

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL MESTRADO**

**MATEUS DI PALMA BACK**

**NORMAS JURÍDICAS, EXPECTATIVAS NORMATIVAS E SEUS RESPECTIVOS  
CONCEITOS DO DIREITO:  
Uma análise comparativa entre conceitos das teorias do Direito de Hans  
Kelsen e Niklas Luhmann**

**São Leopoldo  
2016**

Mateus Di Palma Back

NORMAS JURÍDICAS, EXPECTATIVAS NORMATIVAS E SEUS  
RESPECTIVOS CONCEITOS DO DIREITO:

Uma análise comparativa entre conceitos das teorias do Direito de Hans  
Kelsen e Niklas Luhmann

Dissertação apresentada como  
requisito parcial para obtenção do  
título de Mestre em Direito, pelo  
Programa de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade do Vale do Rio  
dos Sinos – UNISINOS.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Sandra Regina Martini

São Leopoldo

2016

B126n Back, Mateus Di Palma  
Normas jurídicas, expectativas normativas e seus respectivos conceitos do direito: Uma análise comparativa entre conceitos das teorias do Direito de Hans Kelsen e Niklas Luhmann. / Mateus Di Palma Back. – 2016.  
139 f. ; 30cm.  
Dissertação (mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2016.  
Orientadora: Profa. Dra. Sandra Regina Martini.

1. Direito - Norma jurídica. 2. Teoria - Direito. 3. Sociologia do direito. 4. Transdisciplinariedade. 5. Kelsen, Hans. 6. Luhmann, Niklas.I. Título. II. Martini, Sandra Regina.

CDU340.132

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**NORMAS JURÍDICAS, EXPECTATIVAS NORMATIVAS E SEUS RESPECTIVOS CONCEITOS DO DIREITO: Uma análise comparativa entre conceitos das teorias do Direito de Hans Kelsen e Niklas Luhmann**”, elaborada pelo mestrando **Mateus Di Palma Back**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 16 de agosto de 2016.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Sandra Regina Martini



Membro: Dr. Marcos Jorge Catalan



Membro: Dr. Wilson Engelmann



## RESUMO

Trata-se de dissertação que compara os conceitos de Direito carregados por categorias diferentes teorias do Direito. O conceito de norma jurídica descrito por Hans Kelsen e o conceito de expectativa normativa descrito por Niklas Luhmann têm em comum somente o fato de serem o produto de observações voltadas para uma realidade normativa. As suas semelhanças se encerram aí. Nesse sentido, a norma jurídica de Kelsen é marcada pela diferença entre o factual e o normativo, enquanto a expectativa normativa de Luhmann é marcada pela diferença entre o cognitivo e o normativo. Ainda que essas categorizações não sejam diretamente comparáveis, na medida em que ambos esses conceitos são utilizados pelos seus autores para as suas descrições do Direito, esses conceitos tornam-se, na sua diferença, representativos da diferença que existe entre os conceitos de Direito que os fundamentam. Esse trabalho pretende se valer deles para realizar uma análise comparativa de ambas as descrições: entre o conceito normativo de Direito em Kelsen e o conceito sociológico em Luhmann. Ele será um trabalho bibliográfico e comparativo. A metodologia adotada será a seguinte: em um primeiro momento se apresentarão os fundamentos do modo descritivo da teoria do Direito de Kelsen; após, se apresentarão os fundamentos do modo descritivo da sociologia do Direito de Luhmann; e, ao final, se buscará, a partir dos conceitos-chave mencionados, os conceitos de Direito que os fundamentam para realizar a oposição dos diferentes modos de observação do Direito. Como resultado da pesquisa, concluiu-se que, ainda que realmente se compare um conceito analítico com outro funcional, as diferenças referentes aos conceitos não puderam ser resumidas ao potencial transdisciplinar das teorias, mas à uma opção de como se aproximar do objeto de pesquisa.

**Palavras-chave:** Norma jurídica. Expectativa normativa. Teoria do Direito. Sociologia do Direito. Transdisciplinariedade. Hans Kelsen. Niklas Luhmann.

## ABSTRACT

This is a dissertation which compares the concepts of law as presented by categories of different theories of Law. The concept of legal norm described by Hans Kelsen and the concept of normative expectations described by Niklas Luhmann have in common only the fact that they are the product of observations aimed at a normative reality. Their similarities end there. In this sense, Kelsen's legal norm is marked by the difference between factual and normative, while Luhmann's normative expectation is marked by the difference between cognitive and normative. These categorizations are not directly comparable, however, to the extent that both of these concepts are used by the authors for their descriptions of the law, these concepts become, in their difference, representative of the difference between the concepts of Law underlying them. This work intends to make use of them to carry out a comparative analysis of both descriptions: between Kelsen's normative concept of law and Luhmann's sociological one. It will be a bibliographical and comparative work. The way to do this is as follows: at first it will be presented the fundamentals of the descriptive mode of Kelsen's theory of law; a second phase will present the fundamentals of the descriptive way of Luhmann's sociology of law; in the end, it will be sought to derive, from the key concepts mentioned, those concepts of law underlying them for the purpose of opposing the different ways of observing the law. As a result of the research, it was concluded that, although it is really a comparison between an analytical concept with a functional one, differences related to the concepts could not be summarized to the transdisciplinary potential of theories, but to a choice of how to approach the object of research.

**Key words:** Legal norm. Normative expectation. Theory of law. Sociology of law. Transdisciplinarity. Hans Kelsen. Niklas Luhmann.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2 O MODO DESCRITIVO DA TEORIA DO DIREITO DE HANS KELSEN ...</b>	<b>18</b>
<b>2.1 Sociedade e Direito: ordenamento e norma .....</b>	<b>19</b>
2.1.1 Princípio de imputação e a separação teórica definitiva entre natureza e sociedade .....	20
2.1.2. Normas jurídicas como objeto da ciência jurídica .....	27
<b>2.2 Ciência do Direito: Teoria Pura do Direito .....</b>	<b>32</b>
2.2.1 Neutralidade axiológica e o problema do observador .....	33
2.2.2 A norma fundamental e a purificação gnosiológica.....	38
<b>3 O MODO DESCRITIVO DA SOCIOLOGIA DO DIREITO DE NIKLAS LUHMANN.....</b>	<b>43</b>
<b>3.1 Sociedade e Direito: sistema social e comunicação .....</b>	<b>44</b>
3.1.1 Sociedade como o sistema social amplamente abarcador .....	45
3.1.2 O Direito como um sistema social funcionalmente diferenciado .....	54
<b>3.2 Ciência do Direito: Sociologia do Direito.....</b>	<b>66</b>
3.2.1 Sociologia do Direito como autodescrição parcial da sociedade .....	67
3.2.2 Sobre normas jurídicas e o enfrentamento da contingência e da complexidade.....	75
<b>4. OS CONCEITOS DE DIREITO TRAZIDOS PELOS MODELOS TEÓRICOS EM ANÁLISE.....</b>	<b>81</b>
<b>4.1 O conceito de Direito das normas jurídicas .....</b>	<b>82</b>
4.1.1 Normas jurídicas e enunciados jurídicos .....	82
4.1.2 A diferença entre leis naturais e leis jurídicas .....	88
4.1.3 O conceito de Direito das normas jurídicas em Kelsen.....	94
<b>4.2 O conceito de Direito das expectativas normativas .....</b>	<b>96</b>
4.2.1 A diferença entre expectativas normativas e expectativas cognitivas...97	
4.2.2 A relação entre o sentido das expectativas normativas com o sistema social.....	104
4.2.4 O conceito de Direito das expectativas normativas em Luhmann.....	111
<b>4.3 Sobre a suposta restrição disciplinar da teoria do Direito de Hans Kelsen e uma alternativa transdisciplinar na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann .....</b>	<b>112</b>

<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>122</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>137</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tratará por teoria do Direito aquele exercício conceitual que se presta à descrição do Direito. Nesse sentido, o normativismo de Hans Kelsen e a sociologia do Direito de Niklas Luhmann são teorias que se dedicam a essa espécie de descrição e, nessa medida, são comparáveis. É perceptível, no entanto, a diferença entre as duas descrições. Trata-se de uma diferença que permeia até as mais refinadas construções teóricas que as integram. Neste trabalho, serão selecionados conceitos-chave que são particularmente representativos dessa notável diferença: os conceitos selecionados são o de *norma jurídica* em Kelsen e o de *expectativa normativa* em Luhmann.

Estes são representativos dos próprios conceitos de Direito que os fundamentam, isto é, da descrição do Direito que é realizada pelas respectivas teorias selecionadas para este trabalho. Se pudermos explicitar essa relação (conceitos e teoria), teremos um referencial rígido a partir do qual poderemos contrastar ambas as descrições. Nesse sentido, esses conceitos-chave não foram selecionados aleatoriamente. Existe uma medida segundo a qual estes são contrastáveis: uma que diz respeito ao modo de operação normativo do sistema jurídico em contraste com o factual que lhe circunda. Tratam-se de modelos teóricos análogos, nesse sentido.

Esses são modelos teóricos que diferenciam as estruturas de expectativas referentes à observação de normas jurídicas daquelas estruturas de expectativas mais tradicionais (ciência, religião, história, a metafísica cotidiana, entre outras). Tais modelos também se fazem presentes nas teorias do Direito de Hans Kelsen e Niklas Luhmann e operam uma distinção de grande importância para a ciência jurídica, distinção esta que marca a diferença entre o sentido jurídico e os sentidos não normativos dos quais o Direito é desvinculado. De um lado, têm-se as expectativas relativas às normas, de outro, as expectativas vinculadas ao exercício especulativo mais típico das ciências. Contudo o embasamento e o propósito dessa diferenciação figuram-se no âmbito de cada teoria.

No caso da teoria pura de Hans Kelsen, a diferença anteriormente mencionada poderia ser descrita como aquela que existe entre lei natural

(*Naturgesetz*) e lei jurídica (*Rechtsgesetz*<sup>1</sup>), que põe em relação o jurista, observador e cientista do Direito, e o objeto que ele pretende descrever: as normas jurídicas. Segundo esse modelo teórico, a relação do observador com o Direito e com a norma jurídica é descritiva e especulativa. Esse processo constitui-se uma ação intelectual, metodologicamente controlada, que produz um estatuto hipotético legal, a partir do qual se conectam elementos por um nexos lógico de tipo específico: no caso das leis naturais, *causalidade*; no caso das leis jurídicas, *imputação*; portanto aquela distinção surge diretamente da cisão lógica entre fatos e normas. A norma jurídica, portanto, surge como o produto dessa observação especial, ou seja, o sentido carregado pela sua descrição é relativo ao sujeito e ao método por ele empregado. Assim, a norma jurídica e o Direito mesmo passam a ser construções especulativas do sujeito e seu método.

Aquela diferenciação entre o sentido do normativo e o não-normativo procede de maneira diversa para Niklas Luhmann que, por sua vez, não possui uma teoria do Direito propriamente dita, mas sim uma teoria da Sociedade na qual se insere a descrição do Direito por meio de uma técnica funcional-estruturalista. Na sua Sociologia do Direito, Luhmann rejeita a distinção, basilar em Kelsen, entre fatos e normas, e apoia essa distinção em categorias mais práticas. Trata-se daquilo que ele diferencia como *cognitivo* e *normativo*. A diferença entre essas duas estratégias de estruturação de sentido não diz respeito a uma lógica absoluta, como fizera crer o modelo proposto por Kelsen naquela diferenciação. A diferença entre cognitivo e normativo radica-se na frustração das expectativas.

Dada a capacidade cognitiva dos indivíduos frente ao Direito, essa dicotomia parece ser também um problema especulativo, tal como aparecera

---

<sup>1</sup> A tradução que opta-se por seguir para *Rechtsgesetz*, “lei jurídica”, foi a utilizada na tradução para português brasileiro da Teoria Pura do Direito, realizada (tradução de João Baptista Machado) pela Martins Fontes (2006, p. 90 e ss.). Na Teoria Geral do Direito e do Estado, também traduzida (tradução de Luis Carlos Borges) pela Martins Fontes, o termo utilizado pelos tradutores da edição brasileira foi “regra de direito” (2000, p. 64-66), que deve ter sido importada da edição em inglês norte-americano (Ver em *General Theory of Law and State*, publicada pela Harvard University Press, “*Rule of law and law of nature*”, 1949, p. 45-47). Além do risco de se remeter à tradicional construção *Rule of Law*, que é carregada de conotações que não têm nada em comum com a noção epistemológica de “lei” que motiva a construção “lei jurídica”; essa terminologia ignora a origem filosófica do termo que surge, em Kelsen, provavelmente em virtude da sua forte relação com o kantismo. Justifica-se assim, a opção pelo uso do termo ao entendê-lo enquanto conceito central para esta defesa.

antes em Kelsen. Contudo, Luhmann se vale desse modelo teórico para explicar o papel do Direito enquanto estrutura diferenciada da Sociedade. Como estratégia evolutiva da sociedade, o Direito antecipa expectativas normativas e assume um importante papel frente ao duplo problema da complexidade e da contingência. O sentido carregado pela expectativa normativa é referente ao próprio Direito.

Com base no exposto, tanto em Kelsen quanto em Luhmann, as diferentes construções teóricas – as normas jurídicas de Kelsen, as expectativas normativas de Luhmann – não são *somente* diferentes. Elas são representativas de uma diferença que diz respeito ao próprio conceito de Direito trabalhado pelas duas teorias. A preocupação por uma filosofia especulativa científica, em Kelsen, faz do Direito o produto de uma metodologia específica, um artefato intelectual só acessível por meio de referências analíticas puras, graças ao esforço intelectual do sujeito que torna-se capaz de criar leis hipotéticas sobre ele. Em Luhmann, a preocupação com o papel funcional do Direito torna-o um constructo da Sociedade e as expectativas vinculadas a ele são consequência de sua precedência concreta (e autopoietica) na realidade comunicativa da Sociedade e não de uma capacidade especial para especular sobre ele.

Portanto o estudo deste trabalho partirá da diferença entre um modelo *a)*, que se apoia na diferença factual/normativa, e outro *b)*, que se apoia na diferença cognitivo/normativa para alcançar os conceitos de Direito neles implicados. São, respectivamente, os modelos que constroem, em recurso a esses pressupostos, (*a'*) normas jurídicas e (*b'*) expectativas normativas.

O problema da presente dissertação pode ser resumido, então, na seguinte pergunta: qual(is) a(s) diferença(s) entre os conceitos de Direito que fundamentam os conceitos-chave de lei jurídica e expectativa normativa? Para responde-lá, será apresentado o modo descritivo da teoria pura de Kelsen, teoria analítica que segue desde o sujeito, em oposição ao modo descritivo da Sociologia do Direito de Luhmann, teoria sistêmica que segue desde o *objeto*, desde o sistema. Mas isso também quer dizer que este trabalho se ocupa de diferenças teóricas que existem entre os conceitos de Direito que fundamentam os conceitos-chave de *norma jurídica* e *expectativa normativa*, pontos de partida da análise comparativa no presente trabalho, na medida em

que se referem ao Direito, ora em sua particularidade operativa, ora na sua inserção no espaço e no tempo da Sociedade. É claro que o exercício indutivo que culmina na apresentação desses conceitos não será uma inovação didática nossa, tendo em vista sua existência no arcabouço teórico. Contudo o que ora se propõe é mostrar a relevância desses conceitos contidos nas obras dos referidos autores. Somente se realiza o esforço didático de ir desde os conceitos-chave até os conceitos de Direito, para que se possa, então, opô-los. No entanto, isso não significa que a própria dissertação principiará com a apresentação dos conceitos-chave. Para que a indução e a análise comparativa possam se dar, será necessária uma introdução aos modos descritivos e seus pressupostos teóricos que fundamentaram aqueles conceitos em tela.

Dessa forma, este trabalho tem por objetivo principal investigar quais as diferenças entre os conceitos de Direito que fundamentam os conceitos-chave de *lei jurídica* e *expectativa normativa*. Cinco são os objetivos específicos que são acessórios a esse propósito: (a) estudar o modo descritivo da teoria pura do Direito de Hans Kelsen; (b) estudar o modo descritivo da teoria sociológica do Direito de Niklas Luhmann; (c) apresentar o conceito de Direito que fundamenta o modelo teórico que tem como objeto a norma jurídica; (d) apresentar o conceito de Direito que fundamenta o modelo teórico que diferencia expectativas normativas/expectativas cognitivas; (e) estudar a diferença entre os conceitos carregados pelos dois modelos teóricos sob as consequências de se adotar uma ou outra estratégia descritiva. Esses cinco propósitos serão distribuídos de maneira heterogênea nos três capítulos que compõem a exposição desta dissertação.

Antes de esclarecermos, contudo, a distribuição desses objetivos, são necessárias alguns apontamentos metodológicos relativos ao método de abordagem, técnica de pesquisa e método de procedimento do presente trabalho. Quanto ao primeiro, é possível dizer que nos valeremos de certos preceitos da teoria da observação tal como ela busca ser desenvolvida na teoria sistêmica. O trabalho que pretendemos realizar se funda na descrição de duas diferentes observações. Um estudo comparativo entre teorias é um exercício de observação de segunda ordem em que o observador cria uma rotina discursiva que simula um afastamento das observações (das teorias)

que ele mesmo realiza. Contudo, esse afastamento é evidentemente ‘posto entre parênteses’ pois se trata de uma diferenciação dentro da própria observação. Isto visto que não se pode afastar o observador da sua observação e, principalmente, não é possível comunicar – e isso inclui dissertar – sobre a sociedade fora dela. No entanto, dado que ninguém pode observar-se observando, não é possível calcular o impacto que o observador tem sobre sua própria observação – e, em seguida, sua descrição. Isso implicaria uma nova observação, tempo, e uma descrição da antiga descrição.

Para uma compreensão geral, esclarecemos que o trabalho, ainda que motivado por uma certa preocupação de natureza teórica, obedecerá uma orientação exclusivamente descritiva. Por mais que essa espécie de esforço tipicamente envolva esforços por introduzir diferenças úteis, nós ainda assim nos resguardaremos de possíveis exigências críticas ou invocativas. Tendo caráter meramente revisional, o trabalho se restringirá a reproduzir o mais fielmente o possível, dentro dos limites da própria observação, e dentro de uma sistematização que nos parece didática, as descrições que os autores estudados já desenvolveram em seus próprios trabalhos. Por esta razão é que realiza-se essa opção por afastar-se, neste trabalho, dos críticos e suas críticas, as quais, ainda que muito eventualmente muito significativas, extrapolam o propósito desta dissertação.

Quanto à técnica de pesquisa, esclarece-se somente que esse trabalho consiste basicamente em uma revisão bibliográfica e qualitativa, colhida e organizada a diretamente a partir das obras dos nossos autores selecionados de maneira a por em relação os conceitos-chave dessa pesquisa com os conceitos de Direito, presentes no próprio material pesquisado, que os fundamenta. O trabalho se restringirá, na medida do possível, ao próprio trabalho dos autores, evitando o recurso aos seus intérpretes (senão quando realmente necessário).

E quanto ao método de procedimento, principiaremos com uma abordagem indutiva, partindo-se dos conceitos-chave em tela de maneira a chegar nos conceitos, mais gerais, de Direito que os fundamentam – nisso consistirá a principal orientação do trabalho. Uma vez tendo feito isso, será realizada uma breve análise comparativa de maneira a opor os conceitos de

Direito alcançados a partir do exercício indutivo e expressados na bibliografia adequada.

O primeiro capítulo explorará as bases orientadoras da teoria descritiva do Direito de Hans Kelsen, a partir da qual se pode compreender os seus conceitos de Direito e de norma jurídica. A isto corresponde o primeiro objetivo específico deste trabalho. Em um primeiro momento, apresentam-se dois aspectos importantes da teoria do Direito de Kelsen. Primeiramente a separação teórica entre Natureza e Sociedade, por meio da cisão epistemológica entre os princípios de imputação e causalidade. Isso faz com que a Natureza apareça como uma ordem causal geral, ao passo que a Sociedade aparece enquanto ordem normativa. E, em seguida, apresenta-se o próprio Direito enquanto norma/ordem jurídica e, também, a ideia de uma ciência normativa baseada principalmente no princípio dinâmico de produção do Direito.

Ainda neste primeiro capítulo e referente ao problema de uma ciência do Direito que Kelsen pretendeu inaugurar, dois temas são absolutamente relevantes para se entender ambos os conceitos de leis jurídicas e de Direito a partir de Kelsen. Primeiramente, o problema da neutralidade axiológica com base na qual Kelsen procura o afastamento não entre Direito e moral, mas entre moral e ciência jurídica – ou o afastamento meramente conceitual entre Direito e moral. Trata-se de um princípio que prescreve a atividade descritiva do cientista do Direito e, nesse contexto, dita simultaneamente os conceitos de Direito e norma jurídica. O segundo tema é o papel da norma fundamental para a ciência do Direito enquanto um pressuposto analítico. Imprescindível para essa discussão é a auto-superação de Kelsen; isso no momento em que ele abandona o caráter hipotético da norma fundamental que condiciona a observação do sistema jurídico, de maneira a classificar esse pressuposto como uma “ficção” necessária. Isso implica que o emprego do método normativo é facultativo e, portanto, uma alternativa de estudos, não uma necessidade.

O segundo capítulo explorará as bases orientadoras da Sociologia do Direito de Niklas Luhmann, a partir da qual se pode compreender tanto o seu conceito de Direito quanto o seu conceito de expectativa normativa. A isto, corresponde o segundo objetivo específico do trabalho. No primeiro item,

pretende-se apresentar a própria Sociedade como o sistema social amplamente abrangente, para depois alcançar o sistema do Direito enquanto um sistema social parcial, funcionalmente diferenciado, que a integra. Neste ponto, destaca-se uma preocupação saliente já na Sociologia do Direito: a moderna diferenciação funcional que culmina com a configuração corrente da sociedade em sistemas sociais parciais, funcionalmente diferenciados, fechados operativamente, que contam com um alto grau de autonomia funcional e não podem mais ser informados desde fora, mas tão somente irritados de maneira a produzir diferenças contextualizadas. Como consequência da diferenciação e especialização funcional, os sistemas sociais funcionalmente diferenciados passam a adquirir importância em nível sociológico. Também o Direito adquire uma posição de destaque na arquitetura social e acaba por constituir-se um sistema social funcionalmente diferenciado, adquirindo também sua autonomia funcional do resto da Sociedade.

Ainda neste capítulo, deverão ser apresentadas as funções do Direito e das normas, tal como estas foram descritas por Luhmann. Em primeiro lugar, a função do Direito deve ser descrita e isso diz respeito a um problema temporal das referências comunicativas, com as quais o Direito concorre para se estabilizar mediante a seleção e generalização de mecanismos normativos de controle de contingência que limitam a arbitrariedade relativa ao emprego do simbólico. Já a função das normas será apresentada em função do duplo problema da complexidade e da contingência da experimentação. Existe uma dupla contingência e um permanente risco de desapontamento das expectativas que tornariam o convívio dos indivíduos altamente improvável se não fosse o desenvolvimento de uma estrutura autônoma responsável pelo gerenciamento prévio e relativamente consistente de expectativas comportamentais. Salienta-se, contudo, que não são expectativas comportamentais de qualquer espécie, tratam-se de expectativas normativas. Aí entra o papel do Direito e, finalmente, a grande importância do conceito de expectativa normativa que será tratado no capítulo seguinte.

Realizada uma exposição do modo descritivo das teorias em análise, a apresentação dos conceitos-chave deverá passar ao foco da análise que precederá a comparação. Além disso, o esforço indutivo para alcançar os

conceitos de Direito antecipados até então não será um problema, o que será feito no último capítulo.

O princípio desse último capítulo inicia-se constatando uma diferença fundamental na teoria do Direito de Hans Kelsen: a diferença entre normas e enunciados jurídicos. Ali também será apresentada a diferença entre lei jurídica e lei natural. Assim, prestaremos rigidez ao conceito-chave, para que dele possamos abstrair o conceito de Direito que o fundamenta e nele está contido, visto que isto corresponde ao terceiro objetivo específico do trabalho. No segundo momento desse mesmo capítulo, primeiramente se esclarecerá a diferença entre as expectativas cognitivas e as expectativas normativas. Em seguida, relaciona-se essa estratégia normativa de estruturação de expectativas com a capacidade do sistema social para a generalização de sentido. Feito isso, será abstraído o conceito de Direito antecipado pela exposição do modo descritivo que informa essa construção conceitual em tela; o que corresponde ao quarto objetivo específico desta dissertação. Ao término do capítulo que antecederá a conclusão da dissertação, haverá a oportunidade de partir das diferenças apontadas nos conceitos de Direito informadores das nossas categorias-chave, que já aparecerão como representativos de orientações teóricas distintas, para entender as vantagens apresentadas por cada método. Espera-se compreender as possibilidades e promessas de uma orientação teórica transdisciplinar que abra o Direito para a complexidade social, com vista a enriquecer seu próprio desenvolvimento teórico; e dessa maneira, teremos abordado o quinto e último objetivo específico deste trabalho.

Três são as hipóteses que pretendemos confirmar ao nos atermos aos objetivos propostos. Em primeiro lugar, quanto ao conceito de Direito das leis jurídicas, que será apresentado no terceiro capítulo, sabemos que a lei jurídica é o produto especulativo de conhecer as normas jurídicas, isto é, o Direito. Mais do que isso, é o produto de se conhecer o Direito sob certas condições teóricas imprescindíveis; é conhecer sob um pressuposto analítico 'fictício' necessário (norma fundamental), respeitando-se uma atitude científica descritiva (neutralidade axiológica) e, especialmente, despindo do objeto todo vestígio de causalidade possível (princípio de imputação). Segundo essa orientação, o próprio Direito deve constitui-se teoricamente em norma ou

ordem normativa hipotética distinta do ato de vontade que a inaugura e do aparato coercitivo que vincula o seu cumprimento.

Em segundo lugar, quanto ao conceito de Direito das expectativas normativas, também a ser confirmada no terceiro capítulo, sabemos que a expectativa normativa não passa de uma estratégia de estruturação de sentido que é antecipada por estruturas sociais concretas. Dentre essas estruturas, mais ou menos visíveis, destaca-se o sistema funcionalmente diferenciado do Direito. A expectativa normativa não faria sentido se, como em Kelsen, o Direito fosse o produto teórico de um tipo especial de observação. Para a Sociologia do Direito de Luhmann, o Direito deve ser um sistema social concreto responsável por generalizar expectativas normativas de tipo especial: expectativas sobre expectativas de comportamento.

E a terceira hipótese, quanto à diferença entre ambos os conceitos de Direito, sendo mais significativa para esse trabalho já que corresponde ao nosso problema de pesquisa e ao objetivo principal, será confirmada somente na conclusão deste trabalho. Quanto a ela, podemos especular que enquanto o conceito de Direito das leis jurídicas serve somente para estabelecer a clausura disciplinar do próprio objeto, o conceito sociológico não pretende ser mais do que uma (auto)descrição parcial da Sociedade como um todo. O primeiro conceito afasta o Direito de toda outra possibilidade de tematização ao passo que o segundo conceito é desenhado especialmente para um diálogo transdisciplinar. O conceito de Direito das expectativas normativas abre possibilidades para transdisciplinariedade e para as diversas possibilidades de tematização do Direito enquanto o primeiro simplesmente diz “o que ele é”.

A diferença tematizada por esse trabalho, à primeira vista, pode parecer afastada das urgências habituais relacionadas à disciplina. Não é, contudo, o caso. A necessidade dessa discussão é a de questionar acerca do modelo de teoria do Direito à qual recorre a descrição do Direito. Ou melhor dizendo, questionar pelo modelo de Teoria do Direito que se pretende fazer, visto que não se podem observar duas coisas ao mesmo tempo. Então, este trabalho trata de resgatar, a partir de conceitos-chave específicos, conceitos centrais de duas observações do Direito que se apresentam apenas como alternativas, à primeira vista, não conciliáveis. Isso porque uma fornece uma descrição jurídica do Direito em seu momento normativo, enquanto a outra fornece uma

descrição funcional-estruturalista do Direito da Sociedade. Não se trata aqui de qualificá-las como sendo melhores ou piores entre si ou quando comparadas com teorias alternativas. Trata-se de esclarecer uma diferença substancial entre duas descrições do Direito ainda muito aproveitáveis.

A teoria do Direito de Hans Kelsen aparece como a maior representante do que pretendeu ser a ciência jurídica no Século XX. Ela fornece, àqueles que estão dispostos a navegar por sua larga produção, um amplo arsenal conceitual, bem como um método relativamente inédito de como se aproximar do fenômeno jurídico sem as antigas concepções teológicas de mundo, sem as referências à uma razão natural típica do esclarecimento e até mesmo sem nenhum compromisso prático ou político mais evidente. Ela também eliminou todo traço de historicidade possível da qual um modelo de ciência jurídica particularmente promissor poderia ter se aproveitado. E não é esse, diga-se de passagem, o problema; não há razão para discordar-se de uma historiografia tradicional do pensamento e das instituições jurídicas.

Nesse movimento, a teoria do Direito contentou-se com simplesmente encadear o Direito em uma estrutura analítica descompromissada com outras possibilidades de tematização do próprio objeto. Em outras palavras, a teoria do Direito de Kelsen criou uma clausura disciplinar para o Direito, tornando-o irrelevante para todas as outras espécies de preocupações acadêmicas e, simultaneamente, tornando essas preocupações uma distração estranha à temática.

Contudo, as urgências recentes de um mundo de economia global, de política transnacional e até mesmo de questões circunscritas a um dado limite territorial onde o Direito persiste altamente relevante<sup>2</sup>, exigem uma espécie de comprometimento da academia que é inviabilizado pelo desinteresse que os críticos geralmente pressupõem na teoria pura do Direito. Exige-se da teoria agora um apego prático e não meramente tautológico. Portanto parece que o que justifica este trabalho, acima de tudo, é a necessidade de uma teoria transdisciplinar do Direito. Uma teoria que busque um afastamento imediato do próprio objeto para se informar melhor ao se reaproximar deste; uma teoria

---

<sup>2</sup> Como na eminência de um possível processo de *impeachment* de um presidente da república democraticamente eleito, como se espera que ocorra neste ano de 2016, por exemplo, por conta do que uma certa instabilidade das expectativas sociais é esperada.

que abra possibilidades de diálogos transdisciplinares, que é toda a razão de ser do conceito sociológico de Direito. Por outro lado, a teoria do Direito de Hans Kelsen esconde promessas que acabam por ser pouco exploradas, não somente em virtude do comprometimento com o método normativo, mas da rejeição precoce de um arsenal teórico que se pressupõe defasado. Em última análise, o objetivo dessa dissertação é provocar a rediscussão de pressupostos com os quais, por vezes, nem o próprio Kelsen se comprometia tão fatalmente.

## 2. O MODO DESCRITIVO DA TEORIA DO DIREITO DE HANS KELSEN

Este primeiro capítulo será dedicado a expor a especificidade da teoria do Direito de Hans Kelsen na sua orientação descritiva e na construção de seu objeto particular. Isso significa expor os fundamentos da teoria por meio dos quais a descrição do Direito se torna possível.

Trata-se de um empenho teórico tautológico e não dogmático, além de um esforço meramente descritivo e não opinativo ou crítico; isso significa um afastamento dos contornos do que se convencionou como teoria crítica nas últimas décadas, mas não de crítica enquanto reflexão profunda e especulativa.

Para esse propósito, a maneira pela qual optou-se por realizar essa exposição foi dividindo-a em dois subcapítulos. O primeiro, a seguir, expõe as categorias mais fundamentais da teoria do Direito de Kelsen. Trata-se da categoria imputação, a qual cinde teoricamente a natureza e a sociedade em dois campos teóricos que, em Kelsen, são inconciliáveis. E também da norma jurídica, que é destacada da realidade normativa geral da sociedade por força de um pressuposto normativo que lhe garante sua especificidade. É certo que a norma jurídica é de suma importância para esse trabalho, mas o seu sentido e o de sua descrição não podem ser plenamente captados senão em recurso ao aparato teórico exposto em maior profundidade no decorrer deste capítulo. É certo que existem diversos autores que trabalham com a categoria *norma jurídica*, inclusive admitindo sua centralidade para uma teoria do Direito. No entanto, os fundamentos de sua observação, em Kelsen, são únicos, como também o é o lugar que ela ocupa em sua teoria. Trata-se do conceito *normativo* de norma jurídica.

No segundo subcapítulo, a dissertação se volta para a orientação descritiva e a possibilidade de descrição da teoria. Se discute aqui, primeiramente, sobre o observador do Direito orientado pelo dever de neutralidade axiológica. Em seguida, a norma fundamental introduzida no esquema teórico pelas considerações anteriores. Aqui, contudo, ela aparece como o instrumento epistemológico principal da ciência jurídica de Kelsen.

## 2.1. Sociedade e Direito: ordenamento e norma

Aqui, portanto, será dedicado um esforço importante para a reconstrução do sentido normativo da ciência jurídica de Hans Kelsen. Dividido em dois importantes itens, este subcapítulo deverá, na medida do espaço e da base bibliográfica, apresentar a categoria imputação, representativa da distinção final entre natureza e sociedade, e a norma jurídica como o objeto específico da ciência do Direito.

O primeiro item é aquele no qual a Sociedade aparecerá como um complexo normativo englobante<sup>3</sup>. Mas, tratando-se de Hans Kelsen, o realmente importante é o desenvolvimento teórico da categoria *imputação*, por meio da qual é possível o entendimento da *Sociedade* em contraposição à *Natureza*. Em uma investigação, segundo o próprio autor, de cunho *sociológico*, Kelsen explica como a superação de uma antiga metafísica “retributivista” é o que permite logicamente a separação entre os princípios de causalidade e imputação. Nesse movimento, não somente a Sociedade aparece na sua particularidade normativa, como também o cientista torna-se capaz de elaborar estatutos hipotéticos análogos às leis naturais, mas fundamentalmente distintos delas. Dessa maneira, essas leis jurídicas, enquanto proposições da ciência do Direito que descrevem as normas jurídicas, também são possíveis somente em respeito a essa cisão lógica; somente em respeito ao aparecimento deste artefato teórico: o princípio de imputação.

No segundo item, será explorada a importância das normas jurídicas para a descrição normativa do Direito e como o conjunto amplo dessas normas forma uma ordem lógica distinta: um ordenamento jurídico. Não há como

---

<sup>3</sup> A descrição “complexo normativo englobante” é uma construção didática original deste trabalho que fundamentar-se-á com os pressupostos descritos ao longo deste. Ela remete a idéia de um universo hipotético de elementos ligados pelo princípio de imputação, portanto normativo, que contudo não é devidamente especificado e abarca diversas possibilidades de tematização. Com essa descrição, traduz-se um entendimento, a partir de Kelsen, de que se a Sociedade é *norma* (tipo lógico geral), o Direito, enquanto *norma jurídica* (tipo lógico específico), pode e deve ser entendido como um subproduto, uma subordem ou um subsistema seu. Mesmo em Kelsen, a relação entre Sociedade e Direito não é entre entes externos ou estranhos, mas entre totalidade e especificidade; o fato de Kelsen não buscar relacioná-los por uma estratégia teórica, como o funcional-estruturalismo luhmanniano, diz respeito a sua disposição crítica de teórico (ou sua carência).

desvincular ambas as categorias, o ordenamento é jurídico, composto por normas que são jurídicas na medida em que integram o ordenamento jurídico. Será abordado, portanto, como o ordenamento existe somente em função da pressuposição de uma norma jurídica que lhe presta coesão. A categoria seminal aqui, no entanto, permanece sendo a de norma jurídica, por meio da qual o Direito continua mantendo a sua especificidade frente ao universo normativo mais amplo que é a sociedade. Com isso, Kelsen elabora o seu método normativo de observação, a partir do qual o jurista torna-se capaz de elaborar descrições científicas de seu objeto.

Está claro que norma jurídica é uma construção que aparece em diversos autores, mas a sua peculiaridade em Kelsen deve-se justamente ao modelo normativo de ciência que o autor elabora, o que diz respeito, inicialmente, ao que será exposto neste primeiro subcapítulo.

#### 2.1.1. Princípio de imputação e a separação teórica definitiva entre natureza e sociedade

Para a construção de sua teoria, Kelsen apoia-se em uma noção kantiana – neokantiana<sup>4</sup> – e eminentemente analítica: a de que o método é condição de objetividade, isto é: é constitutivo do próprio objeto. Isso quer dizer que o objeto não existe como fenômeno antes de ser observado, de maneira que o mesmo objeto não poderia ser observado por duas observações distintas. O método, enquanto observação racionalmente controlada, produz o objeto, não sendo possível dois métodos tratarem do mesmo objeto. Nesse sentido, o primeiro problema a ser enfrentado por Kelsen é o de que o mesmo objeto, o Direito, poderia ser estudado por diversos métodos. Essa foi, inicialmente, a sua prerrogativa de resistência contra “a teoria das duas faces do Estado” de Jellinek, a qual preceituava que o estudo do Estado se ocupava de sua face “jurídica” e também sua face “histórico-social”.

---

<sup>4</sup> Para Miguel Reale, a leitura de que “o método é constitutivo do objeto”, a partir de Kant, é característica do neokantismo da Escola de Marburgo (2002, p. 126), embora ele próprio tenha assumido essa premissa (2002, p. 77). Todavia, desde a Crítica da Razão Pura de Kant já é possível essa conclusão em particular.

Kelsen, que se comprometió como sus predecesores con la pureza metódica, no quiere tener nada que ver con esa idea de que uno y el mismo objeto puede ser asunto de diferentes métodos, y su crítica a la 'teoría de las dos caras' de Jellinek parece implacable: si por hipótesis existen dos métodos, entonces hay también dos distintos asuntos u objetos, pues la identidad del objeto de conocimiento está condicionada por el método del conocimiento (PAULSON, 2000, p. 35-36)<sup>5</sup>.

No entanto é quando esse preceito é aplicado aos dois modos gerais e distintos de se observar o Direito que essa exigência metodológica ganha força. Na verdade, não se trata realmente de dois modos de se observar o mesmo objeto, mas de duas observações distintas a ser atinar com. Isso porque, enquanto modos *gerais* de observação, eles não adotam um objeto em particular, somente, de maneira geral,  *fatos e normas*. Os dois modos gerais de construir objetos dizem respeito aos princípios lógicos de *causalidade e de imputação*.

Tal divisão lógica fundamental chama-se *dualismo metodológico* e, como antecipado logo acima, ela se presta a livrar a ciência jurídica de um sincretismo metodológico para o qual Kelsen dedicou uma grande parte de seus esforços críticos. Não é à toa, portanto, que Warat sintetiza o mote da postura teórica de Kelsen que ele batiza de purificação anti-naturalista ou anti-causalista da seguinte maneira:

[...] é preciso evitar um sincretismo metodológico que obscureça a construção de um campo temático específico da Ciência do Direito e dilua os limites que lhe são impostos. (WARAT, 1983, p. 67)

Essa seria a querela mais significativa que Kelsen sustentaria contra as teorias do Direito hegemônicas ao seu tempo que sustentavam intensas relações com outras disciplinas, pois esse "sincretismo metodológico, presente no conhecimento jurídico dominante, pode ser atribuído à estreita conexão que o direito tem com o resto dos saberes constituintes das chamadas Ciências

---

<sup>5</sup> (Tradução nossa): "Kelsen, que se comprometeu como seus predecesores com a pureza metódica, não quer ter nada que ver com essa ideia de que um e o mesmo objeto pode ser assunto de dois métodos, e sua crítica à 'teoria das duas faces' de Jellinek parece implacável: se por hipótese existem dois métodos, então há também dois distintos assuntos ou objetos, pois a identidade do objeto do conhecimento está condicionada pelo método de conhecimento".

sociais” (WARAT, 1983, p. 67). Tomando-se, pelo menos aqui, essa classificação de maneira descompromissada – visto que, com o dualismo metodológico, Kelsen propõe uma noção muito mais rigorosa do que seriam as ciências legitimamente sociais.

O caso mais notável, porém, em que Kelsen dispara contra o que ele acusava de confusão metodológica, foi a sua crítica, ainda em juventude, do método do Direito Vivo de Eugen Ehrlich. Na época, Kelsen já havia publicado seus famosos *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1911) e, estabelecidos os princípios basilares do que viria a ser a sua teoria do Direito e, nesse sentido, já havia se comprometido irrevogavelmente com a distinção entre *ser* e *dever ser*, entre fatos e normas. Então, bastou que Ehrlich afirmasse, já no início de sua *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), que “uma regra do agir evidentemente é uma regra de acordo com a qual em geral não só se age, mas se deve agir” (EHRlich, 1986, p. 15) para que Kelsen disparasse contra ele suas acusações de sincretismo metodológico:

La mancata distinzione tra diritto come regola ontica, ossia come regola degli accadimenti empirici, e diritto come regola deontica, ossia come norma che statuisce ciò che deve accadere, non è che uno dei sintomi più pregnanti di quella confusione, che caratterizza la visione ehlichiana, tra una considerazione esplicativo-causale, rivolta all'essere, e una considerazione normativa, rivolta al dover essere e in particolare al dover essere giuridico. È questo sincretismo metodologico che ho soprattutto rimproverato ad Ehrlich (KELSEN, 2010b, p. 59)<sup>6</sup>.

Vê-se aí a importância da temática para Kelsen. A distinção entre ser e dever ser, entre fatos e normas ou Natureza e Sociedade, é o fundamento de todo o seu método normativo. Essa diferença radica-se naquela entre as categorias *causalidade* e *imputação*. A categoria *imputação* se torna assim, uma categoria fundante da ciência do Direito e, assim, central para a Teoria

---

<sup>6</sup> (Tradução nossa): “A incapacidade de distinguir entre o Direito como regra ôntica, isto é, como uma regra dos acontecimentos empíricos, e o Direito como regra deôntica, ou seja, uma regra que estabelece o que deve acontecer, não é um sintoma mais grave do que aquela confusão, característica da visão ehlichiana, entre uma consideração explicativo-causal, relativa ao ser, e uma consideração normativa, relativa ao dever ser – e, em particular, o dever ser jurídico. É esse sincretismo metodológico que eu tenho, sobretudo, repreendido em Ehrlich”.

Pura do Direito<sup>7</sup>. A sua justificativa é uma preocupação mais do que legítima, portanto, para este trabalho. Falta esclarecer, contudo, as bases teóricas dessa categoria fundamental.

Para Kelsen, a *Natureza* é uma “ordem das coisas ou um sistema de elementos que estão ligados uns com os outros como causa e efeito, ou seja, portanto, segundo um princípio que designamos por causalidade” (KELSEN, 2006, p. 84). As ciências naturais estudam a conexão entre elementos em uma relação lógica de *ser*, a qual seria denotada na lei natural. Segundo Kelsen, as ciências encarregadas de estudar essa ordem das coisas logicamente ligadas segundo o princípio da causalidade seriam as ciências da Natureza. Existem ciências que, assim como a ciência jurídica, estudam o comportamento, ou melhor dizendo, a *conduta humana*, mas que, em virtude de estudarem a conduta mediante o princípio de causalidade – ou seja, mediante o modo causal de observação –, não partilham do método normativo de estudo do Direito e sequer do mesmo objeto: normas; são, assim, ciências da Natureza, mas que podem ser classificadas didaticamente como ciências sociais causais.

Já a Sociedade, diferentemente da Natureza, “é uma ordem normativa da conduta humana” (KELSEN, 2006, p. 85) em que os fatos estão relacionados não como causa e efeito, mas como pressuposto normativo e sanção; transgressão e castigo ou adequação e recompensa. Para Kelsen, a Sociedade é ela própria um complexo normativo<sup>8</sup>, e não, diferentemente de outras abordagens possíveis, “um conjunto de indivíduos”, “indivíduos interagindo” ou “um complexo comunicativo”. Então, de maneira análoga ao sistema natural de elementos, temos que:

---

<sup>7</sup> Luís Alberto Warat, ao dedicar uma pequena e significativa obra ao diagnóstico e crítica do que ele chama de cinco níveis de purificação da Teoria Pura do Direito (resumidamente: 1- política e ideológica; 2- anti-jusnaturalista; 3- anti-naturalista ou anti-causalista; 4- intra-normativa; 5- monista ou anti-dualista), cuja extirpação da causalidade constitui-se, a princípio, somente um nível (anti-causalista), declara muito certeira que todos esses cinco níveis diagnosticados concorrem para definir o sentido de imputação, tal como ele aparece para Kelsen: “[...] contento-me em indicar, tomando uma ideia de Cossia, que os cinco níveis de purificação considerados ao longo deste trabalho, devem ser entendidos como condições definitórias da imputação, e esta, vista como noção fundante e constituinte do campo temático da ciência do Direito. [...] Em outras palavras, os cinco níveis de purificação seriam demonstrativos de razões pelas quais Kelsen precisa fundamentar sua teoria sobre o conhecimento jurídico na categoria da imputação, oposta (e complementar, de certo modo) à categoria da causalidade” (WARAT, 1983, p. 76).

<sup>8</sup> “Chegamos, desta forma, a um ponto importante: a sociedade, como objeto das ciências sociais, é regida, para Kelsen, pelo princípio da imputação e, por isto, é sempre um conjunto de enunciados normativos” (WARAT, 1983, p. 68).

O objeto das ciências sociais – a sociedade – é para Kelsen, um sistema de elementos ligados segundo um princípio diferente daquele da causalidade: o da imputação. Este princípio, também, une dois elementos externados mediante um enunciado condicional, mas sem lhes atribuir uma relação de causa e efeito, senão interpretando-os conforme um critério de retribuição – castigo ou recompensa – de forma que o primeiro elemento do enunciado condicional, seja visto como uma transgressão ou adequação (WARAT, 1983, p. 68).

O próprio Direito é também um sistema de elementos ligados segundo o princípio de imputação. Dito isso, é possível traçar um paralelo entre leis naturais e leis jurídicas, afinal “essa conexão descrita na lei jurídica é, na verdade, análoga à conexão de causa e efeito expressa na lei natural” (KELSEN, 2006, p. 90). Isso, contudo, não suprime a diferença quanto ao objeto descrito. No caso das leis jurídicas: normas jurídicas. A analogia se sustenta somente quanto à atitude descritiva, da qual trataremos mais adiante.

A separação do princípio de imputação e do princípio de causalidade é, na verdade, uma distinção que Kelsen lega à filosofia da ciência e é nessa condição que este irá informar a obra de Kelsen em que a norma jurídica será construída teoricamente.

Essa contribuição de Kelsen não significa simplesmente a imputação como conexão lógica, mas antes a maneira de fazer dela um modo de observação de objetos específicos: *valores* ou *normas*. Isso, ainda sob uma proposta de filosofia especulativa, destinada à formulação de estatutos *hipotéticos*, não *práticos*. Contudo, embora essa seja distinção lógica fundamental para Kelsen<sup>9</sup>, ela decorre historicamente da superação de um modo arcaico de observação. Ou seja, trata-se de uma aquisição histórica do pensamento teórico especulativo.

---

<sup>9</sup> A distinção lógica entre os princípios de causalidade e de imputação correspondem à distinção lógica entre *ser* (*Sein*) e *dever ser* (*Sollen*) na obra de Kelsen. Enunciados ligados pelo princípio de causalidade denotam uma relação hipotética de *ser* enquanto enunciados ligados pelo princípio de imputação, que é retributivo, denunciam uma relação hipotética de *dever ser*. Kelsen, já no início da segunda edição da sua Teoria Pura do Direito, afirma que essa é uma distinção cognitiva fundamental e que “[n]inguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático – se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser – com o qual descrevemos uma norma – e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja” (KELSEN, 2006, p. 6).

Argumenta Kelsen que o princípio de retribuição, que conecta fatos em uma relação de imputação, era a maneira que os sujeitos primitivos se valiam para entender a relação entre fenômenos. Tratava-se de uma metafísica materialista e animista, uma ontologia que pressupunha uma razão natural, uma necessidade que punia ou recompensava a ação humana, mas também ligava fatos da Natureza mediante um princípio de vontade. Kelsen argumenta que o princípio lógico de causalidade procede historicamente esse princípio de retribuição e argumenta contra a linguagem científica moderna que ainda carrega traços dessa herança.

Na obra *Society and Nature: A Sociological Inquiry*, Kelsen recorreu a diversos estudos antropológicos para evidenciar em mitos e tradições de tribos de diversas partes do mundo (KELSEN, 1943, p. 49 e ss.) e também na mitologia e cultura grega (helênica e pós-helênica; KELSEN, 1943, p. 243 e ss.) como, sob uma interpretação de acordo com o princípio de retribuição, era comum que se tomasse vingança<sup>10</sup> contra animais, plantas e até mesmo objetos inanimados (KELSEN, 1943, p. 52); também detalhando como eram explicadas doenças e mortes (KELSEN, 1943, p. 97), condições climáticas (KELSEN, 1943, p. 115), raios e trovões (KELSEN, 1943, p. 116; etc.) segundo o princípio de retribuição.

E mesmo no florescer da ciência moderna, quando se abandona o recurso ao princípio de retribuição em favor da mecânica que conecta *causalmente* as determinações da realidade, essa necessária conexão é tomada como uma projeção objetiva de uma vontade transcendental na própria Natureza. É somente com Hume<sup>11</sup> e Kant<sup>12</sup> que a causalidade, afastada de uma necessidade natural e tomada como um produto *racional* de um sujeito pensante, perde todas as remanescentes conexões com o princípio de retribuição e torna-se uma categoria do entendimento<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> E, na verdade, “No sharp distinction can be drawn between the reaction termed ‘vengeance’ and that termed ‘retribution’ [...]” (KELSEN, 1943, p. 50). (Tradução nossa): “Não se pode traçar uma diferença clara entre a reação chamada ‘vingança’ e a reação chamada ‘retribuição’”.

<sup>11</sup> Especialmente em: HUME, David. *An enquiry concerning human undestanding: a critical edition*. Oxford: Clarendon Press, 2006. Kelsen cita uma edição de 1894 publicado pela L. A. Selby-Bigge, ainda que a primeira edição da obra preceda aquela por mais de um século.

<sup>12</sup> Especialmente em: KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Petrópolis: Vozes, 2012.

<sup>13</sup> “The objective bond imagined between cause and effect is the transcendental will projected onto nature. In transforming causality from an objectively necessary connection of cause

Para Kelsen, esse foi o verdadeiro legado de Hume. Não a impossibilidade do sujeito constatar uma conexão causal necessária a partir da experiência, mas o abandono da antiga noção de causalidade baseada em uma vontade divina ou necessidade natural (KELSEN, 1943, p. 262).

Para Kelsen, a contribuição desses pensadores consiste na transformação da causalidade de uma necessidade natural em uma ferramenta especulativa e, assim, realmente afasta-se a causalidade da forma primitiva de pensamento baseada no princípio retributivo. Também, observou ele, que trocar vontade da natureza ou divina por necessidade natural é dar nomes diferentes para a mesma coisa.

Afastada a causalidade do princípio de retribuição, esse é substituído por uma forma do pensamento, distinta da causalidade, chamada imputação. Não se trata de um improviso conceitual. A antiga metafísica retributivista não tinha razão para separar esses princípios; ao passo que a nova metafísica, com pretensões de cientificidade, necessita de qualificar logicamente a orientação normativa, de *dever ser*, visto que aquilo que é prescrito não tem compromisso lógico nenhum com amarras causais. Portanto a consequência direta da causalidade nesses novos termos, para Kelsen, é a necessária separação lógica entre *Natureza* e *Sociedade*, entre *ser* e *dever ser* e entre os princípios de *imputação* e *causalidade*.

---

and effect, immanent to nature, into a subjective principle of human thinking, Hume and Kant merely freed the law of causality from an element which it inherited as a successor to the principle of retribution" (KELSEN, 1943, p. 251). (Tradução nossa): "O vínculo objetivo imaginado entre causa e efeito é a vontade transcendental projetada na natureza. Ao transformar causalidade de uma objetiva e necessária conexão entre causa e efeito, imanente à natureza, em um princípio subjetivo do pensamento humano, Hume e Kant meramente libertaram a lei da causalidade de um elemento qual ela herdou enquanto uma sucessora legítima ao princípio da retribuição". Não é difícil entender, nesse sentido, a razão de Kelsen recorrer a esses filósofos. Para David Hume, o exercício especulativo de atribuição de causalidade não passa de um hábito de recorrer a uma suposta regularidade observada na esperança de que aquela abstração lhes forneça uma expectativa segura do que está por vir; a sua conclusão de que do fato de que algo aconteça não decorre que algo deva acontecer seria a base do seu próprio ceticismo no plano especulativo. Já para Kant, a causalidade é um conceito puro do entendimento que, conjugada com intuições puras do espaço e do tempo, permite um juízo especulativo autêntico, puro.

With the emancipation of causality from retribution and of the law of nature from the social norm, nature and society prove to be two entirely different systems. The idea of a system of norms regulating human behavior and constituting society as an order totally different from the laws of nature is possible without the fiction of freedom of will and therefore without contradiction to the principle of causality. From this point of view, society and nature are two different systems whose difference rests on the fact that the phenomena, and especially human behavior, are interpreted according to two essentially different kinds of "laws" (KELSEN, 1943, p. 265)<sup>14</sup>.

Nesse movimento, Hans Kelsen inicia um modo de descrição daquilo que ele qualificou de *Sociedade* em seus próprios termos, em termos normativos. Também a descrição do Direito, entendido como um aspecto parcial da Sociedade, torna-se possível normativamente. Graças ao princípio de imputação, portanto, a descrição do Direito acaba descompromissada da vinculação a fatos, tidos esses como constructos causais.

Pode-se dizer que a teorização da norma jurídica, seu status normativo e de sua centralidade para a ciência do Direito, inicia-se com distinção entre causalidade e imputação, entre Natureza e Sociedade. Mas dessa distinção ainda prossegue a diferenciação entre o universo normativo mais amplo daquele ordenamento constituído por normas exclusivamente jurídicas, que são o objeto legítimo da ciência do Direito, das quais trataremos a seguir.

### 2.1.2. Normas jurídicas como objeto da ciência jurídica

A distinção lógica entre fatos e normas não basta para isolarmos o Direito da Sociedade e leis jurídicas de leis sociais de qualquer espécie. Temos somente que a sociedade, enquanto ordem normativa *geral*, é diferente da natureza, enquanto ordem causal. Ainda resta por qualificar o Direito enquanto ordem normativa *específica* frente à Sociedade. E, para isso, a estratégia de

---

<sup>14</sup> (Tradução nossa): "Com a emancipação da causalidade da retribuição e também da lei da natureza da norma social, natureza e sociedade provam ser dois sistemas completamente diferentes. A ideia de um sistema de normas regulando o comportamento humano e constituindo a sociedade enquanto uma ordem totalmente diferente das leis da natureza é possível sem a ficção de vontade livre e, portanto, sem contradição ao princípio de causalidade. Desse ponto de vista, sociedade e natureza são dois diferentes sistemas cujas diferenças restam no fato de que o fenômeno, especialmente o comportamento humano, são interpretados de acordo com dos tipos essencialmente diferentes de 'leis'".

Kelsen foi uma auto-referencial. Ele realiza uma observação do Direito a partir da própria norma jurídica dada para encontrar a sua razão fundante. Sabemos que tal esforço científico se dá por meio da observação normativa do próprio Direito. O método próprio de estudar fenômenos em face de uma atribuição de conexão imputativa se inicia com a noção das normas enquanto esquema de interpretação:

A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. [...] A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma (KELSEN, 2006, p. 4).

O normativismo, a ciência *normativa* do Direito, é um método de observação segundo normas jurídicas. Um acordo entre indivíduos somente se torna legalmente válido face a normas positivas, postas, acessíveis aos sentidos. Da mesma maneira, a produção da morte de um indivíduo vai corresponder ora a um homicídio, ora a uma execução de pena de morte, dependendo somente do esquema normativo qual se observa.

O modo de observação ainda constitui o objeto. E, na verdade, não são esses comportamentos que são propriamente os objetos de observação, mas as próprias normas contendo prescrições às quais esses comportamentos se adequam ou não<sup>15</sup>. Esse modo de observar o Direito se vale do próprio Direito como critério de observação.

Não se nega que a norma jurídica venha ao mundo por efeito, isto é, como o produto *causal* de um ato de vontade de uma dada autoridade. Mas partir-se da norma jurídica como um referencial objetivo de observação previne que se aluda a quaisquer elementos causais participantes da produção normativa. Pretende-se, assim, um entendimento da norma jurídica na sua

---

<sup>15</sup> “Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas” (KELSEN, 2006, p. 79).

pura referência normativa, inteiramente abstraída das avaliações ideológicas, sociológicas, materiais de qualquer espécie<sup>16</sup>. O normativismo é, portanto, entendido como um método normativo-descritivo; descritivo porque se dedica somente à descrição do seu objeto e normativo porque o objeto descrito são as próprias normas jurídicas<sup>17</sup>.

Em virtude dessa auto-referência, a fundamentação do método normativo depende de um fundamento de validade de observação de normas jurídicas postas. Prescinde de um constructo analítico que qualifique as normas jurídicas como sendo jurídicas para que elas possam ser observadas e, portanto, servir de esquema de interpretação.

Em outras palavras, as normas jurídicas observadas precisam, elas próprias, ser jurídicas e juridicamente válidas. Para isso, serve o segmento teórico da Teoria Pura do Direito que estuda as normas jurídicas em seu sentido de produção e atribuição de validade: a teoria dinâmica do Direito<sup>18</sup>. Essa se prestará à verificação da validade de uma norma jurídica em particular que recebe seu sentido de validade objetiva de outra norma jurídica positiva. A isso corresponde o princípio dinâmico<sup>19</sup> do Direito.

A positividade das normas jurídicas significa a sua verificabilidade. De ordem empírica<sup>20</sup>, inclusive. Podemos dizer que uma norma jurídica é válida se produzida de acordo com outra norma jurídica positiva que delega

---

<sup>16</sup> “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende liberar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental” (KELSEN, 2006, p. 1).

<sup>17</sup> “Dado que as duplas “normativo-explicativo” e “prescritivo-descritivo” não se sobrepõem, não há nada de contraditório em afirmar, como faz Kelsen, que a ciência jurídica é, ao mesmo tempo, descritiva e normativa: descritiva no sentido de que não prescreve; normativa no sentido de que aquilo que descreve não são fatos, mas normas, é descritiva não do que existe, mas do que deve ser. Enquanto *Sollsätze*, as proposições que caracterizam a ciência jurídica distinguem-se por um lado dos *Seinsätze* próprios das ciências sociais (causais) e, por outro, das *Sollnormen* de qualquer sistema normativo” (BOBBIO, 2006a, p. 58).

<sup>18</sup> “[...] tem por objeto o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito no seu movimento” (KELSEN, 2006, p. 80).

<sup>19</sup> “O princípio segundo o qual se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema é um princípio dinâmico” (KELSEN, 2006, p. 219).

<sup>20</sup> “A conotação do termo ‘empírico’ é associada à oposição entre experiência e metafísica. Uma descrição analítica do Direito positivo como sistema de normas válidas não é, contudo, menos empírica que a ciência natural restrita a um material fornecido pela experiência” (KELSEN, 2000, p. 236).

competência para a sua criação. Uma norma jurídica individual, como uma sentença judicial, por exemplo, é válida se produzida de acordo com normas jurídicas gerais. É evidente que as normas surgem em decorrência causal da vontade subjetiva de uma autoridade jurídica, como o juiz de Direito ou o legislador, mas é sua adequação às normas jurídicas logicamente precedentes que confere sua validade jurídica objetiva. A adequação à norma jurídica é o que afasta o comando juridicamente legítimo de uma autoridade jurídica do comando de uma quadrilha de salteadores, para recorrer ao exemplo de Kelsen, ou de uma máfia organizada ou de uma autoridade religiosa.

Dessa maneira, para Kelsen, as normas jurídicas se inserem em um sistema ou ordenamento hierarquicamente organizado de delegação de validade, no qual as normas jurídicas hierarquicamente inferiores retiram seu sentido de validade de normas superiores que, por sua vez, retiram o seu sentido de validade de normas jurídicas ainda mais elevadas e assim segue. Vendo-se de outro modo, percebe-se que as normas jurídicas válidas gerais servem como ferramenta gnosiológica para o conhecimento de normas jurídicas menos gerais e particulares.

Dessa forma, contudo, fica-se sem normas jurídicas empiricamente verificáveis às quais recorrer para fundamentar o sentido de validade das normas observadas. Mesmo se isso não acontecesse, teríamos uma regressão infinita que impediria a verificação empírica de validade.

Para resolver o problema do limite dessa regressão, o método de Kelsen vale-se da pressuposição de uma norma jurídica sem conteúdo cuja única finalidade é conferir sentido de comando às normas postas superiores, i.e., ser a ferramenta cognitiva de todas as outras ferramentas cognitivas: a norma fundamental gnosiológica. Trata-se de um tipo normativo geral que qualifica a juridicidade das normas. A norma fundamental confere validade a todas as normas jurídicas positivas e, assim, presta unidade ao sistema normativo, o ordenamento jurídico, como um todo:

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa (KELSEN, 2006, p. 217).

A norma fundamental, no entanto, enquanto artefato teórico, não recorre silogisticamente à nenhuma outra norma, como premissa maior, para retirar o seu sentido de validade. Nesse sentido, ela não é uma norma posta, mas pressuposta<sup>21</sup>.

Importa aqui que, ao se tomar o Direito como norma, a teoria normativa assegura um entendimento normativo do seu objeto, mas também o Direito e a Sociedade não se confundem como programas normativos de observação nem Direito e Natureza se confundem em termos de lógica de observação. A ciência normativa do Direito não se interessa pela eficácia das normas jurídicas, pois não é ciência causal. Isso significa que os comportamentos prescritos pelo Direito não precisam ser observados no mundo factual.

Antes de seguir para o próximo segmento deste capítulo, é importante que se frise que a especificidade do Direito se alcança na teoria kelseniana do Direito somente por meio do recurso a categorias gnosiológicas fundamentais, o princípio de imputação e a norma fundamental. Embora seja por meio dessas que se dá a observação do Direito, não é dessa observação que tratou-se até então, mas do objeto. Cumpre agora dar atenção especial à ciência jurídica de Kelsen.

---

<sup>21</sup> “Se a validade de uma norma não pode ser fundamentada desta maneira, tem de ser posta como premissa maior no topo de um silogismo, sem que ela própria possa ser afirmada como conclusão de um silogismo que fundamente a sua validade. Quer isto dizer: é *pressuposta* como norma fundamental” (KELSEN, 2006, p. 226).

## 2.2. Ciência do Direito: Teoria Pura do Direito

Tem-se, portanto, que a norma jurídica não é algo que exista em si mesma, *aí*, para que o observador a aprenda com grau maior ou menor de precisão. Ela é o produto intelectual de um sujeito que a pensa, percebe-a da maneira como o faz, segundo as amarras lógicas de um arsenal conceitual rígido. Isso significa que está se tratando de um conceito analítico e não empírico de norma jurídica.

É por isso que o método normativo não é mero capricho de descrever algo com a maior precisão possível, por apego à verdade real, mas um programa de estudos para que um observador descreva o Direito em sua particularidade normativa sem ceder à urgência de qualificá-lo moralmente ou ao pragmatismo do “funciona/não funciona”. Descrever o Direito tal como ele se apresenta não é um apego realista, é tautológico. Por isso se fala de uma teoria *pura* do Direito, de uma observação *pura* do Direito.

Nesse segmento, partindo-se dos conceitos trazidos anteriormente, duas questões importantes serão abordadas. Primeiramente regata-se o observador do Direito que, em recurso ao método normativo, descreve as normas jurídicas. É de suma importância, discutir aqui o suposto dever de neutralidade do observador perante o seu próprio objeto como qualificadora da própria atividade científica.

E, também, outra questão avaliada neste capítulo envolve o resgate da norma fundamental e o seu papel na purificação metodológica da observação do Direito. Se o observador tem um papel a cumprir na elaboração de leis jurídicas, a norma fundamental representa o seu mais importante instrumento teórico. Isso justamente por ela inaugurar uma ordem lógica que afasta avaliações tematizadas do Direito; permitindo, assim, uma observação científica exclusivamente jurídica; permitindo a elaboração de construções hipotéticas relativas às próprias normas jurídicas. Uma questão particularmente importante quanto à norma fundamental é que, embora seu papel não tenha mudado ao longo da carreira de Kelsen, o seu status foi revisitado pelo grande jurista, com consequências radicais para a própria teoria pura do Direito – para a ciência que Kelsen pretendeu iniciar.

### 2.2.1. Neutralidade axiológica e o problema do observador

Diversas dentre as teorias do Direito mais recentes optaram por um programa crítico da aplicação do Direito (teoria da decisão), comprometendo-se com a prática judiciária e, portanto, estabelecendo para o observador do Direito um papel diferente daquele que Kelsen lhe havia reservado. Isso porque a teoria de Kelsen não poderia optar abertamente por um ou outro programa crítico, deveria contentar-se somente em descrever seu objeto em respeito a uma atitude de neutralidade axiológica; o que gerou, efetivamente, certa insatisfação com relação às suas considerações sobre interpretação e aplicação do Direito.

A orientação para uma teoria jurídica crítica voltada para a decisão seria a de cobrar uma atitude prática do jurista, sem que isso implique em um retorno para uma razão natural ou, mais importantemente, no abandono da distinção conceitual entre Direito e moral. Isto é: apesar de cobrar atitudes práticas, deveria se cobrar atitudes práticas segundo o Direito, sem que a moral pudesse interferir no processo de decisão. Cobra-se assim uma decisão segundo o Direito, não segundo a moral.

Para Kelsen, contudo, é justamente para evitar cobrar do jurista uma tal atitude prática que a distinção conceitual entre direito e moral serve. Dizemos distinção *conceitual* porque a separação é formal e não substancial; o Direito e a norma jurídica continuam tendo um caráter moral relativo<sup>22</sup>. Quando se trata de neutralidade axiológica, quer-se afirmar a autonomia da ciência jurídica frente à filosofia ética e, por isso, toda a teoria jurídica de Kelsen parte dessa distinção conceitual.

Não é exagero afirmar que Kelsen procurou operar essa delicada cisão a qualquer custo. Em nível teórico, Kelsen chega até mesmo a afastar-se de seu método normativo para o sucesso dessa operação. O principal problema é que “[o] Direito e a Moral não se podem distinguir essencialmente com referência à produção ou aplicação das suas normas” (KELSEN, 2006, p. 70),

---

<sup>22</sup> “Sob estes pressupostos, a afirmação de que o Direito é, por sua essência, moral, não significa que ele tenha um determinado conteúdo, mas que ele é norma e uma norma social que estabelece, com o caráter de devida (como devendo-ser), uma determinada conduta. Então, neste sentido relativo, todo Direito tem caráter moral, todo o Direito constitui um valor moral (relativo)” (KELSEN, 2006, p. 74).

visto que ambos podem ser produzidos consuetudinariamente ou via autoridades normativamente constituídas. Portanto essa distinção não se dá em um exame empírico, mas meramente teórico. Novamente: a diferença é conceitual, não material; a distinção deve ser formal, não substancial.

Esse problema demonstrou-se, inicialmente, complexo até mesmo para Kelsen que, prescindindo do seu princípio dinâmico, recorre a um critério de diferenciação estrutural ou formal. Formal porque trata-se de uma diferença relativa não ao *conteúdo do que* se prescreve, mas à *forma como* são prescritas as diferentes normas; no caso da norma jurídica, essa se dá “ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado” (KELSEN, 2006, p. 71); e estrutural porque define a norma jurídica por meio de um dos seus elementos estruturais, a sanção<sup>23</sup>, em face da norma moral que é desprovida de caráter coercitivo<sup>24</sup>.

O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando – como já mostramos – se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme as normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física (KELSEN, 2006, p. 70).

Torna-se, contudo, difícil a defesa de um método normativo, atrelado às categorias apresentadas no item anterior, quando o próprio conceito de Direito

---

<sup>23</sup> “Conforme tive ocasião de dizer alhures, Kelsen nunca teve dúvidas sobre o fato de que a técnica do controle social própria do Direito consistisse na ameaça e na aplicação de sanções negativas, isto é, daquelas sanções que infligem um mal àqueles que executam ações socialmente indesejáveis. Toda vez que repete sua definição do Direito como ordenamento coercitivo, ele faz questão de precisar que o Direito é assim porque está em condições de provocar o mal, mesmo que seja sob a forma de privação de bens, ao violador das normas. Ordenamento coercivo e ordenamento baseado em sanções negativas são sinônimos em sua linguagem” (BOBBIO, 2006, p. 118).

<sup>24</sup> “Há um modo de definir as normas morais que se refere precisamente à sanção. Afirma-se que são morais aquelas normas cuja sanção é puramente interior. Por sanção, entende-se sempre uma consequência desagradável da violação, cujo fim é prevenir a violação ou, no caso em que a violação seja verificada, eliminar as consequências nocivas. A única consequência desagradável da violação de uma norma moral seria o sentimento de culpa, um estado de incômodo, de perturbação, às vezes de angústia, que se diz, na linguagem da ética, ‘remorso’ ou ‘arrependimento’” (BOBBIO, 2014, p. 154-155).

aparece associado a elementos tão radicalmente extranormativos <sup>25</sup> . Extranormativos porque, no âmbito de desassociar conceitualmente *normas* jurídicas de *normas* morais, que são modos de observação que se dão cientificamente por meio do princípio de imputação, se permite o recurso a constructos causais, *atos*, como “possibilidade de emprego de violência”, “possibilidade de causar um mal” ou “organização social da força física”.

Esses descaminhos, contudo, não abalam a teoria do Direito de Kelsen. A razão disso é porque não é no próprio corpo da teoria que essa distinção conceitual se realizará. A distinção é algo que precede o método normativo e a própria teoria dinâmica referida anteriormente. Kelsen argumentou o seguinte:

Rejeitando, do ponto de vista do conhecimento científico, o pressuposto de uma essência transcendente, existente para além de toda a experiência humana, isto é, a existência de um absoluto em geral e valores absolutos em particular, e apenas reconhecendo a validade de valores relativos, a validade do direito positivo não pode, do ponto de vista de uma teoria científica do direito, ser posta na dependência de sua relação com a justiça (KELSEN, 1998, p. 69).

É, portanto, da própria concepção de ciência de Kelsen que a polêmica distinção surgiria. A neutralidade axiológica aparece como pressuposto da própria atividade científica.

É de se notar que, por tal razão, essa diferenciação precede geneticamente todas as outras que Kelsen sustenta. Quer dizer, a diferença entre a ética e a jurisprudência<sup>26</sup> enquanto ciências normativas da moral positiva e do Direito se refere somente ao pressuposto normativo fundante, porém ambas partilham uma orientação lógica que é sua fundamentação no princípio de imputação. Contudo ambas essas ciências diferem logicamente

---

<sup>25</sup> “Verificou-se que o normativismo kelseniano caracteriza a sanção como a privação devida de certos bens: vida, saúde, liberdade etc., feita por um órgão da comunidade; assim, a sanção é vista como um ato de coerção devido. Mas a definição de coerção que Kelsen oferece é extranormativa. É fruto de um estudo comparativo de todos os ordenamentos jurídicos existentes ou que tenham existido. Assim, o conceito de coerção devida surge de um estudo empírico e não estrutural; surge a partir de uma análise por meio da qual se define a estrutura lógica das normas e proposições jurídicas e se indica um dos elementos materiais das ordens jurídicas. Como se pode, portanto, construir uma teoria pretensamente rigorosa a partir de um elemento tão pouco delimitado?” (WARAT, 1983, p. 95).

<sup>26</sup> No presente trabalho, jurisprudência será entendida somente enquanto teoria do Direito.

das ciências causais por se utilizarem de princípios lógicos distintos, ou causalidade ou imputação. Ainda assim, ciências causais e normativas permanecem sendo *ciência* em virtude de um tratamento descritivo de seu objeto. Existe uma diferença de ordem entre o discurso científico, referente a algo objetivo, e um discurso prático, referente a uma moral. Ao menos em Kelsen, percebe-se um afastamento entre ciência e filosofia ética ou razão prática. Qualquer raciocínio que se pretenda científico, também o das ciências normativas (incluindo o estudo da moral positiva e especialmente a jurisprudência), deve abdicar de pressupostos morais. A neutralidade axiológica se encontra no princípio de todo o esforço teórico de Kelsen.

É natural que esse raciocínio fique um tanto obscuro, uma vez que, mesmo na sua Teoria Pura do Direito, Kelsen limita-se somente a dizer que, em virtude do valor relativo das normas morais, não é razoável que essas sirvam de ferramenta epistemológica adequada para o conhecimento do Direito<sup>27</sup>. Mas o papel do relativismo axiológico para a concepção de uma ciência do Direito axiologicamente neutra não está somente na contribuição de que o Direito e a moral são dois sistemas normativos distintos. O problema de distinguir Direito e moral marca uma orientação do tipo de discurso que se pretende elaborar: um discurso *científico*. É um problema do objeto tanto quanto é um problema do observador. É um problema para a ciência e para o cientista do Direito.

O que Hans Kelsen faz é uma crítica da própria atividade científica. “Ora, Kelsen reitera com veemência que a jurisprudência tem uma função descritiva e não prescritiva. Como se deve entender tal afirmação? No sentido de que a jurisprudência *descreve* ou *deve descrever*?” (BOBBIO, 2006a, p. 64). O ponto chave da centralidade da separação conceitual entre Direito e Moral consiste no fato de ela estabelecer diretrizes de natureza prática para o próprio observador. A teoria de Kelsen, portanto, “prescreve descrever” (BOBBIO, 2006a, p. 65). Quer dizer que, ao não cobrar das autoridades jurídicas segundo

---

<sup>27</sup> “É de per si evidente que uma Moral simplesmente relativa não pode desempenhar a função, que consciente ou inconscientemente lhe é exigida, de fornecer uma medida ou padrão absoluto para a valoração de uma ordem jurídica positiva. Uma tal medida também não pode ser encontrada pela via do conhecimento científico” (KELSEN, 2006, p. 76).

necessidades práticas atreladas à decisão jurídica, Kelsen cobra dos juristas um posicionamento *científico* de indiferença ideológica.

Nas suas considerações sobre a purificação política e ideológica da teoria kelseniana do Direito, Luís Alberto Warat nos lembra como a depuração da ideologia se torna uma urgência para Kelsen, isso na medida em que ele busca uma teoria científica do Direito. Contudo argumenta ele que Kelsen afasta-se do conceito neopositivista de ideologia, que seria tudo aquilo que não encontra sua origem em fatos, segundo o qual, mesmo a sua teoria seria ideológica por lastrear-se em normas e não em fatos<sup>28</sup>. Para contornar esse impedimento teórico, Kelsen recorre ao princípio de imputação que qualifica a realidade normativa<sup>29</sup> (a Sociedade), como uma realidade análoga àquela realidade de fato (a Natureza). Dessa forma, torna-se capaz de realizar descrições imparciais dessa realidade como de qualquer outra. Assim, o conceito de ideologia que Kelsen pretende, extirpada de toda atividade científica, dedicada ao conhecimento do objeto, reduz-se àquele, bem menos problemático, de moral.

Em geral, pode-se dizer que Kelsen, em decorrência da concepção de ciência do positivismo, utiliza um sentido de ideologia que rejeita, como dado subjetivo e obstáculo do conhecimento, toda e qualquer doutrina axiológica. Opõe, assim, os enunciados científicos aos enunciados morais, recusando a possibilidade de entender, como racional, o conhecimento metafísico (WARAT, 1985, p. 48).

Isso tudo leva a remeter à cisão conceitual entre Direito e moral que, em Kelsen, fica cada vez mais claro se tratar do afastamento entre moral e ciência do Direito. Em outras palavras: não se trata de negar as diversas orientações morais, muitas vezes contraditórias, que orientam a produção *substancial* do Direito; o Direito não deixa de aparecer como o produto de uma decisão de

---

<sup>28</sup> “Quando se entende ideologia como oposição à realidade dos fatos da ordem do ser, isto é, quando por ideologia entende-se tudo o que não seja realidade determinada por lei causal, ou que não seja uma descrição desta realidade, eis que o Direito como norma – como sentido de ato da ordem do ser causalmente determinado, mas diferente deste ato – constitui uma ideologia” (WARAT, 1983, p. 46-47).

<sup>29</sup> “[...] Kelsen postula a existência de uma realidade jurídica oposta a uma realidade natural, mas que enquanto realidade, deve ser cientificamente descrita, mediante representações não objetivas, influenciadas por juízos de valor subjetivos, que provocam o obscurecimento do objeto de conhecimento” (WARAT, 1983, p. 47).

uma autoridade. Trata-se, antes de prescrever um programa científico do Direito, ou seja, que descreva o Direito tal como ele é, sem o qual sequer a sua crítica parece possível.

### 2.2.2. A norma fundamental e a purificação gnosiológica

Além do posicionamento do próprio sujeito/observador perante o Direito enquanto objeto, que é problematizado de maneira pouco obscura nos textos teóricos de Kelsen, um segundo problema que concerne ao modelo de ciência que Kelsen pretendeu construir é o da especificidade do modelo normativo. É claro que essa questão foi trazida anteriormente quando mencionado o papel da norma fundamental na observação da norma jurídica. Corre-se o risco, no entanto, de certa dogmatização dos conceitos de “norma jurídica” e “ordenamento jurídico”.

Inicialmente, esclarece-se que a norma fundamental não é simplesmente um fato político, jurídico, ou de qualquer espécie que dá início a uma ordem jurídica que passar a existir *aí*; quer dizer, deve-se entender o papel que a norma fundamental, enquanto artefato científico, cumpre no conhecimento *puro* da norma jurídica.

Partindo do que já foi dito, Kelsen aponta recorrentemente que a validade da norma se constata em um processo silogístico, em que um ato de vontade é posto enquanto premissa menor e outra norma jurídica é posta enquanto premissa maior. Segue daí que, ainda que a criação *factual* da norma se dê em virtude de um ato de vontade, é a sua adequação a uma norma jurídica que confere à norma avaliada seu sentido objetivo de validade, seu sentido jurídico, sua validade. O que talvez não fique perfeitamente esclarecido é que esse é um processo de conhecimento e não de criação da norma jurídica.

Dessa observação, parece que não somente, como dizia Kelsen, que as normas preceituam hipoteticamente<sup>30</sup>, mas que elas próprias são estatutos hipotéticos vinculados a normas jurídicas que lhe antecedem em uma cadeia

---

<sup>30</sup> “A distinção entre normas categóricas e hipotéticas significa a distinção entre normas que estabelecem uma certa conduta incondicionalmente e as que estabelecem, como devida, uma certa conduta apenas sob determinadas condições” (KELSEN, 1986, p. 25.).

de imputação que segue desde normas particulares até as normas mais gerais. Mas trata-se, na verdade, de duas questões teóricas distintas. De um lado, a norma posta, que existe e preceitua hipoteticamente; de outro, a descrição hipotética dessa norma jurídica, descrição possível por causa de uma norma teórica, pressuposta. Pressuposta porque não é posta; sendo meramente teórica, ela própria não é passível desse mesmo processo de verificação silogística<sup>31</sup>.

Esse processo silogístico, portanto, não é um processo de produção normativa, de criação da norma jurídica. Trata-se de um silogismo teórico e não normativo<sup>32</sup>. O resultado desse esforço não é a própria norma jurídica, mas um enunciado<sup>33</sup>, uma representação hipotética dela. A reconstrução desse silogismo não traz a norma jurídica às suas consequências factuais, mas uma mera expectativa de Direito por parte de seu observador anteriormente apresentado. A norma fundamental não é o pressuposto da existência do Direito, mas o artefato lógico que permite a representação hipotética da norma jurídica.

Como qualquer ciência, aprende-se aqui o Direito sob certas condições típicas, sob contexto, sob um filtro hipotético 'se'. A *pureza* metodológica significa que esse contexto é o próprio Direito. A norma fundamental é a ferramenta que permite esse tipo de leitura normativa.

Apesar disso, houve um esforço muito grande para manutenção de seu status teórico. Durante muito tempo, Kelsen tratou-a como um estatuto hipotético, apesar de ela não poder ser verificada. Enquanto hipótese, isto é,

---

<sup>31</sup> "A norma afirmada como objetivamente válida na premissa maior, que opera a fundamentação, é uma norma fundamental se a sua validade objetiva já não pode ser posta em questão. Ela já não é mais posta em questão se a sua validade não pode ser fundamentada num processo silogístico. E não pode ser por essa forma fundamentada se a afirmação do fato de que esta norma foi posta pelo ato de vontade de uma pessoa já não é possível como premissa menor de um silogismo" (KELSEN, 2006, p. 226).

<sup>32</sup> "O silogismo aqui existente não é normativo, mas silogismo teórico, porque a premissa maior, as premissas menores e a proposição conclusiva são enunciados que podem ser verdadeiros ou falsos, e a proposição conclusiva apenas é verdadeira se a premissa maior e as premissas menores são verdadeiras" (KELSEN, 1986, p. 325).

<sup>33</sup> "É um silogismo teórico, e não um silogismo prático ou normativo, porque todas as três proposições são enunciados que podem ser verdadeiros ou falsos. O que logicamente resulta não é a validade da norma individual, mas o enunciado: que o sentido individual citado na premissa menor é uma norma que corresponde à norma geral citada na premissa maior; ou, o que chega a ser o mesmo, que a validade da norma individual citada na premissa menor é fundamentada pela validade da norma geral citada na premissa maior" (KELSEN, 1986, p. 324).

enquanto algo que 'é, se', a justificativa para a pressuposição da norma fundamental chegou a ser radicalmente insatisfatória. No caso de explicar o porquê de se pressupô-la para o ordenamento jurídico tradicional e não fazê-lo em um ordenamento clandestino, como o das ordens de uma quadrilha de bandidos/salteadores, essa era a resposta habitual de Kelsen:

Mas – e é esta a questão decisiva – por que é que não se pressupõe essa norma fundamental? Ela não é pressuposta porque, ou melhor, se esse ordenamento não tem aquela eficácia duradoura sem a qual não é pressuposta qualquer norma fundamental que se lhe refira e fundamente a sua validade objetiva (KELSEN, 2006, p. 53).

O problema aqui não está no fato de Kelsen propor as condições de pressuposição da norma fundamental. O problema é que, para fazer essa observação em particular, o observador do Direito deve abandonar o método normativo e recorrer a uma constatação causal. O problema de validade da norma jurídica torna-se o problema da eficácia do ordenamento jurídico<sup>34</sup>.

É evidente que essa resposta provoca certo desassossego, afinal a norma fundamental aparece ali como que para obscurecer a verdadeira essência do jurídico, que seria uma espécie de eficácia geral e duradoura da própria ordem. Por outro lado, a peculiaridade desse problema é que ele não é problema nenhum para o observador do Direito. Kelsen não precisou realizar a demonstração ou a prova dessa eficácia geral do ordenamento jurídico para poder seguir falando em Direito. A eficácia geral não é o problema real por trás de uma resposta elusiva. Antes disso é a resposta inócua a um não-problema.

O desafio de justificar a norma fundamental sucumbe diante do próprio problema. Por isso, Kelsen admite mais tarde que a norma fundamental não é hipótese, mas, na verdade, uma ficção do pensamento que serve somente ao propósito de referir-se puramente ao que é jurídico.

---

<sup>34</sup> “[...] a essa altura, o critério para distinguir o comando jurídico do comando não jurídico é outro. Não é mais a pertença ao ordenamento cuja validade repousa na norma fundamental, mas é a própria validade do sistema. Conhecemos bem a solução que Kelsen deu a este quebra-cabeça: um ordenamento jurídico é válido só se for também eficaz, ou seja, se as normas que ele produz são, em linhas gerais (*im grossen und ganzen*), observadas. Aquilo que falta à quadrilha de bandidos, dado que os seus atos sejam habitualmente golpeados pelo ordenamento estatal como ilícitos, é a efetividade” (BOBBIO, 2006a, p. 164).

O fim do pensamento da norma fundamental é: o fundamento de validade das normas instituintes de uma ordem jurídica ou moral positiva é a interpretação do sentido subjetivo dos atos ponentes dessas normas como de seu sentido objetivo; isto significa, porém, como normas válidas, e dos respectivos atos como atos ponentes de norma. Este fim é atingível apenas pela via de uma ficção. Por conseguinte, é de se observar que a norma fundamental, no sentido vaihingeriana Filosofia do Como-Se não é hipótese – como eu mesmo, acidentalmente, a qualifiquei –, e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência ou, então, deve ser acompanhada, porque a ela não corresponde a realidade (ob. cit., pp. 143 e ss.) (KELSEN, 1986, p. 329).

Isso não significa o fim do método normativo. Aquilo que era até então um pressuposto inarredável da atividade científica torna-se uma opção de estudos, uma possibilidade dentre tantas outras de aproximar-se não de um objeto em particular, mas de uma série de problemas ainda não esclarecidos. A *Teoria Pura do Direito* não reclama mais o emprego do método normativo, limita-se a recomendá-lo com ressalvas de aplicação. O recurso à própria norma fundamental deixa de ser obrigatório, dado que não é hipótese objetiva com a qual se deve atinar e torna-se ferramenta para a solidificação de um objeto de estudos tido simplesmente como norma jurídica. A alternativa, contudo, é enxergar nesses estatutos hipotéticos a mera expressão de uma vontade.

A norma fundamental pode, mas não precisa ser pressuposta. O que a Ética e a Ciência do Direito dela enunciam, é: somente se ela é pressuposta pode ser interpretado o sentido subjetivo dos atos de vontade dirigidos à conduta de outrem, podem esses conteúdos de sentido ser interpretados como normas jurídicas ou morais obrigatórias. Visto que esta interpretação depende do pressuposto da norma fundamental, precisa ser admitido que proposições normativas apenas nesse sentido *condicional* podem ser interpretadas como normas do Direito ou da Moral objetivamente válidas (KELSEN, 1986, p. 328).

Não se trata de impedir que vontades subjetivas tomem decisões vinculantes, mas de reconhecer nelas mais do que simplesmente vontades subjetivas e, simultaneamente, menos do que instituições coercitivas garantidas por um aparato amplamente eficaz. Evitam-se, assim, as

armadilhas de certo psicologismo e também de certa historicidade. Resta saber ainda o porquê destas serem armadilhas.

O que importa é que, sem a norma fundamental, não havia a possibilidade de pensar-se em normas jurídicas hipotéticas, mas somente em vontades hipotéticas, instituições hipotéticas ou estruturas hipotéticas de poder. Não se trataria, em todo caso, de teorizar-se leis jurídicas.

A ciência do Direito acaba por somente dizer que decisões serão tomadas sem afirmar quais elas serão ou deverão ser, afastando-se, assim, da tradicional associação entre predições e enunciados científicos. Mas esse não é o mérito nem o propósito da teoria normativa do Direito. Qualquer um pode afirmar que certas autoridades têm poder para decidir sobre certas questões; não há necessidade de uma teoria para isso apenas. Trata-se de explicar aqui como o sentido legitimamente jurídico somente surge em recurso a uma norma fundamental “fictícia”, mas não ilusória, meramente pressuposta.

O conceito de norma jurídica surge como alternativa científica para o poder, a organização da violência, a coação estatal e permite uma série de referências e associações. Diferenciar a norma jurídica, enquanto constructo imputativo do fato de poder, enquanto constructo causal, por exemplo, torna-se uma opção de estudos e não uma obrigatoriedade. Isso não significa um estudo alienante do Direito. Abre-se, inclusive, a possibilidade de relacionar de maneira produtiva o Direito e a política; somente porque se permite diferenciar (no binômio norma/poder) aquilo que era antes indiferente. Diferenciação que, aliás, para Kelsen torna-se possível somente com a referência aos pressupostos teóricos apresentados neste capítulo.

No próximo capítulo, será explorada a orientação descritiva da Sociologia jurídica de Niklas Luhmann em relação à sua própria teoria da sociedade, para que, então, em um último momento, possa-se regressar até essa base teórica, para dela resgatar o conceito de norma jurídica e seu respectivo conceito de Direito.

### 3. O MODO DESCRITIVO DA SOCIOLOGIA DO DIREITO DE NIKLAS LUHMANN

Neste capítulo, pretende-se expor o modo descritivo da Sociologia do Direito de Niklas Luhmann. É importante frisar, nesse sentido, que Luhmann não dispõe de uma Teoria do Direito, mas sim de uma Teoria da Sociedade que, por meio do seu método funcional-estruturalista, permite uma descrição do sistema funcionalmente diferenciado do Direito, bem como dos outros sistemas sociais (como a política, a economia ou a educação, por exemplo).

Também este capítulo será dividido em dois subcapítulos e esses em dois itens cada. Cada um desses será fundamental para compreender o conceito de expectativa normativa – bem como o conceito de Direito que a fundamenta – a ser apresentado no próximo capítulo.

O primeiro subcapítulo se deterá em duas importantes descrições da *Teoria da Sociedade* de Luhmann: a caracterização da Sociedade no operar comunicativo e a primazia da diferenciação funcional da Sociedade moderna. Nessas, serão apresentados, primeiramente, a Sociedade como um sistema social amplamente abarcador e, em seguida, o Direito como um sistema social parcial, funcionalmente diferenciado, da Sociedade. No primeiro item deste subcapítulo, será exposto o porquê de Luhmann abandonar uma descrição da Sociedade baseada na distinção sujeito/objeto e pautá-la na autopoiese da comunicação, de maneira que a Sociedade aparece como um sistema auto-referencial comunicativo. Mais do que isso, a Sociedade aparece como ‘o’ sistema social, isto é, a realidade social amplamente abarcadora, da qual os sistemas parciais são somente uma expressão parcial. Já no segundo item, a forma de diferenciação da Sociedade em sistemas parciais passa ao foco da descrição. Pretende-se discutir ali o problema da diferenciação, a primazia de uma forma de diferenciação e recursividade da forma de diferenciação, com ênfase especial na diferenciação funcional a qual fundamenta a observação do sistema social parcial funcionalmente diferenciado do Direito.

No segundo subcapítulo, uma vez tendo alcançado o Direito enquanto um sistema parcial funcionalmente diferenciado da Sociedade, a preocupação da exposição se volta para a sua função frente ao problema social que ele se presta a resolver. Ou seja, fala-se agora da especificidade do Direito da

Sociedade. É deste tipo de descrição que prescinde uma descrição sociológica do Direito. Contudo somente essa apresentação não será suficiente para se introduzir o conceito de expectativa normativa no próximo capítulo. Por essa razão, o segundo item será dedicado a apresentar o duplo problema da complexidade e da contingência da experiência; problema do qual exsurge a necessidade de fixação rígida de expectativas normativas rígidas.

Ainda, em todas essas exposições se obedecerá uma orientação exclusivamente descritiva. Quer dizer que nos preocuparemos somente em apresentar as lições de Luhmann; isto é, sem qualificá-la como melhor ou pior do que aquele modo descritivo investigado anteriormente ou qualquer outro.

### **3.1. Sociedade e Direito: sistema social e comunicação**

Luhmann, cujas na condição de sociólogo para a *Teoria da Sociedade*, propôs, efetivamente, a sua própria teoria da sociedade que culmina com a publicação da sua *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (LUHMANN, 1997), já em idade muito avançada. Essa obra representa a fundamentação tardia de toda a sua sociologia e, portanto, serve de atualização também para a sua análise sociológica do Direito.

Três são os esforços teóricos que ele mesmo destaca para a sua teoria sistêmica da sociedade<sup>35</sup>. Em primeiro lugar, uma teoria geral dos sistemas autopoieticos que dê conta de fundamentá-los teoricamente; teoria que, nessa condição, influencia também a nossa exposição. Uma teoria dos sistemas sociais, capaz de descrevê-los em sua particularidade comunicativa. E, depois, uma teoria do sistema social da Sociedade, sintetizada na sua *A Sociedade da Sociedade*, mas não resumida a ela de maneira exclusiva, na medida em que diversos temas importantes para a teoria social sistêmica se encontram em obras esparsas. De qualquer forma, é sobre essa produção que nos deteremos aqui.

---

<sup>35</sup> “Debemos distinguir tres distintos planos en el análisis de la sociedad: (1) La teoría general de sistemas y, en ella, la teoría general de los sistemas autopoieticos. (2) La teoría de los sistemas sociales. (3) La teoría del sistema sociedad como caso particular de la teoría de los sistemas sociales” (LUHMANN, 2006, p. 56). (Tradução nossa): “Devemos distinguir três distintos planos na análise da sociedade: (1) A teoria geral dos sistemas e, nela, a teoria geral dos sistemas autopoieticos. (2) A teoria dos sistemas sociais. (3) A teoria do sistema sociedade como caso particular da teoria dos sistemas sociais”.

Assim, tornam-se completas as descrições específicas dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados que constituem a principal preocupação da descrição da sociedade moderna para Luhmann. Nesse sentido, ele realizou uma série de descrições não exclusivas dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados mais relevantes. Na medida em que o Direito constitui-se em um desses sistemas, é sobre esse aspecto teórico que será dedicado o próximo subcapítulo.

Então, este se ocupará de alcançar o Direito a partir de fora do Direito e, portanto, a maneira como se resolveu aproximar da Sociologia do Direito de Luhmann é apresentar, em um primeiro momento, os apontamentos mais relevantes da sua *Teoria da Sociedade*. Para isso, recorre-se principalmente às lições contidas na sua *A Sociedade da Sociedade*. A partir dela, pretende-se apresentar a Sociologia como autodescrição da Sociedade e essa como o sistema social amplamente abarcador (*“umfassendes Sozialsystem”*). Aí chega-se a um dos aspectos mais importantes da descrição da Sociedade para Luhmann, que diz respeito à sua forma de diferenciação.

Já o segundo momento dedica-se justamente a essa característica mais relevante, a que diz respeito a sua forma favorecida de diferenciação: a diferenciação funcional em sistemas parciais autônomos, que é onde encontra-se o Direito.

Ou seja, primeiro descreve-se a Sociedade como o sistema social amplamente abarcador; depois, descreve-se o Direito como um sistema social funcionalmente diferenciado. Isso permitirá partir, no subcapítulo seguinte, de *O Direito da Sociedade (Das Recht der Gesellschaft; LUHMANN, 1993)* e *Sociologia do Direito (Rechtssoziologie; LUHMANN, 1980)*, nos aspectos mais relevantes para essa dissertação da descrição do sistema parcial do Direito e sua função.

### 3.1.1. Sociedade como o sistema social amplamente abarcador

Nas sua contribuição capital para a Sociologia enquanto Teoria da Sociedade, Luhmann dá conta de esclarecer, em um único movimento, como veremos, a Sociedade da Sociologia e também a Sociologia da Sociedade. Isso quer dizer, por um lado, que se estabelecem limites conceituais rígidos

para a Sociedade, objeto de descrição da Sociologia e, por outro lado, limites para a própria Sociologia enquanto campo temático nem sempre perfeitamente esclarecido para os estudiosos das ciências sociais. Para entender como ele dá conta dessa tarefa, é possível partir-se, por exemplo, desde a sua resistência a uma teoria da Sociedade fundamentada na tradicional diferenciação sujeito/objeto da teoria do conhecimento.

Isso quer dizer a resistência às teorias tradicionais da Sociedade que, segundo Luhmann, acabaram por se fiar demasiado naquele tradicional *a priori* cognitivo: o sujeito. Na verdade, nem se trata necessariamente da tradicional posição assumida pelo sujeito da cognição. A distinção sujeito/objeto é ela mesma somente uma forma de diferenciar auto-referência/hétero-referência. Ou seja, traça-se uma distinção e marca-se o que fica dentro e fora; e o sujeito, evidentemente, consegue marcar o que fica em si e o que fica de fora. Nesse desenho, a Sociedade, enquanto o produto da observação, tendencialmente seria observada desde fora. No entanto essa teoria tradicional não deu conta de uma semântica adequada para a descrição da Sociedade e o sujeito, por vezes, acabou substituído por figuras mundanas como a do indivíduo<sup>36</sup>.

Luhmann busca se afastar das teorias da Sociedade que restringem-se de maneira a trabalhar ora com o conceito transcendental de sujeito e ora com um mais vulgar de indivíduo<sup>37</sup>. Especialmente quando se considera as

---

<sup>36</sup> “El concepto de sujeto (que a su vez tiene objetos en sí y fuera de sí) se diseñó como modelo para el operar diario con la distinción autorreferencia/heterorreferencia – lo cual se acerca bastante a nuestro problema del status cognitivo de las autodescripciones. No obstante, ésa fue una solución de apuro [...] de una época que de todos modos no era capaz de movilizar recursos semánticos adecuados para una descripción de la sociedad moderna. En la medida en que la sociedad moderna trabaja sobre ese déficit y, a la vez, recurre a experiencias consigo misma, el sujeto pierde fuerza de convencimiento; se opaca finalmente como expresión alternativa sin peso propio para designar a seres humanos, a individuos, a personas”. (LUHMANN, 2006, p. 688). (Tradução nossa): “O conceito de sujeito (que por sua vez tem objetos dentro e fora de si) se desenhou como modelo para o operar diário com a distinção auto-referência/hétero-referência – o qual se aproxima bastante de nosso problema do status cognitivo das autodescrições. No entanto essa foi uma solução difícil [...] de uma época que de todos os modos não era capaz de mobilizar recursos semânticos adequados para uma descrição da sociedade moderna. Na medida em que a sociedade moderna trabalha sobre esse déficit e também recorre a experiências consigo mesma, o sujeito perde força de convencimento; se opaca finalmente como expressão alternativa sem força própria para designar seres humanos, indivíduos e pessoas”.

<sup>37</sup> “[Os antigos teóricos] por lo común se veían obligados – por cuestiones de teoría del conocimiento – a aceptar la distinción sujeto/objeto y por consiguiente sólo podían escoger entre una posición científicamente ingenua o una posición reflexionada de manera teórico transcendental” (LUHMANN, 2006, p. 6). (Tradução nossa): “[Os antigos teóricos] comumente se viam obrigados – por questões de teoria do conhecimento – a aceitar a

consequências dessa opção, que segue de maneira a descrever a Sociedade como uma espécie de pressuposto transcendental de ação até o ímpeto de descrevê-la como um mero agrupamento de indivíduos. De fato, ele defende que, enquanto a Sociologia desenvolvia-se enquanto campo temático, também ela se afastava do problema de um conceito de Sociedade, e é possível que isso também tenha se dado em virtude ao apego ao paradigma teórico que diferenciava sujeito/objeto<sup>38</sup>.

Para não entrar em meandros, é importante aqui que a radicalização desse pressuposto teórico encontra-se naqueles conceitos provisórios de Sociedade dos quais se vale uma liguagem descompromissada para referir problemas assumidos pela Sociologia. A análise sociológica de papéis, comunidades coerentes e consenso, ação e conduta, cultura e crença, todas eventualmente buscaram um conceito ora humanista, ora regionalista de Sociedade, baseando a Sociedade nos seus indivíduos<sup>39</sup>, suas relações e suas comunidades. Isso esbarrava na pretensão anti-humanista de tornar a Sociologia uma ciência de classificação de indivíduos ou no obstáculo de fracioná-los de maneira a dificultar o seu estudo empírico<sup>40</sup>. De qualquer forma,

---

distinção sujeito/objeto e por isso somente podiam escolher entre uma posição cientificamente ingênua ou uma posição refletida de maneira teórico-transcendental”.

<sup>38</sup> “Evidentemente, la sociología ha hecho muchos avances en los campos de la metodología y de la teoría y, sobre todo, en el de la acumulación de conocimiento empírico, pero se ha ahorrado la descripción de la sociedad como un todo. Quizá esto se deba a la existencia de una autoacción a fin de mantener la distinción sujeto/objeto” (LUHMANN, 2006, p. 9). (Tradução nossa): “Evidentemente, a sociologia realizou muitos avanços nos campos da metodologia e da teoria e, sobretudo, na acumulação de conhecimento empírico, mas ela deixou de lado a descrição da sociedade como um todo. Talvez isso se deva à existência de uma autoação, a fim de manter a distinção sujeito/objeto”.

<sup>39</sup> Dessa maneira, e contra a antiga metáfora organicista, Luhmann acusa a insuficiência dessa conceituação de sociedade como soma dos indivíduos: “La sociedad no pesa lo mismo que el total de los hombres, y no cambia su peso por cada uno que nazca o por cada uno que muera. No se reproduce por el hecho de que en las células del hombre se transformen las macromoléculas, o por el hecho de que haya cambios de células en los organismos de los seres humanos individuales. La sociedad no vive” (LUHMANN, 2006, p. 13). (Tradução nossa): “A sociedade não pesa o mesmo que o total de seus homens e não muda seu peso por cada um que nasça ou morra. Não se reproduz pelo fato de que as células do homem se transformem em macromoléculas, ou pelo fato de que haja troca de células nos organismos dos seres humanos individuais. A sociedade não vive”.

<sup>40</sup> “Cuando se parte de la distinción sistema/entorno hay que colocar al ser humano (como ser viviente y consciente) o en el sistema o en el entorno; dividirlo o fraccionarlo en tercios no es viable empíricamente. Si se tomara al hombre como parte de la sociedad, la teoría de la diferenciación tendría que diseñarse como teoría de la clasificación de los seres humanos —ya sea por estratos sociales, por naciones, por etnias, por grupos”. (LUHMANN, 2006, p. 16). (Tradução nossa): “Quando se parte da distinção sistema/entorno há que se colocar o ser humano (como ser vivente e consciente) ou no sistema ou no entorno; dividi-lo ou fracioná-lo em terços não é viável empiricamente. Caso se assumisse o homem como parte

para Luhmann, “conceptos de sociedad humanistas y regionalistas (nacionales), ya no son teóricamente satisfactorios; sobreviven únicamente en la forma de hablar”<sup>41</sup> (LUHMANN, 2006, p. 17).

A razão pela qual Luhmann rastreia todos esses conceitos até a diferença fundamental sujeito/objeto não é porque esse se trata de um esquema que produz maus resultados, ou resultados errôneos. Ele mesmo admite que muito deve ser aproveitado, especialmente o fato de que a sua auto-referência se estabelece em todos os níveis de codificação das diferenças internas – inclusive no código verdadeiro/falso (LUHMANN, 2006, p. 689) –, embora no caso do sujeito, essas diferenciações apareçam como o produto da consciência, do operar consciente (ou seja, nada há de social nelas). Mas para que avanços significativos sejam possíveis, Luhmann abdica de uma observação desde fora do objeto, desde o sujeito (a consciência), e postula um conceito de Sociedade que se observa desde dentro. Trata-se de uma auto-observação da Sociedade. Para isso, ele se vale do conceito de comunicação enquanto operação fundamentalmente distinta do pensamento com o qual a consciência reproduz-se operativamente.

Para Luhmann, comunicação é a operação característica dos sistemas sociais parciais e também da Sociedade enquanto sistema social abrangente<sup>42</sup>. Trata-se não somente de uma operação social, mas da única operação genuinamente social:

Para fraguar esta autopoiesis la comunicación tiene todas las propiedades necesarias: es una operación genuinamente social, la única genuinamente social. Lo es porque presupone el concurso de un gran número de sistemas de conciencia

---

da sociedade, a teoria da diferenciação teria de desenhar-se como teoria da classificação dos seres humanos – seja por extratos sociais, por nações, por etnias, por grupos”.

<sup>41</sup> (Tradução nossa): “Conceitos de sociedades humanistas e regionalistas (nacionais), já não são teoricamente satisfatórios; sobrevivem somente na forma de falar”.

<sup>42</sup> “Debe [...] especificarse la operación distintiva cuyo proceso autopoietico lleva a que se formen sistemas sociales en sus entornos correspondientes: son las comunicaciones. La teoría de los sistemas sociales comprende así todas las aseveraciones (y sólo éstas) que tienen validez para todos los sistemas sociales – aun para los sistemas de interacción de breve permanencia y escaso significado” (LUHMANN, 2006, p. 56). (Tradução nossa): “Deve especificar-se a operação distintiva cujo processo autopoietico leva à formação de sistemas sociais e seus entornos correspondentes: são as comunicações. A teoria dos sistemas sociais compreende, assim, todas as asseverações (e somente essas) que têm validade para todos os sistemas sociais – mesmo para o sistemas de interação de breve permanência e escasso significado”.

pero, precisamente por eso, no puede atribuirse como unidad a ninguna conciencia individual (LUHMANN, 2006, p. 57)<sup>43</sup>.

Portanto os indivíduos são afastados do conceito Sociedade, a qual passa a ser composta unicamente por operações de comunicação auto-recursivas. Essa comunicação é referida empiricamente de diversas maneiras, sendo adotado por Luhmann um processo tripartite dividido em informação, anúncio (*darla-a-conocer*, *Mittelung*)<sup>44</sup> e entendimento; é evidente que é importante notar que toda essa separação tem grande valor especulativo para Luhmann<sup>45</sup>, mas é especialmente importante aceitar que a comunicação somente se realiza efetivamente com o entendimento, independentemente do que efetivamente se entenda.

A comunicação é uma perspectiva teórica persuasiva porque de nenhuma maneira é possível a autoformação de uma consciência coletiva ou uma intersubjetividade; é, antes de tudo, da impossibilidade do consenso que surge a necessidade da comunicação para Luhmann<sup>46</sup>. E ela é auto-recursiva no sentido de que uma comunicação somente se dá em referência à outra comunicação e nesse sentido é que a comunicação pertence e reproduz um

---

<sup>43</sup> (Tradução nossa): “Para forjar a autopoesis, a comunicação tem todas as propriedades necessárias: é uma operação genuinamente social, a única genuinamente social. Isso porque pressupõe um grande número de sistemas de consciências, mas, precisamente por isso, não pode atribuir-se como unidade a nenhuma consciência individual”.

<sup>44</sup> O sentido de *Mitteilung* qual optamos traduzir por “anúncio” não é facilmente traduzido para o português. Optamos por seguir com “anúncio”, ainda que a edição em espanhol que estamos seguindo tenha preferido *darla-a-conocer*, o que não é uma má escolha, somente uma que precisa ser feita.

<sup>45</sup> Isso porque “[...] el hablar (y los gestos que lo imitan) deja en claro una intención del hablante; es decir, una distinción entre información y darla-a-conocer, y exige, por consiguiente, una reacción a dicha distinción con los mismos medios de lenguaje. [...] La comunicación no sólo produce – mediante su pura realización como operación – una diferencia (¡sin duda que lo hace!), sino que para observar que esto sucede, utiliza también una distinción específica: la que existe entre información y darla-a-conocer” (LUHMANN, 2006, p. 61). (Tradução nossa): “[...] o falar (e os gestos que o imitam) deixa clara uma intenção do falante; isto é, uma distinção entre informação e anúncio, e exige, portanto, uma reação à dita distinção com os mesmos meios de linguagem. [...] A comunicação não somente produz – mediante a sua pura realização como operação – uma diferença (sem dúvida que o faz!), como que para observar isso que acontece, se utiliza também de uma distinção específica: a que existe entre informação e anúncio”.

<sup>46</sup> Seria, se bem entender, o fim da comunicação – o fim da sociedade. “La comunicación también es genuinamente social porque de ningún modo y en ningún sentido puede producirse una conciencia “común” colectiva: la comunicación funciona sin que pueda llegarse al consenso en el pleno sentido de un acuerdo verdaderamente completo” (LUHMANN, 2006, p. 58). (Tradução nossa): “A comunicação também é genuinamente social, porque de nenhum modo e em nenhum sentido pode produzir-se uma consciência ‘comum’ coletiva: a comunicação funciona sem que possa chegar-se ao consenso em pleno sentido de um acordo verdadeiramente completo”.

sistema típico, o social, autopoieticamente<sup>47</sup>. Ao *entendê-la*, mesmo que “mal”, já é possível dizer que houve uma operação de comunicação que condiciona comunicações futuras; o esclarecimento, a aceitação ou a rejeição da comunicação, uma vez observada, podem apenas ser realizados por meio de outra comunicação, criando possibilidades sobre possibilidades e perpetuando a autopoiese do sistema social<sup>48</sup>.

A autopoiese<sup>49</sup> da comunicação, portanto, dá início a um sistema auto-referencial social que se erige sobre as contingências e improbabilidades dos sistemas biológicos e dos sistemas psíquicos, mas não se confunde com esses que, diferentemente da comunicação para o sistema social, reproduzem-se mediante operações respectivamente de vida e consciência. O indivíduo, antigamente tomado como um amálgama de corporalidade e consciência é definitivamente afastado da Sociedade e mesmo o sujeito, enquanto consciência observadora auto-referencial (por vezes transcendental), não tem nenhuma possibilidade de acesso ‘intersubjetivo’ à realidade social.

---

<sup>47</sup> “La comunicación es la unidad más pequeña posible de un sistema social; es decir, es aquella unidad a la cual la comunicación todavía reacciona con comunicación. Ella es – y ésta es otra versión del mismo argumento – autopoietica en la medida en que sólo se produce en relación recursiva con otras comunicaciones y, por tanto, sólo en un entramado a cuya reproducción concurre cada una de las comunicaciones”. (LUHMANN, 2006, p. 58). (Tradução nossa): “A comunicação é a menor unidade possível de um sistema social; isto é, é a aquela unidade à qual a comunicação ainda reage com comunicação. Ela é – e esta é outra versão do mesmo argumento – autopoietica na medida em que somente se produz em relação recursiva com outras comunicações e, portanto, somente em um quadro em cuja reprodução concorre cada uma das comunicações”.

<sup>48</sup> “Con el entender (o malentender) se cierra una unidad de comunicación, sin importar la posibilidad – en principio infinita – de seguir esclareciendo qué es lo que originalmente se había entendido. Pero este cierre tiene la forma del paso a otra comunicación, que puede realizar los esclarecimientos o dedicarse a otros temas. Producción de elementos es autopoiesis. La comunicación que acepta o rechaza la propuesta de sentido de una comunicación es otra comunicación, la cual no resulta – a pesar de todos los nexos temáticos – automáticamente de la comunicación anterior. Es condición básica de la autopoiesis de la sociedad – y de sus formaciones estructurales – que la comunicación no contenga en sí misma su propia aceptación, sino que todavía deba decidirse en la comunicación ulterior acerca de dicha aceptación”. (LUHMANN, 2006, p. 59). (Tradução nossa): “Com o entender (ou o mal-entender) se encerra uma unidade de comunicação, sem importar a possibilidade – a princípio infinita – de continuar esclarecendo o que se entendeu originalmente. Mas esse encerramento tem a forma de passo à outra comunicação, que pode realizar o esclarecimentos ou dedicar-se a outros temas. Produção de elementos é autopoiese. A comunicação que aceita ou rejeita a proposta de sentido de uma comunicação é outra comunicação, a qual não resulta – apesar de todos os nexos temáticos – automaticamente da comunicação anterior. É condição básica da autopoiese da sociedade – e de suas formações estruturais – que a comunicação não contenha em si mesma sua própria aceitação, mas que se decida numa comunicação ulterior sobre tal aceitação”.

<sup>49</sup> Característica dos sistemas que corresponde à sua capacidade de auto-reprodução.

Comunicação e consciência passam a se presumir, mas jamais se confundem. A consciência é exilada para o entorno do sistema social<sup>50</sup> e é “alcançada” por esse somente mediante acoplamentos estruturais e operações de observação especiais (hétero-observação), quando o é. Isso significa o fim para o tradicional esquema sujeito/objeto e para uma observação sociológica desde fora da Sociedade.

Cumprir lembrar que a teorização de um sistema social não é inédita. Na verdade, Talcott Parsons<sup>51</sup> foi o primeiro a conceber um sistema social, inclusive contando com um quadro funcional específico, alcançado ao estabelecerem-se referências práticas simples por uma técnica funcional-estruturalista. Mas sua Sociologia baseada em uma teoria da ação demonstrou-se incapaz de qualificar a Sociedade e a si mesma no seu grandioso esquema<sup>52</sup>. Por seu lado, quando Luhmann desenha uma teoria dos sistemas sociais baseada em uma teoria da comunicação, ele qualifica ambas à sua Sociologia e à Sociedade.

A sociedade de Niklas Luhmann aparece como o próprio sistema social reproduzido de forma autopoietica por operações de comunicação. Isso permite à sua Sociologia, que é a descrição da Sociedade, sustentar uma relação “circular” com sua descrição. Circular, aliás, é como qualificava o componente autológico presente em toda teoria da sociedade:

[...] el intento por describir a la sociedad no puede hacerse fuera de la sociedad: hace uso de la comunicación, activa relaciones sociales y se expone a la observación en la sociedad. Entonces, como quiera que pretenda definirse el objeto, la definición misma es ya una de las operaciones del objeto: al realizar lo descrito, la descripción se describe también a sí misma. La descripción debe, pues, aprehender su objeto como objeto-que-se-describe-a-sí-mismo. Usando

---

<sup>50</sup> “Esto es válido también – y en especial – para la relación entre comunicación y conciencia; es decir, válido para aquellos procesos de conciencia y sobre todo de percepción que deben quedar presupuestos en el entorno de la sociedad” (LUHMANN, 2006, p. 59). (Tradução nossa): “Isso é válido também – e em especial – para a relação entre comunicação e consciência; isto é, válido para aqueles processos de consciência e sobretudo de percepção que devem ficar pressupostos no entorno da sociedade”.

<sup>51</sup> PARSONS, Talcott. *The Social System*. London: Routledge, 1991.

<sup>52</sup> “[...] en las numerosas casillas de su teoría, Parsons mismo no aparece. Y éste pudiera ser el motivo por el cual la teoría es incapaz de distinguir de manera sistemática entre sistema social y sociedad [...]” (LUHMANN, 2006, p. 9). (Tradução nossa): “[...] nas numerosas caixinhas de sua teoria, Parsos mesmo não aparece. E este poderia ser o motivo pelo qual a teoria é incapaz de distinguir de maneira sistemática entre sistema social e sociedade”.

una expresión proveniente del análisis lógico de la lingüística, podría decirse que toda teoría de la sociedad presenta un componente autológico (LUHMANN, 2006, p. 5)<sup>53</sup>.

A Sociologia de Niklas Luhmann aparece como autodescrição da Sociedade e manifesta como o produto de sua auto-observação. Poderia se objetar, todavia, contra essa concepção em virtude do abandono da distinção muito útil entre observar e descrever. Há que se notar, contudo, que a Sociedade se observa por meio de operações fundamentalmente distintas daquela que a consciência utiliza para observá-la. A consciência, que é o sistema psíquico, observa por operações de consciência ou pensamento e, quando opta por não comunicar suas observações, estas restam socialmente irrelevantes<sup>54</sup>. Aquelas observações somente produzem diferença para a consciência mesma. A Sociedade, por sua vez, observa a si mesma ou aos sistemas no seu entorno por meio de operações de comunicação<sup>55</sup>.

Cada operação de observação da Sociedade implica uma diferença lastreada na distinção entre informação e anúncio. Portanto, se a Sociedade observa-se/descreve-se comunicativamente, a Sociologia é um sistema parcial, subsistema do subsistema da ciência<sup>56</sup>, seu que corresponde ao seu

---

<sup>53</sup> (Tradução nossa): “[...] o intento por descrever a sociedade não pode realizar-se fora da sociedade: faz-se uso da comunicação, ativam-se relações sociais e se expõe a observação em sociedade. Então, como quer que se pretenda definir o objeto: ao realizar a descrição, a descrição se descreve também para si mesma. A descrição deve, portanto, aprender seu objeto como objeto-que-se-descreve-a-si-mesmo. Usando uma expressão proveniente da análise lógica da linguística, poderia se dizer que toda teoria da sociedade apresenta um componente autológico”.

<sup>54</sup> “Los sistemas psíquicos evidentemente pueden observar a la sociedad desde afuera, pero socialmente esto queda sin consecuencias si no se comunica, es decir, si la observación no se efectúa en el sistema social” (LUHMANN, 2006, p. 63). (Tradução nossa): “Os sistemas psíquicos evidentemente podem observar a sociedade desde fora, mas socialmente isso resta sem consequências se não se comunica, isto é, se a observação não se efetua no sistema social”.

<sup>55</sup> “Autoobservaciones y autodescripciones de la sociedad son siempre operaciones comunicativas, por tanto existen únicamente en conexión con acontecimientos del sistema”. (LUHMANN, 2006, p. 700). (Tradução nossa): “Auto-observações e autodescrições da sociedade são sempre operações comunicativas, portanto existem unicamente em conexão com acontecimento do sistema”.

<sup>56</sup> “[...] se observa que la sociología [...] entra en un estado de desasosiego permanente, es decir, se constituye a sí misma en un sistema autopoietico. [...] En el modus de la (auto) observación de segundo orden – es decir, en el modus de una teoría del conocimiento de corte constructivista –, todas las características prescritas se disuelven y en su investigación resalta tanto su necesidad como su contingencia. Son, por así decirlo, fijaciones a prueba; programas de investigación indispensables pero prescindibles – si es que se está en el ámbito de la distinción verdad/no-verdad” (LUHMANN, 2006, p. 19). (Tradução nossa): “[...] se observa que a sociologia [...] entra num estado de desassossego permanente, isto é, se constitui a si mesma em um sistema autopoietico. [...] No modo da

modo de auto-observação/autodescrição. Segundo esses pressupostos, a consciência deixa de tomar a Sociedade como seu objeto, produto de sua observação, e a toma como um produto de outra observação, a auto-observação da sociedade. O antigo *objeto* do ego transcendental ou da consciência mundana *a priori* somente existe enquanto uma observação da observação, isto é, enquanto uma observação de segunda ordem<sup>57</sup>.

A concepção de Sociedade de Niklas Luhmann é a de um sistema social amplamente abarcador, em que são processadas as comunicações. As descrições, inclusive a descrição da Sociedade, enquanto comunicações, não podem ocorrer fora da Sociedade. Assim, também a Sociologia, enquanto autodescrição da Sociedade, somente pode existir enquanto Sociologia da Sociedade. Ou seja, dentre as inúmeras diferenciações internas do sistema Sociedade, encontra-se um subsistema responsável pela sua descrição. Existe assim uma relação entre sistema geral e sistema parcial radicalmente autonomizado.

Com essa diferença, Luhmann deixa uma pista para localizar-se o Direito nesse grande sistema social. Note-se que, se a Sociologia constitui-se de um sistema parcial autopoietico da Sociedade, a sua relação com essa é de sistema geral e sistema parcial. É isso que a Sociedade é: o sistema social que não faz fronteiras com outros sistemas sociais. Ela é a realidade social amplamente abarcadora, o sistema social amplamente abarcador que contém os sistemas parciais que incluem a Ciência, o Direito e tantos outros<sup>58</sup>.

Com relação à Sociologia de Luhmann, isso quer dizer que, diferente dos seus sistemas parciais que a tem como entorno, ela não pode ser observada desde fora. Nesse sentido, segundo Luhmann, a Sociedade se

---

(auto) observação de segunda ordem – quer dizer, no modo de uma teoria do conhecimento de corte construtivista –, todas as características prescritas de dissolvem e na sua investigação aparece tanto sua necessidade como sua contingência. São, por assim dizer, marcações à prova; programas de investigação indispensáveis, mas prescindíveis – se é que se está no âmbito da distinção verdade/não-verdade”.

<sup>57</sup> “[...] los objetos se constituyen únicamente en el marco de una observación de segundo orden” (LUHMANN, 2006, p. 696). (Tradução nossa): “[...] os objetos constituem-se unicamente no marco de uma observação de segunda ordem”.

<sup>58</sup> “[...] la teoría de la sociedad es la teoría de aquel sistema social omniabarcador que incluye en sí a todos los demás sistemas sociales” (LUHMANN, 2006, p. 55). (Tradução nossa): “[...] a teoria da sociedade é a teoria daquele sistema social omniabarcador que inclui em si todos os demais sistemas sociais”.

constitui em um caso extremo de auto-observação policontextual<sup>59</sup>. As operações de observação e de auto-observação, especialmente em um sistema de alta complexidade, são radicalmente contingentes, o que significa que elas disputam sua atualidade com um sem número de observações possíveis<sup>60</sup>. As observações dos sistemas parciais constituem-se justamente em auto-diferenciações da auto-observação da Sociedade, são as maneiras por meio das quais a Sociedade tematiza a si própria. Nenhuma delas é contraditória por si, mas elas constituem as maneiras por meio das quais a Sociedade se problematiza e avalia suas contradições, em um sentido crítico.

E é aí que se encontra o Direito, enquanto auto-descrição parcial da Sociedade, na teoria social de Niklas Luhmann. Mas para entender o lugar que este ocupa na teoria do sistemas sociais, é preciso entendê-lo como o produto de uma forma específica de diferenciação, predominante na sociedade moderna: a diferenciação funcional. Ou seja, é preciso entender o que significa o Direito como um sistema funcionalmente diferenciado.

### 3.1.2. O Direito como um sistema social funcionalmente diferenciado

A maneira de encontrar a posição do Direito na descrição luhmanniana da Sociedade refere-se ao problema da diferenciação como recurso teórico da Sociologia, tal como percebida por Luhmann, e especialmente da espécie de

---

<sup>59</sup> “La sociedad como sistema social omniabarcador no conoce sistemas sociales más allá de sus fronteras y, por consiguiente, no puede observarse desde fuera. [...] la sociedad constituye el caso extremo de autoobservación policontextual, de un sistema constreñido a la autoobservación sin poder actuar como si fuera un objeto sobre el cual sólo procede una opinión correcta – de modo que todas las desviaciones pudieran tratarse como error” (LUHMANN, 2006, p. 63). (Tradução nossa): “A sociedade como sistema social omniabarcador não conhece sistemas sociais para além de suas fronteiras e, por isso, não pode observar-se desde fora. [...] a sociedade constitui o caso extremo de auto-observação sem poder atuar como se fosse um objeto sobre o qual somente procede uma opinião correta – de modo que todas os desvios pudessem tratar-se como erro”.

<sup>60</sup> “El concepto de autoobservación no supone, pues, que en un sistema sólo haya una posibilidad correspondiente de autoobservación. [...] Un sistema social – y naturalmente de modo especial una sociedad – puede observarse a sí mismo simultánea o sucesivamente de maneras muy diversas – diríamos que ‘policontextuales’” (LUHMANN, 2006, p. 62). (Tradução nossa): “O conceito de auto-observação não supõe, pois, que em um sistema somente haja uma possibilidade correspondente de auto-observação. [...] Um sistema social – e naturalmente de modo especial uma sociedade – pode observar-se a si mesmo simultânea ou sucessivamente de maneiras muito diversas – diríamos que ‘policontextuais’”.

diferenciação que marca a Sociedade moderna da qual o Direito faz parte e na qual ele opera com notável importância.

Para a Sociologia de Luhmann, a diferenciação torna possível uma forma abstrata de observação vinculada a unidades, elementos, ou estruturas diferenciadas. Luhmann especula que o conceito surge no Século XIX, com o propósito de qualificar ações ou decisões como o resultado de processos específicos, seja sob um aspecto evolutivo ou sob uma decorrência volitiva. Contudo o resultado da aplicação desse conceito, no seio de uma teoria da transformação, é o abandono de uma teoria do progresso em favor da adoção de análises estruturais<sup>61</sup>.

Segundo Luhmann, é o conceito diferenciação que permite Georg Simmel chegar à análise do dinheiro, que permite Émile Durkheim especular sobre as transformações das formas de solidariedade (mecânica → orgânica) na sua *De la Division du Travail Social*, e até mesmo permite Max Weber desenvolver seu conceito de racionalização sobre distintas ordens da vida (2006, p. 471-472). Pelo signo da diferenciação, a Sociedade pôde encontrar coesão em meio à expansão e ao incremento de complexidade social. Ao abandonar a impressão de progresso, a Sociedade pôde compreender a si mesma como um produto irreversível de um processo histórico demasiado complexo para se arriscar qualquer predição. A diferenciação se volta à análise estrutural e ao diagnóstico das transformações estruturais da Sociedade.

A noção de diferenciação, tal como Luhmann a identificou nas obras daqueles clássicos sociólogos, difere daqueles cortes analíticos identificados, por exemplo, em Ehrlich e Kelsen. Ehrlich, com o *Direito Vivo*, demonstrou sistemas normativos *diferenciados* que não somente prescreviam como efetivamente vinculavam ações e decisões individuais. E Kelsen, que nunca foi um sociólogo, funda sua teoria do Direito de uma concepção normativa de sociedade, como ordem que cobra ação, da qual o Direito seria somente uma ordem *diferenciada* (da moral, por exemplo). Contudo, essas diferenciações não parecem comprometidas com nenhuma teoria da transformação social e

---

<sup>61</sup> “Hacia finales del siglo xix, el concepto de diferenciación le permite a la sociología cambiar de las teorías del progreso a la elaboración de análisis estructurales [...]” (LUHMANN, 2006, p. 471). (Tradução nossa): “No fim do Século XIX, o conceito de diferenciação permite à sociologia trocar as teorias do progresso pela elaboração de análises estruturais [...]”.

limitam metodologicamente a significação desses pressupostos. Em Durkheim e Weber, por exemplo, a diferenciação não se reduz a um esquema analítico, mas um processo real, temporalmente determinável. E é especialmente em virtude dessa característica que o princípio de diferenciação é de grande valor para a descrição da sociedade em Luhmann.

A orientação analítica se compromete em meramente dividir o todo em partes para a sua qualificação em novas tautologias. A diferenciação, por seu lado, não se resume à decomposição do todo em partes; procede diferentemente para o sistema social amplamente abarcador e seus sistemas parciais:

Diferenciación sistémica no significa descomponer el todo en partes ni, en consecuencia – considerado en este nivel –, que éste consista sólo de partes y de sus “relaciones”. Más bien, cada sistema-parcial reconstruye al sistema total – al que pertenece y co-realiza – através de una diferencia propia (específica del sistema-parcial) de sistema/entorno (LUHMANN, 2006, p. 473)<sup>62</sup>.

Para a diferença sistema/entorno correspondente ao sistema amplamente abrangente, o sistema parcial encontra-se no sistema, não no entorno. O que ocorre para o sistema parcial é que, como ele se estabelece mediante sua própria diferença sistema/entorno, ele tem em seu próprio entorno tudo aquilo que já existia como entorno da sociedade, como também toda complexidade social que não lhe diz respeito. E isso é válido para cada sistema parcial. Com cada operação própria, cada sistema social parcial reproduz a sua diferença sistema/entorno e também a diferença sistema/entorno da própria sociedade.

Como componentes parciais da sociedade enquanto realidade abrangente, todos os sistemas parciais coexistem um no entorno social do outro. Apesar dessa coexistência ser uma necessidade da descrição da sociedade, não segue daí que existam auto-implicações necessárias nem

---

<sup>62</sup> (Tradução nossa): “Diferenciação sistémica não significa decompor o todo em partes nem, em consequência – considerada neste nível –, que este consiste somente de partes e suas ‘relações’. Na verdade, cada sistema parcial reconstrói o sistema total – a que pertence e co-realiza – através de uma diferença própria (específica do sistema parcial) de sistema/entorno”.

permanentes de um subsistema em outro; ao se escolher uma referência sistêmica, cuida-se dos limites que esse sistema se auto-impõe, de esclarecer o que é sistema e o que é entorno. E ainda que só se possa observar um lado da forma de uma diferença sistema/entorno em um dado momento, é importante perceber que ambos são simultâneos enquanto diferença. Não são afastados, somente diferenciados.

Os sistemas parciais se percebem a si mesmos, mas também uns aos outros, enquanto sistemas parciais da Sociedade. Dessa maneira, aquilo que diz respeito a um sistema parcial como o seu operar interno, não deixa de ser relevante para outros sistemas parciais. Ainda que somente seja relevante como uma irritação 'exógena' que, para todos os efeitos, é valorada segundo as operações do sistema observado; o que é o mesmo que dizer que toda irritação é uma auto-irritação<sup>63</sup>. Daí segue a simultaneidade dos acontecimentos dentro da Sociedade, vista a sua referência a sistemas e descrições parciais, contextualizadas da Sociedade como um todo<sup>64</sup>.

Sendo a diferenciação um componente, portanto, fundamental à descrição da Sociedade, a questão que segue não é somente de saber se a Sociedade encontra-se efetivamente diferenciada, mas *como* ela se encontra diferenciada. É preciso partir de algum referencial concreto se é que se pretende prevenir que um observador externo fixe, desde fora, distinções arbitrárias para onde prosseguir. O problema que se enfrenta seria, na verdade, o da *forma de diferenciação* da Sociedade moderna.

Hablamos, pues, de forma de diferenciación de los sistemas cuando desde un sistema-parcial se puede reconocer lo que

---

<sup>63</sup> "As irritações surgem de uma confrontação interna (não especificada, num primeiro momento), entre eventos do sistema e possibilidades próprias, que consistem, antes de tudo, em estruturas estabilizadas, expectativas. Portanto não existe nenhuma irritação no meio do sistema, assim como não existe *transfer* de irritação do meio ao sistema. Trata-se sempre de uma construção própria do sistema; é sempre uma auto-irritação (naturalmente posterior a influxos provenientes do meio)" (LUHMANN, 2002, p. 132).

<sup>64</sup> "En el contexto de la diferenciación del sistema, cada transformación es por tanto una doble – más aún, una múltiple – transformación. Cada transformación de un sistema-parcial es al mismo tiempo una transformación del entorno de los demás sistemas-parciales. Suceda lo que suceda, sucede múltiples veces, dependiendo del sistema de referencia" (LUHMANN, 2006, p. 474). (Tradução nossa): "No contexto da diferenciação do sistema, cada transformação é portanto uma dupla – mais ainda, uma múltipla – transformação. Cada transformação de um sistema parcial é, ao mesmo tempo, uma transformação do entorno dos demais sistemas parciais. O que quer que aconteça, acontece múltiplas vezes, dependendo do sistema de referência".

es otro sistema-parcial y cuando el sistema-parcial se determina por esta distinción. La forma de la diferenciación, entonces, no significa tan sólo dividir al sistema total, sino más bien se trata de la forma mediante la cual los sistemas-parciales se observan a sí mismos como sistemas-parciales – como este o aquel clan, como nobleza, como sistema económico de la sociedad. La diferencia así formada (distinguida de esta manera) representa a la vez la unidad del sistema omniabarcador de la sociedad, el cual no requiere observarse de forma separada (LUHMANN, 2006, p. 483)<sup>65</sup>.

A forma de diferenciação refere-se, portanto, à espécie de sistemas parciais que, ao se reconhecerem mutuamente como sistemas parciais, condicionam a evolução do sistema social como um todo. Cada um desses sistemas carrega e tematiza, na sua própria diferença sistema/entorno, a diferença sistema/entorno do sistema social amplamente abarcador e perpetua a sua autopoiese. Mas isso acontece somente relativamente à forma de diferenciação predominante em determinado momento da história da Sociedade.

Luhmann, que ao tempo da sua antiga Sociologia do Direito distinguia apenas entre diferenciação segmentária e funcional<sup>66</sup>, passou a distinguir quatro diferentes formas de diferenciação pelas quais as sociedades antigas até a moderna orientam sua autopoiese: *diferenciação segmentária*, que se caracteriza pela igualdade dos sistemas parciais que se distinguem somente em critérios de descendência ou comunidade específica; *diferenciação centro/periferia*, que se cria de uma desigualdade de ordem entre subsistemas iguais, colocando, sob determinados critérios, sistemas iguais no mesmo lado ou em lados diferentes da forma; *diferenciação estratificada*, caracterizada por

---

<sup>65</sup> (Tradução nossa): “Falamos, pois, de forma de diferenciação dos sistemas quando, desde um sistema parcial, se pode reconhecer o que é outro sistema parcial e quando o sistema parcial se determina por essa distinção. A forma da diferenciação, então, não significa tão somente dividir o sistema total; na verdade se trata da forma mediante a qual os sistemas parciais se observam a si mesmos como sistemas parciais – como este ou aquele clã, como nobreza, como sistema econômico da sociedade. A diferença assim formada (distinguida desta maneira) representa, por sua vez, a unidade do sistema amplamente abarcador da sociedade, o qual não requer observar-se de forma separada”.

<sup>66</sup> “A distinção entre diferenciação segmentária e diferenciação funcional refere-se ao princípio de divisão da sociedade em sistemas parciais. Na diferenciação segmentária, são formados diversos sistemas iguais ou semelhantes: a sociedade compõe-se de diversas famílias, tribos etc. Na diferenciação funcional, os sistemas parciais, ao contrário, são formados para exercerem funções especiais e específicas, sendo, portanto, distintos entre si: para a política e a administração, para a economia, para a satisfação de necessidades religiosas, para a educação, para cuidar dos doentes, para funções familiares residuais (assistência, socialização, recreação) etc.” (LUHMANN, 1983, p. 176).

distinção de ranques, por meio da inescapável readequação da distinção entre nobreza e povo comum; e, finalmente, *diferenciação funcional*, em que os sistemas parciais são iguais em sua diferença de função no complexo social. Ao último corresponde a forma de diferenciação predominante na Sociedade moderna<sup>67</sup>. Não é à toa que sua descrição se assemelha à divisão funcional do trabalho na Sociedade complexa, caracterizada pela solidariedade orgânica em Durkheim ou aos quadros funcionais em que se alocavam as instituições no sistema social de Parsons. Se bem que para a teoria luhmanniana, “[...] la teoría de la diferenciación de los sistemas aquí esbozada [...] se refiere a comunicaciones y no a acciones” (LUHMANN, 2006, p. 482)<sup>68</sup>, o que é muito significativo.

Com relação à estas formas de diferenciação da Sociedade descrita, duas questões se destacam: (a) a coexistência de mais de uma forma de diferenciação na descrição da sociedade e (b) a reaplicação da forma de diferenciação a si mesma. Ao se destacar essas questões, permite-se (a') aludir descrições da Sociedade – e mesmo da sociedade moderna – em recurso aos esquemas de diferenciação alternativos, desde que em dependência da sua forma de diferenciação predominante; e também (b') se entende como a forma de diferenciação social, se desenvolve em todos os níveis de diferenciação sistêmica de maneira a determinar o modo de redução e incremento de complexidade social.

A primeira questão diz respeito ao fato de que, apesar dessas formas de diferenciação não serem mutuamente excludentes, em cada Sociedade (que, em geral, é a mesma Sociedade em estágios distintos do seu processo evolutivo) descrita, é possível que uma forma de diferenciação se sobressaia e condicione todas as outras ainda presentes.

Se hablará de primado de una forma de diferenciación (y ni siquiera eso constituye una necesidad sistémica) cuando pueda constatarse que una forma regula las posibilidades de realización de otras formas. En este sentido, las sociedades

---

<sup>67</sup> “Por el momento se trata tan sólo de señalar lo siguiente: entendemos a la sociedad moderna como sociedad funcionalmente diferenciada” (LUHMANN, 2006, p. 589). (Tradução nossa): “No momento, trata-se somente de apontar o seguinte: entendemos a sociedade moderna como sociedade funcionalmente diferenciada”.

<sup>68</sup> (Tradução nossa): “[...] a teoria da diferenciação dos sistemas aqui esboçada [...] se refere a comunicações e não a ações”.

nobiliarias se diferencian principalmente de manera estratificada, pero mantienen una diferenciación segmentaria en Casas o familias para facilitar a la nobleza la endogamia y para distinguir a las familias nobles de otras familias. Hoy día también – bajo la diferenciación funcional – todavía se encuentra la estratificación en la forma de clases sociales e incluso diferencias de centro/periferia; sin embargo, éstas son ahora manifestaciones secundarias de la dinámica propia de los sistemas funcionales (LUHMANN, 2006, p. 485)<sup>69</sup>.

Isso quer dizer que a mudança nos mecanismos de diferenciação social é gradual. E como uma teoria da diferenciação está comprometida somente com análises estruturais e não mais com uma teoria do progresso, uma possibilidade (até alarmante) sempre à vista é a de que ocorra, ainda que seja improvável, a emergência de novas formas de diferenciação ou até mesmo um perigoso favorecimento de uma forma de diferenciação segmentária ou estratificada que não está mais apta a lidar com a complexidade da sociedade contemporânea.

A segunda questão é relativa à reentrada da forma na própria forma, o chamado *re-entry*. Isso acompanha desde a reinserção da diferença sistema/entorno que é tematizada diferenciadamente e inaugura cada sistema social particular. Essa reentrada acompanha todas as estratégias de diferenciação, desde a segmentária até a funcional, e condiciona o controle de contingência e o incremento de complexidade social.

Nas sociedades segmentárias, parte-se da sociedade dividida em segmentos familiares; tendo em mente aqui que falamos do sistema social dividido em sistemas parciais. Isso significa falar de uma sociedade que se autotematiza de maneira a criar famílias. Famílias não existem antes da Sociedade<sup>70</sup>. Contudo essa forma de segmentação, ao ser reaplicada à própria

---

<sup>69</sup> (Tradução nossa): “Se falará do primado de uma forma de diferenciação (e nem sequer isso constitui uma necessidade sistêmica), quando puder constatar-se que uma forma regula as possibilidades de realização de outras formas. Nesse sentido, as sociedades de nobreza se diferenciam principalmente de maneira estratificada, mas mantém uma diferenciação segmentária em casas ou famílias para facilitar para a nobreza a endogamia e para distinguir as famílias nobres de outras famílias. Hoje em dia também – baixo a diferenciação funcional – ainda se encontra a estratificação na forma de classes sociais e, inclusive, diferenças de centro/periferia; contudo essas são agora manifestações secundárias da dinâmica própria dos sistemas funcionais”.

<sup>70</sup> “La diferenciación segmentaria surge por el hecho de que la sociedad se articula en sistemas parciales – en principio igualitarios – que forman recíprocamente entornos unos de otros. Esto presupone, de alguna manera, la constitución de familias. La familia constituye una unidad artificial por encima de las diferencias naturales de edad y sexo

forma, produz segmentos não somente na própria família, como também produz segmentos de famílias, como tribos, que podem compor, elas próprias, segmentos maiores que se reconheçam como sistemas parciais frente a outros segmentos<sup>71</sup>. Em virtude da distinção ser de natureza segmentária, existe uma permanente possibilidade de rompimento e acoplamento com segmentos maiores, bem como a perda de segmentos inteiros em virtude de guerra, peste, fome, desastres.

Anota-se que é possível observar em Sociedades diferenciadas segmentariamente um princípio de funcionalidade quando segmentos maiores assumem funções normativas, mesmo quando somente para auxílio bélico ou convocação para guerras<sup>72</sup>. Isso para se argumentar que as origens de uma sociedade funcionalmente diferenciada se encontravam naquela sociedade antiga, ainda que como uma promessa improvável ou como promessa nenhuma.

Também na Sociedade estratificada, esse tipo de *re-entry* produz seus efeitos. Diferentemente de uma Sociedade segmentária com princípios hierárquicos ou divisões proto-funcionais, na Sociedade em que existe o primado da diferenciação estratificada, as possibilidades de dissociação da dinâmica de ranques sequer parece possível<sup>73</sup>. Ou seja, trata-se de uma

---

incorporando precisamente dichas diferencias. Antes de existir familias existe sociedad; es la familia la que se constituye como forma de diferenciación de la sociedad y no al revés: la sociedad que se compone de familias” (LUHMANN, 2006, p. 503). (Tradução nossa): “A diferenciação segmentária surge pelo fato de que a sociedade se articula em sistemas parciais – a princípio igualitários – que formam reciprocamente entornos uns dos outros. Isso pressupõe, de alguma maneira, a constituição de famílias. A família constitui uma unidade artificial por cima das diferenças naturais de idade e sexo, incorporando precisamente ditas diferenças. Antes de existirem famílias, existe sociedade; é a família que se constitui como forma de diferenciação da sociedade e não ao contrário: a sociedade que se compõe de famílias”.

<sup>71</sup> “El proceso de diferenciación segmentaria puede aplicarse a su mismo resultado, es decir, puede repetirse de manera recursiva. De esta manera, sobre las familias y los asentamientos se forman las tribus y eventualmente las asociaciones de tribus” (LUHMANN, 2006, p. 505). (Tradução nossa): “O processo de diferenciação segmentária pode aplicar-se ao seu próprio resultado, isto é, pode repetir-se de maneira recursiva. Dessa maneira, sobre as famílias e os assentamentos se formam tribos e, eventualmente, as associações de tribos”.

<sup>72</sup> “Las asociaciones mayores tienen ante todo la función de organizar (o debilitar) el apoyo en caso de conflictos. Las expectativas normativas son, entonces, expectativas contrafáticas: no se amoldan a los eventuales desengaños, sino persisten” (LUHMANN, 2006, p. 506). (Tradução nossa): “As associações maiores têm, antes de tudo, a função de organizar (ou debilitar) o apoio em caso de conflitos. As expectativas normativas são, então, expectativas contra-fáticas: não se moldam a eventuais desenganos, mas persistem”.

<sup>73</sup> “Hablamos de estratificación solamente cuando la sociedad se representa como orden de rangos y cuando el orden-sin-diferencia-de-rangos es inimaginable. Como el estrato

dinâmica social inexoravelmente vinculada à constante tematização da diferença nobreza/povo comum. Contudo Luhmann lembra que uma Sociedade pautada em uma única diferença fundamental entre nobreza e povo não seria estável de nenhuma maneira<sup>74</sup>, pois seria fácil a inversão da situação dos segmentos com todas as consequências implicadas. A estratégia, portanto, que essas Sociedades encontram para gerenciar a complexidade social é a reinserção da forma nobreza/povo na própria forma, de maneira a produzir estamentos, postos hierárquicos diferenciados, acompanhados da alcunha e dos privilégios que deles seguiam. Assim se especializa o primado da forma de diferenciação social que condiciona, nessas Sociedades, a divisão de funções e o agrupamento de estratos. Se é que esses sequer existem.

Nas Sociedades funcionalmente diferenciadas, a reentrada da forma na própria forma também representa a sua maneira de realizar o controle de contingências e a redução de complexidade. A emergência da própria Sociologia enquanto um subsistema do sistema parcial da ciência é demonstrativa das operações de diferenciação internas com as quais os sistemas funcionalmente diferenciados se comprometem; trata-se de uma diferença dos próprios mecanismos de generalização simbólica da *verdade*. Uma diferença que não envolve segmentos, estratos, centros ou periferias.

Quando ocorre o primado da diferenciação funcional sobre as demais formas de diferenciação, o que sucede somente na sociedade moderna, esse passa a ser o modo principal de diferenciação que condiciona todos os outros. Dessa forma, mesmo a moderna estratificação entre *classes sociais*, que é

---

superior ya no reconoce relaciones de parentesco con miembros del estrato inferior – o las aprecia como anomalías vergonzosas –, la sociedad ya no puede describirse como un sistema de parentesco con un origen común” (LUHMANN, 2006, p. 538-539). (Tradução nossa): “Falamos de estratificação somente quando a sociedade se representa como ordem de ranques e quando a ordem-sem-diferença-de-ranques é inimaginável. Como o estrato superior já não reconhece relações de parentesco com membros do estrato inferior – ou as aprecia como anomalias vergonhosas –, a sociedade já não pode descrever-se como um sistema de parentesco com origem comum”.

<sup>74</sup> Sobre a sociedade dividida somente em dois ranques fundamentais (nobreza/plebe): “Sin embargo, puesta en esta forma sería relativamente inestable porque se la invertiría con facilidad. Las jerarquías estables como el sistema indio de castas o el orden estamental del tardo Medievo forman, aunque sea de manera artificial, por lo menos tres planos para producir la impresión de estabilidad” (LUHMANN, 2006, p. 485). (Tradução nossa): “Contudo, posto dessa forma, seria relativamente instável porque se a inverteria com facilidade. As hierarquias estáveis como o sistema indiano de castas ou a ordem estamental do medievo tardio formam, ainda que de maneira artificial, pelo menos três planos para produzir a impressão de estabilidade”.

descrita por Karl Marx, somente existe em referência a um sistema funcionalmente diferenciado: a Economia, que não admite a estratificação como um princípio instrutivo, e sua tematização própria da Sociedade<sup>75</sup> por meio da diferença capital/trabalho. Quando a Sociedade se descreve, em um ímpeto ruptural de autodescobrimento, como *moderna*, todos os compromissos com as formas segmentárias e estratificadas de diferenciação se desfazem, e aquelas formas aplicadas a si mesmas não concorrem para o controle de contingências de uma Sociedade altamente complexa, imprevisível. Elas permanecem ali, quando o fazem, somente enquanto descrições pouco significativas e formas com impacto social mínimo.

Abdica-se, portanto, de se acomodar indivíduos, famílias, tribos, nobres, plebeus, ou de qualquer modo *seres concretos* nesse modo de descrição da Sociedade. Não há onde localizá-los nesse grande esquema; ou há, contudo eles carecem de potencial instrutivo para a autopoiese da Sociedade. Isso era possível quando se falavam em segmentos ou estratos e se elegiam critérios demográficos, tradicionais ou títulos hierárquicos, mas essa não é mais necessariamente a situação para sistemas funcionalmente diferenciados como o Direito, a Política, a Economia, a Religião ou a Ciência. É possível falar em papéis, mas não é possível localizar indivíduos concretos em um desses sistemas apenas<sup>76</sup>, portanto uma semântica mais adequada precisou ser desenvolvida para esse novo momento da Sociedade e da sua teoria social.

---

<sup>75</sup> “En la lógica de capital/trabajo, la vieja forma de diferenciación por estratos no encuentra cabida. Desde el último tercio del siglo XVIII se habla cada vez más de clases sociales y Marx aplicará esta terminología a la distinción entre capital y trabajo. Aunque eso ahora no significa más que describir a la sociedad toda desde la perspectiva particular de la economía” (LUHMANN, 2006, p. 577). (Tradução nossa): “Na lógica capital/trabalho, a velha forma de diferenciação por estrato já não tem lugar. Desde o último terço do Século XVIII, fala-se cada vez mais de classes sociais e Marx aplicará essa terminologia à distinção entre capital e trabalho. Apesar de que agora isso não significa mais do que descrever toda a sociedade desde a perspectiva particular da economia”.

<sup>76</sup> “Cuando la sociedad pasa de la estratificación a la diferenciación funcional, debe renunciar a los correlatos demográficos de su patrón interno de diferenciación. Ya no puede distribuir a los seres humanos, que contribuyen a la comunicación, en sus sistemas parciales – tal como había sido posible en el esquema de la estratificación o de las diferenciaciones centro/periferia. No es posible colocar a los seres humanos de modo que cada uno de ellos pertenezca a un solo sistema, es decir, que participe del derecho pero no de la economía, de la política pero no del sistema educativo” (LUHMANN, 2006, p. 589). (Tradução nossa): “Quando a sociedade passa da estratificação à diferença funcional, deve renunciar aos correlatos demográficos de seu padrão interno de diferenciação. Já não pode distribuir aos seres humanos, que contribuem à comunicação, em seus sistemas parciais – tal como havia sido possível no esquema da estratificação ou das diferenciações centro/periferia. Não é possível colocar os seres humanos de modo que cada um deles pertença a um

O que acontece, então, é que:

[...] en algún momento la recursividad de la reproducción autopoietica empieza a aprehenderse a sí misma y logra una clausura a partir de la cual para la política sólo cuenta la política, para el arte, sólo el arte; para la educación, sólo las aptitudes y la disposición de aprender; para la economía, sólo el capital y los réditos – y que los correspondientes entornos internos de la sociedad, entre los cuales también se encuentra la estratificación – ya sólo se perciben como ruido irritante, como interferencias o oportunidades (LUHMANN, 2006, p. 561)<sup>77</sup>.

Isso significa que certas estruturas comunicativas desenvolvem operações radicalmente auto-referenciais e passam a sustentar uma grande independência funcional dos outros sistemas parciais. Com a progressiva passagem da Sociedade estratificada para a funcionalmente diferenciada, fica cada vez mais aparente essa autotematização dos sistemas parciais<sup>78</sup>. Todos os sistemas tornam-se diferentes e iguais nessa diferença. Isso quer dizer que cada sistema parcial obedece seus próprios critérios, de maneira que os outros sistemas parciais não dispõem de virtualmente nenhuma capacidade

---

sistema apenas, quer dizer, que participe do direito, mas não da economia; da política, mas não do sistema educativo”.

<sup>77</sup> (Tradução nossa): “[...] em algum momento, a recursividade da reprodução autopoietica começa a aprender-se a si mesma e logra um fechamento a partir do qual, para a política somente conta a política; para a arte, somente a arte; para a educação, somente as aptidões e a disposição de aprender; para a economia, somente o capital e as receitas – e que os correspondentes entornos internos da sociedade, entre os quais também se encontra a estratificação – somente se percebem como ruído irritante, como interferências ou oportunidades”.

<sup>78</sup> “En el sistema político esto se expresa con la soberanía de la decisión colectivamente vinculante (es decir, que vincula aun al que decide) con la regulación de procedimiento de la aplicación a sí misma. A esto corresponde en el sistema del derecho la completa positivización del derecho y la libertad de contrato. La economía vincula todas las transacciones a los pagos y de esta manera logra que el recurso a los bienes escasos ya no dependa del estrato de pertenencia, sino que se delimite únicamente por otro bien (artificialmente escaso, el dinero) que, para ello, hay que hacer circular. La ciencia acepta el carácter hipotético de toda verdad y así expone a una posible variación en el tiempo todo lo que ha de reconocerse socialmente” (LUHMANN, 2006, p. 586-587). (Tradução nossa): “No sistema político, isso se expressa com a soberania da decisão coletivamente vinculante (isto é, que vincula até ao que decide) com a regulação do procedimento de aplicação a si mesma. A isso corresponde no sistema do Direito a completa positivização do direito e a liberdade de contrato. A economia vincula todas as transações aos pagamentos e, dessa maneira, logra que o recurso aos bens escassos já não dependa do extrato de pertencimento, mas que se delimite unicamente por outro bem (artificialmente escasso, o dinheiro) que, para ela, deve circular. A ciência aceita o carácter hipotético de toda verdade e, assim, expõe uma possível variação no tempo tudo o que deve reconhecer-se socialmente”.

informativa<sup>79</sup>. Segue daí que os sistemas sociais parciais, assim como outros sistemas nos seus entornos, não dispõem de nenhuma capacidade de controle, de selecionar transformações estruturais no interior dos sistemas parciais referenciados.

La diferenciación funcional – como forma de diferenciación de la sociedad – enfatiza la desigualdad de los sistemas de función. Pero en esta desigualdad son iguales. Esto quiere decir: el sistema total renuncia a establecer un orden de relaciones (por ejemplo, el rango) entre los sistemas de función. La metáfora del ‘equilibrio’ tampoco es útil ya que sólo disimula el hecho de que la sociedad ya no es capaz de regular las relaciones entre los sistemas parciales y que debe confiarlas a la evolución, vale decir, a la historia. (LUHMANN, 2006, p. 591)<sup>80</sup>

Finalmente, a descrição estrutural-funcionalista que descreve a função desses sistemas parciais funcionalmente diferenciados não parte sua análise do próprio sistema. Não se trata da descrição de uma dada estrutura em seus próprios termos. As funções não se definem de maneira auto-referencial. Cada função corresponde a um problema específico da Sociedade enquanto sistema total que necessita de operações específicas para perpetuar sua autopoiese<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> “La diferenciación de un sistema parcial para cada una de las funciones significa que, para ese sistema (y sólo para ese), dicha función goza de prioridad y todas las demás funciones se le supeditan. Sólo en este sentido se puede hablar de un primado funcional. Por ejemplo, para el sistema político, el éxito político (como quiera que se operacionalice) es más importante que todo lo demás y una economía exitosa es únicamente importante, en este caso, como condición de los éxitos políticos. Esto a la vez significa que en el plano del sistema total de la sociedad no se puede disponer de una jerarquía de funciones universalmente válida, vinculante para todos los sistemas funcionales” (LUHMANN, 2006, p. 592). (Tradução nossa): “A diferenciação de um sistema parcial para cada uma das funções significa que, para esse sistema (e somente para esse), dita função goza de prioridade e todas as demais funções que a condicionam. Somente nesse sentido se pode falar de um primado funcional. Por exemplo, para o sistema político, o êxito político (como quer que se operacionalize) é mais importante do que todos os demais e uma economia exitosa é unicamente importante, nesse caso, como condição dos êxitos políticos. Isso, por sua vez, significa que, no plano do sistema total da sociedade, não se pode dispor de uma hierarquia de funções universalmente válida, vinculante para todos os sistemas funcionais”.

<sup>80</sup> (Tradução nossa): “A diferenciação funcional – como forma de diferenciação da sociedade – enfatiza a desigualdade dos sistemas de função. Mas nessa desigualdade são iguais. Isso quer dizer: o sistema total renuncia a estabelecer uma ordem de relações (por exemplo, o ranque) entre os sistemas de função. A metáfora do ‘equilíbrio’ tampouco é útil, já que somente dissimula o fato de que a sociedade já não é capaz de regular as relações entre os sistemas parciais e que deve confiá-las à evolução, isto é, à história”.

<sup>81</sup> “Diferenciación funcional significa que el punto de vista de la unidad bajo el cual se ha diferenciado una diferencia de sistema/entorno es la función que el sistema diferenciado (y no su entorno) desempeña para el sistema total. La dificultad de esta definición teórico sistémica pone de inmediato de manifiesto la improbabilidad que se encuentra en la cosa misma; teniéndola en cuenta nos ahorra controversias inútiles. La función se halla en referencia a un problema de la sociedad – no en la autorreferencia o en el automantenimiento del sistema funcional” (LUHMANN, 2006, p. 591). (Tradução nossa):

Da mesma maneira, a própria Sociedade não tem função nenhuma a desempenhar para si mesma. Somente reproduz-se, reproduzindo essas ditas funções.

É nesses contornos que aparece o sistema do Direito. O Direito contingente. O que significa que a Sociologia do Direito de Luhmann não é uma teoria que pretende descrever o que é, foi e será o Direito em todos os momentos da história da Sociedade. Até porque, na história da Sociedade, a autonomia funcional e o atual grau de relevância do Direito enquanto estrutura diferenciada são relativamente recentes. A descrição do Direito, em Luhmann, é a descrição do Direito e de sua função no sistema social amplamente abarcador. É a descrição do Direito enquanto sistema parcial funcionalmente diferenciado da Sociedade.

### **3.2. Ciência do Direito: Sociologia do Direito**

Este subcapítulo aprofundará o estudo da Sociologia do Direito de Luhmann ao voltar-se para a função do Direito perante a Sociedade e a função das normas perante a complexidade e a contingência da experimentação. Em ambos os casos, isso quer dizer observar o sistema do Direito desde fora, como a Sociologia do Direito exige; observa-se o Direito desde a Sociedade para diagnosticar sua função naquele contexto e se observa a norma desde a consciência assolada pela complexidade e pela contingência para se especular sobre a razão do recurso ao simbólico materializado na norma. É a partir daqui que serão expostas as bases da teorização das expectativas normativas, que é, afinal de contas, um dos conceitos de onde realmente partirá a análise comparativa proposta neste trabalho e também do conceito de Direito que as fundamenta.

Tal como antes, então, este subcapítulo também será dividido em dois itens. No primeiro deles, parte-se do que foi dito quanto ao Direito ser um

---

“Diferenciação funcional significa que o ponto de vista da unidade baixa, o qual se contrastada uma diferença de sistema/entorno é a função que o sistema diferenciado (e não seu entorno) desempenha para o sistema total. A dificuldade dessa definição teórico-sistêmica põe imediatamente de manifesto a improbabilidade que se encontra na coisa mesma; tendo-a em conta NOS AHORRA controvérsias inúteis. A função SE HALLA em referência a um problema da sociedade – não na auto-referência ou no auto-mantimento do sistema funcional”.

sistema parcial, funcionalmente diferenciado, da Sociedade enquanto sistema social amplamente abarcador. Isso porque do fato do Direito se apresentar como um sistema funcionalmente diferenciado não significa que já está clara qual a função que este desempenha no complexo social que contribui para a autopeiose da Sociedade.

Para tal fim, é necessário valer-se das lições de *O Direito da Sociedade* para demonstrar essa função a partir do problema da Sociedade que o Direito se presta a enfrentar. E, antecipando aqui, trata-se de um problema temporal de crescente acúmulo das referências comunicativas, em que se torna necessária a inserção de simplificações por meio de expectativas do tipo normativa. Essas expectativas não são, contudo, o foco da descrição aqui, mas sim a função do Direito de estabilizar expectativas particularmente importantes dessa espécie. Nesse sentido, enquanto a função estabilizadora do Direito contribui para a autopeiose da Sociedade, também a teorização de um sistema funcionalmente diferenciado do Direito é justificada.

Já o item seguinte detém-se em uma das lições da *Sociologia do Direito*, em que a função simplificadora das normas aparece relacionada ao duplo problema da complexidade e da contingência da experimentação psíquica. Nesse momento, não somente Luhmann fornece descrições importantes sobre o acoplamento entre comunicação e consciência, como também explica a razão de um sistema social complexo ser capaz de sustentar-se e seu processo evolutivo mediante a objetivação rígida (vigência) de expectativas normativas simplificadoras, mesmo com a capacidade limitada dos indivíduos de gerenciar sozinhos o crescente incremento de possibilidades e riscos (complexidade e contingência) de realização do futuro. Tais lições, apesar de não serem fundamentais para explicar a autopeiose da Sociedade, envolvem uma temática que nunca foi efetivamente abandonada pela Sociologia de Luhmann. E são especialmente recorrentes na temática *risco*, em que os seus estudiosos podem agora começar a compreender o papel do Direito na reprodução e horizontalização dos riscos da sociedade moderna funcionalmente diferenciada.

### 3.2.1. Sociologia do Direito como autodescrição parcial da sociedade

Quando designa a si mesma como autodescrição parcial da Sociedade, a Sociologia elege um sistema em particular: um sistema parcial funcionalmente diferenciado da Sociedade enquanto sistema social amplamente abarcador. De imediato, isso significa que a Sociologia não pretende ser uma autodescrição do sistema do Direito.

Trata-se, antes, de distinguir uma observação desde dentro de outra que segue desde fora; uma consideração do Direito em sua juridicidade e outra do Direito enquanto parte da Sociedade. Um jurista, mesmo que não possa afastar-se eficazmente da Sociedade no momento da observação, quando se volta para a norma jurídica, busca observar o Direito circunscrito aos limites do próprio sistema do Direito, ao passo que o sociólogo busca observar o Direito desde “fora”<sup>82</sup>, desde seu entorno social, quer dizer, desde o Sistema Social amplamente abrangente: a Sociedade. E por isso Luhmann fala no Direito *da* Sociedade e não no Direito e a Sociedade. Interessa-lhe o papel funcional do Direito e não ele em seu puro momento normativo ou as construções dogmáticas que também constituem-se, para Luhmann, em auto-observações do sistema jurídico. O sentido da espécie de observação traçada por Luhmann, diria ele, é o de uma reflexão teórico-social do Direito<sup>83</sup>.

Não obstante, tal empreendimento de estudos ainda é um esforço científico que deve dar conta, antes de qualquer coisa, de diferenciar e designar aquilo que é observado<sup>84</sup>, ou o que pertence ou não pertence à

---

<sup>82</sup> “Der Soziologe beobachtet das Recht von außen, der Jurist beobachtet es von innen. Der Soziologe folgt nur den Bindungen seines eigenen Systems, das ihm zum Beispiel »empirische Forschungen« abverlangen kann. Der Jurist gehorcht ebenfalls nur den Bindungen seines eigenen Systems, aber dieses System ist das Rechtssystem selbst” (LUHMANN, 1995, p. 17). (Tradução nossa): “O sociólogo observa o Direito desde fora, o jurista observa-o a partir de dentro. O sociólogo segue o seu próprio sistema, que pode, por exemplo, lhe exigir ‘pesquisa empírica’. O jurista também obedece ao seu próprio sistema, mas esse sistema é o próprio sistema do Direito”.

<sup>83</sup> “Der Sinn dieser Art systemtheoretischer Beschreibung liegt vor allem in der Herstellung eines Zusammenhangs von Rechtstheorie und Gesellschaftstheorie, also in einer gesellschaftstheoretischen Reflexion des Rechts” (LUHMANN, 1995, p. 24). (Tradução nossa): “O sentido desse tipo de descrição da teoria dos sistemas reside, antes de tudo, no estabelecimento de uma ligação entre teoria do direito e teoria social, então em uma reflexão teórico-social do Direito”.

<sup>84</sup> “Auch hier wird von Rechtstheorie gesprochen. Eine strikt wissenschaftliche Analyse gibt dem Theoriebegriff aber eine ganz andere, eine den Gegenstand konstituierende Funktion. Jede wissenschaftliche Bemühung hat sich vorab ihres Gegenstandes zu vergewissern. Sie muß ihn bezeichnen und das heißt: unterscheiden können. Dies gilt unabhängig davon, wie man in Fragen der Erkenntnistheorie optiert, ob man also eher realistischen, eher idealistischen oder eher konstruktivistischen Theorien folgt” (LUHMANN, 1995, p. 14). (Tradução nossa): “Também aqui é falado da teoria do Direito. Uma análise estritamente

observação, o que carrega o ônus de uma seleção teórica rigorosa. Já que, desde esse tipo de perspectiva, abdica-se de polemizar acerca do *ser* do direito, sua essência, ontologia ou natureza, o problema que se ocupa de tal esforço é aquele dos *limites* do Direito. A dificuldade seria de optar-se por demarcar esses limites de modo analítico ou concreto; isto é, se esses limites são fixados, como em Kelsen, desde o sujeito, ou se seguem do próprio objeto.

Fixar os limites do Direito desde sua concretude no mundo não precisa significar o retorno a uma concepção naturalista de Direito, como temia Kelsen. Para a teoria sistêmica, antes de considerar a existência do Direito enquanto constructo intelectual, haverá a sua precedência concreta na realidade social. Assim, não é difícil entender porque Luhmann opta por uma diferenciação desde o objeto<sup>85</sup>. O Direito determina os limites do próprio Direito, e não um sujeito, um observador externo privilegiado.

Contudo, na *Teoria dos Sistemas*, uma descrição universal do Direito já não é mais possível. Portanto, em vez de defini-lo por um tipo especial de normas, pela possibilidade de coação, pelo controle social ou por reclames axiológicos, a Sociologia busca defini-lo por sua função para o sistema social. Não que aquelas descrições não sejam mais aplicáveis, em certa medida, ao Direito. Porém as preocupações da Sociologia não são simplesmente para

---

científica dá o conceito de teoria, mas uma muito diferente, uma com função constitutiva do objeto. Todo esforço científico tem de assegurar antes de verificar seu objeto. Ela deve designá-lo e isso significa: poder diferenciá-lo. Isso se aplica, independentemente de como se opta em questões de teoria do conhecimento, seja por seguir teorias mais realistas, mais idealistas ou mais construtivistas”.

<sup>85</sup> “Damit stößt man auf das bekannte Problem, ob diese Grenzen analytisch oder konkret, also durch den Beobachter oder durch das Objekt bestimmt seien. Antwortet man (und manche glauben irrig, dazu durch die Wissenschaftstheorie gezwungen zu sein): »analytisch«, konzidiert man jedem Beobachter das Recht zu eigener Objektivität und findet sich wieder dort, wo man nur noch die Unmöglichkeit eines interdisziplinären Gesprächs konstatieren kann. Wir antworten deshalb: »durch das Objekt«. Das läuft darauf hinaus zu sagen: Das Recht selbst bestimmt, was die Grenzen des Rechts sind; bestimmt also, was zum Recht gehört und was nicht. Dann verlagert sich der Punkt, an dem Meinungsverschiedenheiten ansetzen können, auf die Frage: wie das geschieht” (LUHMANN, 1995, p. 15). (Tradução nossa): “Assim esbarramos no conhecido problema de saber se esses limites [do Direito] são determinados de modo analítico ou concreto e, portanto, se seguem do observador ou do objeto. Caso se responda (como alguns erroneamente acreditam estarem obrigados por se tratar de uma teoria científica): ‘analiticamente’, concede-se a cada observador o direito de objetividade própria e afirma-se novamente a impossibilidade de uma conversa interdisciplinar. Nós respondemos portanto: ‘segue do objeto’. Isso se resume a dizer: o próprio Direito determina quais são os limites do Direito; determina, portanto, o que pertence ao Direito e o que não pertence. O ponto de desacordo desloca-se então até a pergunta: como isso acontece?”.

com o Direito, mas para com o sistema do Direito, isto é: para com o papel funcional que o sistema Direito desempenha para a autopele da Sociedade.

Na sua antiga obra *Sociologia do Direito*, em que Luhmann identificava o Direito enquanto estrutura da sociedade que tinha a função de generalizar expectativas comportamentais congruentemente<sup>86</sup>. Ali ele já havia demonstrado, por exemplo, o papel meramente acessório da coerção para o alívio das expectativas às quais o Direito se prestava<sup>87</sup>. Tratava-se, desse ponto de vista, de uma descrição tradicionalmente associada à identidade do Direito.

Por outro lado, existem descrições do Direito que reduzem seu papel a uma estrutura simplificadora, ignorando a sua característica de condicionar o incremento de complexidade social. Trata-se, por exemplo, daquela descrição que diz que o Direito limita possibilidades de comportamento<sup>88</sup>. Ignora-se, nessa instância, todas as possibilidades relativas aos direitos reais de propriedade – inclusive a possibilidade de um sistema econômico de tipo capitalista – que somente passaram a existir com a autonomia funcional do sistema do Direito ante estruturas estamentais antiquadas. O Direito pode até cercear possibilidades de comportamento (e reduzir a complexidade social), mas, fazendo isso, ele condiciona novas possibilidades de comportamento (e aumenta a complexidade relativa ao Direito) e torna o improvável provável.

---

<sup>86</sup> “As expectativas comportamentais generalizadas congruentemente, nesse sentido acima descrito, identificaremos como o direito de um sistema social. O direito produz congruência seletiva e constitui, assim, uma estrutura dos sistemas sociais” (LUHMANN, 1983, p. 115).

<sup>87</sup> “[...] o Direito é concebido funcional e seletivamente – ou seja, não através da constância de uma dada qualidade original do ‘dever ser’, nem através de um determinado mecanismo fático, por exemplo, a ‘sanção estatal’. Esses elementos convencionais da definição do Direito não são, com isso, excluídos ou tomados irrelevantes, mas são referidos como características que determinem a natureza do Direito. 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. A coação relevante para o direito em termos constitutivos reside na obrigatoriedade de selecionar expectativas, a qual, por seu lado, em poucos mas importantes casos pode motivar a imposição de determinados comportamentos” (LUHMANN, 1983, p. 115).

<sup>88</sup> “Man stellt sich Recht oft als Einschränkung der Verhaltensmöglichkeiten vor. Ebenso gut kann das Recht aber auch die Funktion der Befähigung zu einem Verhalten übernehmen, das ohne Recht überhaupt nicht möglich wäre” (LUHMANN, 1995, p. 136). (Tradução nossa): “Imagina-se frequentemente que o Direito limita as possibilidades de comportamento. Da mesma forma, o Direito pode assumir a função de permitir um comportamento que seria absolutamente impossível”.

Se a identidade do objeto agora somente pode ser definida pela função, então é por meio dessa que se define o problema dos limites do Direito para a *Teoria dos Sistemas*. Para compreender a função do Direito, é preciso olhar de frente para o problema social enfrentado pelo sistema do Direito<sup>89</sup>, o qual diz respeito especialmente a um problema temporal das comunicações mediante às quais a Sociedade realiza a sua autopoiese.

A autopoiese do sistema social ocorre, como visto anteriormente, porque a comunicação não basta a si mesma. Por essa razão não se alcança consenso, por exemplo. Por um lado, ao se comunicar, sempre se referencia uma comunicação ou uma série de comunicações precedentes nas quais se pode realizar correções, aceitações ou avanços. Por outro lado, se referencia uma série de possibilidades de comunicações futuras, as quais pretende-se restringir a um universo restrito de possibilidades, reduzir a complexidade<sup>90</sup>.

Existe, portanto, um comprometimento inescapável, uma seleção forçosa, para com a comunicação e, por consequência, com o sentido generalizado simbolicamente por ela. O repetido recurso ao simbólico, toda vez em que se deseja remeter a um sentido exitoso na história social, vincula a comunicação às expectativas por ela generalizadas e estreita os laços entre o sentido e o simbólico. As consequências desse proceder, enquanto estratégia evolutiva, excedem aquelas descritas como controle social (como

---

<sup>89</sup> “Die Frage nach der Funktion des Rechts wird hier mit Bezug auf das System der Gesellschaft gestellt. Es geht, anders gesagt, darum, welches Problem des Gesellschaftssystems durch die Ausdifferenzierung spezifisch rechtlicher Normen und schließlich durch die Ausdifferenzierung eines besonderen Rechtssystems gelöst wird” (LUHMANN, 1995, p. 124). (Tradução nossa): “A pergunta sobre a função do Direito se coloca aqui em relação ao sistema da sociedade. E, dito de outro modo, portanto, o problema do sistema da sociedade que se resolve mediante a diferenciação de normas especificamente jurídicas e, finalmente, a diferenciação num determinado sistema do Direito”.

<sup>90</sup> “Offensichtlich nehmen gesellschaftliche Operationen Zeit in Anspruch. Auch wenn die einzelne Kommunikation nur einen kurzen Moment dauert, ja eigentlich gar nicht dauert, sondern im Moment ihrer Aktualisierung schon wieder verschwindet, ist sie doch darauf angewiesen, sich durch rekursive Vernetzung in der Zeit zu bestimmen, das heißt: sich auf bereits gelaufene Kommunikation und auf künftige Anschlußmöglichkeiten zu beziehen. Jede Kommunikation bindet daher Zeit insofern, als sie bestimmt, von welchem Systemzustand die weitere Kommunikation auszugehen hat” (LUHMANN, 1995, p.). (Tradução nossa): “É evidente que todas as operações sociais levam tempo para serem concluídas. Mesmo quando a comunicação individual toma apenas um momento – e na verdade não toma, mas desaparece novamente no momento de atualização –, ela ainda depende de uma rede recursiva temporalmente determinada, isto é: referem-se a comunicações já realizadas e possíveis conexões futuras. Toda comunicação, portanto, vincula tempo na medida em que determina o estado do sistema, assumindo comunicações eventuais”.

descrito em Kelsen), dominação (como descrita em Weber) ou coordenação de comportamentos (como descrita em Maturana). Aplicadas a si próprias, as comunicações generalizam condições normativas que reduzem a contingência da limitação da contingência e restringem a arbitrariedade relativa ao sentido do simbólico<sup>91</sup>.

Essas normas inauguram uma diferença, manifestada em lógica disjuntiva que valora a adequação de maneira positiva, o desvio de maneira negativa, e volta o desdobramento temporal em comunicações futuras para o lado negativo da forma. Para o caso específico do Direito, essa lógica disjuntiva corresponde ao código direito/não-direito<sup>92</sup> que marca as seleções estruturais de sentido no sistema do Direito. Segundo esses preceitos, é o não-direito que condiciona as comunicações futuras relativas ao Direito. Mas todas essas seleções comunicativas normativas, apesar de aparecerem muitas vezes depois da incerteza que se prestam a prevenir, se orientam ao futuro. Mesmo um futuro improvável que nunca se concretize.

Normas generalizam uma espécie importante de expectativas: as expectativas normativas que serão aprofundadas somente no próximo capítulo. Enquanto expectativas, contudo, elas vinculam seleções, comportamentos e ações. Quem age, o faz sempre em referência a possibilidades de desfecho em caso de conflitos. Agir contra suas expectativas

---

<sup>91</sup> “Normen beschränken die Kontingenz der Einschränkung von Kontingenz, nämlich die Festigung der bewährten Einschränkung arbiträren Zeichengebrauchs. Die einzige Alternative zu dieser fundierenden Normativität ist, wie vor allem Dürkheim betont hat, Anomie. Die Schematisierung nach richtig/falsch, akzeptabel/unakzeptabel, normal/abweichend oder schließlich Recht/Unrecht liegt bereits mit beiden Seiten der Unterscheidung innerhalb der sozialen Ordnung” (LUHMANN, 1995, p. 128). (Tradução nossa): “Normas limitam a contingência da restrição de contingência, isto é: consolidam comprovadamente a restrição do uso arbitrário de signos. A única alternativa a essa normatividade fundadora é, como enfatizou Durkheim, a anomia. A esquematização do correto/falso, aceitável/inaceitável, normal/anormal ou, finalmente, direito/não-direito utiliza ambos os lados da distinção no interior da ordem social”.

<sup>92</sup> É possível que a tradução direito/não-direito falhe em captar tudo que é denotado na distinção *Recht/Unrecht*. O Direito manifesta-se em decisões específicas em situações de litigância em que há uma incerteza comunicativa de qual a expectativa adequada à dada orientação simbolicamente mediada. A decisão de tipo jurídico não é um fato menor; ela distingue e estabelece, segundo os próprios critérios, por assim dizer, o que está certo (“*das ist Recht!*”) ou errado (“*das ist Unrecht!*”), mas ambos os lados dessa distinção dizem respeito ao Direito. Em resumo: aquilo que recorrentemente aparece como “não-direito” ou “antijurídico” ainda faz parte do sistema do Direito (“*Rechtssystem*”). E as expectativas produzidas não dizem respeito ao que se pode esperar; a única coisa que se pode esperar é que o Direito decida.

não é impossível, mas proceder dessa maneira resulta em um prejuízo já antecipado e não há Direito que previna essa sorte de impulsos.

O importante aqui é que a referência do Direito no desdobramento temporal da comunicação social diz respeito à função da norma: produzir expectativas de tipo normativo relativas a um futuro que, todavia, não pode ser previsto.

É claro que nem toda norma é norma jurídica<sup>93</sup>. Mas normas jurídicas não são nenhuma categoria especial de normas que podem ser verificadas desde qualidades ou consequências que lhe são típicas. As normas são jurídicas somente por sua referência ao sistema do Direito<sup>94</sup>. E a necessidade de qualificar certas normas como de Direito diz respeito à função que o sistema do Direito desempenha na realidade social:

Ao considerar um incontestável incremento de expectativas normativas (como o costume, a impertinência meramente moral, o hábito; cuja violação é notória), o Direito assume a função de estabilizar expectativas normativas, de modo que isso somente pode ser feito quando existe uma seleção de expectativas dignas de proteção. (LUHMANN, 1995, p. 137)<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> “Selbstverständlich gibt es zahllose normative Erwartungen ohne Rechtsqualität - so wie es ja auch zahllose Wahrheiten ohne wissenschaftliche Qualität oder zahllose Güter (zum Beispiel saubere Luft) ohne wirtschaftliche Qualität und viel Macht ohne politische Qualität gibt. Die Funktionssystembildung zieht aus dem gesellschaftlichen Alltagsleben nur die irgendwie problematischen Erwartungen heraus; sie reagiert nur auf eine sich im Laufe der Evolution steigende Unwahrscheinlichkeit des Erfolgs von Kommunikationen” (LUHMANN, 1995, p. 136-137). (Tradução nossa): “Claro que existem inúmeras expectativas normativas sem qualidade jurídica – como de fato existem verdades sem qualidade científica, ou bens (por exemplo, o ar puro) sem qualidade econômica ou poder sem qualidade política. A formação de um sistema de função extrai da vida social cotidiana somente as expectativas de alguma forma problemáticas; apenas reage, no curso da evolução, melhorando a improbabilidade de sucesso comunicativo”.

<sup>94</sup> “Auch in einer weiteren Hinsicht weichen wir von der traditionellen rechtstheoretischen Behandlungsweise ab. Wir bestimmen das Recht nicht durch eine besondere Art von Normen, also nicht nach Maßgabe eines Essenzkosmos, der sich in Gattungen und Arten gliedert. Normen sehen wir vielmehr als Form einer allgemeinen Stabilisierungsfunktion an, die eine spezifische Rechtsqualität nur dadurch gewinnt, daß sie als Rechtssystem ausdifferenziert wird” (LUHMANN, 1995, p. 136). (Tradução nossa): “Também em outro aspecto divergimos do tratamento da teoria do Direito tradicional. Não determinamos o Direito a partir de um tipo especial de normas, isto é, de acordo com um cosmo de essências dividido em gêneros e espécies. Ao invés disso, consideramos a norma como uma das formas da função geral de estabilização que adquire qualidade jurídica quando diferenciada dentro do sistema do Direito”.

<sup>95</sup> (Tradução nossa). No original: “Wenn angesichts eines unbestrittenen Wildwuchses normativer Erwartungen (als Sitte, als bloß moralische Zumutung, als Gewohnheit, deren Verletzung bemerkt werden würde) dem Recht die Funktion obliegt, normatives Erwarren zu stabilisieren, so kann das nur über eine Selektion von schützenswerten Erwartungen erfolgen”.

Esclarece-se então que o Direito tem a função de estabilizar expectativas normativas, especialmente aquelas relevantes para a autopoiese do sistema social. Lembrando sempre que essa diferença funcional, assim como o alto grau de autonomia do Direito frente aos outros sistemas parciais funcionalmente diferenciados, não significam a irrelevância desses para com o Direito, especialmente a política<sup>96</sup>, mas que aqueles têm relevância somente seletiva para que o Direito realize sua própria função<sup>97</sup>.

Há que se avaliar, no entanto, se existe uma certa discontinuidade entre essa função e aquela descrita na sua Sociologia do Direito. Contudo, do fato do Direito estabilizar expectativas normativas que não estariam garantidas por outros mecanismos sociais generalizadores de normas, não segue que ele não ocupe o papel de institucionalizar expectativas de comportamentos ou generalização congruente de expectativas normativas.

Com o foco da análise funcional do sistema do Direito se deslocando para o problema da autopoiese do sistema social, não se abandonam aquelas explicações voltadas para a autonomização funcional do Direito. Luhmann sequer abandona as descrições tradicionais da teoria do Direito; aliás, diz que a sua teoria deve ser capaz do mesmo Direito descrito por elas, ao passo que, por outro lado, não se reconhece valor sociológico naqueles esforços mais tradicionais.

É verdade, contudo, que, ao se definir a função do Direito simplesmente como estabilização de expectativas normativas, omitimos o duplo problema da contigência e da complexidade, tão bem fundamentado na Sociologia do Direito de Luhmann, ao qual a formação e estabilização de expectativas normativas se presta ao enfrentamento.

---

<sup>96</sup> "Eine gewisse Funktionssynthese von Politik und Recht ist mithin unerlässlich - aber gerade auf der Grundlage unterschiedlicher Funktionen" (LUHMANN, 1995, p. 153). (Tradução nossa): "Uma certa síntese da função da política e do Direito é, portanto, inevitável. Mas somente sobre a base de funções distintas".

<sup>97</sup> Isso Luhmann já esclarecia desde sua Sociologia do Direito: "[...] a diferenciação do direito não quer dizer que ele não tem nada a ver com outras estruturas, regulamentações e formas de comunicação social e estaria solto no ar; mas tão-só que agora o direito está mais consequentemente adequado à sua função específica de estabelecer a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, aceitando dos outros âmbitos funcionais apenas aquelas vinculações e aqueles estímulos que sejam essenciais para essa função especial" (LUHMANN, 1985, p. 19).

Não há como compreender a função das normas e das expectativas normativas sem entender o seu papel no enfrentamento da complexidade e da dupla contingência, por exemplo. Então, no próximo item, será resgatado esse duplo problema para que se possa fundamentar, no próximo capítulo, o conceito de expectativa normativa.

### 3.2.2. Sobre normas jurídicas e o enfrentamento da contingência e da complexidade

É preciso contextualizar agora as considerações anteriores sobre normas e sua função de fixar expectativas dentro do duplo problema da complexidade e da contingência. Com essa explicação, Luhmann antecipa não somente a necessidade de sistemas sociais responsáveis por generalizar expectativas normativas e, em especial aqui, o Direito, mas também desvela os laços que vinculam, e todavia não confundem, consciência e comunicação.

Parte-se dessa explicação da derrelição da consciência em um mundo constituído sensorialmente. Já que a capacidade de assimilação de informação do sistema de consciência é limitada aos mecanismos que concorrem para a produção de novas experiências, cada experimentação sensorial remete a uma infinidade de outras possíveis experiências. Essas experiências possíveis, localizadas de maneira paradoxal no futuro<sup>98</sup>, são sempre e ao mesmo tempo complexas e contingentes.

São *complexas* porque existem sempre mais possibilidades do que é possível realizar e são contingentes porque elas sempre podem se dar

---

<sup>98</sup> O paradoxo aqui se deve ao fato de algo estar (presentemente) no futuro. É o próprio tempo que é pressuposto aqui de maneira paradoxal, como diria Luhmann: como a simultaneidade do não-simultâneo. O presente aparece como unidade paradoxal da experiência que é desparadoxizada na distinção entre passado e futuro. “Todas las semánticas temporales plantean la paradoja del tiempo y únicamente se distinguen por la forma que toma el despliegue de esta paradoja – sea en la simetría irreversible de antes y después; en una metafórica espacial como línea, círculo y movimiento; en específicas diferenciaciones temporales como duración, transitoriedad, resultividad, virtualidad o finalmente: en pasado y futuro” (LUHMANN, 1996, p. 159). (Tradução nossa): “Todas as semânticas temporais colocam o paradoxo do tempo e unicamente distinguem na forma que toma o desenvolvimento desse paradoxo – seja na simetria irreversível de antes e depois; em uma metáfora espacial como linha, círculo e movimento; em diferenciações temporais específicas como duração, transitoriedade, encerramento, virtualidade ou finalmente: em passado e futuro”.

diferentemente<sup>99</sup> de como efetivamente se dão. Essas constatações, por mais triviais que pareçam, estão na raiz de toda filosofia especulativa. É por causa da angústia do futuro, traduzida no duplo problema da complexidade e da contingência, que a consciência desenvolve rotinas especulativas por meio das quais ela recorre ao que se apresenta para antecipar o que está por vir. Em outras palavras, ela forma expectativas. O propósito, sempre, é reduzir complexidade. Transformar complexidade complexa em complexidade “simples”<sup>100</sup>, como se isso fosse possível.

Como a consciência sempre carece de informação<sup>101</sup> para antecipar a “futura atualidade” das coisas, ela sempre enfrentará algum grau de complexidade e de contingência quando optar por agir ou decidir como o faz. Como as alternativas, a princípio, tem igual chance de manifestação, mas são mutuamente excludentes, a consciência se vê forçada a selecionar e lidar com os riscos da seleção. Isso significa que esse duplo problema tem implicações práticas: “complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.” (LUHMANN, 1983, p. 46). É em virtude dessa situação existencial que se formam estruturas de qualificação da experiência em que operam funções de memória e antecipação. Estruturas, a princípio triviais, dentre as quais a ciência moderna é somente uma das expressões mais recentes.

O duplo problema da complexidade e contingência, contudo, intensifica-se radicalmente quando as expectativas quais se devem formar tornam-se dependentes do agir de outros homens, de outras unidades conscientes. Isso porque se presume que esses agem motivados também por seleções

---

<sup>99</sup> “Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas [...]” (LUHMANN, 1983, p. 45).

<sup>100</sup> “A complexidade simples (em caso de se poder usar esta expressão paradoxal) permitiria conectar todos os elementos; a complexidade complexa necessitaria de seleção e, conseqüentemente, de um aumento progressivo das suas próprias exigências. Este tipo de complexidade [simples] é, portanto, seletivo, contingente, e conta com maior capacidade de variação” (LUHMANN, 2002, p. 185).

<sup>101</sup> “La complejidad del sistema, desde esta perspectiva, es una medida de la falta de información. Es una medida de la redundancia negativa y de la incertidumbre de las conclusiones que se pueden extraer de las observaciones actuales” (LUHMANN, 1998, p. 27). (Tradução nossa): “A complexidade do sistema, desde essa perspectiva, é uma medida de falta de informação. É uma medida da redundância negativa e da incerteza das conclusões que se podem extrair das observações atuais”.

estruturais próprias, seleções prévias e especulativas daquelas próprias consciências. E isso implica na pressuposição daquela mesma angústia e aquele mesmo receio, resultantes daquela mesma situação existencial, presentes no *alter ego*, no outro *eu* percebido. Como havia percebido Hobbes, uma ordem social, como se prefira percebê-la, jamais poderia se constituir sobre esses termos.

Para que emergjam formas sociais mais complexas, e para a continuidade da comunicação, aqueles mecanismos psíquicos formadores de expectativas têm de desenvolver não somente expectativas sobre o comportamento dos outros indivíduos, mas expectativas sobre expectativas que esses indivíduos possam ter sobre esse também. Em outras palavras, o agir fica condicionado a expectativas de expectativas de comportamento. Essa situação de contingência sobre contingência, Luhmann chama de dupla contingência.

Sob as condições da dupla contingência, portanto, todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro. Na área de integração entre esses dois planos é que deve ser localizada a função do normativo - e assim também do Direito (LUHMANN, 1983, p. 48).

As expectativas de expectativas inauguram uma realidade fenomênica (mais) complexa que exige um certo nível de comprometimento – e até mesmo de coragem – para com a experiência prévia que orienta a interpretação de variadas situações-problema. E o incremento de contingências não para por aí. Sobre as contingências das expectativas de expectativas, erguem-se níveis especulativos diversos (expectativas de expectativas de expectativas...) que exigem grande cautela e capacidade de processamento de informação para a interpretação das novas situações-problema cada vez mais complexas.

Em organizações sociais simples, como pequenas comunidades, famílias, um grupo de trabalho, pode-se desenvolver um *modus operandi* tacitamente ou espontaneamente e orientar-se, até o limite, por convenções acordos minimamente regulatórios. Contudo, para o sucesso de organizações

sociais mais complexas, é necessário o estabelecimento de simplificações que desonerem radicalmente os sistemas psíquicos de processar grandes quantidades de informação prévia para esperar ou performar comportamentos e funções cada vez mais específicos e problemáticos<sup>102</sup>.

Para o sistema da consciência, essas simplificações podem significar, por exemplo, adotar estratégias que produzam, a partir do seu próprio comportamento, reações prováveis no comportamento dos outros. A consciência dessa forma presume estar realizando um papel de selecionar – sabe-se, no entanto, não ser esse o caso – transformações estruturais para a outra consciência. Apesar de possíveis fracassos, nada impede que essa seja uma estratégia frutífera com resultados positivos, no sentido de imunizar-se contra toda uma gama de frustrações possíveis<sup>103</sup>.

Para os sistemas sociais, contudo, essas estratégias de simplificação consistem na estruturação de expectativas objetivas, apresentadas na forma de normas ou valores<sup>104</sup>. Estatuídas essas simplificações objetivas no universo comunicativo, também a complexidade e contingência das expectativas são marginalizadas e, assim, fixam-se limites rígidos para a necessidade de especulação e, portanto, a reflexividade e o entrelaçamento de expectativas sobre expectativas.

Quem age segundo regras não precisa criar expectativas; não precisa esperar nem antecipar-se para o possível erro da expectativa. A regra produz

---

<sup>102</sup> “A adaptação social da reflexividade das expectativas ainda pode ser possível em sistemas sociais pequenos e constantes, em famílias e grupos de amigos, nas faculdades tradicionais ou em pequenas unidades militares (e isso pelo menos no contexto de situações-problema). Mas no caso de crescente complexidade dos sistemas sociais, ou no acúmulo de situações-problema em sistemas sociais simples, é necessária a criação de reduções, simplificações, abrandamentos, que poderão ter a forma física ou social” (LUHMANN, 1983, p. 50).

<sup>103</sup> “Os sistemas psíquicos parecem apoiar suas simplificações principalmente na circunstância de que a expectativa sobre expectativas alheias pode (e em grande parte até precisa) ser conduzida como questão interna ao próprio sujeito, ou seja, como reação às suas próprias condições. A consistência do sistema próprio e seus problemas tornam-se então princípios seletivos mais ou menos restritivos, e espera-se do outro que suas expectativas esperadas fortaleçam, e não perturbem a identidade do sistema próprio. Tais expectativas sobre expectativas podem, com o auxílio de esquematizações interpretativas altamente flexíveis, ser praticamente imunizadas contra a refutação através da expectativa fática e do comportamento do outro” (LUHMANN, 1983, p. 51).

<sup>104</sup> “Os sistemas sociais utilizam um outro estilo de redução. Eles 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, 1983, p. 52).

ela própria uma espécie de expectativa que não se frustra, mesmo que não tenha capacidade preditiva. Ela reduz o risco de erro e, como visto no item anterior, alivia a consciência<sup>105</sup>.

Uma Sociedade cada vez mais complexa e contingente precisa de uma estrutura normativa com alto grau de rigidez; não para realizar um controle social mais rigoroso, mas para estabilizar expectativas comportamentais. Isto é: a vigência de normas deve sua razão ao duplo problema sensorial da complexidade e da contingência.

A flexibilidade da estrutura normativa simples de pequenos sistemas sociais reside essencialmente nessa possibilidade de estabelecer concordâncias casuísticas e divergências em comum. A vigência de normas fundamenta-se na impossibilidade fática de realizar isso em todos os momentos e para todas as expectativas de todas as pessoas. Dessa forma, a vigência de normas reside em última análise na complexidade e na contingência do campo da experimentação, onde as reduções exercem sua função (LUHMANN, 1983, p. 53),

Trata-se de acomodar as expectativas e os riscos das possíveis frustrações em uma estrutura normativa de seleções comunicativas que reduzam a complexidade e o grau de contingência que carrega os riscos das expectativas ainda desvinculadas de seleções comunicativas prévias. Trata-se do alívio de uma miséria existencial da consciência e da sua substituição por uma história de seleções pelas quais a consciência não é inteiramente responsável.

É possível, todavia, perguntar pela segurança da opção de se fiar em um tal tipo de estrutura. Mas é importante, nesse caso, que se perceba que: a) não se trata de uma opção por segurança<sup>106</sup>, mas por gerenciamento dos riscos socialmente possíveis; e b) não se trata de uma *opção* de forma alguma, a redução de complexidade é uma necessidade e opera, no que diz respeito

---

<sup>105</sup> “A orientação a partir da regra dispensa a orientação a partir das expectativas. Ela absorve, além disso, o risco de erros da expectativa, ou pelo menos o reduz, isso porque, graças à regra, pode ser suposto que aquele que diverge age erradamente, que a discrepância se origina, portanto, não da expectativa (própria) errada, mas da ação (alheia) errada” (LUHMANN, 1983, p. 53).

<sup>106</sup> “Hay que conceder en último término y especialmente con la mirada puesta en el terreno de la sociología, que el concepto de seguridad es una ficción social” (LUHMANN, 1996, p. 142). (Tradução nossa): “Há que se conceder, em termo final, e especialmente com referência ao terreno da sociologia, que o conceito de segurança é uma ficção social”.

ao sistema de consciência, como que “espontaneamente”. Seria mais adequado que se lhe objetasse, contra a tese da redução de complexidade, pelo fato de o sistema do Direito, ao menos hoje em dia, também ser um sistema de alta complexidade que necessita também de redução. Em todo caso, ainda assim se trataria de uma “complexidade estruturada”<sup>107</sup>, no interior da diferença sistema/entorno e, portanto, passível de novas seleções.

---

<sup>107</sup> “[...] complejidad estructurada parece evolucionar como un intento de dirigir, o al menos limitar, la selectividad de las operaciones, no siendo la estructura otra cosa que la selección de selecciones” (LUHMANN, 1998, p. 29). (Tradução nossa): “[...] complexidade estruturada parece evoluir como um intento de dirigir, ou de ao menos limitar, a seletividade das operações, não sendo a estrutura outra coisa que a seleção de seleções”.

#### **4. OS CONCEITOS DE DIREITO TRAZIDOS PELOS MODELOS TEÓRICOS EM ANÁLISE**

Neste último capítulo, aqueles modos descritivos apresentados nos capítulos precedentes virão à fruição. Nos primeiros dois subcapítulos, parte-se deles com a exposição dos conceitos-chave e deles também vem a fundamentação dos conceitos de Direito que se pretende esclarecer.

No primeiro subcapítulo, será retomado novamente o modo descritivo da Teoria do Direito de Hans Kelsen. Dele, parte-se do conceito de normas jurídicas para se alcançar o conceito de Direito que as fundamenta. Da mesma maneira, no segundo subcapítulo, o modo descritivo da Sociologia do Direito de Niklas Luhmann servirá de fundamento para as expectativas normativas, bem como para o conceito de Direito implicado em sua descrição.

Contudo, por mais que eles sirvam especialmente para embasar essas descrições, esses modos descritivos não serão menos importantes para a comparação que será realizada no terceiro e último subcapítulo deste presente capítulo. Do pressuposto de que serão comparados ambos os conceitos de Direito encontrados nos dois subcapítulos precedentes, segue a conclusão menos evidente de que serão comparados os próprios modos descritivos. Serão comparadas as vantagens e desvantagens dos tipos de observação empregados pelos modos descritivos. Isso porque conceitos, diferentemente de categorias, não são outra coisa senão descrições. Descrições que se referem a observações particulares. Isso provoca a indagar acerca do que se ganha e o que se perde com a espécie de observação que se pretende fazer; seja a observação reflexiva do normativismo kelseniano ou a perspectiva sociológica da teoria sistêmica luhmanniana.

Em especial, o que aparece aqui com oposição entre os dois conceitos de Direito é a oposição de dois modos de observação do Direito. Uma observação segue desde a perspectiva do sistema do Direito, isto é: a observação da auto-observação do Direito. E a outra observação segue desde seu entorno social, desde a Sociedade, isto é: a observação da hetero-observação do Direito. Nessa mudança de perspectiva é que se encontram as possibilidades, os riscos, os problemas e as promessas escondidas nos corpos teóricos por meio dos quais se opta por observar o Direito. Reservam-se,

contudo, as conclusões mais significativas para serem sintetizadas na conclusão da dissertação que seguirá logo após este capítulo.

#### **4.1. O conceito de Direito das normas jurídicas**

Para este primeiro subcapítulo da exposição, opta-se por uma divisão em três partes. A primeira parte detém-se à distinção que Kelsen faz entre normas jurídicas e enunciados jurídicos (proposições jurídicas). Essa é uma distinção fundamental porque opõe o Direito, manifesto materialmente na norma jurídica (de orientação mandamental), à sua descrição, manifesta no enunciado jurídico (de orientação descritiva). Diferencia-se aqui, portanto, a atividade da autoridade jurídica e a do cientista do Direito; o Direito da ciência do Direito. Como conceituar o Direito é, efetivamente, descrevê-lo, esse é um bom primeiro passo para a indução da qual esse trabalho se ocupa.

A seguir, o foco recai didaticamente na oposição que Kelsen faz entre leis jurídicas e leis naturais, enquanto modos descritivos distintos. Como já há a oposição entre o Direito e sua descrição já estará evidente, cumprirá ali diferenciar a espécie de descrição que fornece o conceito de normas jurídicas daquela espécie de descrição que somente alcança efetivamente vontades, políticas, poder, instituições e (possibilidade de) violência estatal; trata-se da diferença que segue entre uma descrição normativa e outra factual. Também é preciso demonstrar, no momento adequado, como essa oposição entre métodos e descrições possíveis somente é realizável em recurso aos pressupostos teóricos expostos no primeiro capítulo.

Na última parte do presente subcapítulo, será apresentada uma descrição do conceito de Direito que fundamenta o conceito de norma jurídica, tal como essa foi apresentada ao longo do trabalho. O próprio conceito de Direito será fundamentado segundo os mesmos pressupostos que informam aquele conceito menor e prestam solidez para as considerações que seguirão neste subcapítulo. Somente então será possível valer-se dele para, no final deste capítulo, realizar a comparação almejada por este trabalho.

##### **4.1.1. Normas jurídicas e enunciados jurídicos**

Neste item, serão discutidas, como categorias logicamente opostas, (a') normas jurídicas e (b') enunciados jurídicos. Tratam-se de termos que, em diversos outros tratados, aparecem como expressões sinonímias. Nos escritos de Kelsen, todavia, norma jurídica e enunciado jurídico (*Rechtssatz*; também traduzido como proposição jurídica) representam respectivamente o (a'') sentido objetivo do ato de vontade de uma dada autoridade jurídica<sup>108</sup> e (b'') o sentido do ato de conhecimento de uma dada norma jurídica. As proposições jurídicas são juízos hipotéticos sobre normas jurídicas. Ou seja,

[...] são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas (KELSEN, 2006, p. 80).

Por outro lado, as normas jurídicas são mandamentos, *imperativos* objetivos que preceituam *hipoteticamente*. E, nesse sentido, Kelsen adverte para que não se confunda sua noção de norma jurídica com a noção kantiana de imperativos hipotéticos<sup>109</sup>, que são juízos hipotéticos que produzem uma necessidade de agir ou decidir dessa ou daquela maneira. A noção kantiana de imperativos hipotéticos, enquanto aqueles “imperativos de habilidade” e não “imperativos morais” ou “éticos”, é radicalmente rejeitada por Kelsen porque viola a sua cisão categorial entre *ser* e *dever ser*, entre causalidade e imputação. A diferença entre normas jurídicas e enunciados jurídicos é a diferença entre *imperativos* (normas válidas ou inválidas; mandamentos que cobram cumprimento) e *hipóteses* (enunciados descritivos corretos ou incorretos), a qual é solapada pela tradicional noção de imperativos hipotéticos. Rejeitar essa distinção levaria o observador a confundir

---

<sup>108</sup> “O dever-se – a norma – é o sentido de um querer, de um ato de vontade, e – se a norma constitui uma prescrição, um mandamento – é o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem, de um ato cujo sentido é que um outro (ou outros) deve (ou devem) conduzir-se de determinado modo” (KELSEN, 1986, p. 3).

<sup>109</sup> “O que Kant designa como um imperativo de habilidade, representa um imperativo cuja condição é que o destinatário quer algo determinado. Um tal imperativo não precisa, porém, ser hipotético. Kant ignora isso. E o que Kant chama de um ‘imperativo de habilidade’, não é de modo algum imperativo, quer dizer, absolutamente nenhuma norma, nenhum dever-ser, e sim um ter de” (KELSEN, 1986, p. 21).

enunciados de validade e de verdade e, por consequência, o Direito e sua ciência.

Para Kelsen, somente juízos, e não imperativos, quando científicos, assumem o caráter de hipotéticos. A única qualidade que uma norma ou um valor, enquanto imperativos, podem apresentar é a qualidade de moral, justo, jurídico (etc.). Para Kelsen, o imperativo hipotético confunde o ser e o dever ser, o factual e o normativo, e é uma contradição em termos; ou se é imperativo ou se é hipotético; ou é mandamento ou é juízo. Para ele, fica evidente que normas jurídicas: “[...] não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu objeto, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos” (KELSEN, 2006, p. 81).

Surge daí, no entanto, um problema imediato que diz respeito à forma enunciativa em que ambas enunciações, da norma e da proposição jurídica, tradicionalmente aparecem. Um mandamento não somente não precisa assumir forma gramatical<sup>110</sup> como também, caso assuma, ele não precisa assumir forma linguística imperativa, que seria sua forma mais adequada<sup>111</sup>. Além disso, uma descrição de um dado mandamento pode aparecer em forma linguística imperativa. É definitivamente a razão de certo desconcerto quanto à atividade do cientista do Direito como descrita por Kelsen<sup>112</sup>. O cientista do Direito poderá *descrever* uma norma jurídica por meio de uma enunciação em forma linguística imperativa.

Entende-se então que o problema da lógica do enunciado não é o problema da forma linguística que o enunciado assume. Também se entende

---

<sup>110</sup> Símbolos não linguísticos podem muito bem cumprir essa função comunicativa. Exemplos: o bater de um martelo; a iluminação de um semáforo; um apito.

<sup>111</sup> “A expressão gramaticalmente adequada de um mandamento é o imperativo e isso explica bem porque o problema em questão é tratado como lógica dos imperativos. Gramaticalmente, mandamentos aparecem também em frases que têm gramaticalmente o caráter de enunciados” (KELSEN, 1986, p. 190). Poderíamos dizer, por exemplo, que “o homicídio é punido com pena de reclusão de 12 a 30 anos”. Quando aparece em uma lei penal, esse enunciado não está apenas constatando um fato, mas, antes disso, prescrevendo negativamente uma conduta –, porém prescrevendo de qualquer forma.

<sup>112</sup> “A proposição que descreve a validade de uma norma penal que prescreva a pena de prisão para o furto seria falsa se afirmasse que, segundo tal norma, o furto é punido com prisão, pois casos há nos quais, apesar da vigência dessa norma, o furto não é devidamente punido, v.g., quando o ladrão se submete à punição. A proposição jurídica que descreva essa norma apenas poderá traduzir que, se alguém comete furto, deverá ser punido. Porém, o dever-ser da proposição jurídica não tem, como o dever-ser da norma jurídica, um sentido prescritivo, mas um sentido descritivo. Esta ambivalência da palavra ‘dever’ (*Sollen*, dever-ser) é esquecida quando se identificam proposições normativas (*Sollsätze*) com imperativos” (KELSEN, 2006, p. 84).

que o sentido de um dado enunciado depende, de certa maneira, daquele que se serve da expressão linguística<sup>113</sup>. Aqui importa se é o cientista do Direito ou a autoridade jurídica que se serve dela. Isso porque, em um dado momento, a expressão linguística se prestará a uma função ou à outra, *conhecer* ou *pôr* o Direito.

Na distinção entre proposição jurídica e norma jurídica ganha expressão a distinção que existe entre a função do conhecimento jurídico e a função, completamente distinta daquela, da autoridade jurídica, que é representada pelos órgãos da comunidade jurídica (KELSEN, 2006, p. 81).

De modo geral: se a expressão consiste no ato de vontade de uma autoridade jurídica no uso de suas prerrogativas, ela é uma norma jurídica; não sendo norma o ato de vontade não albergado pelos dispositivos jurídicos que lhe prestariam objetividade, os quais chamamos de competência. Já a mera descrição do Direito, o enunciado jurídico, ainda que apareça em forma linguística imperativa, não produz norma jurídica, senão epistemologicamente. Produz somente enquanto objeto de conhecimento<sup>114</sup>.

Essa diferença é explorada com maior clareza no momento em que Kelsen fala sobre interpretação autêntica e interpretação inautêntica de normas jurídicas. Diz ele que a interpretação autêntica é aquela que cria o direito (KELSEN, 2006,). É aquela realizada pelas autoridades do direito enquanto no uso de suas atribuições. São intérpretes autênticos os legisladores quando interpretam a constituição, por exemplo, para propor normas gerais e também intérpretes autênticos os juízes quando aplicam qualquer norma geral; lembrando que, para Kelsen, aplicar uma norma geral significa, antes de qualquer coisa, *criar* uma norma individual. A interpretação inautêntica, por outro lado, é aquela que se destina ao conhecimento do direito

---

<sup>113</sup> “Para o problema lógico, não importa a expressão linguística, mas o seu sentido; e este sentido nem sempre pode notar-se na expressão linguística em si. O sentido depende da opinião daquele que se serve da expressão linguística” (KELSEN, 1986, p. 189).

<sup>114</sup> “Também é verdade que, no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito, assim como todo o conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte, ‘produz’ o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido. [...] Esta ‘produção’, porém, tem um puro caráter teórico ou gnosiológico. Ela é algo completamente diferente da produção de objetos pelo trabalho humano ou da produção do Direito pela autoridade jurídica” (KELSEN, 2006, p. 82).

e uma ou todas as suas possibilidades de realização. A interpretação inautêntica é a interpretação da ciência do Direito. Intérpretes inautênticos são todos aqueles que se valem da norma jurídica enquanto esquema interpretativo. Até mesmo legisladores, autoridades administrativas e juízes podem ser intérpretes inautênticos, enquanto realizam a interpretação de uma norma qualquer fora do uso de suas atribuições. Pois bem, a interpretação autêntica é a propositura de uma norma jurídica enquanto a interpretação inautêntica é a proposição de um enunciado jurídico.

A diferença mais marcante entre enunciados jurídicos e normas jurídicas, contudo, sob a perspectiva da ciência do Direito, é relativa à sua qualificação. No caso dos enunciados jurídicos, enquanto verdade e inverdade, e das normas jurídicas, enquanto validade e invalidade.

A distinção revela-se no fato de as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verdadeiras ou inverdadeiras, ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos – não são verdadeiras ou inverdadeiras mas válidas ou inválidas, tal como também os fatos da ordem do ser não são quer verdadeiros, quer inverdadeiros, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podendo ser verdadeiras ou inverdadeiras (KELSEN, 2006, p. 82).

Pode parecer que essa diferença de qualificação, de atribuição dos significados, não é diferente daquelas chamadas valoração (ou, até mesmo, da codificação para Luhmann), se bem que a categoria “valor” é carregada de conotações improdutivas para essa exposição. Mas a diferença validez/invalidade do Direito não tem nada que ver com a diferença jurídico/antijurídico (*Recht/Unrecht*) com a qual, segundo até mesmo Kelsen, o Direito qualifica suas observações. Portanto, duas ressalvas são necessárias: a primeira diz respeito ao problema da aplicação do código verdadeiro/falso para as descrições da ciência jurídica, já a segunda diz respeito à disjunção válido/inválido como um código inaplicável às normas jurídicas – trata-se de um falso código.

Quanto ao problema da *verdade*, em especial na enunciação descritiva de uma norma jurídica, a sua qualificação ignora o aspecto hermenêutico da

construção do sentido jurídico. É claro que Kelsen entende o caráter relativo da verdade, mas ele não antecipa o papel de discursos reais, ideologias, dissensos acadêmicos ou emissores institucionais<sup>115</sup> de qualquer espécie na produção do sentido descritivo da norma. Aliás, existe um aspecto peculiar quanto a esse problema: diz respeito ao fato de Hans Kelsen admitir que o intérprete sempre enfrenta uma relativa indeterminação (KELSEN, 2006) quando interpreta a norma. O problema que ele desnuda é que a interpretação autêntica efetivamente cria uma norma, independente de seu apego pela moldura interpretativa que conforma possibilidades dentro dessa relativa interpretação. Ou seja, a indeterminação não é um problema para autoridade jurídica. No entanto, o exercício hipotético da proposição jurídica, a interpretação inautêntica, ainda que não normativamente vinculante, também depende de interpretar a norma e, portanto, de enfrentar essa relativa indeterminação. A indeterminação ainda é um problema *científico*. Tal problema acaba conformando os limites do exercício descritivo da ciência jurídica e das ciências sociais em diferença do exercício especulativo das ciências naturais, tal como será visto no item seguinte.

Já a segunda ressalva, referente à codificação válido/inválido, imediatamente mais relevante, trata sobre a suposta *qualidade* de validade ou invalidade da norma jurídica. A situação não é análoga de nenhuma maneira à verdade ou inverdade dos enunciados científicos em geral e da proposição jurídica em particular. Isso porque, ainda que problemáticamente, uma proposição científica realmente poderá ser verdadeira ou falsa, ao passo que a norma jurídica jamais poderá ser inválida. A norma jurídica é jurídica porque é válida. Se uma norma não é válida, também não é jurídica. Validade é um problema de existência da norma, não da sua qualidade<sup>116</sup>. Uma norma jurídica não pode ser inválida ainda que, em discursos menos rigorosos, chamemos

---

<sup>115</sup> “Pode-se afirmar que a verdade das proposições jurídicas, em função da correspondência de dois sentidos, é uma tese semiologicamente problemática, pois carrega a ilusão de que o sentido das normas é unívoco. Além disso, estar-se-ia esquecendo que os efeitos do reconhecimento do sentido de uma norma depende de representações costumeiras, da ideologia e de um complexo jogo de correlações de força no seio das instituições, que devem ser vistas como emissores institucionais dos sentidos jurídicos” (WARAT, 1983, p. 75).

<sup>116</sup> Não inovamos e nem nos remetemos a terceiros para essa constatação. Foi o próprio Kelsen quem veio admitir mais tarde: “Verdade ou falsidade são qualidades do enunciado, validade não é qualidade da norma e sim sua existência” (KELSEN, 1986, p. 295).

certas normas jurídicas de inválidas<sup>117</sup>. Em outras palavras: a disjunção válido/inválido não é realmente um código aplicável às normas jurídicas; a única disjunção realmente aplicável é aquela que diferencia jurídico/antijurídico (*Recht/Unrecht*) que Kelsen qualificou somente como os valores típicos do Direito.

Isso não é um fato menor. O problema da validade é da própria justificativa do método normativo. Sem a faculdade do emprego do método normativo e do recurso à pressuposição da norma fundamental, a validade da norma redundaria em um problema de linguagem da dogmática jurídica<sup>118</sup>. A alternativa epistemológica à norma jurídica em instância intelectual é o ato de vontade. Quando uma norma é derogada, perde a validade e perde o seu *status* de norma. Ela cessa de existir enquanto norma, ao passo que o ato de vontade que a inaugurou jamais deixará de fazê-lo. Um ato de vontade, ainda que um “fato de poder” situado no tempo, não cessa de produzir suas consequências factuais no mundo; pois refere-se a um problema de eficácia, e não de validade. A norma jurídica, no entanto, não mais existirá, pois não pertence à mesma ordem lógica de coisas<sup>119</sup>. Sob uma perspectiva intelectual, não faz sentido falar em norma jurídica inválida; essa construção subsiste, quando o faz, por recurso estilístico da dogmática jurídica.

#### 4.1.2. A diferença entre leis naturais e leis jurídicas

Essa descrição que seguiu serve também para demonstrar como a preocupação da ciência jurídica não é simplesmente com a norma jurídica, seu

---

<sup>117</sup> Ali, trata-se de um problema da linguagem jurídica e não científica; uma norma inválida, dependendo da inclinação dogmática, é ou uma norma que perdeu seu sentido mandamental (pois foi derogada) e portanto não é norma, ou uma norma que é válida mas se pretende invalidar em sede de manutenção da coerência da ordem jurídica; é uma norma invalidável.

<sup>118</sup> A linguagem do Direito Privado que diferencia o problema da validade e da juridicidade da norma, por exemplo, não deve ser subvalorizado por essas considerações teóricas de Kelsen. Essa diferenciação, ainda que justificável somente no bojo da dogmática jurídica, surge de uma necessidade prática de atualização da linguagem técnica. A técnica jurídica e sua linguagem não devem ser tomadas por mais ou menos legítimas que qualquer espécie de consideração. É responsável, contudo, afirmar que a semântica cobra seu preço, e o pesquisador é o primeiro a sentir a dificuldade do recurso ao simbólico.

<sup>119</sup> “A validade da norma pode tornar-se abolida pela via da *derrogação*; o ato é a *condição*, não, porém, o *fundamento* da validade. O fundamento de validade de uma norma, de um dever-ser, não pode estar num ser, apenas pode estar num dever-ser, apenas pode encontrar-se na validade de uma outra norma” (KELSEN, 1986, p. 215).

objeto, mas com a sua descrição, o seu conceito, e a do Direito. E é possível o aprofundamento nessa temática recorrendo-se a uma diferenciação meramente acessória nas bases da teoria normativa de Kelsen. Trata-se de uma diferença em que, afastando-se por um momento da diferença entre a norma e sua descrição, Kelsen opõe duas espécies distintas de descrições possíveis.

Trata-se, ainda, de duas espécies de leis hipotéticas; isto é, duas espécies de produtos de especulação científica. A primeira se dedica à descrição de eventos naturais, fatos, em recurso ao princípio de causalidade. A segunda se dedica à descrição de eventos sociais, normas, em recurso ao princípio de imputação. Trata-se, portanto, da diferença entre leis naturais e leis jurídicas.

Não fosse o referencial teórico apresentado até então e também em referência à um certo apego naturalista, seria intuitivo opor as leis jurídicas às leis naturais por uma razão aparente: as leis naturais são fatos da natureza que existem, independentemente da vontade dos homens, ao passo que as leis jurídicas são produtos da vontade de uma autoridade jurídica que as põe. Não existe uma razão absoluta para se opor a tal posicionamento; aliás, é um pressuposto relativamente simples, mas com imenso potencial crítico. Considerando-se Kelsen e sua teoria, todavia, tem-se que essa impressão confundiria a norma jurídica com sua descrição em virtude do problemático emprego do termo *lei*. Ao invés de categorias opostas, então, leis jurídicas e naturais são perfeitamente análogas enquanto descrições hipotéticas. Isso diz respeito, primeiramente, ao princípio de imputação enquanto princípio lógico análogo à causalidade à qual o cientista recorre quando na formulação de hipóteses em formato legal<sup>120</sup>.

Quando se rompe com uma metafísica naturalista baseada no princípio retributivo, um largo deslocamento filosófico é realizado de maneira que apresenta-se o princípio de causalidade não como necessidade em si, mas como forma hipotética à qual os sujeitos recorrem para descrever conexões lógicas de *ser* entre eventos. O princípio de imputação, portanto, é o princípio

---

<sup>120</sup> “[...] essa conexão descrita na lei jurídica é, na verdade, análoga à conexão de causa e efeito expressa na lei natural” (KELSEN, 2006, p. 90).

lógico, análogo ao de causalidade, ao qual os sujeitos recorrem para descrever conexões lógicas de *dever ser* entre eventos. As descrições de conexões ligadas por um princípio de causalidade são as leis naturais; as descrições de conexões ligadas por um princípio de imputação são as leis sociais. Essas últimas correspondem, via de regra, às leis jurídicas e às leis morais<sup>121</sup>.

Leis jurídicas, portanto, não são leis postas pelas autoridades jurídicas, mas leis científicas descritivas de uma realidade em particular: a jurídica. Ainda que certas normas jurídicas, normas de caráter geral, sejam comumente chamadas *leis*, leis jurídicas não são normas, são antes as proposições jurídicas<sup>122</sup> que descrevem as normas jurídicas.

Assim como a lei natural é uma afirmação ou enunciado descritivo da natureza, e não o objeto a descrever, assim também a lei jurídica é um enunciado ou afirmação descritiva do Direito, a saber, a proposição jurídica formulada pela ciência do Direito, e não o objeto a descrever, isto é, o Direito, a norma jurídica. Esta – se bem que, quando tem caráter geral, seja designada como “lei” – não é uma lei, isto é, não é algo que, por qualquer espécie de analogia com a lei natural, possa ser designado como “lei”. Ela não é, com efeito, um enunciado pelo qual se descreva uma ligação de fatos, uma conexão funcional. Não é sequer um enunciado, mas o sentido de um ato com o qual se prescreve algo e, assim, se cria a ligação entre fatos, a conexão funcional que é descrita pela proposição jurídica, como lei jurídica (KELSEN, 2006, p. 90).

O paralelo entre leis naturais e leis jurídicas, em recurso aos princípios análogos de causalidade e imputação, está justamente naquilo que tratou-se anteriormente quanto à atitude descritiva da atividade científica<sup>123</sup>; do ato de conhecimento, como Kelsen se refere constantemente às proposições jurídicas. No entanto, não é somente pelo caráter análogo demonstrado entre leis jurídicas e naturais que nos interessamos, mas em que ponto elas

---

<sup>121</sup> “Lei jurídica e lei moral, como aplicação do princípio retributivo, são as específicas leis sociais para diferenciação das leis da natureza” (KELSEN, 1986, p. 31).

<sup>122</sup> “A proposição da Ciência do Direito descreve a validade de uma norma jurídica geral que liga uma específica sanção do Direito a uma certa conduta; esta proposição jurídica pode ser qualificada como lei jurídica. A proposição da Ética descreve a validade de uma norma moral geral que liga uma específica sanção da Moral a uma certa conduta e é qualificada como lei moral” (KELSEN, 1986, p. 30).

<sup>123</sup> “Se bem que a ciência jurídica tenha por objeto normas jurídicas e, portanto, os valores jurídicos através delas constituídos, as suas proposições são, no entanto – tal como as leis naturais da ciência da natureza – uma descrição do seu objeto alheia aos valores (*wert-freie*)” (KELSEN, 2006, p. 89).

divergem enquanto modelo científico. E isso diz respeito à sua capacidade de manutenção de expectativas, a capacidade de resistir a frustrações.

Mesmo enquanto instrumentos teóricos que se destinam ao conhecimento do próprio objeto, é comum que se defenda a tese de que a lei jurídica, diferentemente da lei natural, comporta exceções de qualquer espécie. Essa noção, todavia, decorre da impressão de que a lei jurídica é posta por autoridades jurídicas que estão autorizadas, quando competentes, a formular exceções à regra. Enquanto isso, as leis naturais, enquanto fatos, não poderiam comportar exceções, situação na qual declara-se o seu equívoco e falseamento, com a eventual substituição daquela hipótese por outra que explique aquilo que a lei falseada não era capaz.

Para Kelsen, que já havia demonstrado que leis jurídicas não são normas, todo esse raciocínio está equivocado. Com base nos princípios lógicos expostos, é, na verdade, o oposto que é verdadeiro. Não somente confunde-se a norma jurídica com a proposição jurídica para fins de dizer que a lei jurídica é violada quando uma dada conduta contraria as prescrições da norma – quer dizer, serve de “exceção à regra” – como também a própria distinção entre fatos e normas é completamente ignorada.

Um fato tem o caráter de “exceção” à regra, se o enunciado que estabelece o fato estiver em contradição lógica com a regra. Como a norma não é um enunciado de realidade, nenhum enunciado de um fato real pode estar em contradição com a norma. Por conseguinte, não pode haver exceções à norma. A norma é, por sua própria natureza, inviolável. Dizer que a norma é “violada” por certa conduta é uma expressão figurada, e a figura usada nessa afirmação é incorreta. Porque a afirmação não diz nada sobre a norma; ela apenas caracteriza a conduta efetiva como contrária à conduta prescrita pela norma (KELSEN, 2000, p. 65).

A lei jurídica permanece absolutamente inviolável na medida em que não admite exceções senão aquelas que dispostas pelas normas e devem pertencer também à sua descrição sob pena de estar essa descrição incorreta. É o mesmo que dizer que não existem exceções. Se há exceções nesse quadro teórico, fica claro que são as normas jurídicas, não as suas descrições, que possuem “exceções” – que, contudo, são estabelecidas normativamente. Já as leis jurídicas, que descrevem hipoteticamente essas normas jurídicas,

não possuem exceções; quando falham em reconhecer as exceções normativamente estabelecidas, elas descrevem incorretamente o Direito, e não dentro de um quadro de probabilidade, visto que a probabilidade implica um quadro de fatos cuja descrição é meramente tendencial. A descrição de uma lei jurídica não diz respeito a fatos com os quais pode contrastar e, portanto, quando estiver incorreta, ela não é aceita em qualquer medida e deve ser abandonada.

A probabilidade é, na verdade, uma inevitabilidade do recurso às leis naturais<sup>124</sup>, e são elas, portanto, que comportam exceções. É claro que, uma vez leis melhores tenham sido hipotetizadas para explicar com um grau maior de satisfação um dado evento, as leis menos precisas são prontamente abandonadas. No entanto, do fato de uma hipótese não explicar a totalidade dos casos aos quais ela é aplicada, não significa que ela perca seu *status* de científica ou não leve a resultados práticos bastante óbvios. Ciências naturais como as ciências médicas, por exemplo, não abandonam um tratamento terapêutico ou um medicamento amplamente eficaz quando pacientes não respondem como esperado; nem a meteorologia abandona métodos e equipamentos na primeira chuva inesperada. Diferentemente de como ocorre com as leis jurídicas, nas leis naturais a frustração das expectativas é assimilada na forma de uma exceção à regra. Leis jurídicas não comportam exceções porque não dependem desse exame de adequação factual.

Portanto, são três as diferenças entre leis jurídicas e naturais. Primeiramente, a diferença relativa ao nexos lógico descrito hipoteticamente. A lei natural descreve relações de *ser*, a lei jurídica descreve relações de *dever ser*. É a diferença entre causalidade e imputação; entre Natureza e Sociedade. Na obra de Kelsen, essa diferenciação é intransponível e pautada em lógica rígida.

Em segundo lugar, a lei natural pressupõe somente outros fatos, outras hipóteses causais. E ainda, ela se baseia somente em sucesso explicativo, mesmo que em um quadro de probabilidade. Também elementos ligados por uma lógica causal não possuem fundamentos (causas) últimos e nem

---

<sup>124</sup> “A conexão entre causa e efeito estabelecida em uma lei da natureza que descreve a realidade física tem apenas o caráter de possibilidade, não o de necessidade absoluta, tal como pressuposto pela filosofia da natureza mais antiga” (KELSEN, 2000, p. 65).

consequências (efeitos) últimas. Já a lei jurídica é fundamentada por uma norma fundamental “fictícia”, isto é, na pressuposição de um recurso teórico analítico; e, ainda que possa legitimar futuras hipóteses, se encerra na norma observada. Enfim, ela se baseia em normas hipotéticas postas, bem como a norma fundamental pressuposta.

No esquema de Kelsen, por fim, leis naturais são prováveis ao passo que leis jurídicas são rigidamente verdadeiras ou inverdades. As primeiras admitem exceções que não podem ser explicadas, as outras não, descrevendo ou não um deve ser válido. Assim, abandona-se uma lei jurídica baseada em uma não-norma, enquanto leis naturais falseadas permanecem válidas até hipóteses melhores serem desenvolvidas.

Sintetizam-se esses últimos três parágrafos no seguinte esquema:

**Quadro 1 – Diferenças entre leis naturais e leis jurídicas enquanto instrumentos descritivos**

	<b>Lei natural</b>	<b>Lei jurídica</b>
<b>Nexo lógico da descrição</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Princípio de causalidade.</li> <li>- Proposições descritivas que ligam elementos por um nexo causal.</li> <li>- Nexo lógico de ser.</li> <li>- Diz respeito a fatos, tidos como eventos naturais.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Princípio de imputação.</li> <li>- Proposições descritivas que ligam elementos por um nexo imputativo.</li> <li>- Nexo lógico de <i>dever ser</i>.</li> <li>- Diz respeito a normas, tidas como eventos sociais.</li> </ul>
<b>Pressuposto da descrição</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Fundamento hipotético; evento posto tido como verdadeiro.</li> <li>- Fatos positivos, empíricos.</li> <li>- Elementos relacionados em uma cadeia infinita de causalidade.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Fundamento ‘fictício’, meramente teórico; norma fundamental pressuposta.</li> <li>- Normas postas e norma fundamental pressuposta.</li> <li>- Elementos encadeados principiam com a norma fundamental e encerram-se com a norma observada.</li> </ul>
<b>Resistência à frustração</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Relativamente resistente a frustrações.</li> <li>- Admite exceções; verdade provável.</li> <li>- Uma vez admitida, é abandonada somente mediante</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Não resiste à frustração.</li> <li>- Não admite exceções; verdade rígida.</li> <li>- É abandonada tão logo verifique-se infundada, ou seja, caso não corresponda a uma norma jurídica válida.</li> </ul>

	a hipótese de um esquema explicativo mais aproximado.	
--	---	--

Fonte: elaborado pelo autor.

Cumprir notar, contudo, que esse quadro não encerra as possibilidades de descrição e dessas espécies descritivas. O que se faz com esse quadro é relacionar os pressupostos da teoria descritiva de Kelsen, como apresentados no primeiro capítulo, com a própria descrição das normas jurídicas, que aparece aqui provisoriamente como leis jurídicas; embora seja importante perceber que essas não são outra coisa que as proposições jurídicas anteriormente diferenciadas.

Temos tematizado, até então, portanto, a descrição, isto é, o conceito de norma jurídica. Resta somente esclarecer, finalmente, sobre o conceito de Direito que a fundamenta.

#### 4.1.3. O conceito de Direito das normas jurídicas em Kelsen

A norma jurídica é o sentido, o produto especulativo objetivo obtido por meio de uma observação científico-normativa dos mandamentos quais correspondem a normas jurídicas postas que, sem a referência normativa, seriam percebidos somente enquanto atos de vontade. Mais do que isso, é o produto de se conhecer o Direito sob certas condições teóricas imprescindíveis; é conhecer sob um pressuposto analítico “fictício” necessário (norma fundamental), respeitando-se uma atitude científica descritiva (neutralidade axiológica) e, especialmente, despindo do objeto todo vestígio de causalidade possível (princípio de imputação). Segundo essa orientação, o próprio Direito constitui-se teoricamente em norma ou ordem normativa hipotética distinta do ato de vontade que a inaugura e do aparato coercitivo que vincula o seu cumprimento.

Trata-se de uma tautologia fundante para a qual se remete hipóteses. Juízos de identidade são sempre tautológicos, na medida em que se remete a sua identidade simplesmente a si mesma (mesmo que desdobrada em outras identidades). Em outras palavras: trata-se de um conceito analítico de Direito.

E mais, trata-se de um conceito que deve a sua identidade a categorias as quais, enquanto categorias, são desvinculadas da necessidade de comprovação empírica. O conceito de imputação é o primeiro e mais importante exemplo disso. Ele inaugura um tipo lógico, o normativo, desvinculado da tradicional causalidade e, dessa forma, ele previne a necessidade de aludir-se a experiências empíricas comuns e intersubjetiváveis que possam servir de fundamentação para a estruturação de expectativas do que está por acontecer; a única medida de empirismo está na observação das próprias normas jurídicas que, em referência à imputação, aparecem como postas, positivas. Omite-se também de especular acerca da necessidade de um tal tipo lógico; isto é, parte-se do pressuposto de que essas normas existem e se limitam a apontar nelas o trivial: “elas não cobram uma necessidade causal”, o que, até aí, não se trata de uma novidade, mas da velha separação entre ser e dever-ser que tantos acusam ser decorrente do neokantismo de Kelsen (acusam, aliás, erroneamente<sup>125</sup>).

A segunda e mais relevante categoria é a sua norma fundamental, em que a especificidade do Direito é pressuposta. Como visto, sem o recurso a essa forma do pensamento, não existe possibilidade de se aludir a um Direito propriamente dito. Todas as tentativas de Kelsen de fazê-lo prescindem da referência a elementos extranormativos que não deveriam estar ligados ao seu método. No mais, da mesma forma que se omite a responsabilidade de especular sobre o aparecimento de um tipo lógico normativo a partir da categoria imputação, também se omite a razão de pressupor a norma fundamental e a especificidade da ordem jurídica. Sabe-se, no entanto, que valer-se da norma fundamental permite a referência ao Direito sem a necessidade de se referenciar o ato de vontade subjetivo que o inaugura e também as “instituições sociais” que se prestam à sua consolidação. Então, ela expressa uma pretensão de afastamento de um modelo de ciência que, além de causal, tem preocupações muito específicas.

---

<sup>125</sup> Diferentemente, por exemplo, de Reale que rastreia a distinção entre *Sein* e *Sollen* até a *Crítica da Razão Pura* de Kant (2002, p. 188), Kelsen afirma categoricamente que “um dualismo do ser e do dever-ser [...] não pode ser encontrado na filosofia de Kant” (KELSEN, 1986, p. 99). Kelsen atribui a originalidade da distinção principalmente à Hume (1986, p.108-109).

É possível entender que esse apego tautológico é o que condiciona o afastamento da ordem normativa de suas descrições causais. O que faz um conceito analítico ser uma tautologia é o princípio da não contradição: ele é o que é e não é o que não é. Aplicado ao caso específico, isso se traduz da seguinte maneira: o Direito é norma jurídica e, portanto, não é o mandamento que constitui a norma, nem o seu valor moral possível, nem o seu significado econômico, nem a possibilidade de violência física ou o fundamento de poder que a legitima. Isso para aludir-se às descrições mais clássicas. Mas é justamente na possibilidade de relacioná-los que se entende o valor prático da descrição pura de normas hipotéticas.

#### **4.2. O conceito de Direito das expectativas normativas**

No presente subcapítulo, será retomado o modo descritivo apresentado no capítulo anterior e, a partir dele, segue-se o conceito de expectativas normativas em busca do conceito de Direito que as fundamenta. As reflexões apresentadas neste subcapítulo serão utilizadas para a comparação a ser realizada no próximo subcapítulo.

Para esse propósito, tal como na que seguiu, optamos por uma apresentação de três etapas. Na primeira, será explorada a diferença entre expectativas normativas e expectativas cognitivas, dado que um desses é o objeto a partir do qual principiaremos nossa análise. Para essa descrição, será resgatada a antiga explicação de Luhmann acerca da razão da formação de estruturas comunicativas antecipadoras de expectativas e a utilidade de assimilar-se ou não suas frustrações. Ficará claro, embora essa não fosse a ênfase da descrição ao tempo da Sociologia do Direito de Luhmann, que essas estruturas antecipadoras de expectativas são os próprios sistemas sociais.

No segundo momento, o papel dos sistemas sociais na generalização de expectativas será abordado. Passa-se, portanto, o foco da expectativa para o sistema responsável pela sua generalização. Para isso, serão resgatadas as elaborações de Luhmann acerca do sentido enquanto forma autopoietica distinta da vida. Sentido esse que deve ser considerado diferentemente, dependendo do sistema qual está reproduzindo, sistemas sociais ou psíquicos; se ele se refere à comunicação ou à consciência. Como o foco da discussão é

a diferença entre os sentidos referentes a essas realidades autopoieticas, será visto como essa diferença, aliada ao emprego de observações de segunda ordem – observações de observações –, da conta de indicações que seriam impossíveis para o esquema sujeito/objeto, mas também para fórmulas epistêmicas imprecisas.

Será no último item deste subcapítulo que, em referência ao que terá sido dito até então, será apresentado o conceito de Direito que fundamenta a necessidade de expectativas normativas enquanto um constructo teórico. Como antes, esse conceito de Direito será fundamentado segundo os mesmos preceitos teóricos que o conceito menor a partir do qual essa análise segue.

#### 4.2.1. A diferença entre expectativas normativas e expectativas cognitivas

O problema de estruturação de expectativas de tipo normativo ou de tipo cognitivo está diretamente relacionado ao duplo problema da complexidade e à contingência no âmbito da experimentação e, também, quanto à necessidade de reduzi-las mediante estratégias comportamentais e, principalmente aqui, simplificações comunicativas. Tais simplificações comunicativas, ao reduzirem a possibilidade de comunicações posteriores diversas, constituem uma estrutura simplificadora que transforma o complexo em concreto e o contingente em “seguro”. Dessa forma, obscurecendo e invisibilizando outras possibilidades<sup>126</sup>, a formação de estruturas alivia a consciência do ônus de uma opção que é vista, muitas vezes, como impossível.

Em um mundo constituído sensorialmente, e portanto altamente complexo e contingente, torna-se vantajoso, e até mesmo imprescindível, referir os diversos passos da seleção uns aos outros. 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

---

<sup>126</sup> “As estruturas sedimentam, como expectáveis, um recorte mais delimitado das possibilidades. Dessa forma, elas são enganosas com respeito à real complexidade do mundo, permanecendo, em decorrência, expostas aos desapontamentos. Assim elas transformam a sobrecarga permanente da complexidade no problema da experimentação eventual do desapontamento, contra o qual pode ser feito algo concreto. Do ângulo do sistema psíquico, portanto, podemos também dizer: elas regulam o medo” (LUHMANN, 1983, p. 55).

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. As estruturas potencializam esse efeito aliviante na medida que estabelecem as referências de uma seleção a outra (LUHMANN, 1983, p. 54).

Contudo, não obstante o obscurecimento de possibilidades alternativas que é realizado pelas estruturas, possibilidades alternativas existem e se manifestam, eventualmente, na atualidade da experimentação. A consequência dessa manifestação, para a consciência que esperava diferentemente, é a sua frustração <sup>127</sup>. Isso exige da consciência o desenvolvimento de estratégias para lidar com a sua frustração.

Essas estratégias redundam em duas possibilidades distintas: abandonar suas expectativas ou persistir com elas. Isto é, na eventualidade de frustrar-se uma expectativa, cumpre uma decisão que é de extrema importância: abandona-se ou não a expectativa para situações similares no futuro? Essa pergunta está na raiz da distinção que Luhmann faz entre expectativa cognitiva e expectativa normativa.

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, 1983, p. 56).

Isso quer dizer que, enquanto as expectativas cognitivas assimilam a própria frustração (ou seja, há ao menos a *possibilidade* de aprendizado), as expectativas normativas resistem à sua própria frustração. Isto é, elas são mantidas mesmo na experiência factual de sua frustração. Não há efetivamente como dizer, somente com base nisso, que uma estratégia especulativa é melhor do que a outra. As duas existem factualmente e as duas cumprem um papel importante de estruturação de sentido.

---

<sup>127</sup> “A estrutura de seleção continua sendo seletiva, mesmo quando ela não é realizada conscientemente, quando é simplesmente vivenciada. Existem outras possibilidades, e elas se apresentam ao ocorrerem desapontamentos de expectativas. É nessa possibilidade do desapontamento e não na regularidade da satisfação que se evidencia a referência de uma expectativa à realidade” (LUHMANN, 1983, p. 55).

Fica claro, então, que a distinção que Luhmann faz entre cognitivo e normativo não é aquela que outros, tais como Kelsen, fizeram entre factual e normativo, a qual Luhmann considera um equívoco. Para Luhmann, o dever-ser, de que se trata a norma naquela concepção, “expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática” (LUHMANN, 1986, p. 57), ao passo que a norma, para Luhmann, traduz uma expectativa real de comportamento que pode ser frustrada<sup>128</sup> e, contudo, mantida. Em outras palavras, a norma, e mesmo a norma jurídica, ainda que manifesta em termos contrafáticos, refere-se faticamente a expectativas da mesma maneira que expectativas cognitivas. Difere-se, portanto, da primeira somente no tocante à atitude do observador diante da sua frustração<sup>129</sup>.

Luhmann sustenta a hipótese de que, com progressivo aumento de complexidade e contingência na Sociedade, fica-se cada vez mais necessária uma maior diferenciação entre expectativas normativas e expectativas cognitivas. Isso quer dizer que, nas suas palavras: “a separação entre ser e dever ser, ou entre verdade e Direito não é estrutura do mundo dada *a priori*, mas uma aquisição da evolução<sup>130</sup>” (LUHMANN, 1983, p. 58). Para essa

---

<sup>128</sup> Lembre-se aqui das lições de Kelsen no subcapítulo anterior. Dizia ele que as normas não podem ser frustradas; a “violação” à norma, para ele, não diz nada sobre o status de validade da norma jurídica.

<sup>129</sup> “Além disso, é importante não extrapolar imediatamente dessa diferenciação entre expectativas cognitivas e normativas, postulando-se uma oposição primeira, objetiva ou lógica, entre ser e dever-ser, mas sim compreender inicialmente a função da própria diferenciação. Ela coloca à disposição duas estratégias, diferentes, mas mesmo assim funcionalmente equivalentes, para a sequência da vida após desapontamentos. Pode-se assimilar ou não. Ambas as possibilidades podem ajudar na superação de situações de desapontamentos, preenchendo assim, apesar das orientações contrárias, a mesma função. O sucesso está baseado no fato de que a mesma função é preenchida não só por comportamentos ‘semelhantes’, mas por comportamentos diretamente opostos. Isso facilita o encontro de uma solução para qualquer caso de desapontamento. Dependendo da relevância da expectativa e das chances de realizá-la, pode-se optar por sua sustentação ou pela renúncia a ela” (LUHMAN, 1983, p. 57).

<sup>130</sup> A questão da evolução é um problema que adquire centralidade na teoria social de Niklas Luhmann e, como esperado, é tratada de forma complexa. Não obstante, para fins desse trabalho, podemos nos valer da categoria simplesmente enquanto *transformação estrutural dada no tempo*. A antiga seleção natural e até mesmo a autopoiese de Maturana, posteriormente apropriada teoricamente por Luhmann, não são outra coisa que descrições de transformação estrutural situadas no tempo. Em tempo, é bom que se diga que mesmo o antigo materialismo histórico-dialético desenvolvido por Marx não deixa de ser uma teoria de transformações estruturais situadas no tempo. Desde essa perspectiva, não há boa razão para diferenciarmos *evolução* e *história*. A continuidade de seleções estruturais apontadas nas ciências biológicas genericamente como evolução não difere fundamentalmente da continuidade de seleções estruturais apontadas nas ciências sociais genericamente como história. O objeto e o método de estudo é o que definirá a especificidade dos campos de pesquisa.

sustentação, Luhmann parte da suposição de que, em uma Sociedade menos complexa, o grau de diferenciação entre expectativas normativas e expectativas cognitivas é tão irrisório que, sem haver a necessidade de consensos, seleções prévias ou estruturas de antecipação de expectativas, há a predominância de expectativas difusas, as quais somente poderiam ser qualificadas após efetivamente ocorrer a sua frustração. Mesmo a frustração de expectativas poderia levar, por via da estratégia cognitiva, a uma assimilação pouco rigorosa para fins de lidar provisoriamente com aquela frustração que é pontual, extraordinária, não persistente.

Somente com a recorrência das frustrações é que acaba por se promover uma estratégia comunicativa normatizadora, para a qual torna-se até mesmo necessária aquela exigência de adequação comportamental que é mais típica do Direito como se conhece hoje. Quer dizer, a obrigatoriedade surge da frustração da expectativa e não o oposto; a sanção e a promessa de violência não passam de um mecanismo constrangedor que apenas posteriormente passam à descrição do Direito.

Contudo, principalmente em um estágio de menos complexidade do sistema social, quando há primazia da forma segmentária de diferenciação social, por exemplo, é muito mais comum que a assimilação da frustração resulte em estratégias de *normalização* e não de *normatização*; isso na medida em que se lida com a frustração “explicando-a”, ainda que não de maneira científica, em uma estruturação de sentido extremamente eficaz. Naquele momento, a ciência como se a conhece hoje sequer tinha relevância social; ela somente adquiriria importância quando houvesse a necessidade de recorrer a estruturas de expectativas cognitivas previamente fixadas. Até que isso ocorra, não existe antes da frustração critério absoluto para diferenciar os estilos normativos e cognitivos de expectativas, nem razão para definir qual o mais eficaz<sup>131</sup> e qual deve ser aplicado em qual situação. É a própria Sociedade que, posteriormente, acaba dando conta de estabelecer esses critérios.

---

<sup>131</sup> “[...] a perturbação é descartada através de sua ‘explicação’, ou então ela é tornada expectável. Nos casos crassos de repetidas transgressões graves, opta-se tipicamente pela saída da declaração do ator desapontador como doente mental, excluindo-o assim da comunidade dos sujeitos humanos, suas experimentações, suas expectativas e suas visões de mundo. Isso demonstra que transgressões às expectativas nessa esfera frequentemente são tratadas como transgressões à verdade, como incapacidade para

A adoção dessas estratégias de estruturação prévia de expectativas se dá somente quando a angústia presente exige que se lide com a futura frustração das expectativas. A menos que isso ocorra, não faz sequer sentido perguntar-se se a expectativa frustrada é de tipo cognitiva ou normativa. Quando há primazia da forma segmentária de diferenciação, por exemplo, desde que se preserve a especificidade dos segmentos, não existe a necessidade real de estruturas sociais antecipadoras de expectativas. Os desapontamentos, naqueles casos, poderiam ser processados de forma “auto-evidente” e caso a caso, sem prejuízo para a organização social. O futuro da organização social estava assegurado em formas que independiam dessa sorte de reflexões; independentemente do comportamento dos indivíduos frente ao que viesse ocorrer, nada abalaria a unidade do clã ou a relação entre suserania e vassalagem.

Quando, contudo, as possibilidades de organização do futuro não podem mais confiar na auto-evidência das expectativas processadas dessa maneira, surge, de uma única vez, a necessidade de antecipação das expectativas por meio das estruturas simplificadoras e a distinção das estratégias cognitiva e normativa para lidar, antecipadamente, com as frustrações possíveis. Trata-se de uma possibilidade que implica em riscos, mas também de uma maneira das referências sociais e psíquicas lidarem com o duplo problema da complexidade e da contingência. Problema que é progressivamente potencializado no processo evolutivo da sociedade. Aí entram em “vigência”, a título de estruturas antecipadoras de expectativas cognitivas e normativas, por exemplo, respectivamente a ciência e o Direito; esses passam a gerenciar as possibilidades e os riscos em uma Sociedade funcionalmente diferenciada<sup>132</sup>.

---

reconhecer o mundo - um sintoma nítido de que não se diferenciam os estilos cognitivo e normativo das expectativas” (LUHMANN, 1983, p. 60).

<sup>132</sup> “A separação entre expectativas cognitivas e normativas exige que esse risco seja deslocado para o interior da estrutura de expectativas, onde ele emerge à consciência e é controlado. Trata-se não mais de lidar simplesmente com uma ‘natureza’ concretamente impenetrável, indeterminadamente complexa, enganosamente movediça, mas de deslocar o duplo problema de complexidade e da contingência para o interior da própria estrutura de expectativas, que a partir daí é obrigada a sustentá-lo na forma de uma contradição. Em termos de uma expectativa cognitiva, isso significa o recuo a suposições hipotéticas sobre a realidade, passíveis de revisão, na forma institucionalizada no conceito de verdade das ciências contemporâneas. Em termos de uma expectativa normativa, por outro lado, isso

Formam-se, então, no interior dessas estruturas de expectativas cognitivas e também estruturas de expectativas normativas, estratégias (seletivas) de minimização de riscos. Para as expectativas cognitivas, isso significa rotinas que impeçam a assimilação da frustração; ao passo que, para as expectativas normativas, isso significa a possibilidade de assimilação das frustrações.

Nos caso das expectativas cognitivas, tome-se o método científico como exemplificativo. Nesse, a possibilidade de assimilação é, ou ao menos *se julga ser*, permanente e chama-se falseamento. Segundo esse preceito, mesmo aquelas hipóteses incessante e repetidamente corroboradas, chegando inclusive a serem operacionalizadas tecnicamente, uma vez que falhem em explicar um ou mais eventos, devem ser abandonadas e substituídas por uma hipótese melhor (não falseada, ao menos). Efetivamente, hipóteses mais promissoras sempre podem ser investigadas. Contudo, por meio do esquema regra/exceção, operacionalizado no interior da estrutura científica de seleções, pode aquela hipótese efetivamente falseada estar imunizada contra seu próprio falseamento<sup>133</sup>. Isso quando o próprio falseamento não é visto com extrema cautela e ativa suspeição. Nas ciências médicas, para valermo-nos de um exemplo improvisado, do fato de um remédio testado auferir os resultados esperados somente em 487 em cada 500 casos, não segue que seus efeitos esperados estejam falseados e sejam abandonados; a expectativa de que o remédio seja eficaz permanece, ainda que dentro de um universo estatístico, imune à frustração. Trata-se de uma indeterminação prática.

No caso das expectativas normativas, é possível, por exemplo, perceber como uma mudança nos hábitos de uma dada comunidade podem resultar no incremento ou no abandono de certas expectativas morais. Mas difícil é constatar como o Direito também comporta rotinas de assimilação de expectativas. Contudo, ninguém ignora a capacidade do costume, da jurisprudência e da doutrina 'informarem' a estrutura de expectativas jurídicas;

---

significa o recuo a uma projeção contrafática, como a exemplarmente realizada através do direito garantido pelo Estado" (LUHMANN, 1983, p. 62).

<sup>133</sup> "O esquema regra/exceção, a concepção de desdobramentos normais e irregulares, e ainda a construção de uma complicada visão de mundo, sustentada por hipóteses básicas abstratas e quase irrefutável, garantem um alto grau de imunização perante desapontamentos também no caso das expectativas cognitivas" (LUHMANN, 1983, p. 63).

trata-se, na verdade, de transformações estruturais que somente parecem não ser o produto de seleções, e contudo o são. Quando se entende, aliás, o Direito como positivo, procedimentaliza-se a assimilação da frustração no próprio Direito que passa a aparecer como o produto de decisões “informadas”<sup>134</sup>.

A possibilidade dessas assimilações adquire especial relevância quando se considera a reflexividade de expectativas sobre expectativas e assim progressivamente. Isto é, quando se fala em expectativas cognitivas ou normativas sobre expectativas cognitivas ou normativas. Aqui, com especial ênfase nas primeiras. A assimilação da frustração para as expectativas normativas sobre expectativas é tão importante que ela, como visto, deve ser relegada a uma estrutura (comunicativa) objetivadora<sup>135</sup>.

Ou seja, a assimilação das frustrações para as expectativas normativas sobre expectativas torna-se socialmente relevante e é regulada na estrutura social e por meio de estruturas seletivas estabelecidas comunicativamente<sup>136</sup>. Ao passo que a assimilação das frustrações das expectativas cognitivas sobre expectativas, salvo análises futuras, somente interessam ao indivíduo que precisa estabelecer suas impressões pessoais sobre o mundo e, portanto, por ele é regulada<sup>137</sup>.

É na circunstância de expectativas normativas sobre expectativas que a distinção entre o nível cognitivo e normativo passa a ser relevante. E é,

---

<sup>134</sup> Os exemplos de Luhmann são curtos, porém eficazes: “As placas de estacionamento proibido cercadas pelos carros parados acabam por não mais provocar expectativas normativas, mas tão-só cognitivas: olha-se para ver se há algum policial por perto. A isso acrescenta-se que a elasticidade da formulação de algumas normas permite procedimentos adaptativos – por exemplo, no caso do tão discutido aperfeiçoamento da legislação através da jurisprudência. Existe, portanto, mesmo no direito, uma assimilação apócrifa, e nas sociedades muito complexas com direito positivo temos até mesmo mudanças legais do direito, assimilação legitimada” (LUHMANN, 1983, p. 63).

<sup>135</sup> “Através da expectativa normativa de expectativas, o estilo dessas expectativas pode ser submetido a regras normativas. A questão da assimilação ou não, no caso de desapontamentos, é tão importante ao ponto dela não poder ser relegada ao arbítrio privado. A escolha de um ou outro tipo tem que ser institucionalizada” (LUHMANN, 1983, p. 64).

<sup>136</sup> “Uma diferenciação entre os estilos cognitivo e normativo das expectativas só se estabelece se a própria opção por um desses estilos é expectável; só assim ela torna-se regulada, só assim ela pode ser prevista. A expectabilidade das expectativas dos outros é, assim, uma sólida conquista no convívio humano. É só a partir dessa base que podem formar-se expectativas especializadas no estilo normativo e na sua manutenção, mesmo no caso de desapontamentos” (LUHMANN, 1983, p. 65).

<sup>137</sup> “O caso contrário, ou seja, o da expectativa cognitiva de uma expectativa normativa ou cognitiva, privilegia a assimilação individual e não a regulamentação social” (LUHMANN, 1983, p. 65).

portanto, nessa que o Direito, enquanto estrutura funcionalmente especializada, manifesta a sua importância. Nesse momento, ainda, previne-se a discussão do acesso cognitivo a estruturas objetivadas. Contudo essa discussão exige a revisão do status do sistema do Direito e os demais sistemas parciais funcionalmente diferenciados enquanto sistemas generalizadores de sentido. É sobre o que trata o item seguinte.

#### 4.2.2. A relação entre o sentido das expectativas normativas com o sistema social

Para falar da relação entre o sentido das expectativas normativas e o sistema social que corresponde à sua estrutura, é preciso recorrer à concepção de Luhmann de *sentido* enquanto modo de operação autopoietica diferente da *vida*; ou seja, o sentido enquanto forma da autopoiese ora da consciência, ora da comunicação.

Quando o neurobiólogo Humberto Maturana cunhou o termo *autopoiesis*, ele buscava uma característica verificável que rigorosamente qualificasse a vida e os sistemas vivos como *vivos*. A autopoiese seria a capacidade que os sistemas vivos possuem de autoreproduzir-se em todos os âmbitos da vida, desde a menor organização celular até sociedades inteiras, segundo suas próprias determinações estruturais. O que ele alcançou foi um modelo de observação das transformações estruturais situadas no tempo – a evolução – despregada da problemática noção de seleção natural. Nesse sentido, segundo Luhmann, a evolução dos sistemas sociais, mesmo a descrição do Direito pela teoria sistêmica, respeita esses mesmos preceitos<sup>138</sup>. Ou seja, o que Maturana não antecipou é que esse mesmo modelo poderia ser aplicado a descrições diversas; descrições que afastassem a conexão necessária entre autopoiese e vida. Contudo o argumento de Luhmann é eficaz no sentido de que não se pode confundir *vida* e *sentido*.

---

<sup>138</sup> “As particularidades estruturais de um sistema jurídico são simples resultados de uma adaptação a um ambiente social que estaria desde já sempre estabelecido, assim como também não seriam um resultado da satisfação de uma necessidade de direito (*Bedürfnisses nach Recht*) – com isso a estrutura circular dos argumentos seria parcialmente camuflada. Em geral, a teoria atual da evolução foi desvencilhada das assimetrias elementares. A autopoiesis é igualmente condição e resultado da evolução, é assim a forma da evolução da evolução” (LUHMANN, 2004, p. 67).

Hoje, isso não parece ser mais objeto de muita polêmica; ninguém poderia discordar, por exemplo, de que as reações bioquímicas relacionadas no cérebro são diferentes, ainda que correspondentes, da experiência fenomenológica da cor, das formas, da consistência e dos nomes. O problema do sentido segue de maneira diversa. Procura-se se ocupar do sistema que ele, enquanto meio, reproduz: seja enquanto consciência, seja enquanto comunicação. Mas primeiro precisa-se encontrá-lo frente ao problema da complexidade.

Como antecipado: para a consciência, em sentido prático, a complexidade implica na inevitável seletividade. Isto é, se a complexidade se apresenta como um sem número de possibilidades superpostas na experimentação e isso implica que uma decisão haverá de ser tomada, uma seleção haverá de ser feita, mesmo quando “arbitrária”, isto é, quando seus critérios permanecem ocultos. Nesse contexto, o sentido aparece simplesmente como a experimentação dessa seletividade<sup>139</sup>.

Sendo à consciência que Luhmann começa referindo o problema da complexidade, é na fenomenologia que Luhmann encontra uma maneira inicial de expor a particularidade funcional do sentido<sup>140</sup>. Independente de como apareçam as coisas na experimentação fenomênica, é certo que essas impressões significam seleção e abandono de certas possibilidades. Mesmo a rejeição daquilo que é dado (aparecendo, por exemplo, como *aparência*) em favor de outra possibilidade (aparecendo, por exemplo, como *essência*) somente pode se dar *sobre e em referência* àquela seleção prévia. Não se

---

<sup>139</sup> “La selectividad forzosa es la condición de posibilidad de la operación y de la observación. Más aún, la selectividad forzosa es el problema nuclear que define la complejidad como un problema, tanto para operaciones como para las observaciones. La última afirmación está en la base de mi aseveración de que el sentido no es otra cosa que una forma de experimentar y de realizar la inevitable selectividad [...]” (LUHMANN, 1998, p. 27). (Tradução nossa): “A seletividade forçosa é a condição de possibilidade da operação da observação. Mais ainda, a seletividade forçosa é o problema nuclear que define a complexidade como um problema, tanto para operações como para as observações. A última afirmação está na base de minha proposição de que o sentido não é outra coisa que uma forma de experimentar e de realizar a inevitável seletividade [...]”.

<sup>140</sup> “La mejor manera de aproximarse al sentido del sentido bien podría ser el método fenomenológico. Afirmer esto de ninguna manera equivale a tomar un punto de vista subjetivo o psicológico. Todo lo contrario, la fenomenología significa considerar al mundo tal como aparece, sin referencia a preguntas metafísicas o ontológicas” (LUHMANN, 1998, p. 28). (Tradução nossa): “A melhor maneira de aproximar-se do sentido do sentido poderia ser o método fenomenológico. Afirmer isso de nenhuma maneira equivale a tomar um ponto de vista subjetivo ou psicológico. Mas ao contrário, a fenomenologia significa considerar o mundo tal como aparece, sem referência a perguntas metafísicas ou ontológicas”.

assume um objetivismo ingênuo, do tipo que considera como efetivamente reais aquelas impressões perenes; mas não se ignora que elas são um bom indicativo de realidade, mesmo que realidade somente em termos práticos.

O sentido assume, portanto, a forma de uma distinção que marca a diferença entre atualidade e potencialidade (seja de vivência, seja de comunicação). Sendo que a atualidade é o que é e a potencialidade é o que *pode ser*. O sentido, contudo, nem uma nem outra<sup>141</sup>, mas sim a marcação dessa distinção. Como referência autopoiética ora comunicativa, ora consciente, ele tem origem na superprodução de possibilidades<sup>142</sup>, ou seja, em um ambiente epistêmico complexo que cobra seleção. O sentido, enquanto representação da complexidade, se presta à mediação entre a certeza instável da atualidade e a incerteza estável da potencialidade. Como observara Luhmann, devemos pagar pelo nosso mundo<sup>143</sup> e o fazemos ou com incerteza ou com instabilidade<sup>144</sup>.

---

<sup>141</sup> “Existe siempre un núcleo que es dado y supuesto, que está rodeado de referencias a otras posibilidades que no pueden ser actualizadas a la vez. El sentido, por tanto, está actualmente rodeado por posibilidades. Su estructura es la de esta diferencia entre actualidad y potencialidad. El sentido, en definitiva, es la conexión entre lo actual y lo posible; no es lo uno o lo otro” (LUHMAN, 1998, p. 28). (Tradução nossa): “Existe sempre um núcleo que é dado e suposto, que está sempre rodeado de referências a outras possibilidades que não podem ser atualizadas no momento. O sentido, portanto, está atualmente rodeado de possibilidades. Sua estrutura e a desta diferencia entre atualidade e potencialidade. O sentido, definitivamente, é a conexão entre o atual e o possível; não é um ou o outro”.

<sup>142</sup> “Eso que hemos designado como esquema de contingencia desgasta el medio Sentido, en el que encuentran forma todas las vivencias y comunicaciones. El sentido se puede definir como un medio, que es originado gracias a un superávit de indicaciones de otros posibilidades. En último término, todo sentido se basa en la distinción entre actualidad y potencialidad. Por eso, lo actual siempre es como es; y se da simultáneamente en el mundo junto a otras actualizaciones. Todo sistema ejecuta (o no) sus operaciones en la actualidad, por lo cual nunca puede darse la liberación de la arbitrariedad” (LUHMANN, 1996, p. 139-140). (Tradução nossa): “Isso que temos designado como esquema de contingência desgasta o meio Sentido, no qual encontram forma todas as vivências e comunicações. O sentido se pode definir como um meio que é originado graças a um superávit de indicações de outras possibilidades. Em último termo, todo sentido se baseia na distinção entre atualidade e potencialidade. Por isso, o atual sempre é como é; e se dá simultaneamente em todo o mundo junto de outras atualizações. Todo sistema executa (ou não) suas operações na atualidade, razão pela qual nunca pode dar-se a liberação da arbitrariedade”.

<sup>143</sup> E, nesse sentido, o “mundo” não deixa de ser o que Luhmann já havia caracterizado na sua Sociologia do Direito: “[n]a experimentação a complexidade e a contingência de outras possibilidades aparecem estruturalmente imobilizadas como ‘o mundo’, e as formas comprovadas de seleção relativamente imune a desapontamentos aparecem como o sentido, cuja identidade pode ser aprendida – por exemplo como coisas, homens, eventos, símbolos, palavras, conceitos, normas” (LUHMANN, 1983, p. 46).

<sup>144</sup> “La función de su estructura dual es organizar la atención de manera alternante entre la actualidad, que es cierta pero inestable, y la potencialidad, que es incierta pero estable. En efecto, tenemos que pagar por nuestro mundo, y lo hacemos con la inestabilidad o con la incertidumbre. Esto significa que no tenemos acceso a la certidumbre estable” (LUHMANN,

É produtivo entender que, no âmbito da experimentação, a complexidade aparece como indeterminação; indeterminação de ordem temporal, inclusive. Existe uma angústia relativa ao futuro que, como vimos, é a razão de ser de estruturas antecipadoras de expectativas. Antes de ser confrontada com o sentido, a complexidade como indeterminação é ela própria indeterminável. O sentido reduz a complexidade e as possibilidades de futuro a uma determinabilidade indeterminável<sup>145</sup> e, dessa maneira, alivia a consciência de tomar decisões impossíveis.

Se a vertigem da decisão e a indeterminação do futuro sobre o qual a consciência deve decidir são as raízes de seu desconforto, não é à toa que, como diria Luhmann, a Sociedade moderna representa o futuro como risco<sup>146</sup>. Isso porque a responsabilidade sobre o gerenciamento dos riscos é passada da consciência para estruturas sociais, comunicativas. Na Sociedade moderna, funcionalmente diferenciada, o sentido é especialmente significativo enquanto meio reprodutor daquelas estruturas comunicativas especializadas que, sem ressalva alguma, correspondem aos sistemas sociais parciais funcionalmente diferenciados.

Fica cada vez mais indefensável, portanto, o antigo individualismo metodológico. Também já não é mais com consciências, com os indivíduos por elas animados ou suas ações que se preocupam as ciências sociais e a Sociologia do Direito em particular. É certo, no entanto, que a comunicação

---

1998, p. 29). (Tradução nossa): "A função de sua estrutura dual é organizar a atenção de maneira alternante entre a atualidade que é certa, porém instável, e a potencialidade, que é incerta, porém estável. Com efeito, temos de pagar por nosso mundo, e o fazemos com instabilidade ou com incerteza. Isso significa que não temos acesso à certeza estável".

<sup>145</sup> "En esta acepción, el mundo del sentido representa la selectividad impuesta y se caracteriza por una determinabilidad indeterminada" (LUHMANN, 1998, p. 29). (Tradução nossa): "Nesta aceção, o mundo do sentido representa a seletividade imposta e se caracteriza por uma determinabilidade indeterminada".

<sup>146</sup> "Las formas en las que se despliega la paradoja del Tiempo no obedecen a una elección arbitraria. La mayoría de las diferenciaciones y su irreductibilidad lógica ofrecen la posibilidad de coordinar las semánticas del tiempo con las estructuras de la sociedad. De este modo se reajustan a las limitaciones estructurales de la formación del sentido, ganando con ello en plausibilidad. Este trasfondo nos conduce a la tesis de que la sociedad moderna representa el futuro como riesgo" (LUHMANN, 1996, p. 160). (Tradução nossa): "As formas nas quais se desenvolve o paradoxo do tempo não obedecem a uma escolha arbitrária. A maioria das diferenciações e sua irreductibilidade lógica oferecem a possibilidade de coordenar as semânticas do tempo com as estruturas da sociedade. Desse modo, reajustam-se as limitações estruturais das formação do sentido, ganhando com ele em plausibilidade. Esse plano de fundo conduz à tese de que a sociedade moderna representa o futuro como risco".

como realidade produtora de sentido tem seu status epistemológico desafiado por propostas alternativas. Constructos como “consciência coletiva” ou “intersubjetividade” também concorrem pelo lugar teórico que a comunicação ocupa na descrição estudada.

Consciências não têm nada de coletivo. Cada consciência é um universo operativo fechado que se relaciona somente cognitivamente com seu exterior, tal como este lhe aparece. O problema que daí segue é o do “que está por trás daquilo que se denotava daquela maneira?” É certo que as respostas são alternativas e variam ao longo da história: Deus, o espírito da história, a cultura, o *ethos* da comunidade, uma moral natural, o modo de produção, a linguagem, a intersubjetividade. Quando comparada com essas, a comunicação como operação genuinamente social é relativamente recente. E o esquema teórico luhmanniano é frequentemente questionado por alternativas. Cada alternativa é uma possibilidade de descrição e, como visto, a própria Sociologia, enquanto sistema parcial científico, lida com uma indeterminação interna que implica tensão com a própria contradição, com a negação da descrição atual.

Dentre essas alternativas/possibilidades, no entanto, existe uma particularmente problemática para Luhmann. Problemática porque omite a diferença entre o sentido para a comunicação e o sentido para a consciência. Trata-se da *intersubjetividade* enquanto fórmula epistêmica. Quanto a ela, Luhmann é categórico:

[...] dicha fórmula es una noción paradójica, pues indica lo que no indica. En última instancia sirve para introducir en una teoría que parte de la subjetividad de la conciencia algo que ésta no puede concebir. Cuando uno, como hacen Habermas y otros, recurre a la noción de intersubjetividad como indicadora de un nivel de validez, con ello lo que se hace es disolver sus componentes – inter y sujeto –. De este modo, en un mismo movimiento, se está anulando el concepto de sujeto y apelando a un fundamento teórico que de ningún modo se ofrece, sino sólo se insinúa (LUHMANN, 1998, p. 32)<sup>147</sup>.

---

<sup>147</sup> (Tradução nossa): “[...] dita fórmula é uma noção paradoxal, porque indica o que não indica. Em última instância, serve para introduzir em uma teoria que parte da subjetividade da consciência algo que essa não pode conceber. Quando se recorre, como fazem Habermas e outros, à noção de intersubjetividade como indicadora de um nível de validez, o que se faz é dissolver seus componentes – ‘inter’ e ‘sujeito’ –. Desse modo, num mesmo movimento, se está anulando o conceito de sujeito e apelando a um fundamento teórico que de nenhum modo se oferece, somente se insinua”.

Embora trata-se de um tema já discutido anteriormente, faz-se necessária uma breve retomada. Ao se falar em intersubjetividade, se obscurece, simultaneamente, o “inter” e o “subjetivo” e se confunde comunicação e consciência. Porém, mais importantemente aqui, o que se segue é que não se diferencia a função do sentido para a comunicação e para a consciência e se é obrigado a recorrer a metáforas.

Parece ser por isso que Luhmann transforma o problema da intersubjetividade em um paradoxo. A noção paradoxal de intersubjetividade então deve ser desenvolvida para que inclua de forma não paradoxal as suas próprias contradições. Trata-se de inserir-se assimetrias, diferenças que fazem a diferença. A solução de Luhmann para esse problema foi a sua decomposição em sistemas autônomos responsáveis por observações próprias e observações de observações. Isto é, um esquema de observações de primeira e de segunda ordem no modelo do *second order cybernetics* de Heinz von Foerster<sup>148</sup>.

Aquilo que se observa como “subjetivo”, relativo ao sujeito ou à consciência, passa a ser observado como sistema psíquico. Mas também aquilo que se observava como “inter” é também algo que se observa como uma observação relativa a um sistema: o sistema social. Trata-se, novamente aqui, de uma observação de segunda ordem, da espécie de construtivismo que a *Teoria dos Sistemas* é capaz de construir e não de uma ontologia sistêmica<sup>149</sup>. A particularidade do social se encontra, portanto, no encerramento

---

<sup>148</sup> Nesse sentido: “I submit that the cybernetics of observed systems we may consider to be first-order cybernetics; while second-order cybernetics is the cybernetics of observing systems” (FOERSTER, 2003, p. 285). (Tradução nossa): “Eu assumo que a cibernética de sistemas observados pode-se considerar como cibernética de primeira ordem; enquanto a cibernética de segunda ordem é a cibernética de sistemas observadores”.

<sup>149</sup> “Todo aquello que sea susceptible de indicarse como ‘inter’ es algo que se observa a través de límites sistémicos, por lo que para cada sistema es un ‘inter’ distinto. Luego no existe un mundo objetivable con independencia de los sistemas, un mundo ontológico. Lo más que se puede conseguir es que un sistema observe cómo observa otro sistema. En consecuencia, la teoría de un mundo ontológico tiene que ser sustituida por una teoría de la observación de segundo orden, o, como diría Heinz von Foerster, por una *second order cybernetics*” (LUHMANN, 1998, p. 40). (Tradução nossa): “Tudo aquilo que seja suscetível de indicar-se como ‘inter’ é algo que se observa por meio de limites sistêmicos, pelo que, para cada sistema é um ‘inter’ distinto. Logo não existe um mundo objetivável com independência dos sistemas, um mundo ontológico. O mais que se pode conseguir é que um sistema observe como observa outro sistema. Em consequência, a teoria de um mundo ontológico tem de ser substituída com uma teoria da observação de segunda ordem, ou, como diria Heinz von Foerster, por uma *second order cybernetics*”.

operativo dos sistemas perpetuados pela autopoiese da comunicação<sup>150</sup> e na abertura cognitiva para a realização de hétero-observações.

O sentido, perpetuado tanto no “inter” quanto no “subjetivo”, tanto na comunicação quanto na consciência, adquire uma dimensão completamente diferenciada, portanto, dependendo da referência sistêmica apontada. O sentido para o psíquico, na experimentação fenomênica, assume a forma de expectativa – a ser qualificada (ou não) na eventualidade de sua frustração. A redução de complexidade mediante a formulação de expectativas significa que a consciência desenvolve rotinas recursivas para selecionar possibilidades de futuro e, assim, aliviar a angústia existencial produzida pela complexidade e a contingência da experimentação, mas sobre isso já foi feita discussão.

O sentido dos sistemas sociais, reproduzidos por operações de comunicação, procede diferentemente. Luhmann recupera a ideia de Bateson de que a comunicação funciona como multiplicação da redundância<sup>151</sup> e isso significa, para nós, que ele é o responsável pela generalização de expectativas. Quer dizer, os diversos sistemas psíquicos, acoplados ao sistema social, ao observar um evento comunicativo, são irritados de maneira a formular expectativas exatamente na medida de seus acoplamentos estruturais ao sistema social. Mesmo o sistema do Direito se constitui como um referencial sistêmico objetivado em um processo histórico (evolutivo) que, segundo suas próprias seleções, independentemente das preferências subjetivas, generaliza expectativas.

---

<sup>150</sup> “La buscada ‘unidad’ de lo social, que no era concebible como ‘inter’ de lo subjetivo, no es otra cosa que la autonomía y clausura de este modo de operación” (LUHMANN, 1998, p. 42). (Tradução nossa): “A busca da ‘unidade’ do social, que não era concebível como ‘inter’ do subjetivo, não é outra coisa que a autônômica e encerramento desse modo de operação”.

<sup>151</sup> “[...] que no se entienda la comunicación como una ‘transmisión’ de algo desde un sujeto a otro. Esta metáfora de la transmisión es inservible ya por el simple hecho de que aquel de quien se dice que en una comunicación transmite algo no se deshace realmente de ello, sino que lo conserva. De ahí que Gregory Bateson haya propuesto entender la comunicación como multiplicación de la redundancia, puesto que tras haberse verificado una comunicación se puede preguntar a más de una posición qué es lo que ha sido comunicado.” (LUHMANN, 1998, p.40) (Tradução nossa): “[...] que não se entenda a comunicação como uma ‘transmissão’ desde um sujeito para outro. Esta metáfora da transmissão é inútil pelo simples fato de que aquele de quem se diz que em uma comunicação transmite algo não se desfaz realmente deste, mas mantém [este algo]. Daí que Gregory Bateson propôs entender a comunicação como multiplicação da redundância, posto que uma vez verificada uma comunicação, se pode perguntar à mais de uma posição o que é que foi comunicado.”

O sistema do Direito pode não controlar o comportamento dos indivíduos, como antes se poderia acreditar, mas ele pode, efetivamente, generalizar expectativas normativas de tipo especial por meio das quais os sistemas psíquicos são capazes de orientar-se com certa margem de certeza, mas não de segurança.

#### 4.2.4. O conceito de Direito das expectativas normativas em Luhmann

A expectativa normativa não passa de uma estratégia de estruturação de sentido que é antecipada por estruturas sociais concretas. Dentre essas estruturas mais ou menos visíveis, destaca-se o sistema funcionalmente diferenciado do Direito. A expectativa normativa não faria sentido se, como em Kelsen, o Direito fosse o produto teórico de um tipo especial de observação. Quanto a isso, em que pese a expectativa normativa ser o produto de uma observação de segunda ordem, não implica que observações de segunda ordem sejam exclusivamente para a observação do Direito. As expectativas generalizadas pelo sistema da economia e da ciência também são o produto de observações de segunda ordem. A diferença radica nos sistemas parciais que estão sendo observados, esses identificados de acordo com a função que desempenham no complexo social.

Para a Sociologia do Direito de Luhmann, o Direito é um sistema social *concreto* responsável por generalizar expectativas normativas de tipo especial: expectativas normativas sobre expectativas de comportamento. E mais, expectativas normativas especialmente selecionadas em virtude da sua importância para a reprodução social.

Diferentemente do conceito de Direito das normas jurídicas que, observado anteriormente, esse não se trata de um conceito analítico. Luhmann parte do Direito tal como ele pode ser observado pelos juristas, mas ainda assim indiferente para com as teorias específicas do Direito.

O Direito, mesmo que, como antes, um produto da observação, é tratado como um fato social que, portanto, não é acessível somente mediante pressuposições de tipo especial que, segundo seus próprios ditames, produzem limites para um objeto inédito. Na verdade, na medida dos pressupostos epistemológicos da *Teoria dos Sistemas*, ele é realidade que

impõe-se ao observador, não sendo sua observação facultativa. Para a teoria dos sistemas sociais, ignorar a existência concreta do Direito na Sociedade não é somente improdutivo, não é sequer razoável. Os pressupostos especiais que, em Kelsen, modulavam a descrição do Direito como fato normativo especial são prescindíveis aqui. A descrição sociológica do Direito, em Luhmann, aparece como contingente, alternativa e possível, não reclama autoridade.

Enxergar no Direito um sistema parcial funcionalmente diferenciado da Sociedade configura uma estratégia descritiva localizada no contínuo da história social. Ela mesma não está acabada. A descrição do Direito tem de lidar com seus próprios paradoxos e com a própria indeterminação. Assim como o próprio Direito, enquanto sistema social em permanente evolução, o conceito de Direito também não cobra universalidade; é a descrição do Direito moderno, da moderna Sociedade funcionalmente diferenciada, mas também de um Direito que não foi assim sempre, nem assim sempre será.

#### **4.3. Sobre a suposta restrição disciplinar da teoria do Direito de Hans Kelsen e uma alternativa transdisciplinar na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**

Enquanto o conceito de Direito das normas jurídicas serve somente para estabelecer a clausura disciplinar do próprio objeto, o conceito sociológico pretende ser uma (auto)descrição parcial da Sociedade como um todo. O primeiro conceito afasta o Direito de toda outra possibilidade de tematização, ao passo que o segundo conceito é desenhado especialmente para um diálogo transdisciplinar. O conceito de Direito das expectativas normativas abre possibilidades para transdisciplinariedade e para as diversas possibilidades de tematização do Direito, enquanto o primeiro simplesmente diz “o que ele é”.

Mas quais as vantagens de assumir-se uma perspectiva sociológica para a descrição do Direito? Isso deveria, por acaso, significar que o primeiro conceito de Direito já esgotou seu potencial descritivo? Essas preocupações podem ser dimensionadas sob a temática da transdisciplinariedade. É o tema que pretende-se alcançar a partir das reflexões que seguem.

A transdisciplinariedade enquanto discussão não pretende ser uma exceção, de ruptura disciplinar, em um ambiente de debates científicos. Ao contrário, “[p]artindo de uma visão de que as descrições científicas da realidade (e aqui se inclui a Sociologia e o Direito) [...] é impossível não ver a transdisciplinariedade como parte integrante desse processo de construção do conhecimento” (MARTINI, 2016, p. 248-249). Trata-se de uma postura que tem faltado especialmente às pautas de discussão no campo do Direito que, como disse Sandra Regina Martini, “não deveria apresentar nenhuma dificuldade; porém, quando buscamos esta relação, não raras vezes encontramos (des)relações” (op. cit., p. 261-262). Por isso mesmo, para este trabalho, essa é uma perspectiva que pode conduzir à questão de como as teorias em análise contribuem para o fortalecimento do Direito enquanto disciplina.

Aqui é interessante, para nossos propósitos, partir de um ensaio de Luhmann chamado *A Restituição do Décimo Segundo Camelo: do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito*, escrito por Luhmann em 1985, mas publicado apenas postumamente e, portanto, também após a publicação da obra *O Direito da Sociedade*. Esse ensaio, que parte de uma metáfora (relativa ao uso do décimo segundo camelo) para o encerramento operativo dos sistemas<sup>152</sup>, deixa considerações produtivas sobre a observação do paradoxo constituinte do sistema jurídico, isto é, o paradoxo que permite a referência ao Direito e à produção de decisões de tipo jurídico – a saber: o paradoxo segue de que o Direito se encontra na origem (lógica, não histórica<sup>153</sup>; como Kelsen também havia determinado) do próprio Direito.

---

<sup>152</sup> Trata-se de uma estória famosa em que um matemático (um juiz, no caso trazido) se vale de um recurso externo (ao testamento) para realizar uma decisão impossível sobre a execução de uma herança. A quantidade de camelos é irrelevante – sendo irrelevante, portanto, o fato do camelo metafórico ser o décimo segundo que fecha a fração –, mas a existência do recurso simbólico do camelo desparadoxizador não o é. Sendo real ou uma ficção necessária, o camelo torna a decisão possível, o que leva Luhmann a investigar não o problema matemático ou a justeza da decisão, mas a natureza simbólica do camelo para o processo em tela. O texto afasta-se igualmente de pretensões “críticas”. “Trata-se [simplesmente da questão] do décimo segundo camelo. Ainda não foi decidido se ele deve ou não ser restituído. Apenas mostramos que esta decisão não pode ser tomada” (LUHMANN, 2004, p. 103).

<sup>153</sup> “Seguramente a ‘origem não deve ser entendida – ou sobretudo não pode ser entendida hodiernamente – como fato histórico. O direito deveria colocar-se na origem dele mesmo, para assim aumentar a distância que o separa das suas origens. Com isso, remete-se novamente [à discussão] para o problema da auto-referência” (LUHMANN, 2004, p. 49).

O paradoxo não é uma contradição e não deve ser abandonado como um erro. O sistema jurídico dá conta de escondê-lo e, efetivamente, opera com ele inserindo assimetrias que operacionalizem aquilo que parecia indiferente. Essas assimetrias dizem respeito ao código direito/não-direito (*Recht/Unrecht*) e sua aplicação recursiva sobre si mesma, por meio da qual o sistema jurídico reaciona à sua demanda por informação e, como consequência, produz expectativas de tipo normativo. Teorias do Direito, de uma forma ou de outra, enfrentam também esse paradoxo.

Teorias do Direito são teorias reflexivas na medida em que descrevem a auto-observação do sistema jurídico que opera procedimentalizando seu paradoxo constitutivo. A sua consequência seria a correspondência teórica daquele ocultamento, de modo a externalizar o paradoxo em algo que não pode ser alcançado pela consciência, ou então encerrá-lo no interior do sistema simplesmente como pressuposto cognitivo e esquecer-lo por lá mesmo. A Sociologia de Luhmann, ao invés de preocupar-se em como a consciência dá conta desse paradoxo, propõe um juízo de coerência, partindo do exterior comunicativo do Direito; ou seja, da sociedade com a qual o Direito se relaciona coerentemente<sup>154</sup>.

Isso não difere do que foi discutido no capítulo anterior, mas destaca-se que uma observação desde fora do Direito, do tipo sociológica, é capaz de tornar certo e “intersubjetivo” aquilo que é pressuposto pelas teorias reflexivas do Direito<sup>155</sup>. O jurista não precisa ter dúvidas de que as diferenças apresentadas como direito e não-direito encontram-se na Sociedade, mas uma observação de tipo sociológica permite ao observador prescindir dessas

---

<sup>154</sup> “[...] rapidamente se contestou a debilidade de ambas as posições: a esterilidade dedutiva da posição externa e a dissolubilidade auto-referencial da posição interna. Nós fazemos uma abstração [dessa crítica] pelo fato de que a solução não deveria ser buscada e encontrada ao nível da consciência, – e a correção trazida por Habermas e Apel está somente neste nível – mas sim, através das relações comunicativas dos sistemas sociais” (LUHMANN, 2004, p. 42).

<sup>155</sup> “A hêtero-observação pode ser feita a partir de uma pluralidade de posições e por meio de muitos observadores capazes de comunicação entre si. Ela deve preocupar-se com sua capacidade consensual, quer dizer, deve proporcionar uma certeza ‘intersubjetiva’. Para a auto-observação, existe apenas um observador: o sistema [que observa] a si próprio. Ela pode pressupor entretanto um acesso não-controlável e único sobre si mesma, operando sem um critério de controle” (LUHMANN, 2004, p. 53).

assimetriações para observar o paradoxo constitutivo do Direito no espaço e no tempo da Sociedade<sup>156</sup>.

A passagem de uma perspectiva da teoria reflexiva para a teoria sociológica do Direito é acompanhada não da destruição da diferença entre direito e não-direito, mas da inclusão daquilo que ficava excluído por ambos os lados da forma – excluído pelos limites auto-impostos do Direito. A investigação da relação entre o Direito e a Sociedade deve ser entendida como a inclusão do terceiro excluído<sup>157</sup>. E a observação se volta para os contatos entre sistema amplamente abarcador e sistema funcionalmente diferenciado:

O contato do direito com seu ambiente social deve ser tratado sob um outro sentido – como sendo suas oportunidades políticas, sua utilidade econômica, sua perturbação pelo contato do sistema em movimento etc., assim em torno de cada sistema é que se localizam os casos concretos. A função do sistema jurídico consiste em: assegurar a possibilidade de articulações jurídicas na sociedade e para a sociedade, e essa função só pode ser percebida após a diferenciação do sistema jurídico, mas não antes disso (LUHMANN, 2004, p. 60).

O funcional-estruturalismo aplicado por Luhmann à teoria dos sistemas sociais, ao transformar identidade em função, converte-se recorrentemente na tematização do terceiro incluído, um dos pilares da transdisciplinariedade, como descritos por Bassarab Nicolescu (2000, p. 9 e ss). O Direito aparece simultaneamente enquanto direito e não-direito, na medida em que é relevado

---

<sup>156</sup> “A resposta consiste em atribuir ao sociólogo a tarefa de observar o décimo segundo camelo. Esta ordem justifica-se pelo fato de o observador externo poder observar a auto-referência do sistema jurídico como um *paradoxo*. Com isso advém um duplo efeito: a observação da constituição paradoxal torna possível *ver mais do que o sistema em si pode ver*, e [do mesmo modo contemplar que] cada operação do sistema pressupõe uma des-paradoxização (*Entparadoxierung*) da auto-referência, além de tornar igualmente *impossível a apresentação de conclusões lógicas a partir da observação*, pois somente o sistema observado pode des-paradoxizar a si próprio” (LUHMANN, 2004, p. 56).

<sup>157</sup> “O direito (*Recht*) não pode ser igual ao não-direito (*Unrecht*). Quanto a isso não é preciso fazer objeções – mas caso fizéssemos, nos encontraríamos frente à questão de saber quem teria o direito de impedir e com qual direito. Isto é compreendido em si, e quem reivindica outra coisa, consegue ver com a lógica. Tal maneira de proceder deve ainda pressupor a regra do terceiro excluído. E fora do direito e do não-direito não se pode fornecer um terceiro valor, que não se interordena com ambos. Contudo, o terceiro valor se deixa eliminar? Mas mesmo secretamente não se chegaria a ele, e não se sentaria à mesa [da mesma forma] que o anfitrião e o convidado? Seguindo a Michel Serres, nós gostaríamos de nomear este terceiro valor como ‘parasita’. Ambos os valores, direito e não-direito, anfitrião e convidado, são tão ocupados um com o outro e tão intimamente ligados, que eles não notam que um terceiro já está sentado a bastante tempo à sua mesa, fornecendo uma ordenação adicional e que talvez consuma até mais que o anfitrião e o convidado juntos” (LUHMANN, 2004, p. 88).

fenomenicamente por diversos observadores externos. Sem prescindir daquela diferença com a qual o Direito efetivamente opera, a transdisciplinariedade, representada pela hétero-observação (sociológica) da auto-observação (reflexiva), significa a possibilidade do observador afastar-se do ambiente operativo do Direito, vislumbrar seu entorno e retornar ao Direito para uma observação sempre mais produtiva.

Os diversos “ângulos do paradoxo” não excluem que o Direito permaneça operando normativamente – ocupando-se da validade da produção normativa –, mas exigem que ele se relacione cognitivamente com o meio – significando que aquelas expectativas estabilizadas contrafactualmente aparecem objetivamente como fatos<sup>158</sup> para o observador externo. “O sistema vê as normas como normas (e se envolve inevitavelmente dentro de uma pretensão de validade tautológica). O observador vê as normas como fatos” (LUHMANN, 2004, p. 61).

Nessa discussão, a teoria kelseniana do Direito pode não parecer tão promissora, como apontava Luhmann:

Hans Kelsen identifica o décimo segundo camelo como norma fundamental sob pressuposição de que a teoria do direito seria uma ciência. Entretanto, a validade unicamente hipotética de tal norma ou sua fundamentação por [um argumento de] indispensabilidade contrutiva gera essa ambivalência própria do camelo emprestado (*Leihkamm*), e, por isso, não necessita ulteriormente de grande ajuda. [A validade da norma fundamental] deve-se a uma instância exterior, que neste caso é a ciência, e que pode dessa forma permanecer [como] uma hipótese. Não obstante ela continuar a possuir uma função normativa diretriz de operações (LUHMANN, 2004, p. 42).

Luhmann está certo ao apontar que a norma fundamental ocupa a posição do décimo segundo camelo na teoria do Direito de Kelsen. No entanto, sabemos que (recuperando a discussão do primeiro capítulo como também deste mesmo) a teoria pura de Kelsen revisou tardiamente a sua norma fundamental. Ela deixa de ser um fundamento *hipotético* e se torna uma

---

<sup>158</sup> “[...] podemos perceber muitos ângulos do paradoxo e, numa perspectiva que não diretamente acessível ao próprio sistema jurídico, visto que essa abordagem exige que se considerem as normas como fatos, mas sem permitir que o sistema jurídico conclua a partir dos fatos, as normas, e a partir destas, os fatos. Nós resolvemos este clássico problema pela distinção entre referências sistêmicas” (LUHMANN, 2004, p. 60-61).

“ficção” que permite a referência pura a normas jurídicas (ou morais positivas). Sua imprescindibilidade é substituída pela faculdade de seu emprego – como disse o próprio Kelsen – sendo a consequência de seu abandono a impossibilidade de referir-se normativamente ao Direito, mas tão somente a fatos (o ato de vontade, o comando, as estruturas sociais coativas etc.) que são somente acessórios descritivos do Direito. Acessórios não abarcados pelo método normativo propriamente dito, tratando-se antes – sabemos agora – de epifenômenos da relação do Direito com a Sociedade.

Será que não pode a recente e ignorada guinada da teoria pura ser demonstrativa de um modo descritivo mais produtivo? Será que ao invés de sepultarmos o método normativo, não deveríamos nos habituar a uma rotina de afastamentos e aproximações com a realidade normativa, que agora é permitida pela faculdade da norma fundamental? Essa guinada poderia significar a restituição do décimo segundo camelo e a abertura para a transdisciplinariedade. O próprio Kelsen, por exemplo, e isso não é segredo, nem sempre empenhava o rigor que cobrava no emprego do método normativo.

Um exemplo que é oportuno é o da *Paz por meio do Direito*. Já demonstramos como a sanção enquanto promessa de violência não respeita uma descrição exclusivamente normativa do Direito. Não obstante, Kelsen frequentemente recorre a ela para, por exemplo, caracterizar o Direito em diferença da Moral enquanto ordem normativa<sup>159</sup> – uma estratégia que já demonstrou-se falha no primeiro capítulo e que é contornada pelo método normativo. Não a sanção (que pode ainda ser atribuída diferenciadamente à moral<sup>160</sup>), mas a força física, isto é, a promessa de violência institucional – que

---

<sup>159</sup> “O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando – como já mostramos – se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme as normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física” (KELSEN, 2006, p. 70).

<sup>160</sup> “Há um modo de definir as normas morais que se refere precisamente à sanção. Afirma-se que são morais aquelas normas *cujas sanções são puramente interiores*. Por *sanção*, entende-se sempre uma consequência desagradável da violação, cujo fim é prevenir a violação ou, no caso em que a violação seja verificada, eliminar as consequências nocivas. A única consequência desagradável da violação de uma norma moral seria o sentimento de culpa, um estado de incômodo, de perturbação, às vezes de angústia, que se diz, na linguagem da ética, ‘remorso’ ou ‘arrependimento’” (BOBBIO, 2014, p. 154-155).

ainda é relacionável com o Direito – serviu para Kelsen assumir uma crítica do dogma da soberania e a defesa da organização política de um Direito internacional. O qual, diga-se de passagem, a sua doutrina creditava como o *único* Direito; sendo o Direito estatal, somente um segmento de um ordenamento mais amplo. Para Kelsen, o Direito pode muito bem ser descrito como organização da força<sup>161</sup>. Para ele, a guerra, enquanto violência institucional de estados contra estados, é representativa de uma sanção, ainda que em larga escala, como qualquer outra caracterizadora do Direito<sup>162</sup>. O seu diagnóstico é que o Direito internacional (o único Direito) opera com sanções, como guerras, que podem ser mais justas se aplicadas por meio de uma organização internacional à qual os estados seriam sujeitos.

A defesa da paz por meio do Direito<sup>163</sup>, dessa forma, baseia-se em uma descrição do e para além do Direito. Kelsen se vale do momento normativo para demonstrar do que se trata o problema, mas a problematização se ergue em eventos extranormativos. O problema é a guerra – um assassinato em massa<sup>164</sup>, diria Kelsen –, e o método normativo aparece para demonstrar em

---

<sup>161</sup> “La fuerza y el derecho no se excluyen mutuamente. El derecho es una organización de la fuerza” (KELSEN, 1946, p. 33). (Tradução nossa): “A força e o direito não se excluem mutuamente. O direito é uma organização da força”.

<sup>162</sup> “Estas sanções consistem, tal como as sanções do Direito estadual, na privação compulsória da vida, da liberdade e dos outros bens, particularmente de bens econômicos dos indivíduos. Na guerra, são mortos, estropiados e aprisionados indivíduos, é destruída a propriedade do Estado ou dos particulares; por meio das represálias, são confiscadas a propriedade do Estado ou a dos particulares e são lesados outros bens jurídicos. Estas sanções do Direito internacional não se distinguem, quanto ao seu conteúdo, das do Direito estadual. Mas são – como sói dizer-se – dirigidas contra o Estado. Se a guerra e as represálias têm o caráter de sanções e estas sanções se consideram dirigidas contra indivíduos, quer dizer, se o padecimento das sanções é atribuído ao Estado, nesta atribuição exprime-se que os indivíduo que efetivamente sofrem o mal das sanções pertencem ao Estado, isto é, estão submetidos à ordem jurídica cuja personificação é o Estado como sujeito de Direito internacional, enquanto tal, sujeito do delito de Direito internacional que constitui o pressuposto da sanção” (KELSEN, 2006, p. 358).

<sup>163</sup> “Nada es más peligroso para la paz que la existencia de un conflicto no resuelto y para cuyo arreglo pacífico no se provea un procedimiento obligatorio” (KELSEN, 1946, p. 66-67). (Tradução nossa): “Nada é mais perigoso para a paz do que a existência de um conflito não resolvido e para qual solução pacífica não se forneça um procedimento obrigatório”.

<sup>164</sup> “Hay verdades tan evidentes por sí mismas que deben ser proclamadas una y otra vez para que no caigan en el olvido. Una de esas verdades es que la guerra es un asesinato en masa, la mayor desgracia de nuestra cultura, y que asegurar la paz mundial es nuestra tarea política principal, una tarea mucho más importante que la decisión entre la democracia y la autocracia, o el capitalismo y el socialismo; pues no es posible un progreso social esencial mientras no se cree una organización internacional mediante la cual se evite efectivamente la guerra entre las naciones de esta Tierra” (KELSEN, 1946, p. 22). (Tradução nossa): “Há verdades tão evidentes por si mesmas que devem ser proclamadas uma e outra vez para que não caiam em esquecimento. Uma dessas verdade é que a guerra é um assassinato em massa, a maior desgraça de nossa cultura, e que assegurar a

que medida a guerra é um problema do Direito. A atitude transdisciplinar se vale da norma, mas vai além dela. O incômodo, para juristas críticos e sociólogos do Direito, do método normativo procede do fato de Kelsen não enxergar no seu esforço o empréstimo e a restituição do décimo segundo camelo. Mas seria muito precoce declarar a falência do método visto, por exemplo, que a defesa da paz se vale e, ao mesmo tempo, vai além do paradoxo original do Direito. O Direito aparece simultaneamente enquanto norma e fato; enquanto mandamento juridicamente objetivo e organização da violência; sem receio algum de sincretismo metodológico. Ou seja: isso não precisa ser razão para o abandono do método normativo, pode ser muito bem a razão de seu resgate, de sua importância, da inclusão do terceiro excluído.

Luhmann, ao perscrutar a natureza do décimo segundo camelo, também problematiza Direito sob o signo do terceiro excluído. Mas a norma não aparece aqui como o problema prático da organização da violência. Luhmann, em um ato de honestidade quase polêmico, aponta o terceiro incluído como precisamente aquilo que a norma jurídica oculta na diferença entre direito e não-direito. Diz ele: “[Este terceiro que] num primeiro momento nós havíamos apenas suposto, podemos agora identificar: trata-se da política” (LUHMANN, 2004, p. 88).

Luhmann nunca escondeu a importância da relação entre Direito e política. Nunca escondeu que o Direito é o canal simbólico predileto para a organização do poder, isto é, do meio de comunicação do qual se vale a política para tomar decisões coletivamente vinculantes. As decisões de tipo jurídico, enquanto ocupadas somente com julgamentos de validade, escondem um caráter crucial de sua descrição: o fato de elas se apresentarem também como decisões coletivamente vinculantes.

Na Sociedade moderna, o Direito é positivado. Isso quer dizer que ele se apresenta, onde quer que se apresente, como o produto de decisões. Na mesma medida, as relações de poder afastam-se da metafísica naturalista que as justificava nas Sociedades primitivas ou rigidamente hierarquizadas e

---

paz mundial é nossa tarefa política principal, uma tarefa muito mais importante que a decisão entre democracia e autocracia, ou entre capitalismo e socialismo; pois não é possível um progresso social essencial enquanto não se crie uma organização internacional mediante a qual se evite efetivamente a guerra entre as nações desta Terra”.

assumem agora a aparência de obrigações jurídicas *reversíveis*. Trata-se, como diria Marx, de um fetiche, de uma impressão fantasmagórica, alienante, ideológica; contudo (e sobretudo) real.

Sob a fórmula do *Estado de Direito*, a política e o Direito têm um no outro os seus pressupostos de legitimidade, de justificação e, no entanto, estranham-se com suspeita indiferença<sup>165</sup>. Os juristas e suas teorias reflexivas podem pressupor o fundamento de poder na ordem jurídica – no poder constituinte originário, por exemplo – ou reconhecê-lo trafegando vulgarmente na estrutura normativa, mas acreditam estar blindados da política pela constituição. Por crença ou orgulho, jamais admitiriam que a política estivesse instalada no paradoxo constituinte do Direito – que ela fosse o décimo segundo camelo<sup>166</sup>!

Essa foi, contudo, a conclusão que Norberto Bobbio chegou a partir do método normativo de Hans Kelsen. E, para a surpresa dos críticos, isso se deu justamente ao alcançar-se o vértice do sistema jurídico, em que Kelsen havia posicionado a sua norma fundamental<sup>167</sup>. Essa conclusão foi possível somente ao observar o paradoxo constituinte do Direito; ao restituir o décimo segundo camelo que é a norma fundamental. Ninguém questionou o seu direito a fazê-lo. O direito de restituição de camelos, ao menos os teóricos, nunca foi questão de Direito.

---

<sup>165</sup> “Política e direito têm sido conciliados sob a fórmula do ‘Estado de Direito’. Isto tem permitido ao direito externalizar seu próprio paradoxo e o esquecer no caminho da política. Tem-se partido do princípio de que uma criação do direito politicamente motivada é ‘justificada’ dentro do quadro da Constituição, de forma tal que a questão reside em saber se o direito não é mais estabelecido pela introdução da distinção direito e não-direito (*Recht und Unrecht*) [feita] por si próprio no interior do sistema jurídico. O terceiro excluído, o parasita, absorve este problema. O pensamento jurídico encontra-se profundamente deslocado do que é relevante. Sob a condição de estabelecer a validade do direito, a política tem sido convidada à mesa. Mas ainda assim, como nós podemos ver claramente, ela ainda se comporta como parasita” (LUHMANN, 2004, p. 89).

<sup>166</sup> “O parasita é o décimo segundo camelo. *Laudate nomen*. O parasita é o terceiro excluído. O paradoxo constituinte do sistema. A teoria jurídica pode tentar, com a ajuda da Sociologia e da sua observação externa, formular este paradoxo e as formas de o tratar para [enfim] encontrar o ponto de referência da reflexão da unidade do sistema, e talvez não exista nenhuma outra possibilidade significativa” (LUHMANN, 2004, p. 96).

<sup>167</sup> “[...] contrária e simetricamente à teoria [política] tradicional, a Teoria Pura do Direito deixa entender que, quando se alcança o vértice do sistema, não se pode mais separar o Direito do poder, e se torna cada vez mais difícil entender onde acaba um e começa o outro. A máxima dos legisladores ‘*Lex facit regem*’ se converte continuamente na máxima oposta, sempre apoiada pelos políticos realistas, ‘*Rex facit legem*’” (BOBBIO, 2006a, p. 191).

Foi preciso afastar-se da teoria pura como auto-observação do Direito, mas não prescindir da teoria pura. É preciso somente realizar-se dos limites da auto-observação. E é aí que o conceito sociológico de Direito apresenta suas vantagens.

Nenhum sistema, nós dissemos, pode observar-se do exterior. Auto-observação é possível, mas apenas como uma operação interna [do sistema]. Mesmo o Deus bíblico não sabia transcender a si próprio: ao experimentar, ele se tornou o diabo. Nós poderíamos transportar essa experiência profana para a reflexão jurídica e [para sua relação com] a sociologia. A sociologia tem algo parecido com a forma diabólica, e o jurista deve resguardar-se para não vender a própria alma. A superioridade, em termos dinâmicos e de capacidade de observação, que um diabo pode se permitir, não pode ser sustentada no interior do próprio sistema. Aqui, e somente aqui, ela se torna fatal" (LUHMANN, 2004, p. 101).

Essa “experiência profana” é altamente produtiva e pode, embora não precise, significar o abandono da descrição de um sistema como sendo redundante. No entanto, uma observação transdisciplinar do Direito permite ao jurista conscientizar-se das possibilidades da diferença direito/não-direito. Permite afastar-se dela e retornar (mais tarde) enfaticamente. Essa “atitude” é possível de diversos modos e não significa prescindir-se da teoria pura ou recorrer obrigatoriamente ao método sociológico. Mas não há razão para não se dispor de um arsenal conceitual que encontra-se aí disponível.

## 5. CONCLUSÃO

Em seu fundo, esta dissertação, ao realizar a análise comparativa de institutos teóricos pontuais, serve para abrir caminho para investigar as possibilidades e promessas de duas teorias do Direito. Isso porque o entusiasmo associado a uma boa observação do Direito redundava na frustração de ter-se que eventualmente abandoná-la por outra boa observação. Quando uma aparece como uma observação desde dentro e a outra como uma observação desde fora, pronuncia-se uma diferença que (dentro/fora) não pode ser superada pela observação. E dessa maneira, um dilema é construído e posto à prova.

A existência de possibilidades alternativas, contudo, compele a escolha. Trata-se da contingência da observação e da necessidade de seleção. O problema que se apresenta daí é que a escolha parece impossível somente com as informações apresentadas pelas teorias. E isso se deve à razão de se tratarem de teorias descritivas, as quais não esclarecem de imediato as vantagens críticas de se posicionar de uma ou de outra maneira. A responsabilidade pela decisão, quando isso acontece, recai sobre o observador que fica impossibilitado de abandonar qualquer perspectiva. Foi o que sucedeu com este trabalho. Este se absteve de tomar qualquer decisão tão comprometedora e se dedicou, dessa maneira, a descrever o que deveria ser descrito e comparar o que fosse comparável.

Nesse sentido, é devido revisitar o que foi descrito e comparado ao largo e ao fim deste trabalho, antes que as considerações finais tomem seu lugar. Isso porque as duas descrições do Direito, extensas e diversas em preocupação como o são, não poderiam ser nem descritas em sua integralidade, nem comparadas em generalidade. Para que a descrição e a análise sequer fossem possíveis, algumas seleções se fizeram imprescindíveis; seleções que precisariam ser dimensionadas sob uma mesma temática. E a temática que mais pareceu pertinente para a seleção do objeto foi a distinção entre o sentido normativo com o qual o Direito inevitavelmente opera, que é como costumava ser dimensionado o problema da validade jurídica, em contraste com o sentido factual, extranormativo, do qual o Direito era desvinculado e somente restava o problema de sua eficácia.

Tal distinção foi marcada de maneira muito diversa em Hans Kelsen e em Niklas Luhmann. Ela aparece na teoria do Direito de Hans Kelsen como a diferença normativo/factual (imputação/causalidade; sociedade/natureza), a qual adquire sentido exclusivo e serve para marcar a especificidade da descrição do Direito; isto é, da ciência do Direito. A ciência da validade do Direito, que não sustenta nenhum interesse real pela sua eficácia, se vale dessa diferença não somente como pressuposto metodológico, mas para qualificar seu próprio objeto. O Direito é inteiramente posicionado em um dos lados da diferença normativo/factual pela ciência jurídica que se declara suspeita para qualquer outra descrição que envolva o Direito (a sua eficácia, por exemplo, deveria ser abordada pela historiografia ou pela sociologia do Direito). Quando se disse, então, neste trabalho, que essa se tratava de uma teoria reflexiva do Direito ou de uma observação desde dentro, é a dupla normativo/factual que marca a distinção dentro/fora, à qual é referida a descrição. Como sendo ilustrativo dessa posição da teoria de Hans Kelsen, optou-se por partir para a análise comparativa desde o conceito-chave de norma jurídica, o qual é representativo desse conceito de Direito – isto é: dessa descrição do Direito – que se tornaria, em virtude dessa referência, comparável.

Niklas Luhmann procede diferentemente com a distinção temática. Aquela aparece na sua teoria não como a diferença normativo/factual, mas como a diferença normativo/cognitivo. Essa distinção já não conforma exclusivamente a descrição do Direito, visto que o Direito não é posicionado somente em um lado da forma. Quer dizer, ele permanece observável e essa distinção marca somente o tipo de observação que se pretende realizar. Quando essa distinção apareceu nos escritos de Luhmann, ela servia para qualificar expectativas em virtude da reação à sua frustração e, dessa maneira, o Direito acabou como estrutura responsável por generalizar expectativas normativas de comportamentos. A medida em que a teoria de Luhmann evolui, e a sua descrição do Direito resta sempre mais vinculada à sua teoria sistêmica, a dupla normativo/cognitivo se torna cada vez mais representativa de seu encerramento operativo e de sua abertura cognitiva. Assim, essa distinção significa que o Direito opera normativamente, mas relaciona-se cognitivamente com seu entorno. Então, normativo/cognitivo, mesmo que

permaneça marcando a diferença dentro/fora (do Direito), não marca a diferença entre ciência natural e ciência jurídica, visto que o Direito pode ser observado desde fora. Como sendo ilustrativo desse posicionamento teórico, optamos por partir da análise do conceito-chave de expectativas normativas, o qual é representativo do conceito de Direito resultante da teoria de Niklas Luhmann, que se torna, em virtude dessa referência, comparável.

É com base no exposto que foram mobilizados os autores selecionados e seus escritos para esta dissertação, a qual, contudo, não poderia se dar de maneira desregrada e um mínimo de rigor metodológico precisaria conformar a sua estruturação. Para isso serviram os objetivos específicos que foram distribuídos de maneira heterogênea ao longo deste trabalho. Retomando-os aqui, seriam estes: (a) estudar o modo descritivo da teoria pura do Direito de Hans Kelsen; (b) estudar o modo descritivo da teoria sociológica do Direito de Niklas Luhmann; (c) apresentar o conceito de Direito que fundamenta o conceito de normas jurídicas; (d) apresentar o conceito de Direito que fundamenta o conceito de expectativas normativas; (e) estudar a diferença entre os conceitos carregados pelos dois modelos teóricos sob as consequências de adotar-se uma ou outra estratégia descritiva. Estes seriam objetivos acessórios àquele principal de investigar as diferenças entre os conceitos de Direito que fundamentam os conceitos-chave de norma jurídica e expectativa normativa e sua distribuição ao longo dos capítulos se deu de maneira premeditada.

Ao estudo do modo descritivo da teoria pura do Direito de Hans Kelsen, foi dedicado o primeiro capítulo da dissertação. Não se tratou aqui de reexpor em minúcias todas as lições da *Teoria Pura do Direito*, todas as críticas que Kelsen faz a outros teóricos ou a razão de ser de todas as construções teóricas do normativismo de Kelsen, mas de apresentar os aspectos mais relevantes da sua teoria que conformam a descrição do Direito e das normas jurídicas que elegeram-se como referencial da análise. E ainda mais importante, era imperativo que essa primeira exposição se desse de maneira clara e didática, de modo que se compreendesse o propósito de cada opção teórica de Kelsen que foi resgatada neste trabalho. Afinal, todas elas eram relevantes para a compreensão do objeto, para o conceito de Direito.

Dentre os aspectos mais importantes do modo descritivo de Kelsen, um que não poderia deixar de ser mencionado é o conceito de imputação para o normativismo de Kelsen. Trata-se de uma categoria que inaugura a distinção entre normativo e factual, sobre a qual promoveu-se a investigação desta dissertação. Foi especialmente relevante resgatar de suas lições que essa não somente se trata de uma categoria análoga à causalidade, enquanto princípio lógico que conecta enunciados científicos, mas se trata, na verdade, de um modo de observação ao qual recorre o sujeito para a formulação daqueles enunciados. Ou seja, para Kelsen, as categorias imputação e causalidade não se referem a eventos físicos, mas a soluções metafísicas, seleções de sentido operadas pelo ego pensante e manifestas em enunciados científicos hipotéticos. Tratam-se de formas de pensamento que, quando assumidas pelo sujeito, significam o abandono de uma antiga metafísica retributivista e a separação formal entre factual e normativo, entre Natureza e Sociedade.

Contudo a separação entre fato e norma não conforma a especificidade do Direito. Do fato do Direito ser norma, não segue que toda norma seja Direito. Portanto também foi importante para o estudo do modo descritivo da teoria pura, apresentar a norma jurídica como o objeto de estudos da ciência do Direito que Kelsen pretendeu inaugurar. Dado se tratar do antigo problema de validade da norma jurídica, cumpriu somente apresentar em um primeiro momento aquilo que Kelsen chamou de teoria dinâmica do Direito, isto é, o estudo do Direito em seu sentido de produção. A verificação da norma jurídica, a despeito do universo normativo mais amplo que é a sociedade, torna-se possível, segundo o método de Kelsen, se aquela for produzida de acordo com outras normas jurídicas postas que lhe prestam validade. O que fica dessa exposição é que a própria norma jurídica, objeto de estudos da teoria do Direito, é possível de se destacar em um exame de verificação destas que retiram seu fundamento de validade de outras normas jurídicas que aparecem como hierarquicamente superiores. Essa hierarquização de normas aparece como uma assimetria que permite a descrição do Direito em seu sentido de produção. No tocante ao problema crítico de esclarecer o que se encontra ao alcançar o vértice desse ordenamento hierárquico, a metodologia kelseniana oculta a inevitável autorreferência com a pressuposição da norma fundamental. Em que pese a discussão da norma fundamental ser um

problema da ciência do Direito de Kelsen, o foco dessa descrição recai somente na validade da norma jurídica.

Esclarecidas a natureza da Sociedade e do Direito nas descrições precedentes, a ciência do Direito passou ao foco da descrição no segundo momento do capítulo que estudou o modo descritivo da teoria pura de Hans Kelsen. Em primeiro lugar, a separação meramente conceitual que Kelsen realizou entre Direito e Moral foi retomada como a separação entre moral e ciência jurídica. Dessa maneira, a orientação descritiva à qual Kelsen se ateve a todo momento, apareceu como uma exigência crítica dele aos observadores do Direito. Uma exigência de neutralidade axiológica; ou seja, cobrou-se o dever da atividade descritiva do cientista, que estaria impedido de qualificar a validade do Direito em função de qualquer coisa que não fosse o próprio Direito. Foi essencial perceber o caráter meta-teórico dessas considerações, justamente porque elas não se referem ao Direito, mas à ciência do Direito; quer dizer que a moral e a validade do Direito nunca foram um problema para o próprio Direito. Para Kelsen, no fim, tratava-se uma preocupação da ciência do Direito voltar-se para os fundamentos de validade da norma jurídica, tanto é que tal preocupação não é uma que aflige magistrados quando sentenciam ou legisladores quando legislam; somente para juristas enquanto estes persistem enquanto cientistas do Direito, observadores neutros perante seu objeto.

Por isso, o último aspecto que foi abordado durante o estudo do modo descritivo da teoria pura foi a posição estratégica da norma fundamental não para o Direito, mas para a teoria do Direito. Nesse sentido, não chega a ser novidade a apresentação da norma fundamental não como uma norma realmente, mas como um recurso teórico que permite a qualificação do objeto – a norma jurídica – sem nenhuma outra função evidente. Contudo, o aspecto mais significativo desse estudo diz respeito a uma auto-superação de Kelsen. A norma fundamental, como construção hipotética, havia aparecido ao longo da vida acadêmica de Kelsen como uma hipótese que era obrigatoriamente pressuposta e legitimava a observação normativa do Direito. Acontece que o próprio Kelsen admite não que não se tratava de uma hipótese e nem era o caso da sua pressuposição ser obrigatória. A norma fundamental aparece, portanto, como uma opção de estudos; uma “ficção” que permite referência a

um objeto, à norma jurídica, desvinculado do aparato coercitivo que a garante ou dos atos de vontade das autoridades que as inauguram. Dessa maneira, temos uma caracterização abrangente do modo descritivo da teoria pura de Hans Kelsen.

O segundo capítulo foi dedicado ao estudo do modo descritivo da teoria sociológica do Direito de Niklas Luhmann. Tal como optou-se por desenvolver o primeiro objetivo específico, aqui também não importava o resgate da *Teoria dos Sistemas* em sua inteireza, nem as leituras de outros teóricos, por mais ricas que fossem. Cumpriu, naquele momento, uma exposição didática dos pressupostos teóricos que conformam a descrição do Direito segundo a teoria social de Niklas Luhmann.

Como a descrição do Direito em Luhmann não é uma descrição restrita ao momento normativo do Direito, mas uma descrição do Direito da Sociedade, é com a relação entre esses que se preocupou o primeiro momento daquele estudo. Primeiramente, resgatou-se em Luhmann uma descrição da Sociedade enquanto o sistema social amplamente abrangente perpetuado pela autopoiese da comunicação. O que se destacou nesse primeiro resgate foi o afastamento dessa teoria sociológica do tradicional esquema sujeito/objeto que transforma a ciência e o Direito em produtos de formas especiais de pensamento. Segundo o esquema sujeito/objeto, as diferenças verdadeiro/falso e jurídico/antijurídico, bem como as estruturas de expectativas referidas sob esses códigos, não passam de objetos do pensamento em permanente dependência do sujeito. Afastando sujeitos ou indivíduos do seu conceito de sociedade e separando definitivamente sistemas psíquicos de sistemas sociais, Luhmann remete as estruturas referidas sob aqueles códigos à sua precedência concreta na Sociedade. Nem a ciência nem o Direito aparecem mais, portanto, como produtos de um especulador privilegiado.

Isso levou a questionar o lugar que a ciência e, especialmente, o Direito ocupam na Sociedade e na teoria social de Niklas Luhmann. Assim, o estudo do modo descritivo da teoria sociológica do Direito de Luhmann se volta para o Direito enquanto um sistema social funcionalmente diferenciado. “Saltou aos olhos”, naquela parte do estudo, o problema das formas de diferenciação que aparecem no diagnóstico da Sociedade. É da mais alta relevância que o Direito descrito por Luhmann, e pelo qual se interessa este trabalho, é na verdade o

Direito positivo, recente na história da Sociedade, que só passa a ter o atual grau de relevância na Sociedade moderna com a primazia da diferenciação funcional sobre outras formas de diferenciação. Nesse esquema, ao invés de categorias universais do pensamento, que seriam válidas em qualquer lugar do mundo e em qualquer momento da história, o Direito passa a ser denotado em virtude da função que desempenha na Sociedade; em virtude do problema social ao qual se destina resolver, ou, em outras palavras, em virtude do papel que cumpre para perpetuar a autopeiose da sociedade como um todo.

Uma vez localizada a Sociedade e o Direito no grande esquema teórico, o estudo do modo descritivo da teoria sociológica do Direito de Luhmann voltou sua atenção para a função que o sistema parcial do Direito desempenha na estrutura comunicativa do sistema social, amplamente abrangente da sociedade. Essa função diz respeito ao problema de referência temporal da comunicação no processo de autopeiose da Sociedade. A comunicação é recursiva, pois existe somente em referência a outras comunicações, seja para confirmar, contestar ou questionar comunicações ocorridas, ou ainda condicionar comunicações futuras. A continuidade das referências prescinde de um apego ao sentido do simbólico que é estabilizado mediante mecanismos de controle de contingência: normas. Por meio do Direito, as normas particularmente relevantes são selecionadas de modo a vincular de forma mais eficaz o recurso ao simbólico e à solidez das estruturas comunicativas. É enquanto estrutura social de estabilização que o Direito concorre para a autopeiose da sociedade e torna o improvável provável.

Essa é, contudo, uma explicação parcial da função do Direito, visto que para uma compreensão eficaz da função da norma, foi necessário contextualizá-la frente ao duplo problema da complexidade e da contingência da experimentação. É com esse resgate da Sociologia do Direito de Luhmann que foi encerrado o capítulo dedicado ao segundo objetivo específico. O cerne daquele resgate de teoria luhmanniana está em apresentar a formação de estruturas antecipadoras de expectativas em função da situação existencial que as consciências enfrentam ante a evolução da Sociedade e o incremento de sua complexidade. O recurso àquelas estruturas funciona como uma estratégia evolutiva de distribuição dos riscos sociais e as normas aparecem

para cumprir um importante papel frente à quantidade de possibilidades de realização do futuro e da inevitabilidade de um futuro sempre incerto.

Os últimos objetivos específicos, acessórios para a exposição pretendida, foram distribuídos ao longo do último capítulo da dissertação. Para apresentar o conceito de Direito que fundamenta as normas jurídicas em Hans Kelsen, o trabalho se voltou primeiramente para a diferença entre normas jurídicas e enunciados jurídicos. Essa diferença foi importante porque resgatou, a partir do modo descritivo da teoria pura, a diferença entre o Direito e a sua descrição. É importante na medida em que a preocupação deste trabalho para com a norma jurídica não tem a ver com sua natureza mandamental, mas com a sua descrição. Por isso, logo em seguida, o trabalho visitou a diferenciação didática que Kelsen faz entre lei jurídica e lei natural. Tratou-se de opor, naquele momento, uma descrição normativa de normas jurídicas, do tipo com a qual se descreve o Direito, a uma descrição causal de fatos. Também se trata de um resgate do modo descritivo da teoria pura nos seus mais profundos pressupostos: o da imputação enquanto categoria lógica que inaugura o tipo normativo, e a norma fundamental, que o tipo lógico que permite a referência objetiva a normas jurídicas postas. Ao fim da análise, chegou-se a um conceito analítico de Direito que aparece como um constructo objetivo, distinto do aparato coercitivo que lhe presta eficácia e do ato de vontade que o inaugura, que deve sua existência ao princípio de imputação e à norma fundamental que, enquanto pressupostos teóricos não hipotéticos, se apresentam enquanto formas especiais do pensamento. No tocante à essa definição, o conceito de Direito alcançado parece condizente com a hipótese que apresentamos na introdução.

O próximo objetivo ao qual nos ativemos, ainda neste capítulo, foi o conceito de Direito das expectativas normativas em Niklas Luhmann. Para isso, retornou-se ao modo descritivo da Sociologia do Direito de Luhmann ao resgatar, primeiramente, a diferença entre expectativas normativas e expectativas cognitivas. Tal diferença é basilar para este trabalho e foi apresentada pela primeira vez na obra Sociologia do Direito de Niklas Luhmann. Sua fundamentação pode ser resgatada a partir das considerações sobre a função social das normas jurídicas e ela marca a diferença entre duas estratégias de estruturação de sentido por meio de estruturas antecipadoras

de expectativas. Ao associar, posteriormente, as expectativas normativas à reprodução do sentido realizada pelo sistema social, resgata-se o papel do sistema do Direito na autopoiese da sociedade. Quer dizer que o Direito desempenha sua particularidade funcional, generalizando expectativas normativas uniformemente, multiplicando a redundância, de forma que o processo especulativo sobre as normas jurídicas não é produto de uma forma privilegiada do pensamento, mas da observação de um sistema social concreto inserido na realidade social. Tendo em vista os resgates do modo descritivo da Sociologia do Direito de Luhmann que foram realizados, o que apareceu foi um conceito de Direito bastante diferente daquele que Kelsen havia deixado. Aqui, o Direito se apresentou como um sistema social parcial funcionalmente diferenciado responsável por generalizar expectativas normativas sobre expectativas de comportamento. É ainda o Direito positivo da modernidade, da Sociedade moderna, e produto de decisões reversíveis. Mas de qualquer forma, não o produto de uma forma especial de observação, e sim da observação de algo mundano, uma estrutura concreta da Sociedade. Ou seja, no que pese agora dispormos de uma descrição mais completa da posição em que o Direito, enquanto sistema diferenciado funcionalmente, o seu conceito não escapa à hipótese apresentada na introdução. De fato a complementa.

O último objetivo específico, que é estudar a diferença entre os conceitos carregados pelos dois modelos teóricos sob as consequências de adotar-se uma ou outra estratégia descritiva, encerra o último capítulo e completa o propósito do presente trabalho de realizar uma análise comparativa entre os conceitos de Direito que foram abstraídos até então. Seguindo a temática da pesquisa, ao se comparar uma observação do Direito desde fora – representada pela teoria sociológica do Direito – com uma observação desde dentro – representada pela teoria pura –, opta-se por realizar a comparação da teoria sob o filtro da transdisciplinariedade, que significa justamente a atitude aproximar-se e afastar-se do seu objeto, isto é: ajustar-se a ir de dentro para fora e de fora para dentro para aproveitar-se o potencial crítico de conhecer o Direito. Neste último momento do capítulo, alguns resgates importantes foram realizados, em especial para desconstruir a impressão de que a teoria pura de Kelsen não permite excursões extradisciplinares amplamente produtivas. Mas também no sentido de esclarecer de que maneira

uma teoria sociológica do Direito, tal qual a de Luhmann, pode contribuir para explorar os diversos ângulos do paradoxo constitutivo do Direito de maneira a esclarecer suas implicações econômicas, suas consequências políticas, e, de forma geral, as origens sociais de suas transformações estruturais. Contudo reservamos as conclusões mais definitivas para este momento de considerações finais, uma vez tivessem resgatados os aspectos mais significativos dessa dissertação, da maneira como foram tratados até agora.

O que ficou visível com essas últimas reflexões do terceiro capítulo foi um certo contraste entre a hipótese que apresentamos na introdução e a conclusão acerca das diferenças entre os conceitos de Direito. Naquela oportunidade, havíamos dito que o conceito de Direito das normas jurídicas afasta o Direito de toda outra possibilidade de tematização ao passo que o outro conceito é desenhado especialmente para um diálogo transdisciplinar. Também havíamos dito que o conceito de Direito das expectativas normativas abre possibilidades para transdisciplinariedade e para as diversas possibilidades de tematização do Direito enquanto o primeiro simplesmente diz “o que ele é”. Tomada dessa forma, não haveria problema com essa asserção. Contudo, o que anteriormente se arriscou foi dizer que o potencial transdisciplinar e crítico da teoria sociológica do Direito, tal como desenvolvida por Luhmann, não encontraria par no normativismo kelseniano. Essa pressuposição pode ter sido devida inclusive à uma impressão geral sobre ambas as teorias, visto que tradicionalmente o normativismo kelseniano, diferentemente da teoria sistêmica, é visto como uma teoria a-crítica. A revisão bibliográfica abordada, contudo, não permitiu essa conclusão. Ao contrário, o que se constatou foi o potencial transdisciplinar de ambas as matrizes teóricas, uma vez questões fundamentais tenham sido esclarecidas. Apesar de que a pronunciada incompatibilidade entre as teorias exigem que essas possibilidades sejam abordadas com cautela. Quer dizer: constatamos a insuficiência da hipótese, mas não a indiferença entre as teorias. Essa diferença precisa ser melhor elaborada agora.

A transdisciplinariedade, quando aplicada sobre o método normativo da teoria pura kelseniana, suspende (mas não elimina) seus pressupostos analíticos (imputação e norma fundamental) e, assim, abre caminho para que o observador do Direito se depare com a complexidade social. Ao retornar ao

seu lugar de pesquisa, o cientista do Direito passa a se valer das vias que ligam a sua própria disciplina a uma série de outras observações produtivas, de maneira que o seu problema de pesquisa passa a ser um evento social multifacetado com um sem número de implicações e correspondências. As preocupações de Kelsen para com a paz por meio do Direito, bem como o desocultamento da política e do poder que Bobbio realiza ao subverter a norma fundamental no vértice do sistema jurídico, ilustram as ricas possibilidades de valer-se da norma jurídica como algo mais do que uma norma jurídica. Trata-se não de abandonar o método normativo em favor de preocupações de natureza política ou fatos sociais de qualquer espécie, mas da inclusão provisória da diferença na análise. Suspender a diferença entre normas vigentes e fatos eficazes pela noção complexa de normas que factualmente vigem. O esforço conceitual é arriscado, mas as consequências dessa espécie de observação são promissoras, ao menos quando se percebe a demanda prática para uma academia que não pode mais se furtar a debater sobre tipos lógicos poucos significativos ao ser confrontada com as angústias contemporâneas. Em um esforço crítico, observações similares às de Kelsen e Bobbio podem revisitar a norma fundamental para encontrar, para além do poder político, a saúde, o ensino, a *haute finance*, a divisão do trabalho social, a sujeição e a liberdade. Tratada a pesquisa com a devida cautela e certa reserva, as possibilidades são inúmeras.

Não há razão máxima, portanto, para recriminar o uso crítico dos pressupostos teóricos da teoria pura do Direito. Ao contrário, tal empenho deveria até mesmo ser recomendável. Contudo é de se questionar o quão promissor pode ser um esforço que parta daquela consideração normativa do Direito, encontre eventos extranormativos respaldáveis e, por fim, retornem à sua disciplina supercarregado de informação. Também deve-se questionar o quanto um jurista pode afastar-se do Direito e permanecer um jurista, e qual medida de zelo conceitual, esse deve manter para permanecer em diálogo com seus pares juristas. Ainda, e mais importante, como compatibilizar as considerações normativas sobre o operar do Direito com os aportes teóricos provenientes de outros campos de pesquisa; afinal, o Direito não é a única estrutura social complexa, a política – enfatizada diferentemente por Kelsen, Bobbio e Luhmann –, por exemplo, também dispõe de suas nuances e suas

liguagens teóricas que, sem uma grande quantidade de esforço, dificilmente seriam compatibilizadas com a gramática teórica do normativismo jurídico de Hans Kelsen. Contudo, o êxito precedente prova que tal compatibilização é possível.

O que se argumenta aqui é que, ao invés de improvisar-se ou formularem-se novos aportes teóricos que deem conta dessa compatibilização, é infinitamente mais viável valer-se de uma teoria como a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, que é uma teoria especialmente apta para lidar com a policontextualidade dos eventos sociais da modernidade. Trata-se de uma teoria que pode afastar-se provisoriamente do Direito para vislumbrar mais do que sua estrutura normativa, como por exemplo as suas vantagens econômicas, sua instrumentalidade política e até mesmo seus impactos científicos. O Direito interessa para os outros sistemas funcionais, não como um selecionador, mas na medida em que estes também operam de maneira a desempenhar suas funções no complexo social. A relação mencionada entre política, que é o sistema responsável por tomar decisões coletivamente vinculantes, e o Direito moderno que aparece justamente como o produto de decisões, foi exaustivamente explorada por Luhmann, por exemplo. A defesa da transdisciplinariedade é somente um aspecto do resgate do normativismo de Kelsen. A teoria dos sistemas de Luhmann, desenvolvida ao largo de décadas, por sua vez, já foi desenvolvida de maneira a dar conta da complexidade dos eventos sociais e de maneira a permitir a inclusão do terceiro excluído. Do fato de Luhmann enxergar na política o terceiro incluído implicado nas decisões de tipo jurídico, não segue que considerações alternativas ou adicionais não possam ser desenvolvidas, e nem que conclusões pontuais da teoria não possam ser questionadas. A promessa da teoria se encontra no método e não somente nos seus resultados; o que, aliás, é representativo das teorias críticas, em geral.

Satisfazendo ou não as expectativas construídas pela proposta da dissertação, tais são as conclusões alcançadas ao se comparar os conceitos de Direito que fundamentam as normas jurídicas em Hans Kelsen e as expectativas normativas em Niklas Luhmann. Isto é: ambas as teorias apresentam, resguardadas suas diferenças, potencial para pesquisas transdisciplinares. Isso quando se considera a temática explicitada pelos dois

conceitos-chave. No caso de Kelsen, quando as barreiras entre o factual e o normativo são momentaneamente suspensas e a norma jurídica é relevada enquanto fato eficaz. No caso de Luhmann, quando o operar normativo do sistema do Direito é relevado seu no relacionar-se cognitivo com as diversas estruturas da Sociedade.

Evidentemente, essa espécie de considerações sempre deixa espaços em aberto em que críticas eficazes podem ser realizadas e também lacunas referentes a temas que poderiam ser pertinentes à discussão e, contudo, não foram contemplados. Porém as considerações trabalhadas até aqui poderão ser de reflexão para discussões futuras que podem vir a sanar tais insatisfações.

Ainda assim, dentre essas insatisfações, existem algumas que merecem destaque como possíveis desdobramentos deste trabalho. Uma preocupação sobre a qual este trabalho não teve a capacidade de se deter sobre teria sido a preocupação para com uma teoria científica do Direito. Uma questão mais evidente seria a de que se Hans Kelsen teve sucesso ou não ao propor uma teoria científica do Direito (a partir da qual enunciados hipotéticos podem ser propostos). O trabalho demonstrou somente a convicção de Kelsen de que a descrição das normas jurídicas obedeceriam os parâmetros de uma especulação científica, que qualificaria seus enunciados sob a codificação verdadeiro/falso. Contudo, devido às características de uma ciência normativa reclamadas pelo próprio Kelsen, uma ciência que se presta à elaboração de leis jurídicas hipotéticas é de se indagar se os enunciados jurídicos se adequam ou não às modernas condições discursivas para serem qualificados como científicos. Por exemplo: codificação verdadeiro/falso, como visto, obedece tradicionalmente a um critério de falseamento que pode ser contornado com fins práticos mediante o esquema regra/excessão. Mas leis jurídicas, segundo as exigências de Kelsen, não podem ser falseadas porque não podem ser contestadas pela sua ineficácia factual; isso mesmo se tratando de proposições jurídicas (que se voltam ao conhecimento), e não de normas jurídicas (que se voltam ao comando). Não existe medida sob a qual qualificar a verdade ou a falsidade das proposições jurídicas que não um exame histórico-hermenêutico ou crítico-hermenêutico, cuja objetividade pode ser questionada por epistemes discursivas autônomas, sem prejuízo da

observação. Mesmo a proposta de Luhmann de que existem mecanismos por meio dos quais a estrutura de expectativas jurídicas consegue assimilar sua própria frustração se torna pouco convincente diante dessa problemática situação. Como se percebe, a dissertação aqui construída levanta mais questões que respondem quanto a essa discussão.

Mesmo se toda essa discussão não fosse um problema, subsistiria o problema crítico de saber se realmente precisamos de uma ciência *do* Direito. Ou será que seria sempre mais produtivo perguntar-se pelo lugar da ciência *no* Direito. Uma avaliação sociológica da espécie defendida pela teoria dos sistemas sociais poderia perguntar-se sobre os contatos habituais entre o sistema do Direito e o sistema da ciência. Perguntar-se sobre o impacto do Direito para as produções científicas, como a obrigatoriedade dos comitês de ética, a legalidade envolvendo publicações científicas ou mesmo sobre os impactos do Direito na produtividade de certos campos de pesquisa, por exemplo. O caminho inverso também seria produtivo, no sentido de perguntar-se sobre o rigor e o impacto da produção probatória nos processos judiciais, por exemplo. A pergunta acerca dos impactos da ciência *no* Direito, eventualmente pode tornar a discussão acerca de uma ciência *do* Direito altamente irrelevante.

Dentre outras questões para quais esta dissertação levantou mais perguntas do que as respondeu, destaca-se a seguinte: se existem diferentes teorias do Direito que se apresentam como alternativas entre si, como se formulam critérios para que se possa selecionar entre as alternativas. A questão não se trataria de uma busca pela teoria legítima do Direito, mas de uma análise factual do próprio mercado teórico. Por mais descrições alternativas do Direito que se possa apresentar, existem aquelas que dispõem de primazia sobre as outras em momentos e em comunidades distintas. É uma preocupação válida a de saber o porquê dessas opções serem realizadas da maneira que o são. Se a crítica do Direito deve ser levada a sério, ela deve deixar de ser uma preocupação metateórica e passar ao esclarecimento da investigação teórica. Se é que uma escolha deve ser possível, isso só acontecerá quando as teorias do Direito explicitarem seus compromissos com propostas de transformação social. Mesmo fora das pretensões de uma teoria

crítica, isso significa o potencial crítico de se conhecer o Direito e a discussão acerca dos riscos relativos ao conhecimento jurídico.

Enfim, as considerações relativas a possibilidades de pesquisas transdisciplinares a partir das teorias do Direito estudadas e as insatisfações resultantes do desenvolvimento dessa pesquisa bibliográfica se deram em fiel e honesto respeito ao material estudado ao longo da dissertação. E fica claro que nenhuma destas insatisfações poderia ter sido sanada somente com o recurso aos textos selecionados ou mesmo aos autores selecionados para este trabalho. Se as considerações finais vão redundar na rediscussão dessas questões, não há efetivamente como dizer. O futuro, afinal de contas, sempre aparece em uma medida de possibilidades – e em uma medida de incertezas.

## REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. Tradução: Nilson Moulin. São Paulo: Unesp, 2006a.
- \_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico*. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006b.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica*. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014.
- CORREAS, Óscar. *El otro Kelsen*. In: CORREAS, Óscar. *El otro Kelsen*. México: UNAM, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*. São Paulo: Editora Método, 2006.
- EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Tradução: René Ernani Gertz. Brasília: UNB, 1967.
- \_\_\_\_\_. *La sociologia del diritto*. In: FEBBRAJO, Alberto. *Verso un concetto sociológico di diritto*. Tradução: Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè Editore, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Replica*. In: FEBBRAJO, Alberto. *Verso un concetto sociológico di diritto*. Tradução: Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè Editore, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Rettifica*. In: FEBBRAJO, Alberto. *Verso un concetto sociológico di diritto*. Tradução: Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè Editore, 2010.
- FOERSTER, Heinz von. *Understanding understanding: essays on cybernetics and cognition*. New York: Springer-Verlag, 2003.
- KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito internacional e estado Soberano*. Tradução: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- KELSEN, Hans. *Society and nature: a Sociological Inquiry*. Chicago: University of Chicago Press, 1943.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral das normas*. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.
- \_\_\_\_\_. *O problema da justiça*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. *A democracia*. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. Forma de Estado y visión del mundo. Tradução: Gertrudis Payás. In CORREAS, Óscar. *El otro Kelsen*. México: UNAM, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. Epilogo. In FEBBRAJO, Alberto. *Verso un concetto sociológico di diritto*. Tradução: Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

\_\_\_\_\_. Replica. In FEBBRAJO, Alberto. *Verso un concetto sociológico di diritto*. Tradução: Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

\_\_\_\_\_. Una “fondazione” dela sociologia del diritto. In FEBBRAJO, Alberto. *Verso un concetto sociológico di diritto*. Tradução: Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

\_\_\_\_\_. Una fundamentación de la sociologia del derecho. In *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 12, 1992.

LUHMAN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. *Sociologia do direito II*. Tradução: Gustaco Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

\_\_\_\_\_. *Complejidad y modernidad*. Tradução: Jostxo Beriain; José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. *Das recht der gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1995.

\_\_\_\_\_. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução: Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2002.

\_\_\_\_\_. *La sociedade de la sociedad*. Tradução: Javier Torres Nafarrate. Ciudad del México: Herder, 2006.

MARTINI, Sandra Regina; SZINVELSKI, Martín Marks. Transdisciplina: do direito ao direito à saúde. In: MARTINI, Sandra Regina; COSTA, Bárbara Josana. *O movimento entre os saberes: a transdisciplinaridade e o Direito*. Porto Alegre: Visão, 2015.

MATURANA, Humberto. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas do conhecimento humano*. Tradução: Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Psy II, 1995.

\_\_\_\_\_. *A ontologia da realidade*. Tradução: Cristina Magro. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

\_\_\_\_\_. *Biología de la cognición y epistemología*. Temuco: Universidad de la Frontera, 1990.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do Direito na teoria da sociedade de Luhmann. In ROCHA, Leonel Severo. *Paradoxos da Auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Ijuí: Unijuí, 2013.

PAULSON, Stanley. *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*. Tradução: Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução: Leonidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 1972.

RANDOM, Michel. O Território do olhar. In RANDOM, Michel et al. *Educação e transdisciplinaridade II*. São Paulo: TRIOM, 2002.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, Leonel Severo. Teoria dos sistemas sociais autopoieticos. In ROCHA, Leonel Severo. *Paradoxos da auto-observação: percursos da Teoria Jurídica Contemporânea*. Ijuí: Unijuí, 2013.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

ROSAS, Ricardo; SEBASTIÁN, Christian. *Piaget, Vigotski y Maturana: Constructivismo a tres voces*. Buenos Aires: Aique, 2008.

TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Tradução: Manuel Cancio Meliá. Lima: ARA Editores, 2005.

VASCONCELOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. São Paulo: Papirus, 2013.

VENERIO, Carlos Magno Spricigo. *A concepção de democracia de Hans Kelsen*. Criciúma: UNESC, 2010.

WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder*. Florianópolis: UFSC, 1983.