244-304.

<sup>301</sup> Ver LUHMANN, Niklas. Procedimenti giuridici e legittimazione sociale. op. cit., p. 3: “I procedimenti volti a creare decisioni giuridicamente regolate sono fra gli elementi che meglio caratterizzano il sistema politico delle società moderne.”

<sup>302</sup> Cf. Ibidem, p. 9: “Consequentemente, lo scopo principale del procedimento giudiziario dichiarato di solito è quello della tutela giuridica, che in questa formulazione viene utilizzato per giustificare i singoli

É a comunicação a principal forma de diferenciação dos sistemas sociais. Têm-se o ilícito e o lícito no sistema do Direito. Tal forma de expressar-se ajuda a resolução dos problemas pela resolução da complexidade. Pois bem, essas especificações funcionais excluem outras. Por essa exclusão, o sistema consegue delimitar o âmbito de sua comunicação, mesmo porque, se dessa forma não o for, a complexidade num sistema em que se resolve todo tipo de problema – como o do Direito - seria imprevisível.<sup>303</sup>

Ademais disso, o procedimento é um ritual em que, à medida que se aprofunda seu estudo, percebe-se a sua importância dentro de um Estado de Direito, cuja missão principal é a prevalência do governo das leis e não dos homens. Ele proporciona, em certa medida, segurança jurídica.<sup>304</sup> Além de ser um grande qualificador histórico, haja vista o registro das etapas que foram aos poucos sendo superadas para ao final resultar em determinado fim. Com isso, extrai liberdade, impõe uma decisão previamente estabelecida e o rito reduz a complexidade. Por

---

*instituti del diritto processuale (7). Tale concezione incontra però delle difficoltà di fronte al problema della sentenza certamente errônea, ma passata in giudicato. In tale caso, infatti, si deve definire similmente a quanto faceva la scolastica con la dottrina teleológica dell'azione, l'«essenza» del processo mediante una caratteristica non necessariamente collegata ad esso (8), o si deve ricorrere a doppie fomule contraddittorie, quale tutela giuridica (Rechtsschutz) e pace giuridica (Rechtsfrieden), che ricoprono le decisioni corrette che quelle erronee (9)."*

<sup>303</sup> Cf. Ibidem, p. 13.

<sup>304</sup> Cf. Ibidem, p. 32: "Una tale concezione finirebbe per attribuire al procedimento il significato di un rituale nel quale di volta in volta è ammessa un'azione soltanto, mentre le varie azioni sono correlate fra loro in una sequenza tale da far sì che l'una funzione specifica: esse fissano in modo stereotipato l'agire creando sicurezza, e ciò indipendentemente dalle conseguenze fattuali, che non vengono imputare all'agire, bensì ad altre forze (3)." Mais à frente, p. 33: "Sarebbe, tuttavia, certamente inesatto interpretare il procedimento, nelle attuali organizzazioni decisionali, semplicemente come un rituale. Da un punto di vista storico i procedimenti decisionali sorgono da una combinazione di arcaici procedimenti di conciliazione (Schlichtungsverfahren) privi di decisioni vincolanti e di riti prestabiliti volti all'ottenimento di una decisione sovranaturale, con procedimenti che sono inizialmente aperti a diversi esiti possibili anche se portano a decisioni vincolanti. Si tratta di una conquista evolutiva che segna il passaggio dal diritto arcaico delle culture evolute premoderne (7)."

outro lado, imagine se não houvesse nada previsto, quantas possibilidades poderiam surgir.<sup>305</sup>

Aponta Luhmann sobre os processos que podem ser tidos como reação de ações, parcialmente autogovernadas, os quais reduzem a complexidade social e são considerados como sistema social. Esses sistemas sociais podem ser concebidos como procedimentos e visam emitir uma decisão ao final.<sup>306</sup>

Nesse prisma, vislumbra-se com facilidade a importância dos procedimentos: é justamente a principal estrutura de comunicação entre o Sistema Jurídico e a sua complexidade – como retro mencionado com mais vagar, entender-se-á por complexidade as muitas possibilidades que possam surgir da comunicação. Os sistemas são restritos a uma parte do mundo e, por conseguinte, realizam um número limitado de possibilidades. Os sistemas constituem uma distinção entre o

---

<sup>305</sup> Cf. Ibidem, p. 34: *“Non sono forme, gesti, parole esattamente prestabiliti che hanno avanzare il procedimento, bensì le decisioni selettive dei partecipanti che eliminano alternative, riducono complessità assorbono incertezza o trasformano la complessità indeterminata di tutte le possibilità in una problematica definibile, comprensibile. La selettività di una comunicazione viene attribuita se stessa: è essa che costituisce il próprio senso (e non il fatto che essa copi fedelmente un modello già dato), e gli interessanti reagiscono con scelte comportamentali proprie non in base a soluzioni prefissate, bensì in base a soluzioni prefissate, bensì in base a informazioni su prestazioni selettive altrui, cioè non solo sulla base delle possibilità già scelte, ma anche sulla base delle possibilità eliminata, che vengono mantenute nell’orizzonte empirico del procedimento come possibilità negate. Il procedimento si sviluppa così come una storia decisionale in cui ogni decisione parziale dei singoli partecipanti si trasforma in un fatto, ponendo premesse decisionali per gli altri partecipanti, e strutturando quindi la situazione comune, senza però generare meccanicamente ciò che si verificherà successivamente.”*

<sup>306</sup> Cf. Ibidem, p. 34: *“Una siffatta concatenazione di azioni, aperta, parzialmente auto governata, in grado di ridurre la complessità, può essere concepita come sistema sociale. I procedimenti sono in effetti sistemi sociali che adempiono alle funzioni specifiche di elaborare un’unica decisione vincolante, restando perciò sempre e comunque limitati nella loro durata. Questa applicazione della teoria dei sistemi significa però che la netta contrapposizione fra sistema e processo, o fra strutture e processo, deve essere eliminata, o almeno modificata, in alcuni aspetti essenziali. I processi sono sistemi e hanno una struttura: altrimenti non potrebbero essere processi e d’altro canto sistemi e strutture non potrebbero neppure esistere. Prima di operare con questo concetto, occorrono tuttavia alcuni chiarimenti.”*

interno e o externo do sistema e a sua ordem é ligada à medida em que ele consegue reduzir a complexidade do seu ambiente social.<sup>307</sup>

Eles utilizam a criação de estruturas. Uma delas são os procedimentos. Por estes, generalizam as expectativas de comportamento. Com isto, diminuem as possibilidades, quer dizer, reduzem a complexidade social. Isso porque o sistema adquire uma identidade que exclui as outras hipóteses de variações. Em verdade, delimita-a, provocando uma seletividade no ambiente que sofrerá a influência da comunicação concebida pelo sistema.<sup>308</sup> No ambiente social do subsistema-parcial do Direito, por meio da comunicação jurídica, o próprio Sistema Jurídico produz uma norma geral, cujo conteúdo é a previsão das espécies de procedimentos que podem ocorrer.<sup>309</sup>

---

<sup>307</sup> Ibidem, p. 34: “La caratteristica più importante di un sistema è il suo rapporto con la complessità del mondo. Per complessità va intesa la totalità delle possibilità che si presentano all’esperienza effettiva sia del mondo (complessità del mondo), sia di un sistema (complessità del sistema). In ogni formazione sistemica è peculiare che il sistema è in grado di comprendere soltanto una porzione del mondo e consente di realizzare un numero limitato di possibilità. I sistemi costituiscono una distinzione tra interno ed esterno, intesa come differenza di complessità, cioè di ordine. Il loro ambiente è sempre eccessivamente complesso, non visibile nel suo insieme ed incontrollabile; l’ordine del sistema è invece di importanza tanto maggiore nella misura in cui riduce la complessità e consente – in quanto modalità di azione propria del sistema – relativamente poche possibilità. Fa parte dell’ordine proprio del sistema anche un progetto selettivo dell’ambiente, Una Weltanschauung ‘soggettiva’ del sistema che, dalle possibilità del mondo, seleziona e considera importanti soltanto alcuni fatti, eventi ed aspettative rilevanti. Mediante tale riduzione i sistemi rendono possibile un orientamento dotato di senso dell’agire (8).”

<sup>308</sup> Cf. Ibidem, p. 35: “Questa funzione di riduzione della complessità viene svolta essenzialmente mediante la creazione di strutture, cioè mediante generalizzazione di aspettative di comportamento che poi ‘valgono’ temporalmente per periodi alquanto lunghi, materialmente per situazioni differenti e socialmente per una pluralità di persone. Mediante la formazione di strutture il sistema acquisisce un’identità <aperta> che non esclude possibilità di variazione, ma le delimita, possedendo così una potenzialità circoscritta di adeguamento (9). La struttura, che già di per se comporta una selezione della complessità dell’ambiente, guida il comportamento selettivo del sistema, e quindi rende possibile una doppia selettività, con notevoli incrementi di prestazioni (10).”

<sup>309</sup> Cf. Ibidem, p. 36: “La struttura del sistema-procedimento è anzitutto tracciata da norme giuridiche generali, valide per numerosi procedi. Queste norme non sono il procedimento stesso, e una loro giustificazione del procedimento è ancora una legittimazione mediante procedimento. Queste riducono la sterminata varietà di possibili modalità di comportamento, e consentono quindi di mettere in moto, in funzione di sistemi, singoli procedimenti, definendone anche la tematica ed i limiti e informandone gli interessati senza il bisogno di complicare trattative preliminari sul senso e sullo scopo di ogni singola riunione.”

### 3.3 A complexidade instaurada na relação processual

A complexidade, como supra referido, é conceito-chave na metodologia luhmanniana – ver sobre a complexidade com mais vagar no item 1.2. Pode ser aplicada tanto aos sistemas (*Systemkomplexität*), tanto ao ambiente (*Umweltkomplexität*), tanto ao mundo (*Weltkomplexität*). Ao momento, cabe a análise da complexidade do sistema processual.<sup>310</sup> Destarte, pensar num processo complexo é construir uma realidade em que existam mais de um clamor à comunicação favorável – por comunicação favorável entenda decisão judicial. Dito de outra forma, existem duas ou mais versões sobre o mesmo fato ou derivados. Há variedades de escolhas ao observador. Parece tal idéia comum ao mundo processual? Sim, e como. Não existe lide sem complexidade. Alterna-se a sua intensidade. Ela pode ser mais ou menos complexa. Tudo dependerá da extensão do objeto litigioso.

A complexidade reflete a necessidade de escolhas. A comunicação, por conta disto, deve selecionar uma delas e determinar as combinações dos elementos do interior do sistema. Nessa combinação, tem-se mais de uma escolha possível.<sup>311</sup> Um exemplo dessa complexidade processual é a aplicação da norma processual aos fatos notórios. Não é possível identificá-los com antecedência, há expectativas, mas não clareza absoluta. Mormente porquanto, o conceito de notoriedade é umbilicalmente ligado ao espaço territorial e temporal, no qual vive o

---

<sup>310</sup> Cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. op. cit., p. 99.

<sup>311</sup> Sobre a idéia de complexidade, contingência e seleção, ver *Ibidem*, p. 99 e 100. Convém citar um pequeno trecho, p. 99: “Complexidade implica necessidade de seleção (*Selektionszwang*) das combinações entre elementos efetivamente realizados [...] A seleção determina as combinações efetiva entre elementos no interior de um “espaço” de possibilidades[...].”

magistrado. Leva-se em consideração a sua vida social, o seu rol de amigos, os hábitos mais pessoais, como os jornais preferidos e principalmente a carga psíquica armazenada por toda a vida.<sup>312</sup>

### 3.4 A redução da complexidade social

Como ocorre em todos os sistemas sociais, no processo de diferenciação da comunicação, na proporção da intensificação comunicativa, a complexidade reduz-se. No subsistema do Direito, o processo guiado pelo lícito/ilícito absorve a complexidade.<sup>313</sup> Nesse contexto social, o processo tem que diferenciar como produto do sistema.

De outra forma desse procedimento, os jusnaturalistas estão fundados em valores estáveis/imutáveis. Entretanto, na contemporaneidade, isso é inaplicável devido à alta instabilidade dos axiomas sociais, os quais geram uma alta complexidade, que só poderá ser controlada pela diferenciação do sistema social.<sup>314</sup>

---

<sup>312</sup> Ver sobre fatos notórios LUISO, Francesco Paolo. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003. p. 104: “*Notori sono quei fatti che rientrano nella comune esperienza, e dei quali pertanto il giudice è a conoscenza non per averne una cognizione personale; non perché, per una serie di circostanze, egli li conosce come qualunque cittadino. Sono notori i fatti che rientrano nel comune patrimonio culturale di tutti i soggetti di una certa società in certo momento storico.*”

<sup>313</sup> Cf. BÜLLESBACH, Alfred. op. cit., p. 426: “*A tarefa de redução da complexidade, por exemplo em processos judiciais, é levada a cabo também pela diferenciação de problemas, pontos de vista, comportamentos e expectativas de comportamento. O processo controlado pelo direito é, por isso, uma sistema social típico que, na enunciação efectuada de autónoma, das alternativas admissíveis e relevantes, deve absorver complexidade. Só uma tal redução possibilita uma orientação razoável da acção.*”

<sup>314</sup> Cf. Ibidem, p. 426: “*A legitimidade da decisão já não resulta do contexto social do litígio, mas sim do processo como produto do sistema. A tarefa de direito e da idéia de justiça é definida por Luhmann assumindo que sistemas invariáveis – por exemplo, os sistemas jurídicos fundados em valores considerados imutáveis, como, por exemplo, os chamados sistemas jusnaturalistas – só funcionam em sociedades relativamente estáticas. Se os princípios jusnaturalistas, mesmo nesse plano, se*

O aumento de complexidade da sociedade incentiva à produção de normas cada vez mais gerais e abstratas (pense-se no Código Civil, em que se privilegiou acima de tudo a construção de cláusulas gerais). Elas corroboram ao dinamismo da comunicação, ou seja, garante-se que o observador interno (ou seja o juiz) possa proferir as suas decisões adaptadas ao caso prático.<sup>315</sup>

A comunicação jurídica, num Sistema Jurídico operativamente fechado, é o próprio Direito. Elas, pois, quando emitidas na relação processual, resultam nas decisões judiciais. Esta decisão – ou comunicação – é emitida por um observador interno, chamado de juiz. Ela é fruto da reflexividade interna da comunicação.<sup>316</sup>

---

*revelarem muito rígidos, podem, por meio de interpretação, da transformação dos conceitos ou de outros mecanismos de adaptação, ser, apesar disso, relacionados com o mundo social que têm que regular. Se, pelo contrário, com a evolução civilizacional, a complexidade das condições de vida de uma sociedade aumentar, estas condições tornam-se cada vez mais variáveis; e então, a anterior ordem jurídica rígida fracassará ou renunciará progressivamente à invariabilidade dos seus princípios: a complexidade de um sistema tem de estar correlacionada com a complexidade do seu meio ambiente.”*

<sup>315</sup> Cf. Ibidem, p. 426: “As normas jurídicas têm, por isso, que ser tanto mais abstractas e indefinidas, quanto mais complexidade se tiver que superar no interior do sistema. Além das normas jurídicas, a sociedade, na medida em que diferencia de um Sistema Jurídico, a que assim foi dada a forma de conceitos, pode ser ordenada segundo princípios e transformar-se numa massa dinâmica, auto-crítica, num processo de fermentação, por assim dizer. Nisso reside a função da dogmática. Os conceitos, as teorias, os juízos dogmáticos não são o Sistema Jurídico; eles orientam-no. Os pontos de referência da análise têm, por isso, que ser procurados nas funções sociais do direito e do Sistema Jurídico. Em Luhmann, as questões que se mantiveram como problemáticas ou não resolvidas foram as questões da justeza (conteúdo de justiça), da verdade, da aceitação da decisão judicial (subordinação à mesma). Para ele, o sistema não é apenas um conceito analítico, existindo antes sistemas reais. Fazer afirmações teóricas sobre a realidade tornou-se num objeto de reflexão sobre o ponto de vista do observador. As discussões sobre o chamado terceiro excluído (*tertium non datur*) relacionam-se com isso. As teorias clássicas excluíram, precisamente, do seu âmbito as condições de constituição do conhecimento, tratando o objecto como variável independente. O terceiro excluído é, neste contexto, a consciência reflexiva, a qual deve voltar a ser incluída numa lógica tripolar. Para Luhmann, a diferença entre sistema e meio ambiente não é ontológica, ela não divide toda a realidade em duas partes: aqui sistema, ali meio ambiente. É antes sistemicamente relativa (i.e., dependente do sistema), mas igualmente objectiva.”

<sup>316</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 203: “Para este ámbito de decisiones del Sistema Jurídico, se han desarrollado formas bien establecidas de reflexividad. Estas formas utilizan el formato de la doble modalidad – estandarización de la estandarización -, pero reducen el uso de esta posibilidad en las aplicaciones requeridas por el sistema. El caso más conocido es la estandarización de las reglas de procedimiento que, una vez acatadas, conducen a que la decisión que se ha producido tenga, a su vez, fuerza normativa. El caso límite es la simple e norma de competencia que sirve de encarnación al principio de soberanía jurídica: todo aquello que lleve a que se tome una decisión jurídica se convierte en derecho. El otro extremo es la necesidad absoluta de esta norma independientemente de cómo se restrinja a la decisión mediante las normas jurídicas, a la última incertidumbre (en la interpretación jurídica, o en la determinación de los hechos) sólo se

Essa reflexividade é a conseqüência da diferenciação do sistema de decisões, o qual, em síntese, consiste nas comunicações serem emitidas apenas com base no lícito/ilícito no sistema parcial do Direito e na auto-observação, ou seja, o observador (o juiz) usará apenas a construção interna ao sistema do Direito, para fundamentar sua decisão. O contrário disso tem efeitos negativos na disposição geral de aguardar a expectativa normativa, inclusive eclodindo as próprias bases da reflexividade, quando, somente pretende sobreviver como organização política. Mesmo porque, nas culturas antigas, observa-se, em geral, este alistamento dos centros de decisão, em coincidência com a forma de diferenciação centro e periferia.<sup>317</sup>

Ademais disso, este elemento de reflexividade é que na falta da representação do Direito vigente, organiza a tomada de decisão.<sup>318</sup> A partir deste novo contexto social, o sistema forma a sua própria complexidade à medida que toma as suas decisões. Em compensação, a reflexividade permanece como algo vago

---

*puede descartar por medio de una norma de competencia. En este sentido, todo el sistema de toma de decisiones en el derecho se sustenta en la reflexividad del proceso normativo. No se trata de una circunstancia entre otras muchas; se trata de una representación (encarnada en normas específicas) de la unidad del sistema en el sistema; es decir de un correlato de la universalidad de la competencia de la función.”*

<sup>317</sup> Cf. Ibidem, p. 205: *“Por otra parte, el proceso de diferenciación de un sistema de toma de decisiones en el Sistema Jurídico, puede tener efectos negativos en la disposición general del aguardar normativamente la expectativa normativa, e incluso puede tener a la erosión de las propias bases de reflexividad, cuando sólo pretende sobrevivir como organización sostenida políticamente. En las culturas más antiguas, se puede observar en general este aislamiento de los centros de decisión (no obstante que eran indispensables), y en esto coinciden con la forma de diferenciación entre centro y periferia.”*

<sup>318</sup> Cf. Ibidem, p. 205: *“Este sistema de decisión comporta con indiferencia a la institucionalización de la expectativa normativa: no puede hacer nada jurídicamente. Nadie puede usar la fuerza (o la ausencia de fuerza) de insistencia para que los otros utilicen o reclamen el argumento de la perseverancia de la expectativa normativa. Los límites del sistema que toma decisiones no dejan pesar estas informaciones: las filtran. Este elemento de la reflexividad es el que falta en la presentación oficial del “derecho vigente”. La organización de toma de decisiones no puede controlar su propio sostén si se apoya en una cultura jurídica basada en la motivación personal; por eso mismo, al darle entrada a esa cultura, la organización no se da cuenta que empieza a exponer a la erosión las bases sociales de su propia actividad.”*

à teoria do direito tradicional, em certos casos, chega a ser desconhecida. Em outros, a vêem como consciência jurídica.<sup>319</sup>

Nesses casos, a decisão concebe, outrossim, mais de um caso de interpretação dos conceitos contemplados pelas normas, do que propriamente na comprovação de diferenciação ou, ainda, mesmo nos indicadores da perda social.<sup>320</sup>

Em contrapartida, a complexidade formada num sistema de decisão serve justamente à descarga da vida cotidiana.<sup>321</sup>

### **3.5 O ônus da prova à luz da Dogmática Jurídica como técnica de decisão e à perspectiva da Teoria Sistêmica Luhmanniana como técnica de redução da complexidade processual**

---

<sup>319</sup> Cf. Ibidem, p. 206: “*En este mismo sentido, el sistema de toma de decisiones construye su propia complejidad sin fijarse en esta doble modalidad reflexiva. Como de la reflexividad no dependen las decisiones, entonces los hechos correspondientes no se registran y no se recuerdan. La reflexividad permanecen como algo desconocido para la teoría jurídica que refleja la praxis del derecho. En algún caso se le menciona con términos vagos como “conciencia jurídica” o con distinciones igualmente difusas como las que establecen entre derecho escrito y derecho vivido.*”

<sup>320</sup> Cf. Ibidem, p. 146: “*En todos estos casos no se trata de pruebas para comprobar la tesis de la desdiferenciación del derecho ni tampoco de indicadores de la pérdida social de su significado. Se trata más bien de un caso de interpretación. Esto quiere decir: el derecho presupone que el entorno estructura y reduce complejidad, de esta manera el derecho se aprovecha de esos resultados sin necesidad de analizar su génesis – cuando lo merezca, lo hará bajo aspectos meramente jurídicos.*”

<sup>321</sup> Cf. Ibidem, p. 206: “*Finalmente, la reflexividad constuida en el sistema de organización de la toma de decisiones, sirve justamente de descarga a la vida cotidiana. No es posible (y tampoco necesario) basarse en las expectativas normativas de los demás para saberse del lado del derecho – o del lado de lo discrepante con el derecho. Todo depende de lo que decida el juez. Frente a la insistencia de los otros, uno puede invocar las posibilidades de éxito del proceso, o las dificultades que se tendrán para presentar las pruebas – igual que en el abogado en relación con sus clientes. Estas son posiciones pragmáticas que prueban su eficacia y que controlan si una comunicación que se refiere al derecho deberá ser (o no) impulsada. Los límites de la organización de las decisiones actúan previamente como límites que acontecen en la parte externa de la frontera del propio Sistema Jurídico, y predispone la comunicación para que se comprometa con lo que es conforme a derecho (o con lo que no). Así el derecho se pone a disposición del usuario individual, abstrayéndose del contexto social de movimentación, de las presiones sociales que lo sujetan o, por el contrario, de su dejadez.*”

No direito processual civil, as partes têm ônus a serem cumpridos para que possam impor obrigações ao seu duelante, quer dizer, quem almeja efetivação de direitos deve cumprir deveres, chamados de ônus processuais. Aquele, dessa forma, que almeja que determinado fato seja tido como verdadeiro, ao menos dentro do processo, tem o ônus de prová-lo.<sup>322</sup> Aliás, devido à sua importância na resolução do litígio, a distribuição do ônus da prova é questão que há muito tempo vem sendo discutida, cite-se, inclusive, que, ainda, no Direito Romano procurou-se estabelecer critérios de distribuição. Séculos depois, na era medieval, era repartido o ônus da prova com base no critério da qualidade dos fatos afirmados (positivos ou negativos), segundo o qual as negativas não poderiam servir como meio de prova. Desde então, a doutrina viu-se diante de um árduo trabalho, para estabelecer os critérios de distribuição do ônus da prova.

Na história recente da civilização, há posições defensoras da liberdade judicial, para partilha do ônus da prova de acordo com cada caso concreto. No entanto, Rosenberg é contrário a este entendimento. Ele pontua que, por ser uma regra decisiva no julgamento do litígio, não seria de bom tom prestigiar surpresas, visto, nesta linha, ser regra imposta por norma que tem um mister imprescindível na dialética processual.<sup>323</sup>

---

<sup>322</sup> Cf. NERY JÚNIOR; Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. op. cit., p. 835: “Ônus de provar. A palavra vem do latim, *onus*, que significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não entendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição da parte”. Sobre o ônus da prova, ver LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 6. ed. Giuffrè Editore: Milano, 2002. p. 308-314 e LOPES, João Batista. *A prova no direito processuale civile*. 3. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007. p. 37: “No ônus, há a idéia de carga, e não de obrigação ou dever.”. Ainda sobre ônus da prova, ver MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. v. 3. Forense: Rio de Janeiro, 1976. p. 281.

<sup>323</sup> ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ejea, 1956. p. 91. A própria norma encarrega-se da previsão dos atos que devem ser praticados com escopo de evitar a realização de determinada consequência jurídica, conforme MANDRIOLO, Crisanto. *Curso di diritto processuale civile*. 10. ed. v. 1. Turim: Giappichelli, 1995.

Numa breve pesquisa histórica, vários posicionamentos foram defendidos ao passar dos tempos: Chiovenda, Carnelutti e Betti analisaram algumas teorias baseadas na natureza dos fatos afirmados (constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos).<sup>324</sup> Não obstante, Rosenberg e Taruffo concentraram os seus esforços em criticar o critério da normalidade, que tanto influenciou as doutrinas do século XIX.

Entretanto, segundo Proto Pisani, a divisão do ônus da prova entre autor e réu deriva dos fatos materiais, não de critérios processuais propriamente ditos. Almeja-se, por meio deles, impor aos litigantes condutas que o magistrado frente à ausência de provas irá utilizar como redutor da complexidade.<sup>325</sup> Em comento ao dispositivo regulador do ônus da prova, no CPC Italiano, Proto Pisani

---

p. 125: *“In taluni casi, tuttavia, è la legge stessa che si preoccupa di stabilire senz’altro un certo assetto nei rapporti tra fatti da provare per un dato effetto costitutivo e fatti la cui prova contraria può impedire quell’effetto. È quanto accade con le presunzioni legali ossia quelle ‘conseguenze che la legge [o il giudice] trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato’ (art. 2727 c.c.), a fondamento della regola – enunciata dall’art. 2728 c.c. – secondo la quale le presunzioni legali hanno per l’appunto l’effetto di dispensare dalla prova coloro a favore dei quali esse sono stabilite. Le presunzioni legali – che sono dette juris tantum quando la legge consente all’altra parte di offrire la prova contraria, e juris et de jure quando la legge esclude la possibilità di tale prova contraria – sono dunque espedienti di tecnica legislativa imperniati sulla distribuzione dell’onere della prova, ma ispirati dall’evidente finalità di facilitare la tutela di talune situazioni giuridiche. Perciò, mentre, sotto quest’ultimo profilo, sono indubbiamente appartenenti al diritto sostanziale, sotto il primo profilo vengono in rilievo come limiti o predeterminazioni dell’assetto dell’onere probatorio.”*

<sup>324</sup> Ver BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2 ed. Roma: Foro Italiano, 1936. p. 335. Ver também CARNELUTTI, Francisco. *La prova civile*. Roma: Athenaeum, 1914. p. 24-25. Sobre um retrospecto histórico doutrinário da divisão do ônus da prova, ver LOPES, João Batista. op. cit. p. 39-44.

<sup>325</sup> Cf. PISANI, Andrea Proto. op. cit., p. 440: *“La ripartizione dell’ onere della prova fra attore e convenuto deriva dalla fattispecie sostanziale, non da criteri processuali (l’unica attenuazione di tale principio si ha nelle azioni di accertamento negativo nelle quali l’attore è onerato della prova dell’inesistenza di un fatto costitutivo o dell’esistenza di un fatto impeditivo, modificativo, estintivo). Il significato pratico dell’onere della prova è (oltre a porre una regola formale di giudizio tramite la quale dire al giudice come comportarsi quando al termine del processo risulti incerto un fatto rilevante: su cui v. infra 13.3) l’evitare di aggravare oltre misure la posizione dell’attore e consentirgli di ottenere l’accertamento dell’esistenza del diritto azionato sulla base della prova di solo alcuni dei molti fatti rilevanti a livello di fattispecie legale astratta: della prova dei soli fatti costitutivi.”*

afirma tratar-se de uma norma em branco, cujo conteúdo impõe às partes ônus subjetivos, enquanto ao juiz, o coloca numa regra de julgamento.<sup>326</sup>

Mesmo porque, se os fatos não estiverem devidamente provados na relação processual, o juiz, nem por isso, escusa-se de proferir uma decisão. Por assim dizer, a decisão é inafastável, inclusive não ausência de provas. No entanto, quem sofrerá as conseqüências pela não comprovação da matéria fática é desiderato da partilha do ônus da prova entre as partes. Echandía realça a fundamental importância da noção do ônus da prova para o processo como maior segurança jurídica, harmonia social e o interesse geral em que se realizem os fins próprios do processo.<sup>327</sup>

O ônus da prova está intimamente ligado à regra do julgamento, que o juiz não deixará de julgar, podendo servir-se dela à prolação de sua sentença, frente ao caso concreto.<sup>328</sup> Trata-se, pois, do âmbito de quem deve sofrer as conseqüências diante da ausência ou insuficiência de prova. No passado, havia entendimento de que deveria recair inteiramente ao autor o ônus da prova. Rosenberg respondeu-a afirmando que há exigências de conveniência e de justiça, que impõem a distribuição do ônus da prova. Com base nessa premissa, como ensina Rosenberg, atribuir ao autor todo o encargo seria já de antemão suprir a possibilidade de êxito da demanda, o que, com as vênias de estilo, seria imprudente.

---

<sup>326</sup> Cf. Ibidem, p. 440: *“L’art. 2697 c.c. è una norma in bianco che rivolta alle parti pone un onere soggettivo, rivolta al giudice pone una regola di giudizio.”* Eis a citação literal do artigo: *“Art. 2697 Código Civil Italiano: “Chi vuol fare valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l’inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l’eccezione si fonda.”*

<sup>327</sup> ECHANDÍA, Hernán Devis. Teoría general de la prueba judicial. 3. ed. Buenos Aires: Zavalia, 1976. p. 451.

<sup>328</sup> LOPES, João Batista. op. cit., p. 51: *“As regras sobre o ônus da prova só têm relevância no momento da sentença, isto é, são “regras de julgamento”.*

Sob as premissas investigadas neste trabalho, essa atribuição do ônus da prova ao autor ocasionaria um aumento de complexidade.<sup>329</sup>

Por tudo isso, fundamenta Echandía: sem embargo, embora a lógica não fundamente plenamente a distribuição, parece não haver dúvida de que o princípio geral que determina que o ônus seja distribuído, e não totalmente imposto a uma das partes, tem um evidente fundamento lógico.<sup>330</sup> Nota-se que a forma de distribuição do *ônus probandi* no Direito brasileiro está disposta no artigo 333 do Código de Processo Civil, onde ao autor compete demonstrar o fato constitutivo de seu direito; ao réu, o fato impeditivo, modificativo ou extintivo desse mesmo direito.<sup>331</sup>

Antes de proferir a sua decisão, o julgador não tem que se preocupar com normas de distribuição do ônus da prova. O artigo 333 do Código de Processo Civil, portanto, somente deve ser aplicado depois de esgotados os meios de produção das provas.

O conjunto probatório, quando visto sob o prisma da teoria do conhecimento, tem âmbito de atuação diretamente ligado ao convencimento pessoal do magistrado. De outra forma, na ótica processual, tem duas conotações. Uma destinada à transparência do processo, ou seja, todos os cidadãos, que, porventura, analisarem os autos, evidenciarão as razões motivadoras daquela decisão.

---

<sup>329</sup> ROSENBERG, Leo. op. cit., p. 85.

<sup>330</sup> ECHANDIA, Hernán Devis. op. cit., p. 453.

<sup>331</sup> Há entendimento, porém, que as regras referentes ao ônus da prova implicam em um limite aos poderes de iniciativa do juiz na produção da prova, como a teoria adotada pelo artigo 333 do Código de Processo Civil, que prima pela igualdade das partes. O juiz, ao determinar a produção de provas, estaria subsidiando uma das partes e desequilibrando o contraditório. No entanto, incorreta tal posição, porque as normas processuais devem ser interpretadas conforme a finalidade do processo, isto é, a efetivação do direito substancial. A atividade do juiz não pode ser vista como substitutiva de qualquer das partes. Como explica BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit., p. 86: “as regras referentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão somente no momento de decidir.”

Enquanto a outra está ligada à questão subjetiva da valoração dada a elas pelo julgador.

Isso porque, o juiz quanto profere um juízo de valor expressado numa decisão, leva, outrossim, em consideração desde a carga emocional adquirida desde a educação até os problemas conjugais, que o levaram a uma separação brutal e cheia de seqüelas. Por outro lado, a questão da valoração probatória é simplificada no momento em que se faz uma opção legal de divisão de ônus da prova. A partir deste ponto, quem deveria provar e não o fez, não cumpriu o seu ônus. Por conseguinte, terá a sua pretensão frustrada. Por meio desta escolha legal, elimina-se o subjetivismo que o exame probatório provoca no processo; em consequência, reduz a complexidade.<sup>332</sup>

Pelo exposto, fica evidenciada a importância da prova, dentro do processo, para, então, formar o juízo de convencimento do magistrado; e ainda como não pode simplesmente pronunciar-se no sentido de que não irá julgar em razão da falta de matéria probatória, deve usar, mais do que nunca, o ônus imposto pela distribuição de produzir provas dentro do processo.<sup>333</sup>

---

<sup>332</sup> Cf. MANDRIOLO, Crisanto. op. cit., p. 122: *“Tra le regole che concernono le prove in generale nella loro tipica efficacia di determinazione del giudizio attraverso la formazione del convincimento del giudice sulla verità dei fatti, particolarmente importanti sono quelle dedicate alla cosiddetta distribuzione, tra le parti, dell’ onere della prova, ossia dedicate alla preventiva determinazione delle conseguenze dell’eventuale mancata prova delle circostanze de fatto che sono state allegate (o affermate) dall’una e/o dall’altra parte. Si tratta, in altri termini, delle regole con le quali l’ordinamento risponde a questa domanda: come deve giudicare il giudice quando una delle parti, o entrambe, non sono riuscite a provare le circostanze di fatto che hanno rispettivamente allegato, sai perchè le prove offerte non sono state ammesse, o, infine, perchè, sebbene ammesse ed esperite, non abbiamo dato un risultato di conferma delle circostanze allegate?”*

<sup>333</sup> Cf. Ibidem, 122: *“Da un punto di vista intuitivo ed empirico, la prima risposta che verrebbe fatto di dare a questa domanda sarebbe nel senso che, essendo, le prove uno strumento essenziale per il giudizio, il giudice. Sennonché, già sul piano logico, rifiutare il giudizio – quand’anche ciò fosse consentito – significherebbe non accogliere la domanda, e quindi respingerla, e così in definitiva giudicare in un certo modo. Ma, a parte ciò, sta comunque il fatto che l’ordinamento non consente al giudice di rifiutare il giudizio, ossia di fermarsi al c.d. <non liquet>, ma gli impone di giudicare sempre sulle domande propostegli, sia che disponga e sai che non disponga di prove [...] D’altra parte, il giudice civile neppure può (come poteva il giudice penale, prima della recente riforma) attribuire rilievo all’eventuale insufficienza di prove: la prova insufficiente è, a tutti gli effetti, prova mancante. Se dunque il giudice deve giudicare sempre, anche quando manca di prove, è del tutto evidente la*

Ao contrário do que parece, não há surpresa e nem aplicação de magia alguma, ou mesmo varinha de cordão (utilizando aqui a nomenclatura Luhmanniana). É claro, transparente e melhor previamente estipulado: quem alega deve provar e a outra parte deve produzir matéria no sentido de desmerecer o afirmado pelo requerente; do contrário, afirmar sem provar não gera consequência jurídica. Dentro da relação processual, a comunicação é, em regra, assim: quem alega prova. Não o fazer é o mesmo que se nada tivesse dito.<sup>334</sup>

À vista disso tudo, os ônus processuais são impostos às partes para realizar os seus objetivos; numa linguagem popular: são dadas tarefas aos participantes do jogo e para ganharem ponto devem cumpri-las. Por isso mesmo, quem não consegue demonstrar a veracidade das suas alegações, não estará submetido às suas consequências.<sup>335</sup>

---

*necessità di una regola che stabilisca come egli deve giudicare (ossia a chi dar ragione e a chi torto) quando manca di prove: ed è chiaro che una siffatta regola deve necessariamente ricondursi alla regola di logica e di buon senso secondo cui si deve dar torto alla parte che sarebbe stata tenuta a provare – e non ha provato – le circostanze di fatto necessarie per il giudizio, e, correlativamente, dar ragione all'altra parte.”*

<sup>334</sup> Cf. Ibidem, p. 123: “*Sennonché, per poter applicare questa regole, occorre che sia preventivamente stabilito qual è la parte che avrebbe dovuto provare le circostanze que costituiscono oggetto del giudizio; o meglio, e più precisamente, quali circostanze debbano essere provate da una parte (che pertanto è tenuta od onerata alla prova di esse) e quali dall'altra parte ( a sua volta onerata alla prova di queste ultime). Ecco dunque che la regola di giudizio per il caso del difetto di prova, si traduce, in concreto, nella regola che disciplina la distribuzione, tra le parti, d'onere della prova, ossia la regola che pone il criterio in base al quale il giudice che rileva il difetto di prova su una certa circostanza, puo e deve innanzitutto stabilire quale delle parti era onerata della relativa prova, per dedurne sanz'altro la soccombenza (sul quel punto) della parte onerata e la vittoria dell'ltra parte.”*

<sup>335</sup> Cf. Ibidem, op. cit., p. 124: “*Orbene: anche questa regola – che è enunciata nell`art. 2697 c.c., ma che può trovare una prima sintetica formulazione nelle parole Del brocardo: onus probandi incumbit ei qui dicit – è suggerita, ed anzi imposta, dalla logica del giudizio. E chiaro infatti che si chiede il giudizio su un diritto di cui `dice` o `afferma` i fatti costitutivi (v. v. I, 13), e così affronta volontariamente l'alea del giudizio su quei fatti, non può non assumere l'implicito impegno di provare ciò afferma, con la conseguente responsabilità dell'eventuale difetto o insuccesso di quella prova. L'altra parte – cioè quella che nega l'esistenza del diritto – cercherà di provare il contrario, ossia il `non accadimento` dei fatti costitutivi, ma si trova avvantaggiata nel senso che, se di quei fatti non è provato né `l'accadimento` né il `non accadimento`, riuscirà vittoriosa sulla domanda fondata su quei fatti, mentre risulterà soccombente la parte che era onerata rispetto ad essi; quella, cioè, che ha affermato, senza riuscire a provare, i fatti costitutivi del diritto. Il giudice respingerà la domanda, dichiarando inesistente il diritto affermato, con una pronuncia sulla quale potrà scendere irrimediabilmente [...]”*

O ônus opera como simplificação da complexidade processual, chamada por Pisani de “*semplificazione della fattispecie*”, cuja utilização permite ao juiz conhecer dos direitos sua base de alegação e da prova dos fatos constitutivos.<sup>336</sup> Isso porque, a norma é redutora da complexidade. Neste, tem-se como “conhecimento-regulação”, controla a reprodução e a produção das regularidades.<sup>337</sup> Noutras palavras, a norma reduz escolhas. Há várias hipóteses possíveis de serem escolhidas, a norma escolhe uma, conseqüentemente, elimina as outras.

### 3.6 A clausura operacional da realidade processual

A Teoria Sistêmica Luhmanniana faz uma analogia à teoria do conhecimento ao falar da operação do sistema como um construtivismo operativo.<sup>338</sup>

---

<sup>336</sup> Cf. PISANI, Andrea Proto. op. cit., p. 440-441: “*Sotto questo aspetto l’onere della prova opera una vera e propria semplificazione della fattispecie consentendo che il giudice possa conoscere dei diritti sulla base della allegazione e della prova dei soli fatti costitutivi (è evidente che, ove siano allegati al giudizio anche fatti impeditivi, modificativi, estintivi, essi dovranno essere conosciuti dal giudice, giacché la loro allegazione ha impedito il verificarsi in tutto o in parte del fenomeno della semplificazione della fattispecie).*”

<sup>337</sup> Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da razão indolente. São Paulo: Cortez, 2000. p. 141: “[...] *Graças à ordem positivista, a natureza pode tornar-se previsível e certa, de forma a poder ser controlada, enquanto a sociedade será controlada para que possa tornar-se previsível e certa.[..]*”

<sup>338</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 97: “*Adicionalmente partimos de que estas operaciones deben siempre pertenecer al sistema de derecho (y naturalmente pueden ser observadas desde fuera). Esto y no otra cosas es lo que afirma la tesis de la clausura operativa. Si se quisiera ajustar esto con la terminología de la teoría del conocimiento, se podría también hablar de “constructivismo operativo.”*”

A clausura operativa é necessária à construção da sua própria complexidade. Como diria Luhmann, para extrair ordem do ruído.<sup>339</sup>

A observação torna-se ponto crucial, quer nos sistemas luhmannianos, quer na decisão judicial. Pense-se que auferir com clareza a comunicação pode ser de crucial importância à emissão da próxima comunicação. Assim por diante, transportar-se este raciocínio à decisão judicial, encontrar-se-á a importância da visualização pelo juiz da realidade processual no momento da sua decisão.<sup>340</sup>

A investigação sobre o conhecer não é um privilégio dos tempos modernos. Numa conferência datada de 1973, o francês Foucault citava texto do alemão Nietzsche (escrito, por sua vez, um século antes) em que se ironizava sobre a possibilidade de se conhecer.

Nietzsche referia-se ironicamente a outro alemão Kant, como inventor do conhecimento, este que se dedicou a pesquisar sobre o conhecer em diversos prismas. A saber: o objeto do conhecimento; da naturalidade do conhecimento; da sua unidade; da verdade como resultado da investigação.

Não obstante a profundidade do estudo, em síntese, acreditava que o conhecer é um jogo, em que o resultado é a composição e a compensação entre rir, chorar e detestar. Para então, indagar-se: o que se vê (ou reutilizando a

---

<sup>339</sup> Cf Ibidem, p. 98: “*El avance de teoría consiste en la afirmación de que para que el sistema construya su propia complejidad es necesaria la clausura operativa – frecuentemente se formula como condición para extraer ‘orden del ruido’.*”

<sup>340</sup> Cf. LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. op. cit., p. 23-24: “*E così anche l’osservatore, mentre effettua l’osservazione, è il terzo escluso. Da ultimo, se si considera che osservare è sempre un’operazione che deve essere effettuata da un sistema autopoietico e che indica questo sistema in questa funzione come osservatore, questo porta ad affermare: l’osservatore è il terzo escluso del suo osservare. Nell’osservare egli non può vedere se stesso. L’osservatore è il non – osservabile, dice in modo rapido e conciso Michel Serres<sup>21</sup>. La distinzione che l’osservatore rispettivamente utilizza per indicare l’una o l’altra parte, serve come condizione invisibile del vedere, come punto cieco. E questo vale per ogni osservare, indipendentemente dal fatto che l’operazione sia psichica o sociale, che venga realizzata come processo attuale della coscienza o come comunicazione.*”

nomenclatura, o que se conhece) quando se depara com o Direito. Certamente, não se encontra a verdade e não mais necessariamente reproduz-se a ordem.

Ademais disso, a constitucionalização do Direito reforçou a sua positivação. Pouco espaço restou à Filosofia do Direito, até pela razão do Direito resumir-se às decisões. Atual face, num mundo sem faces. O Direito tornaria grotesca a concepção do conhecimento dos fundamentos, como a idéia de que um consenso sobre os fundamentos possa dar-lhe validade.<sup>341</sup>

Nesse contexto, a referência ao observador é ponto crucial na tarefa de se conhecer o Direito, quanto mais se sabe, percebe-se: menos se sabe. Na mesma linha, a premissa de transferência de conteúdo ao comando é sugestiva, contudo como afirma De Giorgi ingênua; e, portanto, a realidade pode ser tida como compreensão do que seja o Direito. Por ela, permite-se formar uma idéia de orientação aos indivíduos, mesmo pela multiplicidade de conceitos possíveis.<sup>342</sup>

Ocorre, porém, que a proporção da recursividade da operação, forma-se uma seqüência interna de operações. Por elas, tem-se um sistema operacionalmente fechado, diferenciado pelas repetições das comunicações do seu ambiente. Por essa operação, o sistema forma sua nova forma.<sup>343</sup>

---

<sup>341</sup> Cf. DE GIORGI, Raffaele. O deus com barba e o deus sem barba. In: Direito, Tempo e Memória, op. cit., p. 175. No âmbito filosófico, muito se investigou sobre a capacidade de compreensão. Dentre tantas abordagens, a de Kant merece ser ressaltada. Sobre a investigação kantiana da capacidade de se conhecer, ver MARTIN-CALERO, José Luis Colomer. La teoría de la justicia de Immanuel Kant. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1995. p. 19: “*Es casi seguro que hoy no si nos ocurriría pensar et territorio del conocimiento como una ‘isla de verdad’ – isla segura, ya explorada y delimitada – rodeada de un ‘barrascano oceano’, engañoso en su apariencia practicable, de ilusiones y planteamientos sin respuesta*”. Ver KANT, Immanuel. Crítica da faculdade do juízo. Tradução e notas Antônio Marques; Valério Rohden. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1998.

<sup>342</sup> Cf. DE GIORGI, Raffaele. O deus com barba e o deus sem barba. op. cit., p. 175.

<sup>343</sup> Cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. op. cit., p. 104 e 120, desta um pequeno trecho: “[...] *todo sistema social é sistema autopoiético fechado que opera sobre a base de comunicações*”.

### 3.7 A construção da realidade processual por meio das provas - Proposta de sistematização: Teoria dos Sistemas X Dogmática Jurídica

A operação fundamental do observador é distinguir. Por ela, é possível especificar a unidade do sistema.<sup>344</sup> O conhecer tem local primordial na doutrina elaborada pelos chilenos Maturana e Varela, os quais se referem a ela como guia do universo, por fornecer segurança aos atos do sistema.<sup>345</sup> Seja a operação de distinguir uma comunicação que formará um novo sistema, seja o próprio autoconhecimento – na nomenclatura luhmanniana, autodescrição – são realizadas por um observador.<sup>346</sup>

A cognição é um sistema, cuja organização determina um período de interação, no qual isso pode agir em modo pertinente a si mesmo. Os sistemas são propriamente cognitivos, o que lhes garante a sobrevivência.<sup>347</sup> A capacidade de

---

<sup>344</sup> MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *Autopoiesi e cognizione*. op. cit., p. 105: “Conoscere è essere capace di operare adeguatamente in una situazione individuale o cooperativa. Non possiamo parlare del substrato nel quale è dato il nostro comportamento cognitivo, e su ciò di cui non possiamo parlare, dobbiamo tacere, come indicato da Wittgenstein. Questo silenzio, tuttavia, non vuol dire che cadiamo nel solipsismo o in qualche specie di idealismo metafisico. Vuol dire che riconosciamo che noi, come sistemi pensanti, viviamo in un dominio di descrizioni, come è già stato indicato da Berkeley, e che attraverso le descrizioni possiamo aumentare indefinitamente la complessità del nostro dominio cognitivo.”

<sup>345</sup> Cf. *Ibidem*, p. 47: “L’uomo sa e la sua capacità di sapere dipende dalla sua integrità biologica; inoltre, sa che sa. Come funzione basilare psicologica e, quindi, biologica la cognizione guida la sua manipolazione dell’universo e la conoscenza dà sicurezza ai suoi atti; la conoscenza oggettiva sembra possibile e mediante la conoscenza oggettiva l’universo appare sistematico e predicibile.”

<sup>346</sup> Sobre o observador, porém, aplicado aos sistemas vivos, *Ibidem*. p. 53: “1. Tutto ciò che è detto è detto da un osservatore. Nel suo discorso l’osservatore parla ad un altro osservatore, che potrebbe essere lui stesso; tutto ciò che si applica all’uno si applica anche all’altro. L’osservatore è un essere umano, cioè, un sistema vivente, e tutto quello che si applica ai sistemi viventi si applica anche a lui.”

<sup>347</sup> Tal premissa é referência no pensamento de Maturana e Varela, que, piamente, defendem como condição de sobrevivência para os sistemas vivos a cognição. *Ibidem*, p. 59: “1. Un sistema cognitivo è un sistema la cui organizzazione determina un dominio di interazioni nel quale esso può agire in modo pertinente al mantenimento di sé stesso, ed il processo di cognizione è effettivo (induttivo) agire o comportarsi in questo dominio. I sistemi viventi sono sistemi cognitivi, e il vivere in quanto processo è un processo di cognizione.”

receber comunicações de outros sistemas é proporcional à sua condição de interação, seja com o sistema social global, seja com os outros subsistemas.<sup>348</sup>

A sistemática processual é conduzida para o momento de aplicação do Direito material à realidade fática, materializada na decisão. Para tanto, o julgador precisa de comprovação das afirmações feitas por ambas as partes.<sup>349</sup> Normalmente, autor e réu expõem as suas razões, respectivamente, na petição inicial e na contestação. Neste contexto, a prova é tida, por Francesco Luiso, como instrumento idôneo a convencer o juiz da verdade afirmada.<sup>350</sup>

Dentro da teoria geral da prova, são várias as questões a serem enfrentadas, entre essas, destaca-se: o real conteúdo da verdade. Há diferença entre verdade formal e verdade material? Sem dúvida alguma, a maior inquietação – e que de antemão já se adverte que não se chegará à resposta: existe uma verdade universal?

O curioso do estudo da valoração probatória é a questão subjetiva que paira sobre ela. Justamente, por conta disso, encontra-se uma necessidade imanente de deixar a dimensão jurídica do tema e enveredar por outros ramos da

---

<sup>348</sup> Em referência especificamente aos sistemas vivos, ver *Ibidem*, p. 87: “1. Il dominio cognitivo è l’intero dominio di interazione dell’organismo. Il dominio cognitivo può essere ingrandito se vengono generati nuovi modi di interazioni. Gli strumenti allargano il nostro dominio cognitivo.”

<sup>349</sup> Ver BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003. p. 1-2.

<sup>350</sup> Cf. LUISO, Francesco Paolo. *op. cit.*, p. 103: “Se, dunque, vi sono dei fatti, allegati dalle parti, che è necessario provare, occorre fornire al giudice gli strumenti per sapere se i fatti allegati sono effettivamente venuti ad esistenza. Lo strumento, per acquisire quel tanto di certezza che serve per affermare l’esistenza o l’inesistenza dei fatti storici allegati, è dato dalla prova. La prova, quindi, è quello strumento idoneo a convincere il giudice della verità di quanto affermato dalle parti nel processo.”. Ver também TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 1: “1. Introduzione: prova e verità. – Al fondo delle concezioni che nei vari ordinamenti si riferiscono alla prova giudiziaria vi è di solito l’idea che nel processo si tratti di stabilire se determinati fatti si siano o no verificati, e che le prove sirvano appunto a risolvere questo problema.”

ciência, à guisa de exemplo, menciona-se a Epistemologia e a Psicologia.<sup>351</sup> Não obstante a necessidade de uma visão interdisciplinar, é comum encontrar-se, numa perspectiva dogmática, o sistema de provas, pensado num sistema orgânico e fechado de regras jurídicas.<sup>352</sup>

De maneira alguma, tenta-se questionar a legitimidade da análise recursiva da prova, qual seja: o estudo somente nas regras jurídicas. Muito pelo contrário, tem-se uma necessidade de buscar amparo noutros ramos científicos, tendo em vista que a prova é ligada às diversas dimensões, mormente as do sistema psíquico. Por conseguinte, buscar-se-á, numa teoria sociológica - especificamente a de Niklas Luhmann -, uma nova perspectiva.<sup>353</sup>

Ao se falar em prova, o primeiro tema que se vem à mente é o da verdade. Seria como se as provas colhidas dentro do processo sempre – ou rotineiramente – demonstrassem a verdade dos fatos: um completo despautério! A verdade é uma situação tão subjetiva e quase que inatingível, que ela própria motiva a criação da verdade, com intuito de montar dentro do sistema social algo palpável e

---

<sup>351</sup> Cf. TARUFFO, Michele. op. cit., p. 2: “*Un primo problema deriva dal fatto che il tema della prova si presta assai meno di altri a lasciarsi esaurire nella dimensione giuridica, e tende invece a proiettarsi al di fuori di essa e a penetrare in altri campi, della logica, dell’epistemologia e della psicologia.*”

<sup>352</sup> Cf. Ibidem, p. 2: “*Non era così per il modello ideale della prova tipico del diritto comune dell’Europa continentale: il sistema della prova legale era infatti pensato come un insieme organico, chiuso e completo di regole giuridiche capace di esaurire ogni aspetto della prova di fatti in giudizio. In questo sistema poteva trovar spazio una concezione solo giuridica della prova, se non altro perché ogni criterio o regola attinente alla prova tendeva ad assumere la veste di regola giuridica, ad opera della dottrina e della giurisprudenza quando non vi provvedeva direttamente il legislatore.*”

<sup>353</sup> Ver sobre a necessidade de analisar-se o tema provas sob outros aspectos que não apenas os das regras jurídicas, Ibidem, p. 3: “*Naturalmente rimangono possibili e legittimi le analisi giuridiche del diritto delle prove: esse però sono per definizione parziali perché riguardano solo una dimensione, per quanto importante, del fenomeno della prova. Questo, invince, postula necessariamente anche il ricorso a metodi trattati altri campi del pensiero, in quanto rinvia, necessariamente a problemi di ordine generale che per l’appunto non possono più essere sensatamente rinchiusi entro un insieme di regole giuridiche, ne compressi con il solo ricorso alle nozioni e alle tecniche della interpretazione giuridica. Il tema della prova ha cioè la peculiare caratteristica di rinviare immediatamente e senza scampo fuori del processo, ed anche fuori del diritto, chi di esso voglia avere una visione non marginali solo in quanto sia integrata da una adeguata analisi degli aspetti extra-giuridici del problema dell’ accertamento del fatto.*”

capaz de mostrar o porquê de tal decisão tomada pelo juiz na sentença. Em outras palavras, o Sistema Jurídico cria uma verdade ao produzir uma comunicação jurídica.<sup>354</sup>

O processualista Michele Taruffo explana sobre a problemática de se conceituar a verdade dos fatos alegados no processo. Ele ressalta que, entre tantos obstáculos, é importante a relação entre a verdade formal e a real. Surgem, logo, as questões: será que a mesma verdade pode ser encontrada nos dois planos ou são prismas diversos? Problema complexo e pouco enfrentado pelos juristas, porquanto, normalmente, busca-se traçar uma diferenciação entre verdade processual e a material.<sup>355</sup>

O exercício da advocacia demonstra que nos litígios civis é comum encontrar situações em que ambas as partes têm razão. Pelo menos, têm certeza que sim. Tudo porque, a verdade é uma criação, ou seja, é uma realidade construída, a qual os fatos são de acordo e na devida proporção com a carga mental de quem a cria.

Caso análogo é o de um atropelamento: experimente conversar com as testemunhas; com certeza, encontrará diversas versões para o mesmo fato. Até por isso, não dá para não se questionar como se pode exigir ou mesmo esperar a existência de verdade absoluta, visto que primeiro deve-se indagar: qual verdade? A verdade de quem?

---

<sup>354</sup> Cf. *Ibidem*, p. 3: “*Posto che si vada al di là della mera esegesi delle norme che regola non le prove, il problema che inevitabilmente si incontra è quello della verità dell'accertamento dei fatti nell'ambito del processo come si è accennato all'inizio, si è abituare a pensare che le prove servano a stabilire se e quali fatti rilevanti per le decisioni si sono davvero verificati, ossia a fondare e controllare la verità delle affermazioni che hanno questi fatti per oggetto. Tuttavia, una volta instaurato il collegamento funzionale tra prova e verità dei fatti della causa il problema non solo non si esaurisce, ma si arricchisce anzi di una nozione ancor più complicata, variabile e per certi aspetti sfuggente.*”. Sobre a criação da verdade na relação processual, ver CARNELUTTI, Francesco. *op. cit.*, p. 18.

<sup>355</sup> Cf. TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 5.

Ou, ainda, seria como menciona Michele Taruffo: a verdade processual está ligada às escolhas filosóficas, questionadoras sobre a verdade. O referido processualista identifica a necessidade do operador do Direito escolher uma opção filosófica para ter definido o conceito de verdade. Daí então, aplicá-la ao processo.<sup>356</sup> Ele comenta sobre a outra razão que encontra para conceituar a verdade dos fatos. Segundo Taruffo, seria a sua colocação dentro do estudo teoria geral do processo, porque ao se pensar que nada tem a ver o processo com a pesquisa sobre a verdade dos fatos, por conseguinte, a única verdade que lhe interessa é a conferida na sentença pelo juiz.

Falar de verdade – seja em âmbito processual ou não – impulsiona a investigação sobre as diversas formas de conhecimento, até mesmo para negar o real conhecer, num prisma realmente cético, cujo conteúdo leva à própria ideologia conhecida por ceticismo.<sup>357</sup>

Não são poucas as afirmações sobre a impossibilidade de descobrir a verdade absoluta. Essa idéia é voltada para uma filosofia cética. Com efeito, o que se deveria tentar construir dentro do processo é uma nova realidade, por meio de

---

<sup>356</sup> Cf. *Ibidem*, p. 5: “*In altri termini: il giurista non riesce più a stabilire che cosa sia la verità dei fatti nel processo, e a che cosa servano le prove, senza affrontare scelte filosofiche ed epistemologiche di ordine più generale. L’espressione ‘verità materiale’, e le altre espressioni sinonime, diventano etichette prive di significato se non si ricollegano al problema generale della verità. Da questo punto di vista, il problema della verità dei fatti nel processo non è che una variante specifica di questo problema più generale.*”

<sup>357</sup> Ver *Ibidem*, p. 7: “*Un modo per negare che nel processo possa aver luogo un accertamento veritiero dei fatti consiste nel negare che in linea di principio sia possibile stabilire la verità di anche. L’impossibilità della verità nel processo si configura, in altri termini, come un caso scetticismo filosofico radicale che esclude la conoscibilità della realtà. Sono ovviamente numerose le opzioni filosofiche in base alle quali si può negare la possibilità di una conoscenza attendibile della realtà: basta pensare alle molte speci di idealismo e di irrazionalismo che percorrono a varie riprese la cultura occidentale per avere un ricco ventaglio di teorie dalle quali derivano forme di scetticismo filosofico più o meno radicale quanto al problema della conoscenza, e dalle quali quindi può trarre fondamento teorico la negazione della possibilità di un accertamento veritiero dei fatti nell’ambito del processo.*”

uma clausura operacional. Por isso mesmo, utiliza-se da produção de provas. Por elas, o sistema social cria a sua própria verdade.<sup>358</sup>

Neste trabalho, não se objetiva entrar na tão complexa celeuma da existência ou não de verdade absoluta. Muito menos, nos direitos naturais nas mais diversas diferenciações ou, ainda, questionar qualquer proposição feita pelos filósofos pós-modernos. O prisma é outro, não se pretende atacar qualquer que seja a corrente filosófica, porém simplesmente se almeja conotar como é difícil atingir a verdade, e quando supostamente nos deparamos com ela, não temos como auferir com certeza se estamos frente a ela ou não. Motivo pela qual, devem se criar parâmetros para ser possível um julgamento.

Taruffo relata uma minuciosa pesquisa nos campos da Psicologia e da Sociologia, donde se pode concluir como são complexos os movimentos que faz o cérebro, da dimensão de poder ou não concluir sobre a verdade. Ainda, comenta que mesmo as construções científicas, ou meros sentidos humanos cognitivos, não são baseados em questões objetivas, mas, sim, em valores subjetivos de quem as construiu. Deste ponto, é fácil transpor essa negação ao processo<sup>359</sup> e fazer alusão

---

<sup>358</sup> Cf. *Ibidem*, op. cit., p. 7: “*La negazione della verità nel processo civile. – Un orientamento molto diffuso esclude che nel processo, e in particolare nel processo civile, sia possibile conseguire un accertamento veritiero dei fatti. Talvolta questo orientamento rimane implicito o si esprime in forme generiche: è il caso del corrente scetticismo avvocatesco, per il quale non avrebbe senso parlare di accertamento della verità in giudizio. Questo atteggiamento è generalmente inarticolato e privo di giustificazioni razionali, ma non va trascurato perché non di rado condiziona surrettiziamente le teorie della prova e del processo.*”. Nota de rodapé n. 17: “(17) Non di rado i teorici sono anche pratici, e di solito lo sono in qualità di avvocati. Diventa allora difficile separare la pratica professionale dalla teoria, ed anzi è spesso evidente che la teoria è figlia fedele della pratica professionale più che di opzioni filosofiche. Donde la conseguenza che anche nel ‘teatro delle teorie’ compaiono personaggi equivalenti a quelli del ‘teatro della professione’ di cui si parla nella n. precedente. Spesso, infatti, è lo stesso attore a recitare la stessa parte nei due teatri.”

<sup>359</sup> Cf. *Ibidem*, p. 15: “*Della prima si usano in particolare i dati che mostrano la fallibilità, l'impressione, la complessità e la variabilità delle attività cognitive, per derivarne la conseguenza che quindi non si può avere conoscenza veritiera dei fatti, in generale ed in particolare nell'ambito del processo. Della seconda si usano le analisi che attengono ai procedimenti di ‘costruzione della realtà’ ai relativi condizionamenti sociali per mostrare come non vi sia nessuna forma ‘oggettiva’ della realtà, e quindi come non si possa ipotizzare che una conoscenza di questo genere si verifichi nel processo.*” Anteriormente a isso, precisamente à página 12, Taruffo relata a sua conclusão de que a

ao pensamento Kantiano, em que se aufere, por meio do método transcendental, o conteúdo irracional da realidade.<sup>360</sup>

### 3.8 O papel do juiz (observador) frente à realidade processual

Produzidas as provas, caberá ao julgador apreciá-las e valorá-las, pesando cada uma delas, para ao final poder valer-se de um juízo valorativo e fundamentar a sua decisão. Para isso, a princípio, esclarecem-se dois sistemas de entendimentos opostos: o das provas legais, tarifadas ou positivas, e o da livre convicção do juiz.

A renúncia pelo legislador da possibilidade do julgador valorar a prova é encontrada em diversos pontos da história, como no processo formulário romano, donde se aufere livre valoração. Em outros momentos, encontram-se sistemas mais

---

impossibilidade do homem realmente conhecer a verdade parte do pressupostos chegados por correntes filosóficas, para as quais a consciência é uma construção mental que muitas vezes não está ligada aos fenômenos do mundo real.

<sup>360</sup> Ver BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 98: “A intervenção da filosofia kantiana na tormentosa controvérsia metodológica consiste, segundo Windelband, em pesquisar a racionalidade do universo e da Vida nos mais profundos recessos da consciência e daí determinar, em todas as direções, o conteúdo irracional da realidade. O método que ele propõe à realização desse fim se chama crítico ou transcendental.<sup>19</sup> É o mesmo Kant que o defende: “chamo transcendental todo o conhecimento que não se preocupa tanto de objetos, como do nosso modo de conhecer os objetos, na medida em que isso seja possível a priori”. Daí extrai Vorlaender três condições: o método transcendental se ocupa de objetos; o método transcendental não se ocupa diretamente de objetos, mas do “modo de conhecê-los”; o método transcendental visa a determinar a possibilidade apriorística das leis que governam o conhecimento do objeto.” Ver Ibidem, p. 98. Em sentido contrário, na doutrina processualística, encontra-se palavras no sentido de que o processo não deve, nos dias atuais, contentar-se com a verdade formal. É preciso, segundo ainda esta doutrina, investigar a verdade real dos fatos. Ver BUENO, Cassio Scarpinella. op. cit., p. 110-111.

ou menos rígidos, noutros muito rígidos.<sup>361</sup>

Um sistema de valoração das provas bem rígado é o das provas legais. Ele se refere à lei que fixa aprioristicamente o valor e a eficácia de cada meio de prova; desta forma, ficam estabelecidas na lei o efeito probatório, a plenitude ou não de cada uma delas. O juiz, nesses casos, não tem poder “discricionário” algum, fica condicionado a obedecer a normas legais, analisando de forma exata o valor de cada meio de prova, ou seja, cada prova já vem valorada pela legislação, não cabe ao julgador tal valoração. É como se o legislador falasse que uma testemunha vale dois créditos e um documento assinado por duas testemunhas valesse três, então se o litigante estivesse com a última prova e, por sua vez, o outro possuísse a primeira prova, o detentor da prova mais valorosa sairia vencedor do litígio.<sup>362</sup>

A adoção pelo Sistema Jurídico do princípio da livre valoração probatória é uma opção por uma construção da realidade processual pelo procedimento processual, em que o juiz – como principal observador da prova – tem papel fundamental na comunicação jurídica emitida pela decisão. De qualquer

---

<sup>361</sup> LUISO, Francesco Paolo. op. cit., p. 106-107: “Quando una prova è liberamente valutabile, il legislatore rinuncia a porre delle regole anche solo tendenziali, per la valutazione di attendibilità. Storicamente abbiamo esperienze in cui il legislatore interviene, in maniera più o meno rigida, nel disporre tutta una serie di criteri di valutazione delle prove. Anche qui si può constatare come se sia una sorta di flusso e riflusso storico. Ad es., nel processo formulare romano non esistevano regole per la valutazione della attendibilità delle prove. Nel diritto comune, invece, si è avuta una larga esperienza di prove legalmente prevalutate, soprattutto per quanto riguarda la prova testimoniale: svariate regole orientavano il giudice nel valutare l’attendibilità del testimone (la più famosa era ‘unus testis, nullus testi’: il fatto affermato da un testimone non si considerava sufficientemente provato, ma occorreva che più di un testimone ne affermasse l’esistenza).”

<sup>362</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciário cível e comercial. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 354: “o juiz não pondera as provas não indaga do seu legítimo e real merecimento, limita-se a aplicar a lei aos casos particulares”. Ver LUISO, Francesco Paolo. op. cit., p. 108: “Al contrario della prova liberamente valutabile, per la prova legale il legislatore individua la regola di valutazione, stabilendo che, al verificarsi di quel determinato presupposto, il giudizio deve essere di attendibilità della prova.” À frente, o processualista italiano comenta que a diferença entre a prova legal e a de livre valoração não está no maior respeito a uma em relação à outra, mas no vínculo que se tem àquele valor normativo e não há quanto a liberdade. Com as suas palavras: “La differenza tra una prova legale ed una prova libera non sta quindi nella maggiore efficacia dell’una rispetto all’altra, ma sta nel vincolo che attiene a quelle legali e non a quelle libere; infatti, una volta che prove di entrambi i tipi risultino attendibilibi, ambedue sono ugualmente idonee a dimostrare l’esistenza del fatto, da esse rappresentato. Ciò vuol dire, in particolare, che, laddove si tratta di prove in senso proprio, una sola prova (anche se liberamente valutabile), è sufficiente a provare il fatto.”

forma, é inegável a importância da mudança de paradigma proporcionada pela livre convicção do juiz, quando comparada à valoração legal da prova.<sup>363</sup> Sistema este em que o convencimento pessoal sobre a prova não importa, inclusive, nem mesmo opinar pode. Tem que se despir de suas opiniões pessoais e se ater apenas ao já previsto em lei.<sup>364</sup>

Em contrapartida, o sistema de livre convicção, ou do livre convencimento, encontra a sua origem no Direito Romano, onde se garantia ao juiz a liberdade de valorar as provas de acordo com sua consciência.<sup>365</sup> Nesse sistema, não ficaria o julgador preso às regras pré-estipuladas, cabe-lhe valorá-las de acordo com sua convicção.<sup>366</sup> Isto, contudo, sem vínculo a qualquer formalismo, há, igualmente, necessidade de prestar satisfação ou fundamentar os motivos da sua decisão.

Para esse sistema, há liberdade ao julgador diante da valoração das provas produzidas, não sendo obrigado nem ao menos justificar a sua decisão. Quanto ao sistema do atual Código de Processo Civil, nota-se que o mesmo não optou por nenhum dos direcionamentos ora demonstrados. Verifica-se que a legislação transformou os dois posicionamentos extremos num intermediário, ou seja, abraçou um terceiro sistema, o da convicção condicionada, ou do

---

<sup>363</sup> Cf. TARUFFO, Michele. op. cit., p. 2: "*L'affermazione del principio della libera valutazione delle prova implica, com'è noto, una serie di radicali mutamenti rispetto ai sistema di diritto comune, tra questi assume qui particolare rilievo il fatto che viene posto in crisi il principale nucleo del sistema della prova legale, ossia la disciplina giuridica dell'efficacia della prova.*"

<sup>364</sup> Cf. PINA, Rafael de. Tratado de las pruebas civiles. México: Editorial Porrúa, 1975. p. 62: "*Sea cualquiera la convicción que le juez objenja del resultado de la prueba, no prevalece si no coincide com la valoración legal fijada em la ley.*"

<sup>365</sup> MIRANDA, Vicente. op. cit., p. 219.

<sup>366</sup> LESSONA, Carlos. Trattato delle prove in materia civile. Torino: Utet, 1927. p. 220: "*La verità giuridica pende per intero della coscienza del giudice, che non è vincolato da alcuna regola legale.*"

convencimento racional, ou da persuasão racional. Por sinal, é o mais adotado na maioria dos países.<sup>367</sup>

Essa posição tem amparo no artigo 131 do Código de Processo Civil, o qual dispõe: ao juiz será livre para apreciar a prova, em conformidade aos autos, mesmo não a sendo alegada pelas partes, não obstante deverá fundamentar na sentença dos motivos motivadores da sua convicção.<sup>368</sup> Por conseguinte, o juiz tem liberdade para apreciar e valorar a prova produzida, e, com isso, conceder maior valor a uma perícia do que aos depoimentos das testemunhas, ou vice versa.<sup>369</sup>

A livre convicção deve estar submetida aos autos, ou sob o prisma do trabalho: a realidade construída em âmbito processual.<sup>370</sup> Submete-se, deste modo, o convencimento judicial às regras legais sobre forma e prova dos atos jurídicos. Mas, nada impede que, na busca da sua convicção, o juiz possa atribuir aos autos a sua experiência adquirida ao longo de sua trajetória.

Nessa perspectiva, poderá o juiz valer-se do conhecimento pessoal, adquirido fora dos autos, consistente nas chamadas “regras de experiência”; desta forma, num acidente de trânsito, no qual se discute a cor dos veículos, o juiz preferirá uma testemunha com visão normal, àquela daltônica, baseia-se em regra de experiência.

---

<sup>367</sup> LUISO, Francesco Paolo. op. cit., p. 33 faz uma breve constatação dos sistemas de provas, numa perspectiva histórica e atual, onde fala de diversas formas de valoração da prova. Ressalta o da prova legal, todavia, afirma: “*Nel passaggio agli ordinamenti moderni, il legislatore ha adottato, salvo eccezioni, il principio opposto. Ma dire che la prova è liberamente valutabile non equivale a dire che il giudice deve credere a tutto quello che viene acquisito al processo e che, quindi, può esonerarsi dal valutare l’attendibilità della prova. Anzi, di fronte ad una prova liberamente valutabile il giudice deve porsi il problema della sua attendibilità, e deve enunciare i criteri in base ai quali la valuta attendibile o inattendibile.*”

<sup>368</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 359.

<sup>369</sup> Ver Revista dos Tribunais. n. 541. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 207.

<sup>370</sup> CARNELUTTI, Francesco. op. cit., p. 23

Neste contexto, salutar é a disposição de que o juiz deverá indicar, na decisão, os fundamentos motivadores do seu convencimento. Dessa forma, garantir o princípio de imparcialidade do juiz e do princípio de igualdade entre as partes, porque poderá ser evidenciado o trajeto do processo quanto à valoração da prova produzida.<sup>371</sup>

Ao valorar, utilizar-se-á o juiz de todos os instrumentos da lógica, como o silogismo, a indução e a dedução. Ele aplica às regras da lógica comum ou geral, pois a atividade valorativa é também uma operação intelectual.

Atente-se que esse poder judicial de valoração não se exerce somente por ocasião da sentença, mas acontecerá em todo momento processual, no qual o julgador tiver de proferir qualquer decisão sobre fatos constantes dos autos. Tudo isso leva a doutrina processualística alertar da necessidade de estudar a prova em prisma não apenas jurídico, precipuamente num sistema – como o vigente, vale citar – em que o papel do juiz, como valorador da prova, toma grande proporção.<sup>372</sup>

Numa determinada visão, a Filosofia pode ser vista como uma busca pela verdade e, sob este aspecto, a teoria da prova é um dos mais densos assuntos, estando umbilicalmente ligada à investigação do espírito humano.<sup>373</sup> A idéia de

---

<sup>371</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit., p. 190: “(...) as partes poderão, mesmo deverão, elucidar, fornecer subsídios para a avaliação, mas é o juiz quem a faz e, errada ou certa, é a única admissível no processo”. Ibidem, p. 352.

<sup>372</sup> Cf. TARUFFO, Michele. op. cit., p. 2-3: “La valutazione della prova viene sottratta all’area delle regole giuridiche nel momento in cui viene attribuita al giudice invece che al legislatore: diventa così evidente che il fenomeno della prova non può (o non può più) risolversi nelle norme che lo regolano. Più in generale, diventa, impossibile definire ed analizzare compiutamente la prova collocandosi esclusivamente all’interno della dimensione giuridica del problema.”

<sup>373</sup> Já ensinava Bordeaux que :“(...) a teoria da prova em geral, é um dos mais vastos assuntos abertos à investigação do espírito humano; a filosofia inteira nele se compreenderia, pois que ela tem por finalidade o descobrimento da verdade”. Revista de processo, n. 10, p. 190. Também ARONNE, Ricardo, O princípio do livre convencimento do juiz, passim.

prova é ligada ao conhecer, que, por sua vez, é cerne da Teoria do Conhecimento.<sup>374</sup>

A valoração da prova é o meio pelo qual se chega à resolução da lide. No momento do julgamento, a interpretação de cada indício probatório pode alternar-se de pessoa para pessoa. Ainda assim, é a prova que direciona o sentido da decisão. O sistema de valoração de provas de cada ordenamento é a bússola da comunicação jurídica. O CPC pátrio adota o sistema do livre convencimento do julgador, ou seja, o julgador pode valorar as provas de acordo com seu convencimento pessoal. Entretanto, sempre justificando seu entendimento. Conforme dispõe o artigo 131 do Código de Processo Civil: o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; contudo, deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

O juiz sempre se utiliza da valoração pessoal em seus julgamentos, sendo natural que ocorra desta forma, todavia, deve ater-se sempre às circunstâncias dos autos.<sup>375</sup> Por tudo isso, a norma regulariza esse procedimento esculpindo, inclusive, o limite para o livre convencimento. Nessa ótica, o julgador pode, e deve avaliar livremente a carga probatória aos autos anexados; no entanto, sempre em respeito à legislação pátria o que acarreta, entre tantas coisas, motivação às suas decisões, nos termos da previsão constitucional (artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988).

---

<sup>374</sup> Ver LESSONA, Carlos. op. cit., p. 32: "*(...) a Ciência do direito, deixando a psicologia o estudo dos órgãos do conhecimento humano e à lógica o dos processos intelectuais íntimos com os quais o homem emprega os órgãos cognoscitivos para chegar ao conhecimento, limita-se a reconhecer uma necessidade prática, isto é, que nas demandas necessário é provar os fatos alegados*".

<sup>375</sup> Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de. op. cit., p. 517.

O convencimento livre motivado do julgador surgiu após a Revolução Francesa, consigo trouxe a adoção racional como método de hermenêutica. A Revolução influenciou a essa nova era. Antes dela os julgadores não estavam atrelados à lei, sendo a convicção íntima do julgador o sistema de valoração probatória.<sup>376</sup> A falta de critério na valoração das provas acabava beneficiando a aristocracia francesa, em incentivo à revolução.<sup>377</sup>

Com o seu término surgiu uma forte corrente política que terminou com a normatização de tudo. Chegou Montesquieu a afirmar: o juiz deveria ser um ente inanimado, mero repetidor de leis. Em verdade, temia-se um magistrado que não cumprisse as leis e se aliasse a parcela da sociedade, tornando-se parcial.

A única hermenêutica permitida era fundada na lógica formal aristotélica. Considerava-se bom o juiz que agisse na forma do brocardo *optima lex quae minimum relinquit arbitrio judicis* (em quanto mais perfeita a lei quanto menor o arbítrio deixa ao juiz).

Então, levantou-se a doutrina, apoiada pelos pretórios, defendendo que a jurisprudência tinha um papel muito importante e deveria caminhar para frente como o mundo dos fatos.<sup>378</sup> Com o decorrer do tempo, as novas idéias foram ao pensamento da maioria, evoluindo no sentido de que o judiciário deveria se fundar em posições mais lúcidas. Ampliam-se os poderes dos juízes, sob a ótica de que cabe ao magistrado integrar valor normativo com a valoração humana. A partir daí, aparece um sistema novo, no qual se valoriza a convicção racional do juiz. Posteriormente, essa forma de livre convicção motivada integrou o Direito Processual Civil, consignado no princípio do livre convencimento motivado do juiz. A

---

<sup>376</sup> ARONNE, Ricardo. op. cit., p. 19.

<sup>377</sup> Ibidem, op. cit., p. 19.

<sup>378</sup> Ibidem, op. cit., p. 20.

observação externa pode resultar em incongruências, é um objeto que deve descrever a si mesmo, sob pena de equivocar-se quanto ao objeto.<sup>379</sup> Tais máximas levam a reconhecer que a rotineiramente chamada de teoria do direito nasceu da conexão entre a autodescrição do Sistema Jurídico. Trata-se, outrossim, de conexão entre as autodescrições do Sistema Jurídico.<sup>380</sup>

### 3.9 A justiça possível da decisão judicial

O vernáculo corrente no cotidiano forense diz respeito à justiça ou à injustiça de determinada decisão. Apesar disso, pouco se questiona a respeito do conteúdo da expressão justiça?<sup>381</sup> Pesquisa esta, fundamental, mormente porque,

---

<sup>379</sup> LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 70: “*Debemos interrumpirlas aquí, con la aclaración de que una adecuada teoría sociológica del derecho puede utilizar las ventajas de la observación externa: no estar obligada respetar ni normas internas, ni costumbres, ni requisitos de comprensión. Todavía más la observación externa puede tabajar con perspectivas incongruentes. Com todo, no debe equivocarse con respecto al objeto. Es decir: debe describirlo tal y como lo entendien los juristas. Su objeto es um objeto que se observa y se describe a sí mismo. El compromiso con la autoobservación y la autodescripción del objeto es condición de posibilidad de una razonable descripción científica, realista e incluso, me atrevería a decir, empíricamente adecuada. De outro modo habría que tener el valor de negar que en el derecho existen autoobservaciones y atodescripciones.*”

<sup>380</sup> Ibidem, p. 71: “*Estas reflexiones obligan a reconocer que aquello que existe como teoría del derecho há nacido en conexión con las autodescripciones del Sistema Jurídico. Se trata de esfuerzos teóricos que aunque tengan disposición a la crítica respetan, en primer lugar, el derecho y declaran su adhesión a las obliaciones de las normas correspondientes. Esto es válido tanto para las teorías jurídicas em sentido estrecho – las que se han desarrollado a partir de la práctica casuística y que refieren sus reglas a principios generales como, por ejemplo, el pricipio de la confianza-; como también para las teorías de reflexión sobre el Sistema Jurídico – las que representan el valor específicamente próprio de la producción del derecho y el sentido de su autonomía.*”.

<sup>381</sup> Na temática justiça, pode-se encontrar as mais diversas posições sobre o tema. Tanto isso no plano da Teoria do Direito, da Filosofia ou mesmo da Sociologia Jurídica. Entre tantos, convém mencionar Hans Kelsen: debruçou-se no assunto de forma exauriente, possui diversos trabalhos. Para o mestre de Viena, a justiça absoluta não é cognoscível pela razão humana. Sendo, pois, o ideal de justiça algo subjetivo, chegando, outrossim, à beira da irracionalidade. Diferencia ciência de valores. Conclui pela idéia de neutralidade. Ao presente, ressalta-se livros já traduzidos ao Português:

atualmente, não há que se falar em justiça como no passado. Aonde, com frequência, encontram-se diversos significados ao conceito de justiça. Muitas vezes, imposto pelo Estado, pela Igreja, ou mesmo por senhores feudais.

O desenvolvimento do homem, do Estado e do Direito, de fato, alterou por completo o contexto social e com ele a idéia do justo.<sup>382</sup> Por conta dessa alteração, nos dias hodiernos, seguramente se afirma que o Direito não vem mais fundamentado em valores imutáveis. Pelo contrário, por assim dizer, a constante alternância do seu conteúdo passa a legitimá-lo.<sup>383</sup>

Essa alteração paradigmática interfere demasiadamente no processo de decisão legal. Doravante, não se pode limitar às interpretações das normas, e sim, à possibilidade decisional das controvérsias jurídicas, isso em todos os âmbitos.<sup>384</sup> Tudo isso porquanto, pela teorização proposta por Luhmann, não há que se falar em justiça mediante a conquista da igualdade, ou mesmo de valores outrora concebidos como imutáveis. Na sociedade complexa, isto é, naquela em que a

---

O que é justiça? - Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998; O problema da justiça – 3. ed. – tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998; A ilusão da justiça. – Tradução Sérgio Tellardi – 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Ao contrário, por sua vez, John Rauls, valora a justiça. Colocando-a, como condição da manutenção às leis. Significa dizer: leis e instituições devem ser reformadas ou abolidas quando são injustas. Porém, ressalta ser uma injustiça tolerável se for crucial para evitar injustiça maior. RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Sobre a justiça, à p. 7, transcreve o seguinte trecho: “*Para nós o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social*”.

<sup>382</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. La differenziazione del diritto. op. cit., p. 315. Ver ainda, ora sob o foco das decisões judiciais, mas também num enfoque histórico WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Brevíssima Retrospectiva Histórica, Para Desembocar no Estado de Direito, No Direito Codificado e Na Tripartição das Funções dos Poderes (O princípio da legalidade e a Necessidade de Motivação das Decisões). In: Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.13-98. Identifica-se, ainda, na Revolução Francesa – sob a falsa ideologia de fraternidade, igualdade e liberdade – àqueles em serviço aos interesses da burguesia. Sobre a revolução francesa, consultar Claudio De Cicco, História do pensamento jurídico e da filosofia do direito. op. cit., p. 163-175.

<sup>383</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. La differenziazione del diritto. op. cit., p. 315-316.

<sup>384</sup> Cf. Ibidem, p. 319.

multiplicidade de escolhas sociais prepondera, é possível esperar uma operação de seletividade, em que os sistemas-parciais escolhem os valores que sua comunicação pontuará. A partir delas, a generalização dessas expectativas será o possível de fornecer-se ao sistema social global.

Em outras palavras, os programas são opções do Sistema Político dentro da complexidade do ambiente. Por meio delas, o Sistema Jurídico opera emitindo comunicação jurídica como intuito de garantir tais valores. Mesmo que eles não sejam cumpridos, o Sistema Jurídico deve lutar pela manutenção das expectativas, é claro combatendo as desilusões.<sup>385</sup> Isso significa dizer: o Sistema Jurídico não aceitará o seu não cumprimento como certo e continuará a lutar pela sua efetivação. Com isso, manter-se-á, no ambiente social, a expectativa de serem cumpridos os valores, inseridos pela comunicação política.

À vista desse quadro social, para o sistema de decisão corresponder melhor ao seu ambiente, o Sistema Jurídico precisa transformar a complexidade social em comunicação jurídica, para a partir daí levá-la à decisão. Somente, desta forma, poder-se-á ter uma decisão adequada.<sup>386</sup> Dito de outro modo, o subsistema do Direito absorve, pois, a complexidade e a reduz à comunicação jurídica, que, na seqüência, propicia a emissão da decisão.

---

<sup>385</sup> Cf. Ibidem, p. 348: *“Che cosa possa essere la giustizia nella società moderna, non è possibile stabilirlo in guisa dell’interpretazione di una norma o di un valore, ad esempio, mediante esegese del conto di eguaglianza, ma può risultare solo dall’accordo con altre variabili che determinano il sistema giuridico in dipendenza da determinate condizioni ambientali. Constatazione sulla giustizia dipendono, quindi, anche dal fatto che per il sistema giuridico possano essere operazionalizzate asserzioni sulla varietà, l’interdipendenza o la generalizzazione.”*

<sup>386</sup> Cf. Ibidem, p. 348-349: *“1) Un sistema di decisione corrisponde meglio al suo ambiente nella misura in cui può rappresentare al suo interno complessità esterna e portarla a decisione, vale a dire, può decidere adeguatamente. Ciò richiede una ricostruzione non solo della grandezza e della varietà dell’ambiente, ma anche delle interdipendenze dell’ambiente nel sistema. Una tale comprensione delle interdipendenze esterne, tuttavia, incontra presto difficoltà che, allo stato attuale a quello prevedibile per il futuro della tecnica della decisione, sono considerate insuperabili. Ogni sistema di decisione, perciò, retrocede su criteri e procedimenti di riduzione della complessità.”*

A própria diferenciação comunicativa, por isso mesmo, veda qualquer tentativa de manter-se aquela velha história de justiça universal. Cada sistema-parcial tem a sua própria comunicação e, exclusivamente, por ela agirá. Deste modo, o subsistema da economia comunicar-se-á pela comunicação dinheiro/não dinheiro. Respectivamente, ocorrerá o mesmo com cada subsistema. Não há que se falar noutra justiça que não a ligada à comunicação do Sistema Jurídico.<sup>387</sup>

Entretanto, para proporcionar justiça numa sociedade altamente complexa, é preciso adaptar a sua complexidade à sistêmica, vale dizer, moldar a complexidade externa ao Sistema Jurídico, conseqüentemente produzir comunicação adequada.<sup>388</sup> Ocorre, pois, que somente se produzirá complexidade adequada à medida da redução comunicativa ao código binário lícito/ilícito em modo de ser possível um decidir consistente.<sup>389</sup>

Neste contexto, a positivação do Direito proporcionou ao Sistema Jurídico diferenciação a nível de decisão que produz comunicação jurídica, isto é, ele é constituído pelas decisões numa única comunicação, cuja reiteração rende a sua autonomia.<sup>390</sup>

Toda essa exposição conceitual para afirmar que o Sistema Jurídico pode transformar outras comunicações em jurídicas e, na cadeia comunicativa, emitir outras comunicações, reduzindo a complexidade, mediante seu código binário próprio, qual seja: lícito/ilícito. Este processo é a própria justiça possível de ser proporcionada pelo sistema do Direito. Pormenorizando a questão, o sistema do Direito está imerso na sociedade, onde, por sua vez, encontram-se outros

---

<sup>387</sup> Ibidem, p. 321.

<sup>388</sup> Cf. Ibidem, p. 333-334.

<sup>389</sup> Cf. Ibidem, p. 344.

<sup>390</sup> Cf. Ibidem, p.346.

subsistemas, por conseguinte, emitindo suas próprias comunicações, na medida em que o sistema parcial do Direito é chamado a ofertar prestações a outros sistemas – como, por exemplo, quando um contrato não é respeitado – ele, recebe a comunicação do ambiente e a transforma em comunicação jurídica e, num processo reflexivo, reduz a complexidade do litígio mediante a emissão de uma comunicação jurídica.

A emissão de nova comunicação não garante, por si só, a obediência a elas. O sistema pode – e não se trata de pouca coisa – via outras comunicações da mesma natureza, fazer com que a expectativa normativa seja mantida ao longo do tempo. Significa constatar, demais disto, que a justiça proporcionada pelo sistema é voltada à transformação de outras comunicações, quando necessário, à comunicação jurídica.<sup>391</sup>

### **3.10 A decisão judicial como comunicação diferenciada**

Como referido, é Tercio Sampaio Ferraz Jr. quem descreve a evolução da dogmática, no século XIX, até a neutralidade de interesses. Por conta disso, constroe-se um distanciamento entre Direito e Política, deixa-se de lado influências estranhas ao meio, como as religiosas. A partir daí, afirmar-se-á que o Direito constroe o próprio Direito, tendo-se uma abstração que, muitas vezes, leva-o a

---

<sup>391</sup> Sobre a função do Direito na sociedade, ver *Ibidem*, p. 347: “*La funzione specifica del diritto nella società – in altro luogo L’avero caratterizzata come generalizzazione congruente di aspettative di comportamento – si lascia esprimere soltanto nella forma di requisiti ulteriori di compatibilità e adattabilità. Com la possibilità di precisare questi requisiti e di farli valere come funzione sociale contro la pressione ambientale altrimenti specificata, al giurista è da l a chancer di affermare socialmente e politicamente la sua autonomia.*”

distanciar-se da realidade. Isto, contudo, motiva o jurista a se preocupar com o Direito no seu conjunto, ligado às normas e às instituições mais do que qualquer outra coisa, notadamente por acreditar que com isso se chegará ao bem público.<sup>392</sup>

No contexto do Sistema Jurídico, outra vez sob o viés da Dogmática Jurídica, faz-se imperioso que seja ele um sistema fechado, no sentido de que não se poderão admitir as lacunas. Por essa razão, fala-se, também, num sistema como método, ligado ao dogma da ciência dogmática e daqui surge a subsunção. Afirma-

---

<sup>392</sup> Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação, p. 80: *“Notamos, assim, que o desenvolvimento da dogmática no século XIX, em termos de sua função social, passa a atribuir a seus conceitos um caráter abstrato que lhe permite uma emancipação das necessidades cotidianas dos interesses em jogo. Com isso tornou-se possível uma neutralização dos interesses concretos na formação do próprio direito, neutralização essa já exigida politicamente pela separação dos poderes e pela autonomia do poder judiciário. Além disso, no século XIX, a atividade dogmática não se vincula mais a nenhum direito sagrado, nem mesmo a um conteúdo ético teologicamente fundado, mas a formas abstratas, sobre as quais se dispõe com certa liberdade por meio de novas abstrações. Mesmo a polêmica da Jurisprudência dos Interesses – e mais tarde da Escola da Livre Interpretação – contra uma Jurisprudência de Conceitos, não muda esta situação que domina a Ciência dogmática. Ela não ocorre contra seu caráter abstrato, contra sua conceptualidade, mas somente contra uma pretensão de um dispor conceitual autônomo sobre questões jurídicas apenas de um ponto de vista cognitivo. Assim, no século XIX, a Ciência dogmática instaura-se como uma abstração dupla: a própria sociedade, à medida que o Sistema Jurídico diferencia-se como tal de outros sistemas – do sistema político, do sistema religioso, do sistema social – stricto sensu – constitui, ao lado das normas, conceitos e regras para sua manipulação autônoma. Ora, isto (normas, conceitos e regras) passa a ser o material abstrato, num grau de abstração ainda maior, o que lhe dá, de um lado, certa independência e liberdade na manipulação do direito, permitindo-lhe grande mobilidade; pois tudo aquilo que é direito passa a ser determinado a partir de suas próprias construções. Nesse sentido, Jhering fala-nos da construção jurídica, ligada, é verdade, ao direito positivo como um dado, mas capaz de lhe dar a unidade sistemática necessária para sua própria atuação. E também, nesse sentido, em “jurisprudência inferior” (a que trata da matéria jurídica em sua forma originária, tal como ela é dada) e “jurisprudência superior” (que transforma aquela matéria em noções mais altas). De outro lado, porém, paga-se um preço por isso: o risco de um distanciamento progressivo da realidade, pois a Ciência dogmática, sendo abstração de abstração, vai preocupar-se de modo cada vez mais preponderante com a função de suas próprias classificações, com a natureza jurídica de seus próprios conceitos etc.”.* Ver LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 62: *“No obstante, la teoría jurídica que se origina en la praxis misma del derecho no cumple, en el contexto del sistema de la ciencia, con lo que promete el concepto de teoría. Las teorías provenientes de la praxis son más bien un producto colateral de la necesidad que se tomen decisiones sólidas. Se puede hablar sin exageración de primacía de las consideraciones metodológicas sobre las teóricas. Las teorías agrupan los datos y ordenan el complejo material al que se enfrenta la práctica jurídica, en constelaciones cercanas de casos y problemas para de esa manera delimitar y orientar el proceso de la decisión. Por ejemplo: cuando se trata de regular una colisión de intereses considerados como legales (expropiación, estado de emergencia pública, responsabilidad por riesgos), se recomienda el desarrollo de reglas para la “ponderación de intereses” – reglas que no clasifican de antemano, los intereses involucrados como ilegales. Em cambio, cuando se trata de restituir al respectivo perjudicado el “enriquecimiento ilícito”, la praxis jurídica se ve rápidamente surcando un mar de escollos en donde no es posible controlar el curso enchando manos de principios. Apesar de ellos se deben desarrollar reglas susceptibles de aplicación reiterada que hay que fundamentar a través de puntos de vista que se pueden generalizar.”*

se, então, de atendimento à premissa maior contendo uma regra geral e a conclusão do juiz seria o caso concreto, proferida com base numa lógica formal.<sup>393</sup>

O Direito sob o prisma de uma decisão é, sobretudo, uma grande contribuição do Positivismo Jurídico. Por ele, compreende-se o papel do Estado e do Direito no seio social. Contudo, a ampliação da complexidade social acarretou a diferenciação da comunicação social, daí a assunção de novos atores sociais e, por

---

<sup>393</sup> No tema, ver FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação, p. 79 e 80: “*Em primeiro lugar, trata-se de um sistema fechado, do qual decorre a exigência de acabamento, ou seja, a ausência de lacunas. O problema das lacunas da lei aparece nas obras de juventude de Savigny, embora a ele não haja evidentemente referência expressa, com essa terminologia. A segunda característica dessa concepção, que está na base do desenvolvimento da Ciência dogmática e está implícita na primeira, revela a continuidade de uma tradição dos séculos XVI, XVII e XVIII: trata-se da idéia do sistema como método, como um instrumento metódico do pensamento dogmático no direito. A esta segunda característica é que se liga o chamado procedimento construtivo e o dogma da subsunção. De modo geral, pelo procedimento construtivo, as regras jurídicas são referidas a um princípio ou a um pequeno número de princípios e daí deduzidas. Pelo dogma da subsunção, segundo o modelo da lógica clássica, o raciocínio jurídico se caracterizaria pelo estabelecimento tanto de uma premissa maior, a qual conteria a diretiva legal genérica, quanto da premissa menor, a qual expressaria o caso concreto, sendo a conclusão a manifestação do juízo concreto ou decisão. Independentemente do caráter lógico-formal da construção e da subsunção, e sem querer fazer aqui uma generalização indevida, é possível afirmar que, grosso modo, esses dois procedimentos marcam significativamente o desenvolvimento da dogmática no século XIX (cf. Lazzaro, 1965).*” Das lacunas, tem-se que são um tema bastante interessante, gerando discenso na doutrina. Só por isto já se justifica este comentário: elas (as lacunas) são uma ausência de previsão legal para determinada situação fática. Entretanto, existem hipóteses que parecem apresentar-se de uma simples “interpretação” das leis, buscando na analogia essa harmonização. Aqui, se põe a saber se podemos falar de uma lacuna, pois, a lei, em verdade, de uma forma indireta, respondendo a questão jurídica. Existem, porém, teorias negadoras das lacunas, fundamentadas na completude do ordenamento, que se dividem nas mais diversas escolas, entre elas a Escola História, da Lógica Jurídica do Egologismo. Dentre os mais famosos defensores, temos Savigny, ver SAVIGNY, Friedrich Karl von. Sistema del diritto romano attuale. Frankfurt: Main, 1944. p. 45. Inclusive COSSIO faz o seguinte comentário sobre a posição de Savigny: “*Com ello la propria expresión ‘derecho positivo’ resultaba pleonástica; el derecho, para ser tal, no podía menos que ser positivo. Savigny percibió por primeira vez, com claridad completa, la existencia de una experiencia jurídica; supo que essa experiencia era do tipo histórico; y comprendió que el conocimiento científico del derecho solo podía basarse en essa experiencia misma*”, ver COSSIO, Carlos. Teoría de la verdad jurídica. Buenos Aires: Losada, 1954. p. 180. Já Santi Romano defendia a inexistência de lacunas, pois acreditava, que onde elas existissem não haveria o próprio direito. Ver ROMANO, Santi. Osservazioni sulla completezza dell’ordinamento statale. Módena: Ed. Sansoni, 1925. p. 178-180. Ver também FORIERS, Paul. Lês lacunes du droit problème. Bruxeles: Ed. Perelman, 1965. p. 14. Já Ernst Zitelman nega a existência das lacunas por motivo inverso do anteriormente citado; acreditando que devido a organicidade do ordenamento teria amplitude suficiente para absolver qualquer situação, ver ZITELMAN, Ernest. Las lagunas del derecho. t. 22, Revista General de legislación y jurisprudencia. Espanha: Reus, 1922. p. 54. No mesmo sentido, ver DONATI, Lacune della legge. Nuevo digesto italiano. v. 7. Milão: Milano, 1938. p. 44.

meio deles, colocou-se em cheque a estrutura rígida do Direito embasada em valores imutáveis.<sup>394</sup>

Em paráfrase a Max Weber, o Direito desencantou-se. Desta maneira, não há que justificá-lo na razão, no senso comum ou na própria racionalidade. Como diria Luhmann, a razão e o senso comum só são encontrados em pequenos grupos e não mais na sociedade como um todo, mormente da elevada complexidade social. Em movimento oposto a esse, percebe-se a Dogmática Jurídica impermeável à problematização, o que impede a sua utilização na sociedade atual, onde se faz imperioso uma cognição ampliada.<sup>395</sup>

Nesse novo ambiente social, especificamente no plano jurídico, a comunicação é peça fundamental, quer no prescrito nas normas, quer no descrito pela Ciência Jurídica. A primeira determina uma conduta a ser praticada, enquanto a segunda narra o seu conteúdo. Por esse foco, é a linguagem a base de tudo e do contrário, gerar-se-ia insegurança social.<sup>396</sup>

---

<sup>394</sup> Sobre a importância da decisão como contribuição do positivismo jurídico, ver RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. op. cit., p. 31: “A *idéia do direito como decisão é, possivelmente, uma das mais importantes contribuições do positivismo jurídico para a compreensão do papel do Estado e do próprio direito na sociedade moderna.*”. Sobre a positividade do Direito, ver LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto.* op. cit., p. 103-146, Idem. *Sociologia do direito.* op. cit., p. 225-238 e *Ibidem.* v. 2., p. 7-16.

<sup>395</sup> Cf. RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. op. cit., p. 133: “A *dogmática jurídica constitui a manifestação social mais expressiva da forma de pensar o Sistema Jurídico de modo impermeável à problematização.[...]Assim, o legado ideológico do formalismo jurídico, alcança todos os institutos processuais de movimentação funcional da estrutura jurídica, cerceando-lhes a possibilidade de uma cognição ampliada (pela problematização científica)[...]*”.

<sup>396</sup> Quando se fala em comunicação ou linguagem jurídica não há como não se fazer menção à obra *Direito, retórica e comunicação*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, da lavra do Professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior, Trabalho resultante da sua tese de Livre Docência em Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Deve-se mencionar, outrossim, que Sócrates viu na linguagem um grande manancial de dúvidas e, por conseguinte, surgiu a necessidade de uma depuração lógico-semântica; o que, por sinal, buscava fazê-lo, com muita freqüência, em seus diálogos e debates em praça pública. Ver a respeito ZELLER, Édouard. *La philosophie des grecs considérée dans son développement.* Tradução de Edouard Boutroux. Paris: Hachette, 1884. Na apologia feita a Sócrates por seu principal discípulo Platão, vislumbra-se como o mestre utiliza as palavras com alto grau de domínio da linguagem. Tal trabalho é um marco no pensamento Socrático, por conotar como pensou e agiu Sócrates. Justamento por isso percebe-se a vivência dos seus ensinamentos; poderia, ele – Sócrates- utilizar-se da sua superioridade intelectual para sensibilizar os cidadãos atenienses o que não o fez e mais transforma – ou melhor, ratifica – a sua vida num

Numa vertente sociológica, o Direito é tido como um fato social e a linguagem é o seu veículo de expressão, seja a constante nas normas, seja a produzida pela sua ciência, cujo objeto de seu conhecimento são aquelas. Enquanto as normas estão no mundo do Direito Positivo, a citada descrição está no conhecimento jurídico. Por isso, ao Direito a tecnicidade e a prévia convenção da comunicação são imprescindíveis ao cumprimento do seu mister.<sup>397</sup>

---

exemplo de confiança pelos seus ideais, dando pelo conteúdo do seu discurso uma grande lição a toda humanidade. Ver sobre o tema PLATÃO, *Apologia di Socrate*. Platone le opere. A cura di Enrico V. Maltese, Roma: Newton & Compton editori, 1997. p. 64-107. Quando se lê o referido trabalho tem-se a impressão do sentido irônico com o qual levou o seu julgamento: como se já soubesse o resultado e ainda sabia como alterá-lo, todavia, preferiu utilizar a sua fala para ensinar ao invés de salvar a própria vida (oportuno fazer nota: Sócrates tinha total confiança na vida pós-morte e seria uma negação dos seus ensinamentos mudar a sua conduta - sempre expostas nos seus diálogos em praça pública - fazendo um discurso de defesa voltado a comover e não a dizer a verdade, outra busca incessante do mestre). Outra demonstração irrefutável da coerência das suas atitudes com os seus ensinamentos foi a sua negativa em fugir do seu cárcere às vésperas de ser obrigado a beber sicuta (veneno): um de seus discípulos foi até ele e pediu que fugisse, garantindo-lhe a concordância dos guardas, os quais lhe nutriam profunda admiração. Baseava-se, outrossim, o filósofo na sua pregação de respeito às leis e aos tribunais. No tema vernáculo e ciência, é curioso a citação feita por CARRAZZA, Roque Antonio. Imposto sobre a renda, São Paulo: Malheiros, 2005. p. 56: “As palavras são meros rótulos que utilizam para designar as coisas e realidades que formam o Universo. Não é a toa que Henry Bergson comparava-as a prisões, dentro das quais se comprimem idéias em constante conflito. Cabe ao exegeta, invadindo estas prisões, lembrar as estruturas gráficas das palavras, desvendando-lhes o conteúdo. Como preleciona Hospers, qualquer palavra ou expressão é conveniente na medida em que nos colocamos de acordo sobre ela e a usamos de maneira adequada. As palavras ou expressões manifestam somente o estabelecido, convencionalmente, pela linguagem comum ou científica, e não estão ligadas a exclusivas essências conceituais, determinadas como verdadeiras e únicas”.

<sup>397</sup> Cf. VILANOVA, Lourival. op. cit., p. 65: “O direito é um fato cultural, um de cujos componentes é a linguagem. A linguagem jurídica é ambígua. Refere-se a dois níveis de linguagem: a do direito positivo e da Ciência Jurídica que tem o direito positivo como objeto de conhecimento (dogmático) [...] As normas estão no mundo do direito positivo, e as descrições de normas estão no mundo do conhecimento jurídico. Linguagem descritiva aqui; linguagem prescritiva ali.”. À frente continua na p. 67: “Tenhamos agora em conta a linguagem do direito positivo, não há linguagem da ciência-do-direito positivo (dogmática). Gramaticalmente o direito usa o modo indicativo ou modo imperativo dos verbos. O indicativo presente e o indicativo são mais freqüentemente usados. Vários verbos são usados para indicar classes de ação ou conduta (comissiva ou omissiva), uma vez que o direito assenta nas relações sociais e atende aos vários interesses individuais e coletivos de uma dada situação histórica. Um único verbo não exprimiria essa rica morfologia da vida humana. Assim, temos o pluralismo gramatical, não só nos termos, mas, vale acrescentar, nas formas sintático-gramaticais. A sintaxe e o estilo lingüístico do direito positivo vinculam-se aos contextos culturais, de que a linguagem é uma parte integrante.”. Ora, citar-se-á um trecho de um parecer tributário publicado na Revista da prestigiosa Academia de Direito Tributária, donde se extrai forte instrumento à formação da linguagem jurídica, falando-se até mesmo em artificialidade como uma prévia convenção de expressões para determinada tipo de comunicação, referindo-se à científica, mas pode ser a regional, a nacional ou por que não a internacional. Tudo na linha de Edvaldo Brito, Imposto de Renda: natureza jurídica do respectivo lançamento, contagem do prazo prescricional, compensação de prejuízo com lucro tributável, p. 228: “Ao contrário, a linguagem técnica é formada pelas palavras da língua natural, e esta língua é transformada em linguagem artificial, porque o conteúdo semântico passa a ser adotado de modo restrito àquele campo do conhecimento dentro do qual é usado. Por

De qualquer forma, quando se faz menção à linguagem técnica refere-se à comunicação voltada às ciências. Mediante a sua utilização, o entendimento pode vir a imperar. Essas convenções do vernáculo levam à possibilidade de outros cientistas compreenderem a mensagem. A sua necessidade pode, outrossim, evidenciar-se por um exemplo ilustrativo citado por Paulo de Barros Carvalho, cuja referência demonstra bem que o almejado é o do Poder Legislativo: no meio dos legisladores existem nomenclaturas tidas como específicas do meio. São muito relevantes, visto que nas Casas Legislativas, os representantes dos regimes democráticos: os parlamentares são originados de diversos segmentos da sociedade. Enquanto alguns são médicos, advogados, corretores de imóveis, outros são comerciantes e operários. Significa dizer: prepondera a heterogeneidade.<sup>398</sup> A

---

*exemplo: o signo “competência” na língua natural pode ser usado, entre outras significações, como habilidade; já na linguagem jurídica é usado no sentido de aptidão legal para prática de atos jurídicos conferida a um agente público (político ou administrativo). Na linguagem técnica, tem uso restrito: se se trata de direito processual e de direito administrativo; ou se se trata de direito contábil em cujo âmbito competência exprime um prazo dentro do qual se devem considerar os fatos a serem registrados na escrituração dos livros e documentos que os instrumentalizam. Isso demonstra que a linguagem técnica é artificial porque assume o comportamento típico necessário à comunicação da mensagem específica do cultor de um determinado campo do conhecimento, mas é uma linguagem que exprime fatos concretos e essa denominação “artificial” resulta da circunstância de ela adotar signos da língua natural com conteúdo, habitualmente, restrito a uma determinada área do conhecimento. Já a linguagem formalizada recolhe qualquer situação de qualquer universo, mediante fórmulas. Ex.  $A=A$ . Essa é a razão pela qual a Ciência do Direito, enquanto teoria da interpretação, não pode desprezar um estudo interdisciplinar que passe pelas ciências da linguagem – a Semiótica, por exemplo- e pela Lógica. Aquelas ciências, porque explicam as funções dos signos utilizados na comunicação humana ao serem expressos os pensamentos contidos nas mensagens do emissor ao receptor; esta, a Lógica, porque estabelece princípios para que esses pensamentos sejam disciplinados a ponto de serem o menos ambíguos possíveis. Daí festejarmos o método lógico-linguístico - junção da Semiótica com a Lógica- para decodificação da linguagem-objeto, ou seja a mensagem do legislador que, em regra, utiliza-se da língua natural, sem a menor preocupação em ser fiel – até porque não tem o dever de sê-lo – a linguagem técnica.”*

<sup>398</sup> Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 16. ed. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 4: “A linguagem do legislador é um linguagem técnica, o que significa dizer que se assenta no discurso natural, mas aproveita em quantidade considerável palavras e expressões de cunho determinado, pertinentes ao domínio das comunicações científicas. Os membros das Casas Legislativas, em países que se inclinam por um sistema democrático de governo, representam os vários segmentos da sociedade. Alguns são médicos, outros bancários, industriais, agricultores, engenheiros, advogados, dentista, comerciantes, operários, o que confere um forte caráter de heterogeneidade, peculiar aos regimes que se queiram representativos. E podemos aduzir que tanto mais autêntica será a representatividade do Parlamento quanto maior for a presença, na composição de seu quadros, do inúmeros setores da comunicação social[...]Dentro de uma acepção ampla o vocábulo “legislador” havemos de inserir as manifestações singulares e plurais emanadas do Poder

unificação das mensagens, por esse motivo, é imprescindível ao bom andamento dos trabalhos.

Não obstante os empregos de palavras adequadas, existem pontos que aspiram de ajuda semântica, por não se conseguir superar certas dificuldades, criadas pelo vocábulo especializado, como a vagueza e a ambigüidade.<sup>399</sup> Mesmo porquanto na expressão “*discurso*” a ação lingüística envolve emissor e receptor.

Tercio Sampaio Ferraz Júnior explica que se retornar à teoria da comunicação

---

*Judiciário, ao exarar suas sentenças e acórdãos, veículos introdutórios de normas individuais e concretas no sistema do direito positivo. O termo abriga também, na sua amplitude semântica, os atos administrativos expedidos pelos funcionários do Poder Executivo e até atos praticados por particulares, ao realizarem as figuras tipificadas na ordenação jurídica.”* Sobre as proposições científicas, ver VILANOVA, Lourival. op. cit., p. 38: “*As proposições especificadas pelo objeto são parte do sistema científico específico, que lhes determina as condições de verdade e de verificabilidade (metodologia de cada ciência). Demais, as proposições específicas são construídas com o vocabulário técnico de cada ciência. Função matemática e função lógica não se confundem com a função em biologia, ou função lógica não se confundem com função em biologia, ou função lógica não se confundem com função em biologia, ou função no campo do Direito público. Todavia, a palavra função, sendo a mesma, no contexto de cada vocabulário técnico tem diferentes conotações. É codificada diferente.*”. Raffaele De Giorgi desenvolve uma breve, porém, pontual, narrativa sobre o vernáculo, idiomas, Ciência e direito: narra, inclusive, como a língua mais apropriada à Ciência já foi objeto de debate, encontrando-se juristas como Leibniz, Thomasius e Wolf, tentando provar à comunidade científica que o idioma alemão é o mais apropriado para se produzir ciência. Para o povo germano, a questão idiomática era muito relevante, chegando-se a afirmar que a honra do império dependia da língua (século XVI, Hattenhauer). Outra questão descrita é a referente à questão da codificação, o vernáculo seria rebuscado de metáforas próprias do Direito, quando, em verdade, deveria ter clareza, simplicidade e concisão, como bem disse Montesquieu. Ver DE GIORGI, Raffaele. O deus com barba e o deus sem barba. In: Direito, tempo e memória, São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 183.

<sup>399</sup> Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. op. cit., p. 6: “*E o problema persiste no nível da Teoria Geral do Direito, a que chegamos por meio de sucessivas generalizações, pois nela remanescem as palavras e locuções plurissignificativas, que irão desaparecer apenas no altiplano da Lógica Jurídica. Naquele reduto formal, por haver uma estrutura de linguagem efetivamente unívoca, encontrará o cientista esquemas seguros e precisos para captar arcabouço da mensagem normativa, uma vez que os termos lógicos têm uma e somente uma significação.*”. Ver VILANOVA, Lourival. op. cit., p. 38: “*Esse tecido, assim contínuo e diferenciado em aspectos, oferta margem a diversas investigações. Há investigação psicológica do que ocorre no sujeito cognoscente, quer no momento do conhecimento empírico-sensível, quer na fase do conhecimento conceptual. Esse conhecimento através de conceitos requer a linguagem. Mediante a linguagem fixam-se as significações conceptuais e se comunica o conhecimento. O conhecimento ocorre num universo-de-linguagem e dentro de uma comunidade-do-discurso. A dimensão inter-subjetivo do conhecimento é matéria para uma sociologia do conhecimento. A linguagem e os conceitos têm origem e seguem processos de mudança dentro de relações sociais. Mas, por outra parte, a linguagem como sistema de símbolos fonéticos e visuais é tema da lingüística. Normativamente, temos ainda a gramática da linguagem.*”. A peculiaridade da linguagem científica, quando levada aos extremos pode ocasionar prejuízo em vez de malefícios, inclusive Pontes de Miranda preocupado com isto, teceu o seguinte comentário: “*Na exposição científica do Direito não podemos deixar que a terminologia perturbe o Sistema Jurídico ou a visão dele*”. Tratado de direito privado. v. 22. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 13.

vislumbrar-se-á a sua ocorrência entre dois comunicadores, os quais são ao mesmo tempo emissores e receptores.<sup>400</sup>

O mencionado professor faz menção sobre o discurso como uma ação social e numa relação de bilateralidade.<sup>401</sup> Destaca-se, igualmente, que na Teoria dos Sistemas, com o intuito de tornar-se autônoma na relação de troca entre o seu limite interno e o seu externo, buscou-se uma linguagem própria. Acredita-se que com a comunicação jurídica bem definida evitar-se-ia um vácuo que impediria o perfeito entrosamento dos participantes (emissor e receptor).<sup>402</sup>

O código direito/não-direito – ou como dito anteriormente lícito/ilícito – permite a redução da complexidade externa ao Sistema Jurídico. Uma vez transformada essa mesma complexidade em comunicação jurídica, reduz-se a complexidade no sentido de saber-se que a comunicação a ser emitida o será no código em questão. Do outro lado, o resultado da decisão ainda perdura indefinido, quer dizer, não se sabe se será a conduta tida como lícita ou ilícita. Dentro do processo, essa indefinição motiva os participantes a movimentarem-se para perseguirem seus objetivos processuais. Demais disto, acaba-se legitimando, de

---

<sup>400</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio Direito, retórica e comunicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 58: “Retomemos, pois, o ponto de vista da teoria da comunicação, anteriormente esboçado, segundo o qual a comunicação social ocorre entre dois comunicadores, que são ao mesmo tempo emissores e receptores.”

<sup>401</sup> Ibidem, p. 59.

<sup>402</sup> Realça, pois, a necessidade da perfeita sintonia entre os participantes da comunicação. Ibidem, p. 59: “Ora, em análise do discurso, vimos, entretanto, que essa concordância, em termos de mútuo entendimento, é, efetivamente, um pressuposto básico do discurso racional. Dissemos, porém, que a concordância, ou melhor, o mútuo entendimento, depende fundamentalmente dos partícipes da discussão. Isso significa que, embora o mútuo entendimento se funde na existência de uma língua comum aos partícipes, o uso da língua tem de ser aprendido. Isso transforma profundamente a situação. O mútuo entendimento não é uma espécie de axioma da discussão, mas uma tarefa. Para usar a expressão Kantiana, ele não é um “dado” (Gegebenheit), mas algo posto como tarefa (Aufgegebenheit). O mútuo entendimento não é nem exterior nem anterior ao próprio discurso, mas ocorre no exercício do discurso. Nesse sentido ele depende dos partícipes da discussão, com o que queremos dizer que ele depende que ele depende de uma série de técnicas comunicativas que devem ser aprendidas.”

certa forma, o resultado. Seria, noutras palavras, um ato que a parte perdedora teria ajudado a produzir.<sup>403</sup>

Nessa incerteza da decisão, o código torna-se a sua unidade. Não se sabe, desta forma, que conduta será lícita ou não, todavia se sabe que a decisão será no diapasão de analisar a questão sobre o prisma lícito/não-lícito. Sob este prisma, o final é previsível.<sup>404</sup> Antes, porém, da realização dessa decisão, há um caminho previamente estipulado pelo próprio sistema, cujo principal instrumento é o processo, que, por sua vez, é guiado pelas normas processuais. Estas, pois, impulsionam o processo ao momento da decisão; para isso ocorrer, é preciso, não obstante, a criação de normas processuais reguladoras do procedimento processual. Isto, desde o início, via petição inicial, até os veículos de sanção pelo não cumprimento da decisão.<sup>405</sup>

---

<sup>403</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. op. cit., p. 267-268: “Sólo el código que permite atribuir la conformidad (o la no-conformidad) con el derecho, pero que la deja abierta, puede producir la incertidumbre de la que vive el proceso. Sin embargo, el proceso la aprovecha como medio para su propia autopoiesis. Utiliza la incertidumbre para motivar las aportaciones, para alentar la participación, para ofrecer oportunidades (pero no resultados) y con ello llamar a los participantes a que colaboren; es decir, los convoca al reconocimiento, hasta que al fin se conviertan en prisioneros de su propia participación, teniendo pocas perspectivas de negar posteriormente la legitimidad del proceso. Sea cual sea la situación concreta, la incertidumbre restante es lo que se supone como factor común para la duración del proceso – la incertidumbre, pues, como la única variable a parte del inicio, del final y de la firma de actas.”

<sup>404</sup> Cf. Ibidem, p. 268: “Más bien, mediante el valor de la incertidumbre de la decisión, se designa del código como unidad: una self-indication en el sentido estricto. Precisamente eso se da a través de la introducción de una deferencia temporal, a través de la futurización, es decir no como la determinación de la validez del Sistema Jurídico, sino únicamente como episodio diferenciado de un proceso individual, cuyo final es previsible.”

<sup>405</sup> Ver Ibidem, p. 268-269: “Para regular la realización del proceso se crean un derecho procesal específico que se distingue cuidadosamente del derecho material. Este derecho utiliza sus normas en sentido positivo para fomentar la evolución del proceso en vistas del objetivo de llegar a una sentencia objetiva y justa; y la ilegalidad del proceso es, por lo tanto, una infracción de las normas correspondientes designadas. Pero también esta forma de las normas procesales tiene otro lado, a saber: mantener la incertidumbre. Por un lado, eso puede ser normatizado en forma positiva, por ejemplo mediante criterios de imparcialidad de los jueces; pero para esto ayudan de manera todavía más decisiva todas las normas y medidas que exigen que en el proceso haya una presentación del “todavía no”; estas medidas aclaran que el proceso aun no está concluido y que el resultado es, todavía, incierto – hasta el momento en que el proceso finalmente se declara a sí mismo.”

Nesses termos, a decisão judicial diferenciada é parte da clausura do sistema. Conduz o ambiente social à reiteração comunicativa, conseqüentemente, estimula a sua *autopoiesis*: direito produz direito. Garante, ante ao exposto, o fechamento operacional do sistema. Em pormenores, significa afirmar: a complexidade do sistema social global, ou mesmo de outros subsistemas, é inserida no ambiente social jurídico, gerando irritação no sistema, a qual será transformada em comunicação jurídica e, na seqüência, emitir-se-á outra comunicação, obviamente, sob a diáde lícito/ilícito.<sup>406</sup>

Naqueles casos em que a prestação a ser ofertada reclama de resolução judicial o problema será encaminhado pelo procedimento do processo para o Poder Judicial, como centro do sistema, decidir por uma das comunicações do código. Os Tribunais em razão de estarem procedimentalizados, divididos em competências são encarregados de fechar a operação do Sistema Jurídico. Cabe-lhe decidir e garantir a operação/observação sistêmica.

Por outro lado, a perda dessa unidade referencial – de outra forma, o desrespeito a não utilização do código lícito/ilícito – proporciona um grande colapso no sistema social.<sup>407</sup> Primeiro, pela crise de legitimidade que seria gerada, não mais

---

<sup>406</sup> Cf. Idem, *L'informazione nell'economia e nel diritto*, p. 28: “*Se inoltre la tesi della chiusura autoreferenziale viene spiegata attraverso il concetto di autopoiesi, ne consegue che non solo la formazione strutturale dei sistemi (autorganizzazione); bensì anche la produzione delle operazioni più elementari del sistema (ad esempio le decisioni giudiziali oppure i pagamenti in denaro) è resa possibile solo dalla rete ricorrente delle operazioni del relativo sistema. Formulando questo concetto alla luce del nostro esempio, si può affermare che le decisioni giudiziali sono possibili solo a livello di regresso e di anticipazione di ulteriori decisioni giudiziali, così come i pagamenti possono avvenire solo in refresso ed in anticipazione di ulteriori pagamenti. La chiusura autopoietica consiste in una unità ricorrente della riproduzione delle operazioni del sistema, e senza questa riproduzione non si ha alcuna formazione strutturale del sistema stesso; in quanto le strutture hanno la funzione di rendere possibile il collegamento di un'operazione ad un'altra operazione, quindi di tenere disponibile ad hoc la ricorrenza; e tali vengono formate e memorizzate solo se e nella misura in cui esse sono necessarie per questa funzione.*”

<sup>407</sup> Sobre a crise na ordem social pela perda da unidade referencial, ver RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. op. cit., p. 82: “*A perda da unidade referencial do Sistema Jurídico é extraordinariamente problemática para a ordem social, uma vez que, quando o sistema judicial não é capaz de generalizar*

o direito legitimaria o direito. A sua *autopoiesis* estaria rompida e, com ela, todo o processo que une uma comunicação jurídica a outra, portanto, colocar-se-á em risco a própria unidade dos sistema. Segundo, a reiteração comunicativa de outro código gradativamente formaria outro sistema, que não o jurídico, com isto, exclui-se do próprio sistema. Por isso, não mais tendo como função a garantia das expectativas normativas, como, por sinal, ocorre no sistema parcial do Direito. Tudo isso impulsionaria a sociedade a buscar alternativas de solução jurisdicional, de modo, pois, a ampliar o conceito de justiça, outrora delimitado pelo lícito/ilícito. Desta forma, a falta de unidade geraria caos, devido à complexidade estar incontrolável, até se formar um novo sistema em razão da reiteração comunicativa.<sup>408</sup>

À vista das premissas descritas neste item, e mormente pela Teoria Sistêmica Luhmanniana exposta por toda a pesquisa ora em findo, a decisão judicial como comunicação jurídica, emitida por observador central do Sistema Jurídico, isto é, o juiz, deve sempre respeitar o seu código binário, sob pena de, se assim proceder reiteradamente, formar outro sistema parcial, chamado de outro nome qualquer, que não Direito.

Dentro do sistema do Direito, os tribunais têm papel central. São os responsáveis pelas resoluções dos litígios e, por isto mesmo, têm o condão de emitir comunicação, opinando pela licitude ou não das condutas ofertadas a eles. De outra maneira, são tidas outras comunicações como os contratos, por Luhmann estes são periféricas. Pois que, seus emissores, *in casu*, os contratantes estão, segundo

---

*congruentemente os paradigmas de justiça incorporados aos seus mecanismos internos de decisão, a legitimação do sistema como um todo entre em colapso.*”

<sup>408</sup> Sobre a busca social pelo fim da unidade, ver RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. op. cit., p. 82: “A sociedade passa a buscar-lhe alternativas de solução jurisdicional dos conflitos (em sentido amplo), de modo a ampliar as possibilidades de cognição sistêmica dos novos sentidos de justiça colocados na ordem do dia pelos novos conflitos emergentes.”

Luhmann, na periferia do Sistema Jurídico; em contrapartida, os tribunais são o centro.

A construção dos conceitos luhmannianos desenvolvida no decorrer do trabalho foi para justificar o presente item, o qual, em síntese, afirma-se: as decisões judiciais como fruto do Sistema Jurídico obrigatoriamente devem ser emitidas sempre com base no código direito/não-direito. Por essa perspectiva, é inviável a emissão de comunicações judiciais com base em critérios codificados pelo justo/não-justo – por exemplo, isto não é comunicação jurídica. Neste, o justo é o emitido pelo lícito/ilícito. Ao contrário disso, a comunicação estará corrompida, o que exigirá do sistema outra comunicação, ora com base na correta codificação. Caso a comunicação seja mantida noutra código, não é tida como jurídica, inclusive a sua reiteração forma outro sistema parcial.

A justiça, é sim, busca contínua do subsistema do Direito, conquanto aquela que ele pode fornecer – ver sobre a justiça proporcionada pelo sistema Direito com mais vagar no item 3.9. Além disto, sob o prisma investigado, a formação dos subsistema dá-se pela reiteração comunicativa, qualquer reincidência sob outro código implica em exclusão do sistema parcial do Direito. Decisões judiciais, normalmente em grau recursal, fundamentadas em expressões como injustiça da decisão, absurdo jurídico, aberração e etc., mesmo que firam o bom senso, senão emitidas dentro da binaridade do Sistema Jurídico, não serão jurídicas. Ou uma decisão posterior vem e arruma a situação, ou fora do sistema estarão. Não se trata, pois, de serem antijurídicas, mas de pertencerem a outro subsistema e, como tal, com sua respectiva comunicação.

Caso bem ilustrativo, é o da relativização da coisa julgada, defendida por respeitabilíssima doutrina, amparada em pequena parte da jurisprudência; sendo

fundamentada na injustiça da decisão. Ou no velho jargão de que a coisa julgada não pode transformar branco em preto ou coisas do gênero. Não se trata, desta forma, de concordar ou não com o julgado, e sim, de respeito ao código do Sistema Jurídico. A decisão, por assim dizer, que vier a relativizar a coisa julgada deve achar fundamento no código jurídico e não noutros sistemas. Perceba-se, por favor, que não é a mesma coisa do defendido por Hans Kelsen de que a Ciência do Direito não investigaria elementos metajurídicos. Aqui, a cognição é aberta, todavia, a operação é fechada. Qualquer assunto ou tema pode ser enfrentado pelo sistema parcial do Direito, embora sempre pelo seu código. Dentro dele, nada ocorre por outra binaridade, sob pena de corrupção de códigos e, se operar por outro código reiterada vezes, formar outro sistema.

Em justificativa a sua postura, Luhmann explica que não se trata de exclusão da ética, ou outros valores, sobretudo os ligados ao humanismo. Muito pelo contrário, optar por eles nas decisões a critério do aplicador, sem atenção à respectiva comunicação sistêmica, é um forte estímulo à parcialidade, ao subjetivismo e, acima de tudo, à arbitrariedade do intérprete. A história recente da humanidade, demonstra que da tentativa de universalidade dos valores podem surgir verdadeiras monstruosidades. Para evitá-las, o radical legalismo foi conclamado para defender o povo, a burguesia e a humanidade dos supostos salvadores do pátria.

Disso tudo, o fato incontestável é que as pessoas são diferentes, e não precisam ser iguais, até por isso, as suas concepções são muito diversas. Nunca conceitos, como valores éticos, morais e sociais, foram tão restritos a grupos, quer ligados por valores sociais, quer por religiosos. A modernidade é a sociedade da complexidade, ou seja, aquela de muitas opções. Esta alternância de escolhas

provoca incertezas de muitas vertentes e, com elas, insegurança social. Quando ligadas à comunicação jurídica, o Sistema Jurídico emite comunicação adequada, seja por contratos, portarias etc., seja na resolução dos conflitos por meio das decisões diferenciadas. Logo, a decisão judicial como decisão diferenciada faz parte da *autopoiesis* do Direito e, o contrário disto, motiva a respectiva exclusão do sistema e a sucessiva reiteração de outra comunicação povoca a formação de outro subsistema.

**PALAVRAS FINAIS**

**TEORIA DOS SISTEMAS LUHMANNIANA, DECISÃO**

**JUDICIAL E MODERNIDADE**

A forma de descrever o fenômeno jurídico, notadamente quando ligada à Filosofia do Direito, reflete diretamente a sua interpretação e, sobretudo, a sua aplicação aos casos práticos, em razão da resolução das contendas, tão-comuns nas sociedades complexas. Neste contexto, o Positivismo Jurídico vem, nos longos anos de adoção desse paradigma, nas suas mais diversas variações, influenciando as decisões judiciais. Este extenso período de domínio e a alteração da sociedade ajudaram a provocar a sua estagnação, cujo resultado também é o surgimento de teorias radicais, influenciadas pelos danos provocados pela teoria dominante nos mais diversos segmentos do pensamento jurídico. De outro modo, aparece a Teoria dos Sistemas, da lavra de Niklas Luhmann, teorizando sob inspiração da sociedade atual, o qual, segundo ele, tem como principais características a complexidade e a contingência. A primeira é a variedade de escolhas. A segunda, por sua vez, é a garantia de que a escolha de uma das outras opções poderia ter sido tomada de forma igualmente correta. Contextualizando ambas, o consumidor poderia comprar nas lojas "x", "y" e "z", todavia optou: pela "y". A possibilidade de escolhas representa a complexidade e a probabilidade de ter o consumidor escolhido a "y" ou a "z" reflete a contingência. Significa ponderar: ele escolheu a loja "y", entretanto, poderia da mesma forma, ter escolhido a "x" ou a "z".

A Teoria dos Sistemas desenvolvida por Niklas Luhmann é fruto de diversas influências, dentre elas estão, a saber: a Cibernética, a Biologia, a Matemática, a Física, a Lógica e as Ciências Sociais, como a Teoria dos Sistemas elaborada por Talcott Parsons. Um de seus méritos foi justamente observar o que já havia dado certo nos mais variados ramos do conhecimento e os incorporar na sua teoria, ao longo dos muitos anos de estudo e depuração conceitual.

Munido das mais diversas influências e de um alto grau de abstração, almejou-se criar uma super teoria, na qual fosse possível descrever a vasta gama de fenômenos sociais. Numa perspectiva sociológica, não está preocupado em dizer como as coisas devem ser. Teoriza em outro sentido, procura constatar como, verdadeiramente elas são. Está, deste modo, no campo da realidade, e não no dever-ser

A sua teoria foi criticada por teóricos como Treves e Habermas e idolatrada por outros, como o brasileiro Campilongo, o italiano De Giorgi e o chileno Mansilla. Este último intitulou a teoria sistêmica de maior trabalho no campo da sociologia do século XX. De fato, Luhmann – como ele próprio diz – pensou grande; conquanto, ao contrário do que pode transparecer, devido à alta carga de abstração, a sua teoria tem aplicabilidade prática. Como expressamente refere-se, em alguns escritos, é para ser aplicada. Descrever a sociedade moderna: eis o seu sacerdócio.

Na elaboração da sua teoria, Luhmann procurou tomar cuidado para não cometer o mesmo erro da Sociologia tradicional, qual seja: observar o objeto de fora dele, no velho conhecido padrão sujeito X objeto. Esse aspecto seria um grande calo no sapato da Sociologia, segundo ele. Por sua vez, pensou num sistema em que o próprio sistema observa-se. Trata-se, deste modo, de uma

operação/observação; por assim dizer, da mesma forma que a comunicação reitera-se, aos poucos forma o sistema, ela própria se observa.

A Teoria dos Sistemas Luhmanniana é um marco da sociologia mundial. Faz com que os pensadores revisitem antigos dogmas. Não se contenta com a estagnação da Sociologia do Direito, então predominante. Pode-se discordar das suas idéias – o que é normal e salutar. Contudo, não é razoável negar o seu valor, à irritação no Sistema Jurídico provocada pelo seu trabalho e sua aplicabilidade aos fenômenos sociais nos diversos segmentos.

Por elas, os subsistemas descrevem-se em termos autopoieticos e auto-referenciais, para, a partir deste ponto, falar-se no dinheiro reproduzindo-se no subsistema da economia; enquanto no Direito, o mesmo ocorre com as decisões judiciais. Configura neste como lícito/ilícito e naquele como pagamento/não-pagamento.<sup>409</sup> Ao comparar os sistemas parciais da economia e do Direito, percebe-se que ambos participam da operação social, realizada internamente à sociedade, em nível igualmente diferenciado. Por isso mesmo, as formas de comunicação não podem abandonar o seu sistema.<sup>410</sup>

---

<sup>409</sup> Ver LUHMANN, Niklas. L'informazione nell'economia e nel diritto. op. cit., p. 27-29: *“Delle relazioni isistenti tra l'economia e il diritto si può parlare in termini teorico-sistematici solo se precedentemente si chiarisce quale concetto di sistema viene posto alla base delle considerazioni. Si per sistema si entende un qualsiasi contesto comparato, non sarà possibile scindere l'economia ed el diritto in quanto sistemi differenti. Già attraverso il concetto legale della proprietà, il diritto entra prepotentemente nello scenario dell'economia: è ovvio che senza una proprietà, legalmente protetta, l'economia non ha modo di esistere o quanto menos esiste in un senso molto rudimentale in quanto soddisfacimento immediato del fabbisogno.[...] In questo esatto senso è possibile descrivere sai il sistema economico, che anche il sistema giuridico in termini di sistema chiuso autopoietico e autoreferenziale (2). Nel sistema economico sono i pagamenti in denaro che vengono riprodotti, mentre nel sistema giuridico lo sono le decisioni giudiziale. Nel primo caso si tratta didecidere se pagare o non pagare, nel secondo tra ragione o torto.”*

<sup>410</sup> Ver Ibidem, p. 29 e 33: *“Ambedue i sistemi parziali della società e partecipano quindi alla forma dell'operato sociale; ciò significa che essi utilizzano la comunicazione ed in questo modo portano a compimento la società. Ma ambedue i sistemi operano all'interno della società a livello ugualmente differenziato, in quanto il loro modo specifico di operare è definito dal proprio codice e non compare altrove se non nel relativo sistema, differenziato proprio a questo scopo. Tutte le forme di comunicazioni legali rappresentano la comunicazione esistente nel sistema giuridico e nessuna di esse può abbandonare questo sistema. Lo stesso vale per l'altro sistema: tutti i numere e le cifre*

Ademais disso tudo, ainda se inovou introduzindo pela *autopoiesis* a representação da constituição auto-referencial em nível das operações mais elementares do sistema. Com isso, em tudo que o sistema opera o faz como unidade. Não se trata de pura organização em sentido de determinações e alterações das próprias estruturas, tão-pouco de autonomia no sentido do antigo conceito de auto-regulação. Pois sim, aporta nova diretriz a antigo problema, a saber: a relação entre estrutura e operação (processo) e também a norma e a ação ou a regra e a decisão.<sup>411</sup>

Motivo pelo qual, para se levar adiante um programa de investigação inspirado pela Teoria dos Sistemas, tem-se que compreender a reprodução autopoietica. No campo da biologia, por razões de investigação bioquímica, pode-se

---

*rappresentano un'operazione del sistema economico e al di fuori di questo sistema non esiste alcun denaro.[...] Nella mistura in cui un sistema è suficientemente complesso, per tenersi aperto nel modo specificato dalle sue strutture, come ad esempio nel caso del prezzo che sta alla base di una transazione oppure per le leggi con le quali applica il diritto vigente, tale sistema sarà in grado di orientare le proprie operazione alla differenza tra autoriferimento e riferimento esterno, senza che per questo vada perso il carattere dele operazione in quanto tali. La propria autopoiesi può essere continuata solo con un'operazione propria; tuttavia con una complessità più elevata il sistema acquisisce a questo scopo livelli di libertà, che gli consentono di continuare ulteriormente di implementare la propria autopoiesi nonostante la complessità più elevata, quindi nonostante un grado superiore di improbabilità. Non si tratta ovviamente di una "legge di ferro", bensì di una condizione dell'evoluzione in direzione di una complessità superiore."*

<sup>411</sup> Cf. Idem., El derecho de la sociedad. p. 100: "La inovación que introduce el concepto de autopoiesis es que traslada la representación de la constitución autorreferencial y la lleva al nivel de las operaciones más elementares del sistema (que para el sistema ya no admitem más disolución) y, con ello, para todo lo que en el sistema opera como unidad. No se trata, por consiguiente, de una pura autoorganización en el sentido de determinaciones y cambios de las propias estructuras, y tampoco simplemente de autonomía en el sentido del antiguo concepto de autorregulación. El concepto de autopoiesis aporta nueva luz a un antiguo problema, a saber, la relación entre estructura y operación (proceso) y también a la de norma y acción o a la de regla y decisoria." Da relação entre autopoiesis, subsistema do direito funcionalmente diferenciado e auto-referência, ver ibidem, p. 52: "En este punto, nos referiremos brevemente al Derecho de la Sociedad, como un subsistema funcionalmente diferenciado. El derecho es un sistema autopoietico, lo que implica que sus operaciones son autorreferentes. El sistema del Derecho opera de manera autorreferente en el sentido que todas sus decisiones se refieren a otras decisiones del mismo sistema. Todo derecho, dice Luhmann, es tratado dentro el sistema del derecho como autoproducido, como, derecho positivo. El derecho siempre se refiere al derecho y, dado que todo sistema social – y todo subsistema de la sociedad – es un sistema de comunicaciones, el sistema del derecho orienta sus comunicaciones por el código de conforme a derecho/ no conforme a derecho."

pressupor um consenso, até porque o referido conceito é rotineiro; em sentido oposto acontece no Direito, onde essa nomenclatura era desconhecida.<sup>412</sup>

Por meio de exemplos, explicar-se-á a sua operação. A saber: no sistema psíquico observa-se o Direito, porém sem produzi-lo como no seu subsistema. Noutras palavras, somente ele pode decidir o que é direito. A produção de estrutura é um assunto circular, daí as próprias operações necessitam construir a si mesmo.<sup>413</sup> Pode-se, portanto, falar de *autopoiesis* e clausura operativa quando as operações reproduzem a si mesmas. As operações constroem unidades emergentes que podem surgir graças à clausura operacional do sistema, como unidade que logra a redução de complexidade, tanto no que se refere ao ambiente do sistema, como a ele mesmo.<sup>414</sup>

Dito de outro modo, a *autopoiesis* proporciona a diferenciação de um sistema operativamente fechado, levada a efeito por meio da referência recursiva de operações jurídicas. Quer dizer, o sistema opera em contato ininterrupto com si

---

<sup>412</sup> Cf. *Ibidem*, p. 103: “Si se quiere llevar adelante un programa de investigación auspiciado por la teoría de sistemas, se tiene que llegar a precisar la operación que conduce a la reproducción autopoietica. En el campo de la biología por razones de las investigaciones bioquímicas se puede presuponer un consenso – aunque que muchos biólogos consideran que el concepto de autopoiesis es trivial, ya que lo que ofrece es sólo una palabra, y que eso se puede escribir mucho más exactamente con el modo de operación.”

<sup>413</sup> *Ibidem*, p. 104: “Los sistemas psíquicos observan el derecho (y no lo producen), de otro modo el derecho quedaría encerrado en la profundidad de aquello que Hegel alguna vez expresó: “en la oscura interioridad de los pensamientos”. Por eso no es posible considerar a los sistemas psíquicos, a las conciencias, o a todo el ser humano, como partes o como componentes interno del derecho. La autopoiesis del derecho se puede realizar tan sólo mediante operaciones sociales.”. *Ibidem*, p. 106: “Sólo el derecho puede decir lo que es derecho. En ello la producción de estructuras es un asunto circular ya que las operaciones para poder referirse recursivamente a otras operaciones necesitan construir estructuras. No sólo la producción de operaciones mediante operaciones, sino también, y sobre todo, la condensación y la confirmación de estructuras mediante operaciones que se orientan a tales estructuras, es la realización de la autopoiesis. Bajo este punto de vista nosotros veremos al sistema de derecho com um sistema que se determina a sí mismo.”

<sup>414</sup> *Ibidem*, p. 109: “Presuponiendo todo esto, se puede hablar de autopoiesis y de clausura operativa cuando las operaciones se reproducen a sí mismas – u con ello al sistema – y que dejan ver determinadas características. Estas operaciones construyen unidades emergentes que sólo pueden surgir gracias a la clausura operativa del sistema; como unidade logran su propia reducción de complejidad – tanto en lo que se refiere al entorno del sistema como al sistema mismo.”

mesmo, do código lícito/ilícito.<sup>415</sup> Para Luhmann, o Sistema Jurídico é um subsistema do sistema da sociedade e quando remete à sociedade, reporta-se também ao ambiente social como a si mesmo. Por isso tudo, é tido como uma rede de distinções operativamente aplicadas.

Essa teorização quando investigada sob o prisma da decisão judicial insurge-se, com diáfana claridade, ocupando papel de destaque, por conta de ser emitida pelos Tribunais, considerados como o centro do Sistema Jurídico. Como tal, responsáveis pela unidade do subsistema, desde que emanada em respeito ao respectivo código (lícito/ilícito). Do outro lado, emitidas sem o seu respeito, o sistema é acionado para proferir outra decisão, por intermédio da correta diáde; todavia, quando a comunicação continua a ser exalada noutro sentido reiteradamente outro subsistema formar-se-á, à perspectiva de outro código.

Além disso, encontra-se, à luz sistêmica, o juiz como um dos observadores da realidade processual, cuja formação dá-se gradativamente por meio das provas e da participação dos outros observadores (autor, réu e ministério público). Sob fundamento desta realidade, a decisão será proferida e, quando descumprida, outra comunicação será emitida. A decisão judicial tem, pois, papel de

---

<sup>415</sup> Ibidem, p. 113: “Por lo pronto dejamos establecido: la diferenciación de un Sistema Jurídico operativamente clausurado se lleva efecto por medio de la referencia recursiva de operaciones jurídicas con operaciones jurídicas. El sistema opera, como todo sistema autopoietico, en continuo contrato consigo mismo. Para calificar las operaciones propias como jurídicas, el sistema que encontrar lo que hasta el último momento ha hecho – o lo que hará más adelante.”. Ibidem, p. 132: “Únicamente afirmamos que el sistema produce las relaciones con dicho entorno a partir de sus propios impulsos, a partir de la efectiación de sus propias operaciones; estas operaciones son posibles gracias a la integración de una urdimbre recursiva que designamos como clausura. Más brevemente: la apertura es viable sólo sobre la base del cierre.”. Ainda, ibidem, p. 137: “La clausura normativa consiste, entonces, el contexto de autoobservación continua del sistema según el esquema de legalidad/ilegalidad.”. Ibidem, p. 119: “Frente a esta posición la enseñanza tradicional de la ciencia jurídica no parte del operaciones, sino de personas. Según esto, la autonomía del Sistema Jurídico se encuentra asegurada por la independencia de los jueces y, eventualmente, de los abogados. Independencia, pues, definida como libertad ante presiones externas, que se logra si no de una manera transcendental, sí gracias a que se pertenece a una organización en la que se tiene un puesto vitalicio y que está libre de consignas. Nadie discutiría la importancia institucional y política de tales aseguramientos, no sólo a propósito de las experiencias de 1933, sino por lo eu se ve en todo el mundo. Respecto a la autonomía del Sistema Jurídico, la política puede afectarlas destructivamente en los puntos de acceso.”

relevo no sistema parcial do Direito, diferenciando-se pelo uso contínuo do código binário lícito/ilícito, premissa irrenunciável da Teoria dos Sistemas Luhmanniana, porquanto da construção dos sistemas parciais ocorrer justamente pela reiteração comunicativa; do contrário, não há sistemas.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito judiciário brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Manual de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.) **Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica**. Tradução Dalmir Lopes Jr.; Daniele Andréia da Silva Manão; Flavio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 301-344.

ARANHA, Maria Lúcia Arruda; PIRES, Maria Helena. **Filosofando: introdução à filosofia**. São Paulo: Moderna, 1998.

ARONNE, Ricardo. **O princípio do livre convencimento do juiz**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

BARCELONA, Pietro. **Postmodernidad y comunidad**. Tradução Héctor Claudio Silveira Gorski; José Antonio Estévez Araújo; Juan-Ramón Capella. Madri: Editorial Trotta, 1992.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed. ver. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

\_\_\_\_\_. **Direito e processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BETTI, Emilio. **Diritto processuale civile italiano**. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1936.

BERIAIN, Josetxo; BLANCO, José María García. Introducción. In: LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad: de la unidad e la diferencia**. Edição e tradução Josetxo Berian; José María García Blanco. Madri: Editorial Trotta, 1998. p. 9-21.

BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. revista. Tradução Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2003.

\_\_\_\_\_. **El problema del positivismo jurídico**. Tradução Ernes Garzón Valdés. 6. ed. Mexico: Distribuciones Fontamara, 1999.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico**. Tradução Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1994.

\_\_\_\_\_. **Diritto e estato nel pensiero di Emanuele Kant**. Torino: Giappichelli Editore, 1969.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOTTOMORE, Thomas Burton. **Introdução à sociologia**. Tradução Waltensir Dutra e Patrick Bruglin. 5. ed. Jorge Zahar Editores: Rio de Janeiro, 1973.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 1 e 2. São Paulo: Saraiva, 2007.

BÜLLESBACH, Alfred. Ciência do direito e ciências sociais. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito**

**contemporâneas.** Tradução Marcos Keel; Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 409-442.

CAMPILONGO, Celso. “Aos que não vêm que não vêm aquilo que não vêm”. In: Raffaele, De Giorgi. **Direito, tempo e memória.** São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 11-26.

\_\_\_\_\_. **Política, sistema jurídico e decisão judicial.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. **O direito na sociedade complexa.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. **Governo representativo versus governo dos juízes:** A “autopoiese” dos sistemas político e jurídico. Belém: UFPA, 1998.

CAMPILONGO, Celso; FARIA, José Eduardo. **A sociologia jurídica no Brasil.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.) **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 30-51.

CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octavio (Orgs.). **Homem e sociedade:** leituras básicas de sociologia geral. São Paulo: Nacional, 1961.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo.** Nápoles: Morano, 1958.

\_\_\_\_\_. **A arte do direito.** Salvador: Livraria Progresso, 1957

\_\_\_\_\_. **La prova civile.** Roma: Athenaeum, 1914.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a renda.** São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO, Paulo Barros. **Curso de direito tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia**. 8. ed. Cortez Editora: São Paulo, 2000.

\_\_\_\_\_. **Convite à filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução Paolo Capitanio. 2. ed. v. 3. Campinas: Bookseller, 1999.

\_\_\_\_\_. **Saggi di diritto processuale civile**. v. 1. Milano: Giuffrè, 1993.

COMTE, Augusto. **Curso de filosofia positiva**. Tradução José Arthur Giannotti; Miguel Lemos. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996.

COSSIO, Carlos. **Teoria de la verdad jurídica**. Buenos Aires: Losada, 1954.

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da filosofia**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução J. Cretella Jr.; Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COUTURE, J. E. **Fundamentos del derecho procesual civil**. Buenos Aires: Depalma, 1988.

\_\_\_\_\_. **Estudio del proceso civil**. Buenos Aires: Depalma, 1978.

DE CICCIO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 3. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2006.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

\_\_\_\_\_. **Scienza del diritto e legittimazione.** Lecce: Pensa Multimedia, 1998.

\_\_\_\_\_. **Direito, democracia e risco.** Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

\_\_\_\_\_. Introduzione all'edizione italiana. In: LUHMANN, Niklas. La **differenziazione del diritto.** Milão: Società editrice il Mulino, 1990.

\_\_\_\_\_. **La formazione del giurista.** Política del diritto. Ano 14, n.1., marzo 1983.

DE GIORGI, Raffaele; CORSI, Giancarlo. **Ridescrivere la questione meridionale.** Lecce: Pensa Multimedia, 1999.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Philosophie du droit.** Paris: Dalloz, 1953.

\_\_\_\_\_. **Lezioni de filosofia del diritto.** 9. ed. Giuffrè: Milano, 1953.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno.** São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Instrumentalidade do processo.** São Paulo: Malheiros, 1984.

\_\_\_\_\_. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.) **Coisa julgada inconstitucional.** Rio de Janeiro: América, 2002. p. 33-76.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à Ciência do direito.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **As lacunas do direito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ECHANDÍA, Hernán Devis. **Teoría general de la prueba judicial.** 3.ed. Buenos Aires: Zavalia, 1976.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980. p. 4.

\_\_\_\_\_. **A Ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

\_\_\_\_\_. **Direito, retórica e comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FORIERS, Paul. **Lês lacunes du droit problème**. Bruxeles: Perelman, 1965.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certeza e incerteza: pressupostos operativos do direito contingente**. Tese de Doutorado. Lecce: Universidade de Estudos de Lecce, 2005.

GUASP, Jaime. **Derecho procesual civil**. v. 1. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Para uma filosofia da filosofia**. Fortaleza: UFC – Casa de José de Alencar, 1999.

GURVITH, Georges. **Elementos de sociologia jurídica**. Tradução Jose M. Cajica Jr. Mexico: Elysan, 1948.

HABSCHEID, Walter J. As bases do direito processual civil. Tradução ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. In: **Revista de Processo**. v. 11/13. São Paulo: Revista dos Tribunais,

HART, Herbert L. A. **Conceito de direito**. Tradução e pós-escrito Armindo Ribeiro Mendes. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción. In: LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Tradução Santiago López Petit; Dorothee Schmitz. Barcelona:

Edición Paidós Ibérica, 1990. p. 9-39.

KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. Tradução e notas Antônio Marques; Valério Rohden. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1998.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Tradução Samuel Rodrigues; Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoría general del estado**. México: Nacional, 1959.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KUHM, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LAUTMANN, Rüdiger. **Sociología y jurisprudencia**. Tradução Ernersto Garzón Valdés. 3. ed. Mexico: Distribuciones Fontamara, 1997.

LESSONA, Carlos. **Trattato delle prove in materia civile**. 3. ed. v. 1. Torino: Utet, 1927.

LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do direito**. Tradução Antonio de Padua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 6. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2002.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei**. São Paulo: Editora 34, 2004.

\_\_\_\_\_. Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário. In: **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. FARIA, José Eduardo (org.). São Paulo: Malheiros, 2005. p. 68-93.

\_\_\_\_\_. **O Direito na história**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LOPES JR. Dalmir (orgs.) **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica.** Traduções Dalmir Lopes Jr.; Daniele Andréia da Silva Manão; Flavio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad.** Traducción Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

\_\_\_\_\_. **I diritti fondamentali come istituzione.** Traduzione di Stefano Magnolo. Bari: Dedalo, 2002.

\_\_\_\_\_. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia.** Edição e tradução Josetxo Beriain; José María García Blanco. Madri: Editorial Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria política en el estado de bienestar.** Versão espanhola e introdução Fernando Vallespín. Madri: Alianza Editorial, 1997.

\_\_\_\_\_. **Introducción a la teoría de sistemas.** Versão espanhola Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Ibero Americana, 1996.

\_\_\_\_\_. **Poder.** Traducción Luiz Mónica Talbot. Barcelona: Editorial Anthropos, 1995.

\_\_\_\_\_. **Procedimenti giuridici e legittimazione sociale.** A cura di Alberto Febbrajo. Milano: Giuffré, 1995.

\_\_\_\_\_. La observación sociológica del derecho. **Crítica Jurídica.** n. 12. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 1993.

\_\_\_\_\_. **La differenziazione del diritto.** A cura di Raffaele De Giorgi. Milano: Mulino, 1990.

\_\_\_\_\_. **Sistemi sociali.** Traduzione Alberto Febbrajo; Reinhardt Schmidt. Bolonha: Mulino, 1990.

\_\_\_\_\_. Economia e diritto problemi di collegamento strutturale. **Osservatorio "Giordano Dell' Amore"**... n. 6. Milano: Cariplo, 1989.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito.** v. 2. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito.** v. 1. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. **Sociologia del diritto.** A cura di Alberto Febbrajo. Roma: Laterza, 1977.

\_\_\_\_\_. **Sistema giuridico e dogmatica giuridica.** A cura di Alberto Febbrajo. Bolonha: Mulino, 1974.

\_\_\_\_\_. ; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società.** 11. ed. Milano: Franco Angeli, 2003.

LUISO, Francesco Paolo. **Instituições de direito processual civil.** Torino: G. Giappichelli Editore, 2003.

MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di diritto processuale civile.** 10 ed. v. 1. Turim: Giappichelli, 1995.

MANSILLA, Darío Rodriguez. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad.** Tradução Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 23-55.

MARCONDES FILHO, Ciro. Niklas Luhmann, a comunicação vista por um novo olhar. In: LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação.** Prefácio à edição Brasileira e tradução Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005. p. 7-12.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Manual do processo de conhecimento.** 3. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil.** v. 1. atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Millennium, 1998.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil.** v. 1. Campinas: Millennium, 2000.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status.** Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTIN-CALERO, José Luis Colomer. **La teoría de la justicia de Immanuel Kant.** Machid: Centro de estudios constitucionales, 1995.

MATURANA, Humberto. **Cognição, ciência e vida cotidiana**. Organização e tradução Cristina Magro; Víctor Paredes. Belo Horizonte, UFMG, 2001.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **Autopoiesi e cognizione**. Tradução Alessandra Stragapede. Venezia: Marsilio Editori, 1985.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame. **Revista forense**. vol. 361. Forense: Rio de Janeiro, p. 49-50.

MIRANDA, Francisco Calvalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. v. 22. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao código de processo civil**. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Introdução, tradução e notas Pedro Vieira Mota. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2005.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1984.

NAVAS, Alejandro. **La teoría sociológica de Niklas Luhmann**. Ediciones Universidad de Navarra: Pamplona, 1989.

NERY JÚNIOR; Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. Tradução Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1974.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PINA, Rafael de. **Tratado de las pruebas civiles**. México: Editorial Porrúa, 1975.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diretto processuale civile**. Nápole: Jovene, 2002.

PLATÃO. **Apologia di socrate**. Roma: Newton & Compton Editori, 1997.

POPPER, Karl Raymund. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1993.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. **Introdução à ciência do direito**. Tradução Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Resenha Universitária, 1976.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Carlos Pinto Correia. Lisboa: Presença, 1993.

REALE, Miguel. (a) **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. (b) **O Direito como experiência**. 2. ed. fac-similar. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REDENTI, Enrico. **Diritto processuale civile**. v. 1. Milão: Giuffré, 1995.

RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. **Direito e processo: Razão burocrática e acesso à justiça**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

ROMANO, Santi. **Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale**. Módena: Sansoni, 1925.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Buenos Aires: Ejea, 1956.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. São Paulo: Cortez, 2000.

\_\_\_\_\_. **Conhecimento prudente para uma vida decente**. Porto: Edições Afrontamento, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciário cível e comercial**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970.

SCHMIDT, Reinhard. Appendice. In: LUHMANN, Niklas. **Sistemi sociali**. Tradução Alberto Febbrajo; Reinhard Schmidt. Bologna: Mulino, 1990. p. 745-761.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Norma contingência e racionalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 63-178.

SICHES, Luis Recaséns. **Vida humana, sociedad y derecho: fundamentación de la filosofía del derecho.** 3. ed. México: Porrúa, 1952.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 4. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito.** São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **O povo e o poder.** São Paulo: Malheiros, 2003

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico.** Tradução José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TREVES, Renato. **Sociologia del diritto.** 4. ed. Torino: Einaudi, 1996.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.** São Paulo: Max Limonad, 1997.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O Direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.** São Paulo: Max Limonad, 2006.

VILLENEUVE, Marcel de La Bigne de. **L'activité étatique.** Paris: Sirey, 1954.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Brevíssima retrospectiva histórica... In: \_\_\_\_\_. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 13-24.

WARAT, Luís. Alberto. O sentido comum teórico do direito numa sociedade dos juristas. In: FARIA, José Eduardo (Org.) **A crise do direito numa sociedade em mudança.** Brasília: Universidade de Brasília, 1988. p. 31-42.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição do processo civil.** 2. ed. São Paulo: Brookseller, 2001.

WEBER, Max. **Economia e società: Sociologia del Diritto.** v. 3. Tradução Giorgio Giordano. Torino: Edizioni di Comunità, 2000.

ZELLER, Édouard. **La philosophie dès grecs considérée dans son développement.** Tradução Edouard Boutroux. Paris: Hachette, 1884.

ZITELMAN, Ernest. Las lagunas del derecho. **Revista general de legislación y jurisprudencia.** t. 22. Espanha: Reus, 1922. p. 54.

## APÊNDICE I

### GLOSSÁRIO SOBRE A TEORIA SOCIAL DE NIKLAS LUHMANN

**Acoplamento Estrutural:** (strukturelle Kopplung): consiste no meio pelo qual o sistema comunica-se com o ambiente.

**Autopoiesis:** é o processo de produção, e reprodução, do sistema, pelos seus próprios elementos e, a partir deles, defini a sua unidade.

**Auto-referência:** é uma característica dos sistemas de remeter as suas operações sempre aos seus elementos. Elas só vão indicar algo ao qual pertençam.

**Código** (Code): regra binária, em que duas expressões, uma positiva outra negativa, servem de comunicação ao sistema. No sistema do Direito, utiliza-se lícito/ilícito.

**Complexidade:** variedade de escolhas para a mesma situação. Resulta na necessidade de seleção.

**Direito:** sistema-parcial do sistema social global, funcionalmente diferenciado, cuja função é manter estáveis as expectativas normativas.

**Diferenciação:** quando o sistema diferencia-se do seu entorno, criando limites/fronteiras e, com isso, a formação de outro sistema.

**Expectativas Normativas:** valores normativos que permanecem estáveis, mesmo com eventuais violações.

**Sistema Social:** sistema formado com base na comunicação. À medida que a diferenciação comunicativa reitera-se, outro sistema é formado.

**Sociedade:** sistema social que compreende todas as comunicações.

Sinônimo de sistema social global.

**Subsistema** (ou também chamado de sistema-parcial): sistema delimitado, pela suas fronteiras, dentro do sistema social global. Exemplo: o subsistema do Direito.

## APÊNDICE II

### BREVÍSSIMO HISTÓRICO DE NIKLAS LUHMANN

Niklas Luhmann nasceu no ano de 1927 em Lüneburg, na Alemanha. Ingressou na Faculdade de Direito de Freiburg na Brisgovia em 1946, tendo trabalhado na Administração Pública. Estudou Sociologia na Universidade de Harvard/EUA (1960/1961), onde foi influenciado por Talcott Parsons – autor, também, de uma Teoria dos Sistemas Sociais.<sup>416</sup> Além dele, teve forte presença na sua formação o antropólogo Arnold Gehlen. O encontro deles ocorreu quando Luhmann dirigia um instituto de pesquisa do governo alemão: Hochschule für Verwaltungswissenschaften em Speyer (1962/1965).

Doutorou-se pela Universidade de Münster (1962). Em 1969, começou a lecionar em Bielefeld, onde lhe foi conferido o título de Professor Emérito (1993). Por toda a sua vida, teve sempre um ideal: desenvolver uma grande teoria, a qual abrangesse a vasta gama de fenômenos sociais. Deste escopo, resultou a Teoria dos Sistemas, levando-o a se tornar um dos grandes sociólogos contemporâneos. Luhmann é autor de aproximadamente sessenta livros e quatrocentos artigos.<sup>417</sup> Faleceu em 1998, aos 71 anos de idade.

---

<sup>416</sup> Ver a respeito da sua bibliografia em NAFARRATE, Javier Torres. Notas biográficas sobre Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de sistemas. op. cit., p. 21; FEBBRAJO, Alberto. Nota del curatore. In: LUHMANN, Niklas. Sociologia del diritto. op. cit., p. 45; DE GIORGI, Raffaele. Niklas Luhmann: o futuro da memória. In: \_\_\_\_\_. Direito, tempo e memória. op. cit., p.101-106; MANSILLA, Darío Rodrigues. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: El derecho de la sociedad. op. cit., p. 23.

<sup>417</sup> Utilizou-se a expressão aproximadamente em razão dos pesquisadores não terem uma opinião uniforme sobre o número de livros. A título de exemplo, Schuartz menciona 40 livros (ressalvado os manuscritos que ainda estão por ser publicados) e 400 artigos. Cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. O encantamento dos conceitos e a produtividade da contingência na Teoria dos Sistemas sociais de Niklas Luhmann. In: \_\_\_\_\_. Norma contingência e racionalidade. op. cit., p. 63.

No decorrer da evolução da humanidade, encontram-se diversos discípulos propagadores das idéias de seus professores. Fazem-no, talvez, por gratidão aos seus mestres ou por plena convicção. Pois bem, sem sombra de dúvida, muitas das grandes teses não seriam conhecidas sem a contribuição desses discípulos. Na Univesità degli Studi di Lecce há o Centro di Studi sul Rischio (Centro de Estudo do Risco), fundado por Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi, onde são recebidos pesquisadores de todo o mundo, estudiosos das idéias luhmannianas, professores ou meros curiosos.

No local, todos são acolhidos calorosamente. No Centro de Estudos, Luhmann ainda vive: pode ser encontrado por todos os cantos; respira-se as suas premissas e se comenta rotineiramente sobre a sua vida e as suas diversas passagens pelo local, seja como professor, pesquisador ou mesmo para rever tantos amigos que lá se encontram.

O relacionamento intelectual de Luhmann e De Giorgi inciou-se em 1979, quando Luhmann ganhou, da editora responsável pelo livro, o trabalho de De Giorgi, denominado *Scienza del diritto e legittimazione*. Na obra, desenvolve-se um paralelo entre a evolução da Ciência Jurídica alemã, tratando de Savigny, Puchta, Jhering, Kelsen e finalmente Luhmann, motivando-o a fazer uma carta elogiando o trabalho e dizendo que gostaria de iniciar um intercâmbio de idéias. Posteriormente, De Giorgi estudou com Luhmann uma década na Alemanha e por toda a sua vida foram extremamente ligados, verdadeiros cúmplices intelectuais, levando-lhes a desenvolver em conjunto vários trabalhos. Merece destaque a obra *Teoria della Società*, aí se introduz com profundidade o instrumental luhmanniano no Direito Italiano. Atualmente, o discípulo de Luhmann viaja o mundo propagando os seus ensinamentos.