



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**RAFAEL BLUSKY PINTO DOS SANTOS**

**RECONHECIMENTO, RECOGNIÇÃO E O PARADOXO EVOLUTIVO  
DO DIREITO**

Salvador  
2019

**RAFAEL BLUSKY PINTO DOS SANTOS**

**RECONHECIMENTO, RECOGNIÇÃO E O PARADOXO EVOLUTIVO  
DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direitos Fundamentais e Justiça.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Oitaven Pamponet Miguel

Salvador

2019

## FICHA CATALOGRÁFICA

S237

Santos, Rafael Blusky Pinto dos  
Reconhecimento, reconhecimento e o paradoxo evolutivo do direito /  
por Rafael Blusky Pinto dos Santos. – 2019.  
129 f.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Oitaven Pamponet Miguel.  
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia,  
Faculdade de Direito, Salvador, 2019.

1. Teoria dos sistemas. 2. Teoria crítica. 3. Reconhecimento  
(Direito). 4. Justiça social. 5. Paradoxos. 6. Sociologia jurídica. I.  
Miguel, Daniel Oitaven Pamponet. II. Universidade Federal da Bahia  
– Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 340.115

# **TERMO DE APROVAÇÃO**

**RAFAEL BLUSKY PINTO DOS SANTOS**

## **RECONHECIMENTO, RECOGNIÇÃO E O PARADOXO EVOLUTIVO DO DIREITO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em  
Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

---

Prof. Dr. Daniel Oitaven Pamponet Miguel (Orientador)  
Universidade Federal da Bahia — UFBA

---

Prof. Dr. Wálber Araujo Carneiro  
Universidade Federal da Bahia — UFBA

---

Prof. Dr. Artur Stamford da Silva  
Universidade Federal de Pernambuco — UFPE

Salvador, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

Àquela que, pela primeira vez na minha vida,  
deu-me a dádiva de me sentir adequado.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao final desta árdua jornada, não poderia deixar de realizar uma homenagem póstuma a meu pai, João Carlos, a quem agradeço por todos os enormes sacrifícios que realizou durante sua vida com o intuito de que eu pudesse chegar aqui, e que infelizmente por poucos dias não pôde receber a notícia de meu ingresso no mestrado, em 2017.

Em seguida tenho de encarecidamente agradecer a minha companheira de vida, Eduarda Sampaio, tanto por ter me aguentado e me apoiado por mais de um ano em diversos momentos de angústia nesse trajeto, quanto pelo fato de que sem sua ajuda literalmente não teria sido possível concluir esta dissertação. Apesar dos obstáculos encarados, o mero convívio com ela tornou tudo muito mais suportável.

Também devo sinceros agradecimentos a minha mãe, Rosângela, que nunca mediu esforços para me dar a melhor educação e condições que um filho poderia querer, mesmo a grande custo pessoal, movida por um amor infindável em relação ao qual eu nunca serei capaz de retribuir na mesma medida, tamanho o dever e estima maternal para comigo.

Aos colegas de mestrado, Alessandra, Rodrigo e Léo, agradeço pelo enorme prazer de ter com eles dividido o tempo de tantas aulas e discussões extraclasse, e de quem sempre terei memórias agradáveis.

Finalmente, agradeço a meu orientador, prof. Daniel Oitaven, pela ajuda solícita e sempre inspiradora em minha trajetória acadêmica desde antes mesmo de eu cogitar a possibilidade de ingresso na pós-graduação.

## RESUMO

O presente estudo tem como seu objetivo a investigação da dinâmica paradoxal da evolução do sistema jurídico em sua relação a questões de justiça social, especialmente as concernentes à posição jurídica de portadores de distúrbios mentais. Pretende-se alcançar este objetivo por meio da combinação do aparato conceitual descritivo da teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann quanto ao sistema do direito, e da abordagem prescritiva das teorias do reconhecimento social tanto da abordagem das capacidades (Sen; Nussbaum) quanto do reconhecimento intersubjetivo (Honneth), intermediadas pela vertente híbrida da teoria crítica dos sistemas, adotando uma perspectiva emancipatória como pano de fundo à análise da mudança do regime das incapacidades no direito civil brasileiro pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Apresentam-se como temas relevantes do trabalho a exploração das relações paradoxais de produção de certeza e incerteza jurídica na sociedade moderna, e como estaria delineado um modelo apropriado de análise de pleitos jurídicos de natureza recognitiva fundamentados em concepções de justiça.

**Palavras-chave:** Teoria dos sistemas. Teoria crítica. Reconhecimento. Justiça social. Paradoxo.

## ABSTRACT

The present work has as its goal the investigation of the paradoxical dynamics of the evolution of the legal system in its relation to matters of social justice, especially those concerning the legal position of people with mental disorders. The aim is to achieve this intent by combining the conceptual apparatus of Niklas Luhmann's theory of autopoietic social systems regarding the legal system, and the prescriptive approach of theories of social recognition of both the capabilities' approach (Sen; Nussbaum) and intersubjective recognition (Honneth), intermediated by the hybrid variant of critical systems theory, adopting an emancipatory perspective as the background to the analysis of the change of the disabilities regime in Brazilian civil law by the Statute on Persons with Disabilities. Presented as relevant themes of the work are the exploration of the paradoxical relations of production of legal certainty and uncertainty in modern society, and how an appropriate model of analysis of recognition-based legal cases grounded on conceptions of justice would be outlined.

**Keywords:** Systems theory. Critical theory. Recognition. Social justice. Paradox.



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	10
<b>2</b>	<b>O DIREITO DA SOCIEDADE</b>	14
2.1	O LUGAR DO DIREITO NA TEORIA SISTÊMICA LUHMANNIANA	15
2.2	FECHAMENTO OPERACIONAL	20
2.3	FUNÇÃO	34
2.4	FÓRMULA DE CONTINGÊNCIA	41
<b>3</b>	<b>TEORIA CRÍTICA DOS SISTEMAS?</b>	47
3.1	TEORIA CRÍTICA DA SOCIEDADE	48
3.1.1	<b>Origens da Teoria Crítica: Carl Schmitt e os primórdios do marxismo ocidental em Korsch, Lukács e Gramsci</b>	49
3.1.2	<b>A primeira geração da Teoria Crítica</b>	59
3.2	A FACE SISTÊMICA DA CRÍTICA	69
<b>4</b>	<b>JUSTIÇA SOCIAL: CAPACIDADES E RECONHECIMENTO</b>	83
4.1	UMA IDEALIZAÇÃO MODERNA DO CONTRATO SOCIAL	84
4.2	A ABORDAGEM DAS CAPACIDADES	85
4.3	VÍCIOS DO CONTRATO E CAPACIDADES CENTRAIS MÍNIMAS	89
4.4	ESFERAS DE RECONHECIMENTO SOCIAL	94
4.5	ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E JUSTIÇA SOCIAL	97
<b>5</b>	<b>O PARADOXO EVOLUTIVO DO DIREITO</b>	102
5.1	VARIAÇÃO/SELEÇÃO/ESTABILIZAÇÃO	102
5.2	CERTEZA/INCERTEZA	110
5.3	RECONHECIMENTO/RECOGNIÇÃO E EVOLUÇÃO PARADOXAL	119
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	123
<b>7</b>	<b>REFERÊNCIAS</b>	125

## 1 INTRODUÇÃO

O objetivo da presente investigação é avaliar a paradoxalidade do sistema jurídico dando ênfase a suas possibilidades evolutivas em relação à justiça. Escolheu-se para tanto, primariamente, a observação de como certeza e incerteza são produzidos pelo direito, e como ambas estão associadas a outros fenômenos do mesmo sistema.

A hipótese preliminar a ser confirmada pela pesquisa é a de que as tentativas de produção de certeza pelo sistema naturalmente geram produção de incerteza como resposta — e vice-versa —, nos variados âmbitos sistêmicos em que se fazem presentes. Caso se confirme, a compreensão de como ocorre essa dinâmica poderá impactar decisivamente a forma como se encaram as possibilidades de evolução do sistema jurídico na concessão e garantia de direitos, em particular os mais intimamente ligados a noções de justiça social, o que mostra a relevância deste exame.

Em face das categorias conceituais que se necessita utilizar para adequadamente desenvolver este tipo de proposta, como: sistema jurídico, sociedade, contingência, paradoxo, observação, operação, certeza, incerteza, justiça ou evolução, optou-se pela escolha da teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann para nortear a análise como pano de fundo teórico-social.

Havendo também se realizado a escolha de trabalhar com efetivação de direitos que estão ligados a perspectivas emancipatórias, em particular o caso da ainda recente mudança do regime das incapacidades do direito civil brasileiro no que se refere aos portadores de transtornos mentais, grupo social historicamente desprivilegiado, fez-se necessário trazer abordagens relativas tanto à teoria crítica da sociedade, desenvolvida principalmente por autores do início do século XX ligados de uma forma ou de outra ao Instituto de Pesquisa Social da Universidade de Frankfurt, tal como Max Horkheimer, quanto a concepções de justiça social ligadas à teoria do reconhecimento, como a vertente capitaneada por Axel Honneth.

Todavia, devido a eventuais problemas de compatibilidade entre os ideários acima que se propõe conciliar, mormente pela predominância de pretensões descritivas na teoria dos sistemas, e prescritivas nas matrizes ligadas à justiça social, pretende-se lançar mão do aparato conceitual da teoria crítica dos sistemas, uma vertente teórica híbrida entre o modelo de investigação da primeira geração da

Teoria Crítica e a teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Luhmann, para que assim seja possível congruentemente trabalhar as categorias conceituais sistêmicas com a abertura à normatividade indispensável para um estudo com objetivos emancipatórios.

A abordagem empregada neste trabalho foi de natureza qualitativa, teórica e prescritiva, com coleta de dados realizada por meio de pesquisa bibliográfica, recorrendo primordialmente ao método hipotético-dedutivo para alcançar seu objetivo central de desvelamento da dinâmica paradoxal da evolução do direito na modernidade.

Em seu ambicioso projeto teórico de descrição da sociedade moderna, Luhmann propõe uma formação social sem centro, ou melhor, policêntrica, cuja unidade básica não é o indivíduo, mas a comunicação, e cujo *medium* de reprodução é o sentido. Seus limites não são de natureza territorial, mas os limites da própria comunicação que a constitui. O que tradicionalmente se convencionou chamar de sociedade, em verdade, tratar-se-ia de um sistema social, que se divide em subsistemas funcionais, que se dividem, por sua vez, em mais outros subsistemas, e assim por diante. Todos, em certo sentido, no mesmo âmbito social, mas incapazes de estabelecer comunicação direta entre si, dependendo de complexas estruturas sociais híbridas para se interconectarem de maneira significativa. Sua existência, em último caso e em todos os aspectos, é inteiramente contingente.

Por mais que se tente reproduzir de maneira resumida mesmo apenas parte do arcabouço conceitual da teoria luhmanniana, sempre há consideráveis lapsos descritivos. O altíssimo teor de abstração dessa verdadeira revolução epistemológica provocada no campo da sociologia, contudo, não é despropositado: diante da percepção de hipercomplexidade societal, a reconstrução da realidade a partir da ciência (também um sistema social funcional em sua teoria), já limitada pelas inerentes barreiras da cientificidade, não deve ficar adstrita a formulações de baixa complexidade, caso contrário estaria fadada à insuficiência na descrição de seu objeto.

Correndo o risco de simplificar demasiadamente o contexto em que está inserida, afirma-se que a teoria poderia descrever a si mesma como uma teoria da observação, tendo como finalidade a produção de aportes conceituais pelos quais se viabilizam descrições totalizantes da sociedade, que partem de uma noção

radicalmente construtivista, em que as observações dirigidas aos fenômenos sociais são guiadas por diferenciações, que encontram na diferença entre sistema e ambiente a distinção máxima que serve de referência a todas as outras.

Feita essa propositalmente breve exposição da teoria — já que as categorias sistêmicas relevantes para alcançar a compreensão necessária dos pressupostos da pesquisa serão expostas nas seções apropriadas —, passa-se ao delineamento geral do conteúdo de cada capítulo de desenvolvimento.

O primeiro destina-se primariamente a uma apresentação parcial de como o direito é descrito pela ortodoxa teoria dos sistemas sociais autopoieticos, indicando qual é seu lugar dentro desse ideário e abordando mais pormenorizadamente os fenômenos sistêmicos do fechamento operacional, função, e fórmula de contingência desse âmbito, além de, nesse percurso, secundariamente definir os conceitos relevantes para uma compreensão geral do ideário sistêmico na medida em que sua exposição se fizer necessária.

O segundo tem como objetivo tratar da teoria crítica dos sistemas, remontando suas origens ao marxismo ocidental do início do século XX que serviu de principal inspiração às contribuições do movimento intelectual multidisciplinar denominado de Teoria Crítica da sociedade. Embora esta seja uma tradição teórica que persista em desenvolvimento até hoje e esteja na sua terceira geração de autores, são as obras da sua primeira geração nos anos 1930 que servem de principal referência à combinação do paradigma sistêmico luhmanniano com o socialmente crítico dessa vertente híbrida, que incorpora uma perspectiva normativa ausente em larga medida das elaborações sistêmicas ortodoxas.

O terceiro capítulo busca expor o marco teórico de concepções de justiça social relevantes à pesquisa, partindo de um breve relato acerca dos elementos da teoria da justiça de John Rawls que servem de pressupostos às críticas de Amartya Sen e Martha Nussbaum ao déficit de inclusividade da sua teoria, em especial quanto a portadores de deficiência. Em seguida, descreve parcialmente as concepções de justiça destes dois autores, que giram em torno da noção de capacidade do indivíduo como uma medida de sua liberdade de agir no mundo, bem como retrata um aspecto central das elaborações quanto à teoria da justiça de Axel Honneth, qual seja o das relações intersubjetivas de reconhecimento que formam a identidade do sujeito na sociedade moderna, que se dão em três diferentes padrões (amor, direito, e solidariedade). Por fim, aborda as alterações efetuadas ao direito

civil brasileiro com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, especialmente quanto ao regime das incapacidades, além de relacioná-las ao trabalho dos outros autores na mesma perspectiva de promoção de justiça social.

O quarto e último capítulo de desenvolvimento, por sua vez, retorna à teoria dos sistemas para tratar, na perspectiva ortodoxa, da evolução do sistema jurídico, e na perspectiva crítica, da dinâmica paradoxal de produção de certeza e incerteza no direito, para então relacionar a paradoxalidade presente nesse sistema a uma maneira aparentemente radical de observar e lidar com os efeitos jurídicos de pretensões recognitivas baseadas em concepções de justiça.

## 2 O DIREITO DA SOCIEDADE

Neste capítulo será exposta resumidamente a estrutura conceitual necessária para a compreensão da teoria usada como paradigma societal de base, a teoria dos sistemas sociais autopoieticos<sup>1</sup> de Niklas Luhmann, especificamente em relação ao que este autor designa como o direito da sociedade.

Em sua teoria sociológica a sociedade moderna é um sistema social altamente complexo que engloba todos os outros sistemas sociais (como direito, economia, política, ciência, educação, arte, religião, etc.), sendo constituída não pelas relações intersubjetivas de seus membros, mas por comunicações, experiências sociais de transmissão de sentido, de modo que os seres humanos estão fora dela apesar de figurarem como condição material para sua existência. Nela o direito está caracterizado como um subsistema social funcionalmente diferenciado e autônomo, que é capaz de observar a si mesmo, funciona de maneira operativamente fechada e cognitivamente aberta, se autorreproduz e se diferencia de outros sistemas sociais devido a sua lógica interna própria, o código binário direito/não-direito, uma estrutura pela qual seleciona e processa exclusivamente comunicações de caráter jurídico dentre todas as comunicações que ocorrem na sociedade.

De acordo com essa matriz teórica, os sistemas sociais surgem com o objetivo de que cada um cumpra com uma das variadas funções sociais necessárias para a redução de complexidade social, possibilitando ordem nas sociedades humanas modernas ao seletivamente delimitarem seus âmbitos de operação, nesse processo evoluindo de maneira especializada e aumentando a complexidade de suas operações para que realizem seus papéis de maneira cada vez mais eficiente. Tendo em conta a complexa relação entre os sistemas sociais, a análise da teoria sistêmica indica que o direito teria evoluído de modo a ser o exclusivo encarregado da função de estabilização de expectativas normativas na sociedade, função que é direcionada primariamente por meio da fórmula de contingência da justiça, uma programação cujo efeito é orientar suas operações tanto para que respondam adequadamente à complexidade social, quanto para que

---

<sup>1</sup> Por uma questão de comodidade, as referências no decorrer desta investigação à “teoria dos sistemas” e expressões similares serão, por padrão, referências à teoria dos sistemas sociais autopoieticos como desenvolvida por Niklas Luhmann, e não ao que se poderia tentativamente chamar de uma “teoria geral dos sistemas”.

o façam de maneira consistente, exigindo que esses dois aspectos estejam equilibrados.

## 2.1 O LUGAR DO DIREITO NA TEORIA SISTÊMICA LUHMANNIANA

Na tentativa de definir o que é o direito para que seja possível trabalhar de forma precisa com suas noções, um dos caminhos possíveis seria recorrer à ajuda de teorizações desenvolvidas a respeito das práticas jurídicas existentes, na expectativa de que o resultado das observações científicas dirigidas à montagem de uma unidade do direito por meio da interligação de suas partes seja suficientemente representativo do manifesto fenômeno jurídico ao qual comumente se atribui a classificação de “direito”. Entretanto, estes tipos de teoria não são capazes de cumprir com o objetivo proposto, visto que são meramente subprodutos da necessidade de se chegar a um resultado que justifique a racionalidade e vinculatividade das decisões jurídicas, principalmente por intermédio de reorganização sistematizante voltada ao encadeamento do conhecimento já produzido acerca do tema.<sup>2</sup>

Em verdade, o que essas teorias são é a forma pela qual o direito se apresenta como resultado de sua autointerpretação. Deste modo, são frutos da auto-observação do sistema jurídico que possibilitam tanto sua maior consistência terminológica, quanto a oportunidade de explorar até que nível se pode generalizar o substrato conceitual utilizado para a realização de decisões jurídicas, bem como as próprias correções para quando tais generalizações estiverem demasiadamente acentuadas ao ponto de restarem inadequadas para o propósito a que servem. É também pela utilização destas construções teóricas que se torna possível trabalhar com categorias referentes à justiça jurídica, o que simultaneamente permite que juristas atribuam sentido ao trabalho que realizam, mesmo quando não se tratarem de abstrações capazes de, em última instância, levarem ao sentido ou função derradeiras do direito.<sup>3</sup>

De um ponto de vista estritamente científico, entretanto, o conceito de teoria jurídica está reservado para a específica função de constituir um objeto de análise para o direito, definindo tal objeto por meio de sua distinção como algo contrastante

---

<sup>2</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 53.

<sup>3</sup> Ibidem, p. 54-55.

em relação a outros objetos. Porém, por conta da vasta gama de matrizes teóricas que, na condição de teorias jurídicas, tomam para si mesmas a responsabilidade de elaborar objeto de análise que intenta categoricamente definir — mesmo que em formulação simplista — a totalidade do fenômeno jurídico, sugere-se que as discussões idealmente deveriam estar concentradas em quais são os limites do direito, e não do que precisamente ele seria constituído.<sup>4</sup>

Seguindo Hegel, a finitude é a característica daquilo que existe, mas que deixa de existir onde se conecta com o *alter*, sendo, portanto, restringido por ele. A finitude, assim, subsistiria em relação a seu *alter*, que é sua negação e se apresenta como seu limite.<sup>5</sup> Neste sentido, alguma coisa é aquilo que é somente no seu limite e justamente devido a seu limite, este dando forma ao ser por sua capacidade de determinação, mas ao mesmo tempo diferenciando as identidades entre as duas determinações a que se refere, do que se conclui que o limite é parte constituinte do ser, permeando-o inteiramente, sem que se possa concebê-lo como algo externo, pois somente “por dentro” possibilitaria o estabelecimento de distinções.<sup>6</sup>

Dentro da discussão acerca de como se pode demarcar o limite de um objeto, o emprego de método que indica que tal limite deve ser traçado pelo seu observador (assim atribuindo ao objeto uma objetividade de origem subjetiva e analítica) resulta na impossibilidade de comunicação proveitosa entre as variadas concepções possíveis de se elaborar, já que a individualidade das concepções geraria clara incompatibilidade dialógica entre as diferentes pretensões científicas em tela. Desta maneira, caberia ao próprio objeto a definição (concreta) de seus limites, restando aqui ao direito a tarefa de definir a si mesmo e o que a ele pertenceria ou não.<sup>7</sup>

Um limite pode ser classificado como uma diferença na forma de identidade, mas refletindo atentamente acerca dessa noção de limite, percebe-se estar diante de algo que contradiz a si mesmo, pois ao mesmo tempo em que o limite constitui a realidade de um ser especificado ao permeá-lo, também constitui sua negação. A contradição estaria no fato de que ao ser a negação de algo, o limite não seria somente um nada genericamente abstrato, mas sim um nada que em alguma medida é dotado de essência, ou, em outras palavras, o nada seria o que está aqui

---

<sup>4</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 57.

<sup>5</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **The encyclopaedia logic, with the Zusätze**: Part I of the Encyclopaedia of philosophical sciences with the Zusätze. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1991. p. 66-67.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 148.

<sup>7</sup> LUHMANN, Niklas, op. cit., p. 57-58.



se chamando de *alter*. Mas este *alter* não é alguma coisa que sempre esteve presente e com a qual alguém inesperadamente se depara, pois não é como se uma existência pudesse ser concebida sem seu *alter*; em verdade, qualquer coisa é em si mesma também seu próprio *alter*, e a partir desta relação de unidade da diferença pode-se caracterizar seu limite de maneira objetiva.<sup>8</sup>

Argumenta-se que a descrição adequada de como tal demarcação de limites ocorre sociologicamente caberia à teoria dos sistemas como concebida por Luhmann, visto que seu aparato conceitual está destinado a descrever, entre outras coisas, como um sistema social traça seus próprios limites em relação a seu ambiente. Com a assunção deste ideário, faz-se necessário notar que apesar da opção epistemológica em favor da definição concreta de limites do objeto pelo próprio objeto, tudo o que for proferido a respeito do assunto ainda terá de ser produzido por um observador. Para que mesmo assim seja possível descrever seu objeto de maneira apropriada, deverá ele realizar observação de segunda ordem, o que significa que, como observador de segunda ordem, deve observar tanto seus objetos quanto a si mesmo os observando, empregando para isto a distinção entre sistema/ambiente,<sup>9</sup> que pode ser vista como parte do legado conceitual dos desenvolvimentos hegelianos da unidade entre ser e *alter*.

Observar, neste sentido, significa distinguir algo, para que então se possa descrevê-lo. Para descrever objetos, uma observação deve estar voltada a distinguir uma coisa de outra, enquanto que para descrever conceitos, uma observação deve estar voltada a distinguir uma coisa de um contraconceito — logo, um conceito só pode ser construído por meio de distinção entre distinções,<sup>10</sup> pois o contraconceito teria de ser previamente distinguido para que sua existência pudesse fazer parte do jogo posterior de distinções.

Mediante a distinção sistema/ambiente o que se pretende é elaborar uma abstração em que um sistema social — tanto suas partes integrantes como o direito, economia, política, arte, religião, moral, ciência, complexo da saúde, meios de comunicação de massa, família, esporte, etc., quanto o sistema da sociedade como um todo —, ao se observar e se descrever, atua de maneira construtivista na tarefa

---

<sup>8</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **The encyclopaedia logic, with the Zusätze**: Part I of the Encyclopaedia of philosophical sciences with the Zusätze. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1991. p. 148.

<sup>9</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 58.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 67.

de idealizar seus limites estruturais, usando-os como referência para traçar distinção entre o que é sistema (lado internamente marcado dos limites) e o que é ambiente (lado externamente marcado dos limites). Ao propor construção epistemológica baseada em sistemas de observação que observam a si mesmos, a teoria dos sistemas atribui a essas auto-observações o gerenciamento das interações do sistema com o ambiente, que não são diretamente acessíveis por conta dos limites inerentemente criados entre sistema e ambiente nessa operação.<sup>11</sup>

Após a distinção de um sistema social que observa a si mesmo e se distingue de seu ambiente, ou seja, distinguindo o que pertence ao sistema do que não pertence a ele — que também é a distinção fundamental constituinte deste sistema —, passa a ser possível fazer descrições mais precisas de seu ambiente ao tomar a si mesmo como referência para suas observações posteriores. Entretanto, tais observações estão limitadas ao que, tendo a si mesmo como referência, o sistema observa estar para além de suas fronteiras, como uma espécie de visão particular acerca do mundo que o rodeia, pois, na tentativa de conceber o que há no mundo (para um sistema social: o que há na sociedade), um sistema capaz de observação está naturalmente adstrito à observação do que suas estruturas são capazes de perceber, o que será sempre uma imagem parcial (tanto no sentido de tendenciosa, quanto no sentido de incompleta), do objeto em questão.

Dito isto, despontam duas formas distintas de observação de um objeto, uma de natureza autorreferente, em que um sistema observa a si mesmo como objeto, e outra de natureza heterorreferente, em que um sistema observa outro objeto. Essas formulações aparentemente simples são, em verdade, paradoxos, pois uma auto-observação só alcança sua função via uma distinção com o *alter*, e uma hetero-observação só é capaz de observar outro objeto ao observar a si mesmo tendo como ponto focal a observação deste outro objeto. Autorreferência depende de heterorreferência, e vice-versa, reforçando a conclusão exposta acima de que uma observação de segunda ordem é a única maneira possível de adequadamente fazer descrição um objeto partindo da visão radicalmente construtivista assumida pela teoria dos sistemas.

De modo mais concreto, pode-se observar o direito juridicamente (autorreferentemente, “internamente”) ou sociologicamente (heterorreferentemente,

---

<sup>11</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 59, 65.

“externamente”). De maneira diversa a uma teoria jurídica do direito, uma teoria sociológica do direito tem a vantagem de não estar adstrita às convenções e premissas relativas a seu objeto para que possa descrevê-lo, podendo e devendo assumir perspectivas objetivamente incongruentes ao cumprir com tal encargo. Mas em ambos os casos, para que tenha caráter científica e empiricamente adequado, a descrição apropriada de acordo com os pressupostos teóricos sistêmicos deve concluir que o objeto desta observação se trata de um sistema que descreve (distingue) a si mesmo, e que por seu caráter inerentemente societal não tem como existir fora da sociedade.<sup>12</sup>

Em linha com a hipótese de que deve caber ao próprio objeto o estabelecimento de seus limites, também é da responsabilidade do próprio sistema produzir as distinções e conceitos que utiliza. Para que o sistema possa criar essas autodistinções deve ser capaz de realizar autopoiese (do grego *auto*, “por si próprio” + *poiesis*, “produção”, “criação”), o que permite o estabelecimento de sua unidade. Novamente invocando a distinção sistema/ambiente, aqui competiria ao ambiente do sistema jurídico propiciar as condições necessárias para que a autopoiese do direito ocorra.<sup>13</sup> O sistema jurídico, então, está simultaneamente numa posição de autonomia setorial (quanto à sua autoprodução) e dependência existencial em relação à sociedade, estando nela inteiramente contido na condição de subsistema, de modo que todas as suas operações<sup>14</sup>, além de jurídicas, também são sociais.

A manutenção da unidade de um sistema se dá por meio da contínua autoprodução e reprodução de operações sistêmicas, que ocorrem por meio de comunicações dotadas de sentido, completamente encerradas em seu âmbito, de forma a fazer com que esteja operativamente fechado para que, mediante as operações que o caracterizam (pois exclusivamente executadas por ele), possa ter autonomia e se distinguir de seu ambiente. Pela necessidade de se utilizar de comunicação — o modo básico de operação do sistema da sociedade, tornada possível pelo *medium* do sentido<sup>15</sup> — fica manifesta sua dependência existencial e

---

<sup>12</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 59-60.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>14</sup> Uma operação, no sentido luhmanniano, trata da reprodução de um elemento de um sistema autopoietico baseada nos elementos do próprio sistema, sendo o pressuposto para a própria existência do sistema em questão, cf. BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. **Luhmann in glossario**: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali. Milano: FrancoAngeli, 1996. p. 163.

<sup>15</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 27 e seguintes.

total continência no sistema da sociedade. Do uso da categoria de comunicação societal como base para executar suas operações se conclui que dentro do sistema só há comunicações, estando excluídos dele tanto os meios pelos quais ela ocorre, quanto seus participantes.<sup>16</sup>

## 2.2 FECHAMENTO OPERACIONAL

Na teoria luhmanniana a característica expressa pelo conceito de positividade jurídica, habitualmente atribuída ao sistema do direito pelo seu arranjo baseado em decisões (legislativas e judiciais) que o validam, está relacionada com o fenômeno do fechamento operacional deste sistema. Entretanto, as formulações comumente elaboradas com o objetivo de distinguir a positividade, seja como traço de um direito legítimo em contraponto a um ilegítimo, seja como distinção entre direito positivo e direito natural, são consideradas como inadequadas para a matriz teórica aqui assumida. O motivo é a possibilidade de que estes conteúdos do conceito de positividade estariam abertos à crítica incoerente de que incorrem em decisionismo arbitrário, visto que é patente que um sistema jurídico positivo não tolera decisões verdadeiramente arbitrárias — que não cumprem com requisitos mínimos de aceitabilidade estabelecidos, sendo obedecidas unicamente por sua força coerciva —, concluindo-se, por isso, que as formulações seriam conceitualmente deficientes.<sup>17</sup>

Aqui se poderia argumentar que o raciocínio que denuncia tal insuficiência conceitual é impróprio porque, afinal de contas, haveria sempre grau insuperável e inerente de decisionismo no direito, como equivocadamente dão a entender a maioria das discussões acerca da discricionariedade judicial no âmbito da hermenêutica jurídica.<sup>18</sup> Porém, do ponto de vista social-sistêmico assumido pelo presente trabalho, tal debate se desenrola unicamente por intermédio de autodescrições produzidas pelo sistema jurídico, que estariam focadas

---

<sup>16</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 73-74.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>18</sup> Para um breve panorama acerca do tema, ver STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38 e seguintes, sendo particularmente dignas de nota as passagens que demonstram a inadequação do modelo de decisão judicial que assume sempre haver algum grau de discricionariedade na atividade judicante.

demasiadamente na análise de suas estruturas<sup>19</sup> (das quais fazem parte a categoria norma, que é o *medium* operativo do sistema), enquanto o foco da teoria dos sistemas repousa numa análise dos sistemas sociais que dá maior importância a suas operações, priorizadas pelo fato de propiciarem a existência de um sistema ao serem as unidades básicas de sua reprodução.<sup>20</sup>

Um sistema social se refere a uma conexão de operações factualmente concretizadas, em que comunicações, na condição de operações sociais, devem ser o que quer que as distinga também como comunicações de um sistema. No caso do direito, isto faz com que devam ser também comunicações jurídicas, de modo que a distinção fundamental de sua identidade não está relacionada à sua estrutura normativa, mas sim à distinção entre sistema/ambiente (direito/não-direito). Embora as estruturas sejam necessárias à autopoiese do sistema porque são responsáveis pela tessitura de suas operações, cabe diretamente às operações a produção recursiva de diferença entre sistema e ambiente, circunstância que depende do contínuo reconhecimento por parte das próprias operações do sistema de quais operações pertencem a ele, ou, em outras palavras, quais produzem o específico sentido jurídico que lhe é característico, sendo a este processo que se atribui o nome de fechamento operacional.<sup>21</sup>

Sendo assim, o papel de uma operação é o de criar diferenças sistêmicas, pois após sua realização (e por conta dela) efetiva-se alguma espécie de mudança, como no caso em que alguém ingressa com uma ação judicial, exigindo que o sistema jurídico passe a comportar ao menos a análise da pretensão envolvida. Colocando a questão nestes termos, há uma operação que produz mudança no sistema até mesmo no caso em que alguém faz uma mera referência a uma questão jurídica em sua vida cotidiana, pois essa deve ser inserida numa teia recursiva de outras comunicações de natureza jurídica para ser cotejada no sentido característico pelo qual se podem identificar as comunicações deste sistema, sendo processadas

---

<sup>19</sup> Estruturas, no sentido aqui utilizado, são condições que limitam o âmbito de conectividade das operações de um sistema, condicionando assim sua autopoiese. Após formada, uma estrutura é uma manifestação responsável por selecionar as combinações efetuadas entre os elementos pertencentes ao sistema, manifestação esta que se tornou estruturalmente relevante pela capacidade de ter sua identidade generalizada mesmo em momentos posteriores ao seu surgimento. Deste modo, a estrutura assegura a autopoiese do sistema ao “coordenar” a realização sucessiva de operações sistêmicas. Cf. BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. **Luhmann in glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali**. Milano: FrancoAngeli, 1996. p. 217.

<sup>20</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 78.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 78.

conforme tal racionalidade. Assim, a diferença entre sistema/ambiente (direito/não-direito) pode ser alcançada pela propagação socialmente difundida de comunicações numa rede seletivamente interconectada deste tipo.<sup>22</sup>

O fato de um sistema restar operativamente fechado não significa, todavia, que esteja isolado de seu ambiente, pois assim como sistemas dinâmicos tradicionais, a existência continuada de um sistema social depende de trocas com seu ambiente (abertura) com o fim de evitar acúmulo de entropia. Estas trocas devem ser energéticas, como primordialmente em sistemas dinâmicos biológicos, e/ou informacionais, e para ocorrerem, um sistema deve transformar a entrada (*input*) energética ou informacional em saída (*output*), ao mesmo tempo retendo o suficiente para que continue operando no mesmo grau de complexidade. Desenvolvimentos posteriores oriundos da cibernética propiciaram a teorização acerca de como os sistemas operativamente fechados internalizam o modelo de entrada/saída para que se utilizem da saída como uma nova entrada, viabilizando seu funcionamento mediante este circuito de retroalimentação.<sup>23</sup>

Um sistema operativamente fechado também pode ser classificado como autorreferente, já que refere a si mesmo usando uma autodistinção em relação a seu ambiente. Porém, este conceito de autorreferência é inseparável da noção que toma o lado externo de sua forma binária (autorreferência/heterorreferência), pois se para distinguir a si mesmo depende de uma autodesignação negativa em relação a um *alter*, qualquer autorreferência deste tipo também será paradoxalmente sempre heterorreferente. Além disso, a heterorreferência tem papel igualmente crucial ao possibilitar a atualização da base informacional sistêmica por meio da observação do que está além dos seus limites. Como esta advém do sistema, tal observação é também uma operação, realizando diferenciações baseada em certas distinções necessárias à reprodução do sistema, como autorreferência/heterorreferência, ou direito/não-direito.<sup>24</sup>

Mesmo que, como consequência do construtivismo radical da teoria, não se conceba que um sistema social tenha como efetuar comunicação direta com outros sistemas, seus limites são permeáveis para comunicações, de forma que estão habilitados a captar e processar mesmo comunicações não relacionadas a seu

---

<sup>22</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 85-86.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 79-80.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 86-87.

âmbito temático de operação. Caso não existisse tal abertura cognitiva, pautada pela heterorreferência, não seria possível nem que o sistema funcionasse, pois além de só internamente ser capaz de verificar quais comunicações deverão permanecer sob sua organização, o sistema depende do influxo de comunicações societárias externas para sua contínua reprodução, pois funciona por meio de linguagem (que não há como ser produzida integralmente pelo próprio sistema) e suas operações precisam ser encadeadas com operações do resto da sociedade.<sup>25</sup>

Visto não haver como traçar historicamente o surgimento da primeira comunicação caracterizável como jurídica, a identificação de quais comunicações pertencem ao direito entre todas as que são por ele processadas não pode ser levada a cabo de maneira originalista, em que se busca analisar o grau de homeomorfismo entre a mais precoce comunicação jurídica e todas as posteriores. Diversamente, o encargo de traçar a distinção primordial do direito só pode ser cumprido de maneira tautológica,<sup>26</sup> pois cabe ao direito dizer o que é o direito com base no direito, o que é particularmente comum e suficiente devido ao modo de operar tendo suas próprias normas como referência para posteriores operações; assim como também só pode ser cumprido de maneira paradoxal, já que o direito surge ao determinar *ex nihilo* sua própria existência com base em uma autoridade autoatribuída.<sup>27</sup>

Com suficiente aumento da complexidade das estruturas sociais às quais está vinculado, o direito perde a capacidade de produzir sentido de maneira concreta tendo referência a realidade na qual seu atual estágio foi concebido, de modo que precisa assumir padrões normativos cada vez mais abstratos, alterando a preeminência de suas estruturas para dar conta de cenários regulatórios cada vez mais complexos. No decurso desta diferenciação, o alcance de uma forma adequadamente distinta do resto da sociedade perpassa pelo desenvolvimento tanto da função societal que cumprirá (definição de qual questão da sociedade o sistema tratará), quanto de um código binário, que é a representação de uma rede estrutural à qual o sistema atribui um valor de identificação positivo oposto a um negativo, processo evolutivo em que esses avanços simultaneamente ocupam as condições

---

<sup>25</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 90.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 90.

<sup>27</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

de guia e resultado do objetivo de reduzir complexidade social.<sup>28</sup>

Neste âmbito, a diferenciação funcional serve para restringir o que pode ser considerado como uma operação de certo sistema, enquanto a codificação binária se refere às possibilidades de observação dessas operações, que são guiadas pela estrutura sistêmica; no caso do direito, sua especificação está direcionada à orientação de suas operações por intermédio de normas, enquanto o código binário atribui os valores direito/não-direito a essas operações. A referência jurídica à normatividade apenas quer dizer que certas expectativas<sup>29</sup> devem ser mantidas mesmo em face de seu desapontamento, de modo que as operações do sistema jurídico são observações guiadas por distinções (expectativa/desapontamento neste exemplo) que devem, entretanto, ser elas também observadas por meio da diferença direito/não-direito, para que assim a tarefa de manutenção contrafática das expectativas esteja atrelada ao sistema jurídico pela identificação codificada.<sup>30</sup>

Por consequência, para que o direito possa se estabelecer como um sistema social autopoietico operativamente fechado, precisa submeter todas as suas operações a estas observações de segunda ordem, operando continuamente neste nível em que o sistema observa suas operações ao mesmo tempo em que observa a si mesmo, construindo e reproduzindo unidades que não existiriam sem o fechamento operacional alcançado pela sobreposição de função e código na observação das expectativas societais que gerencia. Tudo que pode ser observado e controlado pela distinção direito/não-direito pertence ao sistema jurídico, e tudo o que não puder pertence a seu ambiente societal, seja interno ou externo. Assim, com o fechamento operacional o sistema gera redução de complexidade para a sociedade, pois passa a ser capaz de operar seletivamente ante a vasta gama de possibilidades de *inputs* que se apresentam em seu ambiente devido à contingência

---

<sup>28</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 93.

<sup>29</sup> Expectativas são condensações de referências a sentidos que indicam como se apresenta e se delinea uma determinada situação, tendo a função de orientar a estabilização da comunicação, podendo ser mantidas ou frustradas. Em situações simples dificilmente a expectativa é frustrada (quando se pergunta as horas, por exemplo, raramente o interlocutor responde apenas dando uma informação irrelevante, como a de que está chovendo), mas quando a situação é complexa, na qual uma expectativa está atrelada a algo previsivelmente incerto, a possibilidade de que haja frustração é consideravelmente maior. Diante de frustrações é possível reagir de duas maneiras: ou adaptar-se à realidade alterando o conteúdo da expectativa para que não seja mais frustrada, ou manter contrafaticamente o conteúdo da expectativa, ou seja, apesar da prévia frustração. No primeiro caso, diz-se que a expectativa é de natureza cognitiva, pois envolve aprendizado; no segundo caso, afirma-se a expectativa como sendo de natureza normativa, pois envolve aderência continuada a uma norma. Cf. BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. **Luhmann in glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali**. Milano: FrancoAngeli, 1996. p. 46-49.

<sup>30</sup> LUHMANN, Niklas, op. cit., p. 94.



social.<sup>31</sup>

Devido aos pressupostos radicalmente construtivistas que servem de base à descrição sistêmica, o gerenciamento dessas entradas vindas do ambiente só pode ser feito tendo em conta a realização interna ao sistema de suas operações, que estão vinculadas recursivamente entre si pelas próprias condições de possibilidade do fechamento operacional. Contrainstintivamente, a abertura do sistema depende de seu fechamento, e a necessidade de reconstruir internamente a manifestação da distinção entre sistema/ambiente o leva a fazê-lo por meio da reentrada (*re-entry*)<sup>32</sup> de sua forma na própria forma. Tal façanha só pode ser alcançada em sistemas de observação capazes de distinguir entre autorreferência/heterorreferência por meio de observações de segunda ordem com o objetivo de operacionalizar essa distinção, assim demarcando mais claramente cada um dos lados da forma, de modo a permitir que se observe que o sistema opera de maneira normativamente fechada e cognitivamente aberta.<sup>33</sup>

O que se pretende descrever pelo conceito de fechamento normativo é que, além do sistema jurídico ser operativamente fechado, suas normas são consideravelmente capazes de resistir a frustrações, isto é, que diante do simples descumprimento de uma norma o sistema não aprende de imediato que ela deve ser alterada para que seja cumprida, mas sim opera de modo a contrafaticamente manter a capacidade prescritiva da determinação violada dentro de certos limites. Uma das consequências disso é o bloqueio da validade de enunciados morais no direito, pois a necessidade de consistência conteudística das decisões jurídicas não pode ser atendida tendo a moralidade como guia pelo fato dela inerentemente admitir alto grau de pluralismo em suas asserções — pois não estão alinhadas a

---

<sup>31</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 94.

<sup>32</sup> Cf. SPENCER BROWN, George. **Laws of form**. New York: The Julian Press, 1972. p. 69 e seguintes. O termo *re-entry* é usado para se referir à operação de um sistema autopoietico que, diferenciado por meio de uma distinção específica que constitui a unidade deste sistema, reintroduz em seu interior sua própria forma distintiva com o objetivo de estruturar suas operações. Usando o direito como exemplo, ocorre *re-entry* quando o sistema jurídico insere em seu âmbito operativo, mais uma vez, sua forma distintiva direito/não-direito, o que o leva a pautar suas operações também por esta nova distinção, como no caso da adição de um novo tipo penal ao rol de crimes que o direito é capaz de processar. Já que um tipo jurídico se trata de um elemento pelo qual se manifesta a diferença direito/não-direito que guia as operações deste sistema, para que um novo tipo jurídico seja processável é preciso adicionar ao sistema mais um elemento marcado pela diferença direito/não-direito que guia suas operações. Daí a expressão reentrada da forma na própria forma, pois o sistema jurídico (marcado pela forma distintiva direito/não-direito) faz com que entre mais uma vez em seu âmbito um elemento marcado pela mesma diferença (no exemplo, um novo tipo jurídico), ao mesmo tempo reconstruindo, dentro do sistema, seu ambiente.

<sup>33</sup> LUHMANN, Niklas, op. cit., p. 105-106.

uma noção de criação e estabilidade formal-procedimental, como no caso das normas jurídicas —, enquanto que o fechamento normativo produz a necessária consistência pela unidade que implementa.<sup>34</sup>

Dentro do tema desta discussão, o exclusivo processamento de fatos que são juridicamente relevantes só se torna possível quando o sistema se diferencia suficientemente a ponto de não mais captar comunicações morais, circunstância da mais alta relevância para o funcionamento do direito, pois caso não fosse assim, caberia também ao sistema jurídico o processamento desdiferenciado de quaisquer controvérsias morais.<sup>35</sup> A desvantagem deste cenário é a redução das possibilidades de eficácia na redução de complexidade social por parte do sistema, pois precisaria estar adaptado para gerenciar comunicações sociais de tipos diferentes fazendo uso das mesmas estruturas ou gerar mais outro conjunto de estruturas, estas capazes de lidar com a forma diferente de racionalidade em relação à qual um segundo tipo de operações estará orientado, em vez de simplesmente se especializar para lidar com só um tipo de comunicação.

Há outro cenário possível de convívio entre comunicações de espécies diferentes dentro do mesmo sistema funcionalmente diferenciado. Com base no fato de que o sistema jurídico não se fecha a partir de uma teia recursiva de referências cognitivas, mas sim normativas, a inclusão de comunicações por meio da abertura cognitiva do direito está restrita à condição de que o novo elemento deverá ser abarcado pelas correntes capacidades e práticas do sistema. Porém, devido à influência dos sistemas em seu ambiente (como a política ou a economia), o direito pode executar operações incompatíveis com seu fechamento normativo. Estas podem ser tidas como violações de seus parâmetros apesar de terem sido executadas pelo próprio direito, e a frequente exposição do sistema a esse tipo de ingerência em vasta gama de suas matérias faz com que opere em um estado de corrupção. Nos casos mais extremos sua autorreferência ocorre apenas de maneira inconsistente e ocasional, e o sistema atua como puro instrumento de poder em benefício dos interesses extrajurídicos que o comandam.<sup>36</sup>

Para evitar que isso aconteça e preservar a capacidade do direito de funcionar adequadamente em relação às necessidades sociais, a dinâmica entre

---

<sup>34</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 107, 109.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 107-108.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 109-110.

fechamento normativo (autorreferência) e abertura cognitiva (heterorreferência) deve priorizar o fechamento normativo, ou seja, as operações e suas eventuais mudanças no sistema jurídico devem ser realizadas tendo como base o direito válido que se manifesta pela conexão recursiva entre suas normas. A maneira mais comum em que estes fechamento e abertura se entrelaçam ocorre pelo uso de programas condicionais, uma forma construída pelas normas (operações) do sistema que exige que uma decisão jurídica esteja pautada por uma dedução a partir da apreensão cognitiva de fatos: dado fato F, a decisão D é juridicamente permitida.<sup>37</sup>

Como se pode depreender da relação previamente exposta entre fechamento normativo e abertura cognitiva, as informações fáticas captadas pelo direito não resultam de uma transferência informativa que parte do ambiente em direção ao sistema, mas sim da produção interna ao sistema de uma nova diferença com base na mesma distinção que diferencia o sistema de seu ambiente (reentrada) por meio do desenvolvimento de sua função e código. Embora o que esteja fora do direito — ou seja, não produzido por ele — naturalmente não possua relevância jurídica, o sistema consegue internalizar pretensões normativas originárias de seu ambiente por um processo de “juridicização” que só é possível pela interação entre abertura cognitiva e fechamento normativo. Neste contexto, o conceito de abertura cognitiva remete apenas à capacidade do sistema de heterorreferentemente gerar informações necessárias a seu funcionamento e processá-las diante de suas diferenças em relação ao ambiente.<sup>38</sup>

Para que a unidade do sistema permaneça marcada no entrelaçamento de suas operações o direito produz e se utiliza do símbolo da validade jurídica, que não se trata de um descritor do sistema ou de seus elementos, mas uma função destinada à conexão recursiva de suas operações. A validade simboliza nada mais que a aceitação de comunicações jurídicas para que se relacionem na produção autopoietica do direito, o que significa que embora seus elementos possam ser tidos como inválidos, esta classificação não ocorre por uma qualidade negativa intrínseca ao elemento em questão, e sim ao que o sistema contingentemente estabelece como condição necessária para a atribuição de validade. Deste ponto de vista, tal conceito de validade pode ser encarado como um substituto para o tradicional conceito de fontes do direito, especialmente porque este implica grau incompatível

---

<sup>37</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 110-111.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 112.

de primazia à heterorreferência na origem e manutenção do sistema, enquanto aquele dá a devida importância à autorreferência.<sup>39</sup>

Mesmo que o conceito de fontes do direito ainda seja utilizado por juristas em seus esforços descritivos do sistema, de há muito se prefere modelos teóricos que externalizam as referências de onde o sistema busca seu fundamento último de validade, como a norma fundamental de Hans Kelsen<sup>40</sup> ou a regra de reconhecimento de Herbert Hart<sup>41</sup>, que estabelecem metanível em que uma regra confere validade para todas as outras regras jurídicas.<sup>42</sup> Sem ignorar o potencial explicativo destes desenvolvimentos, pode-se encontrar proposta mais plausível na obra de Gunther Teubner, que se utiliza do conceito de ultraciclo da biologia para postular que entre os sistemas sociais há uma rede cíclica de perturbações que os força a processar novas reconstruções do ambiente em seus interiores,<sup>43</sup> da qual se pode cogitar que a noção de validade jurídica surge como um resultado de relações intersistêmicas em que política e direito figurariam como protagonistas.

Desta maneira, para que a validade seja um fator de reconhecimento de comunicações jurídicas válidas dentro do sistema ela não pode ser uma função inteiramente contida pelo direito, visto que neste caso se incorreria num paradoxo autorreferencial quanto à capacidade atributiva do elemento validador, pois o que precisar ser marcado como válido para pertencer ao sistema só poderá pertencer a ele se já tiver sido assim marcado, do que decorre que a validade jurídica necessariamente surge de uma relação complexa entre autorreferência e heterorreferência sistêmica como indica a proposta acima. Seguindo o raciocínio, a atribuição de validade não ocorre por meio de uma norma jurídica, nem por uma norma pressuposta que ocupa metanível hierarquicamente superior, pois a validade é apenas um meio pelo qual cada operação jurídica pode se referir ao direito, reproduzindo-o ao mesmo tempo em que se relacionam com suas outras operações.<sup>44</sup>

Categoriza-se a validade como uma forma porque o modo como o símbolo da validade confere ou não conectividade no sistema é por meio da marcação de um

---

<sup>39</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 122-124.

<sup>40</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>41</sup> HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

<sup>42</sup> LUHMANN, Niklas, op. cit., p. 125.

<sup>43</sup> TEUBNER, Gunther. Idiosyncratic production regimes: co-evolution of economic and legal institutions in the varieties of capitalism. *In*: WHEELER, Michael; ZIMAN, John; BODEN, Margaret A (eds.). **The evolution of cultural entities**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 161-182 (p. 170).

<sup>44</sup> LUHMANN, Niklas, op. cit., p. 125-126.

dos lados da diferença validade/invalidade, em que um naturalmente não pode existir sem o outro. Independentemente do lado que for marcado esta atribuição resultará de operações que representam um estado sistêmico interno, dado que, por exemplo, a invalidade de um contrato ou de uma lei não resulta diretamente de referência a seu ambiente, mas sim ao próprio direito. Como a validade é apenas um símbolo conectivo na cadeia da qual participam todas as operações jurídicas, ela só é atribuída recursivamente em relação ao direito já validado, e as comunicações jurídicas somente produzem efeitos no sistema se forem válidas. Logo, a forma validade/invalidade se distingue do código direito/não-direito ao fazer com que o cumprimento ou descumprimento normativo produzam sanções jurídicas previamente especificadas.<sup>45</sup>

Além da validade, a segunda possibilidade de manifestação do fechamento operacional do direito se dá pelo princípio da igualdade, que desde a antiguidade tem sido parte essencial do raciocínio jurídico de qualquer cultura, ao ponto de ser tido como autoevidente. Por funcionar como a preferência sistêmica de maior grau de abstração, a igualdade é o critério final na determinação da legalidade de um conflito, assumindo, neste contexto, o nome de justiça. A forma que adota no sistema jurídico naturalmente envolve seu lado oposto, constituindo a diferença igualdade/desigualdade (ou justiça/injustiça), estipulando que o que for igual deve ser tratado igualmente, e o que for desigual, desigualmente, caso contrário não seria possível considerar os igualmente desiguais entre si de forma igual. Sendo assim, a forma da igualdade pode ser transformada em uma norma, pois o proceder de maneira igualitária serve como parâmetro que designa que na presença de desigualdades o tratamento seja desigual.<sup>46</sup>

Apesar disso, o fechamento operacional do sistema é alcançado por meio da forma, e não da norma, pois só a forma igual/desigual é uma distinção pela qual se pode observar tudo o que há no sistema, incluindo ela própria — visto que também está sujeita a seu efeito, pois deve incidir de modo igual em todos os casos passíveis de incidência —, neste sentido sendo considerada a representação do sistema nele mesmo. Disso surge um paradoxo, pois mesmo que iguais e desiguais sejam coisas diferentes, se o critério da igualdade for igualmente aplicado a todos os casos, ambas as categorias serão tidas como iguais do ponto de vista da aplicação

---

<sup>45</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 127-128.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 131-132.

do princípio, já que só são taxados de iguais ou desiguais por equivalerem àquilo que permite ao sistema colocá-los em uma categoria ou outra. Para resolvê-lo se interpreta a forma como a norma que dela decorre (por isso sua manutenção), saltando de um paradoxo que põe em risco o potencial de diferenciação interna do sistema para uma regra que apenas produz assimetrias em seu interior.<sup>47</sup>

Devido ao alto grau de formalidade característico da igualdade, sua adaptação às frequentes diferenciações dos sistemas sociais ocorre de maneira espontânea. Enquanto em sociedades estratificadas o status social dos indivíduos serve de fundamento para que sejam tratados desigualmente, em sociedades funcionalmente diferenciadas a classificação do que é desigual procede do que for preciso fazer de maneira diferente para que as operações sistêmicas cumpram com suas funções, processo no qual a forma da igualdade dinamiza o sistema ao constantemente exigir análises acerca da igualdade ou desigualdade de um de seus elementos. Embora esta exigência enseje a produção de critérios norteadores, não há como precisar de antemão quais serão necessários para adequadamente orientar as devidas operações, explicando-se assim a contingente preferência por modelos diversos que ocorre setorialmente na sociedade moderna.<sup>48</sup>

A despeito do caminho evolutivo tomado pelo direito, a diferença igual/desigual continua sendo o parâmetro para observação e aperfeiçoamento das mudanças resultantes, uma vez que tal forma sempre produzirá mais igualdades e desigualdades por estar evolutivamente voltada a criar diferenciações. A referida diferença inclusive é reproduzida em si mesma, dado que quando novos elementos são reconhecidos como diferentes devem também ser subsumidos por um padrão mais abstrato que os categorize como uma série de elementos iguais. Durante todo esse processo se estabelece um conjunto de determinações alinhadas em ordem histórica irreversível, justamente para que seja possível que uma tradição delas resultante sirva de guia para tecer juízos acerca da reprovabilidade ou recomendação de alguma medida particular.<sup>49</sup>

Devido à impossibilidade de se definir previamente se um novo caso será tido como igual ou desigual em relação a outro, não há como tomar decisões tendo unicamente a tradição como referência, uma vez que uma nova situação

---

<sup>47</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 132-133.

<sup>48</sup> Ibidem, p. 133.

<sup>49</sup> Ibidem, p. 134.

paradigmática pode mudar as orientações já sedimentadas. O que se deve aceitar como referência é justamente a teia recursiva do sistema que conecta decisões anteriores a posteriores, ou seja, o fechamento operacional, pois a demarcação do que é lícito ou ilícito somente pode ser realizada levando em consideração decisões passadas e em menor escala o futuro prognosticável da atividade decisória usando a forma da igualdade como orientação. Isto significa que quando se deve decidir acerca do tratamento igual ou desigual a ser conferido a um caso o sistema não pode importar estruturas externas para servirem como critérios de decisão, restando somente o uso de suas próprias distinções internas.<sup>50</sup>

Pode-se colocar o direito à igualdade como dentro do âmbito dos direitos humanos, sendo possível até considerá-lo como um padrão a ser reproduzido por todas as normas deste tipo. Se seres humanos acessarem os sistemas funcionais cada um à sua maneira, se tal inclusão estiver condicionada pelos controles internos desses sistemas de modo que só seja possível decidir o que deve ser tido como igual ou desigual por meio de critérios funcionais, e se tais critérios estiverem vinculados às determinações oriundas das estruturas sociais, que mudam constantemente, não será possível afirmar de maneira prévia como cada indivíduo deve agir socialmente. Nestas circunstâncias, os direitos humanos mostram ter papel relevante na sociedade moderna porque têm a função de manter as mais variadas possibilidades de reproduções autopoieticas de um sistema como verdadeiras opções para o futuro<sup>51</sup>, que ocorre de maneira imprevisível porque de acordo apenas com a autopoiese e as mudanças estruturais da sociedade.<sup>52</sup>

Além da discussão sobre sua forma, a igualdade jurídica também é abordada no tema da competência para atuação no direito, mas enquanto a forma está ligada à autonomia do sistema, tal competência envolve problemas de inclusão quanto à sua acessibilidade. Embora a universalidade de acesso ao direito seja passo evolutivo natural voltado a integrar os sujeitos que dele dependam de maneira mais premente, as acomodações são mais efetivas na seara judicial, em que são instituídas disposições voltadas a fomentar acesso na perspectiva processual,

---

<sup>50</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 134-135.

<sup>51</sup> Essa formulação da função dos direitos humanos faz com que assumam papel em linha com o dos direitos fundamentais na obra precoce de Luhmann, que existem para prevenir a desdiferenciação (ou, dito de outra forma, a eliminação) de comunicações sociais, promovida especialmente pelo sistema da política, preservando uma ordem diferenciada de comunicações. Cf. LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**: aportación a la sociología política. Distrito Federal, México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 99-101.

<sup>52</sup> Idem, op. cit., p. 135-136.

geralmente via simples programas condicionais dotados de normatividade que balanceiam oportunidades de participação, como a isenção do pagamento de custas processuais para os economicamente hipossuficientes. As possibilidades de influência legislativa, por outro lado, variam de acordo com o *status* socioeconômico do interessado, o que pode dificultar considerável e assimetricamente o atendimento de legítimas expectativas individuais uma vez que ainda existem relevantes diferenças socioeconômicas na sociedade moderna.<sup>53</sup>

Quanto às condições estruturais necessárias para o fechamento operacional, o direito precisa de algo suficientemente específico para servir de referência recorrente, e que esteja passível de repetição, condensação ou expansão mediante processos recursivos. Além disso, o direito precisa de oportunidade suficiente para ser concretizado, caso contrário somente expectativas de natureza cognitiva poderiam ser atendidas na sociedade, dado que não haveria gerenciamento adequado de expectativas normativas se o sistema estivesse limitado à mera indicação de que determinadas expectativas jurídicas que foram frustradas deveriam ter sido cumpridas; para que funcione, ele depende do estabelecimento e execução de medidas destinadas a correções que tenham ao menos caráter compensatório.<sup>54</sup>

Inicialmente a especificação de expectativas jurídicas se relaciona à questão da memória da sociedade, mas cada vez mais passa a se referir à limitação do que deve ser preservado como premissa para a decisão de casos futuros, o que depende da capacidade de memória de seres vivos, de uma lembrança acerca do ocorrido, e por fim de anotações escritas. A acepção aqui utilizada para o conceito de memória não está limitada unicamente ao registro de fatos passados, pois versa principalmente acerca da forma de organização para acesso à informação, em que é o que se organizou, e não o que realmente ocorreu, que se usa em operações do sistema. Como a função da memória acaba por legitimar o que ela mesma produziu, indicando a referência de origem de seu produto caso necessário, atribui-se à memória a característica de manter os autovalores (*eigenvalues*)<sup>55</sup> do modo de produção do sistema à sua disposição.<sup>56</sup>

A partir da suficiente especificidade das normas jurídicas, a condensação da

---

<sup>53</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 136.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>55</sup> Cf. FOERSTER, Heinz von. Objects: tokens for (eigen-)behaviors. *In*: FOERSTER, Heinz von. **Understanding understanding: essays on cybernetics and cognition**. New York: Springer-Verlag, 2003. p. 261-271 (p. 264).

<sup>56</sup> LUHMANN, Niklas, *op. cit.*, p. 137-138.



memória do sistema o afeta de maneira preponderante em seu desenvolvimento, já que só o que provavelmente faz parte do direito precisa estar registrado, e dentro desse conjunto de informações só os aspectos estritamente normativos de um caso precisam estar acessíveis à memória, pois somente esses sustentam a autopoiese sistêmica. Em face dos arbítrios associados a atos de lembrança ou esquecimento, e tecendo análise de um ponto de vista do gerenciamento de informações do sistema, os efeitos econômicos da alta seletividade promovida pelo desenvolvimento deste mecanismo são tão positivamente relevantes que ele foi preservado pela via institucional da legislação, que em outras palavras é uma maneira de designar programações que vinculam as decisões do sistema.<sup>57</sup>

Quanto maior o grau de especificidade de normas cujo registro valeria a pena, menor a probabilidade de que sejam cumpridas em caso de frustração, uma vez que o respaldo social quanto à legitimidade da manutenção de dada expectativa depende da participação generalizada de indivíduos que ou compreendam a importância de mantê-la, ou que imaginem que eventualmente estarão em situação similar. A noção de participação generalizada deve então ser ampliada para incluir um dever de apoiar aqueles que dão respaldo, devendo mais uma vez ser expandida numa direção em que associações menores estejam hierarquicamente relacionadas a associações maiores, e finalmente atingir a forma de uma estabilização diferenciada por meio do sistema da política, um sistema funcionalmente diferenciado para lidar com a tomada de decisões coletivamente vinculantes que se estabilizam pelo monopólio do uso legítimo de força física.<sup>58</sup>

A despeito do que possa parecer, a atuação conjunta entre o sistema jurídico e o político não significa que constituam juntos um único sistema, mas sim que em suas operações eles se utilizam de acoplamentos estruturais<sup>59</sup> pelos quais se vinculam um ao outro. Desde a idade moderna tardia cabe primariamente às constituições o papel de funcionar como acoplamento estrutural entre direito e

---

<sup>57</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 139-140.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 140.

<sup>59</sup> Partindo do conceito de fechamento operacional, não há possibilidade de que o que ocorre no interior de um sistema seja determinado pelo seu ambiente, mas, para que possa existir, o sistema depende de pressupostos fáticos e materiais que não pode produzir ou garantir que sejam produzidos, pressupostos estes presentes em seu ambiente. Posto isso, o termo acoplamento estrutural se refere a um meio pelo qual o sistema pode se relacionar com os pressupostos ambientais dos quais depende para que possa realizar autopoiese. Cf. BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. **Luhmann in glossario**: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali. Milano: FrancoAngeli, 1996. p. 31.

política, servindo como o mais recente intermediário na tradicional relação em que a política atribui ao sistema jurídico a competência para resolução de conflitos, associação esta em que ela figura como a garantidora da execução das decisões judiciais. Como mesmo a garantia política não é suficiente para assegurar que todas as expectativas normativas sociais sejam atendidas, diante de descumprimentos é preciso empregar métodos para compensação dos afetados e punição dos transgressores, possibilitando assim a manutenção contrafática das expectativas frustradas.<sup>60</sup>

### 2.3 FUNÇÃO

O exame da função do direito envolve averiguar qual problema da sociedade se busca resolver via diferenciação do sistema jurídico, cenário em que o problema-referência é descrito pela teoria sistêmica de modo mais abstrato do que o próprio direito o faz em suas autodescrições. A hipótese defendida sustenta que o direito resolve um problema temporal que sempre ocorre quando se efetua comunicações sociais direcionadas à sociedade (e não a indivíduos) que, estando guiadas por e expressando expectativas, não são suficientes por si só para manifestar o significado pretendido, pois diferentemente de seu significado usual que faz menção a um estado de consciência, aqui uma expectativa se refere ao aspecto temporal de uma comunicação que alarga seu sentido ao incluir uma oferta comunicativa a ser aceita ou rejeitada.<sup>61</sup>

Ao enfatizar o componente temporal das expectativas como sendo a base da função do direito, assume-se posição em desacordo com concepções sociológicas que enfatizam a função social (e não a societal) do sistema jurídico, que lhe atribuem primariamente tarefas como controle ou integração da sociedade. Para a teoria sistêmica, o sentido societal do direito se constitui na medida em que se pode verificar que a estável segurança de expectativas ao longo de uma dimensão temporal ocasiona determinadas consequências sociais. Já que naturalmente uma comunicação precisa de certa quantidade de tempo para ser executada, quando surge ela precisa se alinhar temporalmente via conexão recursiva a comunicações já completadas no passado e possíveis comunicações futuras para que faça sentido,

---

<sup>60</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 140-141.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 142-143.

de maneira que dada comunicação determina o estado do sistema que deve ser assumido pela próxima comunicação por meio de uma vinculação temporal.<sup>62</sup>

Já que as comunicações jurídicas lidam com padrões comportamentais utilizando-se de normas, as operações do direito dependem da estabilidade das definições que expressam o sentido de suas estipulações, estando subordinada a vinculações temporais responsáveis por fixar o estado do sistema quanto ao que será considerado, por exemplo, como uma conduta ilícita. Disto podem surgir problemas sociais se a estabilização de uma vinculação temporal precisar tratar de expectativas destinadas a lidar não com fatos já existentes, mas com desapontamentos apenas potenciais, pois tais expectativas exigem que possíveis conflitos sejam resolvidos antes de seu acontecimento, sem poder precisar quem estará envolvido ou como se dará tal envolvimento. Logo, vinculações temporais podem gerar parcialidade social, limitando a liberdade ao menos em relação ao plano das expectativas ao decidirem negativamente acerca do destino de alguém, cabendo aos desfavorecidos que simplesmente aprendam e se adaptem unicamente porque outros querem se sentir seguros em relação à inerente incerteza do futuro.<sup>63</sup>

É justamente por esse tipo de dinâmica temporal do direito que a produção de normas jurídicas cria incertezas futuras, pois o uso de vinculações temporais com este objetivo engendra novas situações em que, na dimensão social, indivíduos devem assumir posição de discordância ou concordância (mesmo que tácita) em relação à nova expectativa normatizada. Isto gera no sistema uma bifurcação cuja consequência naturalmente dependerá do caminho tomado em resposta pela sociedade, concluindo-se que o uso de vinculações temporais necessariamente origina custos sociais em alguma medida, e que o direito é uma forma sob o efeito das interações entre as dimensões social e temporal, sendo capaz de lidar com as tensões resultantes mesmo nas circunstâncias em que há incremento da complexidade social.<sup>64</sup>

Ademais, a forma do direito resulta da combinação de duas distinções, a das expectativas cognitivas/normativas e a do código lícito/ilícito<sup>65</sup>, sendo que todos os

---

<sup>62</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 143-144.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 145-146.

<sup>64</sup> Ibidem, p. 147.

<sup>65</sup> Devido à opção de Luhmann de não utilizar termos diferentes para marcar a distinção que ele mesmo delineia entre as duas interpretações possíveis para o que classifica como o código do sistema do direito, referindo-se a elas em ambos os casos como *Recht/Unrecht*, termos alemães dotados de múltiplos significados semelhantes, optou-se aqui pela forma direito/não-direito quando a

ajustes sociais realizados pelo sistema ocorrem no âmbito desse arranjo, em que se varia o sentido fático (seu “conteúdo”) atribuído às normas jurídicas e aos programas<sup>66</sup> que regulam a coordenação dos valores direito/não-direito, para que assim a vinculação temporal e a relação social entre consenso e dissenso possam continuar reciprocamente compatíveis. Como a manutenção desse equilíbrio ocorre na dimensão dos fatos, não é possível alcançar uma definição fática do que é o direito,<sup>67</sup> pois uma empreitada desse tipo seria equivalente, como no conto de Jorge Luis Borges<sup>68</sup>, à produção de um mapa tão preciso que ele teria o mesmo tamanho do território a ser visualmente representado, de modo que não poderia servir de definição por literalmente retratar tudo o que ocorre faticamente no direito, com o agravante de que qualquer um dos posteriores acontecimentos no sistema exigiria uma correspondente revisão à definição proposta.

Com base nos desenvolvimentos acima se chega à conclusão de que, examinada abstratamente, a função do direito é a de lidar com os custos sociais da vinculação temporal de expectativas sociais, porém, concretamente, descreve-se sua função como sendo a de estabilizar expectativas normativas, regulando como serão generalizadas em referência às suas dimensões temporal, fática e social. Mediante esta função o direito torna possível saber de antemão que expectativas são aceitas socialmente, viabilizando assim que alguém se permita maiores graus de incerteza ou desconfiança em suas relações caso confie na capacidade do direito de cumprir com expectativas normativas estabilizadas, ou nos casos em que o cumprimento for impossível, de distribuir compensação e/ou designar punições,

---

menção for ao código pelo qual se pode observar a distinção entre o sistema e seu ambiente, e pela forma lícito/ilícito quando a menção for ao código dotado de relevância social apenas em referência ao âmbito interno do sistema, onde funciona como uma distinção que orienta suas operações.

<sup>66</sup> O conceito de programa se refere a um complexo de condições de correção. Quando se referem a um código do sistema os programas têm a função de estabilizar os critérios para a correta atribuição dos valores desse código, para que assim o sistema possa alcançar maiores graus de complexidade estruturada e controlar seu próprio prosseguimento. Embora o código dirija as operações de um sistema por meio de suas estruturas para que elas reproduzam recursivamente sua unidade, ele não fornece diretrizes acerca de como exatamente devem proceder, cabendo aos programas o encargo de autorregulação e autocontrole do sistema, que partindo do próprio sistema orientam a observação de suas operações mediante distinções diversas das que propriamente guiam tais operações. Dito de outra forma, os programas fixam quais as condições necessárias para que uma operação possa ocorrer, como quando estabilizam em que circunstâncias a atribuição do valor positivo do código será correta. Num exemplo atinente ao sistema jurídico, incumbe aos programas a estipulação de quando será correto decidir em favor de uma das partes em um processo judicial. Cf. BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. **Luhmann in glossario**: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali. Milano: FrancoAngeli, 1996. p. 183.

<sup>67</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 147.

<sup>68</sup> BORGES, Jorge Luis. Do rigor da ciência. In: BORGES, Jorge Luis. **O fazedor**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 155.

desenvolvimento funcional que oportuniza que se tenha maior certeza quanto à segurança interativa numa sociedade cujas relações atingiram elevado grau de complexidade.<sup>69</sup>

Em face da referida função do direito, o conceito de norma é definido via uma distinção que concerne às possibilidades de resposta quando uma expectativa é submetida a uma frustração. Como expectativas podem ou ser abandonadas ou mantidas quando são frustradas, ao se optar antecipadamente por um desses dois resultados uma expectativa será, respectivamente, ou cognitiva, pois marcada pela possibilidade do aprendizado resultante de seu abandono e substituição por outra mais adequada à realidade que a frustrou, ou normativa, caracterizada pela sua manutenção mesmo diante de fatos adversos a ela. Tendo isso em vista, o conceito de norma é o resultado de uma preferência por parte de um observador, que estipula previamente quais expectativas são suficientemente relevantes a ponto de que mesmo contrafaticamente elas devem continuar sendo esperadas, o que não impede que eventualmente uma expectativa antes tida como normativa passe a ser cognitiva, e vice-versa.<sup>70</sup>

Quando sua adequação tiver sido estabelecida de maneira socialmente acordada, naturalmente a expectativa associada a certo padrão de conduta não requer justificativa quanto ao motivo pelo qual deve ser mantida em cada caso que possa ser invocada, assim como não depende de uma decisão prévia de obedecê-la por parte de quem estiver agindo dentro de seu âmbito de influência. A perspectiva de incorrer em sanção devido ao descumprimento da norma também é parte relevante do que faz com que alguém possa identificar se suas expectativas estão consoantes ao direito, de modo que caso não ocorra da forma esperada as consequências de sua ausência podem se alastrar para além do caso individual em questão, gerando, por exemplo, reiterado descumprimento de expectativas em outras circunstâncias.<sup>71</sup>

A juridicidade de uma norma não advém de uma condição especial atribuída à comunicação pela qual ela é expressa, mas sim de sua forma que tem função estabilizadora de expectativas que decorre exclusivamente da diferenciação que a torna parte integrante do sistema do direito. Entretanto, nem todas as expectativas

---

<sup>69</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 147-148.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 149.

<sup>71</sup> Ibidem, p. 149-150.

de natureza normativa têm caráter jurídico, visto que o sistema funciona processando apenas expectativas que podem gerar problemas à probabilidade de sucesso das comunicações por elas simbolizadas, probabilidade que decresce conforme o aumento de complexidade social derivado de progressões evolutivas. Como há limites para a capacidade de processamento de operações por parte do sistema, para que o direito possa exercer adequadamente sua função de estabilização de expectativas normativas quando estas são muito numerosas é preciso que seja capaz de selecionar somente aquelas que compensam ser protegidas tendo em conta sua relevância na sociedade.<sup>72</sup>

Diante do exposto, convém analisar a quem compete a faculdade de determinar quais expectativas devem ser normativamente mantidas e quais são os pressupostos necessários para tanto, explorando então o modo pelo qual a função se concretiza no sistema. Partindo da distinção entre sistema e ambiente, o sistema jurídico confirma sua existência diferenciada ao atribuir caráter normativo a expectativas sociais, processo no qual insere diferenças em seu ambiente pelo estabelecimento de normas jurídicas, cujo cumprimento ou descumprimento produz diferenças perceptíveis para o sistema. O fechamento operacional do direito exige que ele seja o responsável pela garantia de seu próprio funcionamento, estando determinado por estruturas internas que servem de base para que seu tipo particular de operações ocasione a continuidade do sistema.<sup>73</sup>

Embora não haja como fazer a descrição desse processo sem recorrer ao raciocínio de que o direito é o que o direito considera como sendo o direito, é possível “desdobrar” (*unfold*) essa circularidade mediante o uso de expectativas em relações reflexivas, ou seja, ao estabelecer a expectativa normativa de que alguém deve normativamente esperar. Disto se conclui que o direito não é indiferente a si mesmo já que opera reflexivamente, controlando-se no nível de observações de segunda ordem, uma típica condição para a diferenciação e fechamento operacional sistêmico. Assim, o direito não se mantém apenas com a ajuda da política que lhe garante o cumprimento de suas decisões; o sistema jurídico só pode ser considerado como tal se der razões para que se espere que expectativas normativas possam ser normativamente expectadas. Tal circunstância indica que o direito está organizado heterarquicamente, uma vez que depende de redes de relações

---

<sup>72</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 151-152.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 156-157.

recíprocas que não podem ser instituídas com base em critérios hierárquicos.<sup>74</sup>

A fim de dar consistência às observações de segunda ordem realizadas com base no código lícito/ilícito desenvolve-se no sistema jurídico um subsistema organizado capaz de tomar decisões juridicamente vinculantes, ao qual se atribui a tarefa tanto de identificar o direito existente quanto de mudá-lo caso necessário. Esse subsistema se diferencia mediante a distinção membros/não-membros, compelindo seus membros à produção de decisões guiadas pelos programas do sistema (como as normas jurídicas). Uma vez que os únicos nomes dados a esse sistema de decisão são, em verdade, nomes para seus ainda mais diferenciados subsistemas, Poder Judiciário e Poder Legislativo, optou-se por chamá-lo simplesmente de sistema organizado de tomada de decisões do sistema jurídico.<sup>75</sup>

Esse sistema organiza seu próprio âmbito de operações circularmente conectadas, uma vez que quando exerce mudanças no sistema jurídico o faz em vista das futuras decisões que serão produzidas nas cortes usando como guia o direito existente, o que por sua vez pode ocasionar novas oportunidades para a realização de ainda outras observações destinadas à mudança do direito. Com o intuito de diferenciar as condições que propiciam a construção desse arcabouço decisório, o sistema descreve a si mesmo como tendo configuração hierárquica seja quanto a seus órgãos, seja quanto às normas que elabora, e para regular a incidência destas, utiliza-se de formas já tradicionais de reflexividade em que certas normas incidem sobre outras, um recurso empregado de maneira restrita e somente para possibilitar específicas aplicações requeridas pelo sistema.<sup>76</sup>

Como exemplos dessas formas reflexivas pode-se citar normas de procedimento, que quando cumpridas trazem consigo o efeito de dar vinculatividade a uma determinada decisão, ou normas de competência, que se por um lado apenas têm o objetivo de definir quem está legitimado a tomar decisões que terão o respaldo do sistema jurídico, por outro se mostram como elementos indispensáveis para eliminar incertezas residuais que surgem ou de discordâncias concernentes ao relato dos fatos no qual o procedimento se baseia, ou de divergências de natureza interpretativa. Esse efeito decorre do fato de que cabe às normas competenciais a estipulação de quem, em última instância, será o responsável por estabelecer como

---

<sup>74</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 157-158.

<sup>75</sup> Ibidem, p. 158.

<sup>76</sup> Ibidem, p. 158-159.

será resolvido qualquer dos aspectos problemáticos originados no decurso do procedimento, com isso restando patente que o sistema de tomada de decisões inteiro está alicerçado na possibilidade deste tipo de dinâmica reflexiva entre normas.<sup>77</sup>

Quanto à discussão acerca do cumprimento de papéis sociais que são tradicionalmente atribuídos ao direito na condição de funções do sistema, há que se fazer distinção entre o conceito de função e o de desempenho (*performance*) que o sistema jurídico realiza em relação a outros sistemas funcionais da sociedade. Embora esse sistema já esteja funcionalmente diferenciado de modo a se incumbir da estabilização de expectativas normativas, espera-se também que certos desempenhos estejam associados a essa função, aos quais o ambiente do sistema confere variados graus de importância social, podendo-se citar como exemplos proeminentes que figuram no rol de possíveis desempenhos do direito os seus papéis de resolução de conflitos e de controle comportamental, que não obstante a relevância das tarefas que cumprem, ainda assim dependem de que pessoas se comportem em obediência ao direito para que possam ser concretizadas.<sup>78</sup>

O fato de que outros sistemas dispõem de mecanismos equivalentes para o cumprimento do papel de controle comportamental serve como indicativo de que tal tarefa, ao ser atribuída ao direito, apenas pode se tratar de um desempenho, e não de parte de sua função, dado que esta é marca indelével da diferenciação de um sistema social. Nesse sentido, entende-se o controle comportamental como mero desempenho do direito também pela possibilidade de que as vantagens que ele produz sejam utilizadas em outros sistemas, como a liberdade de legitimamente rejeitar pretensões sociais que não decorram de uma obrigação jurídica, servindo de exemplo um caso de rejeição ao ingresso em um casamento arranjado (sistema da família), ou a liberdade de associação para afiliar-se a um partido político desde que cumpridos requisitos genéricos estabelecidos em lei.<sup>79</sup>

Aplica-se raciocínio semelhante quanto ao papel de resolução de conflitos, já que os diversos sistemas sociais dependem largamente do direito quando diante de litígios, especialmente quando surgem devido à negação de expectativas injustificadas ou à negação injustificada de expectativas normativamente

---

<sup>77</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 159.

<sup>78</sup> Ibidem, p. 167-168.

<sup>79</sup> Ibidem, p. 168-169.



estabilizadas, situações em que a via judicial simplesmente figura como o meio principal escolhido para findar tais tipos de disputa. Porém, dado que o sistema jurídico resta operativamente fechado, ele somente consegue processar conflitos segundo sua capacidade de reconstrução interna do ambiente mediante suas próprias operações, o que significa que o direito não necessariamente resolve os conflitos que lhes são apresentados, mas sim suas versões juridicizadas. É justamente por este motivo que eventualmente as partes envolvidas numa controvérsia buscam modalidades extrajurídicas de solução de discordâncias, reforçando assim a descrição de que o papel social de resolução de conflitos não é exclusivo do direito.<sup>80</sup>

Tendo em vista a noção de diferenciação funcional e a relevância de sua consequência para uma adequada descrição dos sistemas sociais, a classificação de uma tarefa que realizam como sendo sua função ou mero desempenho está subordinada à existência de mecanismos equivalentes em outros âmbitos societais. Uma vez que, entre outros, os encargos relativos a controle comportamental e resolução de conflitos na sociedade, por também serem cumpridos por outros sistemas, pertencem à categoria de desempenhos — comportamentos desejáveis podem resultar simplesmente de incentivos positivos; litígios podem ser resolvidos sem intervenção do sistema jurídico —, enquanto que por caber exclusivamente ao direito a estabilização de expectativas normativas, define-se que esta é sua função.<sup>81</sup>

## 2.4 FÓRMULA DE CONTINGÊNCIA

Tendo que a unidade de um sistema se dá por meio da recursividade operacional em seu interior que o reproduz autopoieticamente, além de que suas operações são capazes de identificar sua filiação ao sistema ao distingui-lo de seu ambiente graças à autorreferência, é necessário que a sequência recursiva de operações esteja disposta de maneira circular (graças à autorreferencialidade do fechamento operacional) e que seja repetida a cada momento pressupondo a existência continuada *ad infinitum* do sistema. De modo a auxiliar a ocorrência dessa repetição, o sistema deve ser capaz de discernir o que é repetido nas mais variadas

---

<sup>80</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 169.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 170.

situações, generalizando tais capacidades repetitivas via condensação e confirmação de operações recursivas, respectivamente produzindo identidades no sistema e o compatibilizando com circunstâncias envoltas por alto grau de mutabilidade.<sup>82</sup>

Já que observações devem estar amparadas em alguma distinção para que possam designar seu objeto, não há como uma observação indicar a unidade que a oportuniza, de modo que a observação só a acessa como um paradoxo que se manifesta como a unidade da diferença<sup>83</sup> que a constitui. Semelhantemente, a unidade de um código binário só pode ser compreendida como paradoxo, pois também se refere a uma forma que permite observar por meio de distinções. Contudo, o paradoxo da unidade de uma diferença pode ser desdobrado, por exemplo, mediante observação de segunda ordem que, ao usar outro mecanismo de observação (outra diferença), observa o que era inobservável para a observação de ordem inferior por ser seu pressuposto (o ponto do qual a observação parte, e que, portanto, não é observável por ela)<sup>84</sup>. Assim se pode clarificar a contribuição do observador para a distinção elaborada, como no caso da distinção lícito/ilícito, que por ter o direito e tudo mais que o constitui como a unidade de sua diferença, faz com que seja imprescindível analisá-la neste contexto.<sup>85</sup>

Em adição ao desdobramento de um paradoxo o sistema se utiliza de programas condicionais, que têm como objetivo auxiliar uma operação acerca de que valor de um código deverá ser marcado, o positivo ou o negativo, por intermédio de critérios fáticos presentes no âmbito do sentido que servem como distinções

---

<sup>82</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 211.

<sup>83</sup> Partindo do pressuposto de que uma distinção pode ser encarada como uma lente pela qual se observa algo em particular inserindo-o num jogo de diferenças, para que os elementos dessa diferença possam ser observados é necessário que o foco da observação não esteja na lente em si, pois nesse caso a observação trataria de descrever a lente e o que permite distingui-la de todo o resto em vez de descrever o que a lente permite observar ao ser utilizada. Desta maneira a unidade U, que quando empregada permite observar a distinção D/não-D, não pode ser observada pela própria distinção D/não-D, pois somente pelo que deriva de U, e não do próprio U, é que D/não-D é perceptível. Aqui o paradoxo se manifesta na medida em que somente pela presença da unidade U é que D/não-D pode ser observado, mas a observação de D/não-D só é possível como resultado da ausência de U na observação.

<sup>84</sup> O desdobramento de um paradoxo desse tipo ocorre ao materializá-lo numa relação de diferença com seu oposto, anulando seu efeito paralisante ao observar a sua fonte. Assim, por exemplo, em face da necessidade de atribuir um dos dois valores da distinção lícito/ilícito a um objeto observado, resolve-se essa indeterminação ao observar o direito — o pressuposto das categorias lícito e ilícito — em conjunto ao oposto que o define, porque é pela observação da distinção direito/não-direito que se pode determinar o valor do código lícito/ilícito a ser marcado por uma dada operação inserida na teia recursiva desse sistema.

<sup>85</sup> LUHMANN, Niklas, op. cit., p. 212.

adicionais. É nessa circunstância que a teoria jurídica dá sua contribuição ao informar quais são os critérios que devem ser empregados na atribuição de valores do sistema, desenvolvimentos que levam a um direito positivo teoricamente sistematizado com base em regras e princípios, tornando então a questão da justiça inócua quando vista de uma perspectiva prática dado que ela nem constitui um terceiro valor a ser aplicado em conjunto à licitude e ilicitude, nem é capaz de definir programas do sistema como se um direito justo fosse um campo jurídico como o são o direito penal, civil ou administrativo.<sup>86</sup>

O resultado disso é que os problemas que guardam relação à justiça do sistema jurídico são associados exclusivamente a questões da ética e dos fundamentos do direito no meio da moralidade, e dificilmente se encontra lugar para a ética no direito; ou então que a justiça figura como um princípio geral da sociedade que se estende a todas as áreas da vida, e que a forma na qual se encontra no direito é apenas uma dentre as variadas formas particulares que assume. Entretanto, fazer com que as questões da justiça sejam tratadas primariamente pela ética não é uma solução adequada ao sistema jurídico, pois mesmo que a justiça claramente apresente qualidades que a abstratamente associem a esse campo, seria necessário que em seguida o sistema a incorporasse de maneira juridicizada em conformidade com seu fechamento operacional, sem poder se utilizar propriamente do que seria o motivo para essa delegação.<sup>87</sup>

Apesar disso, não é o caso de conjecturar que o direito deve de todo renunciar à incorporação do conceito de justiça, mas de repensar o papel desse conceito para que ele seja encarado como o representante da unidade do sistema dentro do próprio sistema. A justiça estaria então associada às auto-observações e autodescrições do direito, e mesmo que estas cheguem aos seus limites observacional e descritivo ao se depararem com o paradoxo de que o direito e o não-direito são iguais quando se realizam no nível do código binário que rege o sistema<sup>88</sup>, elas ainda teriam que determinar se existe um programa que incide em todos os outros do sistema, orientando-os conforme um padrão ubíquo de correção.

---

<sup>86</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 212.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 212-213.

<sup>88</sup> Considerando que auto-observações e autodescrições do sistema nesse nível não conseguiriam captar o que constitui a unidade de sua diferença por ela estar em seu ponto cego, restaria ao sistema enxergar a si mesmo como resultado da diferença entre sistema e ambiente, ou direito/não-direito, em que um não existe sem o outro e ambos contribuem de maneira igual para a formação de sua identidade.

É exatamente nesse contexto que seria possível encontrar o significado da ideia de justiça para o sistema jurídico, e embora auto-observações e autodescrições se manifestem geralmente na forma de teorias em que há espaço para argumentação, a ideia de justiça apresenta-se no direito com um caráter marcadamente normativo, pois é do interesse do sistema ser justo independentemente dos fatos.<sup>89</sup>

Posto isso, delineou-se o âmbito da justiça no direito como o de uma auto-observação com efeito ubíquo no nível dos programas e na forma de uma norma mantida contrafaticamente, não cabendo falar de justiça em relação ao domínio operativo, pois este se associa ao código e a oportunidades de aprendizado do sistema. Por apresentar essas características, define-se a justiça como a fórmula de contingência do sistema jurídico, visto que ocupa posição central no direito quanto ao que contingentemente acontece nele, e quando é adequadamente descrita pelo sistema toma a forma de uma ideia, princípio ou valor que representa um padrão elaborado com o intuito de que sempre seja levado em conta sem qualquer oposição, justamente pelo seu grau de relevância. A caracterização da justiça como fórmula de contingência resulta principalmente da rejeição de uma ideia de justiça baseada no direito natural, dado que não faz sentido considerar que a natureza seja guiada por uma noção de justiça.<sup>90</sup>

Em face dessa rejeição, substituem-se as assunções naturais por assunções que decorrem da autoespecificação da fórmula para determinação de seu conteúdo, que é realizada por meio de afirmações encadeadas circularmente, tocantes à capacidade de um sistema passar para um estado de determinação tendo partido de um de indeterminação. Qualifica-se a fórmula como sendo relativa à contingência justamente pelo fato de a diferença determinação/indeterminação não se referir diretamente a fatos particulares, mas a simplesmente outras possibilidades de lidar com eles, pois um sistema que executa suas operações com base em informações sempre tem em vista outras possibilidades de funcionamento. No sistema jurídico isso se mostra patente a partir da compreensão de que qualquer de suas normas, decisões, razões ou argumentos poderiam ter sido diferentes, não havendo algo que predetermine como serão.<sup>91</sup>

Por sua condição de programa que incide em todos os outros programas do

---

<sup>89</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 213.

<sup>90</sup> Ibidem, p. 214-215.

<sup>91</sup> Ibidem, p. 215-216.

sistema, a fórmula de contingência deve cumprir com a função de possibilitar a travessia entre indeterminação e determinação sem ser vista como um critério particular de seleção, pois neste caso figuraria ao lado de outros critérios de seleção como apenas mais um dentre eles, privando-se do papel de representar o sistema dentro do próprio sistema. No caso do direito, cuja função é estabilizar expectativas normativas, a justiça assume a forma de uma norma, que se fosse vista como apenas mais uma norma a ser utilizada não poderia funcionar como guia para todas as outras, renunciando a tarefa de proporcionar a determinabilidade do sistema ironicamente por conta da contingência em sua aplicação. Não obstante a relevância desse desenvolvimento em que se distancia a justiça da condição de um critério seletivo, tradicionalmente as reflexões acerca dela o negligenciam; semelhante omissão ocorre quando se considera a justiça como indicadora do rumo que o direito deve tomar.<sup>92</sup>

A questão particular concernente à norma da justiça é o vínculo entre generalização e re-especificação: nenhuma operação ou estrutura do sistema está isenta da expectativa de que seja justa, senão perderia a referência à unidade do sistema; adicionalmente a norma da justiça dá alguma espécie de orientação aos casos particulares, mas sem que disso decorra que são justos. Em sua forma mais genérica a fórmula de contingência da justiça é identificada como a igualdade, elemento formal que contém tudo relacionado à justiça, mas que por seu alto grau de generalidade é descrita de maneira não muito diversa da de conceitos como regularidade ou consistência. Pela importância do símbolo que representa, a igualdade é compreendida como um princípio que se autolegitima, sem haver necessidade de justificações posteriores, tratando-se de esquema que motiva a busca de razões ou valores que se tornam juridicamente válidos enquanto programas do sistema, para que a resposta a qualquer matéria possa ser dada dispondo apenas da recursividade interna do direito.<sup>93</sup>

Haja vista que todas as fórmulas de contingência dos sistemas funcionais são dotadas de um núcleo de sentido que as acompanha, não importando o contexto socioestrutural em que estão inseridas, a justiça também leva em seu cerne uma acepção estável que independe de outras circunstâncias. Desde a antiga concepção de justiça distributiva, regida pela máxima *suum cuique* (“a cada um o que é seu”),

---

<sup>92</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 216-217.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 217-218.

até a contemporânea noção de *fairness*, uma espécie de ajustada imparcialidade que apresenta-se como elemento central da teoria da justiça de John Rawls<sup>94</sup>, percebe-se que as formulações da justiça são explicitamente sensíveis à existência de diferentes necessidades que decorrem de condições particulares das demandas às quais se presta, atendendo-as de maneira consistente — já que duas pessoas em circunstâncias exatamente iguais no que importa para a justiça seriam considerados da mesma forma.<sup>95</sup>

Essa consistência pode ser alcançada por meios relativamente simples quando atinente a um cenário em que não há grande variação entre as possibilidades decisórias, como em sociedades de baixo grau de complexidade. Todavia, numa sociedade que atingiu tamanho grau de complexidade a ponto de originar um sistema jurídico funcionalmente diferenciado, a combinação da contingência das condições em que a justiça deve ser realizada e do requisito da consistência leva à formulação de que a justiça se refere à complexidade adequada do decidir consistente. O que é justo, portanto, depende da relação entre o direito e seu ambiente, em que o sistema jurídico, não obstante a seletiva indiferença a todo o resto da sociedade que protege sua diferenciação, só opera conforme a justiça quando, em face das irritações de seu ambiente, promove a reconstrução deste em seu interior de modo adequado e consistente. Dito de outro modo, o direito é justo caso mantenha a consistência de suas decisões ao responder adequadamente às demandas jurídicas que partem da sociedade.<sup>96</sup>

Havendo delineado os elementos basilares relevantes da matriz sociológica assumida por esta pesquisa, que será referida a partir de agora como a vertente ortodoxa da teoria dos sistemas, cumpre então explorar o potencial prescritivo que pode ser atribuído a este ideário por meio de concepções teórico-sociais de natureza crítica, que embora à primeira vista aparentem ser incompatíveis com as pretensões descritivas da teoria exposta acima, complementam-na justamente por se ocuparem dos aspectos que ela negligencia.

---

<sup>94</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>95</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 218-219.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 219-220.

### 3 TEORIA CRÍTICA DOS SISTEMAS?

Apesar tanto dos esforços predominantemente descritivos da vertente ortodoxa da teoria dos sistemas sociais autopoieticos,<sup>97</sup> quanto da resistência do próprio Luhmann acerca das possibilidades prescritivas de sua obra,<sup>98</sup> há quem afirme a possibilidade de se usar tal arcabouço conceitual de maneira socialmente crítica e com pretensões normativas. Trata-se de um movimento denominado de “teoria crítica dos sistemas” por Rudolf Wiethölter (que antes mesmo de nomeá-la foi responsável por formulações teóricas primordiais<sup>99</sup> à abordagem), uma corrente que pretende dar seguimento à obra da primeira geração da Teoria Crítica expondo a conexão entre compulso sistêmico (*Systemzwang*) e subjetividade — o que poderia ser descrito como um processo de reificação<sup>100</sup> transubjetiva (*transsubjektive Verdinglichung*) —,<sup>101</sup> e ainda na linha da primeira geração, pretendendo chegar a um arranjo social mais justo via uma abordagem de defesa da sociedade que parte subversivamente das próprias estruturas sociais<sup>102</sup>.

A proposta dessa vertente tem como principais referências autores que, mesmo sendo adeptos do projeto sociológico de Luhmann, estão ao menos indiretamente vinculados à tradição germânica de crítica da primeira geração da

<sup>97</sup> Mesmo que este tipo de caracterização da teoria luhmanniana tenha praticamente alcançado *status* de truismo na academia, faz-se necessário conferir a breve crítica a esta concepção da teoria dos sistemas como meramente descritiva, mesmo em sua vertente ortodoxa, em STAMFORD DA SILVA, Artur. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 29-58 (p. 38).

<sup>98</sup> Como, por exemplo, em LUHMANN, Niklas. Some problems with “reflexive law”. In: FEBBRAJO, Alberto (ed.). **Law, legal culture and society: mirrored identities of the legal order**. London: Routledge, 2018. p. 184-198. “‘Reflexividade’ significa que o direito, como um subsistema autônomo da sociedade, é obrigado a respeitar a autonomia de outros subsistemas da sociedade, incluindo organizações e interações. Para os juristas, isso é recebido como uma espécie de programa político-jurídico nos moldes de tradicionais ideias liberais ou neocríticas de liberdade. Todos que desejassem ver neste programa intenções emancipatórias, isso é, que desejassem ver adotadas as propostas de Habermas, o leriam dessa maneira. No entanto, de acordo com os princípios teóricos aqui referidos, o que é apresentado não é mais do que a simples afirmação de um fato, de um fato lógico, por assim dizer. Essa é a única possibilidade. O conceito de autopoiese, inventado como uma definição de vida, é rigorosamente inflexível.” (p. 184, tradução nossa).

<sup>99</sup> WIETHÖLTER, Rudolf. Just-ifications of a law of society. In: PEREZ, Oren; TEUBNER, Gunther (eds.). **Paradoxes and inconsistencies in the law**. Oxford: Hart Publishing, 2006. p. 65-75, especialmente o tópico IV.

<sup>100</sup> Vide os desenvolvimentos *infra* acerca da obra de György Lukács (seção 3.1.1).

<sup>101</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas. Systemtheorie als kritische Gesellschaftstheorie. In: AMSTUTZ, Marc; FISCHER-LESCANO, Andreas (eds.). **Kritische Systemtheorie: zur Evolution einer normativen Theorie**. Bielefeld: transcript Verlag, 2013. p. 13-37 (p. 14).

<sup>102</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas. Critical systems theory. **Philosophy and Social Criticism**, [s. l.], v. 38, n. 1, p. 3-23, Jan. 2012. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0191453711421600>. Acesso em: 1 fev. 2019.

Teoria Crítica. Esta, em breve síntese, por meio do modelo de crítica social interdisciplinar concebido por Max Horkheimer, tem como objetivo o desenvolvimento de estudos voltados à mudança emancipatória da sociedade pela produção de conhecimento acerca das assimetrias sociais, estudos que a seu turno teriam a capacidade de instruir as ações no campo político com a pretensão de mitigar os efeitos perniciosos das desigualdades.<sup>103</sup>

Assim, antes das considerações a respeito da coerência e do potencial libertador de uma teoria crítica dos sistemas, faz-se necessário traçar o marco teórico da Teoria Crítica que concerne aos temas que se pretende desenvolver.

### 3.1 TEORIA CRÍTICA DA SOCIEDADE

Ainda que seja possível classificar a Teoria Crítica simplesmente como um subcampo de estudo que intersecta teoria social e humanidades,<sup>104</sup> sua proposta investigativa vai além de mero encontro entre esses dois ramos do conhecimento, estando ocupada principalmente com a formulação abrangente de meios de apreender a realidade social e o diagnóstico de patologias da sociedade, representando uma forma de crítica voltada à atividade prática de transformação social.<sup>105</sup>

O conceito de crítica usado por este campo teórico, seu traço distintivo, remonta às contribuições do idealismo alemão e aos desenvolvimentos de Karl Marx, podendo ser caracterizado como uma maneira de produzir conhecimento empregando uma forma específica de se referir ao mundo, em que se busca cotidianamente percebê-lo mais profunda e racionalmente mediante juízos e resistência acerca do modo como sujeitos estão relacionados a objetos. Suas essenciais preocupações são o uso da razão para revelar o que está por trás daquilo que aparece, assim como o escrutínio das estruturas da racionalidade que criam as

---

<sup>103</sup> RUSH, Fred. Conceptual foundations of early Critical Theory. In: RUSH, Fred (ed.). **The Cambridge companion to Critical Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 6-39 (p. 9).

<sup>104</sup> Há de se fazer menção aqui ao fato de que, por vezes, principalmente em contextos influenciados pela cultura norte-americana, o estudo dos aspectos críticos da literatura, comumente chamado de “teoria literária” (embora haja debate em relação à adequação desse título), também é chamado de “teoria crítica literária”, e abreviadamente de “teoria crítica”, não havendo, entretanto, estrita relação com a temática aqui trabalhada, que está centrada nas manifestações teóricas de crítica social.

<sup>105</sup> THOMPSON, Michael. Introduction: what is critical theory? In: THOMPSON, Michael (ed.). **The Palgrave handbook of critical theory**. New York: Palgrave Macmillan, 2017. p. 1-14 (p. 1).



possibilidades de acesso racional ao mundo.<sup>106</sup>

Ao se utilizar deste conceito no que tange a sua esfera principal de atuação, a análise da sociedade e do que dela deriva, a Teoria Crítica estabelece que a produção adequada de conhecimento nesta área envolve a captação não só do objeto da consciência e suas dinâmicas, mas também dos fatores cognitivos de natureza subjetiva que determinam os limites do conhecimento deste objeto. Portanto, a Teoria Crítica atribui a si mesma o encargo de desvelar as condições sociais nas quais ela própria produz conhecimento, tendo, devido a tal produção, compromisso específico com abordagens que visam transformar tanto o conhecimento acerca do mundo em uma perspectiva objetiva, quanto o que se percebe de maneira prática a respeito da natureza de um sujeito.<sup>107</sup>

Percebe-se então ao menos um indício de compatibilidade entre as bases epistemológicas da vertente ortodoxa da teoria dos sistemas e da Teoria Crítica, que vai além do fato de serem duas matrizes teóricas preocupadas com descrição social, na medida em que esta também trata da necessidade de observações do observador — observações de ordem superior que, neste caso, partem mais especificamente do sistema da ciência, que opera mediante a distinção verdadeiro/falso<sup>108</sup> — para que as pretensões descritivas de sua proposta possam ser realizadas de maneira adequada.

Tendo alcançado proeminência principalmente por meio de autores vinculados ao Instituto para Pesquisa Social da Universidade de Frankfurt a partir da década de 1930 na Alemanha, convém, neste momento, delinear brevemente parte do histórico relevante do pensamento ocidental do início do século XX que propiciou a formação da Teoria Crítica com os contornos teóricos assumidos por seus afiliados.

### **3.1.1 Origens da Teoria Crítica: Carl Schmitt e os primórdios do marxismo ocidental em Korsch, Lukács e Gramsci**

Não obstante as desastrosas consequências políticas do pensamento

---

<sup>106</sup> THOMPSON, Michael. Introduction: what is critical theory? *In*: THOMPSON, Michael (ed.). **The Palgrave handbook of critical theory**. New York: Palgrave Macmillan, 2017. p. 1-14 (p. 1-2).

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>108</sup> LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Distrito Federal, México: Universidad Iberoamericana, 1996.

marcadamente conversador de Carl Schmitt do início do século XX, principalmente em relação ao desenvolvimento que deu à noção de soberania estatal<sup>109</sup> e às suas críticas tanto ao liberalismo político<sup>110</sup> quanto à Constituição de Weimar<sup>111</sup>, os temas e ideias de seu trabalho foram direta ou indiretamente recepcionados por autores progressistas de seu tempo — ou ao menos, pela relevância e abrangência dos temas, abordados de maneira semelhante mesmo sem indicação de contato com a obra de Schmitt.

Aqui estão incluídos intelectuais associados ao marxismo ocidental e posteriormente à Teoria Crítica (cuja parte considerável de representantes assume fundamentos marxistas em seus trabalhos), pois apesar da crítica schmittiana ao marxismo<sup>112</sup>, e de não compartilharem os mesmos valores ou objetivos políticos, é possível identificar significativos pontos de convergência entre essas propostas teóricas pelo fato de terem como alvos comuns o liberalismo e as instituições sociopolíticas contemporâneas que dele derivaram.

O primeiro tema em comum é a crítica ao positivismo jurídico, pois de forma semelhante a análises marxistas concernentes a questões legais em democracias parlamentares, Schmitt não acreditava na possibilidade de que o direito pudesse estar desvinculado a um âmbito de embate político-social e ser usado como um meio de exercício neutro de legitimidade política. O direito, ao contrário, seria sempre objeto de embate entre visões políticas conflitantes, de modo que nessa concepção não teria autonomia funcional (ou, em outros termos, operaria sempre em estado de corrupção sistêmica), além de perpetuamente ter de ser encarado como potencial instrumento de vontade política hegemônica, o que quase equivale a afirmar que a crença liberal e positivista na neutralidade do direito — em que o sistema teria alcançado fechamento operacional acompanhado de reduzidíssima abertura cognitiva — se trataria puramente de convicção ideológica.<sup>113</sup>

Em segundo lugar, conflui com radicais críticas de inclinação progressista

---

<sup>109</sup> Principalmente em SCHMITT, Carl. Teologia política. *In*: SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996. p. 81-130.

<sup>110</sup> Como, por exemplo, em SCHMITT, Carl. **The Leviathan in the state theory of Thomas Hobbes**. London: Greenwood Press, 1996. Capítulo VI; e idem, **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 130-133.

<sup>111</sup> Idem, **Constitutional theory**. Durham: Duke University Press, 2008. § 16.

<sup>112</sup> SCHMITT, Carl. A situação intelectual do sistema parlamentar atual. *In*: SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996. p. 1-80 (p. 49 e seguintes).

<sup>113</sup> THORNHILL, Chris. Carl Schmitt and early western Marxism. *In*: SCHRIFT, Alan. **The history of continental philosophy**, volume 5: critical theory to structuralism: philosophy, politics, and the human sciences. Chicago: University of Chicago Press, 2010. p. 19-45 (p. 31).

quanto à impropriedade da concessão indiscriminada de consideração igualitária a todos os agentes políticos e econômicos, visto que sempre haveria grande chance de que, em um ambiente de coexistência imparcial, os grupos mais economicamente poderosos se aproveitassem da estrutura parlamentar e jurídica como meios de fortalecer seu domínio social, ao qual até mesmo o aparato estatal estaria submetido.<sup>114</sup>

A crítica às mazelas políticas capitalistas em uma sociedade democrática e liberal é ainda mais feroz quando se refere ao capitalismo tardio, pois este inevitavelmente permitiria que agentes privados, beneficiados pela proteção jurídica axiologicamente neutra, se utilizassem de seu poder econômico fora do parlamento para consolidar sua prevalência social tanto na economia quanto na política. Assim, borrariam as fronteiras entre os dois âmbitos, ao mesmo tempo erodindo a soberania do Estado, a quem apenas restaria a opção de obter suporte precário a partir de concessões para ele desvantajosas a atores sociais particularmente influentes.<sup>115</sup>

Por fim, em linha com posições políticas voluntaristas defendidas por teóricos marxistas, Schmitt argumentava que concepções ideológicas baseadas em crenças dualistas, metafísicas e politicamente esvaziadas (que predominaram durante o século XIX) comprometiam a elas mesmas, tanto por não captarem que o exame da sociedade não poderia ser realizado adequadamente por meio do pensamento dual que separa a esfera política de outros âmbitos sociais analisados, quanto por não compreenderem que em sociedades modernas todos os órgãos políticos estão envolvidos em confronto incessante pelo controle monopolizado do poder político, de forma que a dimensão política não deveria ter sua importância esvaziada.<sup>116</sup>

Neste sentido, as crenças na necessidade de que os órgãos políticos se legitimem por intermédio de um ato fundamental de exercício de vontade, de que reconheçam qualquer ato social como dotado de relevância política, e de que o estabelecimento do poder político exige um bloco político integral foram particularmente úteis para voluntaristas progressistas, pois estavam ligados fundamentalmente a noções como mobilização em massa, solidariedade uniforme, e

---

<sup>114</sup> THORNHILL, Chris. Carl Schmitt and early western Marxism. In: SCHRIFT, Alan. **The history of continental philosophy**, volume 5: critical theory to structuralism: philosophy, politics, and the human sciences. Chicago: University of Chicago Press, 2010. p. 19-45 (p. 31-32).

<sup>115</sup> Ibidem, p. 31-32.

<sup>116</sup> Ibidem, p. 32.

ceticismo ao pluralismo e ao Estado de Direito.<sup>117</sup>

Enquanto as exposições dos temas acima gozaram de nítida popularidade até mesmo entre críticos radicais marxistas, detentores de posições políticas claramente antagônicas às suas, o desenvolvimento intelectual pelo qual Schmitt provavelmente é mais famoso — sem ter sido, entretanto, tão amplamente bem recebido por seus opositores políticos —, é o dado ao conceito de soberania.

Inicialmente, como pano de fundo, o autor parte da concepção de que as premissas do sistema político liberal seriam meramente metafísicas, pois seu projeto dependeria de maneira vital do pressuposto (equivocado) de que o maior progresso e harmonia social possíveis são resultado da coexistência humana livre.<sup>118</sup> Dentro do campo político, antagonicamente a esta ideia, sustenta que um Estado partidário democrático-parlamentarista que depende das maiorias de grande número de partidos diferentes entre si — uma maioria, portanto, formada por coligações — é “um instável Estado partidário de coalizão”, que devido à série de diferentes compromissos aos quais precisa se vincular, acaba se tornando incapaz de governar, pois um governo adequado só é possível por meio de decisão política que estabeleça de maneira definitiva a base comum da unidade estatal.<sup>119</sup>

Buscando definir com o que a política essencialmente lida para poder guiar suas decisões de maneira própria a diferenciar este campo de quaisquer outros, Schmitt chega ao que caracterizou como a distinção fundamental à qual a atividade política estaria reduzida, a entre amigo e inimigo — não muito diferente da distinção principal que a teoria dos sistemas atribui ao sistema político, governo/oposição<sup>120</sup> —, que denotaria o maior grau politicamente concebível de intensidade entre unidade ou separação. O inimigo político seria o estranho, e para que seja qualificado desta forma basta ser visto como diferente a ponto de, em casos extremos, ser possível entrar em conflito com ele, situação que só seria reconhecível pelos próprios participantes da disputa política, pois somente estes estariam em circunstância propícia para analisar se um pretende negar a forma de vida do outro, de modo que o outro precisaria ser combatido para preservar a existência do um. A

<sup>117</sup> THORNHILL, Chris. Carl Schmitt and early western Marxism. In: SCHRIFT, Alan. **The history of continental philosophy**, volume 5: critical theory to structuralism: philosophy, politics, and the human sciences. Chicago: University of Chicago Press, 2010. p. 19-45 (p. 32).

<sup>118</sup> SCHMITT, Carl. A situação intelectual do sistema parlamentar atual. In: SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996. p. 1-80 (p. 35).

<sup>119</sup> Idem, **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 129-132.

<sup>120</sup> LUHMANN, Niklas. **Die Politik der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.

sobrevivência do Estado, então, passaria necessariamente pela decisão política que distingue amigo e inimigo.<sup>121</sup>

Esta distinção é especialmente relevante quando, como Schmitt, se parte dos pressupostos de que o conflito é uma possibilidade sempre presente nas sociedades humanas; de que o conceito de inimigo está permanentemente vinculado ao de combate; e de que disputas internas ao âmbito do Estado levam ao enfraquecimento de sua identidade,<sup>122</sup> o que severamente comprometeria suas possibilidades de continuidade por tempo indefinido.

Como a definição básica de soberania assumida pelo autor parte da constatação de que sempre será necessário fazer exceções à regra geral a depender de situações concretas, de modo que o soberano é a quem cabe decidir o que é uma exceção e o que deverá ser feito em relação a ela,<sup>123</sup> tal competência caberia unicamente ao representante eleito do povo, o presidente do Reich. Trata-se de figura posta em posição de centralidade pela Constituição de Weimar, especialmente por conta de seu art. 48, que enumera hipóteses em que o presidente pode promulgar decretos substitutivos de leis em que determina medidas para exigir dos estados alemães o cumprimento da constituição e leis do Reich, ou para resguardar a segurança e ordem pública, podendo se utilizar de força armada para tanto.<sup>124</sup>

Uma clara demonstração da influência do trabalho de Schmitt em autores progressistas pode ser percebida pelas resenhas elogiosas de seus livros *Der Begriff des Politischen* (O conceito do político, em português) e *Der Hüter der Verfassung* (O guardião da constituição, em português) realizadas respectivamente por Hans Speier e por Karl Korsch, que estão presentes no primeiro volume da *Zeitschrift für Sozialforschung* (em tradução livre: revista de pesquisa social; a revista do Instituto para Pesquisa Social da Universidade de Frankfurt).<sup>125</sup> Concordando com a avaliação negativa dirigida ao liberalismo em *O conceito do político*, Speier chega a declarar que o tratamento dado à questão provém da melhor tradição

---

<sup>121</sup> SCHMITT, Carl. **O conceito do político/Teoria do partisan**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 27-31.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>123</sup> Idem, A situação intelectual do sistema parlamentar atual. In: SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996. p. 1-80 (p. 41).

<sup>124</sup> Idem, **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.167 e seguintes.

<sup>125</sup> SPEIER, Hans. Schmitt, Carl, *Der Begriff des Politischen*. **Zeitschrift für Sozialforschung**, Leipzig, v. 1, p. 203-204, 1932; KORSCH, Karl. Schmitt, Carl, *Der Hüter der Verfassung*. **Zeitschrift für Sozialforschung**, Leipzig, v. 1, p. 204-205, 1932.

sociológica, da qual fazem parte Saint-Simon, Comte e Marx, mesmo após ter afirmado que Schmitt não leva em conta a possibilidade de análises de natureza sociológica em seu trabalho.<sup>126</sup>

Da parte de Korsch, os elogios a *O guardião da constituição* destacavam na obra primariamente os elementos que convergiam com a crítica progressista ao liberalismo, que, sucintamente, alega que o parlamentarismo pluralista transforma o espaço das forças sociais organizadas em um mercado de troca de poder social — como se a atuação política, realizada pelo *medium* do poder, ao assumir tendências liberais passasse a ser capaz de influenciar preponderantemente todos os outros sistemas sociais, desdiferenciando-os. A despeito disso, Korsch não deixou de tecer críticas em relação às deficiências de sua abordagem em relação às classes sociais e às contradições da base econômica de produção do Estado burguês, assim como à acrítica análise na qual o totalitarismo fascista figurava como a solução do problema, espelhando a própria acriticidade característica da reprovada cultura liberal-burguesa,<sup>127</sup> o que não é surpreendente tendo em conta a natureza política do trabalho de Schmitt após 1933.

Este mesmo Karl Korsch foi um dos responsáveis, assim como György Lukács e Antonio Gramsci — todos contemporâneos de Carl Schmitt —, pela construção da base teórica imediatamente precursora à Teoria Crítica, denominada de marxismo ocidental pelo fato de seus representantes serem autores partidários da doutrina marxista provindos de países a oeste da União Soviética, e que se contrapunham à doutrina marxista ortodoxa pregada naquele país.<sup>128</sup>

Descontente com as ideias deterministas do marxismo ortodoxo, Korsch defende a necessidade de impulsos ético-subjetivistas para que a atividade política com pretensões radicais possa ser realmente efetiva. Para tanto, argumenta ser necessário criar condições adequadas à revolução mediante transformação das condições sociopsicológicas da classe trabalhadora e propiciar capacidade de reflexão e compreensão crítica do sistema do qual fazem parte, valorizando o subjetivismo de modo a transferir para a consciência dos atores sociais a

---

<sup>126</sup> SPEIER, Hans. Schmitt, Carl, Der Begriff des Politischen. **Zeitschrift für Sozialforschung**, Leipzig, v. 1, p. 203-204, 1932.

<sup>127</sup> KORSCH, Karl. Schmitt, Carl, Der Hüter der Verfassung. **Zeitschrift für Sozialforschung**, Leipzig, v. 1, p. 204-205, 1932 (p. 205).

<sup>128</sup> THOMPSON, Michael. Introduction: what is critical theory? In: THOMPSON, Michael (ed.). **The Palgrave handbook of critical theory**. New York: Palgrave Macmillan, 2017. p. 1-14 (p. 3).

responsabilidade pelas mudanças estruturais desejadas na sociedade.<sup>129</sup>

Para tanto, seria indispensável reformular de forma crítica a questão acerca do vínculo entre a revolução do proletariado e a ideologia, devendo-se entender aqui a crítica não em um sentido idealista, mas sim materialista, conduzindo-a, do ponto de vista do objeto da análise, por meio de investigação empírica com precisão científica quanto a suas relações e seu próprio desenvolvimento, e do ponto de vista dos sujeitos analisados, mediante relato acerca de como suas demandas individuais poderiam ser convertidas em potência que leva a uma prática revolucionária.<sup>130</sup>

Em pensamento similar ao de Korsch, Lukács também tratou de questões acerca deste componente ético-subjetivo ao versar sobre o que constituiria a ação política correta, que estaria vinculada à precisa assimilação da sua correspondente situação histórico-filosófica. As possibilidades de engajamento crítico com o mundo social dependeriam da capacidade de um agente racional de captar de maneira dialética a estrutura essencial do mundo, e a ausência de crítica radical e atividade revolucionária poderia, portanto, ser explicada pelo impedimento do sujeito de compreender um objeto por meio da razão.<sup>131</sup> Nota-se aqui o quanto mesmo uma perspectiva emancipatória direcionada predominantemente a informar a ação subjetiva pode ser auxiliada, ao menos no plano teórico, por uma construção altamente abstrata em que o indivíduo não ocupa papel de destaque como o é a teoria dos sistemas de Luhmann, dado que esta visa aperfeiçoar a precisão das observações pelas quais se compreende o mundo social.

O impedimento racional a que se refere acima surgiria devido ao que Lukács chamou de “reificação” (*Verdinglichung*, “coisificação”), uma forma de alienação que torna a consciência submissa, manifestando-se como resultado de processo em que a forma capitalista de produção social de mercadorias é naturalizada, gerando a percepção de que os produtos da humanidade são simplesmente objetos estranhos a quem os produziu, no sentido de fazerem parte de uma realidade externa ao homem e independente dele. A extrapolação deste efeito reificador típico de instituições liberal-burguesas faz com que a desconexão entre o sujeito e sua realidade seja encarada por ele de forma natural, tornando-o mero espectador de si

---

<sup>129</sup> THOMPSON, Michael. Introduction: what is critical theory? *In*: THOMPSON, Michael (ed.). **The Palgrave handbook of critical theory**. New York: Palgrave Macmillan, 2017. p. 1-14 (p. 4).

<sup>130</sup> KORSCH, Karl. **Marxismo e filosofia**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008. p. 46 e seguintes; idem. **Three essays on Marxism**. New York: Monthly Review Press, 1971. p. 65;

<sup>131</sup> THOMPSON, Michael, op. cit., p. 4.

mesmo e atrofiando os processos mentais do alvo primário da reificação capitalista, a classe trabalhadora, o que por sua vez inviabilizaria que o proletariado tomasse parte em sua própria emancipação.<sup>132</sup>

Não obstante a grande disparidade entre Schmitt e Lukács em relação a suas inclinações políticas, é possível encontrar pontos de concordância entre os dois em seus desenvolvimentos teóricos, a começar pela crítica à burguesia liberal, que foi explorada por Lukács de maneira semelhante. Para este autor, por conta das antinomias do pensamento da burguesia — que irracionalmente proporia o racionalismo como princípio absoluto alegando-o capaz de conhecer a totalidade do ser, quando em verdade só estaria capaz de produzir explicações parciais —, ela não estaria capacitada a compreender adequadamente os fenômenos sociais sobre os quais com frequência estava intelectualmente debruçada, disto resultando ausência de legitimidade para ocupar a posição de classe dominante ordenadora.<sup>133</sup>

Similarmente a Schmitt, Lukács alega a importância da homogeneidade no ordenamento do corpo social, pois a rivalidade entre diferentes modos de produção, em regra, ocasiona medidas violentas e extraeconômicas nos períodos em que disputam por domínio. Deste antagonismo surge como referência para o resto da sociedade o sistema de produção que superar seus concorrentes — superioridade essa que não necessariamente está vinculada à maior capacidade técnica de produção —, do que decorre mais violência imposta por determinações voltadas a estabilizar sua dominância, particularmente em circunstâncias em que há ausência de plena uniformidade social. Partindo do pressuposto de que a estrutura econômica corresponderia à ordem social de maior importância, o sistema dominante de produção teria a possibilidade de alastrar suas marcas distintivas para os outros subsistemas, transformando a estrutura societal como um todo de acordo com suas necessidades.<sup>134</sup>

Gramsci, semelhantemente a seus contemporâneos, também trata de questões ligadas à coesão social e contradições internas à estrutura estatal, abordando o tema de modo relevante por meio da noção de relações de força sociais, distinguindo variados momentos e graus em que se desenrolariam. Dentre estas, há aqui que se destacar a análise conferida à relação de forças políticas, em

---

<sup>132</sup> LUKÁCS, György. **História e consciência de classe**: estudos sobre a dialética marxista. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 193 e seguintes.

<sup>133</sup> Ibidem, p. 240 e seguintes.

<sup>134</sup> Ibidem, p. 442 e seguintes.



que se avaliariam os níveis de homogeneidade, autoconsciência e organização atingidos por grupos sociais, e que em seu estágio mais desenvolvido permitiriam que a influência dessas associações transcendesse seus próprios limites corporativos, de modo a fazer com que seus interesses passassem a ser igualmente os interesses de grupos a elas subordinados.<sup>135</sup>

Seria nesta etapa que as ideologias coletivas se manifestariam na condição de partido, disputando entre si o domínio social, por meio do qual estariam na posição de se disseminarem pela sociedade, determinando de forma totalizante questões relativas à economia, política, moralidade e intelectualidade. Neste processo de universalização ideológica se estabelece a hegemonia multivariada de um grupo social em relação a outros, em que o Estado passa a ser encarado como um meio próprio deste grupo para realizar sua expansão máxima. Assim, a vida estatal torna-se um jogo de equilíbrio entre os interesses da coletividade dominante e os de seus subordinados, em que as forças nacionais seriam empregadas tendo como objetivo a coordenação desses interesses subalternos de maneira a confluírem com os hegemônicos, para que assim prevalecessem por tempo indefinido com a maior extensão possível.<sup>136</sup>

Seguindo linha parecida à dos autores cima, Gramsci participa da oposição ao que classifica como antinomias do pensamento liberal-burguês, tendo como um de seus focos a crítica ao economicismo prevalente na teoria marxista ortodoxa, uma corrente crítica em que o movimento do sindicalismo teórico figuraria como um de seus principais representantes.

Em sua avaliação, este pensamento deriva diretamente do liberalismo, visto que é originário da doutrina econômica do livre-câmbio e não de uma concepção ideológica que preza por voluntarismo social. O movimento livre-cambista (também denominado de economicista) prega que a sociedade civil está separada do Estado, e que pelo fato da atividade econômica se desenvolver no âmbito da sociedade civil, não caberia ao Estado qualquer tipo de regulamentação, tendo o sindicalismo teórico sua origem justamente na concepção de que a classe operária é subalterna à burguesia por conta desta separação, pois estaria impedida de se tornar dominante graças à concentração de poder viabilizada por este desmembramento que o

---

<sup>135</sup> GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**, v. 3. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p. 41

<sup>136</sup> Ibidem, p. 41-42.

economicismo descreve como necessário.<sup>137</sup>

O equívoco nesta análise estaria em uma de suas premissas, pois a conjectura de que a separação entre Estado e sociedade civil não tem natureza meramente metodológica, mas sim orgânica, não mais se sustenta quando se compreende o ponto de vista de que a doutrina liberalista depende de posição estatal correspondente. Isto porque depende da incorporação e manutenção de seus mandamentos por meio de atos legislativos e governamentais, constituindo verdadeiro projeto político-econômico, dado que mesmo numa variante que prega contra a existência de qualquer espécie de intervenção política na economia, haveria ao menos ação estatal negativa, que apesar de negativa ainda é classificável como ação estatal consciente voltada a fins políticos.<sup>138</sup>

Embora Gramsci também seja adepto do voluntarismo sociopolítico (tendo sido inspirado pelo sindicalismo de Georges Sorel), nota-se claramente a diferença relativamente a Schmitt no tratamento da questão da soberania por conta de suas raízes marxistas. Pretendendo atualizar Maquiavel para a modernidade, afirma que a mitologia associada à figura do príncipe idealizado não deve mais corresponder a um líder concreto que o personifique, que tem como objetivo a criação e organização da vontade coletiva de um povo, mas sim a um organismo social que represente a vontade já manifestada pela população.<sup>139</sup>

Sendo este organismo o partido político, caberia a ele — e não ao presidente do Reich, mesmo sendo este o representante eleito, como pretendia Schmitt — assumir a responsabilidade de gerenciar o desenvolvimento da volição popular para que seja universalizada. Isto porque a encarnação mítica da soberania em um único indivíduo só se justificaria em face de grave e iminente perigo, situação que mais facilmente desperta o fanatismo e atrapalha o necessário emprego de senso crítico diante do carisma do governante, o que faz com que a opção pelo governo de um partido político seja a mais apropriada para a organização da vontade coletiva orientada em direção a metas concretas e racionais.<sup>140</sup>

Direta ou indiretamente, os temas trabalhados por Schmitt influenciaram de maneira preponderante o cenário da ciência política do início do século XX na

---

<sup>137</sup> GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**, v. 3. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p. 46-48.

<sup>138</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>139</sup> Ibidem, p. 13 e seguintes.

<sup>140</sup> Ibidem, p. 16.

Europa, especialmente pela difundida aprovação, nos dois extremos do espectro político, de sua crítica à neutralidade sociopolítica de caráter metafísico do liberalismo, do papel da política como campo sobrejacente das interações sociais, e da função do poder soberano como agente de preservação da unidade social em face de concepções ideológicas contrárias. A abrangência e impacto de sua obra foram tamanhos ao ponto de fazer com que ele, considerado o principal jurista do Terceiro Reich, surpreendentemente figure como personagem cujas contribuições intelectuais foram, positiva e negativamente, indispensáveis à formação da Teoria Crítica ao servirem como pano de fundo temático para os debates da época.

### 3.1.2 A primeira geração da Teoria Crítica

A partir de 1930, ano em que Max Horkheimer assume a direção do Instituto para Pesquisa Social da Universidade de Frankfurt, começa a ser posto em prática plano para a condução de uma maneira até então inovadora de investigação sociológica, denominada de “teoria crítica” da sociedade devido à contraposição ao que se considerou como a “teoria tradicional”.

De acordo com Horkheimer, a ideia tradicional de teoria corresponde à atividade de um estudioso realizada no mesmo âmbito de todas as outras atividades sociais, sem demonstrar, entretanto, clara conexão com elas, fazendo com que não possam se manifestar nem a real função da ciência, nem o significado de teoria para os seres humanos.<sup>141</sup> Uma das consequências dessa abordagem para o sistema da ciência é o decréscimo de responsividade societal de suas operações devido a insuficiente abertura cognitiva sistêmica, prejudicando sua capacidade de reduzir complexidade social. Para a teoria tradicional, tanto a origem de fatos objetivos concretos, quanto a utilidade prática dos sistemas conceituais pelos quais os fatos são assimilados, assim como a posição desses sistemas dentro da práxis são tidas como externas ao próprio pensamento teórico, que deve ignorar as contradições que resultam da alienante separação promovida, por exemplo, entre valor e pesquisa, ou conhecimento e prática, para que possa proteger o estudioso dos contrassensos

---

<sup>141</sup> HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. In: BENJAMIN, Walter; HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W.; HABERMAS, Jürgen. **Textos escolhidos**. São Paulo: Abril Cultural, 1975. p. 125-162 (p. 131).

naturalmente produzidos por este tipo de atividade.<sup>142</sup>

De modo diverso, uma teoria crítica da sociedade está necessariamente tomada pela preocupação por condições razoáveis de vida.<sup>143</sup> Porém, e aqui reafirmando, *mutatis mutandis*, a compatibilidade de sua perspectiva com a da teoria sistêmica, o objetivo deste outro tipo de atividade não é simplesmente a mitigação de abusos, pois a teoria crítica é produto de um comportamento humano crítico (tido como tal no sentido da crítica dialética) que determina a própria sociedade como seu objeto, tendo interesse em observá-la como estrutura organizada à qual os fenômenos sociais — gênero ao qual pertencem, entre outras coisas, os referidos abusos — se conectam, o que vale inclusive para as próprias categorias analíticas usadas nesta análise, que por sua vez também devem ser submetidas a exame por estarem interligadas à referida estrutura societal.<sup>144</sup>

Enquanto no pensamento tradicional um indivíduo considera a realidade social como externa a ele mesmo ao assumir o papel de cientista, mas ao assumir o papel de cidadão participa ativamente dela sem pensar nessas duas esferas como intrínsecas uma à outra devido à interconexão que ocorre no âmbito do sistema da sociedade, na teoria crítica o pensamento é motivado justamente pelo esforço em superar os efeitos desta cisão. Porém, antes da harmonização entre espontaneidade, racionalidade e propósito individual que se dá por meio da crítica, o ser humano estaria fadado a permanecer em conflito consigo mesmo. Ademais, faz-se necessário notar aqui que o pensamento crítico não é uma função associada a um ser humano isolado ou a uma totalidade de indivíduos, mas sim a um indivíduo concreto considerado em relação a outros indivíduos, grupos, classes, e, em última instância, como pertencente a uma rede de relações com toda a sociedade e natureza.<sup>145</sup>

Embora a oposição crítica à teoria tradicional exista mais por conta da diferença entre os modelos normativos de sujeito que promovem do que da diferença entre seus objetos de análise,<sup>146</sup> há uma nítida diferença entre as duas no campo objetivo. Como na concepção tradicional se pratica rigorosa separação entre

---

<sup>142</sup> HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. In: BENJAMIN, Walter; HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W.; HABERMAS, Jürgen. **Textos escolhidos**. São Paulo: Abril Cultural, 1975. p. 125-162 (p. 139).

<sup>143</sup> Ibidem, p. 132.

<sup>144</sup> Ibidem, p. 138.

<sup>145</sup> Ibidem, p. 140.

<sup>146</sup> Ibidem, p. 139.

sujeito e objeto, este em grau nenhum é afetado pela teoria em que figura, e mesmo que reste demonstrado que o evento objetivo foi influenciado por intervenção humana, para a ciência isto seria apenas mais um fato, pois a ocorrência objetiva aconteceria independentemente da teoria que a descreve, do que resulta que o observador não tem capacidade de alterar em nada o objeto que observa.<sup>147</sup>

De outro lado, a atitude crítica faz parte de um projeto de desenvolvimento prático e ativo da sociedade, e ao, por exemplo, delinear o transcurso da história humana como o produto necessário de um mecanismo econômico, simultaneamente protesta contra tal estado de coisas — protesto este desencadeado pela própria ordem que denuncia — e enaltece a concepção ideal de autodeterminação da raça humana, ideia em que as ações humanas não mais derivariam de um mecanismo autonomizado, mas sim de suas próprias vontades. Nesse caso, tendo em vista a necessidade de executar a transformação social desejada, a decisão acerca de que eventos passados serão considerados relevantes demonstra um exemplo do padrão de como esse ideário afeta seu objeto, por meio do qual a crítica e resistência a uma ordem existente se dão mediante contornos estabelecidos pela própria teoria que se responsabiliza por tal encargo,<sup>148</sup> ou, em outras palavras, são realizadas de maneira seletiva com o objetivo de alcançar recursividade autorreferente.

A meta a ser alcançada com o emprego desta estrutura crítica de pensamento é um estado de coisas em que não haja exploração ou opressão, no qual a condição central de sujeito é ocupada por uma humanidade agora autoconsciente, e em que é possível conceber um tipo de pensamento que transcende a individualidade. Para assegurar suas chances históricas de sucesso é necessário transmitir este legado da teoria crítica da maneira mais precisa possível, mas essa transmissão não ocorre por meio de práticas rigidamente pré-estabelecidas, e sim pelo compromisso com transformação social, uma preocupação que sempre retornará através da produção de injustiças, e que deve ser guiada pela teoria ao mesmo tempo em que

---

<sup>147</sup> HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. In: BENJAMIN, Walter; HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W.; HABERMAS, Jürgen. **Textos escolhidos**. São Paulo: Abril Cultural, 1975. p. 125-162 (p. 153). Por conta de sua anterioridade histórica, esse enunciado logicamente não leva em conta os desenvolvimentos da física quântica em relação ao efeito do observador, que relatam que a observação de um fenômeno por meio de um sistema (como um detector de movimentação de elétrons) afeta o comportamento das partículas observadas. Nesse sentido, poder-se-ia argumentar que as observações realizadas por um sistema social são capazes de afetar o fenômeno observado na medida em que justamente a capacidade de observá-lo é o que possibilita a produção do sentido específico que decorre do processamento de uma comunicação pelo sistema.

<sup>148</sup> Ibidem, p. 153.

reflexivamente reage aos próprios esforços intelectuais na busca pela abolição da injusta desigualdade.<sup>149</sup>

Esta concepção de teoria crítica serviu de fundamento para a inauguração de um arcabouço de pesquisa social preocupado com o problema da conexão entre a atividade econômica, o desenvolvimento psicológico dos indivíduos e as mudanças na esfera cultural da sociedade, que mediante o uso conjunto de categorias sociológicas, pensamento crítico e investigação psicanalítica seria levada a cabo pelos membros do Instituto para Pesquisa Social da Universidade de Frankfurt,<sup>150</sup> e eventualmente também outros teóricos periféricamente associados ao instituto ou a seus membros, com o objetivo de estabelecer o plano conceitual necessário à prática transformativa da sociedade.

Parceiro de longa data de Horkheimer, Theodor Adorno também demonstrou preocupações semelhantes às dele em suas primeiras incursões intelectuais na Teoria Crítica, mas com enfoques suficientemente distintos. Alarmado com o avanço de investidas por parte da ciência em grau nunca antes visto contra estudos de natureza eminentemente filosófica, Adorno prenuncia, em sua aula inaugural no departamento de filosofia da Universidade de Frankfurt, o fim de toda filosofia que dependa de verdades universais e não de condições sociais e intelectuais de sua época,<sup>151</sup> em um movimento que parece espelhar, no âmbito filosófico, a distinção entre teoria tradicional e teoria crítica, assim como aparenta também assumir a contingência da produção de sentido na sociedade moderna, caracterizada pela alta complexidade de suas estruturas.

Os resultados de uma tentativa de exposição dos problemas da filosofia pela ciência, porém, teriam a chance de ser positivos, visto que poderiam culminar em uma espécie de purificação de suas pretensões de cientificidade. Com isto não se pretende estimular cisão total das conexões entre ciência e filosofia, já que esta depende da intermediação das variadas disciplinas científicas para que sua compreensão das dimensões de concretude e materialidade de problemas não fique prejudicada, mas sim remover obstruções à potencialidade do pensamento

---

<sup>149</sup> HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. In: BENJAMIN, Walter; HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W.; HABERMAS, Jürgen. **Textos escolhidos**. São Paulo: Abril Cultural, 1975. p. 125-162 (p. 161-162).

<sup>150</sup> Idem, A presente situação da filosofia social e as tarefas de um instituto de pesquisas sociais. **Praga, Estudos Marxistas**, n. 7, p. 121-132, mar. 1999 (p. 130).

<sup>151</sup> ADORNO, Theodor W. The actuality of philosophy. **Telos**, Candor, v. 31, p. 120-133, Mar. 1977 (p. 124). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.3817/0377031120>. Acesso em: 5 mar. 2019.

filosófico,<sup>152</sup> que estaria limitado por restrições epistemológicas ligadas à falsa necessidade de que produção de conhecimento exige o mesmo tipo de certeza do conhecimento científico, caso contrário restaria inválida.

Para Adorno, a diferença principal entre ciência e filosofia não está na suposta discrepância entre as duas quanto ao conteúdo em que se concentram, nem no nível de generalidade das proposições, ou mesmo no grau de abstração das categorias com as quais operam, mas sim no tratamento dado a suas descobertas e conclusões. Enquanto a ciência tenderia a conceder caráter cada vez mais estático e resistente ao conhecimento produzido que resistiu a provas sucessivamente mais rigorosas (beirando, em casos extremos, indestrutibilidade e total inércia), a filosofia encara uma conclusão preliminar como um sinal que precisa ser decifrado. Nesta relação, se a pesquisa fosse a representante máxima da ciência, a da filosofia seria a interpretação, pelo meio da qual paradoxalmente defenderia pretensões de veracidade sem ao menos ser capaz de garantir ausência de dubiedade interpretativa.<sup>153</sup>

A tarefa da filosofia, portanto, não seria a de desbravar os territórios ainda não explorados da realidade, mas sim a de interpretação da realidade acidental, em que por meio da justaposição de elementos individuais esparsos seria possível construir uma imagem capaz de neutralizar questões a serem postuladas pela ciência. Desta maneira se percebe a correlação entre a interpretação no sentido exposto e o materialismo filosófico, aqui considerado como o tipo de pensamento que mais fortemente rejeitaria a intencionalidade em seu projeto de iluminar a existência pela análise conjunta de elementos que, excluída a especificidade da atuação dessa abordagem, seriam tradicionalmente considerados de maneira isolada.<sup>154</sup>

Por meio deste procedimento seria possível, por exemplo, agrupar os elementos de uma análise sociológica de tal maneira a conceber a forma mercadoria, uma figura que apesar de poder ser produzida, certamente não se pode dizer que espontaneamente exista de maneira orgânica. Essa mera formulação provavelmente não resolveria os problemas que surgiriam da forma mercadoria em si — nem mesmo no sentido de que assim se revelariam as condições sociais nas

---

<sup>152</sup> ADORNO, Theodor W. The actuality of philosophy. **Telos**, Candor, v. 31, p. 120-133, Mar. 1977 (p. 125-126). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.3817/0377031120>. Acesso em: 5 mar. 2019.

<sup>153</sup> Ibidem, p. 126.

<sup>154</sup> Ibidem, p. 127.

quais o problema surgiu —, visto que a natureza de algo, em princípio, não tem estrita relação com as condições das quais se originou. Contudo, presume-se que o posterior desenvolvimento suficiente da noção de forma mercadoria teria o condão de eliminar as dificuldades a ela relacionadas, já que a composição abrangente da imagem em que os problemas estão inseridos agiria como uma fonte de luz à investigação, mostrando uma realidade em que os aspectos previamente ocultos estariam agora finalmente manifestos.<sup>155</sup>

Ainda que o próprio Adorno admita a impossibilidade de se concretizar um programa filosófico de tal tipo, faz questão de formular recomendações que poderiam ajudar na tarefa de realizá-lo. A filosofia deve se concentrar na radical crítica do pensamento filosófico reinante, um de seus encargos mais significativos, sem se preocupar com a censura de que isto se trataria apenas de negatividade infrutífera. Caso a hipótese de que a interpretação filosófica só prospera na forma de pensamento dialético esteja correta, seria estritamente necessário que se assumisse comportamento perenemente antitético quanto às situações em que seria mais urgente deslocar problemas do que trazer novas respostas a eles. Aqui a observação sociológica desempenharia papel fundamental, pois a comunicação dialética da filosofia dependeria da capacidade da sociologia de realçar a ordinariamente imperceptível existência de elementos não intencionais que, mesmo sendo de difícil acesso e tendo natureza acidental, ainda estão vinculados preponderantemente à esfera filosófica.<sup>156</sup>

Naturalmente, o uso adequado da sociologia por parte da filosofia tem certas limitações, pois se o objetivo da interpretação filosófica é contribuir para que a realidade seja desvendada, há que se pensar em categorias apropriadamente desenvolvidas para essa função. Sem manejo crítico do arcabouço sociológico há risco de emprego de elementos que não conseguem se interconectar e formar a imagem abrangente necessária, por exemplo, com a utilização de um conceito de classe em que as descrições de grupos sociais não se sobrepõem organicamente, mesmo que seja possível verificar empiricamente que tal organicidade ocorre na sociedade. A mesma coisa ocorre com o relevante conceito de ideologia, que pode ser definido simplesmente como o arranjo do conteúdo da consciência de uma

---

<sup>155</sup> ADORNO, Theodor W. The actuality of philosophy. **Telos**, Candor, v. 31, p. 120-133, Mar. 1977 (p. 128). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.3817/0377031120>. Acesso em: 5 mar. 2019.

<sup>156</sup> Ibidem, p. 129-130.



coletividade particular, o que impediria a decisiva avaliação acerca da natureza apofântica do conteúdo em questão.<sup>157</sup>

Por fim, a filosofia deve tratar seu substrato conceitual privilegiando a construção e disposição dele em arranjos grupais e experimentais que se interligam em forma de constelações, pois os materiais que o formam não surgem de uma entidade transcendente, mas sim, diversamente, devem ser produzidos por seres humanos e legitimados exclusivamente mediante o fato de que a realidade parece se concretizar ao redor deles de maneira conclusiva. Apesar de parecerem existências objetivas, tais materiais são apenas instrumentos da razão humana, modelos pelos quais a razão, ao examiná-los e testá-los, consegue se aproximar de uma realidade que não se submete a leis gerais, mas que mesmo assim, mediante tais instrumentos, consegue imitar seus padrões recorrentemente e de maneira fidedigna, desde que os padrões tenham sido corretamente internalizados.<sup>158</sup>

Durante o período em que foi diretor do Instituto para Pesquisa Social, Horkheimer colocou no centro do projeto da Teoria Crítica a análise e crítica da razão instrumental, um desígnio que com o tempo culminaria na crítica da própria razão. Todos os trabalhos de Horkheimer durante os anos 30 foram planejados como parte de um plano que o levaria a escrever um livro sobre dialética e lógica dialética, para o qual contou com a ajuda de Adorno,<sup>159</sup> e que viria a ser considerado como o texto principal da primeira geração da Teoria Crítica, intitulado *Dialética do Esclarecimento*,<sup>160</sup> cujo tema principal é justamente a crítica à razão instrumental que é derivada do pensamento iluminista que constitui o paradigma da racionalidade da era moderna, e cujo uso extremado e alienante propiciou a origem do nazismo, instruindo a barbaridade de seu *modus operandi* eminentemente racionalista.

Logo em sua primeira página o livro começa com a afirmação de que se, com o Iluminismo, o moderno emprego da razão teve como pressuposto a possibilidade de emancipar a humanidade, livrando os seres humanos do medo e os colocando na posição de mestres da natureza, o que restava após o esclarecimento era uma “calamidade triunfal”. O primeiro capítulo do livro se dedica a mostrar como o

---

<sup>157</sup> ADORNO, Theodor W. The actuality of philosophy. **Telos**, Candor, v. 31, p. 120-133, Mar. 1977 (p. 130-131). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.3817/0377031120>. Acesso em: 5 mar. 2019.

<sup>158</sup> Ibidem, p. 131.

<sup>159</sup> WIGGERSHAUS, Rudolf. **A Escola de Frankfurt: história, desenvolvimento teórico, significação política**. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. p. 206.

<sup>160</sup> HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985.

raciocínio iluminista, mesmo com a pretensão de superar a visão de mundo que se funda em mitos, é apenas a derivação de um mito que acaba revertendo novamente para sua forma mitológica, já que tanto o Iluminismo quanto a mitologia compartilham pavor da natureza, pavor esse que alcançou tamanha proeminência no pensamento iluminista que fez com que assumisse perspectivas totalizantes em relação ao que estaria dentro de sua esfera de controle.<sup>161</sup>

O tema de dominação da natureza reaparece no livro em posição de destaque no excuro que trata da Odisseia, onde há uma tentativa de remontar à Antiguidade as origens do ideário da ilustração, quando a racionalidade foi desenvolvida como uma maneira de vencer o mundo natural, representada principalmente por meio da figura da astúcia de Ulisses. Para alcançar tal feito foi necessário que o ser humano se sacrificasse por meio da repressão de seus instintos e da negação de sua própria natureza, assim possibilitando sua preservação diante dos mistérios naturais.<sup>162</sup> O autossacrifício em prol da necessidade de sobrevivência em face da inerente hostilidade de seu ambiente, argumenta-se, é o que faz o ser humano voluntariamente tomar parte de seu estranhamento em relação ao mundo natural, sendo, pelo uso extremado da razão instrumental, agente de sua própria e cada vez mais profunda alienação.

O conceito de razão instrumental a que se refere remonta aos desenvolvimentos de Max Weber, para quem a ação pode ser instrumentalmente racional quanto orientada “pelos fins, meios e consequências secundárias, ponderando racionalmente tanto os meios em relação às consequências secundárias, assim como os diferentes fins possíveis entre si”.<sup>163</sup> Assim, ela pode se referir a qualquer tipo de atividade racional em que os meios são calculados em relação aos fins que se deseja alcançar. A crítica à razão instrumental prevalente nos trabalhos da primeira geração da Teoria Crítica, por sua vez, tem como principal inspiração o conceito de reificação como explorado por Lukács, mediante o qual até mesmo as características psicológicas de um trabalhador são afastadas de sua personalidade e postas contra ela para que possam mais facilmente ser integradas a sistemas racionais especializados, assim como serem reduzidas a elementos

---

<sup>161</sup> HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985. p. 19 e seguintes.

<sup>162</sup> Ibidem, p. 53 e seguintes.

<sup>163</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva, v. 1. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012. p. 16.

numericamente calculáveis.<sup>164</sup>

Ao fazer com que a ciência assuma de maneira totalizante este padrão lógico de desnaturalização e quantificação do mundo para que possa conhecê-lo racionalmente, a promessa do Iluminismo de propiciar a soberania dos seres humanos em relação à natureza por meio da compreensão de suas leis, tidas previamente como arbitrárias, torna-se instrumento de controle social. A crítica ao Iluminismo, portanto, pode ser vista como uma extensão da crítica à razão instrumental, que foi também direcionada pelos autores da Teoria Crítica ao movimento do positivismo lógico por conta de suas inclinações epistemológicas intimamente atreladas às pretensões iluministas, dado o receio da expansão da lógica reificadora do sujeito ao reduzir a razão à sua mera forma instrumentalizada para a qual o conhecimento se trata apenas de uma ferramenta e que impossibilitaria a autocrítica da base científica social.<sup>165</sup>

Pelo fato do pensamento iluminista ser incapaz de perceber que a relação entre sujeito e objeto tem a natureza de uma troca mútua, Horkheimer e Adorno insistem na noção de “reflexão” como meio de remediar o erro de seu projeto racionalista. Em contraposição à construção de um sujeito que representa um ponto de referência em sistemas em que verdade e falsidade são determinadas exclusivamente por considerações formais, a noção de verdade para eles envolve consciência de que o papel assumido pelo sujeito do conhecimento não deve ser o de um tirano paranoico que projeta um sistema para abarcar o mundo de maneira rígida, mas sim o de um agente que sabendo estar envolvido numa troca dialógica tenha a capacidade de abandonar e substituir suas atuais convicções e conclusões que não resistirem a profunda reflexão intelectual.<sup>166</sup>

Apesar de não fazer qualquer menção direta às discussões expostas acima, Franz Neumann (um dos colaboradores do Instituto para Pesquisa Social cujas contribuições giraram em torno principalmente de matérias jurídicas e políticas) explora uma tese do declínio do direito formal na sociedade liberal-burguesa que pode ser discutivelmente descrita como uma forma de reificação do sistema jurídico. Descreve-se que este processo seria resultante das mudanças que ocorrem no

---

<sup>164</sup> LUKÁCS, György. **História e consciência de classe**: estudos sobre a dialética marxista. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 202.

<sup>165</sup> WIGGERSHAUS, Rudolf. **A Escola de Frankfurt**: história, desenvolvimento teórico, significação política. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002. p. 212-213.

<sup>166</sup> HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985. p. 176-186.

âmbito político, jurídico e econômico de uma sociedade no período de sua passagem do capitalismo competitivo para o capitalismo monopolista.<sup>167</sup>

Ao partir da primazia do direito positivo e da necessidade de que seja originado por meio de leis, o autor conclui que mudanças sociojurídicas tendem a privilegiar desproporcionalmente as classes super-representadas nos órgãos legislativos, visto que têm interesse em manter sua dominância política. A insistência na positividade do direito por parte dessas classes viria da pretensão de dissimular a real estrutura de poder na sociedade, que estaria vinculada não à soberania da ordem jurídica, mas sim à dos agentes privados que a manipulam politicamente. Contudo, como a atividade econômica concorrencial requer a confiabilidade e calculabilidade de um sistema jurídico que positiva leis gerais e abstratas, viabilizando que realize operações mais complexas, por exemplo, mediante os acoplamentos estruturais propriedade privada e contrato<sup>168</sup>, um direito positivado de tal maneira é necessário à estabilidade do capitalismo competitivo, pois suas normas visam estabelecer padrões de igualdade (ou ao menos paridade) entre sujeitos em relação à liberdade e propriedade.<sup>169</sup>

Já com o advento do capitalismo monopolista, as mudanças na estrutura econômica e política da sociedade fazem com que o papel do direito passe por marcada transformação, uma vez que leis gerais e abstratas não conseguem afetar grupos econômicos que são suficientemente poderosos a ponto de serem capazes de desvirtuar o sistema de livre mercado. Perante comandos normativos originalmente pensados para um ambiente de competição, a dominância do monopólio somada à abstração e generalidade do direito que o regula, bem como à permissividade da super-representação política que defende seus interesses tornam-no capaz de impor condições excessivamente onerosas a seus trabalhadores e consumidores, que se veem forçados a aceitá-las sob o falso pretexto de que, sendo uma possibilidade jurídica, também deve ser justa. O direito, que antes cumpria com uma função voltada à manutenção da igualdade, embora aparentemente tenha permanecido igual passaria a dissimuladamente operar em estado de corrupção, sendo instrumento de perpetuação da desigualdade ao se

---

<sup>167</sup> NEUMANN, Franz. The change in the function of Law in modern society. *In*: SCHEUERMAN, William (ed.). **The rule of law under siege**: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer. Berkeley: University of California Press, 1996. p. 101-141.

<sup>168</sup> LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2017. p. 425; Idem, **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 383.

<sup>169</sup> NEUMANN, Franz, op. cit., p. 115-118.

desdiferenciar e privilegiar os interesses do sistema da economia.<sup>170</sup>

Verifica-se aqui a descrição de Neumann do que pode ser interpretado como um movimento reificador causado pelo capitalismo monopolista, envolvendo os âmbitos político, jurídico e econômico da sociedade para engendrar a submissão e alienação de indivíduos pertencentes às classes sociais inferiores quanto a essas três esferas, criando assim uma realidade fabricada da qual não se pode escapar facilmente. Nesta rede ilusória, o estranhamento ao sistema político (resultado da falta de representatividade parlamentar) contribui para o estranhamento ao sistema jurídico (manifestado na incapacidade de compreender quais são seus direitos ou de fazê-los valer), que por sua vez propicia estranhamento ao sistema econômico (no qual o sujeito é explorado em suas relações consumeristas e laborais pela falta de opção).

Diante do exposto, pode-se perceber que para os autores da primeira geração da Teoria Crítica o projeto de análise interdisciplinar da sociedade tem claro interesse emancipatório. Nítida herança do marxismo ocidental, os processos cognitivos que produzem falsas formas de conhecimento eram encarados como seu principal inimigo, prevalecendo o foco em investigações profundas das estruturas sociais para conseguir vislumbrar o que estaria por detrás da aparência que assumem quando observadas de maneira irrefletida, assim como a produção de conhecimento que pudesse se traduzir em medidas práticas libertadoras. Para tanto, orientam-se primariamente em direção a possibilidades de crítica ao uso extremado da razão instrumental, aos efeitos da ideologia, e às formas concretas de alienação e reificação tanto do ser humano em si quanto de sua relação com o mundo, fenômenos exacerbados pela conformação constituidora da sociedade moderna.

### 3.2 A FACE SISTÊMICA DA CRÍTICA

A vertente crítica da teoria dos sistemas assume papel semelhante ao da Teoria Crítica ao assumir para si o trabalho de demonstrar a conexão entre compêndios sistêmicos e relações subjetivas (numa perspectiva de reificação), com o esforço de transcender a simples descrição de problemas estruturais ao

---

<sup>170</sup> NEUMANN, Franz. The change in the function of Law in modern society. *In*: SCHEUERMAN, William (ed.). **The rule of law under siege**: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer. Berkeley: University of California Press, 1996. p. 101-141 (p. 127-132).

analisar criticamente as estruturas sociais, dando particular atenção a suas contradições visando discernir e fortalecer os processos da sociedade que têm capacidade de desbançar ordens sociais reificadas.<sup>171</sup> A seguir figurarão as perspectivas de Andreas Fischer-Lescano<sup>172</sup> e Kolja Möller<sup>173</sup> acerca da teoria crítica dos sistemas, com o intuito de que complementarmente delineiem os temas centrais tratados pelo movimento.

De acordo com Fischer-Lescano, além do ceticismo acerca de uma razão ou moral universal, tanto a primeira geração da Teoria Crítica quanto a teoria crítica dos sistemas compartilham as seguintes premissas básicas:<sup>174</sup>

1) Pensamento voltado a conceitos institucionais societal-sistêmicos, que por força de sua complexidade não tratam de relações de reciprocidade intersubjetivas, mas sim transubjetivas:<sup>175</sup> entre indivíduos e sociedade não há uma relação de identidade, e tal assunção se trata de uma fetichização de coletividades e organizações que deve ser superada. A tentativa da teoria crítica dos sistemas nesse sentido é a busca de estratégias de desreificação por meio de detalhada análise da sociedade como sistema, principalmente por meio da noção de diferenciação social, a começar pela introdução da diferença entre sistemas psíquicos e sistemas sociais autopoieticos, radicalmente separados.

Diferentemente da Teoria Crítica, entretanto, a teoria crítica dos sistemas não assume a existência de apenas um único mecanismo regulador de processos sociais, dando atenção para múltiplas formas de diferenciação societal interna na forma dos subsistemas sociais. Assim como o indivíduo é resultado do conjunto de relações sociais, a sociedade é concebida pelo conjunto de suas subdivisões estruturais internas.

Já em contraste com a ortodoxa teoria dos sistemas, tem como meta enfatizar o potencial prescritivo das formações sociais descritas, estando preocupada com a defesa de espaços sociais de liberdade e com a possibilidade de justiça social nas organizações, instituições e redes sociais, associando-se também à tradição

---

<sup>171</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas. Critical systems theory. **Philosophy and Social Criticism**, [s. l.], v. 38, n. 1, p. 3-23, Jan. 2012 (p. 3-4). Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0191453711421600>. Acesso em: 1 fev. 2019.

<sup>172</sup> Ibidem.

<sup>173</sup> MÖLLER, Kolja. Crítica do direito e teoria dos sistemas. **Tempo Social**, São Paulo, v. 27, n. 2, p. 129-152, nov. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-2070201526>. Acesso em: 05 fev. 2019

<sup>174</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas, op. cit., p. 4 e seguintes.

<sup>175</sup> Ibidem, p. 5-8.

normativa da sociologia;

2) A concepção de que a sociedade está alicerçada em paradoxos, antagonismos e antinomias fundamentais:<sup>176</sup> a mola propulsora da sociedade é feita de contradições reais, e não sendo possível burlar estes paradoxos, resta somente torná-los invisíveis mediante discursos hegemônicos. Ao expor paradoxos é possível desmistificá-los e realizar crítica ao próprio seio da sociedade, e por isso a teoria crítica dos sistemas define que os paradoxos de quaisquer sistemas sociais têm, em último caso, natureza política.

Sendo assim, não poderia ser diferente com o sistema jurídico, cujos processos de autorreflexão, pela mesma lógica, igualmente teriam natureza política. Além disso, deve-se levar em especial consideração o vínculo naturalmente forte que tem com o sistema político, circunstâncias essas que levam ao questionamento acerca da própria natureza do direito, e que fazem com que os efeitos recíprocos entre estes dois sistemas seja um tema recorrentemente abordado, tendo como intenção mostrar que o que há de político no direito pode ser visto como uma contradição para a racionalidade jurídica;

3) A estratégia de encarar a justiça como uma fórmula de contingência e de transcendência:<sup>177</sup> ambas as abordagens críticas consideram a autonomização altamente dinâmica e evolutiva de racionalidades como o processo dialético do surgimento de sistemas autorreferentes. Apesar das instituições societárias somente existirem antipodicamente em relação ao que elas não são (ou seja, em relação binária com seus contrários que permite traçar distinções), elas precisam se manter abertas a influências externas (abertura e fechamento simultâneos), e pelo fato dessas noções se tratarem de áreas da racionalidade humana que foram reificadas, são ao mesmo tempo falsa consciência e realidade.

É neste contexto que a teoria crítica dos sistemas pretende integrar à ordem social uma obrigação de natureza prática de desenvolver uma teoria que tenha como fim reconectar essas áreas da racionalidade humana (direito, economia, política, ciência, etc.) ao real, pois não podem existir sem tal conexão. Para tanto, faz-se necessário encarar a justiça como uma fórmula autossubversiva tanto de

---

<sup>176</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas. Critical systems theory. **Philosophy and Social Criticism**, [s. l.], v. 38, n. 1, p. 3-23, Jan. 2012 (p. 8-10). Disponível em:

<https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0191453711421600>. Acesso em: 1 fev. 2019.

<sup>177</sup> Ibidem, p. 10-12.

contingência quanto de transcendência.<sup>178</sup>

O aspecto contingente (intrassistêmico) da fórmula tem como objetivo tanto preservar a consistência das decisões do sistema jurídico quanto sua adequada responsividade em relação às demandas da sociedade, fazendo com que caiba ao direito o papel de tratar como jurídicos os conflitos estruturais societais, permitindo a compatibilidade entre diferentes esferas de autonomia e garantindo as possibilidades de autoconstituição dos indivíduos implicados.

Já o aspecto transcendente (intersistêmico) da fórmula, tematizado pela teoria crítica dos sistemas, evoca a ativação de energias utópicas por meio da experiência de verdadeira injustiça, demandando da transcendência a transformação daquilo que é imanente (ou seja, as circunstâncias sociais alvejadas pelas energias utópicas) em algo alheio a si próprio, sendo somente assim possível que a justiça possa tentar ser alcançada;

4) A forma imanente de crítica como uma atitude de transcendência:<sup>179</sup> tendo como uma de suas bases a Teoria Crítica, a teoria crítica dos sistemas está preocupada fundamentalmente com crítica minuciosa das estruturas da sociedade, o que exige que a crítica parta de suas profundezas e que seja possível ser caracterizada como atitude, ponto de vista e resistência.

A vertente crítica da teoria dos sistemas toma como especial ponto de partida o direito da sociedade, concentrando sua atenção em decifrar a produção de formas com caráter político e então tematizar fundamentais contradições societais. Tal possibilidade existe se os embates que envolvem formas jurídicas forem analisados de maneira desconstrutiva: a mesma força que faz com que surja o direito deve se voltar contra o próprio direito em forma de paradoxo<sup>180</sup>, para que então esse mesmo direito possa transcender a si mesmo em um permanente devir de justiça alteritária.

Em sua busca por justiça, a teoria crítica dos sistemas argumenta contra o direito por meio do direito, submetendo a si mesma às constrições sistêmicas

---

<sup>178</sup> Para desenvolvimentos mais aprofundados do tema, ver TEUBNER, Gunther. Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do direito? **Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro**, Serro, n. 4, p. 17-54, 2011. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/2259/2792>. Acesso em: 04 fev. 2019.

<sup>179</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas. Critical systems theory. **Philosophy and Social Criticism**, [s. l.], v. 38, n. 1, p. 3-23, Jan. 2012 (p. 12-13). Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0191453711421600>. Acesso em: 1 fev. 2019.

<sup>180</sup> Para descrições de dinâmicas paradoxais no direito, conferir TEUBNER, Gunther. Dealing with paradoxes of law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. In: PEREZ, Oren; TEUBNER, Gunther (eds.). **Paradoxes and inconsistencies in the law**. Oxford: Hart Publishing, 2006. p. 41-64.



somente para depois descartá-las e então, finalmente, poder contribuir para a desejada transcendência. Isto pode ser alcançado principalmente por meio da crítica tanto aos valores adotados pelo sistema jurídico, que tentam transformar os conflitos estruturais da sociedade em questões axio e principiológicas; quanto ao “estatismo societal”, que denuncia o risco decorrente da usurpação de espaços de autonomia na sociedade por grandes subsistemas sociais, que deve ser combatida com o estabelecimento da obrigação de que devem agir de maneira responsável em relação ao seu ambiente (seres humanos, outros sistemas, ecossistema natural).

A crítica aos valores e ao estatismo societal faz com que a teoria crítica dos sistemas esteja na posição de introduzir contramodelos com os quais seja possível interferir nas disputas ligadas à adequação social do direito, fazendo-se necessário que as mudanças pretendidas partam de reflexões oriundas de dentro do sistema e sejam operadas também em seu interior para que possam ser eficazes;

5) O objetivo de emancipação política e societal por meio de uma associação de indivíduos livres:<sup>181</sup> a vertente desconstrutiva da teoria crítica dos sistemas explora as condições de possibilidade de realização do ideal emancipatório clássico e da cessação de relações reificadas, tendo como ponto de partida a heteronomia das instituições sociais nas quais se vive, o que faz com que seres humanos na sociedade moderna não possam existir de acordo com suas próprias decisões.

Para tanto é necessário exigências concretas com o objetivo de revelar de maneira crítico-emancipatória o cerne normativo das instituições e práticas na realidade, e assim desenvolver direitos humanos e organizacionais específicos. Porém, não é do interesse da teoria crítica dos sistemas a criação de um modelo que investigue as condições de consenso normativo universal, nem no estabelecimento de noções substantivas de justiça, mas sim oportunizar estabilidade normativa na prática.

É possível apoiar, estabilizar e perenizar a efetivação de processos sociais de constitucionalização ao reafirmar a função da constituição como uma conquista social-evolutiva, tendo como principal intuito manter a responsividade social das instituições sociais. Dentre as variadas formas de se alcançar tal estado dá-se destaque ao comprometimento de atores sociais com direitos humanos,

---

<sup>181</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas. Critical systems theory. **Philosophy and Social Criticism**, [s. l.], v. 38, n. 1, p. 3-23, Jan. 2012 (p. 13-15). Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0191453711421600>. Acesso em: 1 fev. 2019.

fundamentais, ambientais, animais, e institucionais de proteção a espaços transpessoais de liberdade; e à noção de que o próprio procedimento de formação normativa deve ser coletivizado sem assumir viés paternalista.

Deste modo, percebe-se que a preocupação central da teoria crítica dos sistemas gira em torno do desenvolvimento de autonomia societal pelo rompimento dos padrões estratificatórios das instituições sociais. A democratização e proteção da responsividade social dessas instituições (direito, economia, religião, política, ciência, etc.), entretanto, não envolve garantir que permaneçam da mesma forma ou mesmo que continuem existindo. De modo semelhante à primeira geração da Teoria Crítica, a teoria crítica dos sistemas prefere alcançar seus objetivos mediante a provocação de desordem, protesto, revolta e subsequente mudança, partindo das profundezas da sociedade para subversivamente alcançar justiça.

Em sentido similar, Kolja Möller também destaca a possibilidade de uso subversivo do arcabouço teórico da teoria dos sistemas como uma maneira de produzir relevante crítica ao direito, assim como a proximidade teórica entre a primeira geração da Teoria Crítica e a teoria crítica dos sistemas. Os pontos principais de convergência estão principalmente ligados às análises acerca da racionalidade particular do direito e a autonomização desse sistema, em que se critica a forma jurídica ao mesmo tempo em que se parte dela para defender o direito como contraponto legítimo de crítica à sociedade.<sup>182</sup>

Em sua exposição, o autor delinea três temas centrais da crítica ao direito da primeira geração da Teoria Crítica herdados pela teoria crítica dos sistemas:

1) Avanço de uma doutrina crítica do Estado de Direito:<sup>183</sup> o direito é criticado pela sua capacidade de opressão ao mesmo tempo em que é valorizado pelo seu potencial emancipatório. No caso da Teoria Crítica, a crítica estava centrada no direito autonomizado que era resultado da sociedade capitalista burguesa, que dependia da autonomização jurídica, por exemplo, para sustentar os fundamentos mercadológicos deste modelo societal por meio de regulação das relações concorrenciais e contratuais.

As análises do direito burguês exploradas por Neumann (seção 3.1) têm grande relevância para a teoria crítica dos sistemas ao se mostrarem como críticas

---

<sup>182</sup> MÖLLER, Kolja. Crítica do direito e teoria dos sistemas. **Tempo Social**, São Paulo, v. 27, n. 2, p. 129-152, nov. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-2070201526>. Acesso em: 05 fev. 2019.

<sup>183</sup> Ibidem, p. 131-134.

ao direito com o objetivo de salvaguardar o próprio papel que o direito idealmente pode ter na sociedade. Especialmente interessante é sua compreensão acerca da necessidade de que o sistema jurídico tenha abertura de mão única para o sistema político e esteja fechado em relação ao resto da sociedade para que seja capaz de proteger garantias de caráter liberal.

Sendo assim, de modo semelhante à tese da autossubversão jurídica, o direito é fortemente criticado em busca de uma sociedade mais justa, mas simultaneamente defende-se que ele assuma uma configuração sistêmica idealizada que serve como base e instrumento de crítica societal na dinâmica emancipatória de justiça social pretendida pelas teorias;

2) Crítica societal-sistêmica progressista do direito:<sup>184</sup> em face do paradigma da sociedade funcionalmente diferenciada, não faz mais sentido que a crítica esteja voltada preponderantemente ao modelo societal capitalista burguês, pois com a diferenciação funcional não se considera mais haver primazia de um certo tipo de racionalidade sistêmica em relação às outras (como é o caso da economia no paradigma societal assumido e criticado pela tradição marxista), existindo, no máximo, hierarquias entrelaçadas<sup>185</sup> entre os subsistemas sociais.

Apesar desta reviravolta no modelo de observação sociológica, ainda persiste a mesma aporia jurídica apresentada por Neumann, visto que o direito continua envolto nos problemas decorrentes tanto de sua autonomização, relativos ao impulso expansivo do sistema do direito (2a), quanto de sua peculiar racionalidade, que se desdobra de maneira paradoxal (2b). Tais temas precisam ser abordados individualmente no caminho tanto da crítica direcionada ao direito em prol de seu ambiente, quanto da crítica direcionada à diferenciação funcional em prol do sistema jurídico.

2a)<sup>186</sup> Quanto aos impulsos expansivos do sistema, a autonomização relativa que decorre do fechamento operacional permite a intensificação e desenvolvimento de funções sistêmicas, mas, pela maneira como esta otimização decorre, por vezes acaba fazendo com que a racionalidade de um sistema ultrapasse suas próprias fronteiras.

---

<sup>184</sup> MÖLLER, Kolja. Crítica do direito e teoria dos sistemas. **Tempo Social**, São Paulo, v. 27, n. 2, p. 129-152, nov. 2015 (p. 134-139). Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-2070201526>. Acesso em: 05 fev. 2019.

<sup>185</sup> HOFSTADTER, Douglas R. **Gödel, Escher, Bach**: um entrelaçamento de gênios brilhantes. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 11.

<sup>186</sup> MÖLLER, Kolja, op. cit., p. 135-136.

Disto resultam efeitos negativos a seu ambiente por meio da expansão “colonizadora” de sua lógica, que se insere nas operações de outros sistemas funcionais, e que agora passam a operar de maneira desvirtuada (não mais autopoietica, e sim alopoietica)<sup>187</sup>, pois devem continuar cumprindo a mesma função social anterior, porém estando orientados por racionalidades distintas, e discutivelmente incompatíveis, que surgiram evolutivamente para lidar com problemas diferentes de redução de complexidade social.

Em face da possibilidade de ocorrência deste fenômeno, especificamente tratando do direito como sistema eventualmente alvo das tendências colonizadoras de outros (como o econômico ou o político), a teoria crítica dos sistemas avança uma proposta em favor da autonomia do direito, bastante similar à de Neumann: a meta é propiciar a segurança da autorreferência do código do sistema jurídico por meio de crítica às influências de outros subsistemas sociais que geram o direito corrente, no sentido de resguardar o primado da diferenciação funcional na sociedade, estabelecendo que os impulsos sistêmicos de colonização sejam caracterizados como elementos indesejáveis na dinâmica societal.

Porém, por também se tratar de um sistema, do mesmo modo o direito pode se expandir de maneira colonizadora, fazendo com que seu código esteja presente em outros sistemas, juridicizando esferas sociais não jurídicas. Em termos práticos, uma das consequências deste fenômeno se dá na transformação de conflitos sociais originalmente fora da órbita do sistema do direito em conflitos propriamente jurídicos, mesmo que esta forma de racionalidade altamente formalista não esteja adaptada à adequada resolução das questões societais que passa a incluir em suas operações. Assim, e ainda dentro da mesma linha neumanniana de crítica, critica-se o direito para que a diferenciação da sociedade esteja protegida.

2b)<sup>188</sup> Já com relação aos paradoxos sistêmicos, a crítica assume como ponto de partida que a própria noção de autorreferência de um sistema só é possível mediante formas paradoxais, nas quais um determinado estado de coisas tem como sua justificação exatamente o seu contrário estado de coisas, denotando simultaneamente possibilidade e impossibilidade como duas faces da mesma

---

<sup>187</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 125.

<sup>188</sup> MÖLLER, Kolja. Crítica do direito e teoria dos sistemas. **Tempo Social**, São Paulo, v. 27, n. 2, p. 129-152, nov. 2015 (p. 136-139). Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-2070201526>. Acesso em: 05 fev. 2019.

moeda.

Estas formas paradoxais atuam em dois níveis diferentes da autorreferência sistêmica: no primeiro, estabelecem a condição de possibilidade da distinção sistema/ambiente ao vincular a viabilidade de identificar o que o sistema é à identificação de tudo aquilo que ele não é, o que também torna o sistema simultaneamente fechado (pois deve realizar suas operações de maneira autorreferente) e aberto (pois depende de determinações vindas de seu ambiente, e, portanto, heterorreferentes). No segundo, permitem que um sistema sujeite seu código distintivo primordial à própria distinção que ele representa, realizando a *re-entry* da forma-de-dois-lados nela mesma, proporcionando então ao sistema a capacidade de observar novas distinções relacionadas a seu código.

Para que o efeito da atuação dos paradoxos não seja paralisante, cabe ao sistema a elaboração de mecanismos de desparadoxização, mas estes somente atuam postergando o efeito total do paradoxo, que inevitavelmente mais uma vez ameaça paralisar o sistema, momento em que novos mecanismos de desparadoxização devem ser empregados, e assim por diante.

A diferença no tratamento dos paradoxos entre as duas vertentes da teoria dos sistemas aqui abordadas é que, na ortodoxa, os mecanismos paradoxais servem predominantemente para o gerenciamento de expectativas cognitivas sistêmicas, estando principalmente relacionados à adaptação desparadoxizante do sistema a seu ambiente em face da inevitabilidade da reparadoxização; na crítica, porém, esses mecanismos trazem consigo de maneira mais enfática a possibilidade da reparadoxização, à medida que a geração de novos paradoxos serve como circunstância de autolimitação do sistema em relação às possibilidades de adaptação desparadoxizante a seu ambiente, circunstância deveras relevante na manutenção da capacidade autopoietica de um sistema funcional.<sup>189</sup>

Por conta do destaque ao aspecto normativo dos mecanismos paradoxais, a vertente crítica da teoria dos sistemas pode congruentemente partir das elaborações

---

<sup>189</sup> Faz-se necessário ressaltar que para ambas as perspectivas teóricas os paradoxos são dotados não só de eficácia cognitiva (desparadoxizante), mas também normativa (reparadoxizante), pois a dinâmica evolutiva dos sistemas naturalmente envolve respostas que — para usar outro exemplo do mesmo fenômeno — privilegiam ora a abertura cognitiva, ora o fechamento operacional, sem que um dos lados da forma desparadoxização/reparadoxização (ou mesmo abertura/fechamento) seja excluído permanentemente, cabendo de maneira mais adequada falar de lados da forma que, por conta da seletividade da operação a ser realizada, mostram-se como mais distintamente marcados.

teóricas acerca da relação entre direito e violência<sup>190</sup>, como em Derrida, para quem o direito fundamentalmente se constitui por intermédio de um ato violento,<sup>191</sup> para traçar o paralelo sistêmico de que a autorreferência jurídica também existe de maneira caracteristicamente demarcada pelo mesmo tipo de violência.

Esta interpretação permite conceber um embate de natureza política que ocorre dentro do âmbito do sistema jurídico, em que a disputa ocorre pelo poder hegemônico de decidir se, em face de um paradoxo, o direito deve agir ou de modo a anulá-lo, desparadoxizando-o por meio da justiça como fórmula de contingência, transformando o direito em instrumento político de seu ambiente; ou reforçá-lo, reparadoxizando-o via reafirmação da autorreferência do direito, mantendo o sistema atado à violência fundamental que o constitui.

Apesar de o conflito entre esses lados já trazer à tona questões de grande seriedade e de difícil resolução acerca das condições operativas do direito, as duas perspectivas ainda por cima também estão conectadas em um eixo de relações binárias recíprocas tematizadas aqui centralmente pela diferença justiça/violência (como desparadoxização/reparadoxização, transcendência/contingência, abertura/fechamento, ou até mesmo cognição/normatividade), que interagem de forma semelhante a um *strange loop*,<sup>192</sup> fazendo com que, neste caso, a marcação de um dos lados da distinção, paradoxal e simultaneamente, também marque o outro lado.

Em verdade, a própria diferenciação previamente proposta entre as vertentes ortodoxa e crítica da teoria dos sistemas também está pautada em similar entrelaçamento, visto que orientada pela marcação predominante de um dos dois lados da diferença descrição/prescrição. Dado que uma descrição só é possível por meio de linguagem, inerentemente ela envolve prescrições linguísticas para que produza sentido; uma prescrição, por sua vez, exige ao menos a descrição daquilo que está sendo prescrito, caso contrário não o terá sido. Descrições não existem sem prescrições, e vice-versa; sob o mesmo pensamento, a ortodoxia pode ser

---

<sup>190</sup> O termo “violência” usado aqui é uma tradução da palavra alemã *Gewalt*, cujo significado pode oscilar livremente entre “violência” e “poder” (no sentido de autoridade), de modo que deve ser interpretada levando em conta essas duas possibilidades. Cf. BENJAMIN, Walter. *Crítica da violência — Crítica do poder*. In: BENJAMIN, Walter. **Documentos de cultura, documentos de barbárie**: escritos escolhidos. São Paulo: Cultrix: Editora da Universidade de São Paulo, 1986. p. 160-175.

<sup>191</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

<sup>192</sup> HOFSTADTER, Douglas R. **Gödel, Escher, Bach**: um entrelaçamento de gênios brilhantes. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 11.

crítica, e a crítica, ortodoxa.

Nesta tensão evolutiva entre forças de mudança (justiça, desparadoxização, transcendência, abertura, cognição, crítica, etc.) e de permanência (violência, reparadoxização, contingência, fechamento, normatividade, ortodoxia, etc), os elementos tipicamente tidos como pertencentes a um dos lados da forma mudança/permanência podem ser caracterizados como elementos do lado oposto, interagindo livremente com os elementos de quaisquer dos lados. Isto porque o que é tido como típico é somente reflexo do que habitualmente se seleciona como mais enfaticamente marcado em um dos lados da forma, e até mesmo um elemento individual pode paradoxalmente pertencer aos dois lados ao mesmo tempo, como no caso de uma formulação que caracteriza a justiça como simultaneamente dependente de mudança e permanência.<sup>193</sup>

Por conta disso, nas interações entre os elementos derivados da diferença mudança/permanência também é possível identificar padrões de retroalimentação entre os lados das formas que resultam das variadas combinações existentes, em que cada um pode servir ao mesmo tempo tanto como antídoto quanto como reforço ao outro. Por exemplo, a politização do direito, que a princípio estaria voltada à justiça (em sua face de mudança), pode acabar causando, violentamente, injustiças diferentes das que pretende corrigir; e a autorreferência, normalmente tida como violenta (em sua face de permanência), pode ser justa por meio da normatividade ao preservar a justiça já alcançada diante de pretensões injustas.

3) Elaboração de formas jurídicas alternativas:<sup>194</sup> inspirada pelo legado da primeira geração da Teoria Crítica, a teoria crítica dos sistemas também propõe fórmulas jurídicas alternativas, entre elas, direito responsivo (3a), direito transcendente (3b), e direito estetizado (3c). Não obstante esses modelos não serem capazes de garantir, mesmo no plano teórico, que adequadamente explorem o potencial emancipatório da crítica social a ponto de impedir a mera reprodução camuflada das comunicações societais predominantes (devido à pretensão de avançar propostas que envolvem abrir normativamente a estrutura conceitual

---

<sup>193</sup> Pode-se aplicar o mesmo raciocínio às próprias categorias de mudança e permanência, pois para que algo mude é necessário que transite entre dois estados tidos como permanentes de um ponto de vista analítico-comparativo, e para que algo permaneça é preciso ao menos que sua existência varie (mude) positivamente em relação a uma dimensão temporal.

<sup>194</sup> MÖLLER, Kolja. Crítica do direito e teoria dos sistemas. **Tempo Social**, São Paulo, v. 27, n. 2, p. 129-152, nov. 2015 (p. 139-145). Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-2070201526>. Acesso em: 05 fev. 2019.

luhmanniana, sem os devidos ajustes basilares a esta teoria usada como pano de fundo, que não foi pensada originalmente para tal abertura), eles ao menos indicam direcionamentos preliminares em busca de padrões jurídicos tidos como mais apropriados.

3a) A responsividade do direito concerne ao seu grau de abertura à sociedade, estando assim vinculada à tentativa de resolução do problema da expansão colonizadora que parte tanto do sistema para seu ambiente, quanto da via contrária. Isto pode ser alcançado, por exemplo, mediante o estabelecimento de oportunidades para que a sociedade civil possa relevantemente atuar em procedimentos com natureza jurídica, ou pela determinação de que certos aspectos de afetação social devem ser obrigatoriamente levados em consideração pelo direito em suas operações.

Há que se salientar que a responsividade não trata da instrumentalização do direito pelas lógicas de seu ambiente, e sim de que contendas sociais devem ser reformuladas como questões jurídicas, tendo em conta as exigências quanto à formalidade, abstração, generalidade e consistência inerentes ao campo. Daqui surge a crítica, de caráter neumanniano, de que um imperativo desse tipo apenas levaria à continuidade dos tipos de relações que o direito já tem com seu ambiente, o que exige que em conjunto seja pensada uma forma de contornar este cenário em que a responsividade ocasiona a simples contiguidade essencialmente inalterada das estruturas sociais preexistentes.

3b) Já a fórmula que preconiza a transcendência do direito avança sugestões mais radicais, visto que estão mais intimamente vinculadas à tradição filosófica da desconstrução (Derrida) e Teoria Crítica, pretendendo que o sistema jurídico passe por profundas transformações em nome da afirmação categórica em favor da justiça.

Partindo do exame da violência jurídica, inicialmente manifestada em conjunção ao momento paradoxal de fundação do direito (o ato que estabelece a distinção lícito/ilícito e que não poderia ter autorizado a si mesmo por ausência de legitimidade prévia, logo, um ato fundamentalmente dotado de violência), a teoria crítica dos sistemas avança a hipótese de que, em sentido contrário à expectativa, ela continua ocorrendo mesmo após o surgimento do sistema jurídico. Pela própria natureza da função que o direito assume, acaba impondo ao resto da sociedade a racionalidade procedural-normativa e o padrão argumentativo que lhes são característicos, ao mesmo tempo em que precisa manter estruturalmente certo grau



de indeterminação e abstração.

A crítica então se refere à necessidade de que, tendo em vista o quanto a racionalidade do sistema jurídico é capaz de indevidamente sujeitar seu ambiente, a fórmula de contingência justiça exerça papel de confrontar o direito existente com um direito tido como justo, operando subversivamente de dentro do direito para minar suas próprias bases socialmente questionáveis.<sup>195</sup> Busca-se, assim, um arranjo progressista idealizado que resulta da transcendência do direito em relação a si próprio.

3c) É no campo da alternativa referente à estetização jurídica, porém, que se veiculam as proposições mais apartadas da noção de diferenciação funcional do direito, pois diferentemente da alternativa transcendente, em que o objetivo é fazer surgir uma forma diferente de algo que ainda se possa tradicionalmente chamar de direito, a estetização do sistema pretende torná-lo capaz de empatizar com os sentimentos oriundos de seu ambiente, sentimentos estes que devido à forma pela qual a comunicação jurídica se desenvolve não têm como ser traduzidos para sua linguagem.

Assim, caberia ao direito criar estruturas que pudessem fazer ou com que essas comunicações não mais soassem para ele como barulhos indecifráveis (porque situados além de suas fronteiras), ou que não precisassem ser decodificadas pela racionalidade jurídica para que pudessem gerar sentido no âmbito de suas operações, perdendo sua essência extrajurídica neste processo. Daí a noção de estetização, pois está ligada à possibilidade de perceber seu ambiente de maneira sensível, e não só racional, para que o choro, grito ou palavras de ordem possam estar aptos a informar o direito.

Não obstante a crítica de que mesmo esses tipos de manifestações podem em certos casos ser simplesmente resultado de concepções ideológicas, no sentido de que nem a estetização estaria livre das consequências da disputa societal por hegemonia política, a alternativa seria privar o direito de ter acesso à relevante dimensão “sonora” dos conflitos sociais que até então ele ainda é incapaz de apreender, e que é da mais alta importância para aqueles que não têm como se comunicar de outra forma.

---

<sup>195</sup> À mesma maneira como a explorada em TEUBNER, Gunther. Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do direito? **Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro**, Serro, n. 4, p. 17-54, 2011. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/2259/2792>. Acesso em: 04 fev. 2019.

Em seguida à exposição do arcabouço conceitual da Teoria Crítica pertinente a este trabalho, assim como o breve relato acima dos pressupostos teóricos nos quais a vertente crítica da teoria dos sistemas está alicerçada, cabe agora traçar os aspectos relevantes às questões de justiça social que servem de base à análise de demandas cognitivas associadas a pleitos que tangem o tema da capacidade mental. Para que possa cumprir com o prometido potencial emancipatório, a crítica do direito da sociedade empreendida pela teoria crítica dos sistemas e assumida pelo presente trabalho deve vir acompanhada da investigação de formulações de justiça que possam levá-lo ao destino igualitário desejado, para que então possa gerar contribuições sistêmico-críticas acerca de que tipo de papel o direito (ou, mais especificamente, a justiça jurídica) pode ocupar em relação à justiça social.

#### 4 JUSTIÇA SOCIAL: CAPACIDADES E RECONHECIMENTO

Em linha com a temática de crítica social explorada no capítulo anterior, neste capítulo serão abordadas algumas questões no âmbito teórico da justiça social que têm relação com a pretensão emancipatória do presente trabalho, dando atenção particular às discussões que de alguma forma auxiliam a construir uma noção apropriada de desenvolvimento do projeto existencial de indivíduos portadores de transtornos mentais, especialmente no plano da teoria do reconhecimento.

Sendo o primário responsável pelo reavivamento da filosofia política que ocorreu no século passado, John Rawls figura como o mais importante teórico deste campo no século XX. No centro de suas concepções sobre justiça social está a ideia de que a sociedade deve ser estruturada levando em conta principalmente uma noção de ajustada imparcialidade (*fairness*), que necessariamente toma nota dos interesses e preocupações dos que serão abrigados pelo arranjo resultante, o que de acordo com o autor pode ser alcançado por meio de um contrato social. Não obstante a notável importância de sua teoria (ou talvez justamente por isto), vários de seus pontos centrais foram alvos de severa crítica especializada por parte de outros estudiosos sobre o tema da justiça.

Neste sentido destacam-se Amartya Sen e Martha Nussbaum, que além de discordarem incisivamente de certas questões que encaram como problemas na concepção de Rawls, entre outras coisas no que tange o lugar ocupado por pessoas deficientes em seu trabalho — no qual a inclusão de portadores de transtornos mentais mostra-se como particularmente difícil, e no máximo tratada como questão secundária —, trazem propostas sobre como alcançar patamares mais elevados de justiça social que destoam consideravelmente da estrutura transcendental e contratualista que se encontra na tradição rawlsiana, preferindo abordagens que têm como foco a expansão das liberdades substantivas dos indivíduos em vez da perfeição das instituições sociais.

Adicionando ainda outro ponto de vista ao mesmo debate, serão apresentadas relevantes contribuições teóricas de Axel Honneth sobre o reconhecimento social, em que a concretização de maior igualdade e liberdade para pessoas é encarada também por uma perspectiva biopsicológica de formação de identidade do ser humano, processo em que a intersubjetividade das relações coletivas tem papel fundamental para o adequado desenvolvimento dos sujeitos e

para o progresso moral da sociedade, ideário no qual a luta pelo fim do desrespeito tem posição central.

#### 4.1 UMA IDEALIZAÇÃO MODERNA DO CONTRATO SOCIAL

Para tentar chegar ao resultado de uma sociedade justa, John Rawls utiliza-se de um experimento mental, denominado de posição original, mediante o qual delinea uma situação hipotética, equivalente ao estado de natureza na tradicional teoria do contrato social, em que pessoas se reúnem para formar um arranjo ideal que norteará a futura sociedade em que conviverão via consenso unânime sobre que princípios de justiça devem servir como referências para as estruturas sociais básicas. Sua intenção expressa com esse desenvolvimento teórico foi de generalizar e produzir graus ainda maiores de abstração em referência às tradicionais teorias contratualistas como expostas por Locke, Rousseau e Kant,<sup>196</sup> do que resultou uma teoria “altamente kantiana em sua natureza”.<sup>197</sup>

Com vista a assegurar que o procedimento será adequadamente imparcial, Rawls estipula que os indivíduos realizarão suas escolhas sob um véu de ignorância, uma assunção que indica estar implícita na ética kantiana<sup>198</sup>, que serve como instrumento para impedir os participantes de saberem informações específicas sobre si, mas que permite que estejam cientes de fatos gerais sobre o mundo, de maneira a restringir as possibilidades de argumentação em favor de princípios voltados a avantajá-los em detrimento de outros, ou a privilegiar pontos de vista particulares.<sup>199</sup> O que sabem de si é que “possuem em grau suficiente as necessárias faculdades de personalidade moral e as outras capacidades que lhes permitem ser membros normais e plenamente cooperativos da sociedade a vida toda”.<sup>200</sup>

Deste processo surgem dois princípios: um concebe o direito irrevogável a um sistema de liberdades básicas para todos, e o outro, que se divide em duas partes, determina que as desigualdades econômicas e sociais só se justificam se, além de estarem acopladas a posições sociais que todos tenham condições iguais de

---

<sup>196</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 12.

<sup>197</sup> Ibidem, p. XXII (prefácio).

<sup>198</sup> Ibidem, p. 151.

<sup>199</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>200</sup> Idem, **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 25.

alcançar (igualdade equitativa de oportunidades), também gerem o maior benefício possível para os socialmente mais desfavorecidos (princípio da diferença). No caso de conflitos sobre a efetivação dos princípios citados, o primeiro possui prioridade sobre o segundo, e a igualdade equitativa de oportunidades tem prioridade sobre o princípio da diferença.<sup>201</sup>

Com o fim de realizar comparações interpessoais para analisar quem são os socialmente mais desfavorecidos, Rawls utiliza-se da métrica dos bens primários, bens que as pessoas (numa concepção política do termo) precisam e exigem como indivíduos livres e iguais, que são melhores de se ter em maior quantidade do que em menor, que ajudam no êxito do que quer que um indivíduo se proponha a realizar, e cujas exigências relativas a esses bens são tidas como válidas.<sup>202</sup> O autor indica a existência de cinco tipos de bens com essa natureza: 1) direitos e liberdade básicas; 2) liberdades de ir e vir e de livre escolha ocupacional; 3) vantagens que decorrem de cargos de autoridade; 4) renda e riqueza; 5) bases sociais do autorrespeito.<sup>203</sup>

Após a adoção dos dois princípios como norteadores da criação das instituições sociais básicas, passa-se consecutivamente para três outras fases: um estágio constitucional, em que há a formalização destas instituições numa convenção constituinte, um estágio legislativo, em que leis são criadas em conformidade com o estabelecido na fase anterior, e o estágio de vivência social sob a ordem formada.<sup>204</sup>

## 4.2 A ABORDAGEM DAS CAPACIDADES

Diferentemente da visão rawlsiana de justiça que traça a estrutura básica da sociedade com base num contrato unanimemente acordado, Amartya Sen entende que é a liberdade substantiva das pessoas — o conjunto de possibilidades que estão realmente livres para fazer de acordo com suas condições individuais, ou seja, suas capacidades (*capabilities*) — que deve nortear o padrão avaliatório em relação ao

---

<sup>201</sup> RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 60.

<sup>202</sup> Ibidem, p. 81; idem, **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000, p. 225-228; idem, **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 97-98.

<sup>203</sup> Idem, **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 82-83; idem, **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000, p. 228; idem, **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 98.

<sup>204</sup> Idem, **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 68.

qual o agrupamento social em que estão inseridos deverá ser considerado como exitoso ou não,<sup>205</sup> tendo a ideia de prevenção e eliminação de injustiças manifestas na sociedade como algo recorrente dentro de seu pensamento sobre o tema.<sup>206</sup>

Essas diferenças sobre o que os princípios da justiça social devem priorizar, segundo o autor, ocorrem pela discrepância nas “bases informacionais” utilizadas pelas diferentes teorias, que consistem nas informações factuais consideradas como relevantes para as concepções de justiça adotadas. Por intermédio das informações implícita ou explicitamente incluídas ou excluídas é possível delinear como serão formados os juízos sobre o que é mais adequado de acordo com cada abordagem, revelando assim o que cada teoria concebe como socialmente justo.<sup>207</sup>

O primeiro princípio de justiça produzido a partir do experimento mental da posição original de Rawls estabelece um conjunto essencial de liberdades formais para os membros da sociedade – como liberdades políticas e liberdades civis mínimas para o adequado convívio social –, princípio dotado de prioridade total até mesmo em relação a questões de bem-estar geral.<sup>208</sup>

A crítica de Sen neste ponto está voltada não ao nível de importância dado às liberdades formais, e sim a como as questões de bem-estar geral na sociedade (demandas econômicas, por exemplo) não deveriam ser preteridas com tanta facilidade quando conflitassem com a efetivação de liberdades formais, visto que em circunstâncias extremadas os problemas de bem-estar podem se tratar de questões de vida e morte.<sup>209</sup>

Embora também repute alto grau de importância às liberdades formais, a discordância tem como objetivo estabelecer que a relevância política desta categoria de direitos não reflete adequadamente o grau em que a vantagem pessoal dos cidadãos aumenta pelo simples fato de serem seus titulares,<sup>210</sup> já que as liberdades formais têm como objetivo permitir a possibilidade abstrata de fazer alguma coisa sem necessariamente constituir as condições para sua concreta realização, algo que está a cargo das liberdades substantivas.

Quanto ao segundo princípio de justiça, ligado à distribuição das

---

<sup>205</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 32.

<sup>206</sup> Idem, **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 56.

<sup>207</sup> Idem, op. cit., p. 73-74.

<sup>208</sup> RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000, Conferência VIII.

<sup>209</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 83.

<sup>210</sup> Ibidem, p. 84.

desigualdades econômicas e sociais, a despeito do desenvolvimento teórico acerca dos bens primários gerar uma base informacional bem mais ampla do que em teorias da justiça pretéritas à de Rawls, Sen ainda assim considera insuficiente a definição de que o padrão avaliatório do que é justo sobre questões distributivas deverá ser medido unicamente em função de recursos (no caso, os bens primários), já que existem pelo menos cinco possibilidades diferentes de variação na dinâmica que se dá entre a posse de recursos e as vantagens possíveis de se obter por meio deles.<sup>211</sup>

A primeira se refere às heterogeneidades pessoais: pessoas diferentes convertem os recursos obtidos em vantagens de maneira diferente a depender de suas características individuais, sejam temporárias ou definitivas. Por exemplo, pessoas doentes naturalmente precisam de maior quantidade de recursos para que possam atingir o mesmo nível de bem-estar de pessoas saudas, e a depender da enfermidade em questão, independentemente da quantidade de recursos possuídos pode simplesmente não ser possível ter a mesma qualidade de vida de alguém sadio e relativamente mais pobre.<sup>212</sup>

A segunda trata das diversidades ambientais: variações relativas ao meio ambiente em que o indivíduo habita geram diversas dificuldades em variados graus. É o caso de fatores climáticos que exigem a tomada de medidas específicas para que sua influência seja aliviada, como temperatura e pluviosidade, ou índices elevados de poluição ambiental.<sup>213</sup>

A terceira lida com variações no clima social: as condições sociais em que se vive criam diferentes possibilidades de conversão de recursos em qualidade de vida. Nesta categoria é possível elencar questões de administração pública, como qualidade dos serviços de saúde, educação e segurança, ou questões comunitárias intersubjetivas relacionadas, por exemplo, ao tratamento dado a minorias socialmente vulneráveis.<sup>214</sup>

A quarta cita a questão das diferenças de perspectivas relativas: devido a convenções e costumes, comunidades diferentes criam as mais diversas necessidades em relação aos aspectos de convivência intersocial entre seus membros. Comunidades ricas podem apresentar padrões mais elevados de

---

<sup>211</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 289.

<sup>212</sup> Ibidem, p. 289.

<sup>213</sup> Ibidem, p. 289.

<sup>214</sup> Ibidem, p. 289-290.

consumo mínimo, de tal maneira que indivíduos apenas relativamente pobres podem ter dificuldades de participar sem restrições da vida comunitária, mesmo sendo possuidores de uma maior quantidade absoluta de bens e vantagens do que pessoas de comunidades mais pobres que não têm impedimentos em sua participação coletiva.<sup>215</sup>

A última explora a distribuição na família: levando em conta que os recursos auferidos por um membro de um núcleo familiar é compartilhado em alguma medida com os outros participantes do mesmo núcleo, e que as famílias possuem formas distintas de organizarem a utilização e distribuição de recursos entre seus membros, suas regras distributivas internas podem influenciar como cada familiar é capaz de realizar seus objetivos. A diferente percepção sobre elementos como idade ou sexo tem o condão de fazer com que certos indivíduos tenham predileção sobre outros aos olhos de sua família, tornando mais fácil para uns e mais difícil para outros converter em vantagens individualizadas os recursos que todos compartilham.<sup>216</sup>

Naturalmente, também se percebe que algumas situações, por sua própria natureza, geram um acoplamento de desvantagens entre as causas que dificultam a conversão de recursos, como deficiências ou enfermidades debilitantes. Estas impactam de forma múltipla o conjunto das coisas que alguém pode efetivamente concretizar ao reduzir as possibilidades de tomada de ação, que por sua vez embarçam a obtenção de outras vantagens por diversos motivos, como impedimentos físicos que requerem quantidade maior de gastos correntes com medidas que sirvam para aliviá-los.<sup>217</sup>

Devido a essas razões, Sen propõe uma abordagem de justiça social com foco nas capacidades, que prioriza o desenvolvimento da liberdade substantiva que um indivíduo tem para realmente conseguir promover objetivos pessoais, pois mesmo que um sujeito tenha disponível para si um conjunto maior de bens primários do que outro, suas circunstâncias peculiares podem impedir que a conversão desses bens em vantagens seja suficiente para que viva dignamente.

Por uma lógica similar, outras pessoas podem não passar pelo mesmo problema com conjuntos menos vultosos de bens primários por não estarem em situações tão desvantajosas do ponto de vista das capacidades, desta forma

---

<sup>215</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 290.

<sup>216</sup> Ibidem, p. 291.

<sup>217</sup> Ibidem, p. 290-291.



possibilitando a percepção da existência de um problema de justiça na distribuição de bens e vantagens na sociedade, mesmo que haja intenção de criar e manter condições sociais equitativas para todos.

Com o objetivo de descrever a natureza da capacidade de um indivíduo, Sen utiliza o conceito de “funcionamentos”, que são as mais variadas coisas que alguém pode querer ter ou fazer por lhes considerar valiosas, afirmando que a capacidade de uma pessoa se refere a todo o conjunto de funcionamentos que ela tem a possibilidade de efetivamente realizar, o que se traduz nas reais possibilidades (liberdade substantiva) de levar estilos de vida diferentes.<sup>218</sup>

Neste sentido, por exemplo, pessoas abastadas que por qualquer motivo decidam jejuar possuem um conjunto de capacidades mais desenvolvido do que pessoas pobres que não possuem recursos para adquirir alimentos em quantidade e variedade suficientes, pois embora esses dois grupos de pessoas possivelmente realizem funcionamentos semelhantes quanto a seus regimes alimentares, somente as abastadas poderiam escolher tais opções dietéticas em vez de assumi-las por falta de alternativa.<sup>219</sup>

Conclui-se então que a grande vantagem possibilitada pela abordagem das capacidades, da maneira proferida por Amartya Sen, é a expansão da base informacional utilizada na análise das comparações interpessoais que têm como objetivo determinar o quanto indivíduos são desiguais, pois o foco no que as pessoas estão substantivamente livres para fazer permite que o problema seja avaliado de maneira mais precisa tendo em vista o imperativo de prevenir e eliminar situações tidas como manifestamente injustas na sociedade.

#### 4.3 VÍCIOS DO CONTRATO E CAPACIDADES CENTRAIS MÍNIMAS

Quatro aspectos da situação de escolha inicial de Rawls são analisados como problemáticos por Martha Nussbaum, que acredita ser imprescindível modificar todos eles para poder estender os princípios e ideias intuitivas que os constituem para o caso das pessoas com deficiência:<sup>220</sup>

---

<sup>218</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 95.

<sup>219</sup> Idem, **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 271.

<sup>220</sup> NUSSBAUM, Martha. **Frontiers of justice: disability, nationality, species membership**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 64-67.

O primeiro deles faz referência à questão das comparações interpessoais com objetivo de medir o nível de desigualdade dos sujeitos na sociedade, fazendo referência apenas a recursos (bens primários), e não a um conjunto mais plural e heterogêneo de índices, como as capacidades, discussão já analisada *supra* mediante a análise da obra de Amartya Sen.

O segundo problema é a concepção política de natureza kantiana que Rawls atribui à pessoa, que é central em vários aspectos de sua teoria. Como sua visão sobre a personalidade requer um alto grau mínimo de moralidade e prudência por parte dos sujeitos, torna-se impossível conceber cidadania igual entre pessoas com essas faculdades e indivíduos que não as possuem por conta de deficiência mental. Essa condição de grau mínimo de capacidade, em tese, não seria muito exigente, pois para o autor, a grande maioria dos seres humanos seria possuidora dos atributos necessários, e apenas “indivíduos isolados” seriam desprovidos dele.<sup>221</sup> Porém, é possível enquadrar pessoas com certos tipos de distúrbios mentais nesta categoria de indivíduos, e sua baixa distribuição quantitativa na população não afeta em nada a gravidade das consequências dessa afirmação.

Ao expor as possibilidades de inclusão de animais não humanos em sua teoria, embora o autor imponha o dever de tratá-los de maneira compassiva e humanitária, Rawls deixa claro que a capacidade para um senso de justiça realmente constitui uma exigência absoluta para que um ser seja tratado justamente, de modo que não seria necessário proceder assim quanto àqueles desprovidos desta qualidade, mesmo que sejam humanos.<sup>222</sup> Portanto, a pretensão por justiça política estaria necessariamente associada à capacidade de racional e voluntariamente fazer parte de e cumprir com um acordo socialmente estipulado.

A terceira questão problemática a ser analisada é a noção de que as partes do contrato social são aproximadamente iguais em possibilidades e habilidades. Pelo fato da abordagem das capacidades não usar um relato idealizado acerca da igualdade entre as pessoas, torna-se possível adotar um entendimento sobre os indivíduos que reflete melhor as disparidades da vida real. Ao nascerem, seres humanos requerem muitos cuidados enquanto lentamente se desenvolvem, e durante o auge desse desenvolvimento os indivíduos possuem as necessidades comuns que são geralmente abarcadas pela teoria do contrato social. Mas elas

---

<sup>221</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 561-562.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 568-569.

podem também ter outras demandas, por exemplo, advindas de acidentes ou enfermidades, que acabam por colocá-las em uma posição de grande dependência por um tempo que varia em sua duração exata.

É comum que com o passar do tempo os seres humanos precisem de uma quantidade progressivamente maior de cuidado, e que desenvolvam alguma espécie de déficit, seja físico ou mental. Existe também uma quantidade considerável de sujeitos que já nascem debilitantemente deficientes, sem possibilidade de reversão, como pessoas com surdez ou paralisia congênita. Nesses casos, os avanços obtidos pela espécie humana permitem possibilidades de participação social efetiva mesmo para quem tem relevantes debilidades, visto que nossa capacidade de controle sobre o ambiente permite que a estrutura social acomode uma ampla gama de déficits.<sup>223</sup>

Como as partes na posição original conhecem fatos gerais sobre o mundo, conhecem, portanto, que algumas formas de vulnerabilidade, como articulações frágeis, manifestam-se frequentemente em indivíduos tidos como normais, e que outras, como paralisia e surdez, são relativamente muito menos comuns. Mas a própria ideia de normalidade usada para defini-los como pessoas normais possuidoras de atributos medianos é apenas uma ideia de frequência estatística, que acaba por determinar arbitrariamente as configurações sociais e suas dinâmicas.<sup>224</sup>

Naturalmente as pessoas consideradas normais também apresentam déficits, como, por exemplo, audição restrita a certo alcance de frequências ou a inerente mortalidade de um ser humano, mas a sociedade hodierna está estruturada para levar em conta, por padrão, apenas as limitações tidas como regulares. Nessa perspectiva, o que há de diferente em relação a pessoas surdas ou cadeirantes é que suas deficiências não são atendidas da mesma maneira por conta de suas imperfeições se apresentarem de uma forma menos habitual.<sup>225</sup> Assim, o tratamento diferenciado para aqueles que apresentam deficiências menos comuns poderia ser percebido como pouco solidário, quando não incoerente.

A quarta e última questão está relacionada à ideia de vantagem mútua como um objetivo a ser alcançado via cooperação em vez de não cooperação. Se há um

---

<sup>223</sup> NUSSBAUM, Martha. **Frontiers of justice**: disability, nationality, species membership. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 87-88.

<sup>224</sup> Ibidem, p. 116.

<sup>225</sup> Ibidem, p. 116-117.

grupo de pessoas muito desiguais em poder e recursos em relação ao grupo dominante, não há grandes incentivos para que os mais poderosos considerem que a cooperação equitativa com os mais fracos é mais vantajosa do que a dominação ou o tratamento caritativo. Em sua insistência de que os cidadãos abarcados por sua teoria são possuidores de capacidades regulares, a ideia de justiça para Rawls permanece conectada à noção de que cooperar é mais vantajoso do que dominar pelo motivo de todos os envolvidos serem beneficiados de alguma forma.<sup>226</sup>

Haveria um limite de grau discutível em relação ao quanto se poderia exigir da capacidade de reciprocidade das pessoas, e a aceitação de desvantagens na sociedade que a teoria rawlsiana cria está ligada tanto à segurança de que todos os outros também aceitaram uma situação menos vantajosa do que a que possivelmente estaria presente numa sociedade não igualitária, quanto à certeza de que todas as outras pessoas são “participantes integrais e ativas da sociedade e estão direta ou indiretamente associadas entre si durante toda a sua vida”.<sup>227</sup>

Dessa forma, para poder abarcar também os indivíduos que não são tão socialmente produtivos, e que poderiam ser simplesmente dominados ou tratados como meros destinatários de caridade em vez de igualdade, seria necessário que os cidadãos regularmente produtivos realizassem esforços ainda maiores do que o originalmente esperado, situação em que se poderia passar dos limites previstos de exigência quanto à reciprocidade social. Isto ocorre porque as teorias contratualistas tipicamente estipulam que a justa cooperação só faz sentido quando há vantagens em sair do estado de natureza e criar um acordo que visa vantagem mútua equitativa para todos os envolvidos, incluída aí a relação entre esforço e recompensa.

De outro lado, a abordagem das capacidades proposta por Martha Nussbaum parte de uma concepção aristotélica e marxista do ser humano como um ser social e político, que inerentemente encontra satisfação em suas associações com outros sujeitos, especialmente quando as relações são norteadas por uma noção comum de justiça.<sup>228</sup>

Tal abordagem nega que a justa cooperação deve assegurar vantagem mútua, e que mesmo quando a não cooperação é possível e rotineira devido à

---

<sup>226</sup> NUSSBAUM, Martha. **Frontiers of justice**: disability, nationality, species membership. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 61-62.

<sup>227</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 104.

<sup>228</sup> NUSSBAUM, Martha, op. cit., p. 85-86.

facilidade em praticar dominação, a justiça seria boa para todos porque é algo que os seres humanos valorizam fortemente. As acomodações sociais necessárias para que haja trato adequado às pessoas com graves deficiências não iriam gerar vantagem mútua no sentido estritamente econômico do termo, mas nessa perspectiva o que é justo constituiria um fim em si mesmo, de modo que sua concretização estaria deveras limitada se houvesse, além disso, a exigência de gerar vantagens mútuas para todos.<sup>229</sup>

Assim, chega-se à ideia de elaboração de uma lista com capacidades centrais, cujo pleno atendimento de todas seria necessário para providenciar um mínimo de respeito que a dignidade humana requer, de modo que suas materializações devem ser encaradas como objetivos políticos que visem beneficiar a todos indistintamente. Ademais, deve-se levar em conta a necessidade de efetivação de um patamar mínimo de cada uma das capacidades, patamar que serve como padrão avaliatório absoluto para informar a medição do progresso social, abaixo do qual as capacidades não estariam desenvolvidas de maneira satisfatória,<sup>230</sup> impedindo neste caso que o arranjo social em questão seja considerado como adequadamente justo.

A lista de dez capacidades humanas centrais trazida por Nussbaum é composta por 1) vida de duração normal; 2) saúde corporal; 3) integridade e liberdade corporal; 4) livre expressão de sentidos, imaginação e pensamento; 5) adequado desenvolvimento e expressão emocional; 6) viabilidade de formação de razão prática pessoal; 7) liberdades positivas e negativas de associação; 8) convívio respeitoso com outras espécies; 9) ampla possibilidade de entretenimento; 10) controle sobre o próprio entorno político e material (liberdade política, social, e de desenvolvimento do próprio projeto existencial). A ideia básica é que não seria possível imaginar uma vida humana digna sem o desenvolvimento adequado de qualquer dessas capacidades.<sup>231</sup>

A abordagem trazida não tem pretensões de completude em relação à justiça social, pois não faz menções a como resolver questões de desigualdade acima do patamar mínimo a ser garantido para todas as categorias apresentadas, e também não considera que exista uma lista definitiva e permanente de capacidades a serem

---

<sup>229</sup> NUSSBAUM, Martha. **Frontiers of justice**: disability, nationality, species membership. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 89-90.

<sup>230</sup> Ibidem, p. 70-71.

<sup>231</sup> Ibidem, p. 76-78.

resguardadas, de maneira que é possível a inclusão de outros valores políticos que orientem a expansão do âmbito de proteção capacitária.<sup>232</sup>

Deve-se ressaltar que, diante da grande versatilidade própria da abordagem das capacidades, a idealização de Martha Nussbaum sobre uma estrutura social mínima de suporte para a dignidade humana é apenas uma das possibilidades de seu emprego como método eficaz para alcançar uma sociedade mais igualitária, visto que está concentrada em prevenir e eliminar injustiças manifestas independentemente da maneira como será usada.

#### 4.4 ESFERAS DE RECONHECIMENTO SOCIAL

Axel Honneth inspira-se principalmente nas teorizações de Hegel (no período em que este lecionou na universidade de Jena) e George Herbert Mead para estruturar sua noção referente à luta social como uma luta pelo fim do desrespeito na sociedade e pelo reconhecimento intersubjetivo como processo formador da identidade do sujeito moderno.

De acordo com o autor, a teoria social moderna teve início com Maquiavel e Hobbes, que estruturavam o modelo de resolução de conflitos intersubjetivos pela realização de um contrato social por indivíduos que, por interesse próprio, associavam-se visando autoconservação ao estabilizarem suas relações (em linhas gerais o cerne da tradição contratualista, à qual Rawls está vinculado), o que, para Honneth, é um modelo teórico falho e que traz consequências que não se verificam na prática. Isto porque se, como afirmou Hegel (inspirado na teoria do reconhecimento de Fichte, seu contemporâneo), o estopim para o conflito social é a crença dos indivíduos de que suas identidades particulares foram desrespeitadas, o resultante confronto entre sujeitos não é somente por uma questão de autopreservação, mas sim pelo "reconhecimento intersubjetivo das dimensões da individualidade humana".<sup>233</sup>

Porém, o projeto hegeliano referente à reconstrução da sociedade como uma sucessão de estágios da luta por reconhecimento foi abandonado antes de ser concluído, fazendo com que Honneth buscasse em Mead o suporte teórico para

---

<sup>232</sup> NUSSBAUM, Martha. **Frontiers of justice**: disability, nationality, species membership. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 75-76.

<sup>233</sup> HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 47-48.

formar a ponte entre suas próprias concepções sobre o reconhecimento e as de Hegel, possibilitando então a conclusão do projeto anteriormente inacabado.

Com apoio da psicologia social de Mead, Honneth pôde elaborar as necessárias questões referentes à forma de socialização, inspirando-se na concepção intersubjetivista da autoconsciência humana, em que um ser humano só teria a possibilidade de estar consciente de suas ações "na medida em que ele aprende a perceber sua própria ação da perspectiva, simbolicamente representada, de uma segunda pessoa",<sup>234</sup> e a partir desse entendimento estaria montada uma base para uma nova forma de autoconsciência baseada primariamente na percepção em relação aos outros sujeitos. Para Honneth, todavia, as soluções propostas tanto por Mead quanto por Hegel para as questões que eles suscitaram em suas obras contêm problemas similares entre si que não são resolvidos pelos próprios autores.

A crítica a Mead tem como base a noção de que o reconhecimento dos indivíduos em relação a suas circunstâncias particulares poderia ser operado via engajamento em trabalho socialmente útil, o que se pode relatar como equivocado pelo fato de que a avaliação referente à utilidade dos trabalhos presentes na sociedade depende da própria postura da coletividade em relação a eles, o que impediria que um sujeito pudesse avaliar de forma objetiva a extensão ou qualidade de suas contribuições para a sociedade pela lente de uma divisão laboral funcional autonomizada.<sup>235</sup>

Já a crítica a Hegel está fundada em seu desenvolvimento dialético acerca da noção de solidariedade, a partir da qual os indivíduos teoricamente passariam a respeitar uns aos outros pela simpatia demonstrada a seus modos de vida, mas que é desprovida de um nexos causal que faz com que as pessoas possam oferecer reconhecimento, visto que para isto seria necessário que compartilhassem ideias sobre como viver adequadamente em sociedade, caracterização ausente na teoria hegeliana sobre o tema.<sup>236</sup>

O modelo proposto como uma solução para as dificuldades das teorias anteriores é constituído por três esferas relativas ao reconhecimento intersubjetivo: amor (que possui o papel de gerar autoconfiança), direito (a cargo da geração de

---

<sup>234</sup> HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 131.

<sup>235</sup> Ibidem, p. 151-152.

<sup>236</sup> Ibidem, p. 153-154.

autorrespeito dos indivíduos), e solidariedade (responsável pelo desenvolvimento da autoestima pessoal). Essas três formas de reconhecimento passam por um processo dinamizado pelo qual alguém pode se identificar como possuidor de determinados status necessários para sua formação identitária, respectivamente um receptáculo de preocupação vinda de outras pessoas, um agente capaz de responsabilidade, ou um membro do corpo social visto como valioso para o cumprimento de projetos comunitários.<sup>237</sup>

Para que um sujeito possa se sentir dessa forma e alcançar uma vida bem-sucedida, necessariamente teria que ser reconhecido por outros nessas três categorias, e, portanto, a própria autopercepção individual, assim como a própria noção de reconhecimento, é ladeada pela intersubjetividade das relações travadas com os outros. Levando em conta as diferentes lógicas internas de cada uma das esferas cognitivas, é preciso se levar em consideração as peculiaridades de cada uma delas para que se possa identificar e obter o que constituiria o progresso moral para a sociedade, de forma que seriam necessárias medidas especificamente direcionadas a cada uma delas, visto que possuem exigências diferentes para a sua adequada concretização.

No campo do amor, o progresso poderia vir com a supressão de estereótipos e outras atribuições culturais que, quando empregadas de maneira deletéria, dificultam a identificação de condutas que visam suprir necessidades sociais dos afetados por estas formas de prejulgamento. Em relação ao direito, o desenvolvimento pode surgir, por exemplo, na forma de legislação garantidora de maior proteção aos que dela necessitam por conta de desigualdades sociais, de modo a gerar maior igualdade. Quanto à esfera da solidariedade, consegue-se imaginar progresso pela reavaliação minuciosa das estruturas culturais que têm por função determinar o que se considera por atividades passivas de gratificação e o quanto se deve recompensar por elas.<sup>238</sup>

Além disso, também é possível alcançar patamares maiores de progresso moral social com o auxílio de uma orquestrada redefinição dos limites materiais pertinentes a cada esfera, dinâmica na qual o âmbito das relações jurídicas detém

---

<sup>237</sup> HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003. Capítulo 5.

<sup>238</sup> Idem, **Redistribution as recognition**: a response to Nancy Fraser. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?**: a political-philosophical exchange. London: Verso, 2003. p. 110-197 (p. 187-188).



papel de destaque, pois por sua própria natureza tem a capacidade de incorporar de maneira estável pretensões tipicamente associadas aos outros dois campos, proporcionando melhoria duradoura da conjuntura social por força de processos de legalização dos avanços obtidos politicamente.<sup>239</sup>

Deste modo, fundamentalmente por intermédio de legislação protetiva que visa tratar de necessidades de grupos particulares de indivíduos, o direito tem função privilegiada na realização de justiça social, seja pela atuação legislativa, judiciária, ou da ciência jurídica, que geram oportunidade de assentar as bases para a transformação ou conservação da sociedade de acordo com o que for necessário para que seja mais justa com todos.

#### 4.5 ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E JUSTIÇA SOCIAL

Dentro do contexto do direito civil em que se trata da autonomia humana, as discussões relativas à autonomia existencial de um indivíduo figuram ao lado da temática da autonomia privada. Apesar de não haver ampla concordância doutrinária acerca de quais exatamente são os limites do que o conceito de autonomia privada ensejaria, o consenso entre as diferentes concepções gira primariamente ao redor da autonomia privada como atinente a questões de “autorregramento da vontade comumente vinculado a questões negociais”, manifestando claro viés patrimonialista. A autonomia existencial, por sua vez, estaria mais estreitamente conectada às liberdades pessoais de um sujeito de conduzir sua vida dignamente — sem que isso signifique que esteja de todo separada da autonomia privada —, o que inclusive pode envolver o exercício de direitos em relações não negociais, além de tangenciar variados outros tópicos ligados aos direitos da personalidade, feito os relacionados à sexualidade de um indivíduo ou ao direito a uma morte digna.<sup>240</sup>

Independentemente do âmbito em que for considerada, a autonomia individual logicamente acompanha limitações a seu exercício, que no tocante a seus fundamentos podem ser classificadas em três categorias: objetiva, subjetiva e relacional. A limitação objetiva se refere a impedimentos à realização de certas

---

<sup>239</sup> HONNETH, Axel. Redistribution as recognition: a response to Nancy Fraser. *In*: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange**. London: Verso, 2003. p. 110-197 (p.188-189).

<sup>240</sup> REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 31-32.

condutas a despeito das características particulares do sujeito, como limitações legais à forma de efetivação de negócios jurídicos; a subjetiva remete à limitação da autonomia de um indivíduo em função de seus atributos pessoais, tencionando protegê-lo das consequências de suas ações ao presumir que tenha inadequado entendimento da realidade, vide o caso de nulidade da celebração de um negócio jurídico por um menor de 16 anos não emancipado e não representado; já à relacional compete a limitação de autonomia visando proteger um indivíduo dos possíveis efeitos danosos de um ato praticado por terceiro, como nas hipóteses elencadas pelo art. 1.647 do Código Civil de 2002, em que a autorização do outro cônjuge é requisito para a validade de certos atos.<sup>241</sup>

Matéria com forte vínculo às discussões sobre autonomia é a concernente à (in)capacidade para a realização dos atos da vida civil, cujas principais disposições estão contidas nos arts. 1º a 5º do CC/02. Conforme Farias e Rosenthal, a capacidade jurídica “corresponde à efetiva possibilidade, concedida pela ordem jurídica, de que o titular de um direito atue, no plano concreto, sozinho, sem qualquer auxílio de terceiros”. A capacidade jurídica se divide em capacidade de direito, uma aptidão genérica à titulação de direitos e deveres conferida a todos os indivíduos, e capacidade de fato (ou de agir), que diz respeito à prática pessoal de atos da vida civil, ao passo que a incapacidade se reporta à constatação de que um indivíduo é desprovido das exigências legais indispensáveis ao exercício de seus direitos,<sup>242</sup> do que se compreende que a imputação de incapacidade estaria classificada como uma limitação de natureza subjetiva à autonomia individual.

Com as alterações ao regime das incapacidades no direito brasileiro devido à promulgação da lei nº 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, conhecida alternativamente como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), os portadores de transtornos mentais, antes tidos como absolutamente incapazes, não figuram mais no rol das incapacidades (art. 4º do Código Civil) pelo simples fato de apresentarem distúrbio psíquico, uma alteração legislativa de grande relevância para o digno desenvolvimento dos projetos existenciais dos afetados por esta mudança de paradigma. Isso não quer dizer que o novo regime deixa de conferir proteção para os que dela precisam, já que ainda é

---

<sup>241</sup> REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 44-48.

<sup>242</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**, v. 1. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 314-317.

possível limitar a capacidade do portador de transtorno mental via curatela (art. 1.767 e segs. do Código Civil), com a diferença de que o motivo para que se determine tal restrição a um indivíduo não mais se daria meramente em decorrência de distúrbio mental, e sim do enquadramento em uma das hipóteses constantes na nova redação do mencionado art. 4º.<sup>243</sup>

Para reforçar a ideia de promoção de maior igualdade e autonomia que está no cerne do EPD, pode-se chamar a atenção à presença de dispositivos expressamente direcionados a este fim, como o art. 6º, que estabelece um rol exemplificativo de hipóteses em relação às quais a plena capacidade do deficiente deverá ser assegurada (como questões relativas a matrimônio, união estável, e exercício de direitos sexuais, reprodutivos e familiares). Logo, nota-se a intenção legislativa de propiciar maior liberdade para que os deficientes consigam realizar o que delinearão para sua existência, pois mesmo que sofram alguma espécie de intervenção no direito de administrarem seu patrimônio, as restrições decorrentes não podem obstaculizar a efetivação de atividades que podem encarar como necessárias para o cumprimento de seus projetos de vida.<sup>244</sup>

Outro exemplo de novidade legislativa que mostra o foco do EPD em relação ao incremento da autonomia desta categoria de indivíduos vulneráveis é o art. 116, que cria o instituto da tomada de decisão apoiada, instrumento pelo qual a pessoa com deficiência elege dois ou mais apoiadores, sujeitos que lhe ajudarão na tomada de decisões sobre atos da vida civil, com o objetivo de proporcionar maior segurança tanto para o apoiado quanto para os terceiros que venham a constituir relações jurídicas com ele. Importante ressaltar que a tomada de decisão apoiada não transfere aos apoiadores a possibilidade de realizar atos em nome do apoiado, já que a dinâmica desse mecanismo envolve somente o fornecimento de informações ao apoiado para que este seja auxiliado pelos apoiadores — que apenas figuram como coadjuvantes — a exercer sua própria capacidade.

Tendo em vista essas e outras mudanças trazidas pelo EPD com o propósito de beneficiar sujeitos historicamente tidos como cidadãos de segunda classe, podemos avaliar sua promulgação como uma medida necessária para a prevenção e eliminação de injustiças manifestas perpetradas contra os deficientes, que até

---

<sup>243</sup> REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 162.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 163.

pouco tempo atrás estavam em uma situação consideravelmente pior quanto a seus conjuntos capacitários tomando como referência os sujeitos sem deficiências graves.

Isso porque os portadores de transtornos mentais, além de já sofrerem com o acoplamento de desvantagens na obtenção e conversão de recursos que é inerente a suas circunstâncias, também tinham legalmente um grau reduzido de autonomia justamente por conta de suas vulnerabilidades. Embora em grande parte desses casos não seja possível remediar significativamente os prejuízos intrínsecos à deficiência mental, o advento do EPD pôde mitigar uma parte considerável da desigualdade social entre deficientes e não deficientes, garantindo mais liberdade substantiva para um grupo desfavorecido de cidadãos, resultado desejável de acordo com as teorizações de Amartya Sen especialmente quanto à variação de conversão de recursos referentes às heterogeneidades pessoais e ao clima social.

Em referência a Martha Nussbaum, ao considerarmos que o aspecto material da capacidade central humana de controle sobre seu ambiente se relaciona ao desenvolvimento do próprio projeto existencial, podemos dizer que os benefícios trazidos pelo EPD também poderiam ajudar ao menos parcialmente no objetivo de promover uma sociedade mais justa. Expandir o conjunto capacitário de portadores de deficiência mediante legislação protetiva pode ser considerado como uma providência com distinta intenção de alcançar e manter um maior patamar mínimo de dignidade humana para uma relevante parcela social, que por muito tempo tem sofrido com posturas sociais infundadas, arbitrárias, carentes de alteridade, respeito e solidariedade.

Ademais, explorando uma possível consequência da matriz kantiana que fundamenta a teoria da justiça de Rawls, o radical respeito à intrínseca dignidade de cada indivíduo, como exige Nussbaum, requer que a autonomia existencial de qualquer humano seja desenvolvida independentemente das vantagens contratualistas que poderiam resultar disso. Tendo isso em consideração, a análise das circunstâncias dos portadores de distúrbios mentais mostra patentemente que, quando guiada pela noção de vantagem mútua, a observação de sua posição na sociedade encobre a percepção dos benefícios inerentes a uma ideia de cooperação social que esteja pautada em alteridade e intrínseco respeito à humanidade. Quanto a este ponto de vista que enfatiza tratamento alteritário, os delineamentos teóricos de Nussbaum atribuem-no, nessas circunstâncias, a condição de vantajoso em si mesmo, manifestando-se como reflexo da consideração das relações humanas

quando reguladas pela justiça.

O EPD também contribui para o progresso moral social conforme as elaborações de Axel Honneth, servindo como exemplo claro da atuação do direito em seu papel de estabilizador de pretensões vindas das três esferas de reconhecimento intersubjetivo. Na esfera do amor, tem-se que gerou progresso colaborando para a eliminação de prejulgamentos nocivos que obstaculizam o desenvolvimento da autoconfiança de portadores de transtornos mentais ao promover inclusão social e cidadania. Na esfera do direito, avançou ao propiciar maiores graus de desenvolvimento de autorrespeito para aqueles que agora estão menos desiguais em relação a seus pares, por exemplo, ao poderem oficialmente se perceber e serem percebidos como sujeitos capazes. Na esfera da solidariedade, considera-se haver desenvolvimento pelos dispositivos voltados à reafirmação de direitos laborais dos deficientes, que poderão ter sua autoestima fortalecida com a garantia de que podem ser membros contribuintes da coletividade.

Contudo, o direito, como se mostrou ao longo deste trabalho, não está adstrito a questões de justiça, seja jurídica, seja social. Passa-se então à abordagem do tópico central a ser investigado, isto é, a natureza paradoxal dos processos evolutivos do sistema jurídico, que serão pensados em relação a outros elementos desse sistema no que tange os reflexos da produção de certeza e incerteza pelo direito e como podem se associar a pretensões recognitivas da sociedade.

## 5 O PARADOXO EVOLUTIVO DO DIREITO

Após ter apresentado a maior parte do arcabouço conceitual relevante para esta pesquisa nos capítulos anteriores, resta tratar do tema central proposto, qual seja o processo evolutivo do sistema jurídico de acordo com a teoria dos sistemas sociais autopoieticos, que será analisada conforme os desenvolvimentos ortodoxos de Luhmann quanto a sua dinâmica de variação/seleção/estabilização, e abordada criticamente na esteira de Guilherme Leite Gonçalves no que tange o jogo paradoxal de produção de certeza/incerteza<sup>245</sup>. Finalmente, a temática será então inserida no ainda relativamente recente contexto de promoção de justiça social pela promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, considerada de maneira mais específica no tocante à alteração que efetuou ao regime das capacidades do direito civil brasileiro, servindo de exemplo a como a compreensão da paradoxalidade da certeza pode afetar as possibilidades de reconhecimento de pleitos sociais por justiça.

### 5.1 VARIAÇÃO/SELEÇÃO/ESTABILIZAÇÃO

A abordagem de Luhmann a respeito das transformações evolutivas do direito começa pela assunção do conceito darwiniano de evolução, principalmente por meio de seu esquema variação/seleção/estabilização. Apesar desta referência teórica específica, as asserções da teoria sistêmica não necessariamente correspondem ponto a ponto às darwinianas, mas sim as utilizam com a intenção de aludir a uma teoria geral dos processos evolutivos, tendo como principais preocupações a análise das condições nas quais podem ocorrer alterações estruturais imprevistas e a explicação da dinâmica de acréscimo e/ou diversificação da complexidade. Do ponto de vista sistêmico, só há evolução quando tanto as possibilidades de diferenciação quanto as de adaptação estão presentes na relação entre sistema e ambiente, pois caso contrário não haveria um objeto evolutivo, mas essa formulação não é suficiente para compreender a descrição do processo de evolução, que pode ser resumidamente formulado como a circularmente produzida amplificação de

---

<sup>245</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**: horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013.

desvios.<sup>246</sup>

Diversamente, a forma pela qual é possível explicar esse problema é a distinção entre variação e seleção. Se essa diferença for estabelecida como uma distinção real, como a entre episódios de mutação de uma espécie e seu tempo de sobrevivência, ela necessariamente possibilita a descrição de grande variedade de formas criadoras de desvios que influenciam os processos evolutivos a depender das diferentes condições ambientais presentes, desvios que ocorrem tanto em referência aos pontos iniciais de evolução quanto em referência às resultantes diferenças entre as espécies. Ao tratar de uma abordagem evolutiva que intersecta a perspectiva sistêmica, que pensa a relação entre variação/seleção e sistema/ambiente como duas formas distintas de uma mesma teoria, o tema central a ser desenvolvido se refere a quais características de um sistema tornam possível que ele evolua, assunto que deve ser elaborado levando em conta a pressão seletiva que surge a partir do fechamento operacional sistêmico e sua limitada complexidade quanto ao ambiente.<sup>247</sup>

A evolução em um sistema depende do cumprimento de certas condições e do contingente acoplamento entre elas, quais sejam a variação de um elemento autopoiético no tocante ao existente padrão de reprodução sistêmica; a seleção de uma estrutura que passa a ser possível como condição de ulterior reprodução; e a manutenção da estabilidade do sistema em um sentido dinâmico, de modo que possa continuar a reprodução autopoiética e estruturalmente determinada nessa nova forma. A interação desses três componentes (elementos, estruturas e unidade do sistema, respectivamente) forma o contexto necessário de existência do sistema, pois cada um não existiria sem o outro, mas também ocasionam a improbabilidade de sua evolução na medida em que é possível que tais componentes sejam acessados de maneira diferenciada apesar da mútua e equilibrada interdependência entre eles.<sup>248</sup>

Devido ao fato de que o sistema jurídico é capaz de realizar autopoiese de maneira relativamente independente do resto do sistema da sociedade, afirma-se pela mesma razão que o direito também é capaz de evoluir de forma igualmente independente, pois o fechamento operacional não exclui a viabilidade de evolução

---

<sup>246</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 230-231.

<sup>247</sup> Ibidem, p. 231-232.

<sup>248</sup> Ibidem, p. 232.

sistêmica, o que fica evidente justamente ao analisar o contexto evolutivo no qual o fechamento operacional ocorre.

Mesmo antes da formação de um código binário estritamente jurídico vinculado à diferenciação funcional do sistema, pode-se constatar a presença na sociedade de vasta quantidade de materiais de natureza jurídica registrados na forma de programas condicionais, de modo que um observador é capaz de entender o que se pretende quando ele é instruído a direcionar sua atenção a uma matéria de natureza jurídica, pois os programas condicionais já existentes cumprem com a função de regular a atribuição dos valores lícito e ilícito. Em face da necessidade de defender sua autonomia devido à passagem da sociedade como um todo para o novo contexto de diferenciação funcional, o sistema jurídico se utiliza de todo esse aparato previamente construído para servir de base ao até então inalcançado fechamento operacional, tendo que manter seu fechamento e reestruturá-lo conforme a radical mudança do ambiente societal, o que não ocorre mediante uma reorganização planejada, mas sim por uma transformação evolucionária das estruturas previamente consolidadas.<sup>249</sup>

Antes de abordar como as funções da variação/seleção/estabilização se desenvolvem no caso do sistema jurídico, faz-se necessário demonstrar como as estruturas do sistema foram estabelecidas de maneira a estarem sujeitas aos impactos da evolução. Neste cenário o desenvolvimento da escrita figura como fenômeno de singular importância, pois ela opera como uma espécie de memória social cuja vantagem em relação ao registro de informações nas consciências de sistemas psíquicos — seja pela memória cerebral, seja pela memória que resulta de um procedimento de transmissão temporalmente diferido — é a de que o conhecimento registrado sempre está disponível para acesso, mesmo em situações inesperadas,<sup>250</sup> desde que, pelo menos, conserve-se adequadamente o meio em que a informação está registrada.

A escrita é um mecanismo pelo qual se acoplam estruturalmente a física, uma consciência e a comunicação de realidades fisiológicas, psicológicas e sociais, que possibilita a diferenciação de textos que servem como o mesmo fundamento para a formação de opiniões diferentes. Para que isto seja possível, a escrita supõe a existência de, na terminologia de Spencer Brown, um espaço não marcado que pode

---

<sup>249</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 233-234.

<sup>250</sup> Ibidem, p. 234-235.



ser cruzado para chegar a um espaço marcado pela produção e definição simultânea de um marcador<sup>251</sup>, pois somente num meio que possibilita a existência de marcadores é que é possível que os marcadores ajam como *medium* para a forma que se manifesta como texto. Por conta de sua característica inerentemente física, a escrita pertence ao ambiente de um sistema de comunicações, de modo que ela não se apresenta como componente da comunicação social; o sistema apenas assimila a escrita ao utilizá-la como fonte de informação, sendo que tal assimilação não se refere a suas marcas físicas, mas sim apenas ao sentido que se atribui à escrita.<sup>252</sup>

Além disso, a escrita permite que a comunicação seja independente do tempo em que a mensagem foi escrita, o que faz com que também esteja praticamente independente das intenções de quem a escreveu, cabendo aos intérpretes da mensagem decidir se a essa vontade deve ser atribuída alguma relevância. Estritamente do ponto de vista da transmissão de informações por escritura, as circunstâncias ou possíveis intenções do autor de uma mensagem não mais contam após escrevê-la, devendo estar amparada apenas pela clareza de seus enunciados e de diretivas que orientem sua interpretação. Nesse sentido, todos os participantes desse tipo de comunicação — ou, mais radicalmente, de qualquer uso de linguagem, como assevera Derrida<sup>253</sup> — incluindo aqueles que eventualmente a tenham originado, devem ser tratados como ausentes.<sup>254</sup>

Quando há fixação de um sentido por intermédio da escrita, ele é passado adiante em um processo repetitivo de leitura, condensação e amplificação do sentido, em que o signo original e a leitura que se faz dele constituem uma estrutura expandida, estrutura essa que é composta tanto do signo em tela quanto de alguma forma de resposta em relação a ele, sendo nessa expansão que os mecanismos evolutivos podem se firmar e efetuar seleções. Ademais, o advento da escritura possibilitou que a forma jurídica a utilizasse para se diferenciar, fechando o direito pela forma escrita, o que embora tenha favorecido as possibilidades de distinção do sistema jurídico, não necessariamente fez com que ficasse mais fácil constatar o conteúdo do direito válido, visto que não mais estava sujeito a formulações de

---

<sup>251</sup> SPENCER BROWN, George. **Laws of form**. New York: The Julian Press, 1972. p. 1, 5.

<sup>252</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 235.

<sup>253</sup> DERRIDA, Jacques. Assinatura acontecimento contexto. *In*: DERRIDA, Jacques. **Margens da filosofia**. Campinas: Papirus, 1991. p. 349-373.

<sup>254</sup> LUHMANN, Niklas, op. cit., p. 236.

expectativas normativas *ad hoc* que se sustentavam e se legitimavam pelo apoio social concedido ao autor da pretensão, como no caso do instituto da compurgação<sup>255</sup> do antigo direito inglês.<sup>256</sup>

De outro lado, a função da escrita está baseada no fato de que se sabe que os registros escritos não são a própria lei, mas apenas uma maneira de expressá-la. Igualmente à evolução da linguagem, a evolução da escrita produz uma distinção, sendo que tal evolução depende do fato de que essa distinção funcione no sentido de que o significado não seja confundido com seu significante, e que em seu cotidiano os indivíduos sejam capazes de contar com o fato de que outros também compreendam essa diferença. A criação de registros jurídicos por escrito surge estreitamente vinculada à questão da expectativa de ter expectativas normativas frustradas, pois como não há como saber quando mesmo expectativas estabilizadas serão cumpridas, a sua fixação na forma escrita ao menos dá a possibilidade de que se possa repetir qual é a expectativa normativa apropriada a certo caso, servindo como auxiliar da manutenção contrafática de expectativas de que se encarrega o direito.<sup>257</sup>

Disto não resulta que a escrita tenha trazido grau inabalável de certeza ao direito, caso contrário não seria possível que evoluísse, nem que se tenha eliminado a incerteza acerca do cumprimento de expectativas normativas no futuro; o único feito da escrita foi ter substituído a diferença certeza/incerteza por uma nova diferença, significado/significante. Um texto escrito organiza referências a possíveis sentidos, criando mais complexidade (sentidos variados) mediante a redução de complexidade (estabilização escrita do texto a ser tomado como base), viabilizando a emergência de novas distinções em que o texto ocupa um dos lados de formas antes inexistentes, como texto/interpretação, texto/contexto, ou sentido literal/sentido pretendido, formas que se intersectam e expõem o direito a processos evolutivos mesmo que os textos pelos quais o direito expressa suas determinações

---

<sup>255</sup> A compurgação é um instituto jurídico medieval que possibilitava um acusado, com a devida aceitação da corte, a prestar juramento em que afirmava dizer a verdade quanto a sua inocência, sendo eximido das acusações caso obtivesse a confirmação de certo número de pessoas (geralmente onze) de que era alguém que dizia a verdade. Cf. MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. A noção de contrato no direito inglês — perspectiva histórica. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 36, n. 143, p. 239-256, jul./set. 1999 (p. 253). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/518>. Acesso em: 20 mai. 2019.

<sup>256</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 240-241.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 241-242.

permaneçam inalterados.<sup>258</sup>

A existência de textos jurídicos escritos é causa contínua para revisão do direito em face de novas distinções, limitando-se com elas a tarefa de sua interpretação, que é a maneira pela qual se consuma a incessante análise da validade de formas jurídicas. A título de exemplo de limite cita-se a impossibilidade de modificar uma forma pela via interpretativa quando não há ambiguidade no sentido que se atribui a ela, como no caso de uma norma que estabelece prazo prescricional e o marco inicial de sua contagem, mas ainda restaria possível questionar se o sentido de uma norma está totalmente livre de ambiguidade.<sup>259</sup>

Haja vista o exposto, a necessidade de interpretar permanece absoluta mesmo quando a interpretação em si está limitada, exigindo que seja efetuada em relação ao direito como um todo, e não somente às partes em que há alguma espécie de incerteza quanto ao significado de uma passagem particular. Qualquer texto válido deve ser submetido a exercício de interpretação, adquirindo sua natureza textual somente num contexto interpretativo, e nessa perspectiva o texto é responsável pela concepção de um *medium* constituído da totalidade de interpretações que se referem a ele, do qual novas formas podem ser condensadas, sejam controvérsias vazias, sejam teorias que se tornam opinião dominante. Disso o que deve restar firmado é que toda e qualquer evolução jurídica é possibilitada pela diferença entre texto e interpretação.<sup>260</sup>

Além das possibilidades evolutivas dessa distinção, deve-se tomar nota do impacto da evolução social como amplificadora da evolução do sistema jurídico, cuja influência está limitada, entretanto, pelo fechamento operacional do direito. A principal maneira de inserir variações no sistema é pela comunicação de expectativas normativas inesperadas, que provavelmente serão frustradas quando ocorrerem; como não é possível prever o que será tido como mera variação e o que será efetivamente selecionado, a consolidação de uma nova expectativa ou o reforço de uma antiga acontece contingentemente. Junta-se a isso a tendência social de se criar dubiedades nos casos em que alguém é acusado de ter violado uma norma, ambivalências que decorrem da dinâmica entre argumentos acusatórios e contra-argumentos em resposta, e que se opõem à aparente objetividade do

---

<sup>258</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 242.

<sup>259</sup> Ibidem, p. 243.

<sup>260</sup> Ibidem, p. 243.

código lícito/ilícito gerando incerteza acerca de que norma deve ser aplicada ao caso em tela, dúvida fecunda para a evolução jurídica.<sup>261</sup>

Além disso, não há como impedir a ocorrência de confrontos desse tipo, visto que não é possível fazer com que todos os que se subordinam ao direito estejam sempre em perfeita concordância em relação a todas as suas normas. Um consenso assim, em verdade, apenas eliminaria a viabilidade de evolução do sistema jurídico, pois ela depende da presença e ulterior neutralização de problemas de discordância social, o que se tenta atingir mediante normas que definem os responsáveis por atender essa demanda (normas competenciais) e pela instauração de procedimentos que delimitam as possibilidades de resposta jurídica ao problema. Foi a partir do surgimento de procedimentos decisórios que se pôde instaurar de maneira prática a separação entre variação e seleção, na medida em que a primeira concerne à mutação do direito que promove quando é ocasionalmente confirmada, enquanto que a segunda se refere ao encargo de selecionar qual opinião está em conformidade com o sistema jurídico.<sup>262</sup>

O desvio primordial do direito moderno em relação a ordens sociais anteriores deu-se quando os procedimentos passaram a desencorajar ou simplesmente proibir a articulação de argumentos *ad hoc* e *ad hominem*, sendo vistos como em desacordo ao caráter geral associado aos programas do sistema. A rejeição dessas formas argumentativas e a consequente assunção do já tradicional padrão de argumentação jurídica que ecoa até os dias de hoje auxiliam na demonstração do caráter diferenciado do direito; nesse cenário a procedimentalização figurou somente como condição para concretizar seu potencial evolutivo, pois foi a especificação de uma forma pela qual a argumentação deve se referir aos materiais jurídicos que realmente permitiu que o sistema se autonomizasse e suas comunicações fossem diferenciadas daquelas com padrões semelhantes, como as de natureza moral.<sup>263</sup>

A proibição de argumentos *ad hoc* e *ad hominem* fez também com que surgissem novas exigências no plano da justificação de uma decisão jurídica, especificamente no sentido de que ela deverá identificar normas pré-estabelecidas às quais se reporta e fazer uso de conceitos e regras decisórias que se assume poderem ser aplicadas em outros casos. Somente assim é viável aceitar uma

---

<sup>261</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 243-244.

<sup>262</sup> Ibidem, p. 247-248.

<sup>263</sup> Ibidem, p. 248.

formulação de justiça que designa que casos iguais devem ser tratados igualmente, e desiguais desigualmente, cabendo ao sistema jurídico estabelecer o que pode ser considerado como igual ou desigual e por meio de quais regras isso será feito, criando ao longo do tempo um repositório de materiais jurídicos que permitem que um decisor rejeite argumentos que o direito passa a simplesmente caracterizar como inadequados à forma jurídica, visto que não correspondem às exigências ligadas à diferença igualdade/desigualdade da justiça.<sup>264</sup>

A depender do resultado de uma decisão produzida em relação à fórmula de contingência da justiça (distinção entre iguais e desiguais; iguais são tratados igualmente, desiguais desigualmente), a evolução do direito pode ser orientada conforme retroalimentação positiva ou negativa, de modo que o sistema ou permanece estável pela repetida aplicação das normas já existentes, ou suscita desvios em relação ao seu atual estado ao gerar maior complexidade interna pelo uso recorrente de distinções que justificam porque elas não serão repetidas. Diante da perspectiva de eventuais desvios o tema da estabilização e consecutivas re-estabilizações estruturais do sistema mostra-se como relevante, visto que trata de como o sistema pode permanecer funcionando autopoieticamente e de maneira suficientemente confiável mesmo com o incremento contínuo de sua complexidade.<sup>265</sup>

Nesse contexto a dogmática jurídica tem papel indispensável, pois produz material semântico abstraído da prática jurídica que pode ou ser usado como base para rejeitar decisões que não condizem com a aceção dominante da norma da justiça, ou pode diversamente ser empregado para justificá-las conforme os entendimentos correntes desse âmbito. Com a diferenciação da dogmática jurídica, um ramo teórico vinculado ao direito dotado desse efeito estabilizador, também é possível diferenciar por meio dela a função de estabilização do sistema; variações produzidas pela dogmática então podem ser adotadas por procedimentos judiciais, dando a elas relevância estrutural a ser considerada em casos a serem futuramente decididos. Somente com o desenvolvimento de uma complexa dogmática jurídica a (re-)estabilização do direito pode deixar de ser uma questão de simples atribuição casuística de validade a suas normas para ser encarada como uma questão de consistência normativa, pois cabe à dogmática a garantia de que, em suas

---

<sup>264</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 248-249.

<sup>265</sup> *Ibidem*, p. 255.

mudanças, o sistema aprove a si mesmo.<sup>266</sup>

Restando estabelecido que a fórmula de contingência da justiça tenha como uma de suas exigências a produção de respostas adequadamente complexas por parte do direito às demandas ambientais que recebe, em face de uma situação em que a responsividade do sistema jurídico seja inadequadamente complexa é possível que nem os procedimentos judiciais nem a dogmática jurídica — que exercem de modo principal, respectivamente, função seletiva e (re-)estabilizadora do sistema quando avaliados de um ponto de vista evolutivo — sejam suficientes para corrigir esse problema, conjuntura em que caberia à legislação atuar como produtora das inovações corretivas necessárias, ou seja, primariamente no âmbito evolutivo da variação.<sup>267</sup>

Pelo fato de um sistema capaz de evoluir responder a impulsos vindos de seu ambiente produzindo variações, que ao serem confirmadas por procedimentos seletivos eventualmente ocasionam sua (re-)estabilização, que pode então ser usada como motivo para que novas variações sejam produzidas, demonstra-se assim que a evolução opera mediante uma relação circular entre seus elementos. Embora isso signifique que o direito se transforme de forma a refletir mudanças na sociedade, isso não quer dizer que o ambiente é capaz de determinar o sistema, mas sim que o próprio sistema, ao notar suas deficiências, utiliza-se de meios próprios para repará-las com o objetivo de executar mais apropriadamente sua função de reduzir complexidade social.<sup>268</sup>

## 5.2 CERTEZA/INCERTEZA

Em *Direito entre certeza e incerteza*, Guilherme Leite Gonçalves busca tratar do tema da certeza do direito, diferentemente da costumeira abordagem sob a ótica da segurança jurídica, a partir de uma perspectiva sociológica que visa expor as mais variadas formas de como se dá a dinâmica entre certeza e incerteza no sistema jurídico, tendo a teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Luhmann como base para essa investigação.

Um dos fios condutores da pesquisa é a exploração do conceito de centro de

---

<sup>266</sup> LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 256-257.

<sup>267</sup> Ibidem, p. 259.

<sup>268</sup> Ibidem, p. 258-259.

certeza, desenvolvimento original que usa para descrever sistemas filosóficos ou sociais que servem de representante e fundamento universal de uma sociedade ao se destinarem produzir segurança, controlar suas possibilidades, e reprimir a contingência social. Nas sociedades pré-modernas esse centro de certeza tinha natureza transcendental devido ao caráter divino-religioso dessas formações; com a queda desse centro no período de transição entre pré-modernidade e modernidade, período esse marcado pela emergência do racionalismo, o centro de certeza passou a ser a Razão humana; após este também cair, o que ocorreu na passagem para a modernidade tardia, o papel de centro de certeza foi assumido por sistemas sociais de controle, esferas da própria sociedade moderna que estão voltadas à satisfação de um projeto de segurança social.<sup>269</sup>

Discorrendo sobre a relação entre concepções formais e materiais do direito no contexto de suas possibilidades de produção de certeza jurídica, o autor expõe que, resumidamente, as formais assumem caráter acentuadamente legalista, com o objetivo de prevenir arbitrariedades no exercício do poder ao enfatizar a certeza advinda do seguro conhecimento das normas que o regulam; já as materiais, que criticam o eventual distanciamento do formalismo quanto às demandas da sociedade, realçam a certeza proveniente da garantia de que a justiça será realizada pela análise individualizada de cada caso concreto. Nesse debate ambos os lados atribuem ao direito uma posição de superioridade e de controle social que supostamente geraria segurança para o futuro ao negar a contingência: as concepções formais advogam em favor da previsibilidade das normas como meio de guiar a ação humana; as concepções materiais defendem que decisões judiciais devem ser produzidas respeitando seriamente as especificidades dos casos concretos para que os indivíduos sejam protegidos contra a indeterminação do futuro.<sup>270</sup>

Porém, nenhum dos dois leva a contingência social adequadamente em consideração. Do lado formal, a convicção quanto à certeza da norma geral e abstrata oculta a natural incerteza de seu processo de aplicação<sup>271</sup>; do lado material,

---

<sup>269</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**: horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 20-22.

<sup>270</sup> Ibidem, p. 209-211.

<sup>271</sup> Ainda que se defenda, com base no pensamento de Dworkin e autores com abordagens semelhantes, a possibilidade de dar respostas corretas a questões que envolvem interpretação jurídica, mesmo essas podem ser vistas como incertas numa perspectiva de previsibilidade, visto que dependeriam do resultado da reconstrução da tradição jurídica em cada caso por meio de um

a crença no discernimento dos magistrados como garantia de certeza da justiça esconde que suas decisões poderiam ter sido diferentes (mais justas ou diferentemente justas), pois numa sociedade policêntrica não há padrão absoluto de justiça. Um modelo de análise mais adequado da relação certeza/incerteza no direito, afirma o autor, pressupõe que numa sociedade hipercomplexa a produção desse tipo de segurança é bastante limitada, já que seu padrão é a imprevisibilidade das consequências de suas estruturas. Tal modelo, ao propor evidenciar via desreificação o que as concepções formais e materiais do direito pretendem deixar velado, assim como ao identificar que o direito oscila entre a geração de certeza e incerteza como consequência das contradições e paradoxos resultantes de suas operações, expressamente se vincula à proposta da teoria crítica dos sistemas de analisar criticamente as estruturas sociais.<sup>272</sup>

O primeiro dos dois paradoxos a serem especificamente analisados refere-se à dinâmica em que o direito converte incerteza em certeza. Diante da incerteza social quanto à estabilidade de suas expectativas, o direito se desenvolve no sentido de reduzir complexidade social — gerando certeza em contraponto à incerteza advinda da complexidade — ao normativamente estabilizá-las, mas essa estabilidade só é concretizada com o aumento da incerteza interna do sistema, que aumenta sua própria complexidade desenvolvendo elementos e estruturas jurídicas no intuito de desempenhar sua função de acordo com as demandas ambientais. Gera-se certeza social pelas expectativas normativas ao criar incerteza jurídica, ou, dito de outro modo, do ponto de vista do sistema, o *input* externo de incerteza gera *output* externo de certeza, tendo como custo a conversão de incerteza externa em interna. Todavia, não sendo o sistema jurídico um produto natural, mas sim fruto de um processo artificial de positivação que pode contingentemente ser mudado por novas decisões positivadoras, a certeza do direito não passa de uma artificialidade idealizada pelo próprio sistema.<sup>273</sup>

---

procedimento que metaforicamente é realizado como um “romance em cadeia”: a decisão correta depende de uma análise da tradição que existe até o momento, e ao ser prolatada é acrescida à tradição jurídica que deve ser analisada no próximo caso para que se chegue a uma resposta correta. Assim, devido a este tipo de interconectividade entre decisões passadas e futuras, só seria possível saber a resposta correta para um caso no momento presente de sua decisão. Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 275 e seguintes. Em outros termos, reafirma-se aqui a dinâmica circular evolutiva de ulterior variação que decorre justamente depois que uma variação inicial é estabilizada.

<sup>272</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**: horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 213-216.

<sup>273</sup> Ibidem, p. 246-247.



Tendo isso em vista, com o intuito de manter a confiabilidade em sua aptidão para contrafaticamente manter expectativas, o sistema deve ser capaz de passar por processos de mudança sem decréscimo de sua eficácia estabilizadora, abrindo-se ao ambiente sem, contudo, desdiferenciar-se dele. Isso é atingido justamente pelo fenômeno da positivação, que combina contingência e estabilidade numa só forma, viabilizando a presença simultânea de certeza e incerteza: uma manifesta-se por meio da abstração que determina a manutenção de expectativas predeterminadas apesar de divergências fáticas, a outra mediante a perspectiva de que o direito pode ser alterado, garantindo que interesses preteridos possam vir a ser abarcados pelo sistema jurídico. Ao ser descrita como uma conquista evolutiva que resguarda a funcionalidade do direito na sociedade moderna utilizando-se de incerteza para preservar a certeza, a própria positivação também se desenrola numa relação paradoxal.<sup>274</sup>

O segundo paradoxo a ser examinado trata do sentido inverso do primeiro, descrevendo a conversão de certeza em incerteza pelo direito. Ao estabilizar expectativas normativas pela atribuição dos valores do código lícito/ilícito, o direito reduz complexidade e possibilita decisões judiciais; no entanto, a solução da reconstrução jurídica das controvérsias sociais que é possibilitada pelo código não pode eliminar incerteza externa, sendo o código um marcador precisamente do quanto o sistema não pode ser determinado por seu ambiente, visto que é um representante da diferenciação das comunicações jurídicas em relação a outros tipos de comunicação societal. No interior do sistema a perenidade dessa incerteza está representada pela inerente variância das decisões judiciais, que se traduz como a falta de garantia quanto ao cumprimento da expectativa de ter uma expectativa normativa confirmada: numa disputa judicial sempre haverá uma parte perdedora, de modo que sua expectativa normativa, mesmo que tida como certa, ao ser processada pelo sistema mostra-se como incerta, dado que o resultado do procedimento judicial é imprevisível.<sup>275</sup>

Vê-se que a certeza oferecida pelo direito de que suas decisões estarão conforme seu código binário é, em verdade, uma incerteza, pois embora a oscilação que necessariamente se dará nos termos do código lícito/ilícito gere a certeza

---

<sup>274</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**: horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 248-249.

<sup>275</sup> Ibidem, p. 251-252.

tautológica de que a decisão do direito será jurídica, ao mesmo tempo ela cria a incerteza tautológica de que estruturas sociais marcadas pela contingência produzirão resultados contingentemente. Dessa maneira, o código lícito/ilícito paradoxalmente cria incerteza social ao produzir certeza jurídica, ou, em outras palavras, da perspectiva do sistema, o *input* externo de certeza gera *output* externo de incerteza, processo cujo preço é a conversão de certeza externa em interna. Essa incerteza, sem embargo, é exatamente o que faz com que o procedimento judicial possa ser um meio socialmente legitimado para a solução de conflitos entre expectativas normativas, uma vez que o fato de seu resultado não ser predeterminável é o que ocasiona a aderência das partes a suas regras e decisões.<sup>276</sup>

O próprio procedimento está envolto numa similar dinâmica paradoxal na medida em que a incerteza de sua base informacional — porquanto provinda da reconstrução simplificada de um ambiente hipercomplexo no interior do direito, com o toque adicional de incerteza que decorre do viés narrativo das partes ao defenderem seus próprios interesses — é tentativamente contrabalanceada pela fixação de regras procedimentais que visam garantir certeza à cognição do órgão decisor ao ampliar suas possibilidades de conhecimento controlado sobre os fatos em questão, partindo do pressuposto de que isso o permite elaborar decisões mais corretas. A certeza de que controlará o desenrolar da cognição não se traduz no controle do que chegará a seu conhecimento, e quanto mais chances de controle via regras procedimentais, maior a quantidade de incerteza em relação às informações produzidas durante esse processo.<sup>277</sup>

O reflexo dessa incerteza informacional é a produção de incerteza quanto à decisão final, uma vez que esta deve estar balizada pelas questões imprevisivelmente exploradas no decorrer do litígio, que se junta à indeterminação de como elas serão abordadas. Em contraponto a não haver como subsuntivamente determinar o conteúdo da decisão a partir dos dados em que ela deve estar baseada, o direito estabelece as certezas de que o juiz deve decidir em favor de uma das partes mesmo que não esteja seguro da justeza de sua resposta; que a decisão deve estar amparada em fundamentos racionais e de natureza técnico-

---

<sup>276</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**: horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 252-253.

<sup>277</sup> Ibidem, p. 254-255.

jurídica; e que a solução dada ao caso deve ser redutível a uma norma adequada ao conflito em questão<sup>278</sup>. Essas certezas implicam que a incerteza do direito é simultaneamente absorvida e regenerada por seus órgãos decisores, pois se de um lado põem fim à contenda judicial, também produzem frustrações permanentes aos que não tiveram suas expectativas confirmadas, causando impactos incontornáveis em seu ambiente que futuramente ocasionarão novas divergências jurídicas.<sup>279</sup>

Em linha com esses desenvolvimentos, pode-se cogitar a existência de ainda outros paradoxos jurídicos pautados pela diferença certeza/incerteza. O inicialmente destacado se refere à dinâmica paradoxal da fórmula de contingência da justiça, que determina que, para ser justo, o direito deve operar apresentando nível suficientemente complexo de responsividade às demandas sociais, tendo que também cumprir a exigência de manter a consistência de suas decisões.

Embora de imediato seja possível associar a exigência de responsividade à produção de incerteza devido à sua estreita relação com a variabilidade das operações jurídicas, assim como imediatamente associar a exigência de consistência à produção de certeza por conta de seu vínculo com a repetibilidade operativa, ambos os lados também produzem o oposto: a complexidade adequada da decisão traz certeza quanto à consideração das especificidades de uma demanda, enquanto a consistência das decisões traz incerteza quanto ao nível de reformulação abstrata das características de um caso para que possa ser agrupado com outros no intuito de que as decisões permaneçam consistentes entre si. Ademais, é possível justificar que a maneira adequadamente complexa de lidar com um caso é justamente a que preserva a consistência das decisões do sistema, efetivamente borrando a demarcação entre os dois polos.

Outro paradoxo a ser evidenciado se relaciona à dinâmica evolutiva do direito, descrita pela teoria dos sistemas utilizando-se do esquema darwiniano variação/seleção/estabilização, que se desenrola de maneira circular nos sistemas sociais de uma sociedade hipercomplexa, visto que a tarefa de lidar com a redução

---

<sup>278</sup> Embora não tenha explorado esses conceitos no mesmo contexto, as três certezas aqui referidas associam-se, respectivamente, ao que Teubner chamou de compêlimento à decisão, compêlimento à fundamentação, e compêlimento à normatização, ideias examinadas no âmbito das limitações do direito quanto a suas possibilidades de concretizar justiça jurídica. Cf. TEUBNER, Gunther. *Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do direito?* **Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro**, Serro, n. 4, p. 17-54 (p. 44-45), 2011. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/2259/2792>. Acesso em: 04 fev. 2019.

<sup>279</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**: horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 257-259.

da complexidade social de um ambiente em constante mudança resulta no fenômeno de que a (re-)estabilização do sistema figura por si própria como motivo para ulteriores variações.

De maneira semelhante ao paradoxo da justiça, há clara correspondência no direito entre a incerteza e a variação, que é o componente do esquema que está mais estreitamente associado ao aspecto de mutabilidade de um processo evolutivo, bem como clara afinidade entre certeza e estabilização, pois esta se refere a um aspecto de repetibilidade e consistência da forma de um elemento selecionado. Igualmente ao paradoxo anterior, cada um dos lados também se relaciona com o polo oposto, visto que a variação selecionada é um meio de trazer certeza de que demandas sociais previamente ignoradas terão suas correspondentes expectativas mantidas, enquanto que a estabilização engendra incerteza quanto à manutenção de uma expectativa previamente selecionada que ainda não foi estabilizada. Além disso, a formulação do paradoxo evolutivo (“o que muda, permanece”) implica que os meios do sistema para a redução de complexidade precisem variar conforme as frequentes novas realidades de seu ambiente hipercomplexo para que estabilizem a função redutora, e vice-versa.

Entretanto, os efeitos dos paradoxos do sistema jurídico não estão limitados às suas esferas internas de relação paradoxal. Embora o paradoxo funcional e o paradoxo do código apresentem suas próprias dinâmicas do jogo entre certeza e incerteza, cada um desses paradoxos serve de lado contrário a seu *alter* na forma binária função/código, respondendo-se mutuamente num jogo interparadoxal de certeza/incerteza. As representações de certeza expressas pelas expectativas normativas estabilizadas da sociedade são encaradas pela incerteza que provém da binariedade do código lícito/ilícito do direito, que revelam a indeterminação de como os valores do código serão atribuídos no momento de resolução do conflito normativo. Já a certeza do direito de que a decisão final dada a um litígio, independentemente de seu conteúdo, sempre será expressa mediante o código lícito/ilícito é observada pela sociedade como a incerteza de que nunca há como saber de antemão qual é o direito válido estabilizado pelo qual deve se orientar.

Observa-se situação parecida no tocante ao paradoxo da justiça e o paradoxo evolutivo, um servindo de oposto ao outro na forma justiça/evolução, também envolvidos interparadoxalmente pela diferença certeza/incerteza. A incerteza da exigência da justiça quanto à complexidade adequada das decisões do direito é

confrontada pela estabilização evolutiva das formas jurídicas reiteradamente selecionadas e aprovadas pelo sistema, que se utiliza do potencial estabilizador das construções da doutrina jurídica; a certeza proveniente da reivindicação da justiça em favor da consistência das decisões jurídicas é contraposta pela inserção de variações no sistema, particularmente pela comunicação de expectativas normativas inesperadas, que dão impulso ao processo circular de amplificação de desvios sistêmicos.

Por fim, seguindo o mesmo raciocínio, depreende-se que os vínculos interparadoxais da forma certeza/incerteza estão mutuamente conectados numa relação metainterparadoxal. Estabelecendo que a dinâmica entre função, código, fórmula de contingência e evolução pode ser descrita como sendo configurada hipercíclicamente para viabilizar a autopoiese do sistema<sup>280</sup>, os momentos paradoxais de produção de certeza e incerteza correspondentes a cada um desses fenômenos sistêmicos inevitavelmente também estariam unidos de maneira hipercíclica. Todavia, a natureza dessa conexão não teria o objetivo primário de viabilizar a autopoiese do sistema, mas sim o intuito de postergar os efeitos paralisantes de seus paradoxos, ou seja, de desparadoxizá-lo.

Uma tentativa simplificada de delinear um dos ciclos — certamente há outras maneiras de retratar o mesmo fenômeno — em que se convoca esse potencial de desparadoxização poderia ser traçada da seguinte forma: apoiados pela certeza de que o direito estabilizou suas expectativas normativas, indivíduos que sustentam expectativas conflitantes demandam do direito uma resposta para a emergente controvérsia. O procedimento judicial, que tenta reconstruir no interior do sistema jurídico a complexidade de seu ambiente de maneira suficientemente simples, estabelece limites para seu processamento cognitivo para que possa de maneira incerta, mas também necessária, atribuir um dos valores do exclusivamente jurídico código lícito/ilícito na resolução da contenda.

O paradoxo representado pela forma certeza/incerteza salta então do plano função/código, indo para o plano justiça/evolução: em face das exigências da justiça, programa em seu interior que dirige todos os outros programas, a decisão do direito precisa considerar adequadamente a complexidade da demanda recebida, ao

---

<sup>280</sup> TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 48-49; EIGEN, Manfred; SCHUSTER, Peter. **The hypercycle: a principle of natural self-organization**. Berlin: Springer-Verlag, 1979. p. 2-6.

mesmo tempo em que deve ser consistente com o corpo abstrato de decisões pertinentes ao caso em tela. As imprevisíveis seleções realizadas pelo órgão decisor nesse encadeamento confirmam ou teses jurídicas já predominantes, reforçando as expectativas habituais, ou teses sub-representadas no sistema, dando-lhes a chance de gozar de fortuita juridicidade, além de contingentemente poder figurar como expectativas amplamente aceitas caso sejam estabilizadas.

Por um lado, a demonstração da impossibilidade de predeterminar qual parte sairá como vencedora de uma disputa judicial garante o recurso ao procedimento como meio socialmente aceito de resolução de conflitos, mas também fomenta insegurança na sociedade devido ao fato de restar escancarada a ausência de controle sobre o resultado de suas expectativas. A decisão jurídica absorve a incerteza acerca do fim a ser dado ao litígio, confirmando a estabilização de alguma das expectativas normativas em jogo, mas permanentemente frustra expectativas opostas, frustrações essas que causam consequências incontrolláveis no âmbito da sociedade e que, cedo ou tarde, funcionam como o motor de novos conflitos de natureza jurídica. O paradoxo representado pela forma certeza/incerteza então salta do plano justiça/evolução, indo novamente para o plano função/código.

Consequentemente, as tentativas de desparadoxização, ao postergarem os efeitos paralisantes dos paradoxos do direito, levam à inevitável reparadoxização do sistema, que se vê mais uma vez compelido a levar posteriores desparadoxizações a cabo. Da mesma maneira que se vincula metainterparadoxalmente às diferenças função/código e justiça/evolução, a diferença certeza/incerteza também se conecta à cadeia de *strange loops* da qual desparadoxização/reparadoxização faz parte, já que tentativas de marcar o lado positivo dessa forma, assim como nas outras formas apresentadas, também marcam simultânea e paradoxalmente seu lado negativo, e vice-versa.

Embora esta cadeia tenha sido anteriormente descrita como tematizada de maneira central pela diferença justiça/violência, isso em verdade só ocorre quando a observação dirige-se ao problema da justiça jurídica, de modo que a cadeia pode ser observada tendo como tema central qualquer uma de suas diferenciações. A *contrario sensu*, sem ser observada por uma distinção específica, não é centralmente tematizada por qualquer um de seus componentes. Disto decorre que certeza/incerteza, igualmente a seus outros binômios, também pode servir como centro temático desse encadeamento de oposições, permitindo que se observe a

contraditória produção tanto de certeza quanto de incerteza por qualquer um dos lados de cada uma de suas diferenças, característica típica das relações paradoxais abordadas.

### 5.3 RECONHECIMENTO/RECOGNIÇÃO E EVOLUÇÃO PARADOXAL

Voltando ao contexto das mudanças no direito brasileiro pelo EPD, que podem ser examinadas evolutivamente pelo arcabouço teórico aqui construído, vê-se que, naturalmente sendo instrumento de inserção de variações no sistema devido ao fato de se tratar de construção legislativa, suas disposições também estão sujeitas à análise paradoxal nos moldes apresentados. Isso significa que tal esforço pela promoção de igualdade também está conectado à dinâmica paradoxal interna de produção de certeza/incerteza da justiça jurídica, assim como às relações que decorrem dos vínculos inter e metainterparadoxais com a evolução, função e código do sistema. É partindo dessa perspectiva que se pode avaliar como a análise de pretensões cognitivas é afetada pela pervasiva paradoxalidade do sistema.

Antes de prosseguir a diagnósticos mais específicos, há que se traçar a distinção primordial entre reconhecimento e recongnição. A noção de reconhecimento assumida reporta-se nitidamente aos desenvolvimentos de cariz hegeliano explorados num pano de fundo materialista por Axel Honneth, que culminam em sua classificação tripartite de amor, direito e solidariedade como padrões de reconhecimento intersubjetivo que se entrelaçam socialmente no fenômeno da formação da identidade do sujeito na sociedade moderna. Já o sentido de recongnição, para os nossos propósitos, deve ser encarado como o simples resultado de um desmembramento semântico desse termo cuja recombinação gera o significado de “conhecer de novo” (prefixo “re-”: de novo + “cognição”, do latim *cognoscere*: conhecer).

Como mais um exemplo da temática paradoxal explorada, a distinção que separa reconhecimento e recongnição também pode ser estruturada como um meio que suscita o entrelaçamento dessas duas noções no âmbito do paradoxo da certeza. Pensando na categoria do reconhecimento como um tipo de operação que promove a reentrada de um excedente de alteridade em um déficit de identidade no

sistema jurídico<sup>281</sup>, em que *alter* é reconstruído como *idem*<sup>282</sup>, o antigo *alter* (e novo *idem*) então passaria a gozar da certeza do tratamento jurídico dado a *idem*, enquanto a antiga categoria *idem* agora deve comportar a incerteza de sua nova posição após ter incorporado o antigo *alter*. A reconhecimento, a seu turno, pensada como o efeito resultante de uma abertura dialógica ao outro<sup>283</sup>, que permite a travessia da marcação de um dos valores da forma *idem/alter* no sistema jurídico, proporciona a certeza de que a nova forma de observar um indivíduo está mais adequada a suas particularidades, mas traz consigo, escancarada, a incerteza da contingência de posteriores recognições que podem ser realizadas.

Levando em conta seu forte vínculo com questões de igualdade e desigualdade, pode-se argumentar que reconhecimento e recognição têm papel de destaque na observação de demandas conectadas à justiça jurídica. Propõe-se que o “conhecer de novo” que leva à reentrada de um excedente de alteridade em um sistema como parte de sua identidade exige a plena assunção da natureza paradoxal da dinâmica de certeza/incerteza como pressuposto básico de justiça no direito, mesmo que isso leve a resultados operativos que aparentem ser incoerentes quando examinados relativamente ao estado do sistema antes da inserção da pretensão recognitiva.

Com base nisso, sugere-se um modelo de tratamento diferenciado a ser estipulado para disposições jurídicas que visam estabilizar reivindicações de justiça

---

<sup>281</sup> A noção de excedente de alteridade se refere à “contínua emergência daquilo que é outro”, ou seja, ao resultado da produção de diferenças que não foi absorvido porque ultrapassou os limites da capacidade de absorção de algo; no presente contexto esse algo é a sociedade moderna. Cf. DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos direitos humanos. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 324-340 (p. 329), jan./jun. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v15i20.2017>. Acesso em: 25 mai. 2019. O conceito de déficit de identidade não foi trabalhado por De Giorgi em seu texto, mas pode-se cogitar que essa seria uma formulação adequada para sinalizar o polo completamente oposto da noção de excedente de alteridade, representando o resultado da ainda existente aptidão de algo para absorver um produto daquilo com o que se identifica.

<sup>282</sup> Com o intuito de clarificar ao que se alude com as categorias de *idem* e *alter*, talvez seja propício indicar a estreita relação com as categorias de integração sistêmica trabalhadas por Marcelo Neves, em que *idem* corresponderia ao indivíduo adequadamente integrado ao sistema, enquanto *alter* corresponderia às situações de sobreintegração e subintegração individual. A ênfase emancipatória assumida pelo trabalho, porém, faz com que o sentido que se deseja enfatizar com a categoria de *alter* esteja mais proximamente vinculado à condição de subintegração de um indivíduo, que remete ao fato de não ter o mesmo grau de acesso a direitos de cidadãos numa situação classificada como padrão pelo sistema, mas estar igualmente subordinado aos deveres regularmente estipulados. Cf. NEVES, Marcelo. A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (orgs.). **Dossiê Niklas Luhmann**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013. p. 105-147 (p. 129 e seguintes).

<sup>283</sup> A abertura mencionada ocorre largamente conforme o jogo dialógico de identificação de causas de dissenso social proposto em CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 260 e seguintes.



social, que devem ser encarados seriamente em sua complexidade, e que admite que as tentativas de geração de certeza têm a geração de incerteza como contraponto necessário. Nesse sentido caberia a tomada de medidas que visam satisfazer pleitos de justiça que redistribuam a conseqüente incerteza preferencialmente para quem não estiver amparado por um pleito recognitivo por justiça.

No âmbito do regime das incapacidades, por exemplo, o EPD poderia ter instituído mecanismos recognitivos fundados na necessidade de reconhecer a especificidade dos pleitos de portadores de distúrbios mentais, como o afrouxamento de critérios de relativização da segurança jurídica de seus atos, desprendendo-se da necessidade de produção de graus cada vez mais elevados de certeza jurídica após a compreensão dos efeitos paradoxais de produção de incerteza que lhes são inerentes. Como outro exemplo de possível mudança nesses moldes pode-se mencionar a situação estabelecida pelo art. 1.783-A, § 6º do Código Civil<sup>284</sup>, que na tentativa de produzir certeza mediante a proteção de um apoiado, reforça a incerteza de que em determinados casos sua vontade não prevalecerá, mesmo que esteja consciente dos riscos que corre e que discorde razoavelmente de seu apoiador.

Numa comparação que busca algum grau de equivalência funcional, a figura do apoiador serve como acoplamento estrutural para produzir certeza ao apoiado, mas, conforme o que aqui se propõe, os resultados práticos ligados ao instituto da tomada de decisão apoiada devem se dar de maneira a não distribuir a natural incerteza decorrente disso para o próprio apoiado. Como exemplo do que deve ser evitado, o artigo 1.783-A § 4º<sup>285</sup> pode ser interpretado como um dispositivo que estabelece que o apoiador eventualmente funcione como produtor de certeza para a outra parte do negócio jurídico, tendo como custo a produção de incerteza para o apoiado, à medida que pode dar a entender que uma decisão que não estiver dentro do escopo do apoio não terá validade e efeitos sobre terceiros. Logo, tal interpretação deve ser tida como inadequada, pois dela resulta produção de incerteza ao apoiado, que passaria a depender de seu apoiador pelo escuso motivo

---

<sup>284</sup> “Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.”

<sup>285</sup> “A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.”

de dar segurança à outra parte e não unicamente a ele.

Mesmo que as propostas acima pareçam radicais e incompatíveis com o que se pretende que o direito cumpra — a estabilização de expectativas normativas —, em verdade a aceitação contínua da incontrolável hipercomplexidade é justamente o que faz com que o direito possa continuar executando sua função genérica sistêmica de reduzir complexidade social, pois somente pode continuar a sua existência operativa autpoiética nos termos do paradoxo evolutivo: para permanecer, precisa mudar; mudando, permanece.

## 6 CONCLUSÃO

A presente investigação buscou precipuamente analisar os efeitos da dinâmica paradoxal da produção de certeza e incerteza pelo sistema jurídico em variados de seus aspectos, com o objetivo de viabilizar compreensão crítica das circunstâncias do direito na sociedade moderna hipercomplexa. Como resultado da pesquisa, viu-se que sua hipótese preliminar, de que as tentativas de produção de certeza jurídica naturalmente gerariam incerteza em resposta, e vice-versa, restou confirmada nos diversos âmbitos sistêmicos analisados, como se espera ter demonstrado a contento no último capítulo.

Partindo da noção de que um *strange loop* se refere ao paradoxal retorno para o lugar de onde se partiu após variar positivamente numa direção contrária, percebe-se que, numa adaptação ao arcabouço conceitual da teoria dos sistemas, o *strange loop* corresponde à simultânea e paradoxal marcação dos dois lados de uma forma mesmo quando o propósito da marcação é marcar apenas um dos lados. Os vínculos paradoxais dos fenômenos do sistema, quando observados por meio da forma certeza/incerteza, mostraram-se como hierarquicamente entrelaçados, formando *strange loops* internos a esses elementos sistêmicos, como função, código, fórmula de contingência e evolução, que, além disso, também mostraram ter vínculos inter e metainterparadoxais entre si, em que a marcação de um lado de qualquer uma das formas envolvidas poderia marcar qualquer outra das formas.

Em vista dessas circunstâncias, propôs-se um modelo de análise de pretensões cognitivas fundamentadas em concepções de justiça social que está orientado pela paradoxalidade dessas distinções, cuja principal vantagem em relação a outros modelos que não estão assim orientados é a de viabilizar uma adequada compreensão crítica da inerente contingência e complexidade incontrolável da sociedade moderna, de modo a permitir que, no caso do direito, possa-se abandonar a pretensão de produzir certezas cada vez mais certas, pois delas decorreriam incertezas cada vez mais incertas.

Talvez seja o caso de asseverar que uma dinâmica paradoxal nega resolutamente os fins que com ela se pretende justamente para que assim seja possível ressaltar, sem sombra de dúvidas, a importância dos meios de sua forma eternamente autorreferente e tautológica. Dado que a evolução do sistema jurídico também depende dessa relação paradoxal, o manejo desinformado e inadequado do

vasto potencial igualmente transformador e estabilizador do paradoxo pode fazer com que o direito esteja fadado a nem mudar, nem permanecer.

## 7 REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W. The actuality of philosophy. **Telos**, Candor, v. 31, p. 120-133, Mar. 1977. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.3817/0377031120>. Acesso em: 5 mar. 2019.
- BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. **Luhmann in glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali**. Milano: FrancoAngeli, 1996.
- BENJAMIN, Walter. Crítica da violência — crítica do poder. *In*: BENJAMIN, Walter. **Documentos de cultura, documentos de barbárie**: escritos escolhidos. São Paulo: Cultrix: Editora da Universidade de São Paulo, 1986. p. 160-175.
- BORGES, Jorge Luis. Do rigor da ciência. *In*: BORGES, Jorge Luis. **O fazedor**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 155.
- CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva**: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- DERRIDA, Jacques. Assinatura acontecimento contexto. *In*: DERRIDA, Jacques. **Margens da filosofia**. Campinas: Papyrus, 1991. p. 349-373.
- DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos direitos humanos. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 324-340, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v15i20.2017>. Acesso em: 25 mai. 2019.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- EIGEN, Manfred; SCHUSTER, Peter. **The hypercycle**: a principle of natural self-organization. Berlin: Springer-Verlag, 1979.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**, v. 1. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- FISCHER-LESCANO, Andreas. Critical systems theory. **Philosophy and Social Criticism**, [s. l.], v. 38, n. 1, p. 3-23, Jan. 2012. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0191453711421600>. Acesso em: 1 fev. 2019.
- FISCHER-LESCANO, Andreas. Systemtheorie als kritische Gesellschaftstheorie. *In*: AMSTUTZ, Marc; FISCHER-LESCANO, Andreas (eds.). **Kritische Systemtheorie**: zur Evolution einer normativen Theorie. Bielefeld: transcript Verlag, 2013. p. 13-37.
- FOERSTER, Heinz von. Objects: tokens for (eigen-)behaviors. *In*: FOERSTER, Heinz von. **Understanding understanding**: essays on cybernetics and cognition. New York: Springer, 2003. p. 261-271.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**: horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**, v. 3. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **The encyclopaedia logic, with the Zusätze**: Part I of the Encyclopaedia of philosophical sciences with the Zusätze. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1991.

HOFSTADTER, Douglas R. **Gödel, Escher, Bach**: um entrelaçamento de gênios brilhantes. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HONNETH, Axel. Redistribution as recognition: a response to Nancy Fraser. *In*: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?**: a political-philosophical exchange. London: Verso, 2003. p. 110-197.

HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. *In*: BENJAMIN, Walter; HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W.; HABERMAS, Jürgen. **Textos escolhidos**. São Paulo: Abril Cultural, 1975. p. 125-162.

HORKHEIMER, Max. A presente situação da filosofia social e as tarefas de um instituto de pesquisas sociais. **Praga, Estudos Marxistas**, n. 7, p. 121-132, mar. 1999.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KORSCH, Karl. Schmitt, Carl, Der Hüter der Verfassung. **Zeitschrift für Sozialforschung**, Leipzig, v. 1, p. 204-205, 1932.

LUHMANN, Niklas. **Die Politik der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.

LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Distrito Federal, México: Universidad Iberoamericana, 1996.

LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2017.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**: aportación a la sociología política. Distrito Federal, México: Universidad Iberoamericana, 2010.

LUHMANN, Niklas. Some problems with “reflexive law”. *In*: FEBBRAJO, Alberto (ed.). **Law, legal culture and society**: mirrored identities of the legal order. London: Routledge, 2018. p. 184-198.

LUKÁCS, György. **História e consciência de classe**: estudos sobre a dialética marxista. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. A noção de contrato no direito inglês — perspectiva histórica. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 36, n. 143, p. 239-256, jul./set. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/518>. Acesso em: 02 mai. 2019.

MÖLLER, Kolja. Crítica do direito e teoria dos sistemas. **Tempo Social**, São Paulo, v. 27, n. 2, p. 129-152, nov. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-2070201526>. Acesso em: 05 fev. 2019.

NEUMANN, Franz. The change in the function of Law in modern society. *In*: SCHEUERMAN, William (ed.). **The rule of law under siege**: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer. Berkeley: University of California Press, 1996. p. 101-141.

NEVES, Marcelo. A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. *In*: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (orgs.). **Dossiê Niklas Luhmann**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013. p. 105-147.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NUSSBAUM, Martha. **Frontiers of justice**: disability, nationality, species membership. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodivm, 2016.

RUSH, Fred. Conceptual foundations of early Critical Theory. *In*: RUSH, Fred (ed.). **The Cambridge companion to Critical Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 6-39.

SCHMITT, Carl. A situação intelectual do sistema parlamentar atual. *In*: SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996. p. 1-80.

SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Durham: Duke University Press, 2008.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político/Teoria do partisan**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. Teologia política. *In*: SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996. p. 81-130.

SCHMITT, Carl. **The Leviathan in the state theory of Thomas Hobbes**. London: Greenwood Press, 1996.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SPEIER, Hans. Schmitt, Carl, Der Begriff des Politischen. **Zeitschrift für Sozialforschung**, Leipzig, v. 1, p. 203-204, 1932.

SPENCER BROWN, George. **Laws of form**. New York: The Julian Press, 1972.

STAMFORD DA SILVA, Artur. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. *In*: SCHWARTZ, Germano (org.). **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 29-58.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEUBNER, Gunther. Dealing with paradoxes of law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. *In*: PEREZ, Oren; TEUBNER, Gunther (eds.). **Paradoxes and inconsistencies in the law**. Oxford: Hart Publishing, 2006. p. 41-64.

TEUBNER, Gunther. Idiosyncratic production regimes: co-evolution of economic and legal institutions in the varieties of capitalism. *In*: WHEELER, Michael; ZIMAN, John; BODEN, Margaret A (eds.). **The evolution of cultural entities**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 161-182.

TEUBNER, Gunther. Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do direito? **Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro**, Serro, n. 4, p. 17-54, 2011. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/2259/2792>. Acesso em: 04 fev. 2019.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação



Calouste Gulbenkian, 1993.

THOMPSON, Michael. Introduction: what is critical theory? *In*: THOMPSON, Michael (ed.). **The Palgrave handbook of critical theory**. New York: Palgrave Macmillan, 2017. p. 1-14.

THORNHILL, Chris. Carl Schmitt and early western Marxism. *In*: SCHRIFT, Alan. **The history of continental philosophy**, volume 5: critical theory to structuralism: philosophy, politics, and the human sciences. Chicago: University of Chicago Press, 2010. p. 19-45.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva, v. 1. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012.

WIETHÖLTER, Rudolf. Just-ifications of a law of society. *In*: PEREZ, Oren; TEUBNER, Gunther (eds.). **Paradoxes and inconsistencies in the law**. Oxford: Hart Publishing, 2006. p. 65-75.

WIGGERSHAUS, Rudolf. **A Escola de Frankfurt**: história, desenvolvimento teórico, significação política. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.