



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
Programa de Pós-graduação em Direito

**RODRIGO ALVARES CARNEIRO**

**OS FATOS VALORADOS NORMATIVAMENTE NA EVOLUÇÃO DO DIREITO  
BRASILEIRO**

Salvador  
2019

**RODRIGO ALVARES CARNEIRO**

**OS FATOS VALORADOS NORMATIVAMENTE NA EVOLUÇÃO DO DIREITO  
BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração em Direitos Fundamentais e Justiça, sob a orientação do Prof. Dr. Daniel Oitaven Pamponet Miguel.

Salvador  
2019

## FICHA CATALOGRÁFICA

C289

Carneiro, Rodrigo Alvares

Os fatos valorados normativamente na evolução do direito brasileiro / por  
Rodrigo Alvares Carneiro. – 2019.  
159 f.

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

1. Direito – Filosofia. 2. Direito – Brasil. 3. Violência familiar. I. Reale,  
Miguel. II. Luhmann, Niklas. III. Miguel, Daniel Oitaven Pamponet. IV.  
Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito. V. Título.

CDD – 340.11

**RODRIGO ALVARES CARNEIRO**

**OS FATOS VALORADOS NORMATIVAMENTE NA EVOLUÇÃO DO DIREITO  
BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração em Direitos Fundamentais e Justiça.

Data de aprovação: 19/06/2019.

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  
2019

*À Marina.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Daniel Oitaven, por ter me dado a liberdade de escrever sobre o assunto e autores que queria, por me permitir discordar e discutir sobre os temas trabalhados em sala, pelo incentivo à leitura em línguas estrangeiras, pelo tirocínio (o melhor momento do mestrado) e por também gostar de notas de rodapés<sup>1</sup>.

Ao meu orientador da graduação, Gilson Santana Junior, por me incentivar a seguir a carreira acadêmica, por ter me ajudado no projeto de pesquisa da seleção e por ter me ajudado nas primeiras leituras de teoria do direito.

Aos meus colegas de orientação (“os iniciados”), por compartilhar tantas horas de aula, angústias, risadas e discussões. Agradeço à Alessandra por fazer todas as aulas ficarem melhores, ao Leandro pela companhia em quase todas as disciplinas do curso, ao Blusky pelos livros e esclarecimento sobre o regimento que tanto solicitei.

Minha constante gratidão a meus pais, minhas irmãs, minha sobrinha, meu cunhado, tio(a)s, primo(a)s e amigo(a)s pela torcida e apoio que, por mais que tente, jamais serei capaz de retribuir à altura. Agradeço a todos por todo crescimento e carinho que me proporcionam.

---

<sup>1</sup> Além do meu agradecimento, não posso deixar de fazer um “meta-agradecimento” aos textos sugeridos e lidos durante esses dois últimos anos e, talvez, aqui esteja incluído, até mesmo, o texto do gato de Searle.

O Direito não é um fato que plana na abstração, ou seja, solto no espaço e no tempo, porque também está imerso na vida humana, que é um complexo de sentimentos e estimativas. O Direito é uma dimensão da vida humana. O Direito acontece no seio da vida humana. O Direito é algo que está no processo existencial do indivíduo e da coletividade (REALE, 1994a, p. 123).

Toda convivência humana é direta ou indiretamente cunhada pelo direito. Como no caso do saber, o direito é um fato social que em tudo se insinua, e do qual é impossível se abstrair. Sem o direito, nenhuma esfera da vida encontra um ordenamento social duradouro; nem a família, nem a comunidade religiosa, nem a pesquisa científica ou a organização partidária de orientações políticas (LUHMANN, 1983a, p. 07).

Ou progredimos, ou desaparecemos (CUNHA, 2010, p. 58).

## RESUMO

A presente dissertação visa construir uma proposta descritiva acerca do direito e suas mudanças com base na Teoria Tridimensional do Direito, como elaborada por Miguel Reale, e na Teoria Sistemática de Niklas Luhmann. Para tanto, foi realizada uma pesquisa eminentemente bibliográfica dos dois autores que formam o marco teórico principal deste trabalho. Além disso, foram utilizadas algumas obras de comentadores dos dois autores. No capítulo final, entretanto, a pesquisa se voltou também à análise jurisprudencial e buscou fundamento em autores da dogmática jurídica especializada, principalmente, em direito penal, processual penal e da legislação brasileira acerca da iniciativa da ação penal em casos de violência doméstica, caso este que foi utilizado para exemplificar a aplicação da proposta construída. Ao final, concluiu-se que seria útil para os estudos jurídicos se a descrição do direito e a de seus processos evolutivos de mudança se dessem levando em consideração que o direito é um conjunto complexo de comunicações acerca de fatos valorados normativamente de natureza bilateral atributiva, no nível de seus elementos. E, no nível de suas estruturas, uma comunicação acerca de modelos jurídicos que visam garantir expectativas normativas congruentes e generalizadas.

Palavras-chave: Descrição. Teoria Tridimensional do Direito. Miguel Reale. Teoria Sistemática do Direito. Niklas Luhmann. Evolução.



## **ABSTRACT**

This work aims to offer a descriptive model on law and its changes based on Miguel Reale's Three-dimensional Theory of Law and on Niklas Luhmann's System Theory. The research is primarily bibliographical. It emphasizes works by the two authors that compose its main theoretical framework and some scholarly works on their theses as well. In the final chapter, however, offering an example of how the proposed model works demanded a study of Brazilian judicial opinions, statutes on domestic violence, and scholarly works on Criminal Law and Criminal Law Procedure. In the end, it was concluded that legal studies could benefit from descriptions of law's evolutionary processes of change which take into account that law, at the level of its elements, is a complex set of communications about normatively valued facts of an attributive bilateral nature and, at the level of its structures, concerns communication about legal models that aim to guarantee congruent and generalized normative expectations.

Keywords: Description. Three-dimensional Theory of Law. Miguel Reale. Systemic Theory of Law. Niklas Luhmann. Evolution.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>AS DESCRIÇÕES DO DIREITO SEGUNDO AS TEORIAS TRIDIMENSIONAL E SISTÊMICA DO DIREITO .....</b>	<b>17</b>
2.1	A AUTODESCRIÇÃO DO DIREITO SEGUNDO A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO .....	21
2.1.1	O tipo de objeto que é o direito para Reale.....	22
2.1.2	A dialética da complementaridade.....	26
2.1.3	O tridimensionalismo dinâmico do direito: o fato, o valor e a norma em mútua implicação-polaridade .....	28
2.1.4	A bilateralidade atributiva do direito.....	30
2.2	A HETERODESCRIBÇÃO DO DIREITO CONFORME A TEORIA SISTÊMICA DO DIREITO DE NIKLAS LUHMANN .....	32
2.2.1	O conceito de sistema de Luhmann .....	33
2.2.2	O direito como sistema parcial da sociedade .....	37
2.2.3	A operação específica do direito.....	38
2.2.4	O direito e as expectativas normativas e cognitivas .....	41
2.2.5	Expectativas normativas comportamentais congruentes e generalizadas .....	44
<b>3</b>	<b>A CONSERVAÇÃO/MUDANÇA DO DIREITO SEGUNDO AS TEORIAS TRIDIMENSIONAL E SISTÊMICA DO DIREITO.....</b>	<b>49</b>
3.1	O QUE MUDA E O QUE PERMANECE NO FENÔMENO JURÍDICO SEGUNDO A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO .....	50
3.1.1	Dos modelos jurídicos.....	51
3.1.2	O processo de nomogênese jurídica .....	53
3.1.3	A mudança no direito segundo a teoria do normativismo concreto .....	56
3.2	O QUE MUDA E O QUE PERMANECE NO FENÔMENO JURÍDICO, SEGUNDO A TEORIA SISTÊMICA DO DIREITO .....	60
3.2.1	Da diferença código/programa .....	61
3.2.2	A justiça como fórmula de contingência do direito e abertura para a mudança .	63
3.2.3	O processo de evolução no Direito .....	65
3.2.3.1	<i>O mecanismo de variação .....</i>	<i>68</i>
3.2.3.2	<i>O mecanismo de seleção.....</i>	<i>71</i>
3.2.3.3	<i>O mecanismo de restabilização .....</i>	<i>73</i>

<b>4</b>	<b>UMA PROPOSTA DE DESCRIÇÃO DO DIREITO COM BASE NA TEORIA TRIDIMENSIONAL E SISTÊMICA DO DIREITO.....</b>	<b>77</b>
4.1	A ANÁLISE ELEMENTAR DO DIREITO .....	78
4.1.1	A diferença elementos/relação e a dialética da complementaridade .....	79
4.1.2	O direito como comunicação em razão da exigência da bilateralidade atributiva na Teoria Tridimensional do Direito.....	81
4.1.3	Porque o direito é complexo para a Teoria Tridimensional do Direito.....	83
4.1.4	Porque ao falar de direito estamos falando também de fatos .....	85
4.1.5	Porque ao falar de direito estamos falando também de valores .....	88
4.1.5.1	<i>As características dos valores para Miguel Reale .....</i>	<i>90</i>
4.1.5.2	<i>Os valores na Teoria Sistêmica de Luhmann: o código do direito e seus programas .</i>	<i>95</i>
4.1.5.3	<i>A justiça, o direito, a teoria sistêmica e a teoria tridimensional .....</i>	<i>102</i>
4.1.6	Porque ao falar de direito estamos falando também de normas.....	104
4.1.6.1	<i>Os programas finalísticos e os valores nas normas jurídicas.....</i>	<i>107</i>
4.2	A ESTRUTURA DO DIREITO: MODELOS JURÍDICOS QUE VISAM GARANTIR EXPECTATIVAS NORMATIVAS GENERALIZADAS E CONGRUENTES.....	113
4.2.1	Do conceito de estrutura .....	113
4.2.2	Dos modelos jurídicos como estruturas que visam garantir expectativas normativas generalizadas congruentes .....	117
<b>5</b>	<b>A APLICAÇÃO DA PROPOSTA DE DESCRIÇÃO DO DIREITO NA MUDANÇA DO DIREITO .....</b>	<b>122</b>
5.1	A ANÁLISE DA INICIATIVA DA AÇÃO PENAL DECORRENTE DE LESÃO CORPORAL LEVE EM CASO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.....	125
5.1.1	Dos tipos de iniciativa da ação penal no sistema jurídico brasileiro.....	126
5.1.2	O crime de lesões corporais leve.....	128
5.1.3	De 1988 até a promulgação da Lei nº 9.099/95.....	130
5.1.4	Da Lei 9.099/95 até a promulgação da 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) .....	131
5.1.5	Da Lei 11.340/2006 até o Julgamento do Resp. nº 1.097.042- DF (2010).....	132
5.1.6	Do julgamento do Resp. nº 1.097.042 – DF ocorrido em 2010 até o julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.424 – DF realizado em 2012.....	135
5.1.7	Do julgamento da ADI 4.424 – DF (2012) até os dias atuais.....	145
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>150</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>154</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Toda ciência busca descrever seu objeto, delinear seus contornos, distinguir o que faz e o que não faz parte de sua observação<sup>1</sup>. Essa busca resulta, no entanto, em uma descrição que nunca é completa, jamais é capaz de fornecer todos os detalhes que o objeto de estudo possui. Por isso, ela é sempre falha e limitada em algum sentido, sempre deixa escapar aspectos da realidade que, muitas vezes, somente tomaremos conhecimento deles tempos depois<sup>2</sup>.

Entretanto é justamente essa “falha” que move a ciência. O verdadeiro, enquanto inesgotável, permite que sempre tenhamos o que estudar, o que descobrir, o que criticar, o que refletir, o que duvidar. Só se pode aprimorar algo quando ele ainda não está perfeito. A imperfeição da ciência, e também de suas descrições, portanto, é causa e consequência do mundo científico que se retroalimenta em busca do inalcançável<sup>3</sup>.

Ocorre, porém, que não por isso a ciência deve deixar de descrever e descobrir novas formas de estudar seu objeto. Descrições melhores são possíveis e por isso podemos prosseguir e avançar nos resultados que a ciência cria<sup>4</sup>.

Com a ciência jurídica não é diferente.

Diversos pensadores propuseram formas de descrição do direito, sendo a teoria geral do direito o ramo do conhecimento jurídico voltado especialmente a responder o que é o direito<sup>5</sup>. Suas respostas são as mais variadas, não sendo possível prescindir daquelas que reverberaram durante a história das ciências jurídicas<sup>6</sup>. Todas possuem algum valor. Todas contribuíram em revelar facetas e propor discussões acerca do que é e, conseqüentemente, do que não é o direito.

Nesta dissertação, buscamos trabalhar com duas teorias que apresentam conceitos sobre o que é o direito e como ele se modifica/evolui. Essas duas teorias são a Teoria Tridimensional do Direito e a Teoria Sistêmica do Direito. A primeira tendo como base as obras de Miguel

---

<sup>1</sup> “Qualquer explicação ou interpretação deve ser precedida de uma observação [...]” (HESSEN, 2003, p. 19).

<sup>2</sup> Sobre como sempre há algo que escapa nas descrições, ver em Gadamer (2007).

<sup>3</sup> Acerca da circularidade entre mudanças de paradigmas na história das revoluções científicas, ver em Kuhn (1998, p. 125-128).

<sup>4</sup> “O conhecimento científico e a racionalidade humana que o produz são, em meu entender, sempre falíveis ou sujeitos a erro. Mas são também, creio, o orgulho da humanidade. Pois o homem é, tanto quanto sei, a única coisa no universo que tenta entendê-lo. Espero que continuemos a fazê-lo e que estejamos também cientes das severas limitações de todas as nossas intervenções” (POPPER, 1999, p. 09).

<sup>5</sup> “A teoria do Direito é uma forma autônoma de expertise jurídica que se sabe tributária de exigências primariamente teóricas. O substantivo teoria (do grego, *theoría*) é derivado do verbo grego *theoreín*. *Theoria* significa, literalmente, a observação/exame ou o resultado disso, o conhecimento, que vem do olhar exato” (VESTING, 2015, p. 40). “A teoria do direito concorre com outras disciplinas jurídico-científicas por descrições adequadas e soluções da ‘realidade jurídica’, e o sentido dessa concorrência intradisciplinar pode ser visto na perturbação, pela teoria do Direito, de rotinas comunicativas convencionais, por exemplo, da dogmática do Direito, e na demonstração de aporias dessas rotinas comunicativas” (VESTING, 2015, p. 42).

<sup>6</sup> Conforme pode ser visto em Larenz (2005).

Reale (1910-2006) e, em relação à segunda, a produção de Niklas Luhmann (1927-1998). Assim sendo, a pergunta que visa responder este trabalho é a seguinte: como a teoria tridimensional do direito (Reale) e a teoria sistêmica do direito (Luhmann) podem nos ajudar a formular uma lente para uma descrição acerca do que é e como se modifica o direito?

A dupla de autores Reale-Luhmann pode parecer pouco ortodoxa para a atual literatura da teoria do direito, ainda que ambos autores sejam contemporâneos e trabalhem, cada um de sua maneira, com descrições gerais acerca do fenômeno jurídico. Em nossas<sup>7</sup> pesquisas, poucas são as passagens nas obras dos autores em que um se refere a obra do outro. No entanto, no livro “*Sistema jurídico y dogmática jurídica*”<sup>8</sup>, com primeira publicação em 1974, Luhmann faz breves comentários a dois trabalhos de Miguel Reale. Primeiro sobre o livro “O Direito como experiência”, de 1968, na tradução italiana. E, segundo, sobre o artigo de Reale “*Pour une théorie des modèles juridique*”, apresentado no XIV Congresso Internacional de Filosofia de Viena, também de 1968.

Essas duas referências são feitas no momento em que Luhmann discute sobre a tentativa de substituição da dogmática jurídica por uma problemática, oportunidade em que o autor alemão afirma assistir razão ao brasileiro, quando ele critica essa possibilidade (LUHMANN, 1983b, p. 20). Em outra passagem, Luhmann fala da possibilidade de que as estruturas sociais possam vir a ser incluídas no conceito de “modelos jurídicos” (LUHMANN, 1983b, p. 97). Mas em ambos os excertos não se discute verticalmente acerca das teses expostas.

Após tais citações de Luhmann, Reale publica o livro “Fontes e modelos do direito”, em 1994, em que aprofunda algumas questões anteriormente trabalhadas em “O Direito como experiência”. Nessa oportunidade, ele cita, no prefácio do livro, o interesse de Luhmann em sua teoria dos modelos jurídicos (REALE, 1994b, p. XV), mas sem muito adentrar no mérito de suas considerações.

Com isso, o diálogo traçado na presente dissertação, entre as teorias de cada um dos autores, ficará mais por conta da crença de que, em alguma medida, ambas podem se complementar ao trabalharem, cada uma delas, com descrições referentes às observações de pontos de vista distintos sobre o fenômeno jurídico. A teoria tridimensional pode favorecer a descrição do direito por apresentar, de forma mais profunda, a questão da importância do

---

<sup>7</sup> Procuramos seguir aqui os conselhos de Umberto Eco acerca de qual tempo verbal escreveremos a presente dissertação. Quanto a isto, ele afirma que: “Eu ou nós? Deve-se, na tese, introduzir opiniões próprias na primeira pessoa? Deve-se dizer ‘penso que...’? Alguns acham isso mais honesto do que apelar para o *noi majestatis*. Não concordo. Dizemos ‘nós’ por presumir que o que afirmamos possa ser compartilhado pelos leitores. Escrever é um ato social: escrevo para que o leitor aceite aquilo que lhe proponho[...]” (ECO, 1977, p. 120, destaque do autor).

<sup>8</sup> No original, “*Rechtssystem und Rechtsdogmatik*”.

aspecto valorativo no direito e a sua relação com discursos fáticos e normativos. A teoria sistêmica, por seu turno, pode trazer benefícios à descrição ao abordar, de forma mais satisfatória, sobre o que é a sociedade e como se dá a relação do direito com os demais sistemas sociais.

Esses *loci* privilegiados de cada uma das teorias, nos parece ser reflexos dos objetivos e das posições em que cada um dos autores observa o direito. Reale, enquanto filósofo do direito, revela uma preocupação mais acentuada para a elaboração de uma teoria axiológica que possibilite uma melhor compreensão da relação entre os valores e as demais facetas do direito. Luhmann, por sua vez, enquanto sociólogo do direito, apresenta em seus trabalhos uma elaboração maior do vínculo existente entre a sociedade e o direito. Assim, ao nos debruçarmos em ambas, acreditamos que podemos construir uma forma privilegiada de descrever o fenômeno jurídico que leve em consideração tanto a questão valorativa, quanto uma teoria sociológica mais elaborada.

Importa, ainda, ressaltar que, embora as duas bases teóricas venham de tradições distintas, verifica-se que ambos os autores percebem que suas teorias estão abertas a diálogos teóricos, já que elas mesmas são fruto de um conjunto de outras teorias das mais diversas áreas. Luhmann (2016b, p. 31), por exemplo, afirma que, embora haja em sua teoria uma aspiração à universalidade, isto não significa que ele pretenda uma exclusividade explicativa. Em suas palavras, “pretensão à universalidade não significa pretensão à exatidão exclusiva, à validade única e, nesse sentido, à necessidade (não contingente) da própria abordagem” (LUHMANN, 2016b, p. 32). Reale (1994, p. 65), por sua vez, também entende que “no fundo, é essa a função primordial de uma ‘teoria’, que tanto pode valer pelas verdades que encerra, em si e por si mesmas, como por tornar acessíveis à compreensão as verdades de outras teorias”. Isso demonstra que, *prima facie*, para ambos os autores, não há algo que possa impedir o pretenso diálogo entre suas teorias.

Entretanto, para trabalharmos com as duas teorias em conjunto, utilizaremos, como matriz teórica, o modo de análise sistêmico-luhmanniano que distingue autodescrição de heterodescrição e as relações existentes entre essas duas formas de descrever o mundo. No entanto, antes de adentrarmos na distinção autodescrição/heterodescrição em si, cumpre falarmos, ainda que rapidamente, acerca da diferença entre observação/observador, já que toda descrição parte de um observador e como tal, observa algo que será objeto de sua descrição.

Para Luhmann (1996, p. 116, tradução nossa), “observar é a operação, enquanto que o observador é um sistema que utiliza as operações de observação de maneira recursiva como sequências para alcançar uma diferença em relação ao entorno”. Acontece que este observador

“não está posicionado acima da realidade. Não flutua por cima das coisas para então observá-las. O observador não é um sujeito colocado fora do mundo dos objetos; o observador é, ao invés disso, um desses objetos” (LUHMANN, 1996, p. 117, tradução nossa).

Essa forma de ver a distinção observação/observador traz algumas consequências teóricas importantes. A primeira delas é que tanto o “observar”, quanto o “observador” são tidos, na teoria sistêmica, como operações dos sistemas. Isso quer dizer que “para que o observador possa observar as operações, ele mesmo tem que ser uma operação [...]. Assim temos: a) que o observador observa operações e b) que ele mesmo é uma operação, se assim não fosse não poderia observar” (LUHMANN, 1996, p. 117, tradução nossa). Ocorre que essa observação pode ser de primeira ou de segunda ordem<sup>9</sup>. A observação de primeira ordem é aquela que se dá de pronto, de maneira irrefletida, em que o observador está diante diretamente com aquilo que é observado<sup>10</sup>. A observação de segunda ordem, no entanto, “se trata de uma observação que se realiza sobre um observador” (LUHMANN, 1996, p. 126, tradução nossa). Ou seja, se refere a uma observação sobre a observação de outro observador.

Em certa medida toda observação de segunda ordem é também de primeira ordem<sup>11</sup>, no entanto, através da observação de segunda ordem “o mundo se torna um *medium* que permite que tudo tenha dois lados, todas as distinções, e todos os observadores são o que são quando são observados” (LUHMANN, 2013, p. 112, tradução nossa). Para fim de aclarar mais esta distinção, Vesting (2015, p. 37-38) nos dá o seguinte exemplo:

no sistema jurídico, a lida profissional com a distinção lícito/ilícito (observação de segunda ordem) deve ser diferenciada da afirmação irrefletida de lícito ou ilícito (observação de primeira ordem). A estrela de Hollywood que é flagrada embriagada ao volante de seu automóvel e responde a isso com declarações antissemitas perante a autoridade policial pode acreditar estar no âmbito da licitude (observação de primeira ordem), mas advogados e tribunais irão mostrar-lhe mais tarde que está enganada (observação de segunda ordem). Todavia o caso também pode ser do interesse de outros observadores externos como, por exemplo, a imprensa e a televisão.

<sup>9</sup> “O conceito de observação de segunda ordem é indissociável das teorias da diferença recentes com as quais trabalham autores tão distintos quanto Luhmann, Derrida, Deleuze, Kristeva, Lyotard e Spencer Brown. Nessa discussão, a observação funciona como uma espécie de ‘conceito supremo ou central’ com consequências epistemológicas de amplo alcance” (VESTING, 2015, p. 38).

<sup>10</sup> “A ‘observação de segunda ordem’ baseia-se no manuseio refletido de distinções, em oposição à observação de primeira ordem, que é marcada pelo manuseio inocente de distinções” (VESTING, 2015, p. 37).

<sup>11</sup> “A observação de segunda ordem é também observação de primeira ordem, mas um tipo de observação de primeira ordem que se especializa em ganhar complexidade ao dispensar a certeza ontológica definitiva em relação aos dados, formas essenciais ou conteúdo das palavras em questão” (LUHMANN, 2013, p. 112, tradução nossa).

Assim, podemos chegar à questão acerca das descrições realizadas por observadores internos e externos, que podem ser, tanto de primeira ordem, como de segunda ordem<sup>12</sup>. A nosso julgar, tanto Reale quanto Luhmann fazem observações de segunda ordem acerca do direito, no entanto, Reale faz autodescrição (teoria do direito)<sup>13</sup> e Luhmann heterodescrição (sociologia do direito). Por essa razão, o fio condutor para trabalharmos as duas teorias desta dissertação será a distinção entre autodescrição/heterodescrição.

É bem verdade que tal tema será objeto do primeiro capítulo do desenvolvimento da presente dissertação. Mas, de logo, queremos acentuar a possibilidade de um mesmo sistema poder ser objeto de diferentes formas de descrições que vão variar a depender da posição na qual o observador se encontra. Nesse sentido, importante lição é dada por Luhmann (2016a, p. 668, grifos nosso) quando ele afirma que:

[...] não se pode ignorar, em uma sociedade que diferencia sistemas parciais – e em nosso caso, trata-se do sistema jurídico – que tais sistemas sejam suscetíveis tanto de uma descrição interna quanto externa. Tanto as autodescrições como as heterodescrições são possíveis. A estrutura da diferenciação social torna possível, e razoável, distingui-las. Ao mesmo tempo, tal estrutura permite que as descrições externas influam nas internas e vice-versa, já que a comunicação extensiva se mantém possível realizando operações em sociedade, mesmo que os limites do sistema sejam traçados no interior da sociedade.

Este trecho acima citado é de suma importância para este trabalho, porque ele firma premissas essenciais para o que pretendemos desenvolver, são elas: 1) é possível fazer tanto uma autodescrição quanto uma heterodescrição do sistema jurídico; e 2) a forma como o sistema jurídico se autodescreve influencia na maneira como os outros sistemas o descrevem, de maneira que, também, o modo como o sistema jurídico é descrito influencia no formato como ele se autodescreve. Dessa maneira, tanto a autodescrição quanto a heterodescrição possuem sua utilidade para uma descrição acerca do direito. Elas podem se complementar e nos ajudar a descrever o direito de forma a revelar questões importantes acerca da situação normada estudada.

Em vista disso, o desenvolvimento desta dissertação se justifica cientificamente na medida em que serve tanto para aqueles que desejam conhecer um pouco mais acerca das teorias aqui estudadas e discussões promovidas, quanto para aqueles que por ventura desejem encontrar

---

<sup>12</sup> “Assim, no nível de segunda ordem, um evento qualquer no sistema jurídico pode se tornar tanto objeto de autodescrições quanto de descrições externas. Mas o exemplo já mostra que, hoje, o baricentro das operações do sistema jurídico – especialmente na forma da *expertise* advocatícia – deslocou-se para o nível da observação secundária” (VESTING, 2015, p. 38).

<sup>13</sup> “Como toda autodescrição no sistema jurídico, a teoria do Direito está situada em um nível de observação secundária, um nível de observação de segunda ordem” (VESTING, 2015, p. 37).



uma maneira de analisar o direito e suas mudanças com base no que foi construído ao longo da dissertação.

Noutro giro, encontra-se presente, também, uma justificativa social, haja vista que a lente para a descrição aqui trabalhada pode ser ferramenta para promover entendimento acerca do que é comunicado no sistema jurídico sobre o que é o direito e como ele muda; e também serve como instrumento de possíveis críticas e controle social sobre como o direito está sendo interpretado pelos juízes.

Assim sendo, o primeiro objetivo deste trabalho é apresentar alguns conceitos que julgamos importantes sobre as teorias a que se fundamenta a presente dissertação. Após, buscamos fazer um paralelo entre as duas teorias como forma de construir uma lente para a análise do direito com base naquilo que foi desenvolvido com o diálogo realizado. E, ao final, aplicar o modelo proposto em um caso concreto de análise como forma de exemplificar o que foi desenvolvido.

Em razão disso, o primeiro capítulo do desenvolvimento cuidará de explicar sobre como Reale constrói seu conceito de direito, a partir de uma autodescrição, e como Luhmann define o direito, através de uma heterodescrição. Neste capítulo serão expostos os conceitos fundamentais de cada uma das teorias trabalhadas e da forma como cada um dos autores observa o sistema jurídico. Por óbvio, o referido capítulo, nem sequer a presente dissertação, buscará exaurir as teorias e obras dos autores ou tecer críticas acerca delas. Não é este o objetivo. Ele cuidará tão somente de fornecer aportes conceituais que julgamos necessários para a construção da lente de descrição para o direito e suas mudanças.

A distinção mudança/conservação, de acordo com a teoria tridimensional do direito e a teoria sistêmica do direito, será o tema abordado no capítulo seguinte. Nele trataremos como cada uma das teorias utiliza seus arcabouços teóricos para descrever como o direito se modifica e como ele se conserva. Tal abordagem permitirá que possamos verificar quais são os aspectos que cada uma destaca, para que identifiquemos quando ocorre uma transformação no direito e porque ela acontece.

O próximo capítulo irá sustentar, com base no que foi desenvolvido anteriormente, que seria útil a construção de uma descrição do direito e de seus processos evolutivos de mudança, se o entendêssemos como sendo um conjunto complexo de comunicações acerca de fatos valorados normativamente de natureza bilateral atributiva, no nível de seus elementos. E, no nível de suas estruturas, como uma comunicação acerca de modelos jurídicos que visam garantir expectativas normativas congruentes e generalizadas.

O último capítulo do desenvolvimento cuidará de aplicar a lente elaborada em um caso específico, que ocorreu no direito brasileiro, a fim de servir de exemplo de como a proposta de descrição sugerida pode ser desenvolvida. A situação normada escolhida foi a questão da iniciativa da ação penal decorrente de lesão corporal leve em caso de violência doméstica durante o período de 1988 até os dias atuais.

Para desenvolver a presente dissertação, foi feita uma pesquisa bibliográfica das obras dos dois autores estudados e de seus comentadores. Além disso, foi necessário recorrer aos estudos zetéticos sobre filosofia, sociologia e teoria do direito a fim de se percorrerem os caminhos necessários para se fazer o elo entre as duas teorias e poder aplicá-las conforme se objetiva. Para a análise realizada na parte final do trabalho, fez-se necessário realizar pesquisa em livros e artigos de doutrina específica que varia de acordo com o ramo do direito. Além disso, foi realizado um estudo de decisões jurídicas como meio de se analisar os modelos jurídicos jurisprudenciais do caso discutido.

## 2 AS DESCRIÇÕES DO DIREITO SEGUNDO AS TEORIAS TRIDIMENSIONAL E SISTÊMICA DO DIREITO

Segundo Luhmann (2016a, p. 35), toda teoria do conhecimento, que leva em conta a observação e descrição, tem que se apoiar em uma distinção<sup>14</sup>. Para falar de algo, portanto, é preciso primeiro demonstrar seus contornos, diferenciá-lo dos demais. “Quando se distingue algo de outra coisa, descrevem-se objetos” (LUHMANN, 2016a, p. 35) e são a esses objetos que se dedica a ciência.

Seguindo essa linha de pensamento, antes mesmo de trazer a discussão da distinção do nosso objeto de estudo principal (o que é o direito e como/porque ele muda/conserva), gostaríamos de, em um nível mais alto de abstração, discutir outra distinção que nos parece fundamental para conseguirmos trabalhar tanto com a teoria sistêmica do direito, quanto com a teoria tridimensional. Essa diferença consiste entre o ato de realizar uma autodescrição ou uma heterodescrição do objeto estudado.

A autodescrição “[...] representa a tematização do sistema no qual a operação da autodescrição se dá. Não se trata, assim, de uma operação qualquer do sistema, mas de uma operação que tem precisamente essa intenção” (LUHMANN, 2016a, p. 670). Ou seja, é o sistema da ciência tratando das comunicações científicas; o sistema da economia, das comunicações econômicas; o sistema do direito, das comunicações jurídicas, e assim por diante.

Dessa forma, a autodescrição é uma descrição que visa a reflexão daquilo que é descrito. Por isso, “podemos defini-la com o termo clássico de reflexão. E trata-se de uma descrição que, além da reflexão, reflete que ela é parte do sistema que descreve e, por conseguinte, tem de satisfazer ao sistema, mostrar consideração por ele, se quiser ser vista como pertencente” (LUHMANN, 2016a, p. 670).

Além disso, “a tarefa especial da autodescrição do sistema jurídico não consiste na justificação da decisão altamente diferenciada, mas na representação da unidade, da função, da autonomia e da indiferença do sistema jurídico” (LUHMANN, 2016a, p. 671). Dessa forma, “a autodescrição tem, ela própria, de ordenar o sistema que ela descreve, e isso só pode ocorrer quando adotados e tematizados os vínculos específicos do sistema” (LUHMANN, 2016a, p. 674).

---

<sup>14</sup> “Todo auto-observar e todo autodescrever é, em última análise, um distinguir, uma operação distintiva” (LUHMANN, 2016b, p. 91).

Tratando-se especificamente do sistema jurídico, destaca-se o papel da teoria do direito<sup>15</sup> para a construção de autodescrições do sistema, aqui “a teoria do direito passa a se identificar como esforço de reflexão que pretende descobrir de que modo o direito se vê a partir de seu próprio entendimento” (LUHMANN, 2016a, p. 16). Além disso, “[...] o que existe como teoria do direito nasceu quase sempre em conexão com as autodescrições do sistema jurídico. São esforços teóricos que, apesar da disposição para a crítica, em primeiro lugar respeitam o direito e comprometem-se com as vinculações normativas equivalentes” (LUHMANN, 2016a, p. 23).

Luhmann (2016a, p. 712) classifica as teorias autodescritivas do sistema jurídico em duas categorias. São elas: as teorias da razão (baseadas no direito natural moderno) e as teorias do direito positivo<sup>16</sup>. Para ele, no entanto, ambas as abordagens pecam em sua tentativa de descrever a unidade do sistema jurídico: “em uma das abordagens, o defeito está na ausência de uma razão de validade em uma decisão entre princípios conflitantes. O defeito da outra está na ausência de uma justificação última para o que é praticado como direito válido” (LUHMANN, 2016a, p. 712).

Assim Luhmann (2016a, p. 703) sustenta, porque, para ele, “os adeptos da razão não têm capacidade de reação ante a falta da função unificadora da razão, ante a não dedutibilidade lógica do sistema. Não têm uma resposta pronta para o problema de como decidir entre vários princípios ou entre mais valores”. Algo que a corrente positivista tem, já que ela possui a referência ao direito vigente (LUHMANN, 2016a, p. 705) que se fundamenta, através do conceito de fontes do Direito.

Dessa maneira, no positivismo “a teoria das fontes do direito permite que se faça a distinção entre direito vigente e direito não vigente e, com o auxílio dessa distinção, concentre-se no primeiro destes – como se fosse ‘o direito’” (LUHMANN, 2016a, p. 719). No entanto, “a amplitude de aplicação desse conceito leva até o limiar em que se pode também afirmar que o sistema do direito é a fonte do direito” (LUHMANN, 2016a, p. 708) e, dessa maneira, chega-se a uma conclusão tautológica, cujas fontes do direito dizem o que é o direito válido e o direito

---

<sup>15</sup> “Se se considerar a capacidade de autodescrição de sistemas, inevitavelmente se chegará à diferença entre a autodescrição do sistema jurídico e sua descrição externa. Sob a rubrica ‘teoria do direito’, é possível efetivamente propor uma integração de ambas as perspectivas, mas a partir da teoria dos sistemas é preciso contar com abordagens que tornem a separar uma da outra, tão logo deem conta do que é especificamente requerido por uma teoria” (LUHMANN, 2016a, p. 32).

<sup>16</sup> “A teoria da razão e a teoria positivista podem ser identificadas como autodescrições do sistema jurídico pelo fato de não evitarem a responsabilidade pelos resultados, mas comprometerem-se com o sistema – de maneira, a bem dizer, ‘prática’” (LUHMANN, 2016a, p. 709-710).

válido diz quais são as suas fontes<sup>17</sup>. Assim sendo, a autodescrição proposta pelo positivismo não consegue resolver a questão da justificação última do que se pode considerar direito válido (LUHMANN, 2016a, p. 712) e, por isso, Luhmann acredita que nem uma das duas correntes consegue descrever corretamente a unidade do direito.

Ocorre que, como já dito, além da possibilidade de se fazer uma autodescrição do direito, se pode também fazer uma heterodescrição. Aqui, quando se fala em heterodescrição há uma mudança na posição de onde o observador realiza sua descrição, pois, tem-se uma descrição em um sistema que busca descrever outro sistema. A posição do observador não se encontra mais dentro do sistema descrito e sim, externamente<sup>18</sup>. No caso das descrições do sistema jurídico, Luhmann (2016a) traz a distinção entre o papel do jurista e do papel do sociólogo como exemplo em que a distinção autodescrição/heterodescrição se faz presente. Conforme afirma:

Do ponto a que se chegou, é possível vislumbrar duas possibilidades e, de maneira equivalente, um modo de observar jurídico e outro da sociologia do direito (sempre: o direito como um sistema autoobservante). O sociólogo observa o direito de fora, o jurista o observa de dentro. O sociólogo é atrelado unicamente por seu próprio sistema, que dele pode exigir, por exemplo, “investigações empíricas”. O jurista, por sua vez, obedece somente ao seu próprio sistema; o sistema aqui, contudo, é o próprio sistema do direito. Assim, uma teoria sociológica de direito acabaria por ser uma descrição externa ao sistema do direito; não obstante, seria uma teoria adequada se descrevesse o sistema como algo que se descreve a si mesmo (teoria que, nos dias de hoje, tentou explicar-se somente pela sociologia do direito). Já uma teoria jurídica do direito seria uma autodescrição do sistema de direito, e essa autodescrição teria de levar em conta que auto-observações e autodescrições de seu objeto só podem apreendê-lo se o distinguirem de outros objetos. Teriam de identificá-lo e, portanto, distingui-lo, para poder associar-se a ele (LUHMANN, 2016a, p. 21-22).

A vantagem de uma heterodescrição é que, como afirma Luhmann (2013, p. 57, tradução nossa), “é inteiramente possível que o observador externo possa ver muitas outras coisas diferentes que não são necessariamente acessíveis ao próprio sistema”. Isso porque, “o sistema produz uma imagem pouco nítida de si mesmo e reage a essa imagem” (LUHMANN, 2016b,

---

<sup>17</sup> Exemplo disso é a própria função da constituição no Direito moderno, que para ele “uma Constituição com esse significado só pode ser um texto autológico, isto é, um texto que se propõe a ser parte de direito. Isso ocorre, por exemplo, na forma de uma regra de colisão, sobretudo porque a Constituição a si mesma excetua da regra pela qual o novo direito viola o direito antigo; também uma vez que a Constituição regulamenta o seu próprio caráter de alterabilidade/inalterabilidade; e também, ademais, porque regulamenta se alguém pode ser controlado, e por quem, e se o direito corresponde a isso ou o viola; e, finalmente, porque a própria Constituição contém a proclamação da Constituição e o externaliza apelando simbolicamente à vontade divina e à vontade do povo” (LUHMANN, 2016a, p. 634).

<sup>18</sup> “Assim, o sistema jurídico pode ser descrito a partir do sistema político como instrumento da política; ou então, a partir do sistema educacional como problema didático de uma classe de curso acelerado, mas ainda eficaz; ou do sistema da ciência como objeto de investigação” (LUHMANN, 2016a, p. 668).

p. 46). No entanto, o inverso também nos parece verdadeiro. É inteiramente possível que o observador externo não consiga ver coisas que apenas o sistema internamente observa. Por isso, toda autodescrição precisa levar em conta as heterodescrições acerca de si e as heterodescrições, por seu turno, precisam também levar em consideração que o sistema que elas observam, também, se autodescreve.

Por essa razão, não obstante haver essa distinção entre autodescrição e heterodescrição, é de relevo ressaltar que “a própria autodescrição se constitui uma empreitada paradoxal, pois trata da descrição interna, como se fosse de índole externa e pudesse proporcionar informação sobre conteúdos objetivos” (LUHMANN, 2016a, p. 734). Isso acontece porque “*a teoria em si, enquanto forma de acoplamento estrutural do sistema da ciência, é utilizada conjuntamente com as teorias da reflexão dos sistemas funcionais*” (LUHMANN, 2016a, p. 732, destaque do autor). Isso demonstra a existência de uma vinculação entre a autodescrição e heterodescrição e uma linha tênue entre as duas distinções.

Assim, Luhmann, embora tenha se graduado em Direito, obteve maior destaque em sua produção como sociólogo<sup>19</sup>, e, ao trabalhar com o direito, sempre se colocou na posição de um sociólogo do direito, ou seja, como um observador externo. Em “O Direito da Sociedade”, por exemplo, ele afirma que:

ao contrário das teorias jurisprudenciais, da filosofia do direito ou de outras teorias do direito, que têm como objetivo o próprio uso no sistema jurídico ou que queiram apreender e assimilar o que faz sentido no sistema jurídico, a sociologia do direito dirige-se à ciência e não ao sistema jurídico. Por menor que seja a distância das formulações em teoria do direito (pois, em todo caso, trata-se sempre do direito), não se deve perder de vista essa diferença. Isso significa, sobretudo, que as análises dos capítulos a seguir deverão, rigorosamente, evitar implicações normativas. Os enunciados incidirão, todos, no nível do que a sociologia pode definir como fatos (LUHMANN, 2016a, p. 40).

Miguel Reale, por sua vez, trata-se de um jurista que, além de formular uma teoria do direito, visa descrever o direito “por dentro” e teve forte atuação como advogado<sup>20</sup>, sendo suas

---

<sup>19</sup> “Luhmann nasceu numa família de classe média em Lünemburgo, Alemanha, no dia 8 de dezembro de 1927. Depois de se formar muito cedo no 1º ciclo (Notabitur), ele foi recrutado em 1944 e feito prisioneiro de guerra das Forças Americanas. De 1946 a 1949, ele estudou direito em Friburgo, entrou para o serviço público e trabalhou por 10 anos como advogado administrativo em Hanover. Em 1962, ele recebeu uma bolsa de estudos para ir a Harvard onde passou um ano com Talcott Parsons. Em 1968, ele foi nomeado professor de sociologia na recém-criada Universidade de Bielefeld, onde trabalhou até se aposentar. Pouco antes de sua nomeação, perguntaram-lhe com que objeto desejaria trabalhar na universidade. Sua resposta foi: ‘A teoria da sociedade moderna. Duração: 30 anos; sem custos’. Conseqüentemente, ele cumpriu à risca esse programa teórico. No momento de sua morte em dezembro de 1998, aos 70 anos de idade, sua obra consistia de mais de 14.000 páginas publicadas” (BECHMANN; STEHR, 2001, p. 185-186).

<sup>20</sup> “O ponto de partida de Reale para pensar o direito foi a experiência concreta do direito – a experiência do advogado. Conhecer, diz ele lembrando a afirmação de Ortega y Gasset, é conhecer algo na circunstancialidade em que o conhecimento se dá ou processa. Por isso, a sua filosofia do direito não é uma filosofia geral aplicada

formulações teóricas, a nosso ver, típicas do modelo de autodescrição do sistema, conforme discorremos acima. Com isso, há na teoria de Reale uma vantagem em relação às outras teorias de autodescrição criticadas por Luhmann, já que busca superar a dicotomia jusnaturalismo/juspositivismo, conforme será mais aprofundado na próxima seção<sup>21</sup>. Isso o coloca em posição privilegiada para a construção dos conceitos que necessitamos, para os fins a que se pretende a presente dissertação, por isso, começaremos explicando sua visão autodescritiva do direito, para depois passarmos para a heterodescrição luhmanniana.

## 2.1 A AUTODESCRIÇÃO DO DIREITO SEGUNDO A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO

Iniciando a proposta de autodescrição do sistema jurídico, o presente tópico tem por finalidade responder como Miguel Reale descreve o direito por uma “visão de dentro” do sistema. Para responder a esta pergunta, de forma sucinta, por diversas ocasiões Reale recorre ao que Josef Kunz (1950) chamou de “fórmula Reale” (REALE, 1994a, p. 119). Esta fórmula diz que “o direito é uma integração normativa de fatos segundo valores” (KUNZ, 1950, p. 30). Ocorre que tal formulação foi cunhada ainda na primeira fase do pensamento realeano, quando ele sequer tinha se autodeclarado como tridimensionalista<sup>22</sup>. Por isso, propomos para fins de melhor sintetizar seu pensamento, dizer que para Reale *o Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores de natureza bilateral-atributiva*. Esta síntese irá nos guiar para a apresentação da descrição realeana, e está melhor condizente com sua ideia de direito “como realidade histórico-cultural tridimensional de natureza bilateral atributiva” (REALE, 1999, p. 699).

Então, partindo da concepção da nossa fórmula guia, para fins didáticos-explicativos, faremos um aprofundamento no significado desta expressão. Cumpre-nos começarmos a tratar da primeira afirmação da fórmula: “o Direito *é*”. Isto porque, a forma como Reale classifica o direito dentro de sua teoria do conhecimento, interfere diretamente em como ele percebe o fenômeno jurídico.

---

ao direito. É, na fecunda linha apontada por Norberto Bobbio, a filosofia do jurista com vocação filosófica, voltado para pensar ‘de dentro’ e não ‘de fora’ os desafios da experiência jurídica – desafios para os quais o direito positivo não oferece respostas satisfatórias” (LAFER, 2006, p. 113).

<sup>21</sup> Em especial conferir nota de rodapé nº 37, p. 30.

<sup>22</sup> Reale (1994, p. 91 e 119) narra que a criação da fórmula Reale foi feita por Josef Kunz quando ele, em 1950, fez comentários de seu livro “Teoria do Direito e do Estado”, publicado em 1940, portanto, anterior à publicação de Filosofia do Direito, que teve sua primeira edição em 1953, e quando o autor, pela primeira vez, se colocou como tridimensionalista.

Assim sendo, para descrever algo que “é”, precisamos acessar a teoria do conhecimento a qual Reale se firma. Para isso, primeiramente, podemos dizer que para ele todo “conhecer é conhecer algo” (REALE, 1999, p. 84). Portanto, exige-se que, para que haja conhecimento, exista *alguém* que conhece e *algo* a ser conhecido. O alguém que conhece é chamado de sujeito cognoscente. O algo a ser conhecido, o objeto<sup>23</sup> cognoscível. Ambos são essenciais para o conhecer, de maneira que sem um ou outro, não é possível haver conhecimento. Por isso, ele postula “uma indagação do conhecimento que seja, inseparavelmente, uma teoria do ‘objeto’ e do ‘sujeito’, levando em conta a correlação essencial<sup>24</sup> e dinâmica entre o sujeito pensante e ‘algo’ cognoscível” (REALE, 2002, p. 42).

Reale chamará essa teoria do conhecimento de ontognoseologia. Uma junção entre ontologia, “cuja finalidade é determinar qual a natureza ou estrutura daquilo que é suscetível de ser posto como objeto do conhecimento” (REALE, 1999, p. 175) e a gnoseologia que “trata da validade do conhecimento em função do sujeito cognoscente” (REALE, 1999, p. 44). A ideia de Reale em pô-las em conjunto, em uma teoria geral do conhecimento, é para ressaltar a necessária implicação existente entre uma e outra. Para ele:

Gnoseologia e Ontologia são estudos correlatos, separáveis só por abstração, de maneira que há sempre a necessidade de se recompor a síntese das duas pesquisas, pelo reconhecimento de que toda indagação gnoseológica implica uma ôntica e vice-versa, como partes integrantes da Ontognoseologia (REALE, 1999, p. 207).

Não obstante a importância do estudo da posição do sujeito cognoscente, nos interessa mais, para os fins deste trabalho, a descrição do nosso objeto de estudo. Por isso, a partir de agora, trataremos de forma mais aprofundada sobre o tipo de objeto que é o direito para Miguel Reale. Assim, apresentaremos, portanto, por abstração, um estudo ôntico do direito na visão do Autor, que, de maneira indireta, trata também da gnoseologia proposta por Reale.

### 2.1.1 O tipo de objeto que é o direito para Reale

Segundo Reale (1999), nós podemos classificar os objetos em algumas categorias.

---

<sup>23</sup> “Objeto (*de ob e jectum*) é aquilo que jaz perante nós, aquilo que se põe diante de nós. Se olho para aquela parede, ela se põe diante de mim, como algo sobre o qual minha ação se projeta, não para desenvolver-se fora de mim, mas para trazer para mim o que é visto ou representado como objeto. Conhecer é trazer para o sujeito algo que se põe como objeto: - não toda a realidade em si mesma, mas a sua representação ou imagem, tal como o sujeito a constrói, e na medida das ‘formas de apreensão’ do sujeito correspondentes às peculiaridades objetivas” (REALE, 1999, p. 53).

<sup>24</sup> Sobre essa correlação trataremos, de forma mais aprofundada, no tópico abaixo, que trata da dialética da complementaridade.



A primeira delas é a categoria dos objetos reais, também chamados de físicos. Eles são dotados de temporalidade e espacialidade (REALE, 1999, p. 177), ou seja, são todos os objetos que podemos situá-los no tempo e no espaço. São exemplos de objetos reais: as pedras, as árvores, os animais, o vento, a água, nosso corpo, etc. Enfim, pode ser considerado um objeto real tudo aquilo que contenha extensão *e* esteja presente no tempo.

A segunda categoria é a dos objetos psíquicos. Eles são dotados exclusivamente de temporalidade (REALE, 1999, p. 178). Existem apenas enquanto duram. Não se pode medir a extensão ou pesar os objetos psíquicos. São exemplos: os pensamentos, os sentimentos, as emoções, as inclinações, os desejos, etc. Todos eles só existem enquanto estão no plano da nossa (in)consciência e, portanto, não podem ser encontrados no espaço, tão somente percebidos enquanto duram.

O conjunto de objetos físicos e psíquicos formam uma categoria mais abrangente que é a dos chamados objetos naturais. Estes “são elementos dados pela natureza, e não construídos pelo homem como resultado de uma instauração originária da inteligência e da vontade” (REALE, 1999, p. 179). Além disso, eles têm em comum o fato de serem regidos pelo princípio da causalidade: “É o princípio de causalidade que nos possibilita atingir e explicar os objetos naturais, quer físicos, quer psíquicos, porque se distinguem como fenômenos que se processam, em geral, segundo nexos constantes de antecedente a consequente” (REALE, 1999, p. 179).

Aponta Reale (1999, p. 180-182) que alguns autores como Petrasisky, Kimball Young, Karl Olivecrona e Pontes de Miranda entenderam ser o direito um objeto que poderia ser estudado como os objetos puramente naturais. No entanto, para ele essa “é uma das tantas concepções unilaterais e falhas da Ciência Jurídica, porque se limita a ver no Direito apenas um de seus elementos, tentando reduzir a complexidade da vida jurídica a um fator isolado de sua gênese e de seu processo” (REALE, 1999, p. 181).

Os objetos podem ser ainda do tipo ideal. Estes são estudados, principalmente, no campo da lógica e da matemática (REALE, 1999, p. 182). Eles são atemporais e a-espaciais. Exemplo de um ser ideal é a circunferência. “A circunferência não é este ou aquele outro traçado, porque é algo que existe como entidade lógica sempre igual a si mesma, universal, insuscetível de modificação. O seu ser, portanto, é puramente ideal” (REALE, 1999, p. 183). São seres que existem enquanto pensados, mas que independem do ato de pensar (REALE, 1999, p. 184). Conforme lembra o ensinamento de Montesquieu, “antes de se traçar um círculo, os seus raios são iguais” (REALE, 1999, p. 184). Assim, “embora não existindo senão no espírito humano, as objetividades ideais possuem, no entanto, uma consistência posta acima do espaço e do tempo, não dependente de apreciações subjetivas particulares” (REALE, 1999, p. 184).

Juristas também estudam objetos ideais (REALE, 1999, p. 184). “O Direito, sendo uma ciência, também tem sua Lógica. Há uma Lógica Jurídica ou uma Lógica do Direito, que trabalha, evidentemente, com categorias ideais, porquanto toda Lógica só o é em razão de objetos ideais” (REALE, 1999, p. 185). O papel do estudo da lógica se torna no direito bastante evidente, quando este [o direito] passa a estudar seu aspecto normativo. “Para alguns autores, a Jurisprudência ou Ciência do Direito é uma ciência que tem por objeto normas, entendidas estas como puros juízos lógicos e objetos ideais” (REALE, 1999, p. 185). Seguindo esta linha de pensamento, “alguns juristas contemporâneos, cujo pensamento exerce poderosa influência em muitos países, acabam reduzindo o Direito a uma ciência puramente ideal, mesmo quando não o proclamem e o reconheçam, como é o caso de alguns seguidores de Hans Kelsen” (REALE, 1999, p. 185). No entanto, conforme a proposta de Miguel Reale, o aspecto lógico é apenas uma parte do direito, e, não pode ser reduzido somente a este aspecto.

Além dos objetos naturais e ideais, ainda existe uma outra esfera fundamental da existência: a esfera dos valores (REALE, 1999, p. 187). Os valores, assim como os objetos ideais, também possuem realidade que não se subordina ao tempo e ao espaço, mas suas características o impedem de serem considerados como objeto ideal, isto porque “enquanto os objetos ideais valem, independentemente do que ocorre no espaço e no tempo, os valores só se concebem em função de algo existente, ou seja, das coisas valiosas. Além disso, os objetos ideais são quantificáveis; os valores não admitem qualquer possibilidade de quantificação” (REALE, 1999, p. 287).

Assim, é importante ressaltar que enquanto os objetos naturais se encontram no plano do ser, é com os valores que se tem acesso ao plano do “dever ser”. Dessa forma, cabe uma importante distinção no ato de conhecer: “Ou vemos as coisas enquanto elas são, ou as vemos enquanto valem; e, porque valem, devem ser” (REALE, 1999, p. 188). Com isso chegamos à conclusão que “ser e dever ser são como que olho esquerdo e olho direito que, em conjunto, nos permitem ‘ver’ a realidade, discriminando-a em suas regiões estruturas, explicáveis segundo dois princípios fundamentais, que são o de causalidade e o de finalidade” (REALE, 1999, p. 188).

Com isso, passadas às categorias dos objetos naturais, ideais e da dimensão valorativa, podemos tratar agora da categoria em que o direito se encontra enquanto objeto de estudo científico: a categoria dos objetos culturais (REALE, 1999, p. 224). Os objetos culturais são aqueles que não podemos encontrar na natureza, sem a intervenção do homem<sup>25</sup>, isto porque “o

---

<sup>25</sup> “O direito não é um presente, uma dádiva, algo de gracioso que o homem tenha recebido em determinado momento da História, mas, ao contrário, é o fruto maduro de sua experiência multimilenar. É como experiência

homem representa algo que é um acréscimo à natureza, a sua capacidade de síntese, tanto no ato instaurador de novos objetos do conhecimento, como no ato constitutivo de novas formas de vida” (REALE, 1999, p. 211). Ocorre que todo bem cultural possui em si uma estrutura complexa, “apresenta sempre dois elementos: – ao primeiro chamaremos de ‘suporte’, e ao segundo de ‘significado’, sendo este a expressão particular de um ou mais valores” (REALE, 1999, p. 223).

Essa complexidade dos bens culturais jurídicos pode ser percebida, por exemplo, com um cheque ou uma letra de câmbio. O papel figura como suporte material (objeto real), o que está impresso nele possui em si um significado jurídico de ordem de pagamento (REALE, 1999, p. 224). Outro exemplo, agora com um suporte material do tipo psíquico, é a confissão de réu, o depoimento de uma testemunha; todos são atos psíquicos revelados ao mundo exterior, que possuem um significado próprio para a ordem jurídica (REALE, 1999, p. 225). Além disso, o suporte pode ser também lógico, vez que o direito possibilita, através de sua estrutura lógica, implicar significados (REALE, 1999, p. 226).

Assim sendo, “não obstante a inalterabilidade da estrutura lógico-formal dos preceitos jurídicos, estes comportam uma variação de significados, em função da interveniência de outros preceitos ou de mutações operadas na tábua de valores vigentes em uma comunidade” (REALE, 1999, p. 227). Portanto:

o mundo do direito é constituído de três espécies de bens jurídicos, distintos segundo a natureza dos suportes mediante os quais se manifestam e se comunicam os valores que neles se consagram, desempenhando um papel de primeiro plano os bens jurídicos de suporte ideal, ou normas, que são "proposições lógicas", cuja função é enunciar um "juízo de valor" (REALE, 1999, p. 227).

Em suma, podemos, então, afirmar que para Reale o direito é um objeto cultural, e, portanto, complexo. É cultural porque não se encontra na natureza, sem a intervenção do homem<sup>26</sup>. É produto de um agir humano e só existe em sociedade na alteridade, como fruto de uma tentativa de realizar valores. É complexo porque dentro dele existem ao menos dois elementos: um de dimensão ôntica (objetos reais, objetos psíquicos e objetos lógicos), somado com outro objeto de dimensão não-ôntica, que é o valor, ou seja, de dimensão axiológica.

---

histórica que se explica e se modela a experiência jurídica, revelando-se como fenômeno universal essencialmente ligado à atividade perene do espírito” (REALE, 1999, p. 220).

<sup>26</sup> “‘Cultura’ é o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo. É, desse modo, o conjunto dos utensílios e instrumentos, das obras e serviços, assim como das atitudes espirituais e formas de comportamento que o homem veio formando e aperfeiçoando, através da história, como cabedal ou patrimônio da espécie humana” (REALE, 2001, p. 24).

Sabedores de que tipo de “ser” o direito é para Reale, podemos passar para a próxima parte da nossa fórmula-guia.

### 2.1.2 A dialética da complementaridade

Apresentamos primeiro o que “o Direito *é*”. Agora já estamos aptos a passar para a segunda etapa da fórmula que diz: “o Direito é *uma integração*”. Conforme já visto no tópico anterior, o Direito para Reale é um objeto que integra sempre um suporte e um significado. Sobre como se dá essa integração, todavia, ainda não tratamos. E, de logo, cumpre dizer que o direito é composto por elementos que se ligam através de uma relação dialética de complementaridade.

O conceito da dialética da complementaridade, ou por vezes chamada de dialética da polaridade-implicação<sup>27</sup>, atinge diversos níveis do pensamento de Reale, que vai desde a relação entre sujeito-objeto<sup>28</sup>, já explicado acima, até a relação entre fato, valor e norma; que trataremos em seguida. Tal conceito surge se diferenciando do tipo de dialética mais presente nas ciências humanas, que é a dialética tradicional dos opostos de cunho hegeliano e marxista (REALE, 2000, p. 156).

A dialética proposta por Reale assume a postura de um novo movimento que ele chama de “Nova dialética”<sup>29</sup>. Ela surge com base nos estudos do físico Niels Bohr (1963) que traz para a teoria do conhecimento o princípio da complementaridade. Com este princípio, Bohr busca lidar com o fato de a teoria de Einstein provar que a luz se comportava tanto como onda quanto como partícula<sup>30</sup> (REALE, 2000, p. 162). Algo aparentemente contraditório, mas que se

<sup>27</sup> “Tudo depende, por conseguinte, da natureza da realidade observada, havendo casos em que a implicação se dá entre termos opostos, como acontece no campo do direito, onde fato e valor atuam um sobre o outro, dessa tensão resultando a norma jurídica que supera a contrariedade, tal como tenho demonstrado em minha Teoria Tridimensional do Direito. Em tais casos, pode-se falar, especificamente, em ‘dialética de implicação-polaridade’” (REALE, 2000, p. 189).

<sup>28</sup> “A correlação de polaridade e complementariedade que existe entre sujeito e objeto, no plano teórico, encontra correspondência, no plano prático, entre valor e realidade. Aquele termo jamais se exaurindo neste, ambos pressupondo-se reciprocamente distintos, embora complementares. Daí dizermos que a dialética da complementariedade governa o mundo da cultura, como *teoresis* e como *práxis*” (REALE, 1999, p. 369).

<sup>29</sup> “Como exemplo dessa nova Dialética de polaridade de Pantaleo Carabellese e Luigi Bagolini, à da co-presença de Michele Federico Sciacca, à da participação de Le Senne e Lavelle, ou à Gnoseontologia de André Marc, ou as de polaridade expostas tanto por Amadeu da Silva-Tarouca, em sua já referida Ontofenomenologia, como por Romano Guardini, merecendo referência no Brasil a Dialética das consciências de Vicente Ferreira da Silva, ou a Dialética da temporalidade desenvolvida por Almir de Andrade” (REALE, 2000, p. 155). Todas elas possuem como características comuns: “a) a repulsa a qualquer possibilidade de se dialetizarem elementos contraditórios, ainda que se pretenda distinguir entre contradição lógica e contradição real; b) a compreensão dialética entre termos contrários ou simplesmente distintos, desde que necessariamente se correlacionem, sem se reduzirem à identidade” (REALE, 2000, p. 156).

<sup>30</sup> “A elucidação desses aparentes paradoxos foi provocada pelo reconhecimento de que a interação entre os objetos sob investigação e nossas ferramentas de observação, que na experiência comum podem ser negligenciadas ou

apresentava como verdadeiro, segundo as experiências realizadas. Assim, Bohr usa o princípio da complementaridade para descrever “aparentes (note-se: aparentes) contradições que surgem na discussão sobre a natureza da luz e das ‘partículas materiais’, frisando ele que foi exatamente por ‘não se tratar de contradições reais’ que empregou os termos ‘complementaridade’ ou ‘reciprocidade’” (REALE, 2000, p. 162). Transferindo a ideia de Bohr para as ciências humanas:

poder-se-ia dizer que na dialética de complementaridade há uma correlação permanente e progressiva entre dois ou mais fatores, os quais não se podem compreender separados um do outro, sendo ao mesmo tempo cada um deles irreduzível ao outro, de tal modo que os elementos da relação só logram plenitude de significado na unidade concreta da relação que constituem, enquanto se correlacionam e daquela unidade participam (REALE, 2000, p. 188).

Dessa forma, “essa dialética compreende o processo histórico, não como uma sucessão de sínteses que se imbricam através de novas teses e antíteses, mas sim como um processo sempre aberto, no qual os fatores opostos se implicam e se complementam, sem jamais se reduzirem um ao outro” (REALE, 2001, p. 84). Assim, do mesmo modo como sujeito e objeto se relacionam entre si e possibilitam o conhecimento<sup>31</sup>, nos bens culturais “suporte” e “sentido” fornecem uma nova realidade, sem que para isso, um ou outro deixe de existir. Mais ainda, quando fato, valor e norma se relacionam entre si, de uma maneira especial, criam uma realidade chamada direito sem que para isso precise perder sua individualidade (REALE, 2003). Dessa forma, “o que distingue, pois, a dialética de complementaridade é que, nela, seus fatores (digamos assim) se mantêm distintos uns dos outros, sem se reduzirem ou se identificarem a qualquer deles, sendo múltiplas as hipóteses desse correlacionamento ao longo do processo” (REALE, 1994b, p. 80).

Assim, podemos concluir este tópico em que se explicou o que Reale diz quando afirma que o “direito é uma integração”. No entanto, o que integra, integra dois ou mais elementos. No caso do direito, essa integração é feita por três, sendo este o cerne principal do tridimensionalismo de Reale. Sobre este tema trataremos em seguida.

---

levadas em conta separadamente, forma, no domínio da física quântica, uma parte inseparável dos fenômenos. De fato, sob tais condições, a experiência não pode ser combinada da maneira habitual, mas os fenômenos devem ser considerados como complementares um ao outro, no sentido de que, juntos, esgotam toda a informação sobre os objetos atômicos que podem ser inequivocamente expressos” (BOHR, 1963, p. 18-9, tradução nossa).

<sup>31</sup> “Não vejo, porém, como fugir à unidade correlativa e integrante dos dois termos quando nos situemos no plano filosófico, procurando indagar as condições de possibilidade de todas as formas de saber: a essa luz, a polaridade sujeito-objeto constitui o pressuposto transcendental, a condição de possibilidade de toda e qualquer experiência cognoscitiva ou ética” (REALE, 2000, p. 102).

### 2.1.3 O tridimensionalismo dinâmico do direito: o fato, o valor e a norma em mútua implicação-polaridade

Dando continuidade a nossa exposição, trataremos agora de mais uma etapa da nossa fórmula guia de estudo. Dizemos que para Reale “o Direito é uma integração *normativa de fato segundo valores*”. A opção de trabalhar com os três elementos em conjunto é coerente com a proposta do tridimensionalismo que afirma que o direito é uma realidade que sempre haverá em conjunto fato, valor e norma, de maneira que “esses três elementos não se correlacionam apenas, eles se dialetizam. Há uma dinamicidade integrante e convergente entre esses três fatores” (REALE, 1993, p. 304).

Entender o Direito como uma realidade tridimensional em que se pode perceber uma perspectiva fática, juntamente com uma valorativa e outra normativa, não é uma novidade trazida por Miguel Reale. Expressões do tridimensionalismo jurídico podem ser encontrados diversas partes do mundo<sup>32</sup>. Segundo ele, as escolas tridimensionalista podem ser classificadas em tridimensionalismo abstrato (genérico)<sup>33</sup> – que “procura combinar os três pontos de vista unilaterais e, mais precisamente, os resultados decorrentes de estudos levados a cabo separadamente” (REALE, 1999, p. 512) – e o tridimensionalismo específico – que “afirma, de maneira precisa, a interdependência dos elementos que fazem do Direito uma estrutura social necessariamente axiológico-normativa” (REALE, 1999, p. 539).

Com a ajuda de uma metáfora, Reale (2005) explica que é como se o tridimensionalismo abstrato aceitasse que o bolo é formado por três camadas; cada uma delas representando um dos elementos (fato, valor e norma) que constituem o bolo, mas essas camadas não se misturam. Já para o tridimensionalismo específico, o Direito é como se fosse um bolo com sabor necessariamente trino, em que não fosse possível distinguir o sabor de um elemento sem ter referência ao do outro<sup>34</sup>, o que não impede, entretanto, que se possa dar ênfase a cada uma das

---

<sup>32</sup> Para ver o tridimensionalismo em pensadores alemães (REALE, 1994a, p. 23-7), italianos (REALE, 1994a, p. 27-32), franceses (REALE, 1994a, p. 33-35), na cultura do common law (REALE, 1994a, p. 35-39) e na cultura ibérica (REALE, 1994a, p. 39-44).

<sup>33</sup> São exemplos de tridimensionalistas genéricos: o tribalismo de Lask (REALE, 1999, p. 515-519), de Radbruch (REALE, 1999, p. 520-524), Santi Romano e Hauriou (REALE, 1999, p. 524-529), Legaz y Lacambra e Eduardo Garcia Máynez (REALE, 1999, p. 529-534) e Carlos Cossio (REALE, 1994a, p. 40-41).

<sup>34</sup> “O que denominamos tridimensionalismo específico assinala um momento ulterior no desenvolvimento dos estudos, pelo superamento das análises em separado do fato, do valor e da norma, como se se tratasse de gomos ou fatias de uma realidade decomponível; pelo reconhecimento, em suma, de que é logicamente inadmissível qualquer pesquisa sobre o Direito que não implique a consideração concomitante daqueles três fatores (REALE, 1999, p. 513).

suas três perspectivas (fato, valor e norma), quando os estudos do direito são realizados em seus variados ramos de pesquisa<sup>35</sup>.

Dentro do tridimensionalismo específico, Reale (1999, p. 539-542) destaca a teoria da Trilateralidade estática de Wilhelm Sauer (1932). Segundo essa trilateralidade estática, o Direito necessariamente precisa ser analisado por meio de suas três perspectivas (fato, valor e norma), no entanto, ela “não nos explica, com efeito, como é que os três elementos se integram em unidade, nem qual o sentido de sua interdependência no todo” (REALE, 1999, p. 542). Ou seja, falta em tal teoria, explicar como ocorre a dinâmica existente entre os elementos e como eles se relacionam com o decorrer do tempo. Em suma, “falta a seu tridimensionalismo, talvez em virtude de uma referibilidade fragmentada ao mundo infinito das ‘mônadas de valor’, o senso de desenvolvimento integrante que a experiência jurídica reclama” (REALE, 1999, p. 542).

Assim sendo, Reale desenvolve um tridimensionalismo específico, mas que pretende ser dinâmico, diferentemente do que ocorre com a teoria de Sauer<sup>36</sup>. Esse novo desenvolvimento que Reale dá ao tridimensionalismo busca explicar como o direito é formado pelos três elementos, como esses três elementos se implicam entre si, como essa tensão existente entre cada elemento possibilita o dinamismo do direito e como isso explica o desenvolvimento do direito com o decorrer do tempo. Para tanto, o tridimensionalismo de Reale assume as seguintes premissas:

a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor; b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta; c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram (REALE, 2001, p. 60-61).

---

<sup>35</sup> Isso porque, “a palavra Direito pode ser apreciada, por abstração, em triplice sentido, segundo três perspectivas dominantes: 1) o Direito como valor, estudado pela Filosofia do Direito na parte denominada Deontologia Jurídica, ou, no plano empírico e pragmático, pela Política do Direito; 2) o Direito como norma ordenadora da conduta, objeto da Ciência do Direito ou Jurisprudência; e da Filosofia do Direito no plano epistemológico; 3) o Direito como fato social e histórico, objeto da História, da Sociologia e da Etnologia do Direito; e da Filosofia do Direito, na parte da Culturologia Jurídica” (REALE, 1999, p. 509).

<sup>36</sup> Reale aponta diversas outras diferenças entre a sua teoria e a de Sauer. Podemos citar aqui o fato de que, para Sauer, o tridimensionalismo possui um sentido universal-cósmico, enquanto, para Reale, o tridimensionalismo só pode ser entendido com referência à história e à cultura (REALE, 1999, p. 439-440). Outra diferença é que para Sauer, tanto a natureza, quanto a cultura, são estruturas trivalentes; enquanto que para Reale a tridimensionalidade se dá apenas em objetos culturais, já que a perspectiva valorativa só existe em decorrência da dimensão espiritual humana (REALE, 1999, p. 440).

Essa necessária dinâmica entre fato, valor e norma no direito é algo que precisaremos considerar, quando formos trabalhar com os processos de descrição, que levam à redundância e à evolução do sistema jurídico<sup>37</sup>. No entanto, por enquanto, é preciso ainda destacar que a integração normativa de fatos, segundo valores não é uma característica somente do direito, mas, sim, de toda conduta ética. Seja ela religiosa, amorosa, moral, costumeira ou jurídica (REALE, 1999, p. 393). Por isso, para distinguir corretamente o que é o direito, segundo uma autodescrição do sistema através de Reale, é preciso fazer ainda uma diferenciação do modo de enlace existente entre os três elementos, que é o que irá diferenciar cada uma das facetas da conduta ética.

#### 2.1.4 A bilateralidade atributiva do direito

Para Reale é da tensão existente entre o fato (aquilo que se é) e o valor (aquilo que deve ser) que se gera uma norma<sup>38</sup> ética<sup>39</sup> (o meio de tentar se alcançar o valor eleito). Isto decorre da própria natureza do homem. “O específico do homem é conduzir-se, é escolher fins e pôr em correspondência meios a fins” (REALE, 1999, p. 378). No entanto, nem todas as escolhas que os seres humanos fazem são de natureza jurídica, afinal “o Direito não cuida do homem em todas as suas manifestações, enquanto apenas contempla ou se projeta no mundo dos valores estéticos, científicos ou religiosos, a não ser para tornar possíveis e garantidas essas atividades, sem envolver o conteúdo mesmo dos valores visados” (REALE, 1999, p. 377). Por isso, é preciso responder o que diferencia o direito das demais condutas éticas.

A resposta dada por Reale (1999, 1994a) é que o direito possui como característica ser dotado de bilateralidade atributiva, algo que as outras condutas éticas não possuem. Reale (1999, p. 692) define a bilateralidade atributiva como sendo “uma relação objetiva que, ligando

---

<sup>37</sup> Tomamos isso como necessário porque, para nós, assim como para Reale (1994a, p. 119) “o Direito não é só norma, como quer Kelsen. Direito não é só fato como rezam os Marxistas, ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito é ao mesmo tempo norma, fato e valor”.

<sup>38</sup> “Se a ação humana se subordina a um fim ou a um alvo, há direção, ou pauta assinalando a via ou a linha de desenvolvimento do ato. A expressão dessa pauta de comportamento é o que nós chamamos de norma ou de regra. Não existe possibilidade de ‘comportamento social’ sem norma ou pauta que não lhe corresponda” (REALE, 1999, p. 384)

<sup>39</sup> Sobre o sentido de ética empregado por Reale: “Ética não é a doutrina da ação em geral, mas propriamente a doutrina da conduta enquanto inseparável de sua razão ou critério de medida, de sua norma, mediante a qual se expressa teleologicamente um valor. A Ética é, em suma, a ordenação da conduta, o que equivale a dizer: a teoria normativa da ação” (REALE, 1999, p. 385).



entre si dois ou mais seres, lhes confere e garante, de maneira recíproca ou não, pretensões ou competências”.

Diz-se ser uma relação objetiva porque o surgimento da relação jurídica não depende do querer ou do arbítrio de um sujeito específico, mas sim de um liame criado transubjetivamente, através de uma ordem objetiva que já escolheu o valor a ser tutelado (REALE, 1999, p. 693). Ela é bilateral porque sempre há dois ou mais seres integrando esta relação, seja de pessoas físicas ou jurídicas. O fato é que a relação jurídica sempre se dá entre pessoas, ainda que essa relação possa surgir em razão das coisas, como ocorre no direito real, por exemplo (REALE, 1999, p. 693). É atributiva porque sempre irá conferir, dar razão, em alguma medida, a um dos sujeitos de direito, de maneira a disciplinar tal exigibilidade, através do vínculo constituído (REALE, 1999, p. 693). A bilateralidade atributiva dá uma garantia aos sujeitos da relação jurídica porque ela é mais do que uma simples declaração teórica, ela concede uma certeza e segurança quanto à possibilidade de propor uma ação, de modo a lhe conceder uma legitimidade para exigir uma execução coercitiva (REALE, 1999, p. 693). Há também a possibilidade ou não de haver reciprocidade em grau de igualdade entre os sujeitos, vez que nos contratos sinalagmáticos, por exemplo, há um vínculo de mútuos direitos e deveres, algo que não se nota em todas as relações jurídicas, como no direito penal, por exemplo (REALE, 1999, p. 693). E, por fim, a bilateralidade atributiva concede pretensões ou competências, quando presente a relação jurídica (REALE, 1999, p. 694). Em suma, pode-se dizer que:

esse conceito desdobra-se nos seguintes elementos complementares: a) sem relação que una duas ou mais pessoas não há Direito (bilateralidade em sentido social, como intersubjetividade); b) para que haja Direito é indispensável que a relação entre os sujeitos seja objetiva, isto é, insuscetível de ser reduzida, unilateralmente, a qualquer dos sujeitos da relação (bilateralidade em sentido axiológico); c) da proporção estabelecida deve resultar a atribuição garantida de uma pretensão ou ação, que podem se limitar aos sujeitos da relação ou estender-se a terceiros (atributividade) (REALE, 2001, p. 48).

Para fins de melhor esclarecimento, utilizaremos como exemplo as distinções entre as normas de conduta religiosa, costumeira e moral em face das jurídicas.

As normas de conduta religiosa têm por característica distintiva o fato de que a razão de seu agir não se encontra em si, nem nos seus pares, mas sim em algo que transcende o próprio homem (REALE, 1999, p. 394). Portanto, nas normas de conduta religiosa não há bilateralidade, posto que não há relacionamento entre duas pessoas. O que há é uma relação entre uma pessoa e algo que transcende a humanidade. Outrossim, “na conduta religiosa, não nos contrapomos a algo, nem pretendemos resolver algo em nós, por resolução ou implicação,

mas *participamos* de algo que só é nosso na medida em que o reconhecemos acima de nós” (REALE, 1999, p. 395, destaque do autor). Portanto, também não há atributividade, posto que não há pretensão de oposição, e, sim, de participação.

Nas normas costumeiras, por sua vez, há bilateralidade, já que “a instância valorativa ou a medida fundamental do agir não se encontra propriamente no sujeito que age, mas, ao contrário, no outro sujeito, nos demais sujeitos” (REALE, 1999, p. 399). No entanto não há coercibilidade<sup>40</sup>, “ninguém pode ser coagido, por exemplo, a ser cortês, pois é inconcebível a cortesia forçada, como seria uma saudação feita sob ameaça de agressão” (REALE, 2001, p. 53). Assim, em não havendo a coercibilidade, também não há como ter atributividade, já que não se pode fazer exigência por meio de ação nesse sentido.

No caso da moral “a ação se dirige para um valor, cuja instância é dada por nossa própria subjetividade” (REALE, 1999, p. 396), diferentemente do direito, cuja ação se dirige para realizar um valor que foi escolhido transubjetivamente. Na moral também não há coação “ninguém pode praticar um ato moral pela força ou pela coação. A Moral é incompatível com qualquer ideia ou plano de natureza coercitiva, quer de ordem física, quer de ordem psíquica. No ato moral é essencial a espontaneidade” (REALE, 1999, p. 397).

Com isso, conseguimos completar as explicações acerca da autodescrição do direito feita por Reale, verificamos, portanto, o porquê de ele descrever o direito como sendo uma integração normativa de fatos, segundo valores de natureza bilateral-atributiva. Por isso, agora, já podemos passar para a exposição da heterodescrição do direito, que iremos fazer uso para alcançar os objetivos do presente trabalho.

## 2.2 A HETERODESCRIBÇÃO DO DIREITO CONFORME A TEORIA SISTÊMICA DO DIREITO DE NIKLAS LUHMANN

Iniciando a proposta de heterodescrição do sistema jurídico, o presente tópico tem por finalidade responder como Niklas Luhmann descreve o direito por uma “visão de fora” do sistema jurídico, conforme já explicado no início deste capítulo. Para fins de alcançar uma resposta para esta pergunta, de forma sucinta, podemos dizer que para Luhmann: *o direito é um*

---

<sup>40</sup> Vale ressaltar que para Reale (1999, p. 681) há uma diferença importante entre coercitividade e coercibilidade, para ele “podemos fazer uma distinção entre a teoria da coercitividade e a da coercibilidade, lembrando, como Caldas Aulete o salienta em seu clássico Dicionário, que aquele termo ‘é qualidade de coercitivo’, enquanto que o outro é ‘qualidade do que é coercível’. Pois bem. Segundo os adeptos da primeira teoria o Direito seria dotado sempre e invariavelmente de um elemento coercitivo, sem o qual não haveria Direito; para os da segunda, a coação seria elemento externo do Direito”. Para Reale (2001, p. 43) a “coercibilidade é uma expressão técnica que serve para mostrar a plena compatibilidade que existe entre o Direito e a força”.

*sistema parcial que visa estabilizar expectativas normativas comportamentais congruentes e generalizadas.*

Da mesma forma como fizemos com a autodescrição de Miguel Reale, gostaríamos de expor cada afirmação trazida nessa frase e mostrar as consequências teóricas resultantes dessa forma de se observar o direito. Portanto, começaremos a explicar o que é um sistema já na próxima seção.

### 2.2.1 O conceito de sistema de Luhmann

Para se responder o que é um sistema, Luhmann primeiro recorre ao estudo do que ele chama de “teoria geral dos sistemas”. Diferentemente da ideia de sistemas fechados<sup>41</sup>, que seriam regidos pela lei da entropia<sup>42</sup>, o sentido de sistema trabalhado mais próximo das abordagens sociológicas está localizado na teoria dos sistemas abertos<sup>43</sup> (LUHMANN, 2013, p. 26). No campo da sociologia, inicialmente, a palavra sistema aparece orientada pela metáfora do equilíbrio ou balança<sup>44</sup>. O sistema seria, aqui, o que permitiria que diferentes elementos pudessem alcançar um equilíbrio entre eles na forma como se relacionam (LUHMANN, 2013, p. 27).

Outra abordagem comum seria a dos modelos de *inputs/outputs*, que analisam o sistema como um conjunto de elementos, através daquilo que entra no sistema e daquilo que sai após a entrada no sistema (LUHMANN, 2013, p. 28). Dentro do modelo de *inputs/outputs* ainda há aqueles que trabalham com o conceito de *black box*, *feed back* negativo e *feed back* positivo (LUHMANN, 2013, p. 29). No entanto, para Luhmann nenhuma dessas abordagens é capaz de resolver de forma completamente adequada o problema do conceito de sistema no atual grau de

---

<sup>41</sup> “Sistemas fechados são definidos como caso extremo: como sistemas para os quais o ambiente não tem significado ou o tem apenas mediante canais especiais” (LUHMANN, 2016b, p. 22).

<sup>42</sup> “A física chegou ao entendimento de que o universo é um sistema fechado, que não pode aceitar nenhuma entrada de uma ordem que não esteja contida em si mesma e que, ali, a lei da entropia é inexorável. Mas se isso é válido para o mundo físico, não é, sem mais, para a ordem biológica ou social. Assim, o bloqueio físico do universo foi negado como um fenômeno representativo de outras ordens” (LUHMANN, 1996, p. 47, tradução nossa).

<sup>43</sup> “O projeto de sistemas abertos funciona com um conceito indeterminado de ambiente e não distingue a relação geral entre sistema e ambiente, da relação mais específica entre sistema e sistemas-no-ambiente. Na ordem de generalidade desta teoria não podem ser vistas as dependências: por exemplo as dependências ecológicas; a dependência do sistema político do bom funcionamento da economia” (LUHMANN, 1996, p. 48, tradução nossa).

<sup>44</sup> “Na tradição do pensamento sociológico, o equilíbrio foi conferido uma alta valorização, enquanto evitava teorias baseadas na noção de perturbação. Isso vale, acima de tudo, para a teoria econômica ou teorias que enfatizam o equilíbrio entre os diferentes fatores” (LUHMANN, 1996, p. 46, tradução nossa).

complexidade da sociedade (LUHMANN, 2013, p. 39-40), por isso, ele vai basear seu conceito de uma forma diferente.

O conceito de Luhmann de sistema tem como princípio a construção de uma diferença. Na verdade, como ele diz: “um sistema *é* a diferença entre sistema e ambiente” (LUHMANN, 2013, p. 44, tradução nossa, destaque do autor). Essa fórmula “sistema/ambiente” irá permear todo o pensamento de Luhmann, e, por isso, de logo, precisamos explicá-la um pouco mais.

A primeira coisa que precisamos ter em mente, no que se refere ao conceito de sistema de Luhmann, é que um sistema é descrito como uma “forma”, conforme empregado por Spencer Brown (LUHMANN, 2013, p. 52). Segundo Brown (1972, p. 01), não podemos indicar uma ideia sem fazer uma distinção. Desse modo, para falar de forma, antes ele trata do conceito de distinção.

Para Brown (1972, p. 01, tradução nossa) “a distinção é a perfeita continência”. Cabe tudo nela, e, portanto, nela, tudo está contido. Isto porque, “uma distinção é feita organizando um limite com lados separados, de modo que um ponto de um lado não possa alcançar o outro lado sem cruzar o limite” (BROWN, 1972, p. 01, tradução nossa). Quando fazemos uma distinção, portanto, necessariamente englobamos tudo, porque o que se diz, exclui e, ao mesmo tempo indica, necessariamente, o que não foi dito. Dessa maneira, tudo, ou está de um lado da distinção, ou do outro. A própria linguagem é assim. Isso porque, conforme lembrado por Luhmann (2013, p. 45), Ferdinand de Saussure (2006) já dizia que a linguagem é estabelecida através da diferença entre diferentes palavras e frases. Quando falamos de um “lápiz”, por exemplo, traçamos uma diferença entre o que é um lápis e uma caneta, mas também entre o lápis e tudo aquilo que não é lápis (cadeira, amor, garrafa, texto, gripe, etc.), chegando, assim, à continência perfeita a que Brown (1972) se referiu.

Assim, forma é toda distinção que possui dois lados (LUHMANN, 2013, p. 50). Para Luhmann (2013, p. 51, tradução nossa), “o sistema pode ser chamado de ‘forma’ sob a condição de que o conceito de ‘forma’ deve sempre ser aplicado como a diferença entre sistema e ambiente”. Dessa maneira, podemos afirmar que, se de um lado da distinção tudo que temos é o sistema; do outro, tudo que temos é o que não temos no sistema. O lado que é construído com a exclusão de tudo o que não pertence ao sistema, é chamado de “ambiente”. O fato de o ambiente ser o lado “excluído” da operação, no entanto, não faz dele menos valioso para a observação. “Nem a existência nem a relevância é negada ao ambiente. Ao contrário, a distinção entre sistema e ambiente é precisamente a forma permitida para que um sistema ou o ambiente se caracterizem em referência recíproca” (LUHMANN, 2016a, p. 102).

Assim, chegamos novamente à fórmula “sistema/ambiente” que possibilita a descrição do mundo. Por isso, podemos dizer que, na teoria sistêmica, “o mundo é dividido, cortado, partido ou cindido em sistema e ambiente” (LUHMANN, 2013, p. 107, tradução nossa). Ocorre que, se tudo pode ser “encaixado” na fórmula sistema/ambiente, é preciso agora que algo possa ser capaz de distinguir cada sistema. Na abordagem luhmanniana, o que diferencia um sistema do outro é o tipo de sua operação<sup>45</sup> (LUHMANN, 2013, p. 52). “Na verdade é um tipo de operação que produz o sistema” (LUHMANN, 2013, p. 53, tradução nossa). Cada sistema possui seu próprio tipo de operação, e, para que possa haver um sistema é preciso que cada operação se ligue de alguma maneira umas com as outras. “Se uma operação de um certo tipo começou e, como eu gosto de dizer, é capaz de se conectar – isto é, se outras operações do mesmo tipo decorrem dela – um sistema se desenvolve” (LUHMANN, 2013, p. 52, tradução nossa). Essa necessidade de que uma operação se conecte com outra do mesmo tipo faz surgir a autorreferência do sistema, já que cada operação pode apenas se constituir a partir de outra operação de mesmo tipo.

Assim, cada sistema possui apenas um tipo de operação<sup>46</sup>, sendo isso o que o torna único (LUHMANN, 2013, p. 53). Com efeito, para Luhmann (2013, p. 53), o sistema social, por exemplo, é o único formado por comunicação; e, ao mesmo tempo, apenas a comunicação forma o sistema social (LUHMANN, 2013, 2006). “Um sistema social surge quando a comunicação se desenvolve a partir da comunicação” (LUHMANN, 2013, p. 53, tradução nossa). A comunicação, por sua vez, é formada por uma síntese entre informação, enunciado e entendimento. “Uma comunicação acontece quando uma informação que foi enunciada é entendida” (LUHMANN, 2013, p. 53, tradução nossa), ainda que haja um mal-entendido ou que não se entenda aquilo que o falante queria dizer, mas para ser comunicação é preciso que ela [a comunicação] esteja apta a ser entendida.

Ocorre que, se por um lado, sistemas se diferenciam entre si (como o sistema social do psíquico<sup>47</sup>, por exemplo) através da identidade única do seu tipo de suas operações; por outro, dentro do próprio sistema, pode haver diferenciações. “Com isso, o sistema no qual outros

---

<sup>45</sup> “Operações são acontecimentos e, portanto, atualizações de possibilidade providas de sentido que tornam a desaparecer logo depois de realizadas. Como acontecimento, as operações não têm nenhuma duração, ainda que haja duração mínima necessária para sua observação (por exemplo, o tempo para o pronunciamento de uma sentença)” (LUHMANN, 2016a, p. 66-67).

<sup>46</sup> “Não há sistema sem um modo específico de operação, mas por outro lado não há operação sem um sistema ao qual ele pertence. Segundo a teoria da autopoiese, tudo o que existe deve ser redirecionado para as operações de algum sistema. Todo objeto possível existe apenas porque algum sistema o constitui como uma unidade” (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 117-118, tradução nossa).

<sup>47</sup> “Sistemas psíquicos constituídos com base em uma interconexão (autorreferencial) de consciência e sistemas sociais constituídos com base em uma interconexão (autorreferencial) de comunicação” (LUHMANN, 2016b, p. 80).

sistemas são formados é reconstruído através de uma distinção adicional entre sistema parcial e ambiente. Visto do sistema parcial, o restante do sistema total é agora o ambiente” (LUHMANN, 2006, p. 473, tradução nossa).

Isso significa que, quando dissemos que o sistema social é formado por comunicação, isso implica em dizer, também, que tudo o que não é comunicação, não pertence ao sistema social. Pensamentos, carros, seres vivos, não pertencem ao sistema social, posto que não são formados por comunicação. Dessa forma, tudo isso é exemplo do que compõe o ambiente do sistema da sociedade. Diante do exposto, quando o sistema social se distingue internamente, ele cria dentro dele novos sistemas/ambientes, de maneira que, aquilo que não pertence ao sistema parcial passa a ser ambiente do sistema parcial. Esse ambiente do sistema parcial contém as demais partes do próprio sistema total e também todo o ambiente total. Veremos mais adiante, por exemplo, que o sistema jurídico é um sistema parcial do sistema total da sociedade. Dessa forma, tudo o que não é jurídico constitui seu ambiente, e isso inclui outros sistemas parciais como a economia, a arte, a religião, etc.

Acontece que, quando um sistema se diferencia internamente, não pode ser o tipo de operação – como acontece com os sistemas totais – que marca esta distinção, pois, se o tipo de operação se modificasse, não estaríamos mais no sistema total. Se o tipo de operação deixasse de ser comunicação, não estaríamos mais observando o sistema social; se deixasse de ser pensamento, não estaríamos no sistema psíquico, e assim por diante. Então, na diferenciação interna, o que muda não é a natureza da operação, mas, sim, a sua função (LUHMANN, 2006, p. 590). Desse modo, a “diferenciação funcional significa que sob o ponto de vista da unidade pela qual uma diferença sistema/ambiente foi diferenciada, é a função que o sistema diferenciado exerce (e não seu ambiente) que o diferencia do sistema total” (LUHMANN, 2006, p. 591, tradução nossa).

Assim sendo, cada função determinará a distinção entre o sistema parcial e seu entorno, isso “significa que, para esse sistema (e somente para ele), essa função tem prioridade e todas as outras funções estão subordinadas a ela” (LUHMANN, 2006, p. 592, tradução nossa). Isso revela que “o sistema funcional monopoliza a função para si e tem o ambiente como inadequado ou incompetente a esse respeito” (LUHMANN, 2006, p.591, tradução nossa). Exemplo disso é que:

para a ciência, seu ambiente é cientificamente incompetente, mas não politicamente incompetente, ou economicamente incompetente, etc. Nesse sentido, cada sistema de função tem a ver com um ambiente interno da sociedade integrada de diferentes maneiras, precisamente porque cada sistema funcional é diferenciado para cumprir uma função específica (LUHMANN, 2006, p 591, tradução nossa).

Dito isso, podemos dizer que o Direito para Luhmann é um sistema, posto que marca uma distinção entre direito/não-direito. Suas operações são comunicativas (LUHMANN, 2016a, p. 73), e, portanto, pertencem à sociedade. Mas ele se diferencia internamente na sociedade, em razão de possuir uma função própria no sistema, de maneira que podemos, então, classificá-lo como um sistema parcial.

### **2.2.2 O direito como sistema parcial da sociedade**

Dissemos que o direito é um sistema parcial da sociedade. Isto traz algumas implicações teóricas que gostaríamos de tratar na presente seção. A primeira implicação é que, “por um lado, a sociedade é o ambiente de seu sistema do direito; por outro, todas as operações do sistema do direito são também operações na sociedade e, portanto, operações da sociedade” (LUHMANN, 2016a, p. 45). Por essa razão, pode-se afirmar que “o sistema jurídico, à medida que é um sistema-parte da sociedade, utilizado como modo de operação da comunicação, não pode fazer nada que não seja – como meio do sentido mediante a comunicação – compor formas (sentenças)” (LUHMANN, 2016a, p. 46).

Entretanto, antes de falarmos do sistema jurídico propriamente dito, é preciso distinguir o que não pertence ao sistema jurídico, ou seja, o que pertence a seu ambiente. Primeiramente, é ambiente do sistema jurídico tudo aquilo que já era ambiente do sistema social<sup>48</sup>. Isso implica dizer que “nem papel, nem tinta, nem pessoas, nem outros organismos, nem em tribunais, nem em seus espaços, nem aparelhos telefônicos, nem computador, que ali são utilizados, façam parte do sistema. Esse limite externo é constituído já pela própria sociedade” (LUHMANN, 2016a, p. 46). Por isso, “é necessário ver e pesquisar o direito como estrutura e a sociedade como sistema em uma relação de interdependência recíproca” (LUHMANN, 1983a, p. 15). “Direito e sociedade têm que ser abarcados integralmente, como variáveis empiricamente pesquisáveis, que se interpermeiam de forma determinada” (LUHMANN, 1983a, p. 22).

Em razão disso, pode-se dizer que o direito funciona na sociedade e pela sociedade. Por isso, “a sociedade não é simplesmente o ambiente do sistema legal. Em parte, ela é mais, à medida que inclui operações do sistema jurídico, e em parte, menos, à medida que o sistema do

---

<sup>48</sup> “Sistemas psíquicos observam o direito, não o produzem; ou então permaneceriam profundamente encerrados no que Hegel certa vez chamou de ‘interioridade sombria do pensamento’. Por isso, não é possível manter sistemas psíquicos, consciência ou mesmo o indivíduo humano em sua integralidade como parte ou até componente interno do sistema legal” (LUHMANN, 2016a, p. 64-65).

direito tem a ver também com o ambiente do sistema da sociedade” (LUHMANN, 2016a, p. 74).

Por outro lado, o sistema jurídico se diferencia de outros sistemas internos do sistema social. Isso se dá através da autonomia funcional do direito alcançada através da imposição de seu código binário próprio, que possibilita o seu fechamento operativo. “Isso significa que o sistema jurídico, de maneira muito peculiar, precisa marcar tudo o que tem de ser tratado como comunicação jurídica no sistema” (LUHMANN, 2016a, p. 47). Dessa forma, “o próprio direito determina onde se encontram seus limites; determina também o que pertence ao direito e o que não lhe pertence” (LUHMANN, 2016a, p. 19). Neste sentido, como a sociedade possui outros sistemas funcionais, é importante aqui explicarmos sobre o que diferencia o direito dos demais sistemas parciais sociais. Isto porque:

o ambiente do sistema jurídico interno à sociedade aparece como altamente complexo, e a consequência disso é o sistema jurídico fazer referência a si mesmo: a uma autonomia que lhe é própria, a limites autodeterminados, a um código próprio e a um filtro altamente seletivo, cuja ampliação poderia pôr em risco o sistema ou mesmo dissolver o caráter determinável de suas estruturas (LUHMANN, 2016a, p. 18-19).

Isto quer dizer que, no fundo, “o direito adquire sua realidade não por alguma idealidade estável, mas exclusivamente pelas operações, que produzem e reproduzem o sentido específico do direito” (LUHMANN, 2016a, p. 56). A busca por esse sentido específico do direito está intimamente ligada aos limites de autodeterminações do direito, ao uso de seu próprio código, ou seja, das características específicas das operações jurídicas. Por se tratar de tema abrangente e importante, optamos por fazer uma abordagem sobre isso em tópico próprio, a ser desenvolvido logo a seguir.

### **2.2.3 A operação específica do direito**

Para que se entenda como ocorre a diferenciação e o fechamento operativo do direito, Luhmann (2016a, p. 80-81) explica que é preciso levar em consideração duas coisas: primeiro, é necessário compreender a codificação binária do direito, que fornece um esquema de valores positivos e negativos para as operações do sistema; e, segundo, conhecer a função do direito, que nos revela a orientação do direito para resolver um problema específico da sociedade. Ambos se relacionam e se estimulam reciprocamente. No entanto, sobre a função do direito cuidará o tópico seguinte. Por enquanto, fixemos nossa atenção à questão do fechamento operativo e a codificação do sistema jurídico.



Dizemos que um sistema possui fechamento operativo quando ele opera apenas com base em suas próprias observações/operações. “Chamamos esses sistemas de ‘operativamente fechados’, pois eles se fiam em sua própria rede de operações para a produção de suas próprias operações e, nesse sentido, reproduzem-se” (LUHMANN, 2016a, p. 59). Importante ressaltar que “‘fechado’ não deve ser entendido como ‘isolado’. Ele não impede, ainda que realce, à sua própria maneira, relações causais intensivas entre sistemas e seus ambientes e ainda que interdependências de tipo causal se façam estruturalmente necessárias para o sistema” (LUHMANN, 2016a, p. 58).

Como dissemos mais acima, quando um sistema é operacionalmente fechado, ele opera fazendo referência tão somente as suas próprias operações. Essa característica de autorreferência nos levará diretamente ao conceito de autopoiese<sup>49</sup>. Isto porque, “a autopoiese consistirá na tese (outros diriam “afirmação”) de que as estruturas só podem ser utilizadas ou não utilizadas, lembradas ou esquecidas, mediante produção pelas operações do sistema e para cada caso” (LUHMANN, 2016a, p. 84). Assim sendo, a “autopoiese envolve reprodução (produção de produtos produzidos) das operações elementares do sistema: por exemplo, o pagamento, afirmações legais, qualificações escolares, decisões coletivamente obrigatórias, etc.” (LUHMANN, 2006, p. 596, tradução nossa).

Se considerarmos essa maneira autorreferente de pensar, teremos que admitir que “somente o próprio direito pode dizer o que o direito é. Assim, a produção de estruturas engendra-se de maneira circular, já que as próprias operações demandam estruturas a fim de, por referências recursivas, determinar outras operações” (LUHMANN, 2016a, p. 66). Dessa forma, “não apenas a produção de operação por operação, mas também, *a fortiori*, a condensação e confirmação de estruturas por operações que orientam tais estruturas são realizações da autopoiese” (LUHMANN, 2016a, p. 67).

Com isso, pode-se notar que Luhmann toma como ponto de partida uma afirmação tautológica em que “a distinção de um sistema do direito operativamente fechado se dá por referências recursivas de operações jurídicas a operações jurídicas” (LUHMANN, 2016a, p. 76). Ocorre que essas operações jurídicas se realizam através de um código binário único do

---

<sup>49</sup> “O conceito de autopoiese foi formulado pelo biólogo chileno Humberto Maturana, ao tentar dar uma definição à organização de organismos vivos. Um sistema vivo, de acordo com Maturana, é caracterizado pela capacidade de produzir e reproduzir seus elementos constitutivos, e, assim, definir sua própria unidade: cada célula é produto de uma ação interna ao sistema, que é em si um elemento; e não de uma ação externa. A teoria dos sistemas sociais adota o conceito de autopoiese e amplia sua importância. Enquanto no campo biológico é exclusivamente confinado a sistemas vivos, de acordo com Luhmann, um sistema autopoietico é individualizado em todos os casos em que é possível individualizar um modo específico de operação, que é realizado apenas e internamente” (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 31-32, tradução nossa).

direito. Isso porque, “o código binário é constantemente reproduzido através de todas as operações do sistema (excluindo títulos de terceiros) e com as possíveis novas operações próprias que surgem de lá, o sistema exerce sua função” (LUHMANN, 2006, p. 596, tradução nossa).

Para Luhmann, o código binário que o direito usa para fins de realizar suas operações é o código lícito/ilícito. Como consequência disso, “sempre que uma operação dispõe acerca de legalidade ou ilegalidade o sistema a reconhece como uma operação própria, inserindo-a na rede recursiva de suas outras operações” (LUHMANN, 2016a, p. 237). Aqui encontramos, portanto, a primeira característica para entendermos porque o direito é um sistema funcional que possui em sua operação algo que o distingue dos demais, pois, “apenas o próprio sistema do direito pode originar seu fechamento, reproduzir suas operações, definir seus limites, e *não existe nenhuma outra instância na sociedade que poderia dizer: ‘isso é lícito e isso é ilícito’*” (LUHMANN, 2016a, p. 93, destaque do autor).

Desta forma, não é exagero dizer que em uma sociedade funcionalmente diferenciada, “fora do direito não existe nenhuma disposição sobre legalidade e ilegalidade” (LUHMANN, 2016a, p. 237). Portanto:

ao sistema do direito em si pertence apenas uma comunicação orientada por códigos, apenas uma comunicação que faça valer uma classificação dos valores “legal” e “ilegal”; pois somente uma comunicação dessa natureza busca e afirma uma integração recorrente no sistema do direito; somente uma comunicação dessa natureza toma o código como forma de abertura autopoietica, como necessidade de mais comunicação no sistema jurídico (LUHMANN, 2016a, p. 90).

Como consequência do uso do código pelo sistema, temos que “o que não puder ser apreendido com esse esquema de controle legal/ilegal não pertencerá ao sistema do direito, mas a seu ambiente interno ou externo à sociedade” (LUHMANN, 2016a, p. 82). De acordo com essa maneira de pensar, “o código em si não é uma norma. Ele nada mais é que a estrutura de um processo de reconhecimento e atribuição da autopoiese da sociedade” (LUHMANN, 2016a, p. 94).

Porém, é preciso esclarecer que isso não significa que, toda comunicação que se refere ao que é lícito ou ilícito, é uma comunicação jurídica. É preciso que se verifique o contexto funcional da comunicação. Se ela é ou não uma operação interna do sistema do direito. Quanto a isso, Luhmann (2016a, p. 97-98) nos oferece o seguinte exemplo:

na cátedra de jurisprudência é possível falar sobre os casos legais ou, na imprensa, informar sobre os veredictos do tribunal, sem que a comunicação disponha sobre valores jurídicos. Tal comunicação se encontra em outro contexto funcional, por mais que o professor de direito ou o jornalista

expressem sua própria opinião. Logo se vê a diferença quando professores de direito ou jornais falam explicitamente “em causa própria”.

Por isso, como dito acima, não é somente o código próprio que individualiza e concede ao direito seu fechamento operativo. Isto se dá também em razão da sua função, tendo em vista sua especificidade para resolver um problema social. É o que nos leva ao tópico seguinte.

#### **2.2.4 O direito e as expectativas normativas e cognitivas**

Falamos acima que cada sistema funcional se difere dos demais, em razão da função estabelecida dentro de seu sistema total. Já mostramos que o direito é um sistema parcial e que suas operações são desenvolvidas com a aplicação de um código binário (lícito/ilícito) que lhe fornece o fechamento operativo necessário para que possa realizar autopoiese, e, também, para exercer sua função. Dissemos, ainda, que a função de cada sistema parcial busca resolver um problema específico da sociedade. Cumpre agora, porém, explicar qual o problema que o Direito visa ajudar a resolver e como ele busca saná-lo.

Para Luhmann, o direito é uma das formas que a sociedade moderna encontrou para lidar com a contingência e a complexidade do mundo<sup>50</sup>. Segundo ele, “com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar” (LUHMANN, 1983a p. 45). Isso significa que o sistema sempre tem em sua frente muito mais alternativas do que o que ele pode realmente fazer ou optar e isso exige que os sistemas façam uma seleção dentre as alternativas que lhes estão postas.

Vejamos, por exemplo, a possibilidade de fixar uma pena a um condenado, cuja pena base varie de cinco a dez anos de reclusão. Neste caso, o juiz tem a possibilidade de escolher entre um intervalo de cinco a dez anos. Este período ainda pode ser dividido em meses e dias. E diante de todas as possibilidades ele só pode escolher um único valor, por exemplo de cinco anos; ou, seis anos e oito meses; ou, ainda, sete anos, nove meses e doze dias, e assim sucessivamente. Com esse exemplo podemos ver que a possibilidade de fixação da pena base é imensamente maior do que a possibilidade de escolha. Por isso, para escolher precisamos de critérios de seleção, a fim de nos ajudar a lidar com a complexidade do caso. Neste nosso exemplo, poderíamos citar os critérios do art. 59, do Código Penal brasileiro<sup>51</sup>, como forma de

---

<sup>50</sup> Sobre o que há de complexo no mundo complexo de Luhmann, conferir em Neves e Neves (2006).

<sup>51</sup> “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (BRASIL, 1940).

demonstrar a seletividade provocada pela complexidade<sup>52</sup>. Por isso, Luhmann afirma que “em termos práticos, complexidade significa seleção forçada” (LUHMANN, 1983a p. 46).

O outro aspecto que o direito nos ajuda a lidar é com a contingência. “Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas” (LUHMANN, 1983a p. 45). Ou seja, pelo princípio da continência, o futuro é aberto. Nada é necessário. O futuro é incerto e não temos controle sobre ele. “Em termos práticos [...] contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos” (LUHMANN, 1983a, p. 46).

Assim, sendo o mundo complexo e o futuro incerto, como podemos nos relacionar com esse futuro? A resposta de Luhmann é que lidamos com isso através da criação de expectativas<sup>53</sup>. Embora não possamos saber o que de fato vai acontecer no futuro; podemos, com as informações que possuímos, esperar algo dele. Desse modo, “estruturas seletivas de expectativas, que reduzam a complexidade e a contingência são uma necessidade vital” (LUHMANN, 1983a p. 66), graças a elas conseguimos nos planejar e melhor organizar nossas condutas.

Acontece que as expectativas possuem dois destinos possíveis: ou elas são satisfeitas – o que era esperado de fato acontece –, ou elas são frustradas<sup>54</sup> – o que era esperado não ocorre. Se a expectativa for satisfeita, ela tende a ser reforçada<sup>55</sup>. Mas, se ela for desapontada, isso pode gerar efeitos significativos, tanto para o indivíduo<sup>56</sup>, quanto para a sociedade<sup>57</sup>. Com isso:

---

<sup>52</sup> Poderíamos citar outros exemplos do nosso cotidiano. Em uma grande sorveteria a possibilidade de escolha de bolas de sorvete é muito maior do que a quantidade de sorvete que podemos tomar. A quantidade de sapatos que estão disponíveis para a compra em uma grande loja de sapatos é muito maior do que a quantidade de sapatos que podemos usar. Isso tudo nos força a utilizar de critérios de seleção, como: sabores de sorvete mais doces/menos doce, sapato nº 41/outros números, quantidade de dinheiro disponível, etc.

<sup>53</sup> “Frente à contingência simples erigem-se estruturas estabilizadas de expectativas, mais ou menos imunes a desapontamentos – colocando as perspectivas de que à noite segue-se o dia, que amanhã a casa ainda estará de pé, que a colheita está garantida, que as crianças crescerão... Frente à dupla contingência necessita-se outras estruturas de expectativas, de construção muito mais complicada e condicionada: as expectativas” (LUHMANN, 1983a p. 47).

<sup>54</sup> “Estruturas de expectativas estão expostas a frustrações, e é aí que reside sua realidade” (LUHMANN, 1983a p. 132).

<sup>55</sup> “As condensações e as confirmações que possibilitam e acompanham as repetições limitam o espaço de manobra que seria possível com a arbitrariedade da ligação entre signo e significado. Surgem normas do falar corretamente e, além disso, normas do trato adequado com a linguagem, que são aceitos e seguidos, ainda que se possa fazer de outra maneira” (LUHMANN, 2016, p. 101).

<sup>56</sup> “Existe o duplo perigo de que o desapontado, devido à excitação, aja de forma imprevisível, que ele, para salvar uma expectativa, desaponte muitas outras expectativas, ou seja, crie mais problemas que soluciona; ou que ele, no calor da excitação, perca o autocontrole, esquecendo-se de si mesmo, interrompendo a continuidade e a confiabilidade de sua auto-exposição, arriscando, por causa de uma expectativa, a identidade social da sua personalidade, ridicularizando-se e infligindo a si mesmo danos irreparáveis” (LUHMANN, 1983a p. 67).

<sup>57</sup> “A vista da liberdade de comportamento dos outros homens são maiores os riscos e também a complexidade do âmbito das expectativas. Consequentemente, as estruturas de expectativas têm que ser construídas de forma mais complexa e variável. O comportamento do outro não pode ser tomado como fato determinado, ele tem que

a experimentação do desapontado adquire uma colaboração emocional; frequentemente ela é até mesmo transmitida ao sistema orgânico e desencadeia processos psicológicos, especialmente em casos de refreamento de possibilidades de ação. Ele se excita. Para atenuar a pressão são mobilizados mecanismos psíquicos, quando não orgânicos. Seu acionamento, por outro lado, não pode ser ignorado no sistema social (LUHMANN, 1983a p. 67).

Por essa razão, “o sistema social tem que orientar e canalizar o processamento de desapontamentos de expectativas” (LUHMANN, 1983a p. 67). Essa orientação se dá, através da estabilização de expectativas e da possibilidade de sua generalização. Com isso, “certas premissas da experimentação e do comportamento, que possibilitam um bom resultado seletivo, são enfeixadas constituindo sistemas, estabilizando-se relativamente frente a desapontamentos” (LUHMANN, 1983a p. 45). Assim fazendo, os sistemas sociais “estabilizam expectativas objetivas, vigentes, pelas quais as pessoas se orientam. As expectativas podem ser verbalizadas na forma do dever ser, mas também podem estar acopladas a determinações qualitativas, delimitações da ação, regras de cuidado, etc.” (LUHMANN, 1983a p. 52).

Uma vez frustradas as expectativas, podemos reagir a estes desapontamentos de duas maneiras distintas (LUHMANN, 1983a p. 57). Ou nós aprendemos com a frustração e a assimilamos para a próxima expectativa criada. Ou nós sustentamos as expectativas e protestamos contra a sua frustração. Quando nós temos uma postura de aprendizado, em razão da frustração, nós dizemos que estamos diante de uma expectativa cognitiva. Se, ao inverso, nós tomamos uma postura contrafática, frente à realidade decepcionante, estamos diante de uma expectativa normativa<sup>58</sup>. Em síntese, podemos dizer que “ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride” (LUHMANN, 1983a p. 56). Note-se que:

nessa acepção (inconvenção), a diferenciação entre o cognitivo e o normativo não é definida em termos semânticos ou pragmáticos, nem referenciada aos sistemas afirmativos que as fundamentam ou à contradição entre afirmações informativas e diretivas – mas sim em termos funcionais, tendo em vista a solução de um determinado problema (LUHMANN, 1983a p. 56).

---

ser expectável em sua seletividade, como seleção entre outras possibilidades do outro. Essa seletividade, porém, é comandada pelas estruturas de expectativas do outro” (LUHMANN, 1983a p. 47).

<sup>58</sup> “[...] mesmo quando os desapontamentos se tornam visíveis e têm que ser inseridos na visão de realidade como objeto da experimentação, ainda existe a alternativa de modificação da expectativa desapontada, adaptando-a à realidade decepcionante, ou então sustentar a expectativa, e seguir a vida protestando contra a realidade decepcionante. Dependendo de qual dessas orientações predomina, podemos falar de expectativas cognitivas ou normativas” (LUHMANN, 1983a p. 55-56).

Ocorre que podemos ter expectativas sobre diversas situações das nossas vidas. No entanto, nem todas elas irão ser de interesse para o direito. Em verdade, o direito irá se preocupar primordialmente com expectativas normativas comportamentais, que sejam congruentes entre si e generalizadas. É sobre isso que falaremos a seguir.

### **2.2.5 Expectativas normativas comportamentais congruentes e generalizadas**

Como dissemos há pouco, nem todas as expectativas são objetos do direito. A primeira seleção do direito refere-se à qualidade comportamental da expectativa. Ou seja, para o direito, em primeiro lugar, interessa as comunicações acerca de como se espera que alguém se comporte<sup>59</sup>. Para Luhmann (1983a p. 99), “expectativas comportamentais podem referir-se a pessoas concretas, a determinados papéis, a determinados programas (fins, normas), ou a determinados valores”. Essas referências de expectativas não se excluem e podem funcionar como complexões de expectativas. Ou seja, conjuntos de expectativas que o indivíduo ou a sociedade pode vir a ter. No entanto, a depender do que primariamente o sistema social se interessa, determinado tipo de expectativa comportamental é tomada em relevo (LUHMANN, 1983a, p. 100).

Segundo Luhmann (1983a p. 100), as expectativas comportamentais referentes às pessoas<sup>60</sup> concretas exigem que “a interação não pode ser demasiadamente ‘impessoal’, ela tem que apresentar possibilidades de auto-exposição – o que não é tão evidente assim em contatos cotidianos”. De forma diferente ocorre com as expectativas do tipo “papéis”, em que é possível desprezar características vinculadas a uma determinada pessoa<sup>61</sup>. Assim sendo, “papéis são feixes de expectativas, limitados em seu volume por sua exequibilidade, mas não vinculados a

---

<sup>59</sup> “Por isso toma-se mais importante ainda esclarecer os limites desse conceito de direito. Ele se refere a expectativas comportamentais – ou seja não só a interpretações puramente estéticas da beleza das formas, as quais também se fundamentam (de outra forma) na seleção segundo o aspecto da compatibilidade. Ele se refere a expectativas sobre o comportamento de outras pessoas – ou seja não a interpretações da pura racionalidade do comportamento próprio, de sua adequabilidade ou conveniência, que também podem ser congruentemente generalizadas, se bem que diferentemente” (LUHMANN, 1983a p. 120).

<sup>60</sup> “Como pessoas, não se tem em vista aqui sistemas psíquicos, para não falar de pessoas como um todo. Uma pessoa é muito mais constituída, a fim de ordenar expectativas de comportamento, que podem ser resgatadas por ela e somente por ela. Alguém pode ser uma pessoa para si mesmo e para outros. O ser pessoa exige que se retirem e vinculem expectativas em si com o auxílio de um sistema psíquico e de seu corpo, e, por sua vez, que se retirem e vinculem: expectativas em relação a si mesmo e aos outros” (LUHMANN, 2016b, p. 357).

<sup>61</sup> “Um papel, em verdade, ainda segundo a sua abrangência, é talhado com vistas àquilo que um homem particular pode realizar, mas é, porém, concebido em face da pessoa individual de maneira mais especial e mais genérica. O que está em questão é sempre apenas um setor do comportamento de um homem que é esperado enquanto papel, e, por outro lado; uma unidade, que pode ser realizada por muitos homens de maneira não passível de troca: o papel de um paciente, de um mestre, de um cantor de ópera, de uma mãe, de um sanitarista etc.” (LUHMANN, 2016b, p. 358-359).

uma determinada pessoa, podendo ser assumidos por diferentes atores, possivelmente alterando-se” (LUHMANN, 1983a, p. 101). Desse modo, alguém pode esperar que o professor X não masque chiclete ou não fume durante a aula (expectativa comportamental de pessoa); de outra maneira, alguém pode esperar que nenhum professor masque chiclete ou fume durante a aula (expectativa comportamental de papel). Para Luhmann (1983a p. 101-102), a vantagem em se ter uma expectativa referente à papéis é que ela permite que se mude as pessoas sem precisar mudar as expectativas. Ou seja, torna mais fácil a possibilidade de manter estáveis determinadas expectativas comportamentais por não ficarem vinculadas às mudanças dos agentes objeto da expectativa.

Ocorre que, aumentando-se o grau de abstração, pode-se chegar a uma expectativa normativa comportamental do tipo programa<sup>62</sup>. Estas expectativas têm por características não se fixarem em relação a uma pessoa ou a um papel, mas sim em relação às regras decisórias que são garantidas em razão da possibilidade de sua institucionalização (LUHMANN, 1993, p. 102). “Dessa forma, os programas exercem a dupla função de servir de apoio a decisões e a expectativas” (LUHMANN, 1983a, p. 103). Diz-se apoio as decisões por conta da própria estrutura dos programas, que, quando condicionais, ajudam a prever qual ação deverá ser esperada caso determinada situação ocorra. Isso porque, são os “programas condicionais que definem determinadas causas como desencadeadoras de determinadas ações, através de um esquema ‘se/então’”. A vantagem estabilizadora dos programas é que “a vigência da regra não é afetada pela morte de uma pessoa concreta ou pelo fato de determinados papéis estarem desocupados” (LUHMANN, 1983a, p. 102). Assim, pode-se se ter uma maior segurança perante a contingência e complexidade do mundo moderno.

Subindo-se ainda mais o nível de abstração, temos as expectativas comportamentais do tipo valores. Para ele, expectativas sobre “valores são julgamentos sobre a preferibilidade de ações. Eles não especificam, porém, quais ações têm preferência sobre quais outras ações, fornecendo, portanto, referências muito indeterminadas para a formação e a integração de expectativas” (LUHMANN, 1983a, p. 103). Esse tipo de expectativa tem maiores chances de se alcançar um consenso por que ela não indica concretamente o que deveria ser feito, mas, tão

---

<sup>62</sup> “Um programa é um complexo de condições de correção (e isso significa: da desmontabilidade social) do comportamento. O plano do programa se autonomiza em face do plano dos papéis, quando o que está em questão é exatamente esse ganho de abstração, quando, portanto, o comportamento precisa ser regulado e esperado por mais de uma pessoa. Assim, uma operação cirúrgica hoje não é apenas a realização de um papel, mas um programa. A nova construção de um automóvel sob o domínio de determinadas limitações, a organização de uma loja de departamentos com vistas a uma liquidação final de inverno, o planejamento e a realização de uma ópera, a passagem de uma colônia para o status de um Estado autônomo, a diminuição do grau de poluição de um mar – não faltam nesse caso exemplos” (LUHMANN, 2016b, p. 360-361).

somente, aquilo que deve ser alcançado como paz, saúde, educação, segurança, etc., por outro lado, os valores em si mesmos tem pouca capacidade de criar soluções práticas e precisam de programas para tornar as ações esperadas concretamente (LUHMANN, 1983a p. 104).

Acontece que com o desenvolvimento da sociedade moderna, as expectativas comportamentais sociais foram se deslocando mais para os dois tipos intermediários de expectativas comportamentais, quais sejam: dos papéis e dos programas. “É somente nesses planos que a complexidade da sociedade pode ser reproduzida adequadamente. Para tanto as pessoas seriam identificações demasiadamente concretas, e os valores seriam demasiadamente abstratos” (LUHMANN, 1983a, p. 107). Nesse mesmo sentido se dirige o sistema jurídico. “O direito adquire seu centro de gravidade em papéis específicos e programas específicos para o processo decisório jurídico. A diferenciação de papéis jurídicos, que trabalham segundo programas decisórios próprios, deve ser uma das condições históricas para uma mais forte separação dos diferentes planos das expectativas” (LUHMANN, 1983a, p. 108-109). Importante ressaltar, no entanto, que isso “não significa que as pessoas e os valores perdem seu significado para o direito, mas sim que a identificação e a mutabilidade das complexões de expectativas no direito não mais estão vinculadas à unidade de uma pessoa ou à justificativa através de um valor” (LUHMANN, 1983a, p. 109).

Ocorre que nem toda expectativa normativa comportamental é protegida pelo direito. Eu posso, por exemplo, em minha consciência, esperar que ninguém utilize boné na sala de aula (expectativa comportamental referente à papéis); ou, ainda, esperar que todo aluno que use boné durante a aula perca um ponto na disciplina pela desobediência (expectativa comportamental do tipo programa). No entanto, isso por si só não torna a expectativa tutelada pelo Direito. Isto porque o Direito enquanto sistema parcial da sociedade é formado antes de tudo de comunicação. Ou seja, as expectativas que o Direito tutela serão antes de mais nada expectativas sociais. Isso implica dizer que com “‘expectativa’ temos em mente não um estado de consciência atual de determinado indivíduo, mas um aspecto temporal do sentido de comunicações” (LUHMANN, 2016a, p. 166). Isto é, o fato de eu esperar que o aluno não utilize boné ou, caso use, seja punido, por si só, em termos de sistema psíquico, não garante a proteção do direito, já que ainda sequer se passou para a dimensão social da comunicação.

Acontece que ao transpassar para o âmbito da comunicação, as nossas expectativas se encontram com expectativas de outras pessoas e passam a se relacionar também em termos de expectativas de expectativas. Isto porque, na sociedade “as relações são mais complexas. Surge a possibilidade da participação de terceiros” (LUHMANN, 1983a p. 77-78). Por isso:



é necessário considerar ainda que existem um terceiro, um quarto, e outros planos da reflexividade, ou seja expectativas sobre expectativas de expectativas... E isso tudo com relação a uma multiplicidade de temas, frente a uma multiplicidade de pessoas, e com uma relevância constantemente em alteração conforme cada situação (LUHMANN, 1983a, p. 49).

Esses encontros de expectativas geram a possibilidade de incongruência entre as expectativas sociais. Ou seja, na sociedade pode ocorrer com frequência que alguém espere algo que é o contrário do que outros esperam. “Essas incongruências formam um problema estrutural de qualquer sociedade, e é face a esse problema que o direito constitui sua função social” (LUHMANN, 1983a p. 110). Dessa forma, para resolver a questão da incongruência, a sociedade passa, a partir de uma institucionalização de expectativas, a buscar sua coerência e generalização. Isto porque, “a institucionalização produz uma seleção evolutiva na medida em que se escolhe consensualmente quais projeções normativas são úteis em uma sociedade” (LUHMANN, 1983a p. 76). Este aspecto é muito importante para o direito, pois:

só quando, e na medida em que se dispõe permanentemente de processos enquanto padrões comportamentais solidamente institucionalizados é que se toma possível sustentar o elevado risco de uma diferenciação, permitindo a sustentação do direito em si mesmo. Como já foi acentuado, isso não significa que o direito surge a partir de si mesmo, sem um estímulo externo; mas sim que só se torna direito aquilo que passa pelo filtro de um processo e através dele possa ser reconhecido (LUHMANN, 1985, p. 19).

A institucionalização aparece aqui, portanto, com a função de promover “uma distribuição tangível de encargos e riscos comportamentais, que tornam provável a manutenção de uma redução social vivenciada e que dão chances previsivelmente melhores a certas projeções normativas” (LUHMANN, 1983a p. 81). Dessa forma, por ser produto também de uma institucionalização, “o direito produz congruência seletiva e constitui, assim, uma estrutura dos sistemas sociais” (LUHMANN, 1983a p. 115). Em razão disso, o direito produz um “alívio”<sup>63</sup> na sociedade, por enfrentar a instabilidade oriunda da sua complexidade e contingência, assim como por promover certa harmonia nas expectativas<sup>64</sup>. “Por isso o direito situa-se preferencialmente no plano dos papéis e programas, porque é aqui que se alcança a mais alta complexidade e ao mesmo tempo a congruência mais convincente das expectativas” (LUHMANN, 1983a p. 117-118).

---

<sup>63</sup> “O direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática” (LUHMANN, 1983a p. 115).

<sup>64</sup> “Mesmo assim é necessário considerar-se o mecanismo da expectativa de expectativas, segundo o qual também o ator tem que esperar algo daquele que espera, e que sem a expectativa de uma ação do que espera não é possível ter expectativa sobre qual ação é esperada. Ambos os lados, portanto, iniciam uma relação sempre como aquele que espera e aquele que age, passando a intercambiar constantemente essa orientação inicial” (LUHMANN, 1983a p. 78).

Em vista disso, para Luhmann (1983a p. 121), “podemos agora definir o direito como estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”. E com isso completamos nossas explicações acerca da heterodescrição feita por Luhmann, que concebe o Direito como um sistema parcial, a fim de garantir expectativas normativas comportamentais generalizadas e congruentes, conforme tínhamos anunciado no início desta seção 2.2.

Ocorre que, como dissemos, a presente dissertação busca uma análise também acerca do tema mudança/conservação de direitos, o que na teoria sistêmica poderíamos chamar da possibilidade de redundância/evolução da sociedade. Por isso, no próximo capítulo trataremos de como a teoria tridimensional e a teoria sistêmica explicam, a partir de seus pontos de vistas, tal processo.

### 3 A CONSERVAÇÃO/MUDANÇA DO DIREITO SEGUNDO AS TEORIAS TRIDIMENSIONAL E SISTÊMICA DO DIREITO

O primeiro capítulo do desenvolvimento desta dissertação visava abordar como a teoria tridimensional de Reale e a teoria sistêmica de Luhmann descreviam o direito. A primeira através de uma autodescrição, e a segunda através de uma heterodescrição. Por meio dessa exposição visávamos também demonstrar o que, para cada uma das teorias, fazia com que o direito se distinguisse dos demais fenômenos no mundo. Com isso, apresentamos os conceitos teóricos necessários para que possamos continuar com o nosso estudo.

Assim, agora já sabedores do que se trata o direito para cada uma das teorias; neste segundo capítulo queremos mostrar como elas enxergam e descrevem as mudanças no direito. No entanto, antes mesmo de adentrarmos na exposição das visões de cada uma, precisamos enfrentar, ainda que rapidamente, a questão da relação entre a mudança e o tempo.

A questão do tempo, para Luhmann (2016b, p. 62), é algo que multiplica nossas dificuldades teóricas<sup>66</sup>. No entanto, “toda Teoria dos Sistemas referente à realidade deve partir do princípio que nem tudo permanece como é. Existem alterações; existe nos sistemas uma sensibilização especial para alterações e, assim, para alguns sistemas existe tempo, no sentido de um conceito agregado para todas as alterações” (LUHMANN, 2016b, p. 62). Desse modo podemos dizer o porquê de que quando constatamos que algo mudou, implicitamente estamos afirmando que ao olharmos para um mesmo objeto, com uma certa diferença de tempo, percebemos que algo já não está onde primeiramente observamos. Dessa forma, pode-se afirmar que na nossa percepção da mudança sempre está implícita a questão do tempo.

Para Reale (1992, p. 218), “o tempo entranha a vida toda do Direito, visto não poder este ser concebido como uma estrutura estática: a sua vida é a projeção de suas significações no tempo”. Por isso, quando se fala em estrutura tridimensional do direito, “neste conceito já está implícita a nota essencial da temporalidade, pois é inconcebível uma estrutura social estática, desvinculada do processo histórico” (REALE, 1992, p. 218). O próprio significado de cada um dos elementos do direito (fato, valor e norma) variam de acordo com o tempo, “o que demonstra que a temporalidade não é uma dimensão a mais do direito, mas condição de toda

---

<sup>66</sup> “O tempo é um multiplicador de contradições. Ele atua concomitantemente, porém, também de maneira apaziguadora e dissolve as contradições. Por um lado, propósitos recaem mais em contradição, quando se leva em consideração um horizonte temporal mais amplo. Por outro lado, muitas coisas podem acontecer sucessivamente que não poderiam acontecer simultaneamente. O tempo tem, portanto, manifestamente uma relação contraditória com as contradições. Ele as amplia e as reduz” (LUHMANN, 2016b, p. 429).

elas, de tal modo que nada se pode dizer sobre o direito que não dependa do tempo ou a ele não se refira” (REALE, 1992, p. 219-220).

Dessa forma, conforme dissemos, o primeiro capítulo deste trabalho visava demonstrar como, de forma estática, poderíamos descrever o direito, segundo a Teoria Tridimensional e a Teoria Sistêmica do direito. No presente capítulo, no entanto, gostaríamos de introduzir mais um problema. Como podemos descrever o direito levando em consideração a sua necessária dinâmica no decorrer do tempo. Ou seja, queremos expor aqui como cada uma das teorias descreve as mudanças ocorridas no direito.

Para tanto, buscaremos inicialmente na teoria tridimensional o conceito de modelo jurídico, para assim definir um modo de observação que, em seguida, nos permita analisar as mudanças no direito. Com isso, a partir da descrição de um mesmo modelo jurídico com a introdução da variância de tempo, poderemos descrever como o direito muda ou se conserva, por meio do que Reale chama de processo nomogenético do direito, e, em seguida, trabalharemos com a proposta do normativismo concreto.

Já o recurso teórico que iremos utilizar da teoria sistêmica do direito, começa com a diferenciação entre códigos e programas, levando-se a discussão sobre a função da justiça como fórmula de contingência, para, enfim, tratarmos do processo de evolução no Direito.

### 3.1 O QUE MUDA E O QUE PERMANECE NO FENÔMENO JURÍDICO SEGUNDO A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO

Quando trabalhamos no primeiro capítulo como Miguel Reale descreve o direito, indiretamente estávamos também dizendo o que sempre existe no direito para ele. Por isso, fica mais fácil agora afirmar que para Reale o que não muda no direito é a sua estrutura trina composta por fatos, valores e normas, e como esses elementos se relacionam, através de uma dialética da complementaridade, gerando um fenômeno com a característica de bilateralidade atributiva<sup>67</sup>.

No entanto, para o propósito deste trabalho, é preciso trabalharmos não apenas com a estrutura do direito, mas também com o seu conteúdo. Isto é, embora sempre haja, na visão tridimensional, aspectos fáticos, normativos e axiológicos no direito; o direito, quando for concretizado, passa a possuir conteúdo. E são estes conteúdos que variam de acordo com o tempo. Ou seja, a depender de quais fatos, valores e normas estejamos lidando, ou como os

---

<sup>67</sup> Conforme explicado na seção 2.1, p. 21 e seguintes.

fatos, valores e normas estão se relacionando, nós podemos perceber direitos, em termos de realização, de formas distintas.

Por isso, vamos começar explicando como, na visão de Reale, o Direito concretizado em forma e conteúdo é concebido, através do conceito de modelo jurídico. Em seguida, trataremos do processo da formação dos modelos jurídicos, para, ao fim, trabalharmos com as mudanças do direito, segundo propõe a teoria do normativismo concreto.

### 3.1.1 Dos modelos jurídicos

Os modelos jurídicos são “um complexo de regras diversas, correlacionadas entre si, em razão de um objetivo comum, que consiste em disciplinar diversas hipóteses de interpretação e aplicação da lei” (REALE, 1994b, p. 63). Dessa forma, os modelos jurídicos se apresentam como um conjunto de várias normas que visam regular e assegurar um tratamento jurídico para determinada situação normada “de um modo tal que a esse ‘complexo normativo’ nada podemos acrescentar, nem dele subtrair algo, sob pena de comprometer-se o seu sentido” (REALE, 1994b, p. 64).

Podemos ter no ordenamento jurídico várias normas, por exemplo, que visem regular o significado jurídico de incapacidade civil. Quando conseguimos reunir todas as normas, em sentido *lato*, que tratem da matéria, de maneira que nada se possa acrescentar, nem se retirar, sem que com isso se comprometa seu sentido, estamos diante do modelo jurídico da incapacidade. Assim é preciso fazer porque “a significação de um modelo jurídico depende de sua situação e correlação no todo do ordenamento, cujo horizonte de validade é traçado pela Constituição de cada país” (REALE, 1994b, p. 35).

Dessa maneira, já se pode perceber que “todo modelo jurídico compõe em unidade as idéias de estrutura e desenvolvimento, o que nos permite melhor compreender as integrações normativas que caracterizam a experiência jurídica” (REALE, 1994b, p. 30-31). Com isso, as normas tornam-se para os modelos jurídicos especificações, tipificações de seus conteúdos, não podendo ser confundidos seus conceitos (REALE, 1994b, p. 29). Em verdade, “o modelo jurídico resulta de uma pluralidade de normas entre si articuladas compondo um todo irreduzível às suas partes componentes” (REALE, 1994b, p. 30).

Segundo Reale (1994b, p. 37), é preciso diferenciar, dentre os modelos existentes no direito, aqueles que são jurídicos e os que são dogmáticos/hermenêuticos. O que os diferenciam

é o seu poder de obrigar<sup>68</sup>. Os modelos hermenêuticos/dogmáticos são oriundos da doutrina e, como tais, não têm, por si só, força cogente<sup>69</sup>, “trata-se de afirmações de ordem teórica ou científica, sendo, como tais, suscetíveis de refutação. Elas não possuem, por conseguinte, caráter prescritivo, como, ao contrário, é próprio das regras jurídicas” (REALE, 1994b, p. 107).

Importante ressaltar aqui é que, esse caráter prescritivo-cogente existente nos modelos jurídicos é oriundo das suas fontes que possibilitam a coercibilidade de suas prescrições. “As fontes produzem ou põem as normas jurídicas, entre as quais sobressaem os modelos jurídicos, os quais por isso mesmo surgem como prescrições, ‘modelos prescritivos’, em razão das fontes de que promanam, as quais são sempre dotadas do poder de obrigar” (REALE, 1994b, p. 03).

A fonte do direito, para Reale (1994b, p. 15), “é uma estrutura normativa capacitada a instaurar normas jurídicas em função de fatos e valores, graças ao poder que lhe é inerente” (REALE, 1994b, p. 15). Dessa forma, elas “implicam a existência de alguém dotado de um poder de decidir sobre o seu conteúdo, o que equivale a dizer um poder de optar entre várias vias normativas possíveis, elegendo-se aquela que é declarada obrigatória” (REALE, 1994b, p. 11).

Assim, a depender de qual tipo de fonte o modelo jurídico é oriundo, pode-se classificar o tipo do modelo jurídico. Para Reale são quatro os tipos de fonte do direito<sup>70</sup> (1994b, p. 12): há a fonte legal, resultante do poder estatal de editar normas gerais e abstratas; a fonte consuetudinária, referente ao poder social; a jurisdicional, decorrente do Poder Judiciário, expressa através de suas sentenças; e, por fim, a fonte negocial, que surge através da vinculação à vontade humana, presentes, principalmente, nos contratos. Ainda é possível que se tenha uma união entre os modelos jurídicos e os hermenêuticos, quando alguma dessas fontes do direito utilizam modelos dogmáticos para a tomada de sua decisão, visto que “como o juiz tem

---

<sup>68</sup> “A distinção essencial entre modelos hermenêuticos e modelos jurídicos é a natureza prescritiva destes, ou seja, a sua específica e precisa função prática de reger, de maneira objetiva, atos futuros. Os modelos hermenêuticos, ao contrário, embora referidos à práxis social, não perdem seu viés teórico e, por mais relevantes que sejam seus fundamentos, não possuem a qualidade de obrigar alguém a agir de conformidade com as suas conclusões” (REALE, 1994b, p. 37).

<sup>69</sup> “O que em nada lhe diminui a relevância, pois ela desempenha frequentemente uma posição de vanguarda esclarecendo a significação dos modelos jurídicos através do tempo, ou exigindo novas formas de realização do Direito graças à edição de modelos jurídicos correspondente aos fatos e valores supervenientes” (REALE, 1994b, p. 12).

<sup>70</sup> Importante ressaltar que Reale não divide as fontes do direito entre fonte formal e fonte material, em suas palavras: “No meu entender, uma fonte de direito só pode ser formal, no sentido de que ela representa sempre uma estrutura normativa que processa e formaliza, conferindo-lhes validade objetiva, determinadas diretrizes de conduta (em se tratando de relações privadas) ou determinadas esferas de competência, em se tratando sobretudo de Direito Público. O que comumente se denomina fonte material diz respeito a algo que não compete propriamente à Ciência do Direito qual tal, mas sim à Política do Direito, porquanto se refere ao exame do conjunto de fatores sociológicos, econômicos, ecológicos, psicológicos, culturais em suma, que condiciona a decisão do poder (e veremos que este se manifesta sob diversas formas) no ato de edição e formalização das diversas fontes do direito” (REALE, 1994b, p. 02).

competência e poder para decidir, e sua decisão obriga as partes, o que surge, a bem ver, nesse contexto, é um modelo jurídico hermenêutico, como conteúdo da fonte jurisdicional” (REALE, 1994b, p. 119).

Assim sendo, os modelos jurídicos são o “resultado da ordenação racional do conteúdo das normas reveladas ou formalizadas pelas fontes de direito, para atender aos característicos de validade objetiva autônoma e de atualização prospectiva dessas mesmas normas” (REALE, 1994b, p. 38). À vista disso, “ao converter o conteúdo da fonte do direito em modelos jurídicos, temos uma estrutura que, em virtude de projetar-se historicamente no tempo até enquanto a fonte estiver em vigor, se vincula à experiência jurídica” (REALE, 1994b, p. 39). Dessa forma,

cada modelo jurídico, em suma, considerado de *per si*, corresponde a um momento de integração de certos fatos segundo valores determinados, representando uma solução temporária (momentânea ou duradoura) de uma tensão dialética entre fatos e valores, solução essa estatuída e objetivada pela interferência decisória do Poder em dado momento da experiência social (REALE, 1999, p. 554).

Ocorre que cada modelo jurídico para se formar, necessita passar por um processo que o legitime, tornando-o uma integração normativa de fatos segundo valores, com a característica da bilateralidade atributiva. Sobre como isso acontece, trataremos a seguir.

### 3.1.2 O processo de nomogênese jurídica

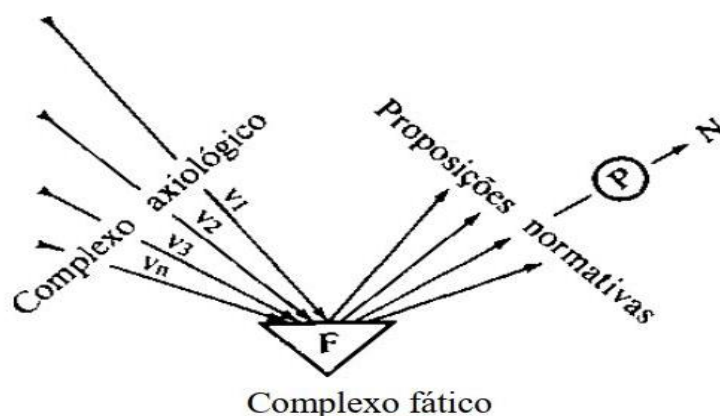
Como já explicado, o direito surge para Miguel Reale (1999, 1994a, 1994b), através de um processo de integração entre fatos, valores e normas. Acontece que, pelas características da bilateralidade e atributividade do direito, é preciso que para a sua formação, haja um procedimento que o leve a ser considerado direito posto<sup>71</sup>. Este processo é chamado por Reale de nomogênese jurídica. É por meio dele que “surge a norma de Direito, a qual se apresenta, formalmente, como esquema geral de opção pela conduta reconhecida de valor positivo e, como tal, preservada; ou então de valor negativo e, como tal, vedada” (REALE, 1999, p. 551).

Reale (1999, p. 553) propõe o seguinte esquema, a fim de explicar como ocorre a formação de um modelo jurídico:

---

<sup>71</sup> Isto acontece no Estado Democrático de direito, inclusive, como forma de legitimação das leis perante a sociedade. Para uma abordagem acerca da legitimidade, através de procedimento no pensamento realeano, ver em Reale (1994b, p. 64 e seguintes). Nesta questão há referência expressa de Miguel Reale à obra de Luhmann (1980) “Legitimação pelo procedimento”.

Figura 1 - Nomogênese Jurídica



Seguindo o que informa esta ilustração, percebemos que sobre um complexo fático incide um complexo axiológico que “refrata” propostas normativas. Estas serão selecionadas, através de um centro de poder, originando uma norma jurídica. Neste ponto percebemos a centralidade do complexo fático como suporte para a incidência do complexo axiológico e das proposições normativas. Fala-se aqui em “complexo fático”, pois:

o fato [...] que condiciona o aparecimento de uma norma jurídica particular nunca é acontecimento isolado, mas um conjunto de circunstâncias, estando o homem rodeado por uma série de fatores que solicitam sua atenção, provocam sua análise e despertam atitudes de reação ou de aplauso, de simpatia ou de repulsa (REALE, 1999, p. 522-523).

Se, por um lado, há uma soma de circunstâncias fáticas que geram a atenção da sociedade; por outro, também há um conjunto de valores que incide sobre esses fatos e condicionam o ato de escolha do poder (REALE, 1999, p. 523). Assim sendo, “os valores são como que fechos luminosos que, penetrando na realidade social, se refrangem em um sistema dinâmico de normas, cada uma delas correspondente a uma decisão” (REALE, 1999, p. 555).

Dessa forma, “há, pois, um complexo de fins e valorações, uma série de motivos ideológicos [...] cuja opção final assinala o momento em que uma das possíveis proposições normativas se converte em norma Jurídica” (REALE, 1999, p. 553). Sobre o fato de alguém de 17 anos agir conforme alguma conduta típica do código penal por exemplo, pode incidir sobre ele diversos valores como “a proteção integral do adolescente”, “a segurança social”, “a boa formação do indivíduo”, “a imputabilidade”, etc., e a escolha de tutelar cada um deles, desperta propostas normativas diversas. Isto porque, “toda norma legal é uma opção entre vários caminhos, pois não é dito que só haja uma via legítima perante uma mesma exigência axiológica, numa dada situação de fato” (REALE, 1999, p. 557).



Cientes das diversas possibilidades normativas, cabe ao poder<sup>72</sup> selecionar qual ou quais das propostas normativas passarão a ter a proteção específica do direito<sup>73</sup>. “O ato de legislar implica consciência especial dos problemas, uma característica ‘atitude de dever ser’, isto é, a certeza de que lhe cabe ‘optar’, eleger uma via, da qual resultará a tutela de um campo de interesses reputados legítimos” (REALE, 1999, p. 552). No entanto, não cabe tão somente ao legislador a tarefa de selecionar a norma. Esta tarefa pode ser de qualquer autoridade competente capaz de criar um modelo jurídico, podendo ser ela de fonte judicial, legislativa, negocial ou costumeira<sup>74</sup>, conforme já explicado no tópico anterior. Neste sentido, pode-se afirmar que:

é [...] a co-participação opcional da autoridade (seja ela a de um órgão legislativo ou judicante, ou ainda o poder difuso no corpo social) que converte em norma, armando-a de sanção, uma dentre as muitas vias normativas possíveis, dando, assim, origem a um modelo jurídico, que é uma estrutura normativa da experiência destinada a disciplinar uma classe de ações, de forma bilateral atributiva (REALE, 1999, p. 554).

Importante observar, no entanto, que essa possibilidade de escolha não é totalmente livre. “A liberdade implica, sempre, limites, e toda decisão constitui momento vertical em um processo de estimativas, que se converte em processo normativo” (REALE, 1999, p. 558). Dessa forma, o poder, para Reale, não decide como quer livremente. E isto se dá principalmente em razão da necessidade da sua escolha, no Estado Democrático de Direito<sup>75</sup>, ter que ser dotada de legitimidade e, portanto, necessitar respeitar as regras processuais que cada fonte exige. Através do respeito às regras do processo legislativo, por exemplo, no caso de modelos jurídicos

<sup>72</sup> “[...] somente se pode falar em fonte do direito quando uma estrutura normativa é dotada de Poder de obrigar seus destinatários a cumprir o que nela se determina. No caso da lei, esse Poder é obviamente o Legislativo; no caso do direito costumeiro, é o Poder difuso correspondente ao consubstanciado em reiteradas e convergentes opções jurídicas objetivizadas; na hipótese do Direito jurisdicional, é o Poder Judiciário; e, finalmente, na hipótese das fontes negociais, temos a autonomia da vontade, isto é, ‘o poder individual de ligar-se a outrem por um ato’ de vontade”, pouco importando que seja um poder derivado, resultante da lei e por ela assegurado, porquanto o que releva é a natureza do liame e a atualização específica da faculdade genericamente outorgada pelo legislador” (REALE, 1992, p. XXV-XXVI).

<sup>73</sup> “O poder, no Estado de Direito, é um fato (um ato decisório qualificado, em virtude e em razão da competência do órgão legítimo que decide) inserido ou enucleado num complexo fático-axiológico, fato este que acaba subsumindo-se à norma, a que dá lugar e explica o ‘sentido de validade e eficácia’ com que a norma surge” (REALE, 1994b, p. 55).

<sup>74</sup> “O ato culminante de decidir, sem o qual não se instaura direito novo nem se altera substancialmente direito antigo, pode ser também o resultado do poder social difuso em uma comunidade, visto como o chamado direito costumeiro não é senão a consagração de reiterados atos anônimos de decidir. Pode ainda um modelo jurídico resultar no plano privado, em virtude de atos fundados na autonomia da vontade: temos, então, os modelos negociais, ao lado dos legais, consuetudinários e jurisdicionais” (REALE, 1999, p. 554).

<sup>75</sup> “No Estado de Direito, caracterizado por sistemas cada vez mais prudentes e eficazes de fiscalização do Poder, a discricção do legislador contém-se dentro de determinados limites (e a aplicação da teoria do desvio de poder para controle judicial da legitimidade dos atos legislativos é bem uma prova dessa salutar compreensão) mas é inegável que lhe resta sempre um amplo campo de escolha, segundo critérios de conveniência ou de oportunidade, insuscetíveis de contrastação jurisdicional” (REALE, 1992, p. 197).

legislativos; ou respeitando-se o devido processo legal, como ocorre com as normas emanadas pelo poder judiciário. Nesse sentido ele afirma que “ilegítimo é o poder – e, por via de consequência, o direito que dele dimanava – quando ele se põe como fonte do direito, e não apenas como momento decisivo” (REALE, 1994b, p. 61).

Ocorre que, “uma vez sancionada a norma jurídica [...], cessa a competição que marcava o conflito entre projetos normativos em contraste, para prevalecer um deles, sendo objeto de sanção, de forma heterônoma e racional”<sup>76</sup> (REALE, 1994b, p. 57). Dessa forma, “o processo normativo filtra, por assim dizer, as impurezas e contradições do poder, convertendo-o em um esquema impessoal e certo de comportamentos obrigatórios, nos limites de determinadas competências, sendo desse modo superado o arbítrio” (REALE, 1994b, p. 57). Portanto:

é [...] num condicionamento fático e axiológico que se processa a gênese da norma de Direito: a regra jurídica, em verdade, representa o momento conclusivo de um processo espiritual de natureza dialética, no qual o fato passa pelo crivo ou pelo critério das estimativas do Poder e se consubstancia nos esquemas de fins que devem ser atingidos (REALE, 1999, p. 555).

No entanto, o ato de criar um modelo jurídico é, como dissemos no início deste capítulo, apenas o primeiro momento da vida de um modelo jurídico, já que ele se altera com o decorrer do tempo. Ou seja, o modelo jurídico “não conserva sempre inalterado o significado ou o sentido com os quais começou a ter vigência, mas pode sofrer alterações semânticas, que a Hermenêutica Jurídica atribui à supremacia de mudanças operadas no plano dos fatos, dos valores ou de outros processos normativos” (REALE, 1994b, p. 84). Essas mudanças serão o objeto da próxima subseção.

### **3.1.3 A mudança no direito segundo a teoria do normativismo concreto**

Como dito acima, os modelos jurídicos, assim que são formados, são incluídos na temporalidade e, portanto, estão aptos a sofrerem modificações ou novas confirmações. Para Reale a melhor forma de explicar como essas modificações e confirmações se dão no mundo jurídico seria através do que ele chama de normativismo concreto.

A ideia contida no normativismo concreto surge em oposição ao normativismo abstrato. Para Reale (1992, p. 191), “na concepção do normativismo abstrato, o sentido da regra jurídica

---

<sup>76</sup> “É certo, todavia, que por mais que possam prevalecer fatores irracionais no ato decisório, a regra de direito se apresenta, aos olhos do jurista, como um dado que lhe cabe analisar como elo de um sistema, a luz do princípio da racionalidade substancial do ordenamento jurídico, e, também, como momento de um processo dialético de composição de interesses em conflito: a norma jurídica particular, em suma, não obstante a possível impureza de sua gênese, subordina-se a dupla e correlata exigência de sistematicidade e de dialeticidade inerente a experiência jurídica como um todo” (REALE, 1992, p. 197).

apresenta-se *per se stante*, de maneira que, por mera inferência lógica, a ela deveriam se conformar as diversas realidades particulares”. Desta forma, a norma aparece como um instrumento puramente lógico, que conclui o processo de formação do direito. Assim, a partir dela, somente é possível verificar se os fatos estão ou não conforme o que foi enunciado por ela de forma abstrata, sem, no entanto, poder analisar como concretamente ela se vinculará com o meio social em que vige (REALE, 1992, p. 191). Por outro lado:

na teoria do normativismo concreto, ao contrário, a norma jurídica não é concebida como simples estrutura lógico-formal, equiparável a das leis físico-matemáticas, mas é antes um modelo ético-funcional que, intrínseca e necessariamente, prevê e envolve o momento futuro de uma ação vetorial e prospectiva concreta (REALE, 1992, p. 191).

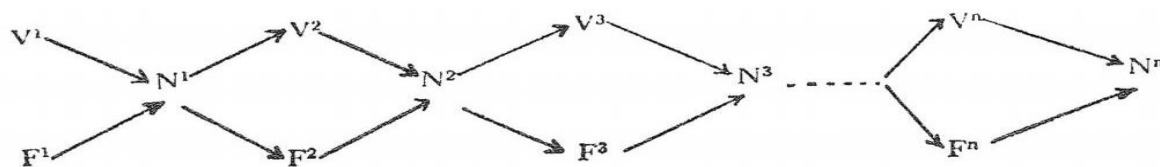
Dessa forma, partindo-se de uma premissa concreta sobre o papel das normas, pode-se notar que “por mais que as coletividades possam preferir o Direito posto, receosas de novas estruturas jurídico-políticas, o certo é que não há regra jurídica que se mantenha imutável” (REALE, 1999, p. 563). A própria criação da norma já cria a possibilidade de mudanças. Isso porque, “nenhuma norma jurídica conclui ou exaure o processo jurígeno, porquanto ela mesma suscita, no seio do ordenamento e no meio social, um complexo de reações estimativas, de novas exigências fáticas e axiológicas” (REALE, 1999, p. 563-564). Neste sentido, Reale (1992, p. 225, destaque do autor) afirma que:

a vida dos modelos jurídicos obedece a essa temporalidade concreta, através do contínuo renovar-se ou refazer-se das soluções normativas, isto é, das estruturas periódicas de significados *vigentes* na comunidade, bem como das variações semânticas, que ocorrem no âmbito e duração particular de cada vigência significativa.

Ou seja, pela perspectiva no normativismo concreto, a norma e o que é normado se relaciona de maneira a implicar mudanças, tanto na realidade dos fatos, quanto na realidade do significado normativo. Assim, “é essa correlação entre o modelo e o que é modelado, perceptível desde o momento inicial de sua gênese, que justifica e exige a substituição de um normativismo jurídico lógico-formal por um normativismo jurídico concreto” (REALE, 1994b, p. 34).

Dessa forma, tomando como ponto de partida o normativismo jurídico concreto, verifica-se que “após emancipação das normas, prosseguem as experiências axiológicas, operando-se mutações maiores ou menores na tábua dos valores, ou na sua incidência sobre as relações sociais e, concomitantemente, verificam-se alterações contínuas nas situações fáticas” (REALE, 1992, p. 209-210). Este contínuo processo pode ser representado graficamente da seguinte maneira:

**Figura 2 - Processo do normativismo concreto<sup>77</sup>**



Fonte: Reale, 1999, p. 569.

Conforme se verifica da imagem acima, a partir da tensão existente entre fatos e valores, normas são editadas. Estas, por sua vez, influenciam novos fatos e valores que gerarão novas normas e assim por diante. Com isso, “poderíamos dizer, em suma, que os modelos jurídicos, integrativos de fatos e valores, uma vez postos em vigor, atuam sobre o meio social, suscitando novos processos axiológicos ou assumindo dimensões axiológicas diversas, pela intercorrência de fatos imprevisíveis” (REALE, 1992, p. 216). Ou seja, “a norma jurídica permanece sempre em estado tensional: a sua realizabilidade implica uma contínua referência vetorial as conexões fático-axiológicas já vividas, bem como as novas conexões fático-axiológicas inerentes ao devir histórico” (REALE, 1992, p. 210).

Acontece que, em que pese haja sempre a possibilidade de mudanças nos modelos jurídicos, nunca a mudança é completa. Não se pode criar a partir do nada. Sempre que se cria algo, se vivencia “em maior ou menor medida, em função do já dado, sendo as inovações, por mais radicais que nos pareçam, sempre dependentes de condições e eventos que se situam atrás de nós no tempo e estão presentes na particularidade do mundo que ora nos circunda” (REALE, 1999, p. 554-555). Desse modo, “o legislador, além dos fatos que pretende disciplinar, integrando-os no enunciado de uma nova lei, estuda e compara esse projeto de lei com as leis já em vigor, de tal modo que a indução e a dedução, assim como a análise e a síntese, se conjugam e se completam” (REALE, 2001, p. 78).

Sendo o modelo jurídico formado pelas três dimensões do direito: fato, valor e norma; qualquer alteração em uma dessas três dimensões irá também alterar todo o modelo jurídico; ou melhor, a forma como o modelo jurídico é entendido. Assim, é possível que o modelo jurídico, “sem que sofra qualquer alteração de ordem formal, isto é, embora mantendo extrinsecamente a sua roupagem verbal, pode sofrer alterações em sua estrutura e em seu repertório, em virtude de mudanças operadas em qualquer das ‘dimensões’ do direito” (REALE, 1992, p. 211).

<sup>77</sup> No livro “O direito como experiência”, Reale (1992, p. 216) utiliza essa mesma figura, mas a nomina como “estrutura das mutações semânticas de um modelo jurídico”.

No plano normativo, o modelo jurídico pode se modificar, ao menos, de duas maneiras. A primeira, e mais óbvia, é com a revogação ou alteração de um texto que se fundamenta a norma. No entanto, o modelo jurídico também pode ser modificado “pela superveniência de certas normas, que, sem revogar as já existentes, em dado campo do direito, têm como consequência a alteração do seu significado, visto como a interpretação é sempre de uma norma situada no sistema” (REALE, 1992, p. 211).

Assim ocorre porque “o conteúdo de um modelo jurídico não resulta apenas de novas formas de compreensão, por assim dizer *interna corporis*. É que o advento de outros modelos jurídicos, sem que tal fato seja sequer previsto, incide sobre os modelos jurídicos em vigor, alternando-lhes a significação” (REALE, 1994b, p. 34).

Outra possibilidade acontece com a mudança no plano dos valores. “Pela alteração verificada na tábua dos valores da comunidade, a tal ponto que um mesmo artigo de lei, não obstante a imutabilidade de seus termos, adquire significados diversos no fluir do tempo” (REALE, 1992, p. 211). Dessa maneira, “o problema da experiência jurídica é, no fundo, o problema da atualização normativa dos valores em uma condicionalidade fática, o que dá origem a ‘modelos jurídicos’, que constituem a base de estudo da Ciência do Direito” (REALE, 1999, p. 580).

Já as mudanças nos fatos podem ser percebidas “pelo advento de imprevistas condições técnicas, com mudanças no plano fático, que restringem ou alargam o âmbito de incidência do modelo normativo” (REALE, 1992, p. 211). Novas técnicas, novos meios de comunicação, novas maneiras de se praticar fatos-típicos, tudo isso interfere na forma como o modelo jurídico é percebido. Com isso, pode-se dizer que:

as mudanças de ordem axiológica, fática ou normativa podem implicar alterações semânticas que dão nascimento, em última análise, a uma norma nova quanto a seu conteúdo, o que se torna ainda mais evidente em se tratando de *standards* jurídicos que permitem a configuração da hipótese normativa a luz da natureza e das circunstâncias do caso, ou segundo critérios que possibilitam ampla margem de estimativa (REALE, 1992, p. 216).

Assim sendo, pode-se concluir que a construção de modelos jurídicos é uma ferramenta capaz de mostrar como o direito é visto em determinado período de tempo, ao passo em que o normativismo jurídico explica como acontecem mudanças nesses modelos jurídicos, decorrentes das transformações tanto fáticas, como axiológicas e normativas. Dessa forma, podemos passar para o estudo de como se dão as mudanças no direito, na visão da Teoria Sistêmica de Luhmann.

### 3.2 O QUE MUDA E O QUE PERMANECE NO FENÔMENO JURÍDICO, SEGUNDO A TEORIA SISTÊMICA DO DIREITO

Já vimos que ambas as teorias aqui trabalhadas buscam tratar o conceito do direito de forma dinâmica, ou seja, cada uma das concepções do direito tem elementos constantes e variáveis a serem analisados no fenômeno jurídico. Na teoria do direito de Luhmann (1983a p. 122) podemos começar dizendo que “como uma constante temos a função da generalização congruente, que tem que ser de alguma forma preenchida em toda e qualquer sociedade humana”. Esta é a função do direito para Luhmann e isso não varia, posto que sem ela não poderíamos falar em direito<sup>78</sup>.

Outra característica que é invariável para Luhmann (2016a, p. 70) é que o direito é um sistema que realiza autopoiese<sup>79</sup>. “E se o sistema do direito é um sistema autopoietico *sui generis*, isso vale, indiferentemente, para todo ordenamento jurídico, com referência tão somente ao código que atribui as operações desses sistemas ao sistema” (LUHMANN, 2016a, p. 70).

Dessa maneira, como não poderia deixar de ser, o código também é imutável<sup>80</sup>. Isto porque na teoria luhmanniana “o código apresenta duas peculiaridades: é universalmente manipulável, independentemente do conteúdo presente em cada comunicação, e possibilita o fechamento do sistema por meio da reformulação de sua unidade como diferença” (LUHMANN, 2016a, p. 94-95).

O problema é que “o código não oferece nenhuma possibilidade de adaptação do sistema a seu ambiente. Um sistema codificado ou está adaptado, ou não existe” (LUHMANN, 2016a, p. 151). Então, é preciso que algo seja maleável no sistema, algo que seja passível de mudança para que o sistema funcional possa se adaptar e continuar a existir. Assim o é no direito porque “a complexidade social exige e possibilita modificações no arcabouço jurídico” (LUHMANN, 1983a p. 16). Ou seja, com o aumento da complexidade social “o direito tem que abstrair-se crescentemente, tem que adquirir uma elasticidade conceitual-interpretativa para abranger

---

<sup>78</sup> Sobre a função generalizante estabilizadora do direito, conferir a seção 2.2.5 acima, p. 44 e seguintes.

<sup>79</sup> Acerca do conceito de autopoiese, ver nota de rodapé 49, p. 39.

<sup>80</sup> “A garantia de autoimputação de operações ao sistema e, assim, do fechamento operativo do sistema exige de um código único, como é o esquematismo binário, que exclua outras codificações e outros valores (terceiros, quartos, quintos) do código, mas é claro que nem todo uso bloqueia demais distinções. Que o código represente a unidade do sistema é algo que não está garantido pela representação de uma norma superior, já que isso conduziria a um regresso infinito ou, como ainda veremos, a um paradoxo. [...] O direito da sociedade se realiza pela referência a um código e não por uma regra de produção (como sempre, hipotética ou categórica, racional ou factual)” (LUHMANN, 2016a, p. 56).

situações heterogêneas, tem que ser modificável através de decisões, ou seja: tem que tornar-se direito positivo” (LUHMANN, 1983a p. 15).

Com isso, percebemos a importância que o direito positivo<sup>81</sup> possui para Luhmann, já que ele possibilita as mudanças no direito. Para o Autor alemão, esse é um ganho que a sociedade moderna industrial traz para o direito, pois, “pela primeira vez na história mundial a modificação do direito, pela legislação desde o século XIX, torna-se parte integrante imanente do próprio direito, e é tratada como questão de rotina corrente: o direito passa a ser visto como em princípio modificável” (LUHMANN, 1983a p. 34). Com isso:

as observações se dividem de acordo com a distinção *lege lata/lege ferenda* [pela lei promulgada/pela lei que deve ser promulgada], e todos os observadores que divergem em ampla medida ou que são “críticos” demais podem ser referidos a uma mudança no direito. Por isso, a positividade do direito pode ser entendida também como aceitação de modificações jurídicas (LUHMANN, 2016a, p. 718).

Ora, se por um lado, o código é o que mantém a unidade do sistema e não pode variar, sob pena de se perder a identidade do sistema; e, por outro lado, é preciso que se tenha algo que permita a adaptação do sistema às mudanças, é necessário, portanto, que se identifique uma diferença capaz de solucionar a questão da variabilidade/invariabilidade no sistema jurídico. Para tanto, Luhmann (2016a) utiliza a distinção entre código/programa<sup>82</sup> como forma de solucionar tal questão. Sobre esse tema iremos tratar melhor a seguir.

### 3.2.1 Da diferença código/programa

Para Luhmann (2016a, p. 257), “o sistema só é invariante e sempre adaptado na forma estrutural de seu código. No nível de seus programas, no entanto, ele pode admitir a possibilidade de mudanças sem precisar temer uma perda de identidade”. Dessa forma, pode-se dizer que “a invariância e incondicionalidade são representadas pelo código; o caráter mutável e, nesse sentido, a positividade, pelos programas do sistema (LUHMANN, 2016a, p. 156).

Como já se dissemos, na teoria luhmanniana, há uma necessária relação entre os códigos e os programas. Para ela “os códigos geram programas. Ou melhor: os códigos são distinções que, no nível autopoiético, só podem se fazer produtivos por meio de outra distinção codificação/programação” (LUHMANN, 2016a, p. 253). Em vista disso, pode-se dizer que, em

---

<sup>81</sup> “Por direito positivo entende-se as normas jurídicas que entraram em vigor por decisão e que de acordo com isso, podem ser revogadas” (LUHMANN, 1980, p. 119).

<sup>82</sup> “Os códigos são um lado da forma, cujo outro lado são os programas do sistema” (LUHMANN, 2016a, p. 253).

verdade, “a programação complementa a codificação: torna-a plena de conteúdo. [...] Combina a invariabilidade com a transformabilidade, o que quer dizer também a invariabilidade com possibilidades de crescimento” (LUHMANN, 2016a, p. 271).

Assim sendo, tendo em vista que os valores legal/ilegal não podem indicar conteudisticamente o que devemos considerar como sendo legal ou ilegal, serão os programas que darão o significado necessário ao que o sistema jurídico deve julgar como sendo lícito ou ilícito. Com isso “os programas devem ser apropriados [...] para dar instruções à atribuição dos valores legal/ilegal. Evidentemente no direito, mesmo no nível dos programas, trata-se sempre da função do direito, ou seja, de manter estáveis as expectativas normativas” (LUHMANN, 2016a, p. 257). Por isso, para Luhmann (2016a, p. 252), os programas funcionam como uma semântica adicional ao código de maneira a possibilitar a sua própria operacionalização<sup>83</sup>.

Quando fala em programas do sistema jurídico, Luhmann (2016a, p. 125) tem em mente não somente “as leis do direito, mas também as premissas decisivas do sistema do direito”. Esses programas têm por característica serem sempre condicionais<sup>84</sup> (LUHMANN, 2016a, p. 259). Para o autor:

somente programas condicionais podem instruir o enlaçamento contínuo entre autorreferência e referência externa; somente programas condicionais proporcionam a orientação do sistema para e de seu ambiente com uma forma que é cognitiva e ao mesmo tempo pode ser avaliada dedutivamente no sistema (LUHMANN, 2016a, p. 259).

Com isso, verifica-se que a forma do “se-então” presente nos programas condicionais consegue resolver, de forma satisfatória, a tensão entre a diferença passado/futuro dentro do sistema jurídico. Isso porque, de um lado, “o programa condicional estabelece as condições das quais depende se algo é legal (ou ilegal): com essas condições, faz referência a fatos passados, atualmente verificáveis” (LUHMANN, 2016a, p. 262); do outro, “o sistema jurídico opera sempre como um sistema *a posteriori*, isto é, como um sistema pós-conectado” (LUHMANN, 2016a, p. 262). Ou seja, o “se” referindo-se a um fato passado que se pode fazer presente e o

---

<sup>83</sup> “Graças à sua bivalência, os códigos são condições de sucessivos condicionamentos: condições de possibilidade de condicionamentos que regulamentam acerca de qual dos dois valores terá aplicação adequada. Sem eles, os programas não teriam objeto algum. No entanto, da codificação resulta somente uma necessidade complementar, uma necessidade de “suplementos”, algo como no sentido de Derrida, uma necessidade de instruções suficientemente claras. Uma vez que os valores legal e ilegal não são propriamente critérios para a determinação do legal (e do ilegal), deve haver outros pontos de vista que indiquem como os valores do código legal/ilegal se assinalam ou correta, ou equivocadamente. A essa semântica adicional chamaremos (tanto no direito como no caso de outros sistemas codificados) programas” (LUHMANN, 2016a, p. 252).

<sup>84</sup> Não se olvida aqui que Luhmann admite a presença de programas finalístico. Expressamente, ele afirma “encontramos no direito programas orientados para fins” (LUHMANN, 2016a, p. 265). No entanto, para o autor, no sistema jurídico “não se pode levar em conta uma programação orientada a fins; em todo caso, os programas finalísticos podem ser incluídos somente no contexto de um programa condicional” (LUHMANN, 2016a, p. 259-260).



“então” como futuro que pode ser esperado também no presente do futuro. Assim, o direito consegue lidar de forma melhor com a contingência do futuro e sua mutabilidade.

Ocorre que essa imposição de que o sistema se altere para se adequar às mudanças de seu ambiente faz surgir na teoria luhmanniana o conceito de fórmula de contingência, como forma de demonstrar as possibilidades existentes nestas modificações. No sistema jurídico quem será a fórmula de contingência do sistema é a justiça.

### **3.2.2 A justiça como fórmula de contingência do direito e abertura para a mudança**

Se a distinção de códigos/programas surge na teoria luhmanniana como forma de lidar com o problema da variabilidade/invariabilidade, as fórmulas de contingência aparecem como uma maneira de enfrentar a questão da determinabilidade/indeterminabilidade no sistema (LUHMANN, 2016a, p. 294). Isso porque, “sua função consiste em elas próprias excederem esse limite [da determinabilidade/indeterminabilidade], para tal se fazendo valer de fatores plausíveis e historicamente dados” (LUHMANN, 2016a, p. 294).

Isso significa dizer que “com a dimensão determinabilidade/indeterminabilidade, não nos referimos a fatos atualmente presentes (apreendidos, designados), mas unicamente a outras possibilidades de como tratá-los” (LUHMANN, 2016a, p. 294). Ou seja, as fórmulas de contingência apontam para o sistema que sempre há outras maneiras de se realizar suas funções. “Daí a fórmula ‘da contingência’. Um sistema que processa suas operações internas mediante informações sempre tem em vista também outras possibilidades” (LUHMANN, 2016a, p. 294). Isto é, elas ressaltam a imprevisibilidade, o acaso, a circunstancialidade do sistema e mostra que há sempre trabalho a ser feito<sup>85</sup> em um processo contínuo de construção e abertura para o novo<sup>86</sup>.

Quando se trata do sistema jurídico podemos notar facilmente a direção no sentido da contingência na medida em que “todas as normas jurídicas e todas as decisões, todos os motivos

---

<sup>85</sup> Nesse sentido, “toda fórmula de contingência motiva a ação e comunicação enquanto é uma experiência com algo que falta. Por exemplo, a legitimidade na política democrática implica sempre uma oposição que exige mudanças; a escassez importa valores que motivam os agentes econômicos; Deus importa um mistério com o incognoscível, que é base da ação e comunicação religiosa; a ausência (falta) do amante é o momento em que se comprova o amor, motivando a ação ou comunicação amorosa” (NEVES, 2013, p. 226).

<sup>86</sup> “A justiça é sempre algo que falta, implicando a busca permanente do equilíbrio entre consistência jurídica e adequação social das decisões jurídicas. Esse paradoxo pode ser processado e solucionado nos casos concretos, mas ele nunca será superado plenamente, pois é condição da própria existência do direito diferenciado funcionalmente: como fórmula de contingência, a superação do paradoxo da justiça implicaria o fim do direito como sistema social autônomo, levando a uma desdiferenciação involutiva ou ensejando um ‘paraíso moral’ de plena realização da justiça, assim como o fim da escassez como fórmula de contingência da economia conduziria a um ‘paraíso da abundância’, a saber, ao fim da economia” (NEVES, 2013, p. 226).

e todos os argumentos podem assumir outra forma – no que não se deve negar que o que acontece acontece do modo como acontece” (LUHMANN, 2016a, p. 294). Mas se suas operações podem assumir construções e significados diferentes, o que faz com que mudanças sejam recebidas pelo sistema jurídico e absorvidas por ele sem fazê-lo perder sua unidade? Para Luhmann (2016a, p. 291) a resposta para essa pergunta se dá com a função da justiça no sistema jurídico.

Segundo a teoria luhmanniana, “o sistema jurídico pretende-se justo a si mesmo, não importando os fatos” (LUHMANN, 2016a, p. 290), por isso a justiça funciona como sendo a fórmula de contingência do direito e é aplicada no nível dos programas como forma de garantir a consistência e unidade da sua programação<sup>87</sup>. Assim o é pois “nenhuma operação do sistema – e, menos ainda, nenhuma estrutura – deve ser excetuada da expectativa de ser justa; de outro modo se perderia a referência da norma à unidade do sistema” (LUHMANN, 2016a, p. 297). Por isso, como toda fórmula de contingência é para seu sistema<sup>88</sup>, a justiça passa a ser algo indiscutível e irrefutável para o direito.

Ocorre que ao tomar a justiça como fórmula de contingência, Luhmann irá defender um novo sentido/função para a justiça no sistema jurídico. Assim, em uma observação externa, como a que é feita por Luhmann, “a justiça não inclui nem um enunciado sobre a essência ou sobre a natureza do direito, nem um princípio fundador da validade jurídica e nem, por fim, um valor que fizera aparecer o direito como algo digno de preferência” (LUHMANN, 2016a, p. 297). Em verdade “a fórmula de contingência é somente um esquema de busca de fundamentos ou de valores que só são capazes de obter validade jurídica sob a forma de programas” (LUHMANN, 2016a, p. 298). No entanto, importante ressaltar que “toda e qualquer resposta à pergunta assim formulada tem de ser encontrada no sistema jurídico, pela mobilização de sua própria recursividade. A resposta não pode ser introduzida do exterior” (LUHMANN, 2016a, p. 298).

Em razão disso, para o autor, “de maneira abreviada, pode-se caracterizar a justiça como consistência da tomada de decisão” (LUHMANN, 2016a, p. 303) e essa consistência somente

---

<sup>87</sup> “Enquanto no nível do código binário, a auto-observação e a autodescrição decorrem de um paradoxo (pois caso contrário o código teria de afirmar a identidade de legalidade e ilegalidade), restaria verificar se no nível dos programas do sistema não poderia haver uma projeção de unidade: um programa para os programas. Parece evidente inferir que aqui se localiza o sentido da ideia de justiça” (LUHMANN, 2016a, p. 289).

<sup>88</sup> “Com a diferenciação de sistemas funcionais particulares, são desenvolvidas fórmulas de contingência (referentes a cada um deles) que podem estabelecer o que para cada sistema constitui o específico indiscutível: por exemplo, a escassez para o sistema econômico, a legitimidade para o sistema político, justiça para o sistema legal, a limitação para o sistema de ciência. Mas o fato de essas fórmulas estarem ligadas a sistemas particulares de funções deixa em aberto o que elas significam em toda a sociedade” (LUHMANN, 2006, p. 371, tradução nossa).

se procede mediante uma complexidade adequada da decisão que é resultado da relação entre o sistema do direito e seu ambiente. “Nesse sentido, fala-se também em ‘responsividade’ do sistema jurídico. No seio da teoria dos sistemas autopoieticos, o termo adequado seria o da ‘irritabilidade’ (perturbabilidade, sensibilidade, ressonância)” (LUHMANN, 2016a, p. 300-301). Como explica Marcelo Neves (2013, p. 223-224):

a justiça, nessa perspectiva, tem duas dimensões: a justiça interna, concernente à tomada de decisão juridicamente consistente (autorreferência); a justiça externa, referente à tomada de decisão adequadamente complexa à sociedade (heterorreferência). Por um lado, sem que se possa contar com uma solução juridicamente consistente, o direito perde a sua racionalidade. [...] Por outro lado, a justiça como racionalidade jurídica importa a adequação social do direito.

Desse modo, a justiça “já não se trata de algo que alguém adquire – pela troca ou pela atribuição – ser medido de maneira justa; agora, o problema reside na questão de saber se um caso concreto, de que se ocupa o sistema jurídico, é decidido de maneira justa” (LUHMANN, 2016a, p. 303). Assim sendo, o problema da justiça é direcionado à decisão que terá em si sempre uma indicação da contingência do direito, o que é justo pode sê-lo também de outra maneira.

Sobre a questão da justiça ainda voltaremos a tratar quando abordarmos o papel dos valores nas teorias tridimensional e sistêmica<sup>89</sup>. Por enquanto, porém, nos basta fixar a ideia de que a justiça para Luhmann desvela a possibilidade de mudança no sistema jurídico como uma forma de trazer consistência às suas operações no nível dos programas, sem que com isso haja perda de unidade e identidade do sistema, tornando possível a função estabilizadora do direito, frente à sua determinabilidade/indeterminabilidade.

Assim, uma vez explicado o que se mantém e o que se modifica no sistema jurídico, bem como o papel da justiça nas mudanças perante o sistema, podemos passar a trabalhar como o processo evolutivo do direito ocorre, através de três etapas: variação/seleção/restabilização. É o que veremos a seguir.

### 3.2.3 O processo de evolução no Direito

---

<sup>89</sup> Ver na seção 4.1.5, p. 88 e seguintes.

A teoria da evolução dos sistemas sociais de Luhmann é expressamente influenciada pela teoria evolucionista de matriz darwiniana<sup>90</sup>, em que o esquema neodarwinista<sup>91</sup> de explicar a evolução entre mecanismos de variação/seleção/restabilização<sup>92</sup> se fará presente e será a base de seu modelo explicativo. Com a teoria da evolução, Luhmann (2016a, p. 320-321) irá buscar demonstrar “as condições de possibilidade das mudanças estruturais não planejadas e a explicação da diversificação ou do aumento da complexidade”.

Sobre a concepção de evolução luhmanniana é importante esclarecer, de logo, duas questões. A primeira é que a teoria da evolução de Luhmann não é uma teoria acerca do progresso (LUHMANN, 2006, p. 337). Ou seja, não há aqui juízo de valor predeterminado no sentido de que afirmar que em razão de ter evoluído o sistema tenha ficado melhor. “O surgimento de características evolutivas não pode ser ordenado em qualquer linha (de valor consistente) de progresso” (LUHMANN, 2006, p. 332, tradução nossa). A evolução inclusive pode se dá através da extinção de um sistema<sup>93</sup>, sem que nem por isso possa deixar de constatar uma evolução.

O outro esclarecimento inicial necessário é que a teoria da evolução em nada modifica a característica de que o futuro permanece desconhecido, contingente, como em toda a teoria sistêmica luhmanniana. Isso porque:

a teoria da evolução não fornece nenhuma interpretação do futuro. Nenhuma previsão é possível. Não pressupõe qualquer teleologia da história, seja na perspectiva de uma boa ou má fé. A teoria da evolução não é sequer uma teoria de condução, o que poderia ser útil para resolver a questão de saber se a evolução deve ser permitida ou melhor corrigida. Então podemos concluir que a teoria da evolução só lida com o problema de como o fato pode ser explicado em um mundo que sempre oferece e mantém outras possibilidades (LUHMANN, 2006, p. 338, tradução nossa).

Por isso, é preciso que fique claro que “na perspectiva da teoria sistêmica, a evolução não significa outra coisa senão mudanças de estrutura” (LUHMANN, 2006, p. 341, tradução nossa). E, “por estrutura entendemos as condições prévias, não problematizadas, que atribuem

---

<sup>90</sup> “Empregaremos aqui o conceito de evolução de Darwin, o qual, por mais que ainda possa ser melhorado, é uma das conquistas mais importantes do pensamento moderno. No entanto, não empregaremos essa denominação etimológica como um argumento analógico, e sim como referência a uma teoria geral da evolução que pode encontrar aplicações em campos bastante diversos” (LUHMANN, 2016a, p. 320).

<sup>91</sup> “Portanto, é necessário definir com mais exatidão que tipo de ‘procedimento’ é este. O que falaremos, a seguir, é apoiado no esquema neodarwinista de variação, seleção e reestabilização” (LUHMANN, 2006, p. 327, tradução nossa).

<sup>92</sup> “Desde de Darwin que se fala em variação e seleção. Mas, tendo em vista que a seleção atua como uma faca de dois gumes em relação ao que já existe – pois, ao mesmo tempo que o protege da variação, ela também pode mudá-lo –, necessitamos, portanto, de um conceito a mais. Por isso, falaremos de reestabilização” (LUHMANN, 2006, p. 355, tradução nossa).

<sup>93</sup> “A teoria da evolução não é uma teoria do progresso. Admite igualmente – com uma atitude de distanciamento – o surgimento e a destruição de sistemas” (LUHMANN, 2006, p. 337, tradução nossa).

sentidos a um sistema social e à sua relação com o ambiente, na qual se enreda a interação” (LUHMANN, 1985, p. 120). Isso quer dizer que quando Luhmann fala em processo evolutivo, em meio aos sistemas sociais, ele está falando em mudanças naquelas condições prévias que não questionamos, mas ainda assim atribuem sentido ao ato comunicativo.

Por isso, para ele “a evolução não é uma gradação paulatina, contínua e ininterrupta da complexidade, mas um modo de mudanças estruturais inteiramente compatíveis com convulsões bruscas (‘catástrofes’) e amplos períodos de estancamento (‘*stasis*’)” (LUHMANN, 2016a, p. 324-325).

Ocorre que o rompimento de estruturas e seu processo de reorganização se dá em razão da crescente complexidade tanto do ambiente, quanto do próprio sistema. Por isso, “em geral se considera como válido que, por exemplo, evolução é possível somente quando há suficiente complexidade nos ambientes do sistema e que, nesse sentido, evolução é coevolução de sistemas e ambientes” (LUHMANN, 2016b, p. 44).

O sistema jurídico e o sistema político (que são ambiente um do outro), por exemplo, se implicam em processos de coevolução, na medida em que “a evolução do direito depende da evolução de um sistema político, que se dá em paralelo, já que com uma espécie de expropriação primária o sistema político subtrai à sociedade a disposição do poder de violência física e, sobre essa base, consolida seu próprio poder” (LUHMANN, 2016a, p. 375). Por isso, “apenas a diferença entre sistema e ambiente torna a evolução possível. Em outras palavras: nenhum sistema pode evoluir a partir de si mesmo” (LUHMANN, 2006, p. 341, tradução nossa).

Assim, pode-se afirmar que, com a crescente complexidade da sociedade, “torna mais sensível a discrepância nas diversas dimensões da generalização, exigindo em consequência uma atuação mais eficiente no sentido da generalização congruente” (LUHMANN, 1983a p. 122). Por isso, é correto dizer que “evolução significa, em primeiro lugar, um aumento no número de pressupostos nos quais uma certa ordem pode ser suportada” (LUHMANN, 2006, p. 328, tradução nossa), aumento esse que, por via de consequência, aumenta também a complexidade.

No direito, essa manifestação de evolução e crescente complexidade se expressa através da maneira em que o sistema lida com os processos de frustração e confirmação das expectativas. Dessa forma:

a evolução do direito se assenta na distinção, de difícil efetivação, entre casos de frustração contenciosos e casos de frustração não contenciosos. Só mesmo quando os conflitos se verbalizam, quando os perturbadores se defendem e buscam o reconhecimento das situações excepcionais e quando alegam seus próprios direitos é que pode surgir uma observação de segunda ordem: só

então se pode decidir quem tem razão ou quem não tem (LUHMANN, 2016a, p. 346).

Acontece que, conforme já adiantado um pouco acima, para Luhmann a evolução de um sistema se dá por meio de três “funções” ou “mecanismo” evolutivos (LUHMANN, 2006, p. 336), de maneira que “variação e seleção designam eventos; enquanto a função de reestabilização designa a auto-organização dos sistemas que evoluem como requisito indispensável para que a variação e a seleção sejam possíveis” (LUHMANN, 2006, p. 336, tradução nossa). Assim sendo, pode-se falar em evolução tão somente quando estes três mecanismos se acoplam entre si da seguinte maneira:

(1) a *variação* de um *elemento* autopoietico relativamente aos padrões de reprodução que até então eram vigentes; (2) a *seleção* da *estrutura* que assim se faz possível como condições de outras reproduções; e (3) a *estabilização do sistema*, no sentido de mantê-lo dinamicamente estável para que seja possível a reprodução autopoietica dessa forma estruturalmente determinada que passou por alteração (LUHMANN, 2016a, p. 323, destaques do autor).

Por ser cada uma dessas etapas de relevante interesse para o que propomos no presente trabalho, abordaremos cada uma delas em separado logo abaixo.

### 3.2.3.1 O mecanismo de variação

Através do estudo do mecanismo da variação, podemos começar a perceber a evolução dos sistemas. Cumpre-nos lembrar, no entanto, que “variação não significa apenas mudança – porque isso já seria evolução –, mas a elaboração de uma variante para uma possível seleção” (LUHMANN, 2006, p. 355, tradução nossa). Por isso, variação aqui não significa evolução, não é o sistema que muda como um todo, mas sim seu(s) elemento(s). Com isso, pode-se dizer que a variação ocorre quando os elementos dos sistemas se modificam e, no caso dos sistemas sociais, como seus elementos são comunicações, é por meio da variação da comunicação que os sistemas sociais são transformados.

Assim sendo, “a variação consiste em uma reprodução desviante de elementos por elementos do sistema. Em outras palavras, consiste em uma comunicação inesperada e surpreendente” (LUHMANN, 2006, p. 358, tradução nossa). Nesse sentido, deve-se reconhecer que “o principal mecanismo de variação já está na forma linguística de comunicação” (LUHMANN, 2006, p. 362, tradução nossa).

Dessa maneira, “em princípio, cada comunicação linguística é um evento positivo, de fato experienciável no mundo real; isto é, um evento que distingue e aponta para algo específico” (LUHMANN, 2006, p. 362, tradução nossa). A variação ocorre por meio de um ato

comunicativo e como tal precisa ser externalizado, positivado na sociedade. Mas a comunicação variante tem sempre um valor de rejeição à comunicação esperada, ao que sempre se fez, ao sentido que sempre foi dado. “A rejeição contradiz a expectativa de aceitação ou simplesmente contradiz a suposta continuidade do ‘como sempre’. Toda variação é apresentada, portanto, como uma contradição, não no sentido lógico, mas no sentido dialógico mais original” (LUHMANN, 2006, p. 364, tradução nossa). Em razão disso, “o mecanismo de variação – considerado mais precisamente e em vista do uso que é dado a ele na comunicação – consiste na invenção da negação e na codificação sim/não da comunicação linguística que se tornou possível” (LUHMANN, 2006, p. 362, tradução nossa).

Por isso, pode-se dizer que “a variação se produz através de uma comunicação que rejeita os conteúdos de comunicação. Produz um elemento com o caráter de desvio – nada mais e nada menos” (LUHMANN, 2006, p. 363, tradução nossa). A vantagem de se entender a função da variação por meio da ideia de desvio é que aquilo que desvia sempre desvia de algo, o que nos remete ao já dado, ao esperado, pois “o desvio é um conceito recursivo porque pressupõe algo em relação ao qual ele pode se desviar (LUHMANN, 2006, p. 364, tradução nossa). Desse modo, variação “não é a gênese espontânea do novo (por muito tempo o ‘novo’ é uma categoria suspeita que quase significa o mesmo que desvio), mas uma reprodução divergente de elementos do sistema” (LUHMANN, 2006, p. 364, tradução nossa).

Sendo o direito um subsistema social que visa garantir expectativas normativas, “a variação, decisiva para a evolução do direito, está relacionada a expectativas normativas inesperadas” (LUHMANN, 2016a, p. 343). “Aqui o processo direciona o olhar para a expectativa de aceitação expressa, implícita ou esperada na comunicação” (LUHMANN, 2006, p. 363-364, tradução nossa). Quando se comunica uma expectativa normativa que não estava no roteiro, no âmbito do comum, a variação pode se tornar determinante para a mudança do sistema no futuro. “Certamente, isso quase sempre se dá *a posteriori*, por ocasião de um comportamento que, se visto de maneira retrospectiva, demonstra que sua expectativa foi frustrada” (LUHMANN, 2016a, p. 343).

Destarte, “a variação desse tipo não depende nem mesmo de que a sociedade opere a distinção entre regras e ações. Basta que a qualidade do comportamento se reconheça como razão para o rechaço e que isso possa se expressar como êxito” (LUHMANN, 2016a, p. 343). Ou seja, “em condições muito simples, é difícil distinguir se aquele que perturba a ordem – sejam quais forem os motivos – simplesmente o faz ou o faz por crer estar em seu direito” (LUHMANN, 2016a, p. 344). Isto é, não raras vezes, a comunicação variante surge na

postulação de uma expectativa que foi frustrada, mas que pretende manter-se, mesmo após a frustração e, portanto, tem características de normatividade.

Desse modo, “o ponto de partida para uma evolução que procura reduzir a pressão para a clarificação pode residir nessa tendência indutora de pressão a fim de tornar ambivalente a referência a normas” (LUHMANN, 2016a, p. 344). Por isso, “na falta de uma estrutura jurídica plenamente diferenciada e disposta em textos escritos, dificilmente é possível distinguir os conflitos legais das meras frustrações sem a reivindicação ao direito por parte daquele que parece atentar contra a ordem” (LUHMANN, 2016a, p. 344-345). Isto porque “sem normas não haveria conflito. O mecanismo de variação do direito mediante conflitos autoproduzidos põe lenha na fogueira circular, e a norma em si já indica como se deve resolver o conflito” (LUHMANN, 2016a, p. 371).

É nesse ponto em especial que o dissenso e a evolução se encontram no direito, pois:

nenhuma sociedade pode amparar o direito no consenso se por consenso se entende que todos aprovam, em qualquer momento, todas as normas. Tal fixação de estados de consciência nem é possível, nem seria, se fosse alcançada, comprovável. Portanto, o consenso não pode ser condição para a validade do direito e, além disso, excluiria toda e qualquer evolução. A evolução depende, em vez disso, de como o problema da conciliação social é resolvido (LUHMANN, 2016a, p. 348).

É nessas circunstâncias de dissensos e consenso que “o direito continua a ser parte do jogo, e, tanto agora como antes, o que provoca a variação é o que o sistema percebe como irritação” (LUHMANN, 2016a, p. 370). Exemplo de irritação comum no direito se dá com o sistema político<sup>94</sup>. “A política, com sua imensa quantidade de novas diretrizes, provoca no sistema do direito um impacto enorme, afinal o direito tem de integrá-las, compreendê-las, processá-las” (LUHMANN, 2016a, p. 370).

No entanto, “a variação sozinha não pode promover a evolução” (LUHMANN, 2006, p. 373, tradução nossa). É preciso que algo possa organizar e selecionar quais variações servem ou não às estruturas dos sistemas. Dessa forma, “independentemente do modo empírico de operação, a variação produz uma diferença, produz um desvio do que, até agora, era usual” (LUHMANN, 2006, p. 356, tradução nossa). Entretanto, “essa diferença exige que se faça uma seleção a favor ou contra a inovação” (LUHMANN, 2006, p. 356, tradução nossa), o que nos leva a uma segunda fase da evolução.

---

<sup>94</sup> “Já não são apenas os conflitos que fazem variar o direito e, eventualmente, fornecem a circunstância para que novas regras sejam preferidas, mas também a política que persegue seus próprios objetivos e cria as diferenças que eventualmente se tornarão conflitos” (LUHMANN, 2016a, p. 370-371).



### 3.2.3.2 O mecanismo de seleção

Para que o sistema evolua, modifique suas estruturas, vimos que primeiro é preciso haver uma variação em seus elementos. É preciso que algo de inesperado ocorra, que a contingência se revele. Ocorre que nem todo desvio está apto a realizar transformações estruturais no sistema. “Um único ‘não’ não transforma nenhuma estrutura e, se isso acontecesse, seria um caso excepcionalmente e extremamente raro, que não poderia explicar a velocidade da evolução” (LUHMANN, 2006, p. 376, tradução nossa). Isso acontece porque durante o mecanismo de seleção, a comunicação desviante pode ser respondida de forma positiva ou negativa pelo sistema.

Dizemos que ocorre uma seleção positiva quando “com base na comunicação desviante, a seleção escolhe referências de significado que têm o valor de formar estruturas adequadas para uso repetido e capazes de construir e condensar expectativas” (LUHMANN, 2006, p. 358, tradução nossa). Por outro lado, será negativa quando “a seleção, então, rejeita, atribuindo o desvio às circunstâncias, ou abandonando-as ao esquecimento, ou rejeitando-as explicitamente aquelas novidades que não parecem capazes de servir como estruturas ou de dar direção à comunicação subsequente” (LUHMANN, 2006, p. 358, tradução nossa).

Em verdade, diversas são as variações que não chegam a ser objeto de seleção positiva no sistema (LUHMANN, 2006, p. 364). Isso ocorre porque “a realidade social é organizada de maneira extremamente conservadora. Ela não nega tão facilmente o que já possui – e cuja adequação ela já aceitou – à luz de algo desconhecido cujas oportunidades de consenso ainda não foram provadas” (LUHMANN, 2006, p. 365, tradução nossa).

Por isso, é preciso se destacar que, na teoria luhmanniana, o mecanismo de variação exige e implica um mecanismo de seleção<sup>95</sup>, para que o sistema possa se manter conservado em evolução<sup>96</sup>, mesmo diante da instabilidade que a comunicação variante nele provoca<sup>97</sup>. Isso quer dizer que “mesmo quando uma seleção positiva não ocorre, uma seleção ainda acontece, porque então a variação (ligada à operação) desaparece sem mudar as estruturas deixando tudo como era e como é. Seleciona-se, então, o estado atual” (LUHMANN, 2006, p. 374, tradução nossa).

---

<sup>95</sup> “Toda variação inevitavelmente resulta em uma seleção” (LUHMANN, 2006, p. 374, tradução nossa).

<sup>96</sup> “A seleção também só é possível – assim como a variação – enquanto o sistema é conservado – isto é, enquanto a adaptabilidade do sistema é conservada. [...] Eles recordam e condensam as experiências de conservação do sistema e as disponibilizam internamente” (LUHMANN, 2006, p. 374, tradução nossa).

<sup>97</sup> “Deve-se enfatizar apenas que a função de seleção depende exclusivamente da circunstância factual da variação e não de gatilhos específicos que foram organizados no mundo” (LUHMANN, 2006, p. 374, tradução nossa).

Como consequência disso, percebemos que a seleção apresenta-se como uma forma de dois lados, onde ou se seleciona positivamente o desvio ou o rejeita, sendo a rejeição também um modo de seleção (LUHMANN, 2006, p. 374). Dessa maneira, “o fato de ser [a seleção] uma forma, por sua vez, a distingue da variação – que é em si uma forma que pode ou não acontecer. Portanto, a forma da evolução (variação/seleção) é uma forma de segundo nível: uma forma formada por formas” (LUHMANN, 2006, p. 374, tradução nossa).

Por essa razão, “a condição básica de toda evolução é, portanto, que os dispositivos da variação e os dispositivos da seleção não coincidam, mas permaneçam separados” (LUHMANN, 2006, p. 375, tradução nossa). Essa separação permite que durante o processo evolutivo vários componentes do sistema da sociedade possam ser levados em consideração, já que há referência na “variação, aos elementos - isto é, às comunicações particulares” (LUHMANN, 2006, p. 375, tradução nossa) e na “seleção, por outro lado, às estruturas - isto é, à formação e gerenciamento de expectativas” (LUHMANN, 2006, p. 375, tradução nossa).

Ocorre que quando na seleção “se decide pelo que há de novo, impõe-se cascatas de adaptações ou movimentos de delimitação no sistema” (LUHMANN, 2006, p. 356, tradução nossa). Por isso que na teoria de Luhmann “partimos do fato de que o processo de seleção leva a formações de estruturas” (LUHMANN, 2006, p. 385, tradução nossa). No entanto, isso se dá “através de processos circulares de reforçamento de desvios, os eventos que ocorrem sempre são usados esporadicamente [...] para formar estruturas que antes não existiam” (LUHMANN, 2006, p. 376, tradução nossa).

Claro que “a repetição cria, em cada caso, uma situação diferente” (LUHMANN, 2006, p. 375, tradução nossa) e “a história não pode ser revertida por seleção negativa (selecionando a não seleção) nem por feedback negativo” (LUHMANN, 2006, p. 375, tradução nossa), mas são esses reforços dos desvios que ocorrem em cada situação diversa que possibilitam a formação de estruturas nos sistemas sociais.

Em se tratando do sistema jurídico, se “a variação assume a mutação do direito (o mais das vezes sem êxito, mas por vezes com capacidade de confirmação). Sem ela não há mudanças evolutivas. A seleção assume a tarefa de definir qual concepção corresponde ao direito” (LUHMANN, 2016a, p. 350). Com isso, nota-se que:

quando a prática do direito se fecha em uma continuidade temporal e se deixa guiar pelas regras que ela própria determinou, e quando a tarefa consiste particularmente em mensurar o caso com as regras e as regras com o caso, a seleção evolutiva adquire uma forma bastante peculiar. Dever-se-á então perguntar se o caso, visto do ponto de vista das regras, é igual a outros casos. Se (e somente se) for igual, pode-se “subsumir”. Se for diferente, ter-se-á de desenvolver uma nova regra, partindo do caso (LUHMANN, 2016a, p. 362).

Desse modo, pode-se perceber no direito a existência de seus próprios mecanismos de evolução a depender de como ele toma sua decisão, seja por operações que levam ao reforço da estrutura existente (seleção negativa), seja através de suas modificações ou superações (seleção positiva)<sup>98</sup>. Nesse sentido:

a depender de como se toma essa decisão (e precisamente essa!), a evolução do direito se orienta no âmbito de suas próprias redes de comunicação para um feedback negativo ou positivo ou o sistema legal se mantém estável em virtude das regras existentes, que sempre novamente podem ser aplicadas, ainda que possam desencadear tensões, ou o sistema do direito se desvia do ponto de partida existente e constrói maior complexidade mediante novas decisões *distinguishing* [distintivas] e *overruling* [anuladoras] (para dizê-lo na terminologia do *Common Law*) (LUHMANN, 2016a, p. 362).

Assim, acontece que, tanto as seleções positivas, quanto as seleções negativas trazem para o sistema certa instabilidade. “No caso da seleção positiva, uma nova estrutura deve ser estabelecida no sistema, com consequências que devem ser comprovadas posteriormente” (LUHMANN, 2006, p. 337, tradução nossa). Ou seja, em havendo a aceitação do(s) elemento(s) variante(s) para a formação de nova estrutura é preciso saber como a estrutura já existente irá absolver isso, o que traz ao próprio sistema certo desequilíbrio.

Já “no caso de seleção negativa, o sistema ‘impulsiona’ a possibilidade rejeitada. Ele deve conviver com sua rejeição, apesar de ter sido capaz de tirar vantagem disso, e que outros sistemas a utilizaram ou poderiam utilizá-la. A rejeição pode ter sido um erro e continuar sendo” (LUHMANN, 2006, p. 337, tradução nossa). Assim a instabilidade surge, pois não se pode ter certeza se esse foi ou não o melhor caminho. Isso acontece porque “a seleção não garante necessariamente bons resultados. A longo prazo, deve ela também passar pelo teste de estabilidade” (LUHMANN, 2006, p. 337, tradução nossa).

É justamente por precisar passar nesse teste de estabilidade que surge a necessidade de haver um terceiro mecanismo de evolução: a reestabilização.

### 3.2.3.3 O mecanismo de restabilização

Como vimos acima, em qualquer caso, a seleção (positiva ou negativa) envolve um aumento na complexidade do sistema, que deve reagir a isso com mecanismos de restabilização. Com isso, já podemos perceber que “o conceito de reestabilização designa sequências de

---

<sup>98</sup> “A operação se conecta com o sistema na forma de feedback. Pode ser feedback negativo ou feedback positivo: manutenção da faixa de variabilidade dos estados do sistema dados, ou reforço do desvio, da construção da complexidade, que é então notada por seus próprios problemas” (LUHMANN, 2006, p. 375, tradução nossa).

incorporação de mudanças estruturais em um sistema que opera determinados pelas estruturas” (LUHMANN, 2006, p. 385, tradução nossa).

No entanto, é importante ressaltar que quando ocorre essas mudanças estruturais, as estruturas que são modificadas só podem ser substituídas por outras que possuam a mesma função e do mesmo tipo, “isto é, as teorias só podem ser substituídas por outras teorias, as leis jurídicas somente por outras leis jurídicas, um programa político por apenas outro programa político” (LUHMANN, 2006, p. 388, tradução nossa). Ou seja, “quem quer eliminar reatores nucleares deve enfrentar a questão: como podemos produzir energia de uma maneira diferente?” (LUHMANN, 2006, p. 387-388, tradução nossa).

Ocorre que “a distinção de variação, seleção e restabilização certamente sugere uma sequência temporal e pode ser entendida nesse sentido. No entanto, é igualmente correto pensar que a variação já pressupõe estabilidade ou, se preferir, reprodução normal” (LUHMANN, 2006, p. 359, tradução nossa). Entretanto, aquilo que foi solucionado na estabilização, pode retornar como problema a ser resolvido com nova variação (LUHMANN, 2006, p. 387). Assim, se abstrairmos a questão do tempo, podemos perceber que a teoria da evolução também sugere uma relação circular entre variação, seleção e reestabilização (LUHMANN, 2006, p. 337). “Ante os impulsos exteriores a evolução opera de maneira circular e reage em parte com variação, em parte com estabilização para tornar a motivar as inovações: variação > seleção > estabilização” (LUHMANN, 2016a, p. 369).

Por isso, “com a passagem da função de reestabilização para os sistemas funcionais, a mesma estabilidade converte-se em princípio dinâmico e depois – indiretamente – em um importante incentivador das variações” (LUHMANN, 2006, p. 389, tradução nossa). Isso porque:

sistemas funcionais são estabilizados na variação, de tal forma que o mecanismo de estabilização realiza ao mesmo tempo que o motor da variação evolutiva. Isso acelera a evolução da sociedade de uma maneira até então desconhecida. Estabilização e variação parecem se unir em um curto-circuito (LUHMANN, 2006, p. 391, tradução nossa).

Essa relação entre os três mecanismos pode ser percebida no sistema jurídico, por exemplo, no fato de que “o direito vigente se motiva para a inovação, mas também para a conservação de estabilidade/consistência/justiça” (LUHMANN, 2016a, p. 369). Com isso, “a função da seleção não se distingue dos problemas de reestabilização do sistema” (LUHMANN, 2016a, p. 358). “Em outras palavras, o que se diferencia são as funções de seleção e estabilização, e o que serve à estabilização emite impulsos próprios de inovação” (LUHMANN, 2016a, p. 365-366). Por isso:

as disposições para a estabilização ou reestabilização do próprio direito se tornam dinâmicas e operam, por sua vez, a variação no direito. O direito não espera que as pessoas entrem em conflito para logo encontrar uma solução justa, que coincida com a lei. Em vez disso, valendo-se de intervenções regulatórias na vida cotidiana, ele produz situações que logo serão motivo de conflitos: o direito se exerce – a si mesmo (LUHMANN, 2016a, p. 370).

No direito, a dogmática jurídica assume papel protagonista como mecanismo de reestabilização<sup>99</sup>. É “por meio da diferenciação da dogmática jurídica, que, por suas inconfundíveis características é parte do sistema do direito, [...] diferencia-se também a função da estabilização” (LUHMANN, 2016a, p. 365). Com a dogmática, portanto, “é possível que os procedimentos jurídicos incorporem as variações e atribuam um significado estrutural para as futuras sentenças” (LUHMANN, 2016a, p. 365). “Desse modo, em não poucos casos, mediante um processo evolutivo característico de ‘reforço de desvio’, chega-se a uma expansão de alcance dos conceitualmente chamados ‘institutos jurídicos’” (LUHMANN, 2016a, p. 364-365).

Dessa maneira, “somente mediante uma dogmática jurídica elaborada pode a estabilização e a reestabilização do direito passarem da validade simples (e quase sempre de fundamentação religiosa) às normas de sua *consistência*” (LUHMANN, 2016a, p. 366, destaque do autor). Por isso, “a dogmática do direito se tornou fator estabilizante, que começou a afetar a própria evolução do direito” (LUHMANN, 2016a, p. 354). Nesse sentido, “a dogmática garante que o sistema jurídico conserve a si mesmo como sistema em sua própria alteração” (LUHMANN, 2016a, p. 366).

Nesse estágio da evolução, a restabilização vai procurar resolver tanto a adaptabilidade dos resultados decorrentes da seleção para com as estruturas do interior do sistema, como com as do sistema e do seu ambiente. Ou seja, ela precisa também confirmar a unidade, tanto interna, quanto externa, do sistema. “É por isso que o terceiro fator de evolução é ao mesmo tempo princípio e fim, é um conceito dirigido a esta unidade; conceito que pode ser descrito como estabilidade dinâmica, pois leva a uma mudança estrutural” (LUHMANN, 2006, p. 337, tradução nossa). Assim, reestabilização “é, em última análise, o problema da sustentabilidade da diferenciação do sistema da sociedade” (LUHMANN, 2006, p. 358-359, tradução nossa).

---

<sup>99</sup> Em sistemas sociais diferentes, outros assumem esse papel estabilizante: “Os bancos servem ao restabelecimento evolutivo da economia monetária - que dissolveu a velha máxima da reciprocidade. E o moderno ‘Estado’ serve para restabelecer as centralizações políticas já há muito tempo preparadas” (LUHMANN, 2006, p. 386, tradução nossa).

Com isso podemos perceber como as mudanças no direito ocorrem, segundo a teoria sistêmica. Assim sendo, estamos aptos a explorarmos no nosso trabalho uma relação mais verticalizada das duas teorias para fins de alcançar os objetivos desta dissertação.

#### 4 UMA PROPOSTA DE DESCRIÇÃO DO DIREITO COM BASE NA TEORIA TRIDIMENSIONAL E SISTÊMICA DO DIREITO

Os dois capítulos anteriores nos mostraram como cada uma das duas teorias, que são as bases de análise deste trabalho, encaram o problema da definição e da mudança/conservação do direito. Como dissemos já na introdução desta dissertação, nós acreditamos que a teoria sistêmica do direito pode ser beneficiada com conceitos da teoria tridimensional e vice-versa. Mas como isso é possível, é o que se pretende demonstrar no presente capítulo.

Como já vimos, quando falamos em mudança no direito na teoria tridimensional, podemos analisá-la sob duas perspectivas. Primeiro, no nível de seus elementos. Neste nível, ela vai dizer que o direito muda quando um ou mais de seus três elementos se modificam. Ou seja, quando fatos, valores e/ou normas de natureza bilateral atributiva se modificam, então podemos afirmar que há mudança no direito em seu nível “elementar”.

Ocorre que fato, valor e norma, enquanto elementos do direito, sempre estão em constante conexão e em mútua polaridade-implicação graças à dialética da complementaridade que está presente em todo objeto cultural<sup>100</sup>. Assim, o resultado dessa conexão nos permite analisar o direito sob uma segunda perspectiva: a de sua estrutura. Isso se dá, segundo a teoria de Reale, através do conceito de modelo jurídico, que nada mais é do que uma espécie de estrutura em sua forma jurídica, no processo do normativismo concreto.

Nessa mesma toada observamos que a teoria sistêmica de Luhmann começa a trabalhar a evolução dos sistemas com base na variação de seus elementos. Após, através de seu mecanismo de seleção, o sistema escolhe as variações que estão aptas a formarem novas estruturas e estas, por sua vez, serão estabilizadas no sistema como unidade<sup>101</sup>.

Além disso, já foi explicado também que, segundo a teoria sistêmica, todo sistema social possui como seu elemento uma comunicação. A depender da função dessa comunicação, podemos observar a qual sistema ela pertence. O elemento próprio do direito é a comunicação que visa garantir expectativas normativas congruentes e generalizadas, cujas operações se procedem mediante o código lícito/ilícito.

---

<sup>100</sup> “Notem que o tridimensionalismo não serve só para o Direito, mas para qualquer atividade cultural. Assim é que o artista, inspirado ante certa realidade factual, projeta a sua preferência valorativa, impressionista ou expressionista, por exemplo, e esta se concretiza numa forma expressa por uma pintura ou uma escultura. O que é uma obra de arte senão a expressão formal de uma vivência axiológica do fato vivido pelo artista? Ora, o que é forma para o artista é norma para o jurista. A norma é a forma que o jurista usa para expressar o que deve ou não deve ser feito para a realização de um valor ou impedir a ocorrência de um desvalor” (REALE, 1993, p. 308).

<sup>101</sup> “A variação diz respeito aos elementos do sistema; a seleção diz respeito às estruturas; e a estabilização diz respeito à unidade do sistema, que se reproduz autopoieticamente” (LUHMANN, 2016a, p. 323).

Sebndo assim, o queremos propor aqui é que seria útil<sup>102</sup> a uma descrição<sup>103</sup> do direito e de seus processos evolutivos de mudança, se o entendêssemos como sendo um conjunto complexo de comunicações acerca de fatos valorados normativamente de natureza bilateral atributiva, no nível de seus elementos. E, no nível de suas estruturas, como sendo uma comunicação acerca de modelos jurídicos que visam garantir expectativas normativas congruentes e generalizadas.

Como fizemos outrora, passaremos a seguir a explicar o que queremos dizer com cada uma das partes dessa proposta de descrição sobre o direito, buscando fundamento tanto na teoria tridimensional do direito, quanto na teoria sistêmica.

#### 4.1 A ANÁLISE ELEMENTAR DO DIREITO

Para iniciar nossa análise *elementar* do direito, precisamos, de logo, definir o que é um elemento. Para Luhmann (2016b, p 40), “elemento é o que atua para o sistema como uma unidade não mais reduzível (embora, considerando microscopicamente, isso seja um composto supercomplexo)”. O elemento, portanto, é a parte que compõe o todo que não precisa mais ser subdividido para que o todo o reconheça como sendo seu elemento constitutivo<sup>104</sup>.

Para Reale (1999, p. 57), “o Direito não pode prescindir de elementos claramente determinados, porque sem eles haveria grandes riscos para a liberdade individual”, já que sem o correto discernimento acerca dos seus elementos, abrir-se-ia muito espaço para que elementos outros possam influenciar o direito. Por isso, visamos buscar deixar mais claro quais são os elementos que compõem a comunicação jurídica, para que, assim, possamos reduzir a complexidade da pesquisa para melhor compreender o nosso objeto.

Destarte, para iniciarmos nossa discussão, queremos demonstrar como o que aqui pensamos pode ser fundamentado nas ideias de Reale e de Luhmann. Para tanto, vamos começar trabalhando com o conceito de dialética da complementaridade (Reale) e a diferença

---

<sup>102</sup> Ressalto apenas que quando se diz que seria útil é exatamente isso que se quer dizer. Não se quer dizer que seja melhor, mais verdadeira, exclusiva, *mais* útil ou nada que equivalha. Apenas acreditamos que ambas as teorias podem se complementar e isso seria útil para a definição e análise do fenômeno jurídico.

<sup>103</sup> Nossa proposta de descrição trata, para utilizar uma terminologia luhmanniana, de uma “autodescrição”. Isso porque, ela pretende ser um mecanismo de reflexão do sistema e, assim, reflete que é parte do sistema que descreve e respeita as premissas do sistema, portanto possui as características de uma autodescrição, conforme explicamos na seção 2, p. 17 e seguintes. No entanto, esta descrição leva em consideração como outros sistemas descrevem o direito, por isso, possui conceitos oriundos, tanto da heterodescrição feita por Luhmann, quanto da autodescrição de Reale.

<sup>104</sup> “Elementos são sistemas apenas para os sistemas que os empregam como unidade, e eles existem somente mediante esses sistemas” (LUHMANN, 2016b, p. 40).



elemento/relação de Luhmann como forma de explicar a existência e relações dos elementos nos sistemas e, em seguida, aprofundaremos outros temas caros para cada uma das duas teorias.

#### **4.1.1 A diferença elementos/relação e a dialética da complementaridade**

Para não nos tornarmos repetitivos em demasia, sobre o conceito de dialética da complementaridade utilizado por Miguel Reale, remetemos o leitor ao que já escrevemos na seção 2.1.2, p. 26. No entanto, apenas para recordar, podemos dizer que a dialética da complementaridade, em síntese, explica, na teoria de Reale, que os elementos existentes em um objeto cultural – tal qual o direito – relacionam-se de maneira a não se reduzirem uns aos outros, mas que, ao se relacionarem entre si, os permite criar uma nova realidade diversa daquilo que seriam, caso não estivessem se relacionando.

Na teoria luhmanniana há “duas diferentes possibilidades de se considerar a decomposição de um sistema. Uma tem como objetivo a formação de subsistemas (ou, mais exatamente relações internas entre sistema e ambiente) no sistema. A outra decompõe em elementos e relações” (LUHMANN, 2016b, p. 38). No primeiro caso de análise, estamos diante da já tratada diferença sistema/ambiente<sup>105</sup>, no entanto “a diferença sistema/ambiente tem de ser distinguida por uma segunda diferença, igualmente constitutiva: a diferença entre elemento e relação. [...] No primeiro caso, trata-se dos cômodos de uma casa, no outro dos tijolos, das vigas, dos pregos, etc.” (LUHMANN, 2016b, p. 38). É sobre essa segunda distinção que queremos nos aprofundar um pouco mais no presente tópico.

Para Luhmann (2006, p. 359, tradução nossa), “elementos, estruturas e unidades do conjunto de reprodução são componentes necessários de um sistema autopoietico. Não há elementos sem um sistema ou sistemas sem elementos”. Do mesmo modo, “assim como não há sistemas sem ambientes, ou ambientes sem sistemas, tampouco existem elementos sem conexões relacionais ou relações sem elementos” (LUHMANN, 2016b, p. 38). Isto é, a condição relacional dos elementos é questão que se infere do próprio conceito de elemento. Isso quer dizer que “elementos adquirem qualidade somente quando são considerados relacionalmente, ou seja, quando são relacionados um com o outro” (LUHMANN, 2016b, p. 38).

Inclusive, quando falamos acima que para Luhmann o conceito de elemento é aquilo que atua como unidade “não mais reduzível”, agora é oportuno dizer que ““não mais reduzível”

---

<sup>105</sup> Ver seção 2.2.1, p. 33.

significa também que um sistema só pode se constituir e se alterar inter-relacionando seus elementos” (LUHMANN, 2016b, p. 40). Mas, “sistemas não são simplesmente relações (no plural!) entre elementos. A conexão entre as relações tem que ser de algum modo regulada” (LUHMANN, 2016b, p. 40-41).

Para a teoria sistêmica, a regulação entre as relações se dá por meio de mútuas condições<sup>106</sup>. “Isso significa que uma determinada relação entre os elementos somente será realizada sob o pressuposto de que alguma outra coisa seja o caso ou não seja o caso” (LUHMANN, 2016b, p. 41). Em outras palavras, “relações entre elementos podem se condicionar reciprocamente; uma só ocorre quando a outra também ocorre. Mas também pode se tratar da existência de determinados elementos, da presença de um catalizador ou da realização de relações entre relações num nível mais alto” (LUHMANN, 2016b, p. 41).

Nesse sentido, “no nível dos elementos, autorreferência significa que eles, ao se referirem a si mesmos, se entrelaçam um com o outro e, com isso, possibilitam interconexões e processos” (LUHMANN, 2016b, p. 60). Com isso, entendemos como demonstrado que a ideia de que elementos se entrelaçam uns com os outros, de maneira a não se reduzirem um ao outro, mas que em razão dessa conexão formam um novo fenômeno, é compatível tanto com a teoria tridimensional – com seu conceito de dialética da complementaridade –, quanto com a teoria sistêmica, com sua diferença elemento/relação.

Ocorre que, diferentemente de Reale, Luhmann acredita que esse entrelaçamento entre elementos “só pode ocorrer quando há suficiente similaridade entre os elementos” (LUHMANN, 2016b, p. 60), o que acarretaria certa incompatibilidade entre as duas teorias, já que na dialética da complementaridade dos objetos culturais, fatos, valores e normas são de natureza bastante distintas, mas ainda assim se relacionam e se implicam<sup>107</sup>. Como resolver isso?

Não pretendemos afirmar com nossa proposta que há similaridade suficiente entre o fato em si mesmo, o valor e a norma em si mesma, a ponto de possibilitar um entrelaçamento entre eles, conforme a teoria sistêmica requereria<sup>108</sup>. Entretanto, acreditamos que se abandonarmos a análise do fato, valor e norma em si mesmos, e nos preocuparmos tão somente com o fato, o valor e as normas que são objetos de comunicação, encontraremos uma forma de abordagem

<sup>106</sup> “Sempre que falarmos de “condições” ou de “condições de possibilidade” (também no sentido epistemológico), estaremos nos referindo a este conceito de condicionamento” (LUHMANN, 2016b, p. 41).

<sup>107</sup> Sobre a natureza dos fatos, valores e normas ainda falaremos mais abaixo.

<sup>108</sup> “A reprodução autopoietica depende, assim, de uma suficiente homogeneidade das operações sistêmicas, e isso define a unidade de um determinado tipo de sistema. É claro que se pode resumir e observar estados de coisas de outros pontos de vista; mas não se pode observar uma constituição sistêmica autorreferencial se não se considerar os tipos de processo e sistema estabelecidos por ela” (LUHMANN, 2016b, p. 62).

do fenômeno jurídico mais rico e com a complexidade mais adequada ao que nos propomos fazer.

Isso, por óbvio, não quer dizer que, para nossa proposta de descrição do direito, não exista o fato, ou o valor, ou a norma fora da comunicação. A proposta é que nossa análise se preocupe com o fato valorado normativamente, de forma bilateral atributiva, que foi objeto de comunicação. Isto é, não é que não exista a agressão, o acordo, a união entre pessoas ou a morte no mundo dos fatos. Não é que não exista a justiça, a saúde, a utilidade, a segurança, a coerência, o prazer, o belo, o sagrado ou o lícito no mundo dos valores. Não é que não exista normas regulamentando a imputabilidade, a forma de governo ou a estrutura do Tribunal de Justiça no mundo normativo. Não é disso que se trata. Mas o que estamos propondo é que voltemos nossa atenção ao fato, enquanto objeto da comunicação, ao valor que foi expresso, à norma como entendida no sistema social e que todos eles sejam lidos como comunicação.

Somente dessa forma, acreditamos ser possível que fatos, valores e normas no direito possam ter similitude suficiente para se implicarem entre si. Somente se todos forem “traduzidos” em comunicação de uma temática específica, sendo ela, no direito, fática-valorativa-normativa. Por isso, começamos nossa proposta de definição do direito como “um conjunto complexo de comunicações”.

Ocorre que, nesse caso, dando razão à Luhmann no sentido de que o direito é comunicação, aparentemente, criaríamos problemas com a teoria tridimensional. No entanto, como veremos logo a seguir, a ideia de o direito ser composto por elementos comunicativos é compatível com a natureza de objeto cultural e a característica transubjetiva e social<sup>109</sup> do direito descrito por Reale.

#### **4.1.2 O direito como comunicação em razão da exigência da bilateralidade atributiva na Teoria Tridimensional do Direito**

Para Reale o direito é um bem cultural, haja vista que não pode ser encontrado na natureza e só existe enquanto construção humana<sup>110</sup>. Seguindo sua linha de pensamento, “os bens culturais existem na medida e enquanto possuem um *sentido*, ou, por outras palavras *são*

---

<sup>109</sup> “O Direito é, por conseguinte, um fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua socialidade, a sua qualidade de ser social” (REALE, 2001, p. 02).

<sup>110</sup> Ver mais na seção 2.1.1, p. 22.

*enquanto devem significar algo para alguém, como meio de comunicação”* (REALE, 1992, p. 29, destaques do autor).

Por isso, o autor afirma que “o fenômeno cultural pressupõe sempre intersubjetividade e comunicação” (REALE, 1992, p. 159), sendo uma das perspectivas oferecidas por seu conceito de estrutura social como uma “unidade de caráter funcional como instrumento essencial de comunicação, inseparável, por conseguinte, de suas condições de realizabilidade” (REALE, 1992, p. 160). Fala-se da comunicação como condição de realizabilidade nas estruturas sociais porque sem comunicação não há como haver relação entre mais de um sujeito, tendo o direito a característica da transubjetividade<sup>111</sup>, ele só pode se realizar se for comunicado.

Cumprido esclarecer que Reale sustenta a transubjetividade do direito porque “a razão de medir do Direito não se polariza em um sujeito ou no outro sujeito, mas é transubjetiva. A relação jurídica apresenta sempre a característica de unir duas pessoas entre si, em razão de algo que atribui às duas certo comportamento e certas exigibilidades” (REALE, 1992, p. 403). Importante lembrar, porém, que “não se trata de transcendência para além do real, mas de superamento da subjetividade no plano social, razão pela qual se fala em transubjetividade” (REALE, 1999, p. 403-404).

Esse modo de ver realeano é consequência também da característica da bilateralidade atributiva do direito, pois, “na experiência bilateral atributiva, isto é, na experiência jurídica, a valoração do ato praticado não se subordina ao prisma estimativo isolado de um só dos sujeitos da relação, mas sim aos de todos os que dela participem” (REALE, 1992, p. 268-269). Em razão disso, na ciência jurídica, suas proposições são necessariamente de sentido intersubjetivo, devendo ser interpretadas na medida de sua funcionalidade estrutural sem jamais separá-la de seu contexto significativo (REALE, 1992, p. 176).

Importante se ressaltar, contudo, que essa característica comunicativa, em nada retira do direito sua força, pois:

poderia alguém, todavia, ser tentado a conceber as normas jurídicas como simples proposições informativas, destituídas de imperatividade. Já foi dito, por exemplo, que o Direito não determina obrigatoriamente ao devedor que pague uma letra de câmbio, mas apenas “informa” e prevê que, se não for satisfeito o débito, poderá haver protesto do título, penhora de bens, requerimento de falência, etc. Este é, porém, um modo unilateral de considerar-se a "comunicação" normativa. Esta, na sua inteireza e concretude, significa que o Direito já considerou a estrutura do comportamento em apreço, e que, considerada a questão na sua qualificação tipológica, é declarada juridicamente obrigatório, isto é, juridicamente conforme ao Direito, o pagamento do título, no dia de seu vencimento, ressalvada ao devedor a

---

<sup>111</sup> “Onde quer que haja fenômeno jurídico, encontramos sempre um nexos transubjetivo, estabelecendo um âmbito de ações possíveis entre ou para dois ou mais sujeitos” (REALE, 1992, p. 686).

alternativa de recusar-se a fazê-lo, não por inexistir obrigação (como equivocadamente se afirma), mas sim em virtude do caráter bivalente de toda obrigação jurídica, como “comunicação de um dever a um ser livre” (REALE, 1992, p. 176, grifos nossos).

Assim sendo, dizer que o direito é um conjunto de comunicações não deve causar estranheza, nem para a teoria sistêmica, nem para a teoria tridimensional. O mesmo pode-se dizer sobre a complexidade do direito.

#### 4.1.3 Porque o direito é complexo para a Teoria Tridimensional do Direito

Já tratamos da ideia de complexidade no direito para a teoria sistêmica com base na distinção sistema/ambiente<sup>112</sup>. Agora queremos tratar da complexidade tendo como expoente a diferença entre elementos/relação. Isso porque, para Luhmann (2016b, p. 42):

ao tomar como base essa diferença conceitual fundamental (embora sempre relativa ao sistema) entre elemento e relação, percebe-se, então, imediatamente que, com o aumento do número de elementos que têm de ser mantidos juntos num sistema ou para um sistema na qualidade de seu ambiente, depara-se muito rapidamente com um limiar, a partir do qual não é mais possível relacionar cada elemento com qualquer outro.

Com isso, Luhmann quer dizer que, no desenvolvimento dos sistemas, chega-se a um momento em que os elementos não conseguem se relacionar com todos os outros elementos disponíveis. Assim o é porque há uma limitação existente de possibilidades em que cada um dos elementos pode se relacionar, o que exige que haja seleção por parte do sistema, para se saber quais serão os elementos que se relacionarão e como se dará a relação entre eles. Por isso, “complexidade [...] significa pressão seletiva, pressão seletiva significa contingência e contingência significa risco. Todo estado de coisas complexo baseia-se numa seleção das relações entre seus elementos, elementos esses que ele emprega para se constituir e se manter” (LUHMANN, 2016b, p. 43).

Dessa maneira, levando em consideração a distinção elementos/relação, o conceito de complexidade ganha uma nova roupagem. Aqui, Luhmann (2016b, p. 42) diz ser “complexa uma quantidade conexa de elementos, quando, em virtude de restrições imanentes à capacidade de conexão dos elementos, cada elemento não puder mais a qualquer momento ser conectado com qualquer outro elemento” (LUHMANN, 2016b, p. 42). Por isso:

complexidade é um estado de coisas autocondicionante, ou seja: já pelo motivo de que os elementos têm de ser constituídos complexamente, a fim de poderem atuar como unidade para níveis mais elevados de formação sistêmica, a capacidade de conexão dos elementos também é limitada, e, com

<sup>112</sup> Ver na seção 2.2.4, p. 41.

isso, a complexidade se reproduz como realidade dada inevitável em cada nível superior da formação sistêmica (LUHMANN, 2016b, p. 43).

Na teoria tridimensional de Reale, quando falamos de complexidade no direito, somos levados imediatamente a ideia de que todo objeto cultural é um objeto complexo e o direito como objeto cultural também o é. Ocorre que, em uma leitura rápida, complexidade aqui pode parecer estar mais ligada à ideia de simples conjunto entre o “suporte” e o “sentido”. Tal interpretação não nos parece equivocada. No entanto, queremos ressaltar como isso também infere na ideia de complexidade como resultado de um conjunto de possibilidades de relacionamentos entre elementos que supera a capacidade deles se relacionarem entre si. Ou seja, podemos analisar a complexidade dos elementos do direito apontados por Reale também no sentido luhmanniano.

Isso porque, quando vimos o processo de nomogênese jurídica<sup>113</sup> proposto por Miguel Reale, foi explicado que o direito surge através de um processo em que sobre um complexo fático incide um complexo axiológico que, por conseguinte, nos leva a diversas possibilidades normativas, ao passo que isso obriga a se realizar uma seleção para se saber qual enunciado normativo será transformado em norma jurídica, sendo esta seleção feita pelo poder<sup>114</sup>.

Ou seja, a depender de quais fatos sejam relacionados a quais valores, a resultante da proposta normativa será diferente. Isso ocorre porque um complexo fático não pode ser valorado com todos os valores existentes deixando-os na mesma hierarquia. Veremos mais abaixo que quando Reale fala em valores ele, em verdade, se refere a um conjunto de valores hierarquizados que, em razão da sua característica de polaridade externa, faz com que a escolha por um valor influencie na realizabilidade ou não dos demais.

Ora, se há uma quantidade incontável de fatos que podem se relacionar de forma bastante distinta a diversos valores, que não podem sempre serem escolhidos em mesmo grau hierárquico e a depender disso diversas propostas normativas podem surgir<sup>115</sup>, mas elas nem sempre são compatíveis entre si, razão porque não se pode escolher todas<sup>116</sup>, podemos notar

---

<sup>113</sup> Conferir na seção 3.1.2, p. 53.

<sup>114</sup> Em síntese, nas palavras de Reale (1993, p. 307-308): “o mundo jurídico é formado de contínuas ‘intenções de valor’ que incidem sobre uma ‘base de fato’ refrangendo-se em várias proposições ou direções normativas, uma das quais se converte em norma jurídica em virtude da interferência do Poder”.

<sup>115</sup> “Como fato social e histórico, o Direito se apresenta sob múltiplas formas, em função de múltiplos campos de interesse, o que se reflete em distintas e renovadas estruturas normativas” (REALE, 2001, p. 3).

<sup>116</sup> “Verifica-se toda vez que uma norma jurídica surge: pode haver estudo e meditação, maior ou menor possibilidade de escolha, mas, em dado momento, é mister não se protelar a opção. Uma opção se impõe, e toda vez que se escolhe uma via, sacrificam-se todos os demais caminhos possíveis” (REALE, 1992, p. 194).

que o conceito de complexidade da distinção elementos/relação no direito, também está presente na teoria tridimensional do direito<sup>117</sup>.

Em razão disso Reale (1999, p. 467) afirma que “o certo é que a vida jurídica está sempre na dependência de múltiplos fatores sociais, como fenômeno cultural que é, tão complexo e multifário como o homem mesmo”. A vantagem da teoria tridimensional, a nosso ver, no entanto, é que ela nos revela quais são os elementos da comunicação jurídica de forma mais conteudística. Isto é, ela torna mais clara o que se esperar da comunicação jurídica, não só em razão da sua função, mas também do seu conteúdo. Se o direito é um sistema que visa garantir expectativas normativas congruentes e generalizadas, do que trata essas expectativas? Do que elas falam? A teoria tridimensional pode responder: de fatos valorados normativamente de forma bilateral atributiva<sup>118</sup>.

Mas como isso pode ser visto também na teoria sistêmica? É o que vamos buscar mostrar nos tópicos seguintes do presente capítulo. Para isso, iremos trabalhar, de forma separada – apenas para fins didáticos –, de cada um dos elementos do direito: o fato, o valor e as normas, com a finalidade de aclarar um pouco mais o que Reale considera ser cada um destes elementos, a fim de possibilitar um maior rigor conceitual sobre eles. No entanto, cumpre, de logo, esclarecer que “a tríplice perspectiva não deverá jamais partir a unidade essencial da experiência jurídica, na congruência e complementariedade viva de seus elementos” (REALE, 1999, p. 307).

Isso quer dizer que falaremos de cada um dos elementos em apartado, apenas a título de ênfase, já que, para sermos coerentes com a teoria tridimensional do direito, ao falar de fatos no direito, por exemplo, estaremos falando necessariamente dos outros dois elementos e assim por diante, posto que eles se implicam a todo o tempo na realidade jurídica.

#### **4.1.4 Porque ao falar de direito estamos falando também de fatos**

---

<sup>117</sup> Tanto assim é que para Reale (1992, p. 31), estudar o direito é “pesquisar e aferir o direito como experiência jurídica concreta, isto é, como realidade histórico-cultural, enquanto atual e concretamente presente a consciência em geral, tanto em seus aspectos teóricos como práticos, ou, por outras palavras, enquanto constitui o complexo de valorações e comportamentos que os homens realizam em seu viver comum, atribuindo-lhes um significado suscetível de qualificação jurídica no plano teórico, e correlatamente, o valor efetivo das ideias, normas, instituições e providências técnicas vigentes em função daquela tomada de consciência teórica e dos fins humanos a que se destinam” (REALE, 1992, p. 31).

<sup>118</sup> Exemplo disso poderá ser visto na seção 5.1, p. 125 e seguintes. Lá sustentaremos que a ação penal que objetiva processar e julgar crimes de lesões corporais de natureza leve, em casos de violência doméstica, seja de iniciativa pública incondicionada é o conteúdo da expectativa normativa congruente e generalizada que o sistema jurídico brasileiro visa garantir.

Nossa premissa a ser defendida neste tópico é que as comunicações pertencentes às operações do sistema jurídico sempre fazem referência a fatos, e isso o torna elemento da comunicação jurídica. Para nós, tanto a teoria tridimensional, quanto a teoria sistêmica podem sustentar esta premissa.

Para Reale (2001, p. 188) “o direito nasce do fato e ao fato se destina”. Nasce do fato porque sem um acontecimento que chame a atenção, sem que haja um evento no mundo real que possibilite a construção de um suporte de realidade, não há como se formar o direito. “O Direito se origina do fato, porque, sem que haja um acontecimento ou evento, não há base para que se estabeleça um vínculo de significação jurídica” (REALE, 2001, p. 187).

Assim sendo, se duas pessoas jamais tivessem realizado acordos, não haveria porque haver direito regulando contratos e obrigações. Se ninguém tivesse tomado posse de qualquer bem, não haveria direito real. Se nunca alguém tivesse matado outrem, não havia porque criminalizar tal conduta<sup>119</sup>. Nesse mesmo sentido Luhmann (2016a, p. 343) vai dizer que “é o caso que torna visível a norma, esta que antes do caso não existia como estrutura de comunicação social: *ex facto ius oritur* [o direito se origina a partir de um fato]”.

Ocorre que o fato não está somente na origem, no passado, do direito<sup>120</sup>. Ele se encontra no presente como aplicação<sup>121</sup> e também como expectativa de novos fatos no futuro<sup>122</sup>, só que agora já incluso em uma estrutura normativa tornando-o um fato jurídico<sup>123</sup>. Isso porque, para Reale (2001, p.187), “o fato está no início e no fim do processo normativo, como fato-tipo, previsto na regra, e como fato concreto, no momento de sua aplicação”. Por essa razão, ele afirma que “o fato [...] pode ser visto como elemento de mediação entre os dois elementos que compõem a regra de direito: entre a previsão que há nesta de um fato-tipo, e o efeito que ela atribui à ocorrência ou não do fato genericamente previsto” (REALE, 2001, p. 187).

---

<sup>119</sup> “Por isso, onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.” (REALE, 2001, p. 60-61).

<sup>120</sup> “Só podemos dizer que uma regra de direito prevê, *in abstracto*, uma pretensão ou uma atividade, se, em algum momento da vida social, puder ocorrer alguma ação ou pretensão efetivas que representem a atualização da mesma regra *in concreto*” (REALE, 2004, p. 259).

<sup>121</sup> “O fato, em suma, figura, primeiro, como espécie de fato prevista na norma (*Fattispecie, Tatbestand*) e, depois, como efeito juridicamente qualificado, em virtude da correspondência do fato concreto ao fato-tipo genericamente modelado na regra de direito” (REALE, 2001, p. 187).

<sup>122</sup> “O sistema pode oscilar de operação em operação e, portanto, entre a referência externa e a referência interna, sem ter de ultrapassar os próprios limites. Assim, pode-se também dissolver (mas jamais suspender) a simultaneidade inevitável entre mundo e operação por meio de uma esquematização temporal do observar. Fatos passados ou futuros podem receber significados no tempo presente. Desse modo, o sistema ganha em capacidade de sincronização” (LUHMANN, 2016a, p. 124).

<sup>123</sup> “Fato jurídico é todo e qualquer fato, de ordem física ou social, inserido em uma estrutura normativa” (REALE, 2001, p. 187)



No mesmo sentido, Luhmann, ao expor acerca de quais expectativas o direito cuida, fala de expectativas referentes ao comportamento de outros<sup>124</sup>. O que se espera, por exemplo, é que se diminua a inadimplência, que em caso de inadimplência haja uma resposta do juiz<sup>125</sup> no sentido a compelir o devedor ao pagamento, ou ainda que o outro não irá ser inadimplente por esperar que sofrerá uma sanção e por isso evite a inadimplência, etc. Veja, tudo que se espera nos termos do direito, é algo de natureza também fática.

Além disso, outra forma de se identificar o papel essencial dos fatos no direito é o reconhecimento da existência de fatos jurídicos, o que já nos revela, também, sua relação necessária com o elemento normativo do direito. Isso porque, “toda estrutura normativa, enquanto unidade integrante e superadora de uma tensão fático-axiológica, é forjada na experiência e vive em função dela” (REALE, 1992, p. 166). Dessa maneira, “o fato jurídico é todo e qualquer fato que, na vida social, venha a corresponder ao modelo de comportamento ou de organização configurado por uma ou mais normas de direito” (REALE, 2001, p. 188). Ou seja, sem o elemento normativo relacionando-se com o fato, também não há como se falar em direito.

No entanto, há de se ressaltar que a relação entre fato e norma nem sempre vai na mesma direção, sem que isso retire do direito a importância fática do mundo jurídico. Isso porque, por vezes, “as regras jurídicas se contrapõem aos fatos, quando assim o exige o bem comum. Uma das características, aliás, do Direito atual é o seu sentido dinâmico e operacional, interferindo positivamente no processo social” (REALE, 2004, p. 186-187).

Nesta mesma linha de pensamento, Luhmann (2016a, p. 115) aduz que “do simples fato de que se viole a lei não se segue que o direito não seja direito. Precisamente com base nesse fechamento normativo, o direito se abre a inúmeros estados e acontecimentos do ambiente”. Em outras palavras, não é porque os fatos podem não ser conforme ao que preceitua a norma, por exemplo, que ele deixaria de ser elemento do direito. A desobediência é condição de possibilidade do direito, se ninguém pudesse violá-lo não haveria razão de ele existir<sup>126</sup>. Por isso:

no plano das normas éticas, a contradição dos fatos não anula a validade dos preceitos: ao contrário, exatamente porque a normatividade não se compreende sem fins de validade objetiva e estes têm sua fonte na liberdade

---

<sup>124</sup> Ver nota de rodapé 59, p. 44.

<sup>125</sup> “A partir do ângulo do indivíduo isso significa que ele tem que esperar que dele se espera o que os juízes dele esperam; em termos mais aguçados: que ele espera que seu parceiro na interação espera dele o que os juízes – e portanto todos – de ambos esperam” (LUHMANN, 1983a p. 93).

<sup>126</sup> “O direito tutela determinados valores, que reputa positivos, e impede determinados atos, considerados negativos de valores: até certo ponto, poder-se-ia dizer que o direito existe porque há possibilidade de serem violados os valores que a sociedade reconhece como essenciais à convivência” (REALE, 1999, p. 189).

espiritual, os insucessos e as violações das normas conduzem à responsabilidade e à sanção, ou seja, à concreta afirmação da ordenação normativa (REALE, 1999, p. 249).

Dessa maneira, a relação fato/norma já se encontra demonstrada. Resta-nos ainda falar da relação fato/valor que também existe no direito, sendo que a forma mais evidente desse entrosamento talvez possa ser percebida através do estudo dos “atos jurídicos”, que é uma espécie de fato jurídico.

Assim sustentamos porque para Reale (1999, p. 377) “onde quer que exista o Direito, há uma ação positiva ou uma omissão (ação negativa) do homem, algo de redutível ou de relacionável a uma modalidade de ação”. Por consequência, segundo sua teoria, havendo ação do homem há também a presença de valores, pois “toda vez que o homem atua, objetiva ou contraria algo de valioso. Atuar sem motivo é próprio do alienado. Alienado é aquele que está alheio ao seu conduzir-se. É o que perdeu o sentido de sua direção e de sua dignidade” (REALE, 1999, p. 379).

Desse modo, “a ação, em seu sentido rigoroso, ou o ato, é energia dirigida para algo, que é sempre um valor. O valor, portanto, é aquilo a que a ação humana tende, porque se reconhece, em um determinado momento, ser motivo, positivo ou negativo da ação mesma” (REALE, 1999, p. 379). Além disso, “a atuação pressupõe consciência de fins, possibilidade de opção, projeção singular no seio da espécie, aprimoramento de atitudes, aperfeiçoamento nos modos de ser e de agir” (REALE, 1999, p. 378).

Dessa maneira, resta demonstrado que a indicação do fato como elemento do direito pode ser sustentada com base nas duas teorias, bem como sua interrelação com os outros dois elementos. Por isso, podemos passar para a análise da comunicação valorativa como elemento do direito.

#### **4.1.5 Porque ao falar de direito estamos falando também de valores**

Miguel Reale traz para sua teoria do direito uma teoria axiológica cujos valores apresentam um papel protagonista na forma de se entender e analisar o direito e a história<sup>127</sup>.

---

<sup>127</sup> “No seu todo, compõem o que denomino historicismo axiológico, dada a tripla função desempenhada pelo valor na história: a primeira é de caráter *ontológico* ou constitutivo, por ser ele o conteúdo significante dos bens culturais, os quais são somente enquanto valem e valem porque são; a segunda é *gnoseológica*, uma vez que só através dele podemos captar o sentido da experiência cultural; e a terceira é *deontológica*, visto como de cada valor se origina um dever ser suscetível de ser expresso racionalmente como um fim (REALE, 1992, p. 29, desiques do autor).

Para ele, os valores estão presentes em toda ação humana como fruto de seu espírito, da sua capacidade de transcender, de inovar na natureza, enfim, de criar objetos culturais<sup>128</sup>.

Para Reale (1999, p. 205), “só o homem inova e se transcende. É a essa atividade inovadora, capaz de instaurar formas novas de ser e de viver, que chamamos de espírito”. Nesse mesmo sentido, pode-se dizer que “o espírito humano se projeta sobre a natureza, conferindo-lhe dimensão nova. Esta dimensão nova são valores, como a fonte de que promanam” (REALE, 1999, p. 206). Os valores surgem, portanto, como uma dimensão na realidade resultado da liberdade do homem em criar, sendo que, ao criar-se algo, a criação é marcada pelos valores daquele(s) que o criou. Dessa forma, o direito, como é uma criação humana, também é marcado por valores<sup>129</sup>, de maneira que sem a perspectiva elementar valorativa não se pode analisar o direito de forma adequada.

Se por um lado Reale identifica e ressalta, por diversas vezes, o papel dos valores no direito, Luhmann é mais tímido ao tocar no assunto. No entanto, ele reconhece a existência da problemática dos valores no sistema jurídico, por exemplo, quando trata de tal questão frente ao pluralismo na constituição alemã:

Isso significa, antes de tudo, que a constituição aceita diferentes concepções de mundo no terreno da política e, na condição de texto exclusivo do direito, não se inclina por nenhuma delas. Ademais, encontra-se no texto da Constituição uma pluralidade de diferentes valores e nenhuma regra consistente para dirimir seus conflitos. Pensa-se, por exemplo, em liberdade e igualdade. Podemos depreender, então, que a constituição requer um sistema de funcionamento jurídico para o tratamento de tais conflitos, e assim faz referência ao interior do sistema do direito, e não a seu exterior. Desse modo, ela indiretamente confirma (e, na prática, inevitavelmente o faz) que o direito, em tudo o que profere, remete-se a si mesmo, e que todas as referências a valores, seja valores habitualmente em vigor na sociedade, seja valores “mais elevados”, só têm serventia para formar um campo de decisão. Elas partem do direito e ao direito retornam (LUHMANN, 2016a, p. 129-130).

Em outra passagem, ele identifica o uso dos valores nas comunicações jurídicas das decisões quando diz que “a jurisprudência, à qual essa tarefa é essencialmente deixada, auxilia-se com citações de valores, princípios jurídicos ou interesses dignos de proteção e que se

---

<sup>128</sup> “O ponto de partida não é, como se vê, uma hipótese artificial, mas a verificação irrecusável de que o homem adicionou e continua adicionando algo ao meramente dado. A natureza de hoje não é a mesma de um, dois, ou três mil anos atrás, porque o mundo circundante foi adaptado à feição do homem. O homem, servindo-se das leis naturais, que são instrumentos ideais, erigiu um segundo mundo sobre o mundo dado: é o mundo histórico, o mundo cultural, só possível por ser o homem um ser espiritual, isto é, um ente livre dotado de poder de síntese, que lhe permite compor formas novas e estruturas inéditas, reunindo em unidades de sentido, sempre renovadas e nunca exauríveis, os elementos particulares e dispersos da experiência” (REALE, 1999, p. 205).

<sup>129</sup> “O direito é, com efeito, ‘uma realidade histórico-cultural tridimensional de natureza bilateral-atributiva’, ou seja, uma realidade espiritual (não natural, nem puramente psíquica, ou técnico-normativa, etc.) na qual e pela qual se concretizam historicamente certos valores, de sorte que as relações intersubjetivas são sempre ordenadas segundo sistemas de regras que representam ‘sínteses históricas de fatos e de valores’” (REALE, 1992, p. 53).

contrapõem, justificando assim uma exceção das regras da liberdade e da igualdade” (LUHMANN, 1985, p. 150).

Além disso ele concorda que, assim como na política, no direito há sempre conflitos de valores a serem resolvidos ao aduzir que:

os programas dos partidos encontram-se, ainda que de modo apenas superficial, sintonizados com a oposição, e é precisamente essa diferenciação de sistema que evidencia o problema que daí resulta, uma vez que no sistema do direito, assim como no sistema político, a todo tempo é preciso decidir sobre conflitos de valores (LUHMANN, 2016a, p. 130-131).

No entanto, talvez isso ainda diga pouco, pois reconhecer o problema dos valores e seu trato no direito não faz com que ele possa ser elevado à categoria de elemento do sistema. Porém, podemos perceber que ao tratar do código binário e da formulação de programas no Direito, Luhmann está, no fundo, tentando lidar com a questão inescapável dos valores no sistema jurídico.

No entanto, para que assim possamos defender é preciso primeiro verticalizar um pouco mais, dentro das nossas possibilidades, o que são valores na teoria realeana, para em seguida, tratar do porquê de tais temas recorrentes na teoria sistêmica (código binário e programação) serem consequência da necessidade de se reconhecer o aspecto axiológico no direito.

#### *4.1.5.1 As características dos valores para Miguel Reale*

É bem verdade que gostaríamos de começar esse tópico apresentando o que é o valor para Reale; no entanto, embora tal empreitada fosse o ideal em termos didáticos, isso não é possível. Como bem alerta Reale (1999, p. 187-188), em seu livro “Filosofia do Direito”:

Deveríamos, à primeira vista, ter começado por uma definição do que seja valor. Na realidade, porém, há impossibilidade de defini-lo segundo as exigências lógico-formais de gênero próximo e de diferença específica. Nesse sentido, legítimo que fosse o propósito de uma definição rigorosa, diríamos com Lotze que do valor se pode dizer apenas que vale. O seu ‘ser’ é o ‘valer’. Da mesma forma que dizemos que ‘ser é o que é’, temos que dizer que o ‘valor é o que vale’. Por que isto? Porque ser e valer são duas categorias fundamentais, duas posições primordiais do espírito perante a realidade. Ou vemos as coisas enquanto elas são, ou as vemos enquanto valem; e, porque valem, devem ser.

Dessa maneira, a possibilidade de conceituar o que é valor fica parcialmente prejudicada, uma vez que não sendo do mundo das coisas que “são”, torna-se difícil afirmar aquilo que o valor “é”. No entanto, a dimensão valorativa pode ser descrita como sendo um modo que o homem tem de enxergar, avaliar e entender o mundo. Como já havíamos citado mais acima, “ser e dever ser são como que olho esquerdo e olho direito que, em conjunto, nos

permitem ‘ver’ a realidade, discriminando-a em suas regiões e estruturas, explicáveis segundo dois princípios fundamentais, que são o de causalidade e o de finalidade” (REALE, 1999, p. 188).

Assim sendo, embora não se possa com precisão dizer o que *são* os valores, podemos descrever algumas características observáveis desse aspecto da realidade. A primeira característica dos valores é que eles possuem uma bipolaridade interna. Isso quer dizer que o sentido de um valor necessariamente aponta para seu oposto, “porque a um valor se contrapõe um desvalor; ao bom se contrapõe o mau; ao belo, o feio; ao nobre, o vil; e o sentido de um exige o do outro. Valores positivos e negativos se conflitam e se implicam em processo dialético” (REALE, 1999, p. 189).

Isso reflete diretamente no funcionamento do direito, posto que nele “há o ‘direito’ e o ‘torto’, o ‘lícito’ e o ‘ilícito’” (REALE, 1999, p. 189) e eles se conectam e dinamizam o direito. Por isso o direito pode ser entendido como uma tentativa de resguardar valores que, naquele momento histórico<sup>130</sup>, são vistos como positivos e tenta evitar a escolha dos valores que reputa serem negativos, sendo que, por serem históricos, podem sempre mudar, tornando essa disputa algo que anima o direito (REALE, 1999, p. 189).

Se internamente podemos falar de bipolaridade, externamente os valores são polares, ou seja, eles influenciam na realizabilidade dos outros valores. Assim “nenhum deles se realiza sem influir, direta ou indiretamente, na realização dos demais” (REALE, 1999, p. 189). Ou seja, ao escolher um lado de um valor (belo/feio, seguro/inseguro, bom/ruim, prazer/dor, útil/inútil, tranquilidade/desassossego), isso influencia diretamente na realização de outro valor. Por vezes o mais belo é o inútil, o prazeroso é o inseguro, o bom é o desassossego, o corajoso é o imprudente e assim por diante<sup>131</sup>. “Quantas e quantas vezes, o valor de um ato não resulta do sacrifício de um desejo, da renúncia a um prazer?” (REALE, 1999, p. 197). Isso acontece porque “o mundo da cultura é sempre um mundo *solidário*, no sentido da interdependência necessária de seus fatores, mas não no sentido da coexistência pacífica dos interesses, que é um ideal a ser atingido” (REALE, 1999, p. 190, destaque do autor).

Ocorre que “o valor implica sempre uma tomada de posição do homem e, por conseguinte, a existência de um sentido, de uma referibilidade” (REALE, 1999, p. 190). Isso acontece porque “só o homem é capaz de valores, e somente em razão do homem a realidade

---

<sup>130</sup> “Toda sociedade obedece a uma tábua de valores, de maneira que a fisionomia de uma época depende da forma como seus valores se distribuem ou se ordenam” (REALE, 1999, p. 191).

<sup>131</sup> Aqui citamos como dois valores se implicam, mas, em verdade, o que se destaca é que todos eles estão conectados e se tornam mais ou menos relevantes a depender da tábua de valores de cada um.

axiológica é possível” (REALE, 1999, p. 190-191). Ou seja, todo juízo de valor tem que levar em consideração que aquilo que é julgado, assim o é para alguém e em razão de algo. Em outras palavras, a referibilidade dos valores implica em dizer que “tudo aquilo que vale, vale para algo ou vale no sentido de algo e para alguém” (REALE, 1999, p. 190).

Por isso se duas pessoas estiverem conversando e uma disser para outra que “sorvete de flocos é saboroso” e a outra responder que “sorvete de flocos é ruim”, pela característica da referibilidade podemos afirmar que elas não estão discordando uma da outra. Isso porque, o que a primeira, verdadeiramente, disse foi que *para ela* [1ª] o sorvete de flocos é saboroso. E, conseqüentemente, o que a segunda pessoa, precisamente, disse foi que *para ela* [2ª] o sorvete de flocos é ruim. Assim, possuindo cada juízo uma pessoa diferente, não há desencontro entre as duas afirmações. Em verdade, para que houvesse dissenso, precisaria a primeira dizer, por exemplo, que a segunda acha bom o sorvete de flocos, mas isso seria mais difícil de se sustentar já que cada um carrega em si sua própria tábua de valores, que só são acessíveis aos outros, por meio de comunicação. Nesse sentido, portanto, pode-se afirmar que nada é bom ou ruim em si mesmo. Tudo somente o é razão de alguém<sup>132</sup> para alguma coisa.

Além de ser uma dimensão que exige referibilidade, “os valores são entidades vetoriais, porque apontam sempre para um sentido, possuem direção para um determinado ponto reconhecível como fim” (REALE, 1999, p. 190). “O fim não é senão um valor enquanto racionalmente reconhecido como motivo de conduta” (REALE, 1999, p. 191). Nesse sentido Reale (2001, p. 24) vai dizer que:

não vivemos no mundo de maneira indiferente, sem rumos ou sem fins. Ao contrário, a vida humana é sempre uma procura de valores. Viver é indiscutivelmente optar diariamente, permanentemente, entre dois ou mais valores. A existência é uma constante tomada de posição segundo valores. Se suprimirmos a idéia de valor, perderemos a substância da própria existência humana. Viver é, por conseguinte, uma realização de fins. O mais humilde dos homens tem objetivos a atingir, e os realiza, muitas vezes, sem ter plena consciência de que há algo condicionando os seus atos.

Outra característica dos valores é que eles não podem ser numerados, quantificados ou medidos<sup>133</sup>, “pois os valores como tais são imensuráveis, insuscetíveis de serem comparados segundo uma unidade ou denominador comum” (REALE, 1999, p. 187). No entanto, pode-se preferir, hierarquizar valores. “Toda sociedade obedece a uma tábua de valores, de maneira que a fisionomia de uma época depende da forma como seus valores se distribuem ou se ordenam”

<sup>132</sup> Em vista disso, Reale (1999, p. 190) destaca: “só as pessoas, afirma Scheler, podem ser (originariamente) boas ou más; e tudo o mais é bom e mau unicamente em relação com as pessoas”.

<sup>133</sup> “A ideia de numeração ou quantificação é completamente estranha ao elemento valorativo ou axiológico. Não se trata, pois, de mera falta de temporalidade e de espacialidade, mas, ao contrário, de uma impossibilidade absoluta de mensuração. Não se numera, não se quantifica o valioso” (REALE, 1999, p. 187).

(REALE, 1999, p. 191). Como cada valor influencia na realização de outro, é preciso que na hora da escolha se hierarquizem valores. É preciso que, em determinada situação, se escolha o valor da saúde em detrimento do descanso – por exemplo, ir fazer uma caminhada em prol da saúde, mesmo querendo ficar na cama; ou, ainda, escolher prender alguém (diminuir sua liberdade) em nome da segurança.

Acontece que para Reale (1999, p. 208) “os valores não possuem uma existência em si, ontológica, mas se manifestam nas coisas valiosas. Trata-se de algo que se revela na experiência humana, através da História”. Isso nos revela outras características dos valores: sua objetividade, realizabilidade e sua historicidade. Assim o é, pois:

os valores não são uma realidade ideal que o homem contempla como se fosse um modelo definitivo, ou que só possa realizar de maneira indireta, como quem faz uma cópia. Os valores são, ao contrário, algo que o homem realiza em sua própria experiência e que vai assumindo expressões diversas e exemplares, através do tempo (REALE, 1999, p. 208).

Por isso, há a necessidade de posicionar o valor em sua historicidade, pois, “o problema do valor não pode ser posto nem proposto fora da História, pois a consciência intencional culmina sempre numa projeção ou objetivização histórica” (REALE, 1991, p. 140). Por isso, “é possível haver uma ordenação do valioso, não de forma absoluta, mas nos ciclos culturais que representam a história humana, sendo certo, outrossim, que existe algo de constante” (REALE, 1999, p. 191). Esse algo constante é o que Reale (1991) chama de invariante axiológicas, valores que uma vez reconhecidos permanecem “atuando universalmente ‘como se’ fossem inatos” (REALE, 1999, p. 214). Nesse sentido, “representam as colunas da tradição, compreendida como memória da história e, tanto quanto esta, aberta a novas conquistas de bens a serem memorizados e conservados” (REALE, 2000, p. 115).

Além disso, dizer que o valor não tem existência em si mesma, mas que se manifestam nas coisas valiosas, significa também que os valores, para assim serem considerados, precisam ser objetivados no mundo da vida. Ou seja, os valores se revelam por meio das escolhas objetivadas que se convertam em ação. Isto é, os valores se realizam, pois, “um ‘valor’ que jamais se convertesse em momento da realidade, seria algo de abstrato ou de quimérico” (REALE, 1999, p. 207).

No entanto, o valor jamais vai poder se realizar por completo<sup>134</sup>. “Um valor que se realizasse integralmente, converter-se-ia em ‘dado’, perderia a sua essência que é a de superar

---

<sup>134</sup> “O valor contrapõe-se ao já dado, ou seja, ao que se apresenta como mero fato aqui e agora, como algo já realizado: o valor, em suma, contrapõe-se ao fato, não se reduz jamais ao fato. Ao mesmo tempo, porém, todo valor pressupõe um fato como condição de sua realizabilidade, embora sempre o transcenda” (REALE, 1999, p. 190).

sempre a realidade graças à qual se revela e na qual jamais se esgota” (REALE, 1999, p. 207). Isso acontece porque o homem, ainda que seja um ser histórico, não se esgota em seu passado, ele é história feita e história a se fazer, por isso Reale (1994a, p. 137) afirma que:

de certo ponto de vista, o homem é a sua história, concordo, mas não seria compreender integralmente o homem, compreendê-lo espelhado unicamente no processo histórico-cultural, pois o homem é, também, a história por fazer-se. É próprio do homem, da estrutura mesma de seu ser, essa ambivalência e polaridade de "ser passado" e "ser futuro", de ser mais do que a sua própria história. E note-se que o futuro não se atualiza como pensamento, para inserir-se no homem como ato – caso em que deixaria de ser futuro –, mas revela-se em nosso ser como possibilidade, tensão, abertura para o projetar-se intencional de nossa consciência, em uma gama constitutiva de valores.

Por isso que quando falamos em objetividade dos valores, esta é sempre relativa, “porque, por mais que o homem atinja resultados e realize obras de ciência ou de arte, de bem e de beleza, jamais tais obras chegarão a exaurir a possibilidade dos valores, que representam sempre uma abertura para novas determinações do gênio inventivo e criador” (REALE, 1999, p. 208).

À vista disso, valores são sempre inexauríveis. Há sempre justiça a se fazer, beleza a se revelar, bondade a se praticar, conhecimento a adquirir e assim por diante. “Nenhuma expressão de beleza é toda a beleza. Uma estátua ou um quadro, por mais belos que sejam, não exaurem as infinitas possibilidades do belo. Assim, no mundo jurídico, nenhuma sentença é a Justiça, mas um momento de Justiça” (REALE, 1999, p. 571).

Diante disso, Reale (1999, p. 199) argumenta que “a atitude do jurista implica uma tomada de posição perante os fatos, perante aquilo que na conduta humana se refere a valores. Daí a importância básica que o estudo da Axiologia tem para a Ciência Jurídica” (REALE, 1999, p. 199). Essa importância é tamanha, que, para ele, “o Direito só compreende o ser referido ao dever ser” (REALE, 1999, p. 193) e só se compreende o “dever ser” através dos valores<sup>135</sup>, pois “o juízo de dever ser aponta para um valor, destina-se a promover a tutela de algo valioso, de ordem moral, econômica, estética, etc.” (REALE, 1999, p. 226). Por tudo isso Reale (2001, p. 352) argumenta que:

utilidade, tranquilidade, saúde, conforto, intimidade e infinitos outros valores fundam as normas jurídicas. Estas normas, por sua vez, pressupõem outros valores como o da liberdade (sem o qual não haveria possibilidade de se escolher entre valores, nem a de se atualizar uma valoração *in concreto*) ou os

---

<sup>135</sup> “Os valores representam, por conseguinte, o mundo do dever ser, das normas ideais segundo as quais se realiza a existência humana, refletindo-se em atos e obras, em formas de comportamento e em realizações de civilização e de cultura, ou seja, em bens que representam o objeto das ciências culturais” (REALE, 1999, p. 191)



da igualdade, da ordem e da segurança, sem os quais a liberdade redundaria em arbítrio.

Assim, sabedores das características que possuem os valores para Reale, podemos nos debruçar ao problema dos valores na teoria luhmanniana.

#### 4.1.5.2 Os valores na Teoria Sistêmica de Luhmann: o código do direito e seus programas

Assim como Reale não tem uma teoria forte acerca da sociedade, Luhmann não tem uma teoria mais robusta acerca da função dos valores no direito. No entanto, se Reale estiver certo, e neste ponto acreditamos que está, ao afirmar que “o Direito é sempre fato, valor e norma, para quem quer que o estude, havendo apenas variação no ângulo ou prisma de pesquisa” (REALE, 1994a, p. 121), então Luhmann também teria que trabalhar com valores ao descrever o direito. E mais, teria que ser em algo relevante, posto que, caso contrário, não poderíamos sustentar a sua natureza *elemental* para o direito; teria que ser algo que sem o qual não haveria de se falar em sistema jurídico nos termos luhmanniano, portanto, que seja essencial em sua descrição.

Com isso, nossa hipótese, como já havíamos adiantado supra, é que Luhmann busca resolver a questão dos valores através do conceito de código binário e da diferença código/programas. Para os nossos propósitos de análise do direito, vamos utilizar o código lícito/ilícito e os programas do sistema jurídico.

A premissa a ser defendida aqui é que a estrutura do código lícito/ilícito corresponde às características que Reale oferece acerca dos valores. Veja-se: a) o sentido de um lado do código lícito/ilícito necessariamente implica no sentido de seu oposto (bipolaridade); b) o modo como o lícito/ilícito é realizado influencia na realizabilidade de outros valores (polaridade); c) tudo que tem valor de lícito ou ilícito, assim vale para algo ou vale no sentido de algo para alguém (referibilidade); d) licitude aponta como vetor a ser seguido, como forma de proteger determinadas expectativas (vetorial); e) o valor lícito/ilícito é imensurável, não se pode sustentar que algo é duas, três ou quarenta vezes mais lícito do que outro algo ou que três atos de licitude é dez vezes um de beleza (e porque não seria oito, por exemplo?) (incomensurabilidade); f) no entanto, posso preferir esse valor em detrimento de outros, o valor lícito deve ser preferível no sistema jurídico a outros valores como ter/não-ter, por exemplo (hierarquização); g) o código não possui existência em si mesmo, é preciso que se revele em outros objetos (impossibilidade ontológica); h) o que é lícito/ilícito se revela na história (historicidade); i) eles podem ser realizados na conduta humana (realizabilidade); j) essa

realização se revela no mundo da vida (objetividade); l) mas sempre feita de forma relativa, pois nenhuma conduta por mais lícita ou ilícita que seja, jamais irá comportar toda a licitude ou ilicitude e há sempre (i)licitude possível de ser feita (inexauribilidade).

Quanto à bipolaridade, podemos sustentar que sempre um lado do código implica no sentido do outro, de maneira que o que se conhece como lícito, não pode ser conhecido sem referência a seu oposto<sup>136</sup>, tal como preceitua Reale ao falar da bipolaridade dos valores. Em vista disso, Luhmann (2016a, p. 231-233) vai dizer que:

quando reconhece o ilegal, o sistema não pode simplesmente deixar esse ilegal ao arbítrio de suas próprias mãos, tendo de encontrar possibilidades de tratar esse ilegal nos termos da legalidade. Em outras palavras, o ilegal é um sinal desencadeante indispensável para operações jurídicas. Não apenas o valor do legal, mas também o valor do ilegal tem de poder ser conceituado como realização do código geral no âmbito codificado, como valor contrário ao valor contrário.

Outrossim, essa bipolaridade traz consequências paradoxais para o sistema. Por isso Luhmann (2016a, p. 242-243, destaques do autor) diz que “o código ‘desdobra’ o paradoxo que consiste em que a unidade do sistema esteja conformada por dois valores incompatíveis, isto é, que a distinção tenha *dois* lados que, vistos temporalmente, são relevantes *ao mesmo tempo*, mas não podem ser utilizados *ao mesmo tempo*”.

Ocorre que “a artificialidade da codificação binária do direito tem de ser paga na moeda corrente do ‘como seria se’ e tem de ser reintroduzida no sistema sob essa forma de cálculo hipotético. Eis uma forma de gerenciamento do paradoxo: a codificação binária necessita de mais do que dois valores” (LUHMANN, 2016a, p. 512-513). Essa necessidade de mais valores nos leva ao que Reale chama de polaridade.

A polaridade do código é revelada, a nosso ver, porque “o código não permite que o sistema se feche, mas somente que se conecte. É bem por isso que obrigatoriamente fica aberta a questão sobre como os valores são distribuídos em lícito e ilícito e sobre o que, nessa perspectiva, vem a ser correto ou incorreto” (LUHMANN, 2016a, p. 125). É nesse aspecto que Luhmann irá reconhecer a necessidade de a programação trazer para o direito, valores que não são os próprios do código das operações jurídicas<sup>137</sup>. Isso porque “o sistema do direito armazena uma semântica de programas a que se recorre quando demanda critérios para atribuir valores jurídicos” (LUHMANN, 2016a, p. 358). Por esse motivo, Luhmann (2016a, p. 242) afirma que:

<sup>136</sup> “O fechamento do código se dá mediante a facilitação da passagem de um valor para o outro, do ‘transpor’ (*crossing*) dos limites. Nesse caso, a legalidade teria mais a ver com a ilegalidade do que com, por exemplo, o amor” (LUHMANN, 2016a, p. 243).

<sup>137</sup> “A diferença entre codificação e programação permite tautologizar o próprio código, tratá-lo como relação de mudança de valores e, não obstante, abastecer o sistema com a capacidade para tomar decisões” (LUHMANN, 2016a, p. 271).

isso corresponde à diferenciação entre codificação e programação, mediante a qual podem se fazer valer, no nível do programa, aqueles “outros valores”, excluídos no nível do código; porém, isso somente acontece com a condição de que sejam usados exclusivamente para determinar uma decisão entre legal e ilegal. A unidade de um código expressa-se no fato de que não pode haver uma decisão sobre um valor sem se levar em conta o outro. Isso solapa, como se poderia dizer, uma consciência jurídica imediata.

Isso também acontece porque “do ponto de vista formal, a codificação binária não significa, de forma alguma, a exclusão de considerações externas. A estrutura binária dos valores do código é colocada ortogonalmente, em relação à distinção autorreferência/heterorreferência” (LUHMANN, 2006, p. 444, tradução nossa). Dessa maneira, “enquanto os sistemas [...] se determinam por seus valores próprios, no nível dos programas há uma maior capacidade de adaptação. Teorias e leis ou contratos, programas de investimentos ou de consumo e agendas políticas são mais ou menos sensíveis ao ambiente social” (LUHMANN, 2006, p. 446, tradução nossa). Essa sensibilidade somente é possível graças à possibilidade de referibilidade e polaridade a valores externos.

Em razão disso, “a conservação e mudança condicionam-se reciprocamente, da mesma forma que valores se condicionam reciprocamente, já que a valoração de um valor não pode ocorrer independentemente do grau de realização de outros valores” (LUHMANN, 1985, p. 124). É por isso que, em decorrência da polaridade, o código exige referibilidade. Tudo que tem valor de lícito ou ilícito, somente assim é em referência a algum programa, que está presente em determinado sistema. “O código do sistema jurídico possui características que impedem ao sistema jurídico orientar-se exclusivamente pelo seu código próprio” (LUHMANN, 2016a, p. 249), por isso ele precisa se referir a algo e esse algo, na teoria sistêmica, é possibilitado por sua programação.

Além disso, na teoria dos sistemas de Luhmann (2013, p. 99) sempre se deve levar em consideração que em toda observação há sempre um observador<sup>138</sup>, sendo que “um observador pode ser capaz de estabelecer correlações entre sistema e ambiente e tais correlações dependem, exclusivamente, então, da posição do observador” (LUHMANN, 1996, p. 100, tradução nossa). Por isso “a questão de quem é quem afirma algo, introduz um elemento de relativização total das afirmações ontológicas porque é preciso fazer referência ao sistema que faz afirmações sobre o mundo” (LUHMANN, 1996, p. 112, tradução nossa). Dessa maneira “se alguém introduz um observador, então nada pode ser dito que seja independente do observador”

---

<sup>138</sup> O conceito luhmanniano de observador se dá através da distinção observação/observador, como falamos na introdução deste trabalho. Para ele, “a observação é vista como uma operação e o observador como um sistema que se forma sempre que tais operações não são apenas eventos individuais, mas se tornam ligadas como parte de uma sequência que pode ser distinguida do ambiente” (LUHMANN, 2013, p. 101, tradução nossa).

(LUHMANN, 2013, p. 100, tradução nossa). Por isso, podemos afirmar que tudo que vale como lícito ou ilícito, assim o é para algo ou vale no sentido de algo e sempre para alguém, tal como preceitua a característica da referibilidade dos valores de Reale.

Os valores para Luhmann também podem ser vistos como expressões vetoriais. Por isso, ele afirma que:

valores são pontos de vista gerais, particularmente simbolizados da preferência de estados ou de ocorrências. O agir também pode ser avaliado nesse sentido – por exemplo, como fomentando a paz, como justo, como poluidor do ambiente, como expressão de solidariedade, como prontidão para a ajuda, como ódio racial etc. (LUHMANN, 2016b, p. 361).

Nesse sentido, o código binário também aponta vetorialmente<sup>139</sup> para a licitude como valor positivo do sistema e busca rejeitar as condutas que violem as expectativas normativas congruentes e generalizadas. O sistema busca manter as expectativas normativas mesmo quando estas são frustradas. Tanto assim é que a norma irá conceder consequências jurídicas negativas para aqueles que estão em desconformidade com o direito e consequências positivas para os que estão em conformidade<sup>140</sup>. Por isso, “quando expectativas juridicamente normatizadas são contrariadas, o juiz deve resguardar a expectativa, e não adaptá-la aos fatos” (LUHMANN, 1985, p. 38).

Além disso, como já falamos acima, o código lícito/ilícito não pode ser medido em uma unidade que possibilite comparações, posto que todo valor é imensurável, mas é possível hierarquizá-lo. Sobre a hierarquização dos valores, Luhmann (2016b, p. 361) afirma:

Caso se quisesse conquistar a partir de valorações informações sobre um agir correto, precisar-se-ia pressupor uma ordem hierárquica lógica, por exemplo, a transitividade da relação de uma multiplicidade de valores – mais ou menos no sentido de que a conservação da liberdade é mais importante do que a experiência da paz, de que a paz é mais importante do que a cultura, de que a cultura é mais importante do que o lucro – e de que, então, não vale dizer, por exemplo: o lucro mais importante do que a liberdade.

Em verdade, acreditamos que para Luhmann uma das características mais importantes para qualificar o sistema como jurídico e autopoietico é a sua capacidade de hierarquizar os valores do lícito/ilícito em posição privilegiada em relação aos demais. Isso porque, “o valor positivo atua como uma preferência, ou seja, como um símbolo da capacidade de vincular e, ao

<sup>139</sup> Sobre esta questão da característica vetorial do direito advém o problema da finalidade no direito. No entanto, sobre isto, em especial, ainda trataremos de forma mais aprofundada abaixo (seção 4.1.6.1, p. 107), porém, nos parece claro que os códigos e programas apontam para algo que deve e pode ser esperado ainda que diante da contingência do futuro.

<sup>140</sup> “Graças ao código binário, existe um valor positivo, a que chamamos legal, e um valor negativo, a que chamamos ilegal. O valor positivo é empregado quando o fato se mostra concorde com as normas do sistema. O valor negativo é empregado quando um fato viola as normas do sistema” (LUHMANN, 2016a, p. 236-237).

mesmo tempo, funciona como legitimação do uso do próprio código” (LUHMANN, 2006, p. 284, tradução nossa). Nesse sentido, ele afirma que:

a segurança do direito deve consistir, em primeiro lugar e antes de tudo, na segurança de que as circunstâncias, quando assim se desejar, sejam tratadas exclusivamente de acordo com o código do direito, e não de acordo com o código do poder ou de qualquer outro interesse não contemplado pelo direito (LUHMANN, 2016a, p. 258).

Por isso, quando o sistema jurídico deixa de operar de acordo com seu próprio código, ou seja, coloca o lícito/ilícito em posição hierárquica inferior, ele entra em um estado de corrupção sistêmica. À vista disso, Luhmann (2016a, p. 109) alerta que:

um sistema jurídico que é frequentemente exposto a tal interferência num amplo espectro de questões – e quem há de negar que isso acontece? – opera num estado de corrupção. Por meio de suas normas, o sistema reconhece não ser capaz de resistir à pressão da política. Ele se mantém simulando legalidade; não renuncia a normas, mas mediatiza o código lícito/ilícito antepondo uma distinção por meio de um valor de rejeição.

Para Marcelo Neves (1994)<sup>141</sup>, por exemplo, isso pode acarretar ao que ele chama de alopoiese<sup>142</sup>, “isso significa a sobreposição de outros códigos de comunicação, especialmente do econômico (ter/não-ter) e do político (poder/não-poder), sobre o código ‘lícito/ilícito’, em detrimento da eficiência, funcionalidade e mesmo racionalidade do Direito” (NEVES, 1994, p. 128). Para ele, quando tal situação acontece temos um problema porque:

a alopoiese afeta a auto-referência de base (elementar), a reflexividade e a reflexão como momentos constitutivos da reprodução operacionalmente fechada do sistema jurídico. Atinge também a heterorreferência, ou seja, a função e prestações do Direito. Conforme o modelo de Teubner, a alopoiese implica, em primeiro lugar, a não constituição ou o bloqueio generalizado do entrelaçamento hipercíclico dos componentes sistêmicos (ato, norma, procedimento e dogmática jurídicos). Mas pode significar algo mais: a não constituição auto-referencial de cada espécie de componentes sistêmicos. Nesse caso, as fronteiras entre sistema jurídico e meio ambiente social não só se enfraquecem, elas desaparecem (NEVES, 1994, p. 129).

Outra característica dos valores apontada por Reale é que eles não possuem existência em si mesmos, mas se revelam nas coisas valiosas. O mesmo diz Luhmann acerca do código porque para ele “tomados por si, isoladamente, os códigos não podem existir. Quando uma operação é submetida a um código e, portanto, se subordina a um sistema, inevitavelmente surge a pergunta sobre a qual dos valores deve ser atribuída” (LUHMANN, 2016a, p. 253).

<sup>141</sup> Luhmann (2016a, p. 642) inclusive cita o trabalho de Marcelo Neves e afirma que “o uso exclusivamente simbólico das Constituições serve à política para que se proceda como se o direito a limitasse e irritasse, e para abandonar as verdadeiras relações de poder à comunicação dos *insiders*”.

<sup>142</sup> “Derivado etimologicamente do grego *aló* (‘um outro’, diferente) + *poiesis* (produção, criação), a palavra designa a (re)produção do sistema por critérios, programas e códigos do seu meio ambiente. O respectivo sistema é determinado, então, por injunções diretas do mundo exterior, perdendo em significado a própria diferença entre sistema e meio ambiente” (NEVES, 1994, p. 125).

Isso é condizente, inclusive, com o que Luhmann fala em relação à dificuldade que as expectativas normativas comportamentais do tipo valor têm em serem utilizadas diretamente no direito. Ele diz, por exemplo, que:

[...] os valores, em si mesmos, não poderão justificar qualquer ação correspondente nem merecerem uma consideração incondicional em qualquer programa. Sua urgência sempre depende do grau em que outros valores também estejam sendo afetados, e do próprio grau do seu cumprimento. É exatamente por isso que são necessários os programas concretamente estruturados, que tornam a ação correta expectável e optável (LUHMANN, 1983a, p. 104).

Por isso, os valores, no direito, precisam ser institucionalizados, Reale diria passar por um processo seletivo através do poder. Porque é através do processo de institucionalização que os valores podem condicionar os programas, generalizando expectativas, e estes condicionam a realização dos valores. É dessa maneira que:

os diferentes planos do sentido têm que ser vistos como um todo e a partir do princípio de sua inter-relação. Eles se pressupõem e condicionam mutuamente. Nesse sentido, por exemplo, a institucionalização de valores é condição prévia para o desenvolvimento e para a interpretação de programas. Mas também no sentido oposto existe uma relação de dependência: valores só podem ser institucionalizados se existirem programas que intermedeiem a realização dos valores e assegurem que, em outros momentos, os demais valores eventualmente postergados tenham a sua vez (LUHMANN, 1983a, p. 104-105).

Com isso já podemos perceber que, em Luhmann, valores também se relacionam com as normas jurídicas (programas) e também em sua teoria valores e normas se inter-relacionam e implicam entre si, uma vez que os valores necessitam se realizar em algo, por não ter em si possibilidade ontológica, e esse algo no direito, também, se dá através de sua programação. É por tudo isso que Luhmann conclui que:

o direito adquire seu centro de gravidade em papéis específicos e programas específicos para o processo decisório jurídico. A diferenciação de papéis jurídicos, que trabalham segundo programas decisórios próprios, deve ser uma das condições históricas para uma mais forte separação dos diferentes planos das expectativas. Isso não significa que as pessoas e os valores perdem seu significado para o direito, mas sim que a identificação e a mutabilidade das complexões de expectativas no direito não mais estão vinculadas à unidade de uma pessoa ou à justificativa através de um valor. Separação não quer dizer isolamento, mas apenas invariância relativa e variabilidade independente (LUHMANN, 1983a, p. 108).

Prosseguindo em nossa empreitada, vimos, também, que para Reale valores se realizam na história, através de uma objetivização relativa. A historicidade está presente em termos estruturais na teoria luhmanniana: “Em todos os sistemas pessoais e sociais, a história do

sistema atua de certa forma como estrutura, ou seja, como premissa da elaboração da experiência” (LUHMANN, 1985, p. 140). Por isso, para Luhmann (2016a, p. 66):

sistemas autopoieticos são sempre sistemas históricos, que partem do estado imediatamente anterior que eles próprios criaram. Fazem tudo o que fazem pela primeira e pela última vez. Toda repetição é uma questão de fixação de estruturas artificiais. E são históricos também no sentido de que devem suas estruturas à sequência de suas operações, razão pela qual evoluem no sentido da bifurcação e da diversificação.

Assim como em Reale, para Luhmann, a hierarquia de valores se modifica no decorrer da história, ou seja, o que é atribuído à licitude ou ilicitude vai variar na história<sup>143</sup>, através da variabilidade de seu programa<sup>144</sup>. Assim é, pois, “a variabilidade dos programas, ou seja, a positividade do direito, facilita concomitantemente o tratamento oportunístico dos valores: no lugar de decisões que estabelecem primados absolutos, surgem decisões fixando prioridades momentâneas” (LUHMANN, 1985, p. 49-50). Com isso, “toda atribuição de valores é, portanto, um resultado contingente de operações contingentes, e por isso tem de se apresentar como uma decisão que em princípio também poderia se dar de outra maneira, tendo sido essa alternativa levada em consideração” (LUHMANN, 2016a, p. 243).

Isso permite que nesses casos “não se questiona a validade dos valores preteridos; eles podem aguardar e desenvolver-se até que necessidades represadas tomem a sua imposição urgente” (LUHMANN, 1985, p. 49-50). Nesse sentido:

a perspectiva histórica e a da comparação cultural se deparam com a ampla variedade e multiplicidade de formas que o direito assume. A diversidade das origens e das etapas da formação do direito que alcançam o impenetrável desconhecido histórico, exclui a hipótese de uma única causa ou constelação de causas do direito. Todas as sociedades humanas, ao longo da história conhecida, atuaram de forma “equifinal” por sempre gerarem direito, se bem que com diferentes concepções normativas, instituições, interesses divergentes, procedimentos, e ainda entrelaçamentos muito distintos com as estruturas sociais extrajurídicas (LUHMANN, 1983a, p. 182).

Por fim, quando falamos da inexauribilidade do direito e seu código, defendemos que nenhuma conduta por mais lícita ou ilícita que seja, jamais irá comportar toda a licitude ou ilicitude e haverá sempre (i)licitude possível de ser feita. Assim é possível afirmar também com base na teoria sistêmica, porque “a semântica dos valores deixa claro que o sentido da validade

<sup>143</sup> “Valores servem, então, no processo de comunicação, como uma espécie de sonda, com a qual se pode colocar à prova se expectativas mais concretas também funcionam, se não em geral, de qualquer modo e em todo caso na situação concreta, que se encontra respectivamente diante de nossos olhos. A consequência é com isso, naturalmente o fato de que as relações hierárquicas entre os valores não pode ser fixada de uma vez por todas, mas é alternante, ou seja, elas precisam ser manipuladas oportunisticamente” (LUHMANN, 2016b, p. 362).

<sup>144</sup> “O sistema do direito em si reagiu a isso de diferentes maneiras: por meio da positividade da validade do direito; por meio da dogmática dos direitos subjetivos que se desprende das relações de reciprocidade previamente dadas; por meio de listas de valores (quase se poderia dizer: listas de espera), que, em todos os casos que demandam uma decisão” (LUHMANN, 2016a, p. 723-724).

do direito não é exaurido, mas pode reivindicar um nível de sentido acima das validades de flutuação [...], nível em que as fundamentações necessárias podem ser formulada” (LUHMANN, 2016a, p. 709). Em razão disso, toda vez que o código é aplicado, ele cria novas situações para ser novamente utilizado. Isso é percebido, pois:

essa garantia também encontra expressão no fato de que cada decisão que venha a confirmar uma condição legal (ou ilegal) pode por sua vez produzir, na aplicação seguinte, mais fatos legais ou ilegais. É ilegal quando alguém, que obteve uma sentença favorável, passa a ter o direito em suas próprias mãos; e alguém que tenha sido aprisionado com justiça ainda tem o direito à alimentação e a ser tratado em condições humanas, mesmo tendo cometido ato ilegal. Toda operação que venha a optar por um ou outro valor inaugura novamente o código, com a possibilidade de julgar todas as operações seguintes sob o aspecto de um ou de outro valor (LUHMANN, 2016a, p. 238).

Por isso, para Luhmann (2016a, p. 238), “o direito é, portanto, uma história sem fim, um sistema autopoietico, que só produz elementos para poder produzir mais elementos; a codificação binária é a forma estrutural que garante justamente isso”. Em razão disso, também, no direito “as razões últimas são sempre apenas razões penúltimas” (LUHMANN, 2016a, p. 543) e, portanto, o código se mostra inexaurível.

Restado demonstrado que o código do direito descrito por Luhmann pode ser visto como um valor, também sob a lente do axiologismo realeano, queremos discutir um pouco mais sobre a conclusão acima esboçada de que o direito é um sistema social, cujo valor do lícito têm uma posição privilegiada na hierarquia dos valores para a tomada das decisões jurídicas. Isso porque se assim o é, cumpre-nos esclarecer onde fica a justiça nesse esquema de pensamento.

#### *4.1.5.3 A justiça, o direito, a teoria sistêmica e a teoria tridimensional*

Inicialmente precisamos ressaltar que a questão da justiça nas teorias tridimensional e sistêmica sozinhas já seria objeto suficiente para a escrita de uma dissertação ou tese<sup>145</sup>. Por isso, precisamos delimitar com clareza que, neste momento, só queremos falar, ainda que rapidamente, como fica a questão da justiça, se o código lícito/ilícito tem uma hierarquia privilegiada no sistema jurídico.

Primeiramente, entendemos que o código lícito/ilícito também tem uma posição privilegiada na escala valorativa do direito para Reale. É por isso que, a nosso ver, não obstante reconhecer o imprescindível valor da justiça no direito, ele declara que:

---

<sup>145</sup> Ver, por exemplo, a dissertação de Viana Filho (2012) e as teses de Santos Neto (2010) e Ulisses Viana (2013) que tratam da justiça na teoria sistêmica.



A idéia de justiça liga-se intimamente à idéia de ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é de grau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético. É sobre esse valor que repousa, em última análise, a obrigatoriedade ou a vigência do Direito, razão pela qual dizemos que nele se consubstancia um "postulado da ordem jurídica positiva": Em toda comunidade é mister que uma ordem jurídica declare, em última instância, o que é lícito ou ilícito (REALE, 1999, p. 594-595).

Já falamos que na teoria de Luhmann<sup>146</sup>, como a justiça é a fórmula de contingência do sistema jurídico, temos, então, um afastamento da ideia de ela ser tratada como um valor. No entanto, isso se dá apenas através de uma observação realizada por um observador externo. Em razão disso, Luhmann fará uma diferenciação em que um observador externo enxergará a justiça como fórmula de contingência, mas o sistema a verá como um valor. Veja o que ele afirma:

O conceito de fórmula de contingência assume, desse modo, o lugar de numerosos outros conceitos centrais na definição de justiça – como virtude, princípio, ideia, valor. Entretanto, ele não substitui completamente esses termos; ora, isso se deve ao fato de só um observador externo poder falar de fórmula de contingência, como pretendemos mostrar. O próprio sistema tem de definir a justiça de maneira que deixe claro que a justiça tem de prevalecer e que o sistema identifica a ela uma ideia, princípio ou valor (LUHMANN, 2016a, p. 291-292).

Reale, quando faz sua observação interna, que resulta em uma autodescrição, vai dizer que a justiça é um dos valores existentes no direito, sendo ela a condição de possibilidade de todos os demais, pois:

o artista vive em razão da beleza, como é à plenitude do ser pessoal que se endereça a Moral. Já o Direito tem como destino realizar a Justiça, não em si e por si, mas como condição de realização ordenada dos demais valores, o que nos levou, certa feita, a apontá-lo como o "valor franciscano", cuja valia consiste em permitir que os demais valores jurídicos valham, com base no valor da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores (REALE, 1999, p. 712).

Essa ideia em nada contradiz com o que pensa Luhmann acerca da função da justiça no sistema jurídico, já que para ele “no interior do sistema, a fórmula de contingência se põe como irrefutável; ela se ‘canoniza’” (LUHMANN, 2016a, p. 292). Nessa mesma toada, Reale vai dizer “que a Justiça não é um valor que tenha um fim em si mesmo: é um valor supremo, cuja valia consiste em permitir que todos os valores valham, numa harmonia coerente de ideais e de atitudes” (REALE, 1994a, p. 140). Por isso, para o autor paulista, “o Direito é a concretização da ideia de justiça na pluridiversidade de seu dever-ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores” (REALE, 1994a, p. 128).

---

<sup>146</sup> Ver seção 3.2.2, p. 63.

Em razão disso, podemos inferir que essa forma de pensar faz com que admitamos que o direito pode ser injusto. Isso, para Reale (1999, p. 713) revela-se porque “no fundo, o jurídico é uma experiência, feliz ou malograda, de justiça, e, mesmo quando de bom êxito, tem sempre caráter provisório, tão infinita é a esperança de justiça que nos anima e nos impele através do tempo”. Luhmann (2016a, p. 290-291), por sua vez afirma que:

Delimitamos o problema da justiça mediante distinções: trata-se de autorreferência não como operação, mas como observação; não no nível do código, mas no nível de programas; e não na forma de uma teoria, mas na forma de uma norma (com propensão à frustração). Tudo isso significa que podem existir sistemas jurídicos injustos (ou mais ou menos justos).

Embora o direito possa ser injusto e, quando justo, sempre de forma provisória<sup>147</sup>, ele “deve ser concebido, no entanto, como atualização crescente de Justiça, dos valores todos cuja realização possibilite a afirmação de cada homem segundo sua virtude pessoal (REALE, 1999, p. 700). Nesse sentido:

por ser perene atualização do justo, o Direito é condição primeira de toda a cultura, e nisso reside a dignidade da Jurisprudência, podendo-se conjecturar que a justiça implica ‘constante coordenação racional das relações intersubjetivas, para que cada homem possa realizar livremente seus valores potenciais visando a atingir a plenitude de seu ser pessoal, em sintonia com os da coletividade’ (REALE, 1999, p. 713).

Assim, neste tópico mostramos porque o valor é um elemento de toda comunicação jurídica e como podemos fundamentar essa afirmação, segundo as duas teorias que são os marcos teóricos deste trabalho. O direito é um sistema social, cujos valores do lícito/ilícito têm uma posição privilegiada na hierarquia dos valores e possui a justiça como condição de realizabilidade dos demais valores, bem como sempre aponta para a inexorabilidade do sistema, tal qual toda fórmula de contingência. Agora, então, podemos passar para a análise do terceiro elemento do direito: a norma.

#### **4.1.6 Porque ao falar de direito estamos falando também de normas**

O último dos três elementos da comunicação jurídica a ser estudado é a norma. Para nós, a presença deste elemento também é essencial e está presente em toda comunicação jurídica. Segundo Reale (2001, p. 168):

---

<sup>147</sup> “A dialética da justiça é marcada por essa intencionalidade constante no sentido da composição harmônica dos valores, sendo esta concebida sempre como momento de um processo cujas diretrizes assinalam os distintos ciclos históricos. Cada época histórica tem a sua imagem ou a sua idéia de justiça, dependente da escala de valores dominante nas respectivas sociedades, mas nenhuma delas é toda a justiça, assim como a mais justa das sentenças não exaure as virtualidades todas do justo” (REALE, 2001, p. 353).

sem norma, sem o sentido normativo dos fatos, focados axiologicamente, não há Direito. Donde ser a Ciência do Direito uma ciência normativa, embora ela não estabeleça normas, por ser-lhe próprio apenas determinar em que consiste o significado das disposições produzidas pelas fontes do Direito (REALE, 2004, p. 178).

Por sua vez, Luhmann (2016a, p. 15) lembra que:

[...] sobretudo na teoria geral do direito, o conceito de norma como conceito básico é indispensável. “Conceito básico”, aqui, significa conceito definido por si mesmo, como autorreferência ao modo de um curto-circuito. A norma prescreve o que deve ser. Isso torna indispensável a decisão de normas e fatos também como distinção e diretriz, e temos como fato o que, visto a partir da norma, é julgado/avaliado como desviante ou conforme.

Seguindo esse ponto de vista, a norma, na teoria realeza, é a maneira de enunciação do dever ser do direito<sup>148</sup>, “a norma é a forma que o jurista usa para expressar o que deve ou não deve ser feito para a realização de um valor ou impedir a ocorrência de um desvalor” (REALE, 1994, p. 25). Já na teoria sistêmica, “o símbolo do ‘dever ser’ expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do ‘dever ser’” (LUHMANN, 1983, p. 57).

Luhmann (1983, 2016a) vai trabalhar com o conceito de norma segundo sua função<sup>149</sup>. Para ele:

no conceito funcional de norma, entendida como expectativa de conduta que se estabiliza ainda que de maneira contrafactual, não há uma tomada de decisão prévia quanto às motivações pelas quais alguém cumpre (ou não cumpre) as normas. Ao contrário: é bem a isso que se deve renunciar se a norma deve cumprir com sua função (LUHMANN, 2016a, p. 178).

Nesse sentido, “o conceito da norma relaciona-se com determinada forma de expectativas práticas, que têm de ser observadas ou psiquicamente, ou num sentido suposto e compreensível de comunicações. Tais expectativas são cumpridas – ou não” (LUHMANN, 2016a, p. 42). Como já tratamos anteriormente<sup>150</sup>, o caráter normativo das expectativas normativas vem justamente da possibilidade de poderem ser frustradas e, ainda assim, serem mantidas. Essa possibilidade de cumprimento ou não da norma a que se refere Luhmann é, para Reale (2001, p. 94), inerente a sua própria natureza, pois:

<sup>148</sup> “Afirmamos que uma norma jurídica enuncia um dever ser porque nenhuma regra descreve algo que é, mesmo quando, para facilidade de expressão, empregamos o verbo ser. É certo que a Constituição declara que o Brasil é uma República Federativa, mas é evidente que a República não é algo que esteja aí, diante de nós, como uma árvore ou uma placa de bronze: aquela norma enuncia que ‘o Brasil deve ser organizado e compreendido como uma República Federativa’” (REALE, 2004, p. 88).

<sup>149</sup> “o conceito de norma não é definido pela especificação de características essenciais e peculiares da norma, mas mediante uma distinção, que é a distinção de possibilidades de comportamento para o caso de a expectativa se frustra” (LUHMANN, 2016a, p. 177).

<sup>150</sup> Conforme explicado na seção 2.2.4, p. 41.

em toda regra de conduta há sempre a alternativa do adimplemento ou da violação do dever que nela se enuncia. [...] Como se vê, a hipoteticidade ou condicionalidade da regra de conduta não tem apenas um aspecto lógico, mas apresenta também um caráter axiológico, uma vez que nela se expressa a objetividade de um valor a ser atingido, e, ao mesmo tempo, se salvaguarda o valor da liberdade do destinatário, ainda que para a prática de um ato de violação.

Acerca do aspecto lógico da norma, Reale (2001, p. 86) diz que ela “é sempre redutível a um juízo ou proposição hipotética, na qual se prevê um fato (F) ao qual se liga uma consequência (C), de conformidade com o seguinte esquema: Se F é, deve ser C”. Para ele essa forma lógica da norma jurídica, também, revela o caráter tridimensional do direito<sup>151</sup>. “Sendo a regra jurídica o elemento nuclear do Direito, é evidente que ela não pode deixar de ter uma estrutura tridimensional” (REALE, 2001, p. 95). Assim o é, pois, o “F” representa o suporte fático contido em toda comunicação jurídica, e o “deve ser” o aspecto axiológico do direito. “A norma jurídica, não obstante a sua estrutura lógica, assinala o ‘momento de integração de uma classe de fatos segundo uma ordem de valores’” (REALE, 2001, p. 97).

Em Luhmann essa forma hipotética-condicional da norma também aparece, já que o sistema é formado via de regra<sup>152</sup> por programas condicionais<sup>153</sup>. “Esses programas são condicionais, porque determinam de antemão que um comportamento será juridicamente aceitável, a depender do uso que seja feito, em cada caso, da permissão (mediante a observação ou desconsideração das limitações incluídas)” (LUHMANN, 2016a, p. 262-263). Para ele isso é necessário porque:

essa forma do programa condicional sobrevive a todas as subseqüentes diferenciações sociais mediante uma espécie de mudança de contexto. Possibilita a diferenciação de um sistema jurídico com uma codificação binária, a fim de assumir já nesse sistema a função de regulamentar a atribuição de valores de código a casos. Também aqui prevalece a forma do “se-então”. O programa condicional estabelece as condições das quais depende se algo é legal (ou ilegal): com essas condições, faz referência a fatos passados, atualmente verificáveis. Podem ser também fatos jurídicos, por exemplo, a pergunta sobre se uma lei se propagou de modo eficiente e em que momento. O decisivo é que a atribuição dos valores de direito/não direito dependa daquilo que, no momento da decisão, considere-se passado (LUHMANN, 2016a, p. 261-262).

<sup>151</sup> “Sendo a norma um elemento constitutivo do Direito, como que a célula do organismo jurídico, é natural que nela se encontrem as mesmas características já apontadas, quando do estudo daquele, a saber, a sua natureza objetiva ou heterônoma e a exigibilidade ou obrigatoriedade daquilo que ela enuncia” (REALE, 2001, p. 86).

<sup>152</sup> Conforme exposto na nota de rodapé nº 84, p. 62, Luhmann admite haver no direito programas, também, de caráter finalísticos. No entanto, sobre isso, ele diz: “É evidente que em caso algum se trata de programas de fins ‘verdadeiros’ no sentido de que só o futuro decidirá sobre o que é legal e ilegal” (LUHMANN, 2016a, p. 266).

<sup>153</sup> Ver mais na seção 3.2.1, p. 61 e seguintes.

Acontece, no entanto, que sobre o aspecto das normas, enquanto programas no direito, precisamos tratar da questão da finalidade nas normas para as duas teorias. Isso porque, para Reale o direito visa a proteção daquilo que é valorado positivamente e busca evitar aquilo que reputa como negativo. Por outro lado, Luhmann vai argumentar contra o uso de programas finalísticos no direito, o que poderia levar alguém a pensar que tal postura é contrária aos pressupostos realeanos. Por isso, tal questão merece nossa atenção de forma mais detida, o que faremos já no próximo tópico.

#### *4.1.6.1 Os programas finalísticos e os valores nas normas jurídicas*

O que queremos sustentar, nesta seção, é que a utilização de programas finalísticos no sistema jurídico é contrária, tanto à visão luhmanniana, quanto realeana de direito (salvo quando se encontra em um contexto<sup>154</sup> condicional<sup>155</sup>) e que não há incompatibilidade entre a ideia de valor, presente na teoria tridimensional, e os programas condicionais.

Já tratamos um pouco sobre programas condicionais nas seções acima. No entanto, agora, precisamos trabalhar, de forma mais aprofundada, a diferença entre os dois tipos de programação decisórias que podem existir nos sistemas, quais sejam: programas condicionais e programas finalísticos.

Para Luhmann (1980, p. 110), são programas finalísticos aqueles que “partem dos resultados desejados e daí procuram, considerando as condições secundárias, encontrar os meios propícios; são racionalizados através do cálculo da rentabilidade”. Ou seja, eles estão voltados mais para as consequências do que para os meios. Em razão disso:

os programas finalísticos podem sempre ser atacados quando não se verificam depois os resultados propostos (portanto foram escolhidos meios inadequados), ou se descobriram outras vias com uma distribuição diferente do peso das consequências e, sobretudo, outros meios econômicos. Os resultados constituem aqui o polo da crítica (LUHMANN, 1980, p. 110).

Já nos programas condicionais “as premissas de decisão têm, em contrapartida, a forma de causas, de informações, que estão em condições de resolver determinadas decisões, sempre que estejam presentes” (LUHMANN, 1980, p. 110). Por esta razão, “tratam-se, portanto, de

---

<sup>154</sup> Ver nota de rodapé nº 84, p. 62.

<sup>155</sup> Isso, inclusive, permite, em certa medida, que passado e futuro se impliquem em uma estrutura normativa, pois, “enquanto que os programas finalísticos estão orientados para o futuro, os programas condicionais têm que ver com fatos passados. A vinculação e concatenação, ou ainda a necessidade de união de ambos os tipos de programa permite, daí, uma coordenação de futuro e passado” (LUHMANN, 1980, p. 110).

programas de ‘se/então’ e esses programas são racionalizados sobretudo através do trabalho de elaboração de conceitos jurídicos” (LUHMANN, 1980, p. 110).

Ocorre que, no caso da programação condicional, não há um foco no resultado do programa, mas, sim, no cumprimento ou não das premissas estabelecidas do se/então, quando da operação decisória. Isso porque “aqui é escolhido um ‘se’ de acordo com o ‘então’ programado. Para o decisor, os resultados são aceitos não como justificados, mas como o agravamento que o programa permite (querendo com isso atingir talvez por sua parte objetivos determinados)” (LUHMANN, 1980, p. 111). Por esta razão, “numa decisão de programação condicional trata-se apenas da verificação da existência efetiva de determinados fatos e de que se trata aí daquele sinal que, de acordo com o programa, deve ocasionar a decisão” (LUHMANN, 1980, p. 111).

Segundo a visão luhmanniana, “para o sistema jurídico, não se pode levar em conta uma programação orientada a fins” (LUHMANN, 2016a, p. 259). Isso porque, “a forma então aceita do conceito de fim intencional não faz justiça à complexidade da dimensão temporal. Uma vez que a aborda exclusivamente da perspectiva da finalidade, é descrita como estado *atual* de um sistema orientado a fins” (LUHMANN, 2016a, p. 263-264, destaque do autor). Assim:

com essa intencionalização (mentalização) do conceito de fim, esse conceito acaba por ocultar a diferença entre futuro presente e presente futuro; e essa diferença se torna cada vez mais importante à medida que a confiança no progresso diminui e, com ela, a confiança em soluções racionais dos problemas. Desse modo, programas orientados a fins encobrem o problema colocado no futuro: os presentes futuros não vão coincidir com o futuro passível de ser projetado atualmente (LUHMANN, 2016a, p. 264).

Em vista disso, percebemos que o problema visto por Luhmann acerca dos programas finalísticos se volta à contingência do futuro. Ou seja, seu problema é o “encobrimento” de que o presente que irá ocorrer no futuro pode não ser o presente que o sistema intencionaliza. Por esta razão, sendo o futuro imprevisível, sem o apoio de um programa condicional, aumenta-se o risco de frustração e isso diminui a confiança necessária para o correto funcionamento do sistema jurídico<sup>156</sup>. Dessa maneira:

precisamente na jurisprudência orientada para a ecologia (que cada vez mais se baseia no desconhecimento), a direção que se tomaria seria a de um desastre jurídico se todas as medidas tiverem de ser consideradas contrárias ao direito para o caso de o fim não ter sido alcançado de maneira prevista, ou se os meios

<sup>156</sup> “A vinculação da forma do programa condicional relaciona-se à função do direito e, portanto, com a estabilização das expectativas contrafactuais. As expectativas são postas na forma de normas então justamente para esse caso, ou seja, de que não se cumpram. Essa substituição de segurança (das expectativas) por insegurança (do cumprimento) requer compensações estruturais. Não se pode então fazer depender também do futuro se as expectativas, que desde agora devem ser determinadas, terão de se justificar. Quer-se saber se agora, ou, melhor dizendo, quer-se determinar a segurança no momento da decisão, e isso só se pode garantir na forma de um programa condicional” (LUHMANN, 2016a, p. 265).

utilizados, no momento dos novos conhecimentos de causa, parecessem justificados. Um dos lados do problema, precisamente o da pergunta com que nos farão deparar os presentes futuros, é excluído. O juiz deve (e tem de) ignorar esse lado do futuro. Ele ampara a sua decisão, seguindo o direito, unicamente no que, no presente de sua decisão, ele vê advir como futuro, isto é, naquilo que, para ele depois de estabelecer com todo o cuidado a situação, é o futuro presente (LUHMANN, 2016a, p. 267).

Com isso, não se pode exigir que o juiz preveja todos os resultados possíveis de sua decisão<sup>157</sup>, nem qual seria o meio mais adequado para que alcance o fim, apontado previamente no programa finalístico<sup>158</sup>. Em razão disso, Luhmann (2016a, p. 268) vai afirmar que:

a orientação por fins pode ser uma perspectiva politicamente sensata. Na aplicação ao sistema jurídico, no entanto, há muitos elementos que vão no sentido contrário: por um lado, a sensibilidade dos programas de fins não pode ser aproveitada nas circunstâncias em que se dá a obtenção de fins. Por outro, os programas finalistas são demasiado imprecisos do ponto de vista técnico-jurídico, como para excluir de maneira eficiente um mau uso, ou até mesmo resistência contra a obtenção dos fins propostos. Isso vale também, e sobretudo, para as leis que se limitam à designação de fins.

À vista disso, “quanto mais considerações acerca do fim suporta uma decisão, tanto maior será a probabilidade de que esta resulte equivocada, porque o futuro segue desconhecido, mesmo para o juiz” (LUHMANN, 2016a, p. 269). Dessa maneira, “uma indicação orientada para um fim jurídico ou elaborada na prática jurídica não pode ser mais do que um guia para a determinação das condições que podem suportar a decisão entre a legalidade e a ilegalidade” (LUHMANN, 2016a, p. 269).

Entretanto, como vimos, para Reale é inconcebível analisar o direito sem seu aspecto axiológico<sup>159</sup>. Todo agir humano implica em uma valoração e com o direito não é diferente. Nesse sentido, “a atuação, portanto, implica sempre uma valoração. Todo valor, por conseguinte, é uma abertura para o dever ser. Quando se fala em valor, fala-se sempre em solicitação de comportamento ou em direção para o atuar” (REALE, 1999, p. 379). Acontece que “quando o dever ser se origina do valor, e é recebido e reconhecido racionalmente como

---

<sup>157</sup> “Um juiz a quem se exija alcançar determinados objetivos na realidade social, dificilmente poderá atuar com imparcialidade e, em todo o caso, não pode parecer apartidário, pois os partidos teriam no instrumental de realização dos seus objetivos, quase inevitavelmente, um valor de posições diferentes. Um juiz a quem fosse dada plena responsabilidade pelas consequências da sua decisão, não poderia ser um juiz imparcial. A atitude do juiz, liberta da crítica inspirada nos resultados, constitui também, sob este aspecto, um momento essencial do processo judicial” (LUHMANN, 1980, p. 113).

<sup>158</sup> “A instrumentação de programas orientados para um fim, acompanhados de uma cibernética de correção posterior, não se adaptaria ao sistema jurídico; ou então, em cada decisão pendente, só se repetiria o problema de que o futuro não oferece informação suficiente sobre se desde já se pode decidir se algo estará em conformidade com a lei ou se será contrário a ela” (LUHMANN, 2016a, p. 267-268).

<sup>159</sup> Essa forma de pensar traz consequências de como Reale vai compreender a questão do aspecto teleológico e axiológico do direito. Assim o é, pois, em sua visão, “toda Teleologia tem como pressuposto uma Teoria dos valores. É possível falar em fins, porque antes se põe o problema do valioso” (REALE, 1999, p. 379-380).

motivo da atuação ou do ato, temos aquilo que se chama um fim” (REALE, 1999, p. 379). Assim, “fim é o dever ser do valor reconhecido racionalmente como motivo de agir” (REALE, 1999, p. 379).

Ora, “se a ação humana se subordina a um fim ou a um alvo, há direção, ou pauta assinalando a via ou a linha de desenvolvimento do ato. A expressão dessa pauta de comportamento é o que nós chamamos de norma ou de regra” (REALE, 1999, p. 384). Dessa maneira, “a cada forma de conduta corresponde a norma que lhe é própria” (REALE, 1999, p. 384) e isso não é diferente quando se trata das regras jurídicas. Por essa razão, o autor brasileiro vai dizer que:

a regra jurídica, portanto, deve ter, em primeiro lugar, este requisito: deve procurar realizar ou amparar um valor, ou impedir a ocorrência de um desvalor. Isto significa que não se legisla sem finalidade e que o Direito é uma realização de fins úteis e necessários à vida, ou por ela reclamados (REALE, 1999, p. 594).

Dessa forma, Reale sustenta que sempre haverá um fim presente na norma jurídica. Mas, isso não implica em dizer que essa norma será um programa finalístico. Uma coisa é dizer que toda norma tem um fim, outra coisa é afirmar que essa norma é um programa finalístico. A norma em Reale é sempre um programa condicional. Como vimos acima, toda norma jurídica tem uma estrutura, para Reale, de “se/então”, portanto, ela não se enquadra no conceito de programa finalístico ao qual Luhmann se refere.

O que na verdade Reale ressalta é que toda norma jurídica aponta para uma finalidade que é a proteção de determinados valores já hierarquizados, sendo que o fim nada mais é do que o valor racionalmente reconhecido como objetivo de uma ação. Assim sendo, o que tridimensionalismo jurídico demonstra é que as normas já estão condicionadas por escolhas valorativas que implicam em um desígnio vetorial de se alcançar a algo que é a realização/proteção de determinados valores.

Outrossim, a nosso ver, não se pode sustentar que a Teoria Tridimensional “encubra” a diferença entre presente futuro e futuro presente, posto que ela admite expressamente a possibilidade de que o presente futuro pode não vir a se tornar o futuro presente, conforme anteriormente concebido. Isto é, ela aceita a contingência do futuro como uma de suas premissas. Assim afirmamos porque Reale admite a falibilidade dos fins perquiridos pela norma. Nesse sentido ele afirma que:

nem todas as leis alcançam sucesso. Algumas realizam fins completamente imprevistos. Cabe aqui a observação de Wilhelm Wundt sobre a heterogenia dos fins: muitas vezes o homem pratica um ato visando a certo fim, e verifica, com surpresa, ter dado azo à realização de fins diversos e insuspeitados (REALE, 1999, p. 592).



Seguindo também a visão luhmanniana, Reale não abandona a imprevisibilidade como característica do futuro, vez que ele reconhece que “muitas vezes, os meios técnicos não alcançam os resultados previstos; o legislador pensa atingir um fim, mas a lei fica a meio do caminho, insuficiente e incapaz de atingir o alvo colimado” (REALE, 1999, p. 592). Porém, a questão principal para Reale é que “se o Direito nem sempre logra êxito na consecução do valor proposto, é necessário, ao menos, que haja sempre uma tentativa de realizar o justo. Pouco importa que não se alcance êxito; o que importa é que se incline à realização do justo” (REALE, 1999, p. 592).

Isso quer dizer que embora não se possa saber o que vai acontecer no futuro, pode-se saber como se quer que ele seja, quais são os valores que hoje nos parece apontar para a direção daquilo que é desejável, não obstante tenha-se consciência da inexauribilidade dos valores e da falibilidade dos meios em alcançá-los. Para Luhmann, inclusive, o sistema jurídico “não exclui a atitude de ter os olhos no futuro: não se pode excluir o futuro, porque o tempo é sempre – ao menos de acordo com a conceituação moderna, a unidade da diferença entre passado e futuro” (LUHMANN, 2016a, p. 262).

Além disso, há de se ressaltar que na teoria luhmanniana “a expectativa é a intencionalidade que aponta para o futuro do fluxo da experimentação, que procura sempre conteúdos cambiantes, e que experimenta a realidade através do seu câmbio” (LUHMANN, 1983a, p. 96-97). Dessa forma, verifica-se também na teoria de Luhmann a identificação de uma atividade intencional e, portanto, finalística dentro da função do sistema jurídico. Outrossim, Luhmann (2016a, p. 721, grifo nosso) reconhece que:

o direito serve à liberdade do homem diante das pressões sociais, fazendo-o capaz de tomar suas próprias decisões – é o que se tem no século XIX. No século XX, o direito serve à realização de “valores” que lhes são dados de antemão e que se tenham convertido em algo positivo na forma de direitos fundamentais como um condensado de uma longa tradição humanística do direito. Os direitos fundamentais são sobreavaliados em sua interpretação de sua função jurídico-constitucional e entendidos como documentos de uma atitude valorativa geral com a qual o direito se compromete ao serviço do homem.

Isso quer dizer que, embora a unidade do sistema em si não possa ser vista através de uma teleologia<sup>160</sup>, Luhmann (2016a, p. 237-238) reconhece que “as orientações para um objetivo determinado não podem se dar no sistema, mas apenas para episódios – por exemplo,

---

<sup>160</sup> “O sistema não pode ser um sistema dirigido para um objetivo, orientado teleologicamente, para um bom termo e para chegar ao termo de suas operações. Em outras palavras: a *unidade* do sistema não pode se representar *no sistema como objetivo*, como estado final passível de ser alcançado” (LUHMANN, 2016a, p. 237, destaques do autor).

procedimentos particulares – que conduzem a uma lei ou a uma decisão de um tribunal, ou mesmo a negociações contratuais, tendo em vista finalizar um contrato”.

Ocorre que, sobre o conceito de fim, Luhmann ainda irá tecer críticas para o que ele chama de “subjetivização” de seu conceito. Algo, que, segundo sua visão, necessita ser corrigido e que ganha força, quando se está diante de programas finalísticos. Nesse sentido ele aduz que:

Pela forma do programa condicional, tão só se exclui que fatos futuros, ainda não determinados no momento da decisão, sejam determinantes para a decisão entre direito e não direito. Precisamente essa é a forma pela qual se determinam os programas orientados para fins. No entanto, a subjetivação do conceito de fim, característica dos novos tempos, conduziu a uma simplificação que requer urgente correção, pois de outro modo não se compreenderiam as reservas que surgem no momento em que são introduzidos programas de cunho finalista no direito. A simplificação consiste em que os fins só se vejam como ideias atuais (intenções), em polêmica oposição com a tradição europeia da Antiguidade (aristotélica), que havia pensado os fins (*téle*) como estados finais de um movimento e, portanto, vistos a partir desse movimento, como futuro (LUHMANN, 2016a, p. 263, grifos nossos).

Dessa maneira, percebemos que, para Luhmann, o conceito de fim tem passado por um processo que o torna subjetivado e isso é um mal para o sistema jurídico. No entanto, o conceito de fim que está presente na teoria tridimensional do direito não pode assim ser considerado. Isso porque, se os fins são, para Reale, valores reconhecidos racionalmente como razão de conduta e os valores que estão no direito não são valores subjetivos do indivíduo A ou B, mas, sim, aqueles que se revelam no sistema jurídico, como veremos mais à frente<sup>161</sup>, então não há que se falar em fins subjetivados no pensamento jurídico de Reale.

Tanto assim é que, para o autor brasileiro não é dado ao juiz o poder de decidir subjetivamente de acordo com seus fins, mas, tão somente, de acordo com a norma (programa condicional). Veja que ele afirma que “deve observar-se que não se sabe qual o maior dano, se o das leis más, suscetíveis de revogação, ou o poder conferido ao juiz para julgar contra *legem*, a pretexto de não se harmonizarem com o que lhe parece ser uma exigência ética ou social” (REALE, 2001, p. 105).

Dessa maneira, em síntese, podemos dizer que: (I) tanto para Reale, quanto para Luhmann a norma/programa do direito tem que ser condicional, sendo que os programas finalísticos só podem existir no direito dentro de uma estrutura condicional; (II) a axiologia de Reale admite a falibilidade e contingência do programa, portanto não há encobrimento entre a diferença futuro presente e presente futuro; (III) Luhmann admite a utilização de fins para

---

<sup>161</sup> Conferir na seção 4.2.2, p. 117.

“episódios” do sistema o que condiz com a característica vetorial dos valores; (IV) para ambos os autores, o direito serve à realização de valores que lhes são dados de antemão, através da positivação do direito.

Assim sendo, finalizamos o estudo dos três elementos que, a nosso ver, sempre estarão presentes na comunicação jurídica. Agora podemos, então, passar à descrição do direito no nível de sua estrutura.

#### 4.2 A ESTRUTURA DO DIREITO: MODELOS JURÍDICOS QUE VISAM GARANTIR EXPECTATIVAS NORMATIVAS GENERALIZADAS E CONGRUENTES

Dissemos no início do presente capítulo que nossa proposta de descrição do direito iria se dar no nível de seus elementos e no nível de suas estruturas. Quanto à descrição elementar, falamos que o direito pode ser descrito como um conjunto complexo de comunicações acerca de fatos valorados normativamente de natureza bilateral atributiva. E, em relação à sua estrutura, afirmamos que o direito pode ser descrito como um conjunto de modelos jurídicos que visa garantir expectativas normativas generalizadas e congruentes. É sobre esta segunda afirmativa que vamos nos debruçar no presente tópico.

Para tanto, cumpre, de logo, pontuarmos o que é estrutura para a teoria sistêmica e para a teoria tridimensional.

##### 4.2.1 Do conceito de estrutura

Luhmann (2016b, p. 313) reconhece que “não é muito fácil introduzir o tema e o conceito de estrutura em uma teoria, que não se concebe como ‘estruturalista’”. Ele fala em não se reconhecer como estruturalista porque, embora o conceito de estrutura para a teoria dos sistemas autopoieticos seja de total relevância<sup>162</sup>, ele não é o seu ponto de partida<sup>163</sup>, nem possui a mesma centralidade que existe em tal corrente epistemológica.

---

<sup>162</sup> “No momento, é suficiente registrar que o conceito de estrutura perde por meio daí a sua posição central. O conceito permanece imprescindível. Nenhum teórico do sistema negará que sistemas complexos formam estruturas e não poderiam existir sem estruturas. O conceito de estrutura, porém, se insere, então, ordenadamente em um arranjo multifacetado, sem requisitar uma qualidade de liderança. Ele designa um aspecto importante da realidade, talvez mesmo um auxílio imprescindível para o observador – mas justamente não mais aquele momento; no qual conhecimento e objeto coincidem nas condições de sua possibilidade. Por isto, não se trata aqui de estruturalismo” (LUHMANN, 2016b, p. 317).

<sup>163</sup> “A Teoria de Sistemas Autorreferenciais não se remete para uma posição de saída epistemológica (e com maior razão também não para uma posição semiótica). Ela começa com a observação de seu objeto” (LUHMANN, 2016b, p. 316).

Reale também não se vê como um representante do estruturalismo<sup>164</sup> e observa que a pluralidade dos diversos significados que tal palavra apresenta nos mais variados ramos científicos é um dos fatores que nos leva a ter dificuldade em sua conceituação<sup>165</sup>. No entanto, ele admite a necessidade de se analisar o direito conforme sua estrutura. Assim o é, pois, para ele, “o direito é um todo de significações ordenadas em sistema, uma significativa macroestrutura social, historicamente composta de estruturas e subestruturas ordenadoras de comportamentos intersubjetivos” (REALE, 1992, p. 156).

Porém, ainda que haja tal dificuldade, podemos dizer que o conceito de estrutura<sup>166</sup> refere-se a uma unidade de elementos que possuem uma relação entre si e que formam um todo de significações que não existiriam se tal relação não se desse. Por isso, Reale (1992, p. 05) vai dizer que:

a noção de estrutura implica a de pluralidade de elementos componentes que só adquirem plenitude de significação na medida em que eles se complementam e se completam unitariamente, donde a sua concepção como “unidade orgânica”, a partir do símile do organismo animal que constitui um todo diversificado e unitariamente congruente.

De forma similar, Luhmann (2016b, p. 318) vai afirmar que:

o conceito de estrutura torna preciso, em outras palavras, o relacionamento entre os elementos para além das distâncias temporais. Nós precisamos partir, portanto, da ligação entre elementos e relações e ver essa ligação como constitutiva para a qualificação dos elementos, no caso de sistemas sociais, portanto, também para a qualificação do sentido de ações.

Por isso, para ele, “pode-se dizer, então, que as estruturas são a representação da interconectividade recursiva das operações usadas no sistema” (LUHMANN, 2013, p. 244,

---

<sup>164</sup> “Ao contrário do que sustentam certos estruturalistas, o conceito de estrutura só possui sentido real na medida e enquanto se correlaciona com a história e se põe como uma de suas formas expressivas concretas” (REALE, 1992, p. 148). “Parece-me que a noção de estrutura, desvincilhada de certos estereótipos ideológicos, como, por exemplo, do que persiste em distinguir entre infra-estrutura e superestruturas, no âmbito de uma concepção unilinear da história, poderia ser conceito-chave no sentido de uma concreta compreensão da realidade social e histórica” (REALE, 1992, p. 149).

<sup>165</sup> “Cabe, em verdade, reconhecer que há diversas acepções do termo estrutura, o qual, representando como que cortes verticais na realidade e expressando a multiplicidade de suas formas, não pode deixar de corresponder as peculiaridades ôntica de cada campo de pesquisa. Assim é que, ao lado do conceito lógico-matemático de estrutura, no qual prevalece a noção de sistema de relações entre elementos numa ordem formal de validade, temos a estrutura de tipo arquitetônico, no sentido de composição de formas e volumes num todo harmônico e funcional; a estrutura mecânica, na qual prepondera o caráter de operabilidade material dos elementos integrados em unidade funcional; o conceito de estrutura elaborado pelos psicólogos para indicar a prévia natureza unitária dos fatos psíquicos como formas condicionadoras da integração dos elementos particulares num todo de relação” (REALE, 1992, p. 149).

<sup>166</sup> “De maneira geral, poder-se-ia dizer que o conceito de estrutura alberga dois significados fundamentais, correspondentes, respectivamente, aos termos alemães *Struktur* e *Gestalt*. O primeiro denota uma unidade decomponível de elementos correlacionados mecanicamente para fins operacionais ou, então, entidades interpretativas de axiomas e teoremas; já o segundo quer antes significar uma unidade polarizada no sentido de um valor constitutivo que dá, *uno in acto*, forma e vida a um todo irreduzível as partes componentes, entre si inseparáveis” (REALE, 1992, p. 150).

tradução nossa). As estruturas possibilitam que cada operação seja ligada umas às outras, como forma de seletividade<sup>167</sup> do que deve ou não ser reconhecido como elemento para a formação de futuras estruturas<sup>168</sup>. “Ou seja, as estruturas em si seriam algo que é fluido de momento a momento e que servem apenas para fornecer a continuação, processamento e operação contínua do sistema com informações e direções” (LUHMANN, 2013, p. 244, tradução nossa).

Assim acontece porque, as estruturas, também no pensamento luhmanniano, acabam por abstrair a qualidade concreta dos elementos, porém, “isso não significa que toda e qualquer estrutura pode ser materializada com todo e qualquer tipo de elementos, mas muito mais que estruturas também podem persistir e ser reatualizadas junto à alternância dos elementos” (LUHMANN, 2016b, p. 318). Por isso, para Luhmann (2016b, p. 319):

não é suficiente seguir uma concepção difundida e definir estruturas como relações entre elementos; pois, então, com cada elemento também precisariam desaparecer as relações, que os articulam com outros elementos. Essas relações só conquistam valor estrutural por meio do fato de que as relações a cada vez realizadas apresentam uma seleção a partir de uma pluralidade de possibilidades combinatórias e, com isso, também trazem consigo os riscos de uma redução seletiva. E somente essa seleção pode se manter constante – em meio à alternância dos elementos, ou seja, pode ser reproduzida com novos elementos. Uma estrutura consiste, portanto, como quer que ela possa se mostrar de resto, na restrição das relações admitidas no sistema (LUHMANN, 2016b, p. 319).

Outra característica apontada acerca das estruturas é que elas possuem certa invariância que proporcionam estabilidade no sistema. Esta invariância, no entanto, se dá apenas de forma relativa<sup>169</sup>, posto que, como vimos<sup>170</sup>, estruturas também se modificam. Ela pode ser material ou temporal. “Em termos materiais, o que está em questão é a proteção em relação ao fato de que outras possibilidades sempre têm concomitantemente voz; em termos temporais, a duração dessa proteção” (LUHMANN, 2016b, p. 320). Ou seja, “situações mudam de momento para

<sup>167</sup> “Em geral a estrutura é definida por uma propriedade, isto é, por uma constância relativa. Isso não está errado, mas é impreciso e improdutivo, pois obstrui o acesso à mais interessante indagação nesse contexto: porque essas constâncias relativas são necessárias? Como pretendemos manter o acesso a essa questão, definimos a estrutura através da sua função de fortalecimento da seletividade, na medida em que ela possibilita a dupla seletividade. [...] No processo cotidiano de comunicação isso ocorre inicialmente na medida em que alguém escolhe uma comunicação entre diversas outras comunicações possíveis, e o seu destinatário trate o que foi comunicado não mais como seleção, mas sim como fato, ou como premissa de suas próprias seleções, ou seja, incorporando a escolha do outro no resultado da seleção prévia. Isso alivia o indivíduo em grande parte do exame próprio das alternativas” (LUHMANN, 1983a p. 53-54).

<sup>168</sup> “Se aceitarmos a teoria de sistemas operacionalmente fechados – determinados pela estrutura –, devemos partir do pressuposto de que os sistemas transformam suas estruturas por meio de suas próprias operações, independentemente da forma de aborrecimento, irritação, desapontamento, falta, etc. com o qual esses sistemas reagem a eventos ambientais” (LUHMANN, 2006, p. 377, tradução nossa).

<sup>169</sup> “Como já foi repetidamente acentuado, a função de um conteúdo de sentido determinando estruturas não depende de uma invariância absoluta, mas apenas de que ele não seja mudado ao mesmo tempo que atua enquanto estrutura” (LUHMANN, 1985, p. 120).

<sup>170</sup> Ver principalmente na seção 3.2.3.2, p. 71.

momento, e, com isso, também se adia o estabelecimento de que outras possibilidades elas tornam naturais” (LUHMANN, 2016b, p. 320-321). Com isso, estruturas possibilitam que determinado sistema seja mais resistente às mudanças de elementos e da variação de combinações que eles podem sofrer<sup>171</sup>.

Em razão disso, Luhmann (1985, p. 120) explica que “por estrutura entendemos as condições prévias, não problematizadas, que atribuem sentidos a um sistema social e à sua relação com o ambiente, na qual se enreda a interação”. Nesse caso, as estruturas aparecem como aquilo que o sistema utiliza sem precisar questionar sua existência ou sua conformidade. Assim, “as referências de sentido, que atuam como estrutura, são tratadas como premissas estabelecidas” (LUHMANN, 1985, p. 120). Dessa forma, “as estruturas surgem no processo de comunicação na medida em que se parte de suposições em comum, ou seja, não em decorrência da comunicação intencional de seu sentido” (LUHMANN, 1983a p. 53).

Por isso, a análise e descrição do sistema por meio de suas estruturas tem a vantagem de não exigir que tudo se questione, a ponto de cairmos no regresso ao infinito. Nesse sentido:

a descrição de um sistema não exige, então, que cada elemento seja investigado em seu estado a cada vez concreto, mas se pode sair em uma observação de uma coisa e se concluir outras (se a água corre, a torneira não está propriamente fechada e vedada). Isso simplifica a tarefa da observação ou da descrição e a traz para a amplitude da capacidade de processamento de informações de sistemas reais (LUHMANN, 2016b, p. 321).

Em razão disso, no nosso caso, a utilização de estruturas para a descrição do direito simplifica nossa descrição, uma vez que não precisamos a todo tempo recorrer a quais são os fatos, valores e normas de natureza bilateral atributiva que estão sendo comunicados no sistema jurídico. Não obstante a isso, acreditamos que, ainda que não estejam de forma expressa, os três elementos estão inscritos em toda comunicação jurídica. Muitos deles, por já estarem tão incorporados na estrutura do sistema, passam por nós despercebidos até que haja uma problematização.

Assim, por exemplo, quando falamos do crime de homicídio, não precisamos, expressamente, sempre, nos referir à norma disposta no art. 121 do nosso Código Penal; à importância do valor da proteção da vida, do convívio, da incolumidade física ou da segurança para o sistema jurídico; ou ainda, a um fato específico em que João da Silva tirou a vida de

---

<sup>171</sup> “Um determinado programa de ação pode tornar mais ou menos imune contra tais irritações, e elas não seriam irritações, se elas não mudassem. Há exigências agudas de ação que se mostram como penetrantes – por exemplo, o soar do telefone ou o cheiro de queimado que vem da cozinha; mas o efeito de informações alarmantes desse tipo baseia-se no fato de que elas permanecem uma exceção. Em meio à irritação duradoura com tudo, ou, no mínimo, com muitas coisas, nenhum sentido de ação poderia se cristalizar. Com efeito, isso confluiria para o mesmo como a falta daquele estímulo: para o tédio” (LUHMANN, 2016b, p. 321).

Carlos de Souza, no dia 25 de junho de 1975, na cidade de Tabocas do Brejo Velho-BA. A análise estrutural nos possibilita, portanto, um “alívio”<sup>172</sup> nas nossas descrições e possibilitam a operacionalização do sistema<sup>173</sup>.

Ou seja, as estruturas nos permitem falar em homicídio sem precisarmos nos referir a todos os elementos que compõem o sentido do termo. Graças a isso “não é necessário criar-se constantemente suas expectativas a cada caso, ou deduzi-las de cada situação; podemos reproduzi-las e fundamentá-las sempre que necessário, a partir de um dado contexto organizado em termos de seu sentido” (LUHMANN, 1983a p. 98), cabendo à análise dos elementos, tão somente quando a estrutura passa a ser problematizada.

Dessa maneira, o que propomos é que a análise estrutural da comunicação jurídica seja descrita/observada através do conceito de modelo jurídico, tal como proposto por Reale, mas levando-se em consideração aquilo que foi construído no tópico anterior (seção 4.1), no sentido de que os fatos, valores e normas que estão em evidência são aqueles objetos de comunicações de forma bilateral atributiva. Afinal, “o que não se comunica jamais poderá influenciar na formação de estruturas” (LUHMANN, 2006, p. 376-377, tradução nossa) e, portanto, cabe ao nosso estudo nos atentar aos modelos jurídicos que são comunicados.

#### **4.2.2 Dos modelos jurídicos como estruturas que visam garantir expectativas normativas generalizadas congruentes**

Já tratamos do conceito de modelos jurídicos anteriormente<sup>174</sup>. No entanto, agora queremos abordar a ideia de modelo jurídico como sendo um caso especial de estrutura do sistema jurídico. Assim afirmamos, pois, “o modelo não é senão uma espécie do gênero estrutura, entendida esta como ‘um conjunto de elementos que entre si se correlacionam e se implicam de modo a representar dado campo unitário de significações’” (REALE, 1994b, p. 05).

---

<sup>172</sup> “As estruturas potencializam esse efeito alivante na medida que estabelecem as referências de uma seleção a outra. Através de um ato de opção, geralmente não percebido como tal, as estruturas restringem o âmbito da possibilidade de opções. Em termos imediatos elas delimitam o optável. Elas transformam o indefinido em palpável, a amplidão em redução” (LUHMANN, 1983a, p. 54).

<sup>173</sup> Entretanto, é claro que é possível questionar estruturas. As estruturas são não-problematizadas, mas são problematizáveis. Neste caso, poder-se-ia questionar, por exemplo, o quão realmente valiosa é a vida para o sistema jurídico, se realmente João da Silva tirou a vida de Carlos de Souza ou qual a extensão da situação normada contida no art. 121 do Código Penal (eutanásia é homicídio privilegiado ou auxílio ao suicídio? Deveria ser criminalizada mesmo com o “princípio da dignidade da pessoa humana”? Sobre tal questão ver, por exemplo, em Guimarães (2009)).

<sup>174</sup> Conforme seção 3.1.1, p. 51.

Ocorre que, sendo espécie do gênero estrutura, nem toda estrutura é um modelo, mas “todo modelo é necessariamente uma estrutura – a tal ponto que sob o prisma puramente descritivo, não haveria como diferenciá-los” (REALE, 1992, p. 147). No entanto, é preciso destacar que:

uma estrutura adquire a qualidade de modelo quando, além de representar, unidiversificadamente, dado complexo de significações, se converte em razão de ser ou ponto necessário de partida para novos juízos futuros, abrindo campo a novos cálculos (como se dá com os modelos matemáticos) ou, então, a novas valorações, como acontece no plano das ciências humanas, no do Direito em particular (REALE, 1994b, p. 07, destaque nosso).

Desse modo, como os modelos possuem como característica serem razão ou ponto de partida necessário para novos juízos no sistema, ele passa a apresentar um caráter normativo na sua existência. É nesse sentido que:

o modelo é uma típica estrutura normativa, ou seja, uma expressão de dever-ser, quer este se refira a algo que deva ser, de maneira explicativa, no plano da idealidade lógico-matemática, quer se relacione com algo que deva ser de maneira prescritiva, como atitude ou momento de vida no plano existencial (REALE, 1994b, p. 07).

Entretanto, é preciso de logo lembrar que para Reale (1992, p. 161), “as ‘estruturas sociais’ apresentam-se sob a forma de estruturas normativas, ou ‘sistemas de modelos’, sendo cada modelo dotado de uma especial estrutura de natureza tridimensional” (REALE, 1992, p. 161). Isso quer dizer que, como já explicado<sup>175</sup>, todas aquelas condutas de natureza ética, como a moral, religião e costume possuem também modelos próprios. No entanto, a forma como os elementos se apresentam é diferente em relação ao direito<sup>176</sup>.

Isso é importante porque quando falamos em modelos jurídicos, os valores a que trabalhamos, por exemplo, não são o da moral, dos costumes ou da religião; por isso, não é lícito no direito que qualquer um possa justificar sua conduta juridicamente, com base exclusivamente em seus valores, mas, tão somente, nos valores que são do sistema jurídico e, portanto, aqueles que possuem importância para a comunicação do direito. Isso acontece porque:

realizar o Direito é, pois, realizar os valores de convivência, não deste ou daquele indivíduo, não deste ou daquele grupo, mas da comunidade concebida de maneira concreta, ou seja, como uma unidade de ordem que possui valor

<sup>175</sup> Conferir na seção 2.1.4, p. 30.

<sup>176</sup> A título de síntese, Reale (2001, p. 54) oferece a seguinte tabela:

	Coercibilidade	Heteronomia	Bilateralidade	Atributividade
Moral	-	-	+	-
Direito	+	+	+	+
Costume	-	+	+	-



próprio, sem ofensa ou esquecimento dos valores peculiares às formas de vida dos indivíduos e dos grupos (REALE, 1999, p. 701).

É por essa razão que, aqui, o exemplo do sorvete de flocos que demos quando tratamos da característica da referibilidade<sup>177</sup> adquire novos contornos. Lá dissemos que se uma pessoa afirma que sorvete de flocos é saboroso e outra afirma que é ruim não há discordância porque se referem a pessoas diferentes. Isso funciona na moral porque a referibilidade é sempre da pessoa para si mesma. No direito, não. A referibilidade é sempre voltada ao sistema. Ou seja, o direito pode dizer, por exemplo, que é proibido o uso do amianto e posso compreender que essa posição é uma forma do sistema jurídico demonstrar que, nesse caso, já houve hierarquização dos valores da saúde, da vida e proteção do meio ambiente em detrimento dos valores da liberdade de escolha em produzir e adquirir bens e serviços.

Assim, independentemente da opinião moral, seja dos ambientalistas ou dos donos de empresas produtoras, dos empregados ou dos consumidores, a escolha de valores foi feita e construída de forma objetiva dentro do sistema<sup>178</sup>. Por isso, argumentativamente, é mais fácil haver dissensos acerca de como o direito valorou normativamente determinado fato do que como moralmente alguém o valorou conforme suas normas morais. Isso acontece porque o ponto de referência já não se encontra em nós, mas sim no próprio sistema. Assim o é, pois:

vários são os elementos que devem coincidir em dada porção ou momento da experiência social para que esta possa adquirir qualificação jurídica. É mister, antes de mais nada, uma conexão ou enlace objetivo. É o que tem sido expresso de maneiras diversas, mas, no fundo, correspondentes: *constans ac perpetua voluntas*, “vinculação objetiva”, “querer entrelaçante”, “vontade geral” etc. Se varia, nesse ponto, o entendimento dos termos, por se lhes atribuir, ora sentido psicológico ou sociológico, lógico ou deontológico, o certo é que sempre se reconhece que o Direito não está em função do querer de Fulano ou de Beltrano, mas representa uma exigência do todo coletivo (REALE, 1999, p. 701).

Por essa razão, “a compreensão da experiência jurídica em termos de modelos é de uma estrutura normativa que ordena fatos segundo valores, numa qualificação tipológica de comportamentos futuros, a que se ligam determinadas consequências” (REALE, 1992, p. 162).

<sup>177</sup> Ver na seção 4.1.5.1, p. 90 e seguintes.

<sup>178</sup> Nesse sentido, para Reale os valores do sistema sequer podem ser referidos aos legisladores que promulgaram a norma. Veja: “Na realidade, a norma jurídica emancipa-se da pessoa do legislador no ato mesmo em que é promulgada, pela simples razão de que ela jamais foi simples conteúdo de seu querer individual, mas encontrou antes em seu ato volitivo a necessária mediação para objetivar-se como ‘querer social’, expressão esta que só adquire significação precisa quando traduz ‘o complexo de valorações prevaletentes’ em cada processo nomogenético. Quando se diz, aliás, que o legislador deve se decidir como intérprete da sociedade que representa, já se põe de antemão a necessidade de interpretar-se a regra jurídica como uma ordenação axiológica que transcende a vontade subjetiva do órgão normalizador da norma: os propósitos desse querer individual passam a ser meros ingredientes, mas ingredientes indispensáveis a compreensão da ‘significação objetiva’” (REALE, 1992, p. 249).

Assim sendo, “pelo menos nos domínios das ciências jurídicas, a teoria das estruturas culmina necessariamente numa teoria dos modelos, entendidos como estruturas normativas” (REALE, 1992, p. 147).

Importante ressaltar, entretanto, que essa característica valorativa em nada retira do direito sua concretude. Isso porque:

o modelo jurídico não indica um fim primordial e abstrato a ser atingido, mas sim o fim ou os fins concretos que se inserem no dever-ser do Direito correspondente a um dado complexo de regras objetivizadas ou formalizadas segundo os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico para cada modalidade de fonte do direito (REALE, 1992, p. 38).

Dessa maneira, se por um lado os modelos jurídicos nos mostram como os valores atuam na descrição do direito; por outro, eles também sempre se referem a fatos concretos do mundo jurídico. Por isso, “os modelos jurídicos são ‘concretos’ na medida e enquanto a normatividade neles abstratamente expressa se correlaciona necessariamente com fatos e valores, que são as outras duas dimensões estruturais do direito” (REALE, 1992, p. 166). Assim sendo, podemos dizer que “modelos jurídicos são, em suma, os que surgem na experiência jurídica como estruturação volitiva do sentido normativo dos fatos sociais” (REALE, 1992, p. 162).

Acontece, porém, que, enquanto estrutura do sistema jurídico, os modelos jurídicos têm como função garantir expectativas normativas congruentes e generalizadas. Isso ocorre pois, a nosso ver, somente quando o sentido da estrutura se refere a fatos valorados normativamente, de forma bilateral atributiva, é que se consegue uma estrutura complexa suficiente para se alcançar tal função.

Quanto a essa questão, primeiramente precisamos lembrar que para Luhmann o direito visa garantir expectativas normativas congruentes e generalizadas<sup>179</sup>, em razão da necessidade em se lidar com as contingências e incertezas do futuro, sendo que o sistema jurídico atua como forma de “aliviar” a pressão decorrente dessa imprevisão quando se está diante do porvir.

De forma semelhante, Reale acredita que o direito possui um papel relevante no trato das incertezas e contingências do mundo. Nesse sentido, ele afirma que “nada mais incompatível com o direito do que a incerteza, a carência de uma diretriz segura: o direito responde, de maneira primordial, ao desejo espontâneo que o homem tem de fugir à dúvida, mais pungente no plano moral da ação do que no plano intelectual da especulação pura” (REALE, 1992, p. 193). Isso ocorre, pois, “o homem, por sua própria natureza, não pode permanecer indefinidamente num estado de incerteza – por ser a dúvida tanto um mal lógico

---

<sup>179</sup> Ver na seção 2.2.4, p. 41.

quanto existencial e, por isso mesmo, paradoxalmente, poderosa fonte instigadora na busca da verdade” (REALE, 1994b, p. 52).

É por essa razão que entendemos que se construirmos comunicações corretas acerca dos modelos jurídicos, poderemos saber, de forma mais segura, quais são as expectativas que o direito está buscando sustentar. Do mesmo modo, através dessa concepção, podemos analisar como cada fato veio a ser valorado normativamente na história do direito de maneira a possibilitar a verificação da sua evolução.

## 5 A APLICAÇÃO DA PROPOSTA DE DESCRIÇÃO DO DIREITO NO PROCESSO DE MUDANÇA DO DIREITO

Para analisarmos como o direito muda no decorrer do tempo, não podemos prescindir de uma descrição “estática” do direito. Esta descrição, falamos anteriormente, será feita através da construção de modelos jurídicos. Isso quer dizer que, inicialmente, precisamos responder a seguinte questão: como determinado fato é valorado normativamente em dado ordenamento jurídico e em certo período de tempo?

Com o fito de responder a essa pergunta, entendemos que devemos observar qual o teor das comunicações referentes ao caso pesquisado. Ou seja, o que vai importar aqui é o que é comunicado. No direito, pelas sentenças, leis em sentido amplo, petições, debates, teorias, produções dogmáticas, etc. Isto é, pelos modelos jurídicos (legislativos, jurisprudenciais, negociais e costumeiros) e modelos dogmáticos<sup>180</sup>. Assim, a construção da descrição dos modelos jurídicos se dará na busca pela identificação de comunicações referentes aos fatos valorados normativamente em determinado sistema jurídico.

Em posse da resposta dessa pergunta, poderemos incluir, então, a distinção temporal entre presente, passado e futuro. O que, em termos luhmannianos, significa dizer incluir no problema a questão do passado presente e do futuro presente. Isso porque, para Luhmann, o presente só pode ser observado através da distinção passado/futuro<sup>181</sup> e tudo que acontece somente acontece no presente e ao mesmo tempo<sup>182</sup>.

As descrições voltadas ao passado são possibilitadas pela memória do sistema<sup>183</sup>. A memória viabiliza que as experiências adquiridas com eventos anteriores tenham relevância

---

<sup>180</sup> Sobre a função da dogmática no sistema jurídico ver em Luhmann (1983b), em Reale (1994b).

<sup>181</sup> “Por conseguinte, para sistemas de sentido, o tempo é a interpretação da realidade em relação a uma diferença entre passado e futuro. Nela, o horizonte do passado (e, do mesmo modo, do futuro) não é algo como o começo (ou o fim) do tempo. Essa representação de começo ou fim é excluída justamente pelo conceito de horizonte” (LUHMANN, 2016b, p. 100-101).

<sup>182</sup> “Tudo que acontece acontece ao mesmo tempo. O operador, o observador do tempo, observa quando observa e não observa quando não observa. Tudo que acontece acontece no momento em que ele reflete sobre o futuro ou o passado, sobre a velocidade ou a aceleração, sobre o presente, sobre a urgência e, de fato, sobre qualquer outra coisa. Tudo isso não acontece nem antes nem depois deste momento” (LUHMANN, 2013, p. 144, tradução nossa). “Nenhum sistema pode avançar mais rapidamente no tempo do que outro e, assim, perder a simultaneidade necessária aos contatos com o ambiente. Mesmo que, de acordo com Einstein, ‘o tempo’ permitisse isso, o sistema permaneceria colado ao seu ambiente. A diferença entre ambiente e sistema só pode ser estabelecida como simultânea. Portanto, a conexão contínua entre sistema e ambiente pressupõe uma cronologia conjunta” (LUHMANN, 2016b, p. 212).

<sup>183</sup> “O sistema usa em suas operações atuais (sempre se refere a um presente) um dispositivo adicional que – seguindo Spencer Brown – poderíamos chamar de memória. Em todo caso, um sistema que queira estabelecer causas históricas para seu estado atual ou que se pense ser caracterizado como diferente em comparação com estados anteriores (por exemplo, como moderno) requer uma memória para poder processar as distinções” (LUHMANN, 2006, p. 457, tradução nossa).

para a tomada de decisão no presente com vista ao futuro<sup>184</sup>. Ela possibilita a historicidade, a cultura, a continuidade do sistema<sup>185</sup>. Ela impõe que jamais se tenha grau zero de sentido<sup>186</sup>, que estruturas sejam levadas em consideração, que o passado, em suma, exista no presente.

As descrições voltadas ao futuro se presentificam no âmbito da expectativa<sup>187</sup>. É o que se espera hoje do amanhã. Ela possibilita a transcendência e a normatividade na descrição<sup>188</sup>. À pergunta sobre como as coisas foram ou estão sendo, a memória pode dar conta; se elas devem continuar dessa maneira, cabe ao futuro responder<sup>189</sup>. É pela abertura do futuro que o dever-ser é possível e passa a ter algum sentido. Somente porque o que é, pode deixar de ser, que se pode postular por uma maneira diferente ou pela continuidade do seu estado atual. Aqui entra a crítica, os sonhos, as utopias, o desejo de mudança e a própria possibilidade da mudança<sup>190</sup>.

---

<sup>184</sup> “Se a memória só pode exercer sua função na operação atual (isto é, apenas no presente), isso significa que ela tem a ver com a distinção passado/futuro; que administra essa distinção, e que de modo algum opera unilateralmente com referência ao passado. [...] Com seus testes de consistência, fixa o que parece ao sistema como "realidade" (no sentido de "res") depois de ter processado aquela resistência interna auto-organizada. O que, por sua vez, significa: controlar a realidade do sistema para o futuro” (LUHMANN, 2006, p. 459, tradução nossa).

<sup>185</sup> “Na específica dimensão temporal do sentido, pode ser constituída a história. Não se deve entender aqui como história simplesmente a sequência fática das ocorrências, segundo a qual o presente pode ser entendido como efeito de causas passadas ou como causa de efeitos futuros. O específico na história do sentido é, antes, que ela possibilita o acesso opcional ao sentido de ocorrências passadas ou futuras, ou seja, possibilita saltar a sequência. A história surge mediante rompimento de sequências. [...] Assim, história é sempre o passado presente ou o futuro presente, sempre um distanciamento da pura sequência, e sempre a redução da (mediante esse distanciamento) adquirida liberdade de acesso abrupto a todo passado e todo futuro” (LUHMANN, 2016b, p. 102)

<sup>186</sup> “O passado surge agora no presente como *status quo* dos sistemas, do qual tem que partir qualquer mudança significante, enquanto aspecto não mais evitável do futuro. Toda inovação tem que acoplar-se ao já existente, já conhecido, não modificado. Essas referências poderiam ser quase que arbitrariamente escolhidas pelo direito racionalmente construído e plenamente transparente, da mesma forma que pelo direito totalmente caótico” (LUHMANN, 1985, p. 171).

<sup>187</sup> “Os horizontes temporais do sistema aparecem junto às expectativas. Logo que se encontra firmado o que, por exemplo, é esperado, pode-se estimar a partir daí futuros e passados. Por meio de expectativas, o tempo se torna por assim dizer móvel, a saber, ele se toma em si mesmo adiável: logo que eu tiver pago as minhas dívidas, poderei comprar um carro e, então...” (LUHMANN, 2016b, p. 349).

<sup>188</sup> “Precisamente porque ainda não se encontra firmado o que será, é possível ordenar uma profusão de operações atuais por meio de uma perspectiva de futuro. A incerteza do futuro transforma-se na certeza de que se precisa fazer atualmente algo, para alcançá-lo – mas essa conclusão só funciona, caso supusermos a assimetria e obscurecermos a possibilidade de que se possa estabelecer para si também outras metas” (LUHMANN, 2016b, p. 529).

<sup>189</sup> “A autorreferência possibilita uma reorientação por vivências ou ações passadas e indica continuamente essa possibilidade: uma coisa ainda está lá onde ela havia sido deixada; uma injustiça pode ser reparada. A conclusão de uma ação pode ficar suspensa ou adiada com o estado presente de uma intenção que ainda aguarda pelo tomar-se irreversível” (LUHMANN, 2016b, p. 101).

<sup>190</sup> “Os presentes futuros abrem, em contrapartida, a possibilidade de atualizar algo e de, mais tarde, resolvê-lo. Uma perspectiva temporal coloca sob pressão, a outra dissolve ou relaxa ao menos a tensão. O futuro presente também parece seduzir para máximas suprateleológicas, que oferecem um alto potencial em termos de contradição, tal como, por exemplo, memento *mori*, não deixar nenhum pecado sem penitência, sempre se mostrar aplicado (industrialidade) e, recentemente, medo das catástrofes. Os presentes futuros estimulam antes ao planejamento orientado por fins, a saber, ao arranjo de sequências sob o potencial de satisfação valorativa mais elevado possível. Em um caso, as pessoas se orientam pelas utopias positivas ou negativas, no outro caso

Dessa maneira, o presente, em verdade, mostra-se composto pelo seu passado e seu futuro<sup>191</sup>. Passado como condição. Futuro como possibilidade. Passado que é porque foi. Futuro que é porque pode vir a ser.

Em Reale essa tensão passado/futuro que resulta o presente se encontra na estrutura dos objetos culturais. Suporte não é outra coisa senão o que é, o dado, aquilo que é regido pela causalidade, que é explicável<sup>192</sup>. O sentido, ao revés, é dado também pelo futuro, o que se quer alcançar, o valor a se resguardar, o desvalor a se evitar<sup>193</sup>. Mas isso somente é possível no presente. O que se quer alcançar hoje, o valor a se resguardar atualmente, o desvalor a se evitar agora. Por isso Reale (1999, 2000) afirma que todo objeto cultural “somente é enquanto deve ser”<sup>194</sup>. Passado no presente. Futuro presentificado.

É por essa razão que ao objeto cultural não basta a explicação<sup>195</sup>, seu estudo precisa se voltar ao que Reale chama de compreensão<sup>196</sup>. Compreender o que é, enquanto deve ser. Realidade inerente a todos objetos culturais e que, portanto, todas as suas descrições precisam levar em consideração.

Isso tem algumas implicações para os estudos de caso que faremos em seguida. A primeira é que, para a construção do nosso modelo jurídico, precisaremos tentar descrever o estágio “atual” de como determinado fato está sendo valorado normativamente pelo sistema

---

a orientação é antes tecnológica. Essas duas possibilidades de modalização temporal reflexiva não são dadas enquanto alternativas, que jamais poderiam ser eleitas por si. Elas se implicam mutuamente. Elas se implicam reciprocamente na unidade do tempo”. (LUHMANN, 2016b, p. 429)

<sup>191</sup> “O presente não é outra coisa senão a distinção passado/futuro. Não é um estágio temporal independente, mas apenas o tempo de operação necessário para observar as distinções – qualquer que seja sua perspectiva factual – nos horizontes do tempo do passado e do futuro” (LUHMANN, 2006, p. 459, tradução nossa).

<sup>192</sup> “A bem ver, a explicação corresponde a uma intencional aderência à coisa como coisa, ainda que de antemão se saiba que na apreensão desta esteja sempre presente um coeficiente ineliminável de ordem axiológica; o que, em suma, se visa atingir são enunciados relacionais ou leis que em si mesmos não têm natureza axiológica, a não ser de maneira reflexa, por sua fundação originária” (REALE, 2000, p. 211-212).

<sup>193</sup> “As leis culturais expressam sempre um sentido para um ou mais valores, segundo diretriz compreensiva dos significados próprios da realidade estudada, diretriz essa que adquire alcance ético quando se declara a obrigatoriedade de determinados atos e abstenções” (REALE, 1999, p. 253).

<sup>194</sup> “A cultura não é algo de intercalado entre a natureza e o valor, ocupando um vazio deixado por ambos, mas é antes a projeção que resulta da interação de ‘fatos naturais’ e ‘sentidos de valor’. É a razão pela qual afirmamos que ‘a cultura é enquanto deve ser’, na medida em que ela implica sempre algo referido a valores com a concomitante exigência da ação que lhes corresponde” (REALE, 2000, p. 279).

<sup>195</sup> “Os bens de cultura compreendem-se, não se explicam apenas. O explicar é condição do compreender, porque em todo objeto cultural existe um elemento que é o ‘suporte’. A compreensão marca, ao contrário, o íntimo contacto (vivência) com o elemento valorativo ou axiológico, que nos dá o sentido ou significado de um fato humano. Sem ‘compreensão’, entendido o termo na acepção especial que lhe estamos dando, não existe ciência cultural. Se lembrarmos, a esta altura, que as regras morais e as jurídicas são bens de cultura, compreenderemos logo que elas não podem ser apenas explicadas, porque devem ser ‘compreendidas’” (REALE, 1999, p. 251-252).

<sup>196</sup> “A compreensão, que se vale de nexos explicativos inerentes a todo suporte de objetos culturais, não só é axiológica em razão do originário enfoque condicionante da pesquisa, mas também em virtude do caráter intrinsecamente axiológico e vivencial da realidade cujo sentido se pretende determinar” (REALE, 2000, p. 212)

jurídico. Ao descrever esse estágio atual, precisaremos também fazer uma distinção entre o como era e o como é, já que todos os nossos objetos, por serem jurídicos, são histórico-culturais. Com isso, então, poderemos descrever as mudanças ocorridas nos nossos objetos de pesquisa. Isto é, descrever processos de redundância e evolução no trato de determinados fatos pelo sistema jurídico.

Dessa forma, estaremos mais aptos a argumentar pela manutenção ou mudança na maneira em que o sistema jurídico tem valorado normativamente determinada situação fática. Ou seja, poderemos fazer uma descrição de caráter mais prescritivo, enquanto crítica ao modelo estudado.

## 5.1 A ANÁLISE DA INICIATIVA DA AÇÃO PENAL DECORRENTE DE LESÃO CORPORAL LEVE EM CASO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Seguindo nossa lente elaborada nas linhas anteriores, queremos expor no presente tópico como o sistema jurídico brasileiro tem valorado normativamente a iniciativa da ação penal, em casos de lesões corporais, quando ocorridas em situação de violência doméstica no período de 1988 até o presente.

O fato jurídico estudado será o seguinte: “XY”, em contexto de violência doméstica, intencionalmente, agrediu sua esposa “XX”, causando-lhe lesões corporais de natureza leve. A partir desse fato, queremos saber como ele vem sendo valorado normativamente no ordenamento jurídico brasileiro, no que pertine à iniciativa da ação penal que irá processar e julgar tal ocorrência.

Após determinar qual fato valorado normativamente queremos estudar, podemos, então, introduzir a necessária questão temporal para avaliarmos sua evolução. No presente caso, elegemos os seguintes marcos históricos para nossa avaliação: primeiro, compreendendo o período de 1988 até a promulgação da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais); segundo, até a promulgação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Pena); terceiro, até Julgamento do Resp. nº 1.097.042 – DF, ocorrido em 2010; quarto, até o Julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.424 – DF realizado em 2012; e quinto até os dias atuais.

Entretanto, antes de começarmos a discussão/descrição acerca da história desta situação à luz da valoração normativa, gostaríamos, inicialmente, ainda que brevemente, de apresentar considerações acerca de dois conceitos que nos servirão como estrutura para nossa análise. Essas considerações são referentes aos tipos de iniciativas da ação penal e ao que se considera crime de lesões corporais leves em nosso sistema.

### 5.1.1 Dos tipos de iniciativa da ação penal no sistema jurídico brasileiro

Cediço é que a ação penal “é o direito do Estado-acusação ou do ofendido de ingressar em juízo, solicitando a prestação jurisdicional, representada pela aplicação das normas de direito penal ao caso concreto” (NUCCI, 2016, p. 182). A ação penal pode ser de iniciativa privada ou pública<sup>197</sup>. Fala-se em ação penal de iniciativa pública quando a legitimação para a propositura da ação é privativa do Ministério Público, nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988<sup>198</sup>. Por sua vez, dizemos que a ação é de iniciativa privada quando cabe ao ofendido ajuizar a ação devida (PACELLI, 2018, p. 128).

No caso das ações penais públicas há a obrigatoriedade do órgão ministerial em propor a ação penal (PACELLI; FISCHER, 2017, p. 116-118). Isso significa dizer que “não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou da oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal” (PACELLI, 2018, p. 117). O inverso acontece com as de iniciativa privada, já que o ofendido pode escolher promover a ação penal ou não, devendo ele fazer o juízo de oportunidade e conveniência para iniciar uma persecução penal (LOPES JUNIOR, 2016, p. 190-191).

Ocorre que a ação penal de iniciativa pública pode ser incondicionada ou condicionada<sup>199</sup>. A incondicionalidade é a regra do nosso sistema, conforme dispõe o art. 100 do Código Penal Brasileiro<sup>200</sup>. Com isso, em havendo conhecimento por parte do Ministério Público de prática delituosa e presente os demais requisitos, ele já pode exercer seu dever<sup>201</sup> de

<sup>197</sup> Não nos olvidamos aqui da possibilidade de haver ação penal privada subsidiária da pública, prevista no art. 5º, LIX da CF, art. 29 do CPP e art. 100, § 3º, do CP. Ocorre que em verdade, nesse caso, a ação continua sendo de iniciativa pública, havendo tão somente a ocorrência da substituição processual por parte do ofendido em razão da desídia do Ministério Público. Nesse sentido, conferir Pacelli e Fischer (2017, p. 79 e seguintes); e Lopes Junior (2016, p. 196-197).

<sup>198</sup> “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (BRASIL, 1988).

<sup>199</sup> Em que pese autores como Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 633-634) dividirem a ação penal em pública em incondicionada, condicionada e extensiva, entendemos que, embora esta última esteja prevista no art. 101 do Código Penal; ela nada mais é do que uma espécie da ação penal de iniciativa pública incondicionada, já que a propositura da ação deve ser feita pelo Ministério Público independentemente de representação ou requisição. Por este motivo, entendemos ser mais correto dividir analiticamente as ações públicas, apenas em condicionadas e incondicionadas, tal como Pacelli e Fischer (2017), Aury Lopes Junior (2016) e Nucci (2016).

<sup>200</sup> “Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido” (BRASIL, 1940).

<sup>201</sup> “É que, como as ações penais são, em regra, de natureza pública, tendo por legitimado ativo um órgão de natureza igualmente pública (o Ministério Público), a uma conclusão imediata já se chega, sem maiores indagações: o exercício da ação penal (pública) não revela exercício de direito algum, mas de verdadeiro *dever*. [...] Por isso, a ação penal pública é dever do Estado, como também o é a jurisdição. *Dever* este que vem



ajuizar a ação penal correspondente. No entanto, em alguns casos, quando a lei expressamente assim dispor, a iniciativa a ação penal poderá ser condicionada à representação ou à requisição do Ministro da Justiça. Dessa maneira, em se tratando de crime cuja ação penal correspondente seja condicionada, o Ministério Público necessita da representação ou requisição como condição para a propositura da ação<sup>202</sup>, não podendo dar início à ação penal sem elas.

Mas porque o sistema impôs essa diferença entre as iniciativas das ações penais?

Segundo Pacelli (2018, p. 122), a opção pelo condicionamento para a propositura da ação penal pública se deu para buscar a proteção da vítima, posto que em alguns casos a apuração de determinados crimes pode causar efeitos ainda mais negativos para o ofendido com a publicização do fato apurado. Isso é o que:

a doutrina convencionou chamar de *strepitus iudicii* (escândalo provocado pelo ajuizamento da ação penal), reserva-se a ela [a vítima] o juízo de oportunidade e conveniência da instauração da ação penal, com o objetivo de evitar a produção de novos danos em seu patrimônio – moral, social, psicológico etc. – diante de possível repercussão negativa trazida pelo conhecimento generalizado do fato criminoso (PACELLI, 2018, p. 122).

Outra possível justificativa para o autor é de cunho mais pragmático, posto que “se o ofendido não se dispuser a confirmar a lesão em juízo, a ação penal dificilmente chegará a bom termo” (PACELLI, 2018, p. 122).

Nestor Távora e Rosmar Alencar (2017, p. 265) refere-se à ofensa à vítima em sua intimidade como critério para se justificar a diferenciação entre as ações penais de iniciativa pública condicionada ou incondicionada. Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 184), por sua vez, diz que:

o prisma da ação penal pública – condicionada ou incondicionada – volta-se ao interesse da sociedade na apuração e punição do infrator. Quando se permite ao ofendido o direito de representar, legitimando o Ministério Público a atuar, nada mais se faz que resguardar a mescla de interesses: público e privado.

A doutrina aponta justificativas possíveis também para a existência das ações penais de iniciativa privada. Para Pacelli (2018, p. 128-129), por exemplo, “a única razão para a permanência da ação penal privada parece ser o controle – objetivo, e não discricionário – de propositura da ação penal, o que permite à vítima de determinados delitos ingressar no juízo

---

expressamente afirmado em texto constitucional (art. 129, I), com a privatividade da ação penal pública.” (PACELLI e FISCHER, 2017, p. 59, destaques do autor).

<sup>202</sup> “Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo” (BRASIL, 1941).

criminal independentemente do juízo de valor que dele ou sobre ele fizer o Ministério Público”. Távora e Alencar (2017, p. 271), entretanto, dizem que:

o fundamento é evitar o constrangimento do processo (*strepitus iudicii*), podendo a vítima optar entre expor a sua intimidade em juízo ou quedar-se inerte, pois muitas vezes, o sofrimento causado pela exposição ao processo é maior do que a própria impunidade do criminoso. Ação penal de iniciativa privada tem assim o fito de proteger o ofendido contra a "vitimização secundária" (ou efeito vitimizador), que muitas vezes é provocada por meio de novos danos e exposições decorrentes das investigações levadas a cabo pelos órgãos da persecução penal estatal.

Dessa maneira, podemos perceber que o sistema jurídico penal criou distinções referentes às situações fáticas, de maneira a tratar a iniciativa das ações penais de forma diferente por reconhecer que há uma discrepância valorativa que deve ser levada em consideração, ao se iniciar uma ação penal (honra, intimidade, oportunidade, conveniência, segurança, etc.). No entanto, o que mais nos importa, neste momento, é ter em conta as características de cada um dos tipos de iniciativas das ações penais em apreço, posto que nosso objetivo nesta seção é estudar como os casos de lesões corporais leves em situação de violência doméstica foram sendo valorados normativamente no que pertine ao tipo de iniciativa para a propositura da ação penal no decorrer do lapso temporal escolhido. Assim, podemos passar ao estudo acerca do crime de lesões corporais leves.

### 5.1.2 O crime de lesões corporais leve

Atualmente<sup>203</sup> o crime de lesões corporais leve está tipificado no art. 129 do nosso código penal. Em seu *caput*, ele diz: “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano”.

Segundo a exposição de motivos do nosso código penal atual, “o crime de lesão corporal é definido como ofensa à integridade corporal ou à saúde, isto é, como todo e qualquer dano ocasionado à normalidade funcional do corpo humano, quer do ponto de vista anatômico, quer do ponto de vista fisiológico ou mental” (BRASIL, 1969, p. 138-139). Ou seja, “lesão corporal consiste em todo e qualquer dano produzido por alguém, sem *animus necandi*, à integridade física ou à saúde de outrem. Ela abrange qualquer ofensa à normalidade funcional do organismo

---

<sup>203</sup> Anteriormente, “o Código Criminal do Império, influenciado pelo Código francês de 1810, punia as perturbações à integridade física (art. 201), atribuindo ao crime o *nomen iuris* “ferimentos e outras ofensas físicas”. O Código republicano de 1890, por sua vez, já utilizava a terminologia “lesões corporais” (art. 303) e punia a ofensa física, com ou sem derramamento de sangue, incluindo no crime também a dor” (BITENCOURT, 2012, p. 459).

humano, tanto do ponto de vista anatômico quanto do fisiológico ou psíquico” (BITENCOURT, 2012, p. 459).

Segundo Sanches (2017, p. 115-116), o crime de lesões corporais pode ser classificado, de acordo com o elemento subjetivo ou quanto à intensidade do resultado. “No primeiro critério a lesão pode ser: a) dolosa simples (*caput*); b) dolosa qualificada (§§ 1º, 2º e 3º); c) dolosa privilegiada (§§ 4º e 5º); e, d) culposa (§ 6º). Já com base no segundo, classifica-se a lesão em: a) leve (*caput*); b) grave (§ 1º); c) gravíssima (§ 2º); d) seguida de morte (§ 3º)”.

No nosso exemplo estudado interessa o critério de intensidade, cuja classificação é considerada “leve”. No entanto, “para saber se um crime de lesão corporal é de natureza leve, grave ou gravíssima, devemos empregar o critério de exclusão. Há delito de lesão corporal leve sempre que o fato não se enquadra na descrição do art. 129, §§ 1º e 2º, que definem as lesões graves e gravíssimas” (JESUS, 2013, p. 168).

O parágrafo primeiro trata das lesões corporais que são consideradas como graves. Isso ocorrerá se os danos sofridos pela vítima resultar em: sua incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias (inciso I); perigo de vida (inciso II); debilidade permanente de membro, sentido ou função (inciso III); e/ou aceleração de parto (inciso IV). A pena-base aqui passa a ser de reclusão que varia de um a cinco anos.

O parágrafo segundo tipifica as lesões corporais denominadas pela doutrina como gravíssimas<sup>204</sup>. Assim serão consideradas se a ofensa física acometida pela vítima resultar em sua incapacidade permanente para o trabalho (inciso I); enfermidade incurável (inciso II); perda ou inutilização do membro, sentido ou função (inciso III); deformidade permanente (inciso IV); e/ou aborto (inciso V). Em ocorrendo algum destes resultados, a pena na primeira fase da dosimetria será de reclusão entre dois a oito anos.

Além dessas duas, há ainda uma outra qualificadora, cujo resultado é importante para se definir qual o tipo do crime de lesão corporal estamos lidando. Neste caso, previsto no parágrafo terceiro, a morte da vítima será o resultado qualificador. Com isso, a pena-base irá variar de quatro a doze anos. Dessa forma, caso sobrevenha a morte da vítima, o fato se amoldará ao que dispõe este artigo e não ao art. 121, pois o agente não possuía o *animus necandi*, ou seja, o resultado morte ocorreu mesmo sem o agente querê-lo ou ter assumido o risco de produzi-lo (JESUS, 2013, p. 176). Trata-se, em verdade, de um caso típico de crime preterdoloso, pois:

---

<sup>204</sup> Ver em Damásio de Jesus (2013, p. 173), Rogério Sanches Cunha (2017, p. 121), Fernando Capez (2018, p. 158).

pune-se o primeiro delito (lesão corporal) pelo dolo e o segundo delito (morte), a título de culpa. O evento morte não deve ser querido nem eventualmente, ou seja, não deve ser compreendido pelo dolo do agente, senão o crime será de homicídio. A morte é imputada ao agente a título de culpa, pois não previu o que era plenamente previsível, sendo-lhe, por isso, imputado o resultado mais grave (CAPEZ, 2018, p. 160).

Ocorre que, a partir da promulgação da Lei Federal de nº 10.886 de 2004, criou-se uma qualificadora para as lesões corporais cuja intensidade do resultado seria considerada leve<sup>205</sup>. Aqui, o critério para qualificar o crime não é mais os danos sofridos pela vítima, mas sim a relação doméstica existente pelas quais a lesão foi sofrida. *In verbis*, o parágrafo nono inserido pela referida lei diz que “se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano”. Posteriormente, a Lei 11.340/2006 modificou a pena deste dispositivo passando a punir o agente com pena de detenção de 3 meses a 3 anos, mas manteve a redação original do tipo penal.

Como já havíamos dito, o caso que pretendemos analisar é a mudança na iniciativa da ação penal dos crimes de lesões corporais de natureza leve, em contexto de violência doméstica. Uma vez explicado do que se trata a questão da iniciativa para a propositura da ação e o que se considera uma lesão corporal leve, podemos, então, passar a analisar nosso caso problema através dos marcos temporais supra definidos.

### 5.1.3 De 1988 até a promulgação da Lei nº 9.099/95

Nosso exercício aqui é saber como o fato de “XY”, em contexto de violência doméstica, de forma intencional, agredir sua esposa “XX”, causando-lhe lesões corporais de natureza leve era valorado normativamente no que pertine à iniciativa da ação penal no período de 1988 até a promulgação da Lei de nº 9.099/95.

Como vimos, a regra do nosso sistema jurídico é que toda ação penal será de iniciativa pública incondicionada, salvo disposição expressa (art. 100 do CP). No caso do art. 129 do CP, até a Lei 9.099/95, a iniciativa era pública incondicionada, uma vez que não havia qualquer

---

<sup>205</sup> Se o resultado impuser à vítima danos de natureza grave, gravíssima ou levá-la à morte não se aplica o §9º do 129, mas sim, a qualificadora, cuja pena seja a correspondente ao resultado agravador com a causa de aumento de pena do §10º. Nesse sentido: “Trata-se de figura típica qualificada, cominados mínimo e máximo da pena, aplicável somente à lesão corporal leve dolosa (figura típica simples), excluída a forma culposa (§ 6º). As lesões de natureza qualificada pelo resultado (§§ 1º a 3º), quando presente a violência doméstica, têm disciplina diversa (§ 10 do art. 129, mantido pela Lei nº 11.340, de 7-8-2006)” (JESUS, 2013, p. 179).

norma que exigisse representação ou requisição do ofendido para que o Ministério Público pudesse ajuizar a ação.

O fato de o crime ter sido cometido em contexto de violência doméstica em nada alterava a natureza da ação penal, nem as penas a serem impostas ao agente. Ou seja, o fato de a lesão corporal ter sido praticada ou não em ambiente doméstico era indiferente ao sistema jurídico para a determinação do intervalo a ser imposto a título de pena-base. Somente importava, portanto, a intensidade dos danos sofridos e não a circunstância em que foi praticado o crime.

No entanto, o sistema mudou com a introdução da Lei 9.099/95, o elemento normativo do sistema foi alterado e tal variação modificou a estrutura do modelo jurídico, objeto da nossa pesquisa. Vejamos em seguida.

#### **5.1.4 Da Lei 9.099/95 até a promulgação da 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)**

A Lei 9.099/95 trouxe diversas inovações no processo penal<sup>206</sup> quando passou a possibilitar a composição civil dos danos (arts. 72 e 74), a transação penal (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89), por exemplo. Mas a modificação que mais interessa para o modelo jurídico pesquisado é a introdução do art. 88 no sistema. *Ipsis litteris*, tal artigo diz o seguinte: “Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas”.

Dessa maneira, se “XY”, em contexto de violência doméstica, agride sua esposa “XX” causando-lhe lesões corporais de natureza leve no período entre a Lei 9.099/95 e a Lei 11.340/2006, a iniciativa da ação penal que irá processar e julgar o caso será de natureza condicionada à representação. Ou seja, caso o Ministério Público tome ciência de que uma mulher foi agredida (por exemplo, por denúncia anônima, ligação do vizinho, informação prestada pelo hospital ou posto de saúde, etc.), ele não pode ajuizar a ação penal, se as lesões forem leves ou culposas, salvo se a vítima representar criminalmente contra o agressor.

Dessa maneira, percebe-se que houve uma variação em uma norma fora do código penal e de processo penal que altera substancialmente nosso modelo jurídico. O que era incondicionada passa a ser condicionada à representação. No entanto, o fato de ter sido a

---

<sup>206</sup> “De qualquer forma, analisando a Lei nº 9.099/95 é preciso reconhecer que o texto referente aos Juizados Especiais Criminais representou uma verdadeira revolução no processo penal brasileiro, alterando não apenas o tratamento dos acusados pela prática de crimes de menor potencial ofensivo, mas também o papel da vítima e a forma de cumprimento das penas” (ROCHA, 2016, p. 29).

agressão cometida em contexto de violência doméstica em nada altera o resultado. Isto é: o fato de ter sido o esposo que agrediu sua mulher não causa nenhuma distinção para o sistema. Caso a vítima tivesse sido agredida por um(a) desconhecido(a) na rua, não traria qualquer diferença valorativa nesse sentido.

Isso só vai mudar com o advento da Lei 10.886 de 2004, quando se cria a qualificadora para os casos de violência doméstica. Interessante destacar que na justificativa do Projeto de Lei nº 03/2003, de autoria da Deputada Iara Bernardi (PT/SP), a autora do projeto apresenta um argumento justamente voltado à busca da distinção jurídica para um fato que, para ela, deveria ser valorado normativamente de forma distinta. Veja o que ela afirma:

Não se pode tratar da mesma maneira um delito praticado por um estranho e o mesmo delito praticado por alguém de estreita convivência, como é o caso de maridos e companheiros em detrimento de suas esposas, companheiras. O delito praticado por estranho em poucos casos voltará a acontecer, muitas vezes, agressor e vítima sequer voltam a se encontrar, já o delito praticado por pessoa da convivência tende a acontecer novamente, bem como, pode acabar em delitos de maior gravidade, como é o caso do homicídio de mulheres inúmeras vezes espancadas anteriormente – esta especificidade da violência doméstica exclui os delitos decorrentes desta forma de violência da classificação “menor potencial ofensivo”. Embora tecnicamente, levando-se em conta a pena – no caso das lesões corporais leves e da ameaça – a classificação seja menor potencial ofensivo as circunstâncias que cercam tais delitos majoram este potencial (BERNARDI, 2003, p. 03).

Ocorre que, mesmo após a inserção da Lei 10.886/2004, a iniciativa da ação penal desses casos continuou a ser pública condicionada à representação e de competência dos juizados especiais criminais. No entanto, tal situação normada sofrerá outra variação, após a edição da Lei 11.340/2006.

### **5.1.5 Da Lei 11.340/2006 até o Julgamento do Resp. nº 1.097.042- DF (2010)**

A Lei 11.340/2006, também conhecida como Lei Maria da Penha, trouxe diversas modificações para o direito penal<sup>207</sup> sobre o modo como o sistema jurídico valora a questão da violência, não só no âmbito doméstico, mas principalmente inserindo o critério de gênero como uma distinção relevante para o sistema jurídico penal.

É importante notar que a Lei 10.886/2004 não trazia ainda a diferença homem/mulher como critério para abranger a qualificadora por ela criada, mas tão somente a circunstância

---

<sup>207</sup> Sobre as modificações no aspecto penal ver em Damásio de Jesus (2015). Para uma análise mais abrangente da lei ver em Stela Valéria de Farias Cavalcanti (2012) e Carmen Hein de Campos (2011).

“doméstica”<sup>208</sup>. Veja que pode ser sujeito passivo do crime tipificado no §9º do art. 129 do CP, tanto homens, quanto mulheres. No entanto, quando a vítima for mulher, incidirá o que dispõe o art. 41 da Lei 11.340/06, dispositivo este que irá promover mais uma mudança no nosso modelo jurídico estudado.

O art. 41 diz o seguinte: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”. Desse modo, pode parecer simples que aquilo que está disposto na Lei 9.099/95 não pode ser aplicado aos casos regidos pela Lei 11.340/2006. Entretanto, tal dispositivo sofreu diversos questionamentos desde sua promulgação.

O primeiro questionamento se deu em respeito à própria constitucionalidade do dispositivo. No HC 106212 MS, julgado em 24/03/2011, ao ser arguida a inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal foi contrário à tese sustentada pelo impetrante e entendeu pela constitucionalidade da diferença trazida pelo tratamento legal do art. 41 da Lei 11.340/2006<sup>209</sup>, em relação ao gênero da vítima.

A segunda controvérsia foi criada em relação à aplicabilidade deste dispositivo para os casos de contravenções penais. Isso porque, como a lei fala “*aos crimes* praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher [...]”, para os defensores da tese da inaplicabilidade, ao se referir apenas à crimes, isso afastaria a incidência do artigo em face das contravenções penais. Ocorre que, no mesmo julgamento do HC 106212 MS, o Supremo Tribunal Federal firmou tese no sentido de que o art. 41 da Lei 11.340/2006 é aplicado também nas contravenções penais. Isso porque, segundo o relator:

Presente a busca do objetivo da norma, tem-se que o preceito afasta de forma categórica a Lei nº 9.099/95 no que, em processo-crime – e inexistente processo-contravenção –, haja quadro a revelar a violência doméstica e familiar. Evidentemente, esta fica configurada no que, valendo-se o homem da supremacia de força possuída em relação à mulher, chega às vias de fato,

<sup>208</sup> Tanto assim o é que as vítimas descritas no tipo estão no masculino, veja que ela diz que “[...] se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”. Obviamente a mulher está incluída no tipo, mas é importante ressaltar que diferentemente dos dispositivos da Lei 11.340/2006, aqui, a pessoa do sexo masculino que sofre violência no âmbito familiar, também pode ser sujeito passivo do §9º do art. 129 do CPB. Ressalte-se, ainda, que essa redação não foi modificada pela nova legislação. A Lei Maria da Penha modificou tão somente os limites da pena para de 03 meses a 03 anos.

<sup>209</sup> “VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – ALCANCE. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95 – CONSTITUCIONALIDADE. Ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher. (HC 106212, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2011, Processo Eletrônico DJe-112 Divulg 10-06-2011 Public 13-06-2011 RTJ VOL-00219-01 PP-00521 RT v. 100, n. 910, 2011, p. 307-327)”.

atingindo-a na intangibilidade física, que o contexto normativo pátrio visa proteger.

Pouco antes deste julgamento, Lenio Streck (2011) já defendia a possibilidade de excluir a aplicação da Lei 9.099/95 para os casos de contravenções penais, quando se tratasse de violência doméstica ou familiar contra a mulher. Para ele, isso era possível pois, o art. 5º da Lei 11.340/06 dispõe que: “para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial[...]”. Ou seja, se toda e qualquer ação ou omissão baseada no gênero está incluída na abrangência da aplicabilidade da Lei Maria da Penha, as contravenções penais também estão. Em suas palavras:

o fato de o art. 41, da Lei 11.340/06, não fazer menção a “contravenções penais”, de fato, não permite que nele se leia “contravenções penais”. Todavia, deve-se compreender que nada está a indicar que este artigo trate do âmbito de incidência da Lei Maria da Penha, mas que, pelo contrário, remeta-se, tão-somente, à não-incidência das medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/95, em casos de crimes cometidos, mediante ação ou omissão, com violência contra a mulher (STRECK, 2011, p. 96).

Acontece que para o propósito da construção do modelo jurídico estudado o que mais nos interessa são os efeitos que o art. 41 trazem para a propositura da ação penal nos casos de lesões corporais leves, em contexto de violência doméstica. Isso porque, se a Lei 9.099/95 não se aplica aos fatos que estão abrangidos pela Lei 11.340/2006 e é justamente a Lei 9.099/95 que determina que a ação penal que visa processar e julgar os casos de lesões corporais leves será pública condicionada à representação, então os crimes de lesões corporais que estiverem no âmbito da Maria da Penha voltam a ser incondicionadas?

Ou seja, o Ministério Público precisa ou não de representação para iniciar uma persecução penal contra “XY” que, em contexto de violência doméstica, agrediu sua esposa “XX” causando-lhe lesões corporais de gravidade leve após a edição da Lei nº 11.340/2006?

Podemos constatar que houve uma variação normativa no caso. Um novo elemento do tipo norma passou a pertencer ao nosso modelo jurídico. No entanto, o sistema jurídico fez uma seleção positiva ou negativa na hora de formar novas estruturas? Houve evolução ou não? Para responder a estas perguntas precisamos analisar não só o modelo jurídico legal, mas também o modelo jurídico jurisprudencial do caso.

Por isso, começaremos com o julgamento feito pelo STJ referente ao tema no Resp. 1.097.042-DF.



### **5.1.6 Do julgamento do Resp. nº 1.097.042 – DF ocorrido em 2010 até o julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.424 – DF realizado em 2012**

O julgamento do Resp. nº 1.097.042 – DF no Superior Tribunal de Justiça é um importante marco para a descrição do nosso modelo jurídico, uma vez que ele foi julgado como recurso especial repetitivo representativo da controvérsia, que girava em torno de se definir se é ou não processualmente exigível a representação da parte ofendida para a propositura da ação penal contra aqueles que praticaram crimes de lesão corporal leve contra a mulher, no âmbito das relações domésticas ou familiares.

Tal questão se tornou controvertida dentro do próprio STJ, havendo decisões que apontavam no sentido de que a ação dependia de representação e outras dizendo que não dependia.

Pelos que rogavam à época pela necessidade da representação dentro da corte superior, podemos citar os seguintes julgados:

LEI MARIA DA PENHA. DELITO DE LESÕES CORPORAIS DE NATUREZA LEVE (ART. 129, § 9º DO CP). AÇÃO PENAL DEPENDENTE DE REPRESENTAÇÃO. POSSIBILIDADE DE RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA DECADÊNCIA. 1. O art. 16 da Lei 11.340/06 é claro ao autorizar a retratação, mas somente perante o Juiz. Isto significa que a ação penal, na espécie, é dependente de retratação. 2. Outro entendimento contraria a nova filosofia que inspira o Direito Penal, baseado em princípios de conciliação e transação, com o objetivo de humanizar a pena e buscar harmonizar os sujeitos ativo e passivo do crime (HC 113.608/MG, Rel. Min. OG FERNANDES, Rel. p/Ac. Min. CELSO LIMONGI, DJe 03.08.2009).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL LEVE. LEI MARIA DA PENHA. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA OFENDIDA. APLICAÇÃO DA LEI 9.099/95. RESTRIÇÃO. INSTITUTOS DESPENALIZADORES. ESPONTANEIDADE DO ATO. VERIFICAÇÃO. ANÁLISE DO CASOCONCRETO. I - A intenção do legislador ao afastar a aplicação da Lei 9.099/95, por intermédio do art. 41 da Lei Maria Penha, restringiu-se, tão somente, à aplicação de seus institutos específicos, despenalizadores - acordo civil, transação penal e suspensão condicional do processo. II - A ação penal, no crime de lesão corporal leve, ainda que praticado contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, continua sujeita à representação da ofendida, que poderá se retratar nos termos e condições estabelecidos no art. 16 da Lei 11.340/06. III - O art. 16 da Lei 11.340/06 autoriza ao Magistrado aferir, diante do caso concreto, acerca da real espontaneidade do ato de retratação da vítima, sendo que, em se constatando razões outras a motivar o desinteresse da ofendida no prosseguimento da ação penal, poderá desconsiderar sua manifestação de vontade, e, por conseguinte, determinar o prosseguimento da ação penal, desde que, demonstrado, nos autos, que agiu privada de sua liberdade de escolha, por ingerência ou coação do agressor. Recurso

desprovido (REsp. 1.051.314/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 14.12.2009).

Já em sentido contrário tínhamos os seguintes entendimentos:

HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. LEI Nº 11.340/2006. LESÃO CORPORAL QUALIFICADA. ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL. DELITO QUE SE PROCESSA MEDIANTE AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. 1. Com o advento da Lei nº 11.340/2006, a chamada Lei Maria da Penha, o crime de lesão corporal qualificada, previsto no art. 129, § 9º, do Código Penal, cometido contra mulher no âmbito doméstico ou familiar, é apurado mediante ação penal pública incondicionada. 2. O crime de lesão corporal qualificada, imputado ao paciente, prescinde de representação da vítima, motivo porque o acórdão que determinou o recebimento da denúncia não lhe está a causar qualquer constrangimento ilegal. 3. Ordem denegada (HC 108.098/PE, Rel. Min. NILSON NAVES, Rel. p/ Ac. Min. PAULO GALLOTTI, DJe 03.08.2009).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL SIMPLES OU CULPOSA PRATICADA CONTRA MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO. PROTEÇÃO DA FAMÍLIA. PROIBIÇÃO DE APLICAÇÃO DA LEI 9.099/1995. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. RECURSO PROVIDO PARA CASSAR O ACÓRDÃO E RECEBER A DENÚNCIA. 1. A família é a base da sociedade e tem a especial proteção do Estado; a assistência à família será feita na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (Inteligência do artigo 226 da Constituição da República). 2. As famílias que se erigem em meio à violência não possuem condições de ser base de apoio e desenvolvimento para os seus membros, os filhos daí advindos dificilmente terão condições de conviver sadiamente em sociedade, daí a preocupação do Estado em proteger especialmente essa instituição, criando mecanismos, como a Lei Maria da Penha, para tal desiderato. 3. Somente o procedimento da Lei 9.099/1995 exige representação da vítima no crime de lesão corporal leve e culposa para a propositura da ação penal. 4. Não se aplica aos crimes praticados contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, a Lei 9.099/1995. (Artigo 41 da Lei 11.340/2006). 5. A lesão corporal praticada contra a mulher no âmbito doméstico é qualificada por força do artigo 129, § 9º do Código Penal e se disciplina segundo as diretrizes desse Estatuto Legal, sendo a ação penal pública incondicionada. 6. A nova redação do parágrafo 9º do artigo 129 do Código Penal, feita pelo artigo 44 da Lei 11.340/2006, impondo pena máxima de três anos a lesão corporal qualificada, praticada no âmbito familiar, proíbe a utilização do procedimento dos Juizados Especiais, afastando por mais um motivo, a exigência de representação da vítima. 7. Recurso provido para receber a denúncia (REsp. 1.050.276/DF, Rel. Min. JANE SILVA, DJU 24.11.08).

Diante do dissenso, coube, então, à Terceira Seção resolver a questão criando uma tese a ser processada e julgada nos termos do art. 543-C, do CPC vigente à época, para ser aplicada em situações futuras.

Sendo assim, o julgamento iniciou-se com o voto do Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho que votou no sentido de que a ação penal nos casos de lesões corporais, em contexto de

violência doméstica, é de iniciativa pública incondicionada, prescindindo, portanto, de representação da ofendida. Para ele, em síntese:

de fato, se está na Lei 9.099/95, que regula os Juizados Especiais, a previsão de que dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais e lesões culposas (art. 88) e a Lei Maria da Penha, no seu art. 41, afasta a incidência desse diploma despenalizante, faz-se obviamente inviável a aplicação daquela regra aos crimes cometidos sob a égide dessa nova Lei. Na verdade, não havendo no citado artigo a previsão de qualquer exceção, é de se entender pelo afastamento peremptório e inequívoco da Lei 9.099/95, embora a alguns eminentes Julgadores pareça que a Lei Maria da Penha produz a não aplicação apenas parcial da Lei dos Juizados Especiais (MAIA FILHO, 2010, p. 08).

Ou seja, seu argumento foi no sentido de que sendo a Lei que determinava a condicionalidade da iniciativa da ação penal inaplicável aos casos de violência doméstica, então voltava-se ao estágio anterior, qual seja, a regra de que, em não havendo dispositivo em contrário, a ação penal será de iniciativa pública incondicionada.

No entanto, esse entendimento, embora acompanhado pelos Ministros Og Fernandes e Haroldo Rodrigues, foi vencido no julgamento pelos votos dos Ministros Jorge Mussi, Celso Limongi, Nilson Naves, Felix Fischer, Arnaldo Esteves Lima e Maria Thereza de Assis Moura.

A divergência no julgamento se iniciou logo com o segundo voto da assentada. O Ministro Jorge Mussi (2010), escolhido para redigir o acórdão, argumentou, em síntese, o seguinte:

“[1°] a *mens legis* do art. 41 da Lei nº 11.340/2006 visa restringir a aplicação da Lei dos Juizados Especiais somente no tocante à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras aos delitos cometidos com violência doméstica contra a mulher (p. 20); [...]

[2°] como o art. 12, inciso I, e art. 16, conclui-se que o legislador não quis arrear o instituto da representação da vítima como condição de procedibilidade da ação penal pública nos delitos de lesão corporal leve, perpetrados com violência doméstica contra a mulher (p. 20); [...]

[3°] a adoção de entendimento contrário, de que a ação penal seria pública incondicionada, traria consequências por vezes não desejadas pelas vítimas, uma vez que, caso haja reconciliação entre agressor e ofendida, é certo que o prosseguimento da ação penal e, eventual condenação do réu, acarretará sofrimento a toda família (p. 21-22); [...]

[4°] saliento que no caso do crime de estupro, cuja gravidade nem de longe se compara com o que verte, é necessária a representação por parte da vítima; logo, não seria razoável a imposição, à mulher, do prosseguimento da ação penal relativa ao delito de lesão corporal leve, quando esta não mais pretendesse a condenação criminal de seu companheiro (p. 24)”.

A nosso ver, nenhum desses argumentos levantados pelo voto do Ministro Jorge Mussi responde corretamente à pergunta base da nossa proposta de análise do direito: como determinado fato é valorado normativamente em dado ordenamento jurídico e em certo período de tempo. Explico.

O primeiro argumento diz que a *mens legis* do art. 41 da Lei nº 11.340/2006 visa restringir a aplicação da Lei dos Juizados Especiais, *somente* no tocante à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras aos delitos cometidos com violência doméstica contra a mulher. No entanto, cumpre a nós questionarmos onde o sistema jurídico comunica isso? Por meio de qual comunicação o modelo jurídico restringe a aplicação da Lei 9.099/95 *apenas* ao procedimento sumaríssimo e às medidas despenalizadoras?

Isso é importante pois, se o sistema jurídico é formado por modelos jurídicos, não pode um modelo jurídico legislativo comunicar algo e, ao mesmo tempo, um modelo jurídico do tipo jurisprudencial comunicar o seu contrário acerca do mesmo fato. Isso porque o sistema não pode funcionar com os “dois lados” de um mesmo valor ao mesmo tempo, haja vista que as expectativas precisam ser congruentes, ou seja, é preciso que haja coerência entre os tipos de modelos jurídicos pertencentes ao sistema.

Ao que nos parece, quando o art. 41 afirma que “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”, ele não traz restrições de sua abrangência para tão somente em relação ao rito ou às medidas despenalizadoras. Isto é, quando ele afirma que não se aplica a Lei 9.099/95, não tem porque entender que ele diga: não se aplica o rito da Lei 9.099/95, nem suas medidas despenalizadoras. Aliás, caso ele quisesse assim, poderia ter feito. Do mesmo modo, não se verifica nas demais normas trazidas pela Lei Maria da Penha nada que venha a nos levar a esta conclusão. Provavelmente é por isso que o Ministro se refere a “*mens legis*” como forma de fundamentar sua posição, já que a “*legis*” não seria capaz de sustentá-la<sup>210</sup>.

Em seu segundo argumento, o Ministro relator do acórdão diz que com o art. 12, inciso I, e art. 16, conclui-se que o legislador não quis arrear o instituto da representação da vítima como condição de procedibilidade da ação penal pública nos delitos de lesão corporal leve, perpetrados com violência doméstica contra a mulher. Vejamos primeiro o que dispõe o art. 12:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de

---

<sup>210</sup> Sobre uso do argumento do “*mens legis*”, Streck (1999, p. 203, destaque do autor) explica que “[...] *com a aparência da busca do "real" sentido do texto jurídico, mediante a utilização de artifícios do tipo a busca da mens legis, do espírito do legislador, da ratio essendi do Direito etc., e na crença da existência de um legislador racional, constroem-se, parafraseando Umberto Eco, "simulacros de enunciações"*, que nada mais são do que o resultado de uma rede de ficções que se põe a serviço de efeitos de verdade, no interior da qual não está em questão a validade do enunciado, mas a verdade da enunciação no que diz respeito a sua cota de verossimilhança”.

Processo Penal: I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

Para o relator do acórdão, o fato de a Lei 11.340/2006 prevê que quando a autoridade policial receber uma notícia-crime, que se enquadra como violência doméstica e familiar contra a mulher, deverá lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada (art. 12, I), significa que a referida lei não quis excluir a possibilidade de representação do seu microsistema. Até aqui concordamos. O problema é que ele acrescenta que a lei “não quis arredar o instituto da representação da vítima como condição de procedibilidade da ação penal pública nos delitos de lesão corporal leve, perpetrados com violência doméstica contra a mulher” (MUSSI, 2010, p. 20, destaque nosso). E, mais uma vez, não conseguimos enxergar onde essa distinção foi acrescida no modelo jurídico legislativo. Onde o fato de que nos crimes de “lesão corporal leve cuja vítima seja mulher em violência doméstica” é valorado normativamente para tornar a ação penal pública condicionada à representação.

De modo parecido argumenta o Ministro quando analisa o art. 16. *In verbis*, tal dispositivo diz:

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Ora, o que o dispositivo comunica é que, “nas ações públicas condicionadas à representação”, será necessária a realização de uma audiência perante o juízo competente para que haja a “renúncia à representação”. Onde há aqui abertura para o crime tipificado no art. 129, § 9º, do Código Penal? O que nos parece claro é que este dispositivo se aplicaria tão somente aos crimes condicionados à representação como, por exemplo, o crime de ameaça (art. 147, do CPB) e em nada dispõe acerca do tipo de iniciativa da ação penal do crime de lesões corporais leves.

Isso quer dizer que o argumento do Ministro muda o foco da análise e, possivelmente, por isso, valora-os normativamente de forma, a nosso ver, equivocada. Veja: ele anuncia “a Lei Maria da Penha admite crimes condicionados à representação”, o que é verdadeiro, como se fosse “a Lei Maria da Penha admite que a ação que visa apurar a prática do crime de lesões corporais leves ou culposas seja condicionada à representação”, o que nos parece ser falso, já que a lei não cria essa distinção para o art. 129, §9º, do CPB.

O terceiro argumento aduz que:

a adoção de entendimento contrário, de que a ação penal seria pública incondicionada, traria consequências por vezes não desejadas pelas vítimas, uma vez que, caso haja reconciliação entre agressor e ofendida, é certo que o

prosseguimento da ação penal e, eventual condenação do réu, acarretará sofrimento a toda família (MUSSI, 2010, p. 21-22).

Aqui ocorre o equívoco, tantas vezes, ressaltados por Luhmann no que pertine à negação da contingência por parte do julgador. A incapacidade dos juízes de trabalharem a diferença entre o presente futuro e o futuro presente. Oportunamente, cumpre lembrarmos que o autor alemão afirma que:

Um dos lados do problema, precisamente o da pergunta com que nos farão deparar os presentes futuros, é excluído. O juiz deve (e tem de) ignorar esse lado do futuro. Ele ampara a sua decisão, seguindo o direito, unicamente no que, no presente de sua decisão, ele vê advir como futuro, isto é, naquilo que, para ele depois de estabelecer com todo o cuidado a situação, é o futuro presente. A esperança seria a de que, para isso, fosse possível apoiar-se em leis empíricas ou, ao menos, em probabilidades elevadas, estatisticamente confirmadas, que fizerem ver, por exemplo, que depois de um divórcio uma criança se sentiria melhor estando com aquele dos pais com quem tiver relações mais sólidas. Com a crítica à teoria científica, é derrubado todo um mundo de equivalentes de certeza. Após repetidas experiências desse tipo, ainda se duvida se a ciência é capaz de propor relações suficientemente firmes entre passado e futuro nas quais o juiz possa vir a se apoiar – na qualidade de normas – com a intenção de não tomar decisões equivocadas (ou seja, apeláveis). Mas, se nos guiarmos por essa solução, isso quer dizer que o direito faz depender a decisão entre legal e ilegal – decisão que deve ser tomada *in loco* – da pergunta sobre como melhor se pode chegar a um fim previamente dado – em nosso exemplo: o bem da criança?

O juiz pode se converter em terapeuta ao pretender convencer um casamento fracassado de que, pelo menos, o casal cuide conjuntamente do filho. As reformas da jurisprudência infantil e juvenil deste século deram-se por esse ponto de vista moral e terapêutico. Ou pode assumir o papel de um consultor de empresa, que pretende evitar que as empresas, cuja fusão está autorizada, ainda assim consigam uma posição dominante no mercado. Mas logo se percebe que o juiz, ainda que continue sendo juiz, já não opera no sistema jurídico (LUHMANN, 2016a, p. 266-267).

Levando tais considerações ao nosso caso em análise, percebemos que a ideia de que ao tornar a ação pública incondicionada isso “traria consequências por vezes não desejadas pelas vítimas” só é sustentável se acreditássemos que o juiz pode e/ou deve lidar com o presente futuro. E mais, dizer que caso haja reconciliação entre agressor e ofendida, “é certo que o prosseguimento da ação penal e, eventual condenação do réu, acarretará sofrimento a toda família” só seria possível se pudéssemos ter certeza do que não é possível se ter (como saber se todas as famílias no futuro irão sofrer com o prosseguimento da ação penal e não com a sua descontinuidade?). Isto é, caso este argumento fosse válido, como aponta Luhmann no trecho acima, já não estaríamos no sistema jurídico, ainda que o Ministro continue sendo Ministro, quando da exposição de tais argumentos.

O quarto e último argumento analisado diz que:

no caso do crime de estupro, cuja gravidade nem de longe se compara com o que verte, é necessária a representação por parte da vítima; logo, não seria razoável a imposição, à mulher, do prosseguimento da ação penal relativa ao delito de lesão corporal leve, quando esta não mais pretendesse a condenação criminal de seu companheiro (MUSSI, 2010, p. 24).

Para falar acerca desse ponto, precisamos, primeiramente, situar o leitor no tempo com relação à iniciativa da ação penal que visa processar e julgar casos de estupro (art. 213, CP) no Brasil. Isso porque tal modelo jurídico sofreu várias alterações legislativas nos últimos anos. Assim, cumpre esclarecer que à época da promulgação da Lei Maria da Penha (2006), a ação penal referente ao crime tipificado no art. 213 do CP era de iniciativa privada. Durante o julgamento que estamos analisando, a ação penal era de iniciativa pública condicionada à representação, por força da Lei 12.015/2009. E, até o momento da entrega desta dissertação, desde a promulgação da Lei 13.718/2018, sua ação é de iniciativa pública incondicionada<sup>211</sup>.

Voltando à análise do argumento destacado; nele, o Ministro Mussi afirma que se a ação penal do crime estupro era de iniciativa condicionada à representação, não seria razoável impor à mulher o prosseguimento da ação penal relativa ao delito de lesão corporal leve, caso ela não mais pretendesse a condenação criminal de seu (ex-)companheiro, por ser este crime menos grave. Ou seja, se a ação para o crime mais grave de estupro é condicionada à representação, a ação de lesões corporais leve, que é menos grave, não deveria ser incondicionada.

Dessa forma, a nosso ver, há equívocos nesse argumento que gostaríamos de destacar. Isso porque, não nos parece sustentável fazer uma relação entre gravidade do crime e os tipos de iniciativas para a ação penal. Como é sabido, o sistema jurídico, através de suas normas, não justifica expressamente o porquê da escolha legislativa em se exigir que determinado crime seja processado e julgado por meio de ação de iniciativa pública ou privada, ou ainda se será pública condicionada ou incondicionada. Mas ele dá pistas. E a doutrina através da construção de modelos dogmáticos nos ajuda a entender a razão dessa escolha. Por esse motivo, antes de começarmos a presente discussão, apresentamos modelos dogmáticos acerca da distinção entre ação penal pública e privada e, também, entre as públicas condicionadas e incondicionadas<sup>212</sup>. O interessante é que, em nenhuma das nossas pesquisas encontramos doutrinadores que defendessem que havia relação entre gravidade do crime e tipo da iniciativa da ação penal.

---

<sup>211</sup> Talvez toda essa discussão acerca da iniciativa da ação penal que estamos estudando explique porque o legislador optou em dispor de forma expressa e redundante, através da redação dada pela Lei nº 13.718, de 2018 ao art. 225 do CP, que os crimes contra a liberdade sexual e os sexuais contra vulnerável se procede mediante ação penal pública incondicionada, quando a simples revogação do artigo já deveria trazer o mesmo resultado por força do art. 100 do Código Penal.

<sup>212</sup> Ver na seção 5.1.1, p. 126.

Isso provavelmente acontece porque “as pistas” que são dadas pelo sistema não permitem fazer essa relação. Veja que no Direito Penal as contravenções penais, que são as infrações de menor gravidade, são todas de iniciativa pública incondicionada. Se fosse verdadeiro o argumento do Ministro Mussi, todas as contravenções teriam que ser de iniciativa privadas ou condicionadas à representação. E o próprio crime de estupro, evocado pelo ministro, tem pena superior a diversos outros crimes de iniciativa pública incondicionada e desde 2006, quando foi promulgada a Lei Maria da Penha, já foi privada, pública condicionada e hoje é incondicionada, sem mudar em nada a pena do delito e, portanto, a avaliação da gravidade do delito por parte do sistema. Por isso, tal argumento é insustentável.

Isso não quer dizer que o Ministro, em sua subjetividade, não possa acreditar que, por exemplo, todas as contravenções deveriam ser privadas ou públicas condicionadas à representação. Que não lhe seja lícito pensar que, caso as ações passassem a ser pública incondicionada, isso poderia trazer consequências indesejadas para as vítimas ou sofrimento para as famílias. Ocorre que, entretanto, não se pode verificar de tais afirmações a necessária bilateralidade atributiva que elas deveriam ter para serem consideradas operações do sistema jurídico. Isto é, não se consegue observar como as comunicações do sistema jurídico, que são transubjetivas, enunciam através de seus modelos legislativos valorações normativas a tais fatos, como argumenta o relator do acórdão.

Acontece que não foram somente esses os argumentos da divergência, já que ela foi seguida pela maioria dos ministros da Terceira Seção. Por isso, vamos analisar, ainda que mais rapidamente<sup>213</sup>, os argumentos novos trazidos por quem acompanhou o voto aqui analisado.

O voto do Ministro Celso Limongi acrescenta à divergência o argumento de que:

a lei penal não dissuade ninguém de praticar um crime. Infelizmente, é assim. Acho até que é uma quimera pensar de forma diferente; penso até que isso se configura em verdadeiro erro científico. No Direito Penal existe, e tratamos com o Direito Penal, para fatos já acontecidos, e não conseguimos prevenir. Não há uma prevenção direta com o nosso trabalho. Por isso, é que ainda seria melhor do que a lei penal a existência de programas que possam educar, trazer soluções alternativas, sempre na tendência da humanização do Direito Penal e sempre levando em consideração que, até no Direito Extrapenal, existem soluções diferentes da imposição de pena ou de sanções no processo no Direito Extrapenal (LIMONGI, 2010, p. 31).

Ocorre que embora possa haver verdade nas palavras do Ministro, não é o caráter preventivo do Direito penal que se está em julgamento. Lembremos que a controvérsia é apenas acerca do tipo de iniciativa da ação penal do crime de lesão corporal leve, quando abrangido

---

<sup>213</sup> Assim faremos porque quando se acompanha algum voto, acaba-se reiterando os argumentos de quem se acompanhou.



pela Lei Maria da Penha e isso não pode ser definido pelo critério de se saber, se o direito penal dissuade ou não alguém a praticar um crime.

O Ministro Nilson Naves (2010, p. 37) também soma argumentos para explicar porque diverge do relator. Segundo ele, o primeiro questionamento deveria ser acerca da constitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340. Nesse sentido, ele afirma: “tenho dúvidas – e sérias dúvidas – sobre a própria constitucionalidade do art. 41 da mencionada lei – preparei-me, mais de uma vez, para suscitar essa questão na Turma, mas me faltou algum fôlego para tanto”. A questão veio a ser objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal, no ano seguinte ao julgamento do HC 106212 MS, já citado neste trabalho, que concluiu pela constitucionalidade. Ocorre que tal tema não foi apreciado pelo STJ neste julgamento, mas Naves (2010, p. 37) sustenta a inconstitucionalidade “porque, segundo expressões constitucionais, somos todos iguais perante a lei; além disso, homens e mulheres são iguais – e lá está escrito assim – em direitos e obrigações”. Outro argumento que ele levanta é que:

existe, ainda, outro aspecto – eu diria metajurídico. De fato, há situações, no caso da violência doméstica, que são aquelas do receio, do medo que a mulher teria para não representar. Entretanto há outras situações que se resolvem com a não representação ou até com a renúncia à própria representação, voltando as coisas ao que eram antes (NAVES, 2010, p. 37-38).

Ora, se é “metajurídico”, então quer dizer que não foi valorado pelo sistema jurídico? Se assim ocorreu, então o código para a tomada da decisão deixou de ser o lícito/ilícito e passou a ser o código de outro sistema e estaríamos diante de uma situação de alopoiese ou, em termos realeanos, estaríamos trazendo modelos não jurídicos (morais, costumeiros ou religiosos, por exemplo) para tomarmos uma decisão jurídica. E mais, voltamos a dizer, não se estava julgando se as situações se resolveriam, de forma melhor, com ou sem a representação ou, ainda, com a renúncia à representação (os legisladores já assim fizeram), mas, sim, à necessidade de se ter representação para se iniciar esse tipo ação penal conforme o sistema jurídico.

O Ministro Arnaldo Esteves Lima (2010, p. 40), por sua vez, defende que “a Lei 9.099/95 foi simples veículo para a alteração da natureza da ação penal relativa ao crime de lesão corporal leve, não havendo relação dessa norma com os Juizados Especiais, procedimentos e institutos e ele inerentes”, portanto esta questão não seria abrangida na proibição contida no art. 41 da Lei 11.340/2006. No entanto, parece-nos mais coerente a tese de que, se o dispositivo está na Lei 9.099/95, então há relação direta ao sistema que os juizados especiais criaram. Tanto assim é que, via de regra<sup>214</sup>, os casos de lesões corporais leves e

---

<sup>214</sup> Exceção a esta regra ocorre somente quando há concurso entre crimes de menor potencial ofensivo quando a soma das penas ultrapassar dois anos. Ver, por exemplo: RHC 84633/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 22/09/2017; RHC 71928/MG, Rel. Ministra MARIA

culposas são processados e julgados de acordo com o rito sumaríssimo e são aplicadas às medidas despenalizadoras da referida lei.

Além disso ele afirma que “não é o processamento criminal ou uma condenação que irá impedir a mulher de se relacionar e conviver com o seu agressor” (LIMA, 2010, p. 40), e nem nos parece ser esse o intuito, posto que o julgamento busca saber tão somente se há ou não a necessidade de representação e não se o processo criminal irá impedir a vítima a conviver, caso queira, com seu (ex-)agressor.

O último voto do julgamento foi da Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Em síntese ela diz que:

Não vejo nenhuma incompatibilidade entre o art. 41 e o art. 16, não enxergo, do ponto de vista jurídico, nenhuma proibição na Lei Maria da Penha, no que diz respeito à lesão corporal ser como os demais crimes dependentes de representação. Portanto, a lei resguarda a mulher, possibilitando, como disse o Sr. Ministro Celso Luiz Limongi, medidas protetivas, e possibilitando, como disse o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima, que ela seja ouvida desde logo e que manifeste a sua vontade não só perante a autoridade policial como, também, perante o juiz posteriormente, de maneira que vejo a mulher resguardada. Ela é capaz, como disse o Sr. Ministro Felix Fischer, totalmente capaz, e, portanto, tem o seu discernimento livre para dispor, ou não, do exercício da ação penal (MOURA, p. 43).

Por ser um voto mais reiterativo, entendemos que as críticas que foram feitas aos argumentos anteriores, também, se valem para os trazidos pela Ministra.

Assim sendo, este tópico visava responder se houve evolução no nosso modelo jurídico estudado, quando ocorreu uma variação no elemento norma com a inclusão do art. 41 da Lei Maria da Penha. Se considerarmos tão somente modelos jurídicos jurisprudenciais, a resposta é não. Não houve seleção positiva, mas, sim, negativa por parte do STJ neste julgamento. Ou seja, a variação não foi aceita como forma de criar novas estruturas, já que as futuras decisões, após este julgamento, tiveram que tomar como ponto de partida que nada mudou com o acréscimo do art. 41 da Lei 11.340/2006 em relação à iniciativa da ação penal nos casos de violência doméstica. Tanto assim é que após o julgamento deste Recurso Especial em análise,

---

THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 30/09/2016; RHC 60883/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016; RHC 46646/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 15/04/2016; HC 326391/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 16/11/2015; HC 314854/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 20/05/2015.

sob o rito repetitivo, o STJ<sup>215</sup> e os Tribunais de Justiça Estaduais<sup>216</sup> passaram a adotar a tese de que as ações penais referentes à casos de lesões corporais leves contra a mulher, em contexto de violência doméstica ou familiar, necessitam da representação da vítima.

Com isso, se “XY”, em contexto de violência doméstica, agrediu sua esposa “XX”, causando-lhe lesões corporais de natureza leve, neste período, a ação que vai processar e julgar tal fato será pública condicionada à representação para os Tribunais.

Mas tal tema foi objeto de mais uma decisão que veio a afetar nosso modelo jurídico estudado. Isso ocorreu no julgamento na ADI 4.424 – DF. Próximo marco temporal a ser estudado.

### **5.1.7 Do julgamento da ADI 4.424 – DF (2012) até os dias atuais**

Logo após a decisão do STJ, em 06/04/2010, a Procuradoria-Geral da República ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, requerendo que fosse atribuída interpretação conforme à Constituição aos art. 12, inciso I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006, a fim de que fosse declarada a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 nos casos de violência doméstica e, por conseguinte, que o Supremo assentasse que o crime de lesão corporal leve praticado contra a mulher, em ambiente doméstico, deveria ser processado mediante ação penal pública incondicionada, restringindo, portanto, a aplicação dos artigos 12, inciso I, e 16 da Lei Maria da Penha às ações penais cujo requisito da representação estivesse expresso tão somente em outras leis que não fosse na Lei nº 9.099/95.

O plenário se reuniu no dia 09/02/2012 para julgamento. O Ministro Marco Aurélio foi o relator e proferiu voto pela procedência da ação. Na conclusão de seu voto ele diz: “para expungir quaisquer dúvidas, resta emprestar interpretação conforme à Carta da República aos artigos 12, inciso I, e 16 da Lei nº 11.340/2006, para assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, pouco importando a extensão dessa última” (AURÉLIO, 2012, p. 14).

---

<sup>215</sup> Ver, por exemplo, em: STJ - AgRg no REsp: 1184710 RJ 2010/0041470-7, Relator: Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), Data de Julgamento: 03/08/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/08/2010; HC: 96601 MS 2007/0296925-4, Relator: Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), Data de Julgamento: 16/09/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/11/2010;

<sup>216</sup> Ver, a exemplo, em: TJ-MT - HC: 00466409820118110000 46640/2011, Relator: DES. GÉRSO FERREIRA PAES, Data de Julgamento: 20/07/2011, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 26/07/2011; TJ-RJ - APL: 00125149820078190045, Relator: SUIMEI MEIRA CAVALIERI, Data de Julgamento: 14/12/2010, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 14/02/2011.

Tal endendimento foi acompanhado pelos Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber. Na divergência figurou o Ministro Cezar Peluso. As razões pelas quais a maioria votou pela procedência da ação se aproximam em muito ao que disseram os ministros vencidos no julgamento da matéria no STJ. Veja-se, por todos, o que diz trecho do voto da Ministra Rosa Weber (2012, p. 39):

Ao excetuar das hipóteses de incidência da Lei 9.099/1995 os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, o art. 41 da Lei 11.340/2006 se mostra categórico. Ao afirmar inaplicável a Lei 9.099/1995, tenho por clara a atribuição, pelo legislador, a tais crimes, de tratamento específico – diferenciado – dando nova dimensão, quanto à sua importância, a esse tipo de ilícito. Procedendo a nova valoração, alterou o seu processamento de maneira abrangente.

O legislador da Lei Maria da Penha não explicitou, nem no art. 41 nem em qualquer outro dispositivo desse diploma, os fins para os quais negou a aplicação da Lei 9.099/1995 aos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Referiu-se à lei *in totum*. É regra básica de hermenêutica jurídica que não cabe ao intérprete distinguir onde o legislador não distinguiu, de modo a excluir da eficácia do preceito, no caso, a definição do tipo de ação penal cabível. Compreensão diversa estaria a conflitar com o § 8º do art. 226 da Lei Maior.

Mas, como dito, houve um voto divergente que cumpre a nós analisarmos se ele responde, satisfatoriamente, à pergunta de como o sistema jurídico valorou normativamente o fato *sub judice*. Para entendermos tal posição, gostaríamos de iniciar chamando a atenção que, logo após o voto do Ministro relator, o Ministro Cezar Peluso iniciou um debate acerca da posição expressada. Vejamos um trecho:

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Eu quero compartilhar com Vossa Excelência e, desse modo, com todo o Plenário, não uma divergência, mas uma preocupação. Estamos todos aqui imbuídos do mesmo propósito de dar à norma uma interpretação tuitiva da condição de vulnerabilidade da mulher. Então, esse é o pressuposto.

Vossa Excelência não receia que, voltando ao regime anterior da ação civil (sic) pública incondicionada, caíamos na mesma inibição, que tinham antes as mulheres, de dar a notícia-crime? Porque hoje o sistema, na condicionada, com a possibilidade de renúncia...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não, admito que continue podendo implementar a notícia-crime, mas endosso a viabilidade de essa notícia-crime ser dada, por exemplo, por um vizinho que haja percebido a violência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Eu estou preocupado com isso, queria ouvir Vossa Excelência e ouvir o Plenário. Estou pensando aqui o que poderia eventualmente ocorrer. Estamos perante uma realidade que pode ser modificada conforme a nossa decisão. Estou pensando se o fato de tornarmos a ação civil (sic) pública incondicionada não representaria maior inibição para as notícias crimes por parte da mulher. Porque, veja Vossa Excelência o que estou pensando.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, o receio não procede (BRASIL, 2012, p. 17, grifos nossos).

Qual o problema mais uma vez dos argumentos do julgador, dessa vez de Peluso? Ao invés de responder como o sistema jurídico já valorou a situação, o Ministro presidente da corte à época esboça preocupação acerca do futuro, sem levar em consideração o presente que está normado. Veja, a preocupação é o que pode vir a acontecer a depender da decisão e não o que foi decidido pelo modelo jurídico legislativo.

Interessante notar que, em outro trecho, o Ministro diz: “Só estou mostrando uma preocupação. Eu quero dar uma interpretação que mais bem atenda à necessidade de proteção da mulher” (PELUSO, 2012, p. 18). Logo em seguida a Ministra Carmém Lúcia (2012, p. 18) diz: “E eu quero exatamente participar desta preocupação de Vossa Excelência”. O problema é que para um, a interpretação que melhor atende à necessidade de proteção da mulher é tornar a ação penal pública condicionada e, para outro, é tornar a ação penal pública incondicionada. Assim, saber qual é a interpretação que melhor atende à necessidade da mulher não pode ser considerado um critério seguro, já que, através dele, pode-se chegar a resultados completamente opostos.

E mais. Ao não se questionar como o sistema valorou a situação normada, ou seja, o que os cidadãos já comuncaram através de seus representantes, que criaram o modelo jurídico legislativo, os julgadores deixam a mercê os jurisdicionados, em razão do que cada um dos Ministros possa vir a acreditar ser melhor para eles<sup>217</sup>. Se assim for, as expectativas congruentes e generalizadas se enfraquecem em demasia, já que os cidadãos não teriam como antever as decisões, minimamente, para poder guiar suas condutas pela lei, uma vez que teriam que aguardar um julgamento dos tribunais para saberem como agir<sup>218</sup>.

Tão intrigante quanto a discussão em si é a proposta do Ministro Peluso. Ainda nos debates ele diz: “eu estaria pensando em uma alternativa: manter eventualmente a necessidade da representação interpretando-a como irretroatável” (PELUSO, 2012, p. 19). E com base em

---

<sup>217</sup> “Temos que levar em consideração – sem tomar como base investigações psicológicas – que os juristas, carentes de controles dogmáticos, não estarão em condições de diferenciar suficientemente, em um processo de avaliação das consequências de suas decisões, as suas expectativas valorativas e seus critérios decisórios; e então o controle político do acesso à decisão legal e a seleção de pessoal que tem que decidir sobre o legal e o ilícito, se tornaria um problema. Finalmente, perderia todo sentido diferenciar entre as distinções conforme direito/contrário ao direito e bom/mal, diferença esta pela qual Sócrates morreu” (LUHMANN, 1983b, p. 90-91, tradução nossa).

<sup>218</sup> “O cidadão tem que prever as decisões do sistema jurídico. Precisamente por isso a decisão do sistema jurídico não pode se basear, por sua vez, somente na previsão de suas próprias consequências. Isto obrigaria ao cidadão ter que prever as previsões” (LUHMANN, 1983b, p. 68, tradução nossa).

qual comunicação poder-se-ia interpretar dessa maneira? Como seria possível criar uma representação que foge completamente de suas características para torná-la não retratável?

Mas, passado o debate, já estando o placar de 10x0 pelo procedência da ação, o Ministro Cezar Peluso emite seu voto e no seu fundamento afirma: “não como mera oposição à douta maioria, senão também como advertência para o legislador que, no caso, segundo todas as presunções, tinha boas razões para dar caráter condicionado à ação penal” (PELUSO, 2012, p. 91). E conclui: “pouco menos que discordância intelectual com a postura adotada pela douta maioria, vou votar vencido para que meu voto fique marcado como advertência para o legislador” (PELUSO, 2012, p. 93). Diante do exposto, podemos notar que, segundo nossa lente de pesquisa, o voto do Ministro Cezar Peluso não responde de forma satisfatória como o sistema jurídico valora normativamente o fato julgado, já que utiliza sua atividade jurdicante para registrar uma advertência ao legislador, ao invés de analisar como o sistema jurídico valorou normativamente o fato em julgamento.

Ocorre que, com a decisão do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça reviu seu posicionamento e editou a súmula 542 que, *in verbis*, afirma: “a ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”. Após a edição da súmula ainda modificou o teor do Recurso Repetitivo sobre o tema, e à unanimidade<sup>219</sup>, através do julgamento da petição de nº 11.805 – DF (2016/0296937-8), cujo relator e requerente foi o Ministro Rogério Schietti Machado Cruz, decidiu conforme a seguinte ementa:

PETIÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM. RECURSOS REPETITIVOS. TEMA N. 177. CRIME DE LESÕES CORPORAIS COMETIDOS CONTRA A MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. NATUREZA DA AÇÃO PENAL. REVISÃO DO ENTENDIMENTO DAS TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. ADEQUAÇÃO AO JULGAMENTO DA ADI N. 4.424/DF PELO STF E À SÚMULA N. 542 DO STJ. AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA. 1. Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, deve ser revisto o entendimento firmado pelo julgamento, sob o rito dos repetitivos, do REsp n. 1.097.042/DF, cuja *quaestio iuris*, acerca da natureza da ação penal nos crimes de lesão corporal cometidos contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, foi apreciada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em sentido oposto, já incorporado à jurisprudência mais recente deste STJ. 2. Assim, a tese fixada passa a ser a seguinte: a ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública incondicionada. 3. Questão de ordem acolhida a fim de proceder à revisão do entendimento consolidado por ocasião do julgamento do REsp n. 1.097.042/DF - Tema 177. (STJ - Pet: 11805 DF 2016/0296937-8, Relator:

<sup>219</sup> Votaram os Ministros Nefi Cordeiro, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura e Jorge Mussi.

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Data de Julgamento: 10/05/2017, S3 - Terceira Seção, Data de Publicação: DJe 17/05/2017).

Assim sendo, podemos verificar que o modelo jurídico jurisprudencial por nós estudado passou por uma evolução, já que a variação do elemento norma, trazida pelo art. 41 da Lei Maria da Penha, modificou a sua estrutura, passando a ser incondicionada a ação penal, também, para os Tribunais. Outrossim, pode ser constatada que houve uma seleção positiva por parte do STF e, posteriormente, o sistema se estabilizou, através das decisões que se seguiram e passaram a adotar a tese da Suprema Corte, conforme se percebe da edição da nova súmula do STJ e a modificação de teor do Recurso Repetitivo que tratava do assunto.

Dessa forma, ao fim do estudo do modelo jurídico a que nos propomos, percebemos que, segundo nossa lente, a nosso ver, o Supremo acertou em sua decisão de assentar que, no nosso sistema jurídico atual, valora-se normativamente o fato de “XY”, em contexto de violência doméstica, agredir sua esposa “XX”, causando-lhe lesões corporais de natureza leve, de forma a reconhecer que a iniciativa da ação penal que visa processar e julgar tal fato seja pública incondicionada.

## 6 CONCLUSÃO

Começamos esta dissertação afirmando que a ciência jurídica, como toda ciência, também precisa descrever e delimitar seu objeto de estudo. Vários foram os autores que deram suas contribuições para que possamos analisar o direito como um fenômeno que circunscreve nossas vidas. Todos possuem seus méritos e deméritos naturais de toda produção humana. Entretanto, escolhemos trabalhar com duas teorias que possuem, dentre seus propósitos, o objetivo de fornecer um arcabouço teórico adequado para o estudo e descrição do direito, levando em consideração a sua dinamicidade.

Ocorre que por serem teorias de tradições distintas, foi necessário, já no primeiro capítulo do desenvolvimento, traçar uma distinção que fosse capaz de demonstrar porque os resultados de cada uma das teorias eram diferentes ao observarem e descreverem o direito. Por isso, de logo, fixamos que o ponto de vista de cada um dos autores era diferente. Enquanto Miguel Reale faz uma autodescrição do direito, descrevendo-o “por dentro” e com a finalidade ser utilizada pelo sistema jurídico; Luhmann faz uma heterodescrição, descrevendo-o “por fora”, através da lente das ciências sociológicas. Além disso, também já ficou ressaltado que autodescrição e heterodescrição se implicam mutuamente, haja vista que toda heterodescrição de um sistema social leva em consideração que o outro que é descrito, também, se autodescreve. E, do mesmo modo, toda autodescrição leva em consideração a forma como o próprio sistema é descrito por outros sistemas.

Tomando tais premissas, foi possível avançar para a descrição do direito feita por Reale. Neste momento, utilizamos a “fórmula Reale”, por nós adaptada, como guia para os nossos estudos, afirmando que para o Autor paulista “o direito é uma integração normativa de fatos segundo valores de natureza bilateral atributiva”. Com isso demonstramos os conceitos básicos do tridimensionalismo realeano como: ontognoseologia, tridimensionalismo específico dinâmico, dialética da complementaridade, estrutura dos objetos culturais e também as características que diferem o direito das outras realidades socioculturais.

De forma parecida, fizemos com a descrição do direito de Luhmann. Nessa oportunidade tivemos a possibilidade de explicar o porquê de Luhmann descrever o direito como sendo “um sistema parcial da sociedade que visa estabilizar expectativas normativas congruentes e generalizadas”. A partir disso, passamos pelos conceitos de sistemas, complexidade, contingência, operação, função, expectativas, e também pelas peculiaridades que o sistema jurídico possui dentro da teoria sistêmica, que visa ter um caráter explicativo universalista do mundo, mas não exclusivista.



Com um arcabouço conceitual melhor definido de cada uma das teorias, nos foi possível avançar para um estudo dinâmico do direito. Ou seja, foi possível estudar como cada uma das teorias explica as transformações no direito. Para tanto, iniciamos com uma observação acerca da importância do tempo como questão inescapável para que possamos analisar as mudanças dos fenômenos. Logo após, começamos a mostrar como o conceito de modelos jurídicos possibilita fazer um recorde estático acerca da realidade jurídica e depois, ao ser aplicado junto aos princípios do normativismo jurídico concreto, torna possível analisar como muda/permanece o direito, segundo a teoria tridimensional realeana.

Buscando ainda nesta fase uma aproximação temática entre as teorias objetos de estudo, passamos a expor como a teoria sistêmica do direito observa e descreve a evolução do sistema jurídico. Para isso falamos da diferença entre código e programa como uma forma de Luhmann lidar com a questão da variabilidade/invariabilidade do sistema. Em seguida foi feita uma abordagem acerca da justiça enquanto fórmula de contingência do sistema jurídico, como forma de enfrentar a determinabilidade/indeterminabilidade do sistema, em face das contingências e, por fim, falamos do processo de evolução, que é marcado pelos mecanismos de variação de elementos, seleção de estruturas e reestabilização da unidade sistêmica.

A partir de então, o elo entre as duas teorias começou a ser construído de forma a possibilitar a fundamentação para a apresentação de uma proposta de descrição do direito. Tal proposta visou unir a visão eminentemente sociológica de Luhmann, com a verticalizada teoria axiológica do direito de Reale, a fim de descrever o direito. Assim, propomos que seria útil descrevermos o direito, no nível de seus elementos, como sendo um conjunto complexo de comunicações acerca de fatos valorados normativamente de forma bilateral atributiva; e, no nível de suas estruturas, como modelos jurídicos que visam garantir expectativas normativas congruentes e generalizadas.

Com o fito de desenvolvermos mais essa ideia, no nível elementar, demonstramos como é possível construir pontes conceituais entre a teoria sistêmica e a tridimensional. À vista disso, trabalhamos em conjunto: a diferença entre elemento/relação (Luhmann) e a dialética da complementaridade (Reale); a comunicação como elemento do sistema jurídico (Luhmann) e como pressuposto para que haja bilateralidade atributiva no direito (Reale); a ideia da complexidade existente entre as relações dos elementos para as duas teorias; e, então, expomos porque, para nós, nas operações do sistema jurídico, sempre há comunicações que levam em consideração fatos valorados normativamente, seja de forma expressa ou implícita.

Além disso, no nível das estruturas, expomos os modelos jurídicos como espécies de estruturas, conforme entendimento de Reale; e como, a partir do momento que se tornam

redundantes, são também estruturas em termos luhmanniano. Assim, em razão disso, demonstramos que é em relação a estes modelos jurídicos que possamos ter expectativas normativas congruentes e generalizadas; já que, no direito, não se espera apenas um fato ou um valor ou um norma isoladamente, mas, sim, “fatos-valorados-normativamente” que formam uma unidade estrutural que possibilita a formação das expectativas objeto do direito.

Uma vez explicados os fundamentos da nossa proposta de descrição, no capítulo que se seguiu, buscamos exemplificar como a aplicação da lente, construída anteriormente, pode ser útil na análise de fatos normados juridicamente. Para tanto, partimos da ideia de que para fazermos uma análise dinâmica, primeiro, precisaríamos fazer uma descrição estática do modelo jurídico estudado e, posteriormente, inserirmos a variável do tempo como forma de verificar se houve ou não mudança e se tal mudança respeitou a congruência do sistema. Assim procedendo, tratamos acerca da questão do presente como sendo diferença entre passado e futuro, nos termos da teoria sistêmica de Luhmann, e como isso pode ser verificado na teoria realeana quando ele afirma que todo objeto cultural “somente é enquanto deve ser”.

Em vista disso, escolhemos fazer uma análise acerca de como sistema jurídico brasileiro tem valorado normativamente o fato de alguém agredir sua esposa, em contexto de violência doméstica, no que pertine à iniciativa da ação penal que irá processar e julgar tal fato. Com isso, iniciamos a análise lembrando conceitos básicos acerca dos tipos de iniciativas das ações penais e sobre o crime de lesões corporais. Feito isso, passamos ao estudo em si do caso proposto, começando com a construção do modelo jurídico no período compreendido entre 1988 e a promulgação da Lei 9.099/95 e, em seguida elegemos alguns marcos temporais que julgamos importante, como o surgimento da Lei nº 11.340/2006, o julgamento do Resp. nº 1.097.042-DF, pelo Superior Tribunal de Justiça, e da ADI 4.424-DF pelo Supremo Tribunal Federal.

Com a análise do caso analisado foi possível perceber que a lente, por nós proposta, é uma ferramenta útil para a análise do direito, na medida em que possibilita verificar, seja através de uma abordagem acerca de modelos jurídicos legislativos ou de modelos jurídicos jurisprudenciais, como o direito evolui e como seus resultados podem servir como base para um exame crítico acerca do direito. Assim o é, pois, considerando as comunicações de fatos que são valorados normativamente no sistema jurídico, podemos focar nossas pesquisas naquilo que entendemos que deveriam ser as comunicações mais relevantes para as operações jurídicas. Além disso, também pode-se verificar se há congruência ou não entre os tipos de modelos jurídicos, tal como os dos tipos legislativo e jurisprudencial que nos circundam.

Assim sendo, entendemos que a dissertação cumpre seu objetivo: propor uma lente de descrição e estudo do direito com base na teoria tridimensional (Reale) e sistêmica (Luhmann). A proposta está feita, cabe ao leitor aceitá-la ou não. No entanto, espera este Autor que ao menos conhecê-la tenha tido alguma valia a quem se propôs a compreendê-la.

## REFERÊNCIAS

- AURÉLIO, M. Voto. *In*: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424 Distrito Federal. AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA.** A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012. Publicação: DJe-148 Divulg 31-07-2014 Public 01-08-2014. Disponível em <<https://bit.ly/2PaWowG>>. Acesso em 15 mar. 2019.
- BECHMANN, G.; STEHR, N. Niklas Luhmann. **Tempo social**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 185-200, nov 2001. Disponível em: <<https://bit.ly/2UvYqY1>>. Acesso em: 09 dez. 2018.
- BERNARDI, I. Projeto de Lei nº 03, de 2003. *In*: BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Altera o art. 129, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado “Violência Doméstica” e dá outras providências.** Brasília: [s.n.], 2003. Disponível em: <<https://bit.ly/2Y46kK8>>. Acesso em: 02 mar. 2019.
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2012.
- BOHR, N. **Essays 1958-1962 on Atomic Physics and Human Knowledge**. New York: Inerscience Publishers, 1963.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848. **Código Penal**, Rio de Janeiro, 07 dez. 1940. Disponível em: <<https://bit.ly/18kAH0G>>. Acesso em: 15 dez 2018.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689. **Código de Processo Penal**, Rio de Janeiro, 03 out. 1941. Disponível em: <<https://bit.ly/18P04KE>>. Acesso em: 05 fev. 2019.
- BRASIL. Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos (Código Penal de 1940). **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 6, n. 24, p. 37-456, out./dez. 1969. Disponível em: <<https://bit.ly/2XZDLxs>>. Acesso em: 15 fev. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <<https://bit.ly/1bIJ9XW>>. Acesso em: 12 fev. 2019.
- BRASIL. LEI Nº 9.099, de 26 de setembro 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**, Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: <<https://bit.ly/2bsEqlr>>. Acesso em: 25 fev 2019.
- BRASIL. Lei nº 10.886, de 2004. **Acrescenta parágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado "Violência Doméstica"**, Brasília, 17 jun. 2004. Disponível em: <<https://bit.ly/2UFNQNO>>. Acesso em: 10 mar. 2019.
- BRASIL. LEI Nº 11.340, de 7 de agosto 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana**, Brasília, 07 ago. 2006. Disponível em: <<https://bit.ly/2TSXUpE>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424 Distrito Federal. AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA.** A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012. Publicação: DJe-148 Divulg 31-07-2014 Public 01-08-2014. Disponível em <<https://bit.ly/2PaWowG>>. Acesso em 15 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 106212 MS**, Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 24/03/2011. Disponível em: <<https://bit.ly/2udct9h>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

BROWN, S. **Laws of Form**. New York: The Julian Press, 1972.

CAMPOS; C. H. (ORG.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal, volume 2, parte especial**: arts. 121 a 212. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAVALCANTI, S. V. S. D. F. **Violência doméstica contra a mulher no Brasil**: análise da Lei "Maria da Penha", nº 11.340-06. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

CORSI, G.; ESPOSITO, E.; BARALDI, C. **Glosario sobre la leoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Perez e Carlos Villalobos. Santa Fé: Universidad iberoamericana, 1996.

CUNHA, E. D. **Os sertões**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

CUNHA, R. S. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

ECO, U. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson Cesar Cardoso Souza. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 1977.

GADAMER, H.-G. **Verdade e método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio P. Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GUIMARÃES, M. O. L. **Eutanásia: novas considerações penais**. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009.

HESSEN, J. **Teoria do conhecimento**. Tradução de João Vergílio Gallerani Cuter. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JESUS, D. D. **Direito Penal, 2º volume**: parte especial; crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JESUS, D. D. **Violencia contra a mulher**: aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KUHN, T. S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998.

KUNZ, J. L. **Latin-American Philosophy of Law in the Twentieth Century**. Nova Iorque: F.B. Rothman, 1950.

LAFER, C. Miguel Reale (1910–2006) uma homenagem. **REVISTA USP**, São Paulo, n. 70, p. 110-119, jun./ago. 2006.

LARENZ, K. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamago. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LIMA, A. E. Voto. *In*: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.097.042 - DF (2008/0227970-6)**. Recurso especial repetitivo representativo da controvérsia. Processo penal. Lei maria da penha. Crime de lesão corporal leve. Ação penal pública condicionada à representação da vítima. Irresignação improvida. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24/02/2010. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: José Antônio da Silva Bueno. Disponível em <<https://bit.ly/2FkqUxb>>. Acesso em 15 mar. 2019.

LIMONGI, C. Voto. *In*: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.097.042 - DF (2008/0227970-6)**. Recurso especial repetitivo representativo da controvérsia. Processo penal. Lei maria da penha. Crime de lesão corporal leve. Ação penal pública condicionada à representação da vítima. Irresignação improvida. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24/02/2010. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: José Antônio da Silva Bueno. Disponível em <<https://bit.ly/2FkqUxb>>. Acesso em 15 mar. 2019.

LOPES JUNIOR, A. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JUNIOR, A. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LUHMANN, N. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983a.

LUHMANN, N. **Systema Juridico y Dogmatica Juridica**. Tradução de Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983b.

LUHMANN, N. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, N. **A Improbabilidade da Comunicação**. Tradução de Anabela Carvalho. Lisboa: Vega, 1993.

LUHMANN, N. **Introducción a la teoría de sistemas**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Santa Fe: Universidad Iberoamericana, 1996.

LUHMANN, N. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2006.

LUHMANN, N. **Introduction to systems theory**. Tradução de Peter Gilgen. Cambridge: Polity, 2013.

LUHMANN, N. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.

LUHMANN, N. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antônio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016b.

MAIA FILHO, N. N. Voto do relator. *In*: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.097.042 - DF (2008/0227970-6)**. Recurso especial repetitivo representativo da controvérsia. Processo penal. Lei maria da penha. Crime de lesão corporal leve. Ação penal pública condicionada à representação da vítima. Irresignação improvida. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24/02/2010. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: José Antônio da Silva Bueno. Disponível em <<https://bit.ly/2FkqUxb>>. Acesso em 15 mar. 2019.

MOURA, M. T. D. A. Voto. *In*: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.097.042 - DF (2008/0227970-6)**. Recurso especial repetitivo representativo da controvérsia. Processo penal. Lei maria da penha. Crime de lesão corporal leve. Ação penal pública condicionada à representação da vítima. Irresignação improvida. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24/02/2010. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: José Antônio da Silva Bueno. Disponível em <<https://bit.ly/2FkqUxb>>. Acesso em 15 mar. 2019.

MUSSI, J. Voto-vencedor. *In*: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.097.042 - DF (2008/0227970-6)**. Recurso especial repetitivo representativo da controvérsia. Processo penal. Lei maria da penha. Crime de lesão corporal leve. Ação penal pública condicionada à representação da vítima. Irresignação improvida. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24/02/2010. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: José Antônio da Silva Bueno. Disponível em <<https://bit.ly/2FkqUxb>>. Acesso em 15 mar. 2019.

NAVES, N. Voto. *In*: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.097.042 - DF (2008/0227970-6)**. Recurso especial repetitivo representativo da controvérsia. Processo penal. Lei maria da penha. Crime de lesão corporal leve. Ação penal pública condicionada à representação da vítima. Irresignação improvida. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24/02/2010. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: José Antônio da Silva Bueno. Disponível em <<https://bit.ly/2FkqUxb>>. Acesso em 15 mar. 2019.

NEVES, C. E. B.; NEVES, F. M. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 15, p. 182-207, jun. 2006. Disponível em: <<https://bit.ly/2WCo6CQ>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

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

NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito apartir e além de Luhmann e Habermas**. 3. ed. São Paulo: WMF Martind Fontes, 2012.

NEVES, M. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constituconais como diferença paradoxal do sistema jurídico.** São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NUCCI, G. D. S. **Manual de processo penal e execução penal.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. E-book.

PACELLI, E. **Curso de processo penal.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PACELLI, E.; FISCHER, D. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PELUSO, C. Voto. *In:* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424 Distrito Federal. AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA.** A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012. Publicação: DJe-148 Divulg 31-07-2014 Public 01-08-2014. Disponível em <<https://bit.ly/2PaWowG>>. Acesso em 15 mar. 2019.

POPPER, K. R. **O mito do contexto:** Em defesa da ciência e da racionalidade. Lisboa: Edições 70, 1999.

REALE, M. Pour une Théorie des Modèles Juridique. *In:* XIV CONGRESSO DE FILOSOFIA DE VIENA. **Anais.** Viena: [s.n.], v. 5, 1970. p. 144-151.

REALE, M. **Verdade e Conjetura.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

REALE, M. Invariantes Axiológicas. **Estudos Avançados,** São Paulo, v. 5, n. 13, p. 131-144, dez. 1991. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8625/10176>>.

REALE, M. **O Direito como experiência:** introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1992.

REALE, M. Linha evolutiva da Teoria tridimensional do Direito. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo,** v. 88, p. 301-312, jan. 1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67224/69834>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

REALE, M. **Teoria Tridimensional do Direito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994a.

REALE, M. **Fontes e modelos do direito:** para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994b.

REALE, M. **Paradigmas da cultura contemporânea.** São Paulo: Saraiva, 1996.

REALE, M. **Filosofia do Direito.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, M. **Experiência e Cultura:** Para a Fundação de uma Teoria Geral da Experiência. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

REALE, M. **Lições Preliminres de Direito.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

REALE, M. **Introdução à filosofia.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.



REALE, M. **Variações sobre a dialética**, 2003. Disponível em: <<https://bit.ly/2xoaCzm>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

REALE, M. **Variações sobre a estrutura do Direito**, 2005. Disponível em: <<https://bit.ly/2D01SWj>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

ROCHA, F. B. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SANTOS NETO, A. B. **A questão da justiça de Kelsen a Luhmann: do abandono à recuperação**. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo. 2010.

SANTOS, J. C. D. **Direito Penal – Parte Geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SAUER, W. **Filosofia Jurídica y Social**. Tradução de Luis Legaz y Lacambra. Barcelona-Madrid-Buenos Aires: Labor, 1933.

SAUSSURE, F. D. **Curso de lingüística geral**. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, L. L. Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional: desigualando a desigualdade histórica. *In*: CAMPOS, C. H. D. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 93-100.

TÁVORA, N.; ALENCAR, R. R. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

VESTING, T. **Teoria do Direito: uma introdução**. Tradução de Gercélia B. de O. Mendes. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIANA FILHO, F. **Justiça na teoria dos sistemas autopoieticos**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo. 2013.

VIANA, U. S. **Horizontes da justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico**. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo. 2013.

WEBER, R. Voto. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424 Distrito Federal. AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA**. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações. Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 09/02/2012. Publicação: DJe-148, divulgado em 31-07-2014, publicado em 01-08-2014. Disponível em <<https://bit.ly/2PaWowG>>. Acesso em 15 mar. 2019.