# XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

## TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

**JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR**

**ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA**

**ORLANDO LUIZ ZANON JUNIOR**

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
**Secretarias**
**Relações Institucionais:**
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
**Comunicação:**
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
**Relações Internacionais para o Continente Americano:**
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes:**
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
**Eventos:**
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

T314

Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo juridico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Alcebiades De Oliveira Junior; Orlando Luiz Zanon Junior; Rogerio Luiz Nery Da Silva. – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-601-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da justiça, do direito e da decisão. 2. Teorias da argumentação e do realismo jurídico. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34




Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

# XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

## TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

---

## Apresentação

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI) promove uma série de encontros anuais, de abrangência nacional, nos formatos virtual e presencial, visando à produção e disseminação de pesquisas na área jurídica.

Esses eventos, além de contemplar palestras de juristas de destaque, nos âmbitos nacional e internacional, enfocam precipuamente a apresentação de artigos científicos, defendidos perante grupos de trabalho especializados por área (os GTs). Nesses grupos, promove-se a discussão sobre o estado da arte da produção da ciência jurídica brasileira e internacional. Trata-se de momento de compartilhamento e debate das diversas pesquisas realizadas no contexto da pós-graduação em direito e, portanto, de oportunidade de formação de relevantes redes de diálogo entre estudiosos, professores e cientistas nacionais e estrangeiros (networking).

Especificamente o grupo de trabalho Teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e Realismo Jurídico, ora em apresentação, enfoca os seguintes temas: concepções de justiça; matrizes fundantes da ideia de justiça; justiça e direito; a justiça e sua relação com a busca da verdade; justiça universal e justiça particular; justiça substantiva e justiça procedimental; justiça distributiva; teorias modernas da justiça; utilitarismo clássico e contemporâneo; liberalismo, igualitarismo e libertarianismo; comunitarismo, particularismo, perfeccionismo, republicanismo e multiculturalismo; democracia deliberativa e justiça social como reconhecimento; razão jurídica; semiótica; retórica; lógica; argumentação e argumentação jurídica; direito e ciência jurídica; teoria da norma jurídica; teoria da norma e teoria da decisão; teoria do ordenamento jurídico; direito e linguagem; positivismo(s) jurídico (s); realismo(s) jurídico(s), modelos norte-americanos, escandinavos; o paradigma da cientificidade; falseabilidade; pragmatismo filosófico e jurídico; relações entre direito, estado e sociedade: os modelos formalistas, sistêmicos-operacionais e realistas; o pensamento sistemático aberto a valores: a relevância dos princípios e sua constitucionalização; o direito como sistema de regras e princípios; a relação entre direito e moral; o discurso jurídico; judicialização; ativismo judicial; decisionismo; idealismo jurídico; neoconstitucionalismo; Teoria da norma x teoria da decisão; e, pragmatismo.

Na presente oportunidade, na agradável cidade de Balneário Camboriú (SC), entre os dias 7 e 8 de dezembro de 2022, foram apresentados artigos científicos que tratam, de forma abrangente e interdisciplinar, sobre os assuntos afetos ao presente GT, antes indicados. A qualidade e a relevância dos trabalhos apresentados são indicativos da relevância do Conpedi, notadamente no tocante ao debate sobre as questões mencionadas, as quais reclamam constante aperfeiçoamento no âmbito da pós-graduação em direito.

Em continuidade às apresentações, os trabalhos geraram importantes interações acadêmicas, contextualizando os temas trabalhados com o devir dos cenários político, econômico e social atuais, que representam um notável desafio para os juristas.

Com satisfação e respeito, os coordenadores do grupo de trabalho convidam os leitores a conhecerem e desfrutarem do teor integral dos artigos aqui agrupados, desejando a todos uma profícua e leve leitura.

Não se pode encerrar, contudo, sem o merecido agradecimento aos pesquisadores que produziram o conhecimento ora disponibilizado e, além disso, contribuíram para os importantes diálogos, conduzidos no presente grupo de trabalho.

Prof. Dr. José Alcebiades De Oliveira Junior (UFRGS)

Prof. Dr. Orlando Luiz Zanon Junior (Univali)

Prof. Dr. Rogerio Luiz Nery Da Silva (UNOESC e UNIRV)

# A PERCEPÇÃO JURÍDICA FUNDADA NA PLURALIDADE: UM BREVE ESTUDO DO DIREITO À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS E SUAS IMPLICAÇÕES NA MODERNIDADE PERIFÉRICA BRASILEIRA.

## THE LEGAL PERCEPTION ESTABLISHED ON PLURALITY: A BRIEF STUDY OF THE LAW IN THE LIGHT OF THE THEORY OF AUTOPOIETIC SOCIAL SYSTEMS AND ITS IMPLICATIONS IN BRAZILIAN PERIPHERAL MODERNITY

**Eduardo Henrique Tensini** [1]
**Rafael Padilha dos Santos** [2]
**Wellington Barbosa Nogueira Junior** [3]

**Resumo**

A necessidade de compreender o fenômeno jurídico sob uma perspectiva fundada na pluralidade, decorrente das críticas aos modelos teóricos do positivismo normativista, fez com que se desenvolvessem novas categorias para explicar o papel do direito no seio da sociedade hipercomplexa da pós-modernidade. Um dos marcos teóricos propostos para ajudar a entender o funcionamento do direito e do estado, nesse contexto, é a teoria dos sistemas, segundo a qual o jurídico consubstancia um subsistema social fundado na comunicação, que opera de forma estruturalmente fechada, as cognitivamente aberta. Embora fundamental para o estudo do fenômeno jurídico, não se deve deixar de fazer uma análise crítica da importação das categorias e conceitos operacionais da teoria dos sistemas à realidade brasileira, em especial diante das peculiaridades da modernidade periférica que por aqui se desenvolveu. Nesse interim, o presente estudo visa compreender, com base nas categorias e conceitos legados pela teoria dos sistemas, a supercomplexidade do sistema jurídico e dos demais códigos de comunicação na modernidade periférica brasileira.

**Palavras-chave:** Teoria dos sistemas, Autopoiese, Acoplamento estrutural, Alopoiese, Direito estatal

**Abstract/Resumen/Résumé**

The need to understand the legal phenomenon from a perspective founded on plurality, resulting from criticism of the theoretical models of normativist positivism, led to the development of new categories to explain the role of law within the hyper-complex society of

---

[1] Advogado. Pós-graduado em International Trader. Pós-graduado em Direito e Processo Tributário. Mestrando com dupla titulação em ciências jurídicas pela UNIVALI/SC e Delaware Law School.

[2] Advogado. Doutor com dupla titulação pela Univali/SC e pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Mestre em Filosofia pela UFSC.Especialização em psicologia social pela Universidade Estatal de São Petersburgo (Rússia).

[3] Juiz de Direito. Pós-graduado em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do TJSC. Especialista em Direito Civil pela EPM/SP. Mestrando em ciências jurídicas pela UNIVALI/SC e Delaware Law School.

postmodernity. One of the theoretical frameworks proposed to help understand the functioning of law and the state, in this context, is the theory of systems, according to which the legal system embodies a social subsystem founded on communication, which operates in a structurally closed, cognitively open way. Although fundamental for the study of the legal phenomenon, one should not fail to make a critical analysis of the importation of the categories and operational concepts of systems theory to the Brazilian reality, especially in view of the peculiarities of peripheral modernity that developed here. Hereupon, the present study aims to understand, based on the categories and concepts bequeathed by the systems theory, the supercomplexity of the legal system and other codes of communication in Brazilian peripheral modernity.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Systems theory, Autopoiesis, Structural coupling, Allopoiesis, State law

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto estudar as contribuições da teoria dos sistemas para a percepção do fenômeno jurídico fundada na pluralidade, ampliando a capacidade de o direito apreender a complexidade das relações sociais no contexto da pós-modernidade, com especial destaque para as peculiaridades da pós-modernidade periférica, típica da realidade brasileira.

O seu objetivo é demonstrar, por meio do estudo doutrinário das categorias e conceitos operacionais trazidos pelo pensamento de Niklas Luhmann, Gunther Teubner, Tércio Sampaio Ferraz Junior e Marcelo Neves, como a teoria dos sistemas sociais autopoiéticos pode servir de arcabouço teórico para a compreensão da relação entre estado e direito na pós-modernidade, sem perder de vista que a realidade periférica da experiência jurídica brasileira possui implicações e consequências específicas.

Para tanto, o artigo está dividido em três tópicos. No primeiro e no segundo, serão tratadas as categorias e conceitos operacionais trazidos pela teoria dos sistemas, tais como autopoiese, acoplamento estrutural, código binário de diferenciação e alopoiese. No terceiro tópico, será feita uma abordagem crítica da transposição das categorias e conceitos operacionais da teoria dos sistemas sociais para a realidade do caso brasileiro, profundamente marcado por uma pós-modernidade periférica.

O presente artigo se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados aspectos destacados do texto, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a utilização da teoria dos sistemas como marco teórico de compreensão do fenômeno jurídico na realidade brasileira.

Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica[1].

## 2. A SOCIEDADE COMO SISTEMA COMPLEXO DE COMUNICAÇÕES E IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO

Com o surgimento de uma epistemologia fundada na pluralidade, que leva em conta a complexidade crescente da sociedade pós-moderna, constata-se a ocorrência da diferenciação funcional dos diversos sistemas sociais. A diferenciação funcional ocorre em razão da grande

[1] PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 15 ed. São Paulo: Emais Editora, 2021.

pressão seletiva ocasionada pelo aumento da contingência em relação às possibilidades de confirmação ou frustração de expectativas sociais.

Para poder aumentar a capacidade de atualização das possibilidades surgidas no ambiente e tentar aumentar a apreensão da complexidade social, o sistema de comunicação atua seletivamente, dividindo-se em diferentes sistemas parciais especializados e funcionalmente autônomos[2].

A diferenciação funcional não deve se confundir com isolamento em relação ao restante da sociedade e pode ser melhor compreendida à luz da teoria dos sistemas autopoiéticos.

A respeito do tema, importante é a lição de Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Villas Bôas Filho[3]:

> [...] da perspectiva de Maturana e Varela, autopoiese pressupõe que o sistema reproduz todos os seus elementos a partir de suas próprias operações. Em Luhmann, no entanto, o conceito adquire uma abrangência maior e deve ser lido a partir do processo de diferenciação do sistema em relação ao ambiente. Nesse sentido, a noção de autopoiese compreende três fases interdependentes: autorreferência de base, reflexividade e reflexão. A primeira refere-se à autorreprodução dos elementos. Para Luhmann, como um elemento só existe em relação a outros, eles se remetem necessariamente entre si como redes recursivas, que, ao se diferenciarem conforme as possibilidades de relação, reduzem as alternativas disponíveis no mundo (diminuição de complexidade). Note-se o paradoxo: da necessidade da relação, os elementos constroem sua unidade, mas como é a própria unidade que possibilita a conexão, os elementos também são por ela construídos. A segunda etapa, por sua vez, consiste na capacidade de um processo referir-se a si mesmo. Luhmann denominou-a reflexividade, pois exprime a possibilidade de o processo se submeter aos seus meios para escolher seus atos. A terceira fase, denominada reflexão, diz respeito à autodescrição do sistema, isto é, à sua necessidade de se reconhecer como diverso. Trata-se, em outras palavras, da elaboração de uma "teoria do sistema no sistema", produzida discursivamente por meio de conceitos e argumentos próprios. Depende de construção conceitual que descreva sua identidade e, por conseguinte, demarque sua diferença. Quando essas três fases operam simultaneamente, tem-se a estabilização de um sistema autopoiético diferenciado de seu ambiente.

À luz dessa teoria, os sistemas sociais se diferenciam ao fechar sua operacionalidade funcional e adquirem autonomia com relação aos demais sistemas para aumentar seu poder de apreensão da complexidade existente no ambiente. Todavia, mantêm sua unidade básica na comunicação, que é a base elementar de todos os sistemas sociais[4].

---

[2] NEVES, Marcelo. **Entre a Têmis e o Leviatã: uma relação difícil**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 16.

[3] GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50.

[4] "A unidade básica dos sistemas sociais é a comunicação" - LUHMANN, Niklas. **The Unity of Legal System**. *In* Ghunter Teubner (org.), Autopoietic Law: a new approach to Law and society. Berlim: de Gruyter, 1988, p. 16.

O elemento básico e fundamental de um sistema social é a comunicação, não o ser humano individualmente considerado. O ser humano, por si só, não é elemento de um sistema social. O sistema social só existe a partir da constatação de uma rede comunicacional entre indivíduos. Comunicação aqui deve ser entendida como a unidade de forma de expressão, informação e compreensão, que constitui o sistema social, por reproduzir comunicação recursivamente[5].

Diante disto, pode-se concluir que o sistema social é um aparato de comunicação, à medida que este se constitui por uma autorreprodução circular e intersubjetiva dos próprios comunicados. Ou seja, é um sistema composto por atos de comunicação que geram novos atos de comunicação[6].

Nesse sentido, o sistema social pode ser compreendido como autopoiético[7]. Segundo Teubner, um sistema autopoiético produz e reproduz seus próprios elementos, mediante a interação dentre eles[8]. A principal característica da autopoiese é que os sistemas são capazes de criar não apenas a ordem própria, mas de criar seus próprios elementos, constituindo-se em um sistema autorreferencial, por meio de uma sequência de interação circular e fechada[9].

O sistema social, então, constitui-se como autorreferencial fechado, em que os elementos (atos de comunicação) são produzidos e reproduzidos pelos elementos contidos no próprio sistema (atos de comunicação).

No sistema social geral, relacionam-se os mais diferentes tipos de atos de comunicação. Como ressaltado anteriormente, alguns se desenvolvem e diferenciam-se funcionalmente em círculos comunicacionais específicos, atingindo elevado grau de autonomia e complexidade. Tal aquisição de autonomia pressupõe o surgimento de um código-diferença de comunicação que possibilite ao sistema parcial iniciar um círculo próprio de autorreferência, mediante a

---

[5] LUHMANN, Niklas. **The Unity of Legal System**. *In* Ghunter Teubner (org.), Autopoietic Law: a new approach to Law and society. Berlim: de Gruyter, 1988, p. 17.

[6] TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 139.

[7] "De que forma é produzida a comunicação? A comunicação não é criada por nada que se encontre no ambiente; é produzida, de forma recursiva, por si mesma: comunicação produz comunicação por meio de comunicação. O bloqueio desta circularidade recairia na forma de sistemas abertos que Luhmann sempre buscou evitar. A comunicação é operativamente fechada ou autopoiética. Desta forma, Luhmann trans- porta para a sociologia o conceito de autopoiese, criado pelos biólogos Maturana e Varela" (GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 57).

[8] TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 43.

[9] TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. XI.

criação de seus atos de comunicação específicos, um código binário próprio que guie a autorreprodução sistêmica[10].

A partir do momento em que esses subsistemas desenvolvem um código-diferença próprio para guiar seu círculo comunicacional, destacam-se do sistema social geral, autonomizando-se para formar sistemas autopoiéticos de segundo grau[11]. É o caso, por exemplo, da política e da economia, que possuem um circuito de comunicação diferenciado e autônomo em relação ao sistema social geral, guiado pelo código binário específico do sistema político (poder/não poder) e do sistema econômico (ter/não ter), respectivamente.

O sistema jurídico não foge a essa regra. Segundo afirma Luhmann, o direito, enquanto um sistema social diferenciado, funcionalmente existe apenas como comunicação[12]. O sistema jurídico se diferencia mediante sua clausura operacional, formando um sistema autopoiético de segundo grau, por meio do surgimento de um código binário próprio (lícito/ilícito). Esse código é que proporciona a autonomia do sistema jurídico em relação aos demais subsistemas sociais, pois permite a autorreprodução dos elementos básicos (atos de comunicação especificamente jurídicos), de acordo com uma rede circular e fechada, que opera mediante a aplicação do código binário próprio.

A diferenciação do direito pode, então, ser entendida como o controle exclusivo da aplicação do código "lícito/ilícito" por um sistema funcional especializado que se autorreproduz circularmente com base nesse mesmo código[13].

Como apontam Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Villas Bôas Filho[14]:

> Enquanto subsistema funcional da sociedade, o direito tem a comunicação como elemento básico de sua autopoiese. Contudo, a definição do direito enquanto subsistema funcional implica, ainda, que ele, de alguma forma, seja diferenciado da sociedade da qual faz parte, pois, caso contrário, a comunicação jurídica simplesmente se dissolveria em meio ao fluxo de comunicação geral da sociedade e o direito desapareceria ou, como descreve Gunther Teubner, torna-se socialmente difuso. Nesse sentido, Luhmann concebe o direito como um subsistema que, fundado no código lícito/ilícito (Recht/Unrecht), e em programas condicionais, desenvolve uma função específica no bojo da sociedade moderna.

[10] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 134.
[11] TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 139.
[12] LUHMANN, Niklas. **The Unity of Legal System**. *In* Ghunter Teubner (org.), Autopoietic Law: a new approach to Law and society. Berlim: de Gruyter, 1988, p. 17
[13] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.135.
[14] GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69.

Ou seja, o sistema jurídico é constituído por uma rede comunicativa fechada de elementos (atos de comunicação) que se autoqualificam como jurídicos ou não-jurídicos mediante a incessante aplicação de seu código-diferença (lícito/ilícito). Assim, é a autorreprodução dos atos jurídicos que define o que é ou não jurídico, formando um círculo autônomo que diferencia o que é ou não jurídico na sociedade.

Circularidade sugere fechamento. Parece, então, que a autopoiese é uma teoria de autossuficiência do direito em relação ao resto do mundo, propondo um fechamento comunicativo do direito (ou seja, o sistema jurídico comunica apenas acerca de si mesmo[15]), indo na contramão de todo o pensamento pós-moderno de que as ordens jurídicas devem ser abertas ao ambiente para poder absorver sua complexidade. Porém, Teubner afirma que esse fechamento circular é uma "meia verdade". Para ele, paradoxalmente, o fechamento radical do sistema, sob certas circunstâncias, implica sua radical abertura[16].

Esse é o grande paradoxo da teoria da autopoiese. Os sistemas autopoiéticos se autorreproduzem em uma clausura radical, porém esta clausura não significa uma autossuficiência em relação ao restante dos outros sistemas sociais. Como bem advertem Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Villas Bôas Filho, "capacidade de reprodução autorreferencial, no entanto, não é sinônimo de solipsismo ou isolamento em relação ao ambiente"[17].

O sistema autopoiético absorve as perturbações do ambiente segundo seus próprios elementos e critérios. Ao absorver estas perturbações, por meio dos elementos que produz, o sistema é capaz de realizar sua autorreferência independente da influência externa. Nesse sentido, pode-se concluir que a clausura do sistema é o que possibilita a interação com o ambiente, respeitando a autonomia interior. O fechamento é a condição de possibilidade para uma abertura autônoma.

No caso do sistema jurídico, a compreensão do paradoxo entre fechamento operacional como condição de possibilidade de abertura para o ambiente fica mais clara à medida que se distinguem na sociedade as expectativas normativas das cognitivas[18].

---

[15] TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. XXII.

[16] TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p 141.

[17] GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Lachmann** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 57.

[18] LUHMANN, Niklas. **The Unity of Legal System**. *In* Ghunter Teubner (org.), Autopoietic Law: a new approach to Law and society. Berlim: de Gruyter, 1988, p. 19.

Para compreender melhor a diferença entre expectativas cognitivas e normativas, tome-se o exemplo utilizado pelo professor Tércio Sampaio Ferraz Jr.[19], ao comparar as leis científicas com as normas jurídicas. Segundo afirma o referido professor, no campo da ciência, há uma lei que diz que os objetos tendem a se dilatar com o aumento do calor. Há uma expectativa generalizada que todos os objetos submetidos a uma alta temperatura se dilatem. Porém, se algum dia for descoberto um metal que mesmo submetido a altas temperaturas passe a se comprimir, esta lei da dilatação será questionada e não corresponderá mais à verdade científica, devendo ser substituída por outra. A quebra da expectativa generalizada faz com que a permanência daquela lei científica se torne insuportável.

Isso não ocorre com as normas jurídicas. Há uma norma que proíbe o homicídio, imputando uma pena para quem o cometer. Porém, tal norma não impede que homicídios ocorram, e o fato de ser frustrada a expectativa generalizada de que as pessoas não matem umas às outras não faz com que a norma jurídica que veda o homicídio tenha de ser substituída por outra. A quebra da expectativa generalizada não faz com que a vedação ao homicídio seja questionada, pois a expectativa de que as pessoas não matem umas às outras se mantém, apesar de, vez ou outra, ocorrerem frustrações.

Esta é a diferença entre expectativas cognitivas e normativas. Ambas são geradas por uma generalização de determinado comportamento, porém, as expectativas cognitivas se adaptam mais facilmente às mudanças surgidas no ambiente e seu objetivo é descrever tendências de comportamento mediante observação da causalidade, enquanto que as expectativas normativas não precisam se modificar quando ocorrem reiteradas frustrações, admitindo-as como um fato, pois objetivo é prescrever tendências de comportamento, mediante imputação de um dever-ser às condutas dos indivíduos, visando a evitar a ocorrência do comportamento indesejado.

O sistema jurídico usa essa diferença entre expectativas cognitivas e normativas para combinar o fechamento operacional com a abertura para as relações ocorridas no ambiente. De acordo com o que afirma Luhmann isso faz com que o Direito seja um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto[20].

Apenas o sistema jurídico pode atribuir a qualidade de normas jurídicas a certos atos de comunicação existentes em seu interior, mediante a aplicação do código binário próprio. Nesse

[19] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.104.

[20] LUHMANN, Niklas. **The Unity of Legal System**. *In* Ghunter Teubner (org.), Autopoietic Law: a new approach to Law and society. Berlim: de Gruyter, 1988, p. 20.

sentido, ele é normativamente fechado. Porém, o sistema jurídico precisa coordenar-se com o ambiente, absorvê-lo de acordo com seus elementos para poder distinguir o que é lícito do que é ilícito, razão pela qual é, de maneira simultânea, cognitivamente aberto ao ambiente.

É dessa maneira que o direito enquanto sistema autopoiético é capaz de absorver a enorme complexidade do ambiente. Por meio de uma abertura cognitiva, mantém-se atento às modificações e às novas perturbações advindas do ambiente, ao mesmo tempo em que mantém sua autonomia produtiva e funcional com base em seu círculo comunicacional fechado, por meio da aplicação do código binário de descrição (lícito/ilícito).

No caso do sistema jurídico, é a clausura operacional que permite a definição autônoma do que é lícito ou ilícito, independente da influência direta de critérios ou elementos pertencentes a outros sistemas parciais, como a política ou a economia. Mediante a clausura operacional o direito pode reproduzir-se exclusivamente com base em seu código binário próprio, sem ser influenciado pelos códigos-diferença comunicacionais pertencentes a outros sistemas.

Não se pretende aqui defender a ideia utópica de que o sistema jurídico não é influenciado pelos interesses econômicos ou por diretrizes políticas. O que se defende é a capacidade do sistema jurídico em "filtrar" esses eventos de maneira autônoma mediante a aplicação de seu código-diferença próprio. Trata-se de uma capacidade de aprendizagem do sistema jurídico com relação aos eventos do ambiente mediante uma absorção seletiva e não imediata das perturbações[21].

## 3. ACOPLAMENTO ESTRUTURAL COMO FORMA DE INTERAÇÃO ENTRE OS DIFERENTES SISTEMAS SOCIAIS DIFERENCIADOS.

Para tratar dessa "filtragem sistêmica", Luhmann desenvolveu o conceito de acoplamento estrutural[22]. O acoplamento serve para lidar com as influências recíprocas entre os diferentes sistemas parciais de comunicação, permitindo que essas influências se deem de maneira duradoura, sem que cada sistema parcial perca sua autonomia[23]. Para utilizar um

[21] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 136.

[22] "Para analisar as relações entre sistema e ambiente, Luhmann utiliza o conceito de acoplamento estrutural (strukturelle Kopplung) para descre- ver como o direito, entendido como subsistema autopoiético, se relaciona com outros subsistemas funcionais185. A título de exemplo, serão analisadas brevemente duas formas de acoplamento estrutural: o contrato (forma de acoplamento estrutural entre direito e economia) e a constituição (forma de acoplamento estrutural entre direito e política)" (GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann** – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 136).

[23] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 2009. 313f. Tese apresentada ao concurso para provimento no cargo de professor titular na área de direito constitucional, junto ao Departamento de Direito do Estado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p.31.

exemplo da biologia, o acoplamento estrutural atua como uma membrana celular permeável que permite a troca seletiva de certos elementos entre uma célula e outra, sem descaracterizar o funcionamento autônomo de cada uma das células.

Trazendo esta noção para os sistemas sociais, os acoplamentos estruturais então constituem "mecanismos de interpenetrações concentradas e duradouras entre sistemas sociais"[24]. A título de exemplo, pode-se citar a constituição dos estados modernos como tentativa de acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico. O contrato, por sua vez, atuaria como acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o econômico, uma vez que é entendido com a veste jurídica de relações econômicas.

Porém, não há como negar que as interferências proporcionadas pelo ambiente complexo e pelos demais subsistemas parciais ocorrem em uma velocidade muito maior do que a capacidade seletiva de filtragem interna do sistema jurídico.

O desequilíbrio, à primeira vista, pode ser considerado como natural, pois consistiria na condição própria para a constante evolução do sistema jurídico, em busca de oferecer as melhores soluções para os conflitos sociais. Mas, na maioria dos casos é possível notar que o desequilíbrio é causado pela influência direta de fatores externos ao sistema jurídico, sem que seja possível a filtragem necessária à sua condição de autopoiese.

Essas interferências ocorrem em razão de problemas estruturais existentes na relação entre os mais diversos sistemas sociais parciais, fazendo com que os elementos não sejam adequadamente selecionados de maneira autônoma pelo sistema jurídico e acabem por limitar sua abertura cognitiva, tendo como consequência o fato de que a clausura operacional permaneça repetindo uma autorreferência normativa que não condiz com os anseios do ambiente.

Assim, ocorre uma crise de hetero-referência cognitiva do sistema jurídico, que prejudica a manutenção de sua autorreferência normativa, trazendo consequências nocivas para o modo como se coordenam sistema e ambiente, ou nesse particular, direito e sociedade.

A crise de hetero-referência cognitiva do sistema jurídico ocorre quando há uma interferência indiscriminada de fatores pertencentes a outros subsistemas parciais por falhas na estrutura de relacionamento destes com o direito. Há uma falha na construção do acoplamento estrutural, descaracterizando o controle de sua "permeabilidade". É o caso de interesses

[24] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 2009. 313f. Tese apresentada ao concurso para provimento no cargo de professor titular na área de direito constitucional, junto ao Departamento de Direito do Estado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 33.

econômicos e relações de dominação política influenciando diretamente na aplicação do código binário "lícito/ilícito".

Tal distorção estrutural faz com que certos valores políticos e econômicos, os quais não deveriam estar presentes na reprodução autônoma do sistema jurídico, passem a ser determinantes na aplicação do código-diferença "lícito/ilícito", fazendo com que o controle acerca do que é jurídico ou não na sociedade deixe de ser exercido exclusivamente pelo direito.

A partir do momento em que o controle do código "lícito/ilícito" deixa de ser uma exclusividade do sistema jurídico, passando a sofrer influência direta dos códigos "ter/não ter", "rico/pobre", "dominador/dominado", 'poder /não-poder", o direito deixa de ser concebido como sistema autopoiético e sua clausura normativa operacional deixa de corresponder às necessidades do ambiente. Em tal conjectura, o fechamento operacional já não é condição para abertura cognitiva, pois não há mais hetero-referência cognitiva no direito, mas a clausura normativa passa a ser a condição para o desenvolvimento da aplicação dos valores pertencentes a outros sistemas sociais.

Para esse fenômeno, Marcelo Neves deu o nome de "alopoiese" do direito[25]:

> As sobreposições particularistas dos códigos político e econômico às questões jurídicas impossibilitam a construção da identidade do sistema jurídico. Em vez de autopoiese, caberia falar de alopoiese do direito [...]. Isso significa que não surge uma esfera de juridicidade apta a, de acordo com seus próprios critérios e de forma congruentemente generalizada, reciclar as influências advindas do seu contexto econômico e político, como também daquilo que os alemães denominam de "boas relações". O intrincamento do(s) código(s) jurídico(s) com outros códigos sociais atua autodestrutivamente e heterodestrutivamente. O problema não reside, primariamente, na falta de abertura congnitiva (heterorreferência ou adaptação), mas sim no insuficiente fechamento operacional (auto-referência), que obstaculiza a construção da própria identidade do sistema jurídico. Se tal identidade pode ser vista, eventualmente, no plano da estrutura dos textos normativos, ela é destruída gradativamente durante o processo de concretização jurídica. Assim sendo, não se constrói, em ampla medida, congruente generalização de expectativas normativas a partir dos textos constitucionais e legais. Daí resulta que a própria distinção entre lícito e ilícito é socialmente obnubilada, seja por falta de institucionalização (consenso) ou de identificação do sentido das normas. A conseqüência mais grave é a insegurança destrutiva nas relações de conflitos de interesses.

Ou seja, há uma sobreposição de outros códigos de comunicação, em especial o econômico (ter/não ter) e o político (poder/não-poder), sobre o código "lícito/ilícito"[26].

---

[25] NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito**. *In* Lua Nova: Revista de Cultura e Política, Número: 37, Publicado em 1996. Disponível em https://doi.org/10.1590/S0102-64451996000100006. p. 99-100.

[26] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.146.

Esse quadro de corrupção sistêmica prejudica a identificação do direito estatal, territorialmente determinado, como sistema funcional diferenciado e autônomo ocasionando descrédito na sociedade, que não se vê contemplada pelas soluções oferecidas pelo direito. Destarte, se já havia uma dificuldade natural de apreensão da complexidade social por meio de um sistema jurídico único para fornecer a pacificação dos conflitos sociais, doravante, com a perda da condição de abertura cognitiva, esta tarefa fica ainda mais difícil.

Em certos casos, o que se vê é uma constante corrupção sistêmica no nível estrutural que impede a autonomia operacional do direito estatal, caracterizando-o pela influência direta de elementos externos, impedindo o desenvolvimento do acoplamento estrutural com os demais sistemas sociais parciais. Como será abordado no próximo tópico, isso se deve ao desenvolvimento específico da modernidade em contexto periférico, em que se desenvolveu uma expectativa generalizada de que os sistemas corrompidos não são capazes de reagir aos episódios de corrupção[27].

## 4. O DESENVOLVIMENTO DE UMA MODERNIDADE PERIFÉRICA NO BRASIL: FALTA DE AUTONOMIA FUNCIONAL DO DIREITO ENQUANTO SISTEMA SOCIAL PARCIAL

O modelo apresentado por Luhmann de identificação do Direito como sistema autopoiético apresenta fortes limitações do ponto de vista empírico. É muito difícil encontrar uma comunidade em que os interesses econômicos e a dominação política não interfiram diretamente na aplicação do código binário "lícito/ilícito".

Isso se justifica em razão da própria evolução histórica da formação do estado moderno, pois o direito tradicionalmente serviu aos interesses de um grupo dominante política ou economicamente.

A abertura cognitiva do sistema jurídico mostra-se limitada pela interferência de critérios políticos, interesses econômicos, condicionamentos de moral religiosa, relacionamentos familiares, relacionamentos de amizade etc. Nesse aspecto, pode-se dizer que, no sistema jurídico, a "alopoiese" é a regra e autopoiese a exceção.

No âmbito da América Latina, em especial do Brasil, identifica-se claramente o desenvolvimento alopoiético do direito. Com efeito, a dominação política e os interesses econômicos de uma classe tradicionalmente soberana, herdeira das relações de dominação do

[27] NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 2009. 313f. Tese apresentada ao concurso para provimento no cargo de professor titular na área de direito constitucional, junto ao Departamento de Direito do Estado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 38.

sistema colonial europeu, bem como a influência dos interesses econômicos não determinados territorialmente do período da globalização, foram determinantes para que o sistema jurídico apresentasse grande limitação de sua hetero-referência cognitiva.

Em razão disso, há uma enorme dificuldade de apreensão da complexidade social por meio do sistema jurídico e uma falta de identificação generalizada da grande maioria da sociedade, que não se sente contemplada pelos elementos presentes nos sistemas parciais de comunicação.

A institucionalização do sistema político e jurídico unificados territorialmente prescindiu de um ambiente democrático em que se compatibilizassem as diferentes perspectivas políticas, realidades econômicas e diferentes manifestações do fenômeno jurídico. Os sistemas sociais de comunicação institucionalizaram-se por argumentos de autoridade impostos mediante dominação e opressão das demais parcelas da população, que não participaram da construção das relações de comunicação.

O consenso imposto de forma antidialógica por uma parcela privilegiada da população representa um desdobramento da modernidade periférica: as relações de "subintegração" e "sobreinteração" sistêmicas[28].

Como aponta Marcelo Neves[29]:

> Uma das variáveis mais problemáticas da dificuldade de construção da autonomia do sistema jurídico e, portanto, de realização do Estado de direito na modernidade periférica, destacadamente no Brasil é a generalização de relações de subintegração e sobreintegração. Nesse caso, não se realiza inclusão como acesso e dependência simultâneos ao direito positivo. A rigor, porém, não se trata de relações alopátricas de exclusão entre grupos humanos no espaço social [...].
>
> Do lado dos subintegrados, generalizam-se as relações concretas em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico, mas dependem de suas prescrições impositivas. Portanto, os subcidadãos não estão excluídos. Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. Os direitos fundamentais não desempenham qualquer papel relevante no horizonte do seu agir e vivenciar, sequer quanto à identificação do sentido das respectivas normas constitucionais. Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos das liberdades. E isso vale para o

[28] NEVES, Marcelo. **Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: El problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina.** In: VILLEGAS, M. G.; RODRÍGUEZ, C. A. (Ed.). Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos. Bogotá: Universidad Nacional de Colômbia, 2003. p. 277.

[29] NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito**. *In* Lua Nova: Revista de Cultura e Política, Número: 37, Publicado em 1996. Disponível em https://doi.org/10.1590/S0102-64451996000100006. p. 101-102.

> sistema jurídico como um todo: os membros das camadas populares "marginalizadas" (a maioria da população) são integrados ao sistema, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados etc, não como detentores de direitos, credores ou autores. Porém, no campo constitucional, o problema da subintegração ganha um significado especial, na medida em que, com relação aos membros das classes populares, as ofensas aos direitos fundamentais são praticadas principalmente nos quadros da atividade repressiva do aparelho estatal.
>
> A subintegração das massas é inseparável da sobreintegração dos grupos privilegiados, que, principalmente com apoio da burocracia estatal, desenvolvem suas ações bloqueantes da reprodução do direito. É verdade que os sobrecidadãos utilizam regularmente o texto constitucional democrático - em princípio, desde que isso seja favorável aos seus interesses e/ou para proteção da "ordem social". Tendencialmente, porém, a Constituição é posta de lado na medida em que impõe limites à sua esfera de ação política e econômica. Ela não atua, pois, como horizonte do agir e vivenciar jurídico-político dos "donos do poder", mas sim como uma oferta que, conforme a eventual constelação de interesses, será usada, desusada ou abusada por eles.

Como se observa, os subintegrados, em regra, não têm acesso aos benefícios da ordem jurídica. Existem inúmeras barreiras que os separam do exercício pleno de seus direitos, como a morosidade e os altos custos do processo e a falta de aparelhamento das defensorias públicas[30].

Todavia, ainda que faltem condições para exercerem seus direitos, estes subcidadãos não estão completamente excluídos, pois "não estão livres dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente a suas estruturas punitivas[31]". Para essa parcela da população, que representa a maioria, as garantias constitucionais são ineficazes, mas o aparato estatal aparece para lhes cobrar coativamente, em momentos específicos, a adequação a uma cidadania da qual eles não compartilham.

Por outro lado, os sobreintegrados constituem uma parcela minoritária mas privilegiada da população que tem livre acesso ao aparato burocrático do estado e geralmente não se submetem às estruturas coercitivas.

Os sobrecidadãos se valem das garantias constitucionais como instrumento para atingir seus interesses particulares e utilizam os direitos fundamentais e os princípios como retórica em seu discurso de dominação. O enorme número de demandas judiciais propostas por esta

---

[30] SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Para uma revolução democrática da justiça**. 1ª Ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 45.

[31] NEVES, Marcelo. **Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: El problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina.** In: VILLEGAS, M. G.; RODRÍGUEZ, C. A. (Ed.). Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos. Bogotá: Universidad Nacional de Colômbia, 2003, p. 278.

parcela da população infla os cartórios e secretarias judiciais, tornando o sistema judiciário lento e diminuindo o espaço de litigância da parcela marginalizada da população.

Em linhas gerais, esse quadro demonstra as peculiaridades da modernidade no Brasil, que permite caracterizá-la como "modernidade periférica" ou "modernidade negativa[32]": A falta de autonomia-identidade de seus sistemas sociais parciais, a sobreposição indiscriminada de códigos-diferença que impedem uma adequada absorção da realidade e as relações de subintegração e sobreintegração de certas parcelas da população, dão origem a uma complexidade absolutamente desestruturada.

Isso potencializa a alopoiese do sistema jurídico e proporciona, segundo Marcelo Neves, um "imbricamento bloqueante e destrutivo" do código jurídico com os demais códigos sociais[33]. Este quadro ocasiona não apenas uma crise hetero-referencial cognitiva, mas também torna insuficiente a clausura operacional interna do sistema jurídico, que deixa de ser normativamente fechado, fazendo com que haja uma não-diferenciação adequada do direito que permanece sem uma identidade definida.

Os acoplamentos estruturais não conseguem cumprir seu papel, pois não há seletividade na interferência intersistêmica. Muito embora os acoplamentos estruturais estejam textualmente positivados, como no caso dos documentos políticos constitucionais, o teor dessas normas não se efetiva na prática. O discurso presente no texto constitucional (autonomia dos poderes, liberdade, igualdade, acesso à justiça etc) não se concretiza no seio das relações sociais e passa a fazer parte de uma retórica vazia de sentido e com uma função meramente simbólica, pois o que se observa na realidade é a interferência indiscriminada de interesses econômicos e políticos a determinar uma "aloprodução" do sistema jurídico.

A esta falta de autonomia-identidade interna do sistema jurídico, que prejudica sua clausura operacional enquanto sistema normativamente fechado limitando sua condição de abertura para o ambiente, adiciona-se a crise de identificação generalizada da sociedade para com o direito, tendo em vista que esta não acredita que a corrupção estrutural advinda da ineficácia seletiva dos acoplamentos estruturais possa ser superada e também não se vê contemplada pelas soluções apresentadas para a resolução dos conflitos sociais.

---

[32] Sobre o sentido de modernidade periférica ou negativa, ver NEVES, 2003, p. 266.

[33] NEVES, Marcelo. **Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: El problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina.** In: VILLEGAS, M. G.; RODRÍGUEZ, C. A. (Ed.). Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos. Bogotá: Universidad Nacional de Colômbia, 2003, p. 273.

A parcela subintegrada da sociedade, que não comunga dos valores presentes no consenso imposto opressivamente pelos padrões de conduta fixados pela classe dominante, não vê sentido nas normas jurídicas institucionalizadas pelo estado.

Em primeiro lugar porque do ponto de vista semântico há uma nítida hipossuficiência técnica que torna o discurso especializado dos profissionais do direito absolutamente ininteligível para a grande maioria da população[34]; e, em segundo lugar, porque do ponto de vista pragmático os atos de comunicação próprios do sistema jurídico não correspondem às expectativas normativas generalizadas da comunidade subintegrada, sendo portanto, em sua maioria, um aglomerado de textos legislativos vazios de sentido, cuja aplicação não cumpre a função de estabilização das expectativas em conflito para solução dos litígios.

Segundo o professor Tércio Sampaio Ferraz Jr., há dois níveis de comunicação humana, quais sejam, o cometimento e o relato[35]. Para o referido autor, relato é a mensagem que emanamos e o cometimento é a mensagem que emana de nós[36]. O cometimento é uma mensagem simultânea que corresponde à diferença existente entre o emissor e o receptor do comunicado. Por exemplo, se alguém diz "faça silêncio", todos são capazes de compreender que o relato da mensagem é silenciar-se. Porém, há uma diferença significativa se quem emana essa mensagem é, por exemplo, um colega de turma ou o professor que ministra a aula. No caso da comunicação normativa, o cometimento é a relação hierárquica existente entre a autoridade que emana a norma e o sujeito a que ela se destina.

Ainda na esteira do pensamento do professor Tércio Sampaio de Ferraz Jr., a relação comunicacional de cometimento (que se opera segundo a diferença autoridade/sujeito) pode ser encarada pelos receptores da mensagem de três maneiras: (i) ela pode ser confirmada; (ii) pode ser negada; (iii) ou pode ser desconfirmada. A relação é confirmada quando a autoridade impõe a prescrição normativa e todos acatam sem protestos. A relação é negada, quando muito embora reconhecida a posição da autoridade, os receptores não identificam sentido para se submeterem, e o fazem apenas por temor a eventuais represálias, e, por fim, a relação é desconfirmada quando a autoridade é absolutamente ignorada e os receptores não reconhecem sua legitimidade, comportando-se da maneira diametralmente oposta à normativamente estabelecida.

---

[34] SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Para uma revolução democrática da justiça**. 1ª Ed. São Paulo: Cortez, 2007. p.55 e 56.
[35] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.106.
[36] FERRAZ JUNIOR. Tercio Sampaio, **A ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 127.

No caso do sistema jurídico brasileiro, a crise de referência cognitiva faz com que os indivíduos subintegrados deixem de enxergar uma relação de sentido nas normas, porque há um abalo na construção da relação de comunicação normativa (cometimento/relato).

Os relatos das normas são passados aos receptores, que por sua vez não se identificam com eles, porque não participaram de sua construção (haja vista que os atos de comunicação jurídicos não surgiram de expectativas normativas generalizadas, mas da imposição repressiva de um consenso suposto baseado nos valores de uma classe dominante, prescindido de um ambiente democrático).

Além disso, apesar de reconhecerem a autoridade existente na esfera comunicacional de cometimento, rejeitam-na, porque não vêem sentido para se submeter. Submetem-se, contudo, para evitar serem atingidos pelo aparato coercitivo do estado.

A relação não é mais *autoridade/sujeito*, mas *autoridade/objeto*. Os indivíduos da sociedade não se sentem sujeitos da relação de comunicação normativa, mas meros objetos, atuando como repositório em que se depositam os enunciados de *permitir, proibir e obrigar.*

Não são sujeitos porque não se sentem parte, porque não enxergam sua contribuição na formação do consenso que institucionaliza as normas, porque não participam da construção dos elementos que compõem o sistema jurídico. Por esse motivo, não vêem sentido em se sujeitar a uma ordem na qual não enxergam legitimidade, com a qual não se identificam e nem se sentem contemplados pelas soluções por ela propostas.

A autoridade do direito estatal permanece reconhecida em razão do temor à atuação coercitiva do Estado que se direciona de maneira especial à parcela subintegrada da população, mas é cotidianamente negada por esta no seio das relações sociais

Surgem então, nas lacunas não preenchidas pela ausência do Direito estatal, outras esferas de juridicidade que pretendem assumir um controle parcial do código binário *lícito/ilícito* com base em uma relação de autoridade difusa no meio social.

Assim, a falta de autonomia/identidade do sistema jurídico e dos demais códigos de comunicação na modernidade periférica formam uma super-complexidade desestruturada, uma mistura de esferas de comunicação jurídicas e sociais geradoras de insegurança e que não cumprem a função do Direito por não fornecerem estabilização de expectativas. Ao tratar do

tema, o professor Marcelo Neves afirma que se trata de uma mistura de códigos de conduta, uma miscelânea não apenas jurídica, mas social[37].

## 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente artigo foi possível verificar a necessidade do surgimento de uma percepção do fenômeno jurídico fundada na pluralidade.

À luz do que se pôde estudar a respeito das categorias e conceitos operacionais trazidos pela teoria dos sistemas, constatou-se que, para esse marco teórico, o Direito, enquanto um sistema social diferenciado funcionalmente existe como comunicação, sendo que, como sistema autopoético, é constituído por uma rede comunicativa fechada de elementos (atos de comunicação) que se autoqualificam como jurídicos ou não-jurídicos mediante a incessante aplicação de seu código-diferença (lícito/ilícito).

Viu-se que o sistema autopoiético não é um sistema autocrático, mas sim um sistema autônomo que absorve as perturbações do ambiente social segundo seus próprios elementos e critérios. É dessa maneira que o direito enquanto sistema autopoiético mostra-se, ao menos em tese, capaz de absorver a enorme complexidade do ambiente.

Por meio de uma abertura cognitiva, se mantém atento às modificações e às novas perturbações advindas da sociedade ao mesmo tempo em que mantém sua autonomia produtiva e funcional com base em seu círculo comunicacional fechado por meio da aplicação do código binário de descrição (lícito/ilícito). Isso faz com que o direito não seja diretamente influenciado pelo ambiente, mas que tenha a capacidade de filtrar as inevitáveis influências por meio de seus próprios critérios e elementos.

Porém, ponderou-se que não há como negar que as interferências proporcionadas pelo ambiente complexo e pelos demais subsistemas parciais ocorrem em uma velocidade muito maior do que a capacidade seletiva de filtragem interna do sistema jurídico.

Em certos casos, o que se vê é uma constante corrupção sistêmica no nível estrutural que impede a autonomia operacional do Direito estatal, caracterizando-o pela influência direta de elementos externos, impedindo o desenvolvimento do acoplamento estrutural com os demais sistemas sociais parciais.

---

[37] NEVES, Marcelo. **Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: El problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina.** In: VILLEGAS, M. G.; RODRÍGUEZ, C. A. (Ed.). Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos. Bogotá: Universidad Nacional de Colômbia, 2003, p 274.

Daí porque a necessidade de uma abordagem crítica da aplicação das categorias e conceitos operacionais trazidos pelo marco teórico da teoria dos sistemas autopoiéticos à realidade brasileira. Isso se deve ao desenvolvimento específico da modernidade em contexto periférico, em que se desenvolveu uma expectativa generalizada de que os sistemas corrompidos não são capazes de reagir aos episódios de corrupção.

Constatou-se que, no âmbito da América Latina, em especial do Brasil, identifica-se claramente o desenvolvimento alopoiético do Direito. Em razão disso, há uma enorme dificuldade de apreensão da complexidade social por meio do sistema jurídico e uma falta de identificação generalizada da grande maioria da sociedade que não se sente contemplada pelos elementos normativos do discurso jurídico.

Ponderou-se, com base na abordagem trazida por Marcelo Neves, que isso se deve à formação da modernidade brasileira como modernidade periférica ou modernidade negativa: a falta de autonomia-identidade dos sistemas sociais parciais, a sobreposição indiscriminada de códigos-diferença que impedem uma adequada absorção da realidade e as relações de subintegração e sobreintegração de certas parcelas da população, dão origem a uma complexidade absolutamente desestruturada, que potencializa a alopoiese do sistema jurídico gerando um inbricamento paralisante e destrutivo do código jurídico com os demais códigos sociais.

Concluiu-se que esse quadro ocasiona não apenas uma crise hetero-referencial cognitiva, mas também torna insuficiente a clausura operacional interna do sistema jurídico, que deixa de ser normativamente fechado, fazendo com que haja uma não-diferenciação adequada do Direito que permanece sem uma identidade definida.

Por fim, é de se concluir, com base em uma leitura crítica das categorias e conceitos legados pela teoria dos sistemas, que a falta de autonomia/identidade do sistema jurídico e dos demais códigos de comunicação na modernidade periférica brasileira formam uma super-complexidade desestruturada, uma mistura de esferas de comunicação jurídicas e sociais geradoras de insegurança e que não cumprem a função do Direito por não fornecerem a tão esperada estabilização generalizada das expectativas e anseios sociais.

## REFERÊNCIAS

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JUNIOR. Tercio Sampaio, **A ciência do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FREIRE, Paulo. **Educação como Prática da Liberdade**. 29ª ed. Rio de Janeiro: paz e Terra.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann.** São Paulo: Saraiva, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. 5ª tiragem. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LUHMANN, Niklas. **The Unity of Legal System**. In Ghunter Teubner (org.), Autopoietic Law: a new approach to Law and society. Berlim: de Gruyter, 1988.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. atualizador prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. **Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: El problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina.** *In*: VILLEGAS, M. G.; RODRÍGUEZ, C. A. (Ed.). Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos. Bogotá: Universidad Nacional de Colômbia, 2003.

NEVES, Marcelo**. Entre a Têmis e o Leviatã: uma relação difícil**. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito**. *In* Lua Nova: Revista de Cultura e Política, Número: 37. Disponível em https://doi.org/10.1590/S0102-64451996000100006. São Paulo, 1996.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 2009. 313f. Tese apresentada ao concurso para provimento no cargo de professor titular na área de direito constitucional, junto ao Departamento de Direito do Estado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Para uma revolução democrática da justiça**. 1ª Ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 45.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.