

RECEBIDO EM: 25/02/2016

APROVADO EM: 10/06/2016

DIREITO, IMAGINÁRIO E JUSTIÇA: O DIREITO AUTOPOIÉTICO COMO MODELO JURÍDICO DA SOCIEDADE NA PÓS-MODERNIDADE (CAPITALISMO PÓS-INDUSTRIAL)

RIGHT, IMAGINARY AND JUSTICE: AUTOPOIETIC RIGHT AS A LEGAL MODEL OF SOCIETY IN POST-MODERNITY (POST-INDUSTRIAL CAPITALISM)

Luiz Rogério da Silva Damasceno

Mestrando em Direito pela UFC (Ordem Jurídica Constitucional)

Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB

Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Ceará - UFC

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Imaginário Social em Émile Durkheim: Fato Social, Consciência Coletiva e Solidariedade Social; 2 Da Solidariedade Orgânica à Solidariedade Mecânica e Reflexos nas Concepções de Direito e Justiça; 3 Autonomia do Direito: O Direito Autopoiético como Corolário das Solidariedade Orgânica nas Sociedades Pós-Industriais; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo procurou estabelecer um paralelo entre a teoria sociológica de Émile Durkheim (1858-1917) e a teoria do direito como sistema social autopoietico de Nicklas Luhmann (1927-1998). A partir das noções fato social, consciência coletiva e solidariedade social procurou-se demonstrar que o modelo jurídico adotado por um grupo social varia em conformidade com o tipo de divisão social e de solidariedade vigente na sociedade. Ao fim, conclui que o direito das sociedades pós-modernas e altamente especializadas é o direito autopoietico tal como proposto na teoria luhmanniana.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Imaginário. Solidariedade Social. Durkheim. Luhmann. Direito Autopoietico.

ABSTRACT: This article sought to establish a parallel between the sociological theory of Emile Durkheim (1858-1917) and the theory of law as autopoietic social system of Nicklas Luhmann (1927-1998). From the notions social fact, collective consciousness and social solidarity sought to demonstrate that the legal form adopted by a social group varies according to the type of social division and effective solidarity in society. In the end, it concludes that the right of postmodern societies and highly specialized is the autopoietic law as proposed in luhmannian theory.

KEYWORDS: Right. Imaginary. Social Solidarity. Durkheim. Luhmann. Autopoietic Law.

INTRODUÇÃO

Neste artigo pretendeu-se traçar um paralelo entre a teoria sociológica de Émile Durkheim (1858-1917) e a teoria do direito como sistema social autopiético de Niklas Luhmann (1927-1998). A partir das noções fato social, consciência coletiva e solidariedade social procurou-se demonstrar que o modelo jurídico adotado por um grupo social varia em conformidade com o tipo de divisão social e de solidariedade vigente na sociedade.

Num primeiro momento, procurou-se discorrer acerca da teoria sociológica de Durkheim, tentando estabelecer a conexão que o referido sociólogo faz entre mudança social e direito. Com efeito, para Durkheim, o processo evolutivo da humanidade inicia-se a partir do surgimento da divisão social do trabalho, quando então o homem deixa de viver no estágio da barbárie e passa a viver em sociedade, ou seja, quando aparece o que se convencionou chamar de civilização.

Em sequência, foram abordados os conceitos de solidariedade social em seus dois tipos fundamentais: solidariedade mecânica e solidariedade orgânica. O objetivo foi estabelecer a relação entre o tipo de solidariedade existente e as concepções de direito e justiça vigentes no grupo social. Com efeito, a depender do tipo de solidariedade teremos maior ou menor incidência de institutos jurídicos públicos ou privados, e a solidariedade também é determinante para saber o grau de autonomia do direito em relação a outros sistemas sociais como a economia, política, a moral e a religião, etc.

Por fim, tomou-se a teoria do direito como sistema autopiético de Niklas Luhmann como modelo jurídico da sociedade jurídica na “pós-modernidade” ou no chamado período do capitalismo pós-industrial. A finalidade foi apontar para a correspondência que há entre a atual forma de solidariedade social existente no grupo social, com alta especialização e interdependência, e o direito autopiético, mais autônomo e aberto para absorver as rápidas mudanças, a grande complexidade e a “liquidez” que caracterizam a sociedade dos tempos hodiernos.

1 O IMAGINÁRIO SOCIAL EM ÉMILE DURKHEIM: FATO SOCIAL, CONSCÊNCIA COLETIVA E SOLIDARIEDADE SOCIAL

Durkheim era discípulo de Auguste Comte (1798-1857), o pai do Positivismo Filosófico. Comte concebia que a evolução da humanidade percorreria três estágios evolutivos (“Lei dos Três Estados”): o religioso, o metafísico e o positivo. Por sua vez, Durkheim propõe

três fases para o processo de desenvolvimento da sociedade com base na chamada solidariedade social: a barbárie, a solidariedade mecânica e a solidariedade orgânica.

Assim como Comte em relação à Filosofia e ao conhecimento humano de um modo geral, Durkheim, que era discípulo de Comte, pretendia conferir à Sociologia o caráter de ciência autônoma, com método e objeto próprio¹. Para tanto, construiu a teoria do “fato social”, que seria o objeto próprio das ciências sociais, em especial da Sociologia. Para Durkheim o “fato social” é uma categoria sociológica capaz de dar objetividade ao comportamento humano em grupo². Além disso, estabeleceu um método próprio que parte de suas premissas fundamentais: ser independente da Filosofia e ser objetivo.

Para Durkheim, mesmo os fatos individuais não podem ser analisados apenas sob uma perspectiva individual e isolada, devendo sempre ser analisados à luz do que é determinado pelo convívio social, conforme as normas e regras onde o indivíduo é educado. Por exemplo, a higiene pessoal de uma pessoa (usar perfume, creme dental, a forma de cortar os cabelos, fazer as unhas, etc), embora seja um fato na maioria das vezes praticado na intimidade da pessoa – pois ninguém está olhando –, é determinado pelas regras do grupo social em que o sujeito está inserido.

Apesar disso, nem todo fenômeno humano deve ser considerado “fato social”. Para Durkheim, apenas os fenômenos sociais coercitivos, exteriores aos sujeitos e que apresentam certa generalidade no grupo social é que podem ser considerados como “fato social”. Em suma, o “fato social” apresenta por características a coerção, a exterioridade (consciência coletiva) e a generalidade³, sendo definido como “toda maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou ainda, toda maneira de fazer que é geral na extensão de uma sociedade dada e,

1 Tanto Comte como Durkheim almejavam aplicar às ciências sociais a mesma metodologia das ciências da natureza. Por exemplo, Comte dizia que os fenômenos sociais são como fatos naturais, submissos a leis naturais; por sua vez, Durkheim dizia que “a primeira regra e a mais fundamental é considerar os fatos sociais como coisas.”

2 ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Sociologia jurídica: fundamentos e fronteiras*. 3. ed. revista e ampliada, Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 62.

3 Logo, diferenciam-se dos chamados fenômenos orgânicos, ou seja, de mera ação, sem qualquer componente de representação como nos fatos sociais (ação + representação), e dos fatos psíquicos, que só tem existência na consciência individual e através dela.

ao mesmo tempo, possui uma existência própria, independentemente de suas manifestações individuais”⁴.

A partir desta noção básica de “fato social”, como objeto próprio da Sociologia, Durkheim fixa a premissa de sua teoria sociológica e desenvolve as ideias de consciência coletiva⁵, controle social e divisão social do trabalho, os quais seriam os elementos que funcionam como “pano de fundo” ou “imaginário” na formação dos grupos humanos desde a antiguidade até os tempos modernos. Nesse sentido, é na formação das chamadas “representações coletivas” que reside, segundo Legros et al, o imaginário social na teoria durkheniana,

Os trabalhos de Durkheim acompanham um clássico trajeto intelectual e universitário. Seu objetivo é definir, claramente, o campo da sociologia e dotá-la de uma base epistemológica sólida à parte das especulações filosóficas muito generalistas ou dos pressupostos da psicologia. Procura colocar os princípios explicativos que confirmam a cientificidade de sua tarefa. Dois anos após sua tese de doutorado, ele antecipa, em *Les règles de la méthode sociologique* (1895), que os fenômenos sociais não são simplesmente distintos dos fatos psíquicos, mas que “eles têm um outro substrato” e pertencem a um meio regido por leis próprias. Neste contexto, as representações partilhadas ilustram a maneira pela qual um grupo se vê em suas relações com tudo que o afeta. É no tecido do meio social interno que é preciso procurar seu fundamento. “A sociedade é uma realidade *sui generis*”, sintetiza ele em *Les formes élémentaires de la vie religieuse* (1912, p. 62), e a vida social é inteiramente constituída de representações que acrescentam sempre alguma coisa à dos devaneios íntimos do indivíduo.⁶

A “consciência coletiva” funciona como uma forma de cimento social, sendo responsável pela manutenção e estabilidade dos grupos sociais humanos. Sem ela, a sociedade humana não teria se desenvolvido e nem teria chegado ao estágio atual de complexidade alcançado com o

4 DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução de Paulo Neves; Revisão Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 13.

5 Consciência coletiva pode ser definida como o conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade que forma um sistema determinado com vida própria. Ela está espalhada por toda a sociedade, definindo numa sociedade o que é imoral, reprovável ou criminoso.

6 LEGROS, Patrick et al. *Sociologia do Imaginário*. Tradução de Eduardo Portanova Barros. Porto Alegre: Sulina, 2007. p. 54 (Coleção Imaginário Cotidiano).

advento da Modernidade. Com efeito, “a estabilidade dos hábitos resulta da consciência coletiva que os apoia”⁷.

Ocorre que para se fazer presente e efetiva na vida de cada indivíduo membro do grupo, a consciência social utiliza-se das instituições de controle social (família, escola, corporações de ofício, confissões religiosas, mercado, Estado, etc), as quais são responsáveis por impregnar na vida de cada indivíduo as regras, valores morais e normas constantes da consciência coletiva. Tais instituições cumprem a missão de coagir exteriormente o comportamento individual a fim de amoldá-lo ao comportamento médio desejado.

Cada grupo humano educa seus membros para que se comportem de acordo com uma conduta esperada. Os indivíduos até podem se desviar mais ou menos da média comportamental considerada normal e que deve ser observada por todas as pessoas, desde que esse desvio esteja dentro da margem considerada tolerável pelo grupo. O que não pode é o indivíduo extrapolar os limites estabelecidos pela consciência coletiva, sob pena de serem considerados como “comportamentos patológicos”, passíveis, portanto, de exclusão/punição pelo corpo social.

Nesse diapasão, fica evidente que a sociologia durkheniana dá primazia ao coletivo em detrimento do individual. Para Durkheim, o homem tem muito pouco de liberdade individual, já que todo o seu modo de ser e agir são decorrentes de um caminho já traçado pela coletividade. Isso fica bem evidente na seguinte passagem,

Não sou obrigado a falar francês com meus compatriotas, nem a empregar moedas legais; mas é impossível agir de outro modo. Se eu quisesse escapar a essa necessidade, minha tentativa fracassaria miseravelmente. [...] Ainda que, de fato, eu possa libertar-me dessas regras e violá-las com sucesso, isso jamais ocorre sem que eu seja obrigado. E ainda que elas sejam finalmente vencidas, demonstram suficientemente sua força coercitiva pela resistência que opõem. Não há inovador, mesmo afortunado, cujos empreendimentos não venham a deparar com oposições desse tipo.⁸

É interessante perceber o quanto essa concepção da sociedade influenciou a Ciência do Direito. O Direito, como fato social, seria um mero fato bruto, uma coisa, desprovido de toda e qualquer consideração

7 LEGROS, Patrick et al. op. cit., p. 55.

8 DURKHEIM, op. cit., p. 3.

axiológica e normativa. Como produto da sociedade, ele é imposto pelo grupo social ao indivíduo que pouco ou nada pode fazer para modificá-lo. Sua modificação e evolução até ocorrem, admite Durkheim, mas sempre em razão de uma movimentação coletiva, jamais individual.

Por exemplo, ainda hoje é corrente o entendimento de que a fonte material do Direito são os fatos sociais ou conjunto de fatores sociais⁹; ou, ainda, vige a máxima segundo a qual o Direito brota dos fatos. Inclusive, a visão de que o direito se caracteriza pela coação pode ser também apontada como uma decorrência dessa sobreposição do social sobre o individual, ou seja, o Direito é visto como instrumento de pressão da coletividade como meio de “normalizar” a condutas dos indivíduos desviantes, permitindo com isso a estabilidade e a manutenção do próprio grupo social.

Nesse sentido, explica Maria Helena Diniz¹⁰:

Durkheim refutou o jusnaturalismo de Kant e Rousseau, procurando demonstrar que os direitos naturais, inatos ou pré-sociais do indivíduo nada mais são, na verdade, do que direitos que lhe foram dados pela consciência coletiva, cujo órgão principal é o governo estatal, no decorrer de sua evolução histórico-cultural. Logo, a “pressão social” seria a causa dos fenômenos humanos, de modo que as manifestações superiores do pensamento não são produtos do indivíduo, mas da consciência coletiva. Consequentemente, pelo postulado sociológico-positivista, o direito vigente coincide com os valores jurídicos, que não passam do que de fato é como tal apreciado pela consciência coletiva. O Direito como fato social não é simples produto da consciência individual, mas resultado da consciência coletiva.

Léon Duguit foi quem elaborou o mais original e mais apurado dimensionamento da teoria sociológica de Durkheim no campo do direito¹¹. Para Duguit, o Direito forma-se espontaneamente, como produto natural das condições da vida social. “Toda sociedade é solidária no sentido de que pressupõe a divisão do trabalho social; toda regra de conduta contém preceito que, em último caso, objetiva a manutenção e aperfeiçoamento da solidariedade”¹². Daí ser sua teoria designada como solidarismo jurídico¹³.

9 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 284.

10 *Ibidem*, p. 103-104.

11 ARNALDO, Vasconcelos. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 112.

12 *Ibidem*, p. 113.

13 DINIZ, op. cit., p. 104.

Embora acreditando que o fato não é o único elemento constitutivo da realidade jurídica – há também os componentes axiológico e normativo –, não temos dúvida que esse conceito de “solidariedade social” reproduzido por Duguit foi a principal contribuição da teoria positivo-sociológica para o entendimento e evolução do Direito que se pretende apresentar neste opúsculo. Analisaremos tal conceito no tópico seguinte, mostrando a sua relação com a formação e concepção de Direito vigente na sociedade.

2 DA SOLIDARIEDADE MECÂNICA À SOLIDARIEDADE ORGÂNICA E REFLEXOS NAS CONCEPÇÕES DE DIREITO E JUSTIÇA

Conforme já salientado anteriormente, Durkheim divide a evolução da sociedade em três estágios ou fases evolutivas: a barbárie, a solidariedade mecânica e a solidariedade orgânica. Para ele o grupo social humano somente se forma, ultrapassando a fase da barbárie, a partir do momento em que divide as tarefas necessárias à sobrevivência de todos, ou seja, a sociedade humana organizada só existe a partir da divisão do trabalho social.

É a partir da divisão do trabalho social que surge a solidariedade social, a qual vai variar de acordo com a cultura e o grau civilizatório em que se encontra o grupo humano. Desse modo, para Durkheim, a divisão do trabalho social é a fonte da solidariedade social, solidariedade esta que não é apenas “necessária para o desenvolvimento intelectual e material das sociedades; é a fonte da civilização”¹⁴.

Durkheim vai classificar em dois tipos a solidariedade social, fundados na maior ou menor divisão do trabalho social: a sociedade mecânica (por semelhança), a mais antiga e elementar; e a solidariedade orgânica (por dessemelhança), a solidariedade das sociedades da Modernidade, fundada na maior complexidade e especialização da divisão do trabalho.

A solidariedade mecânica é aquela que prevaleceu nas sociedades pré-capitalistas, onde os indivíduos se identificavam através da família, da religião, da tradição e dos costumes¹⁵, mantendo uma certa autonomia e independência em relação à divisão do trabalho social, que é bastante restrita ou com pouca especialização. Havia pouca diferenciação social, com a sociedade hierarquizada em castas, com pouca ou quase nenhuma

14 DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

15 Por isso se diz que ela é uma solidariedade por semelhança ou similitude.

mobilidade social e a consciência coletiva exercia todo seu poder de coerção sobre os indivíduos¹⁶.

Já na solidariedade orgânica é onde a divisão social do trabalho encontra seu maior grau de especialização. Trata-se da solidariedade que surgiu com o advento da moderna sociedade industrial e com a implantação do modelo capitalista de produção, onde a alta divisão do trabalho e especialização da mão de obra tornam os indivíduos mais interdependentes. O processo produtivo é fragmentado em várias partes e o membro do grupo social já não tem domínio nem conhecimento acerca de todo o procedimento de fabricação. A consciência coletiva se afrouxa e a dependência mútua entre os membros aumenta. Por outro lado, como cada um se especializa numa atividade, a autonomia pessoal tende a ser maior.

Interessante observar os reflexos que essa divisão social do trabalho causa no Direito. Com efeito, a partir de como a sociedade organiza a divisão do trabalho, vige ou se estabelece uma concepção de Direito no seio do grupo social, com prevalência de um ou outro ramo. Aliás, Durkheim usa justamente o exemplo do Direito como modelo para explicar as diferenças entre a solidariedade mecânica e orgânica, isso porque

De fato, a vida social, onde quer que exista de forma duradoura, tende inevitavelmente a tomar uma forma definida e a se organizar, e o direito nada mais é do que essa mesma organização no que ela tem de mais estável e de mais preciso. A vida geral da sociedade não pode se estender num ponto sem que a vida jurídica nele se estenda ao mesmo tempo e na mesma proporção. Portanto, podemos estar certos de encontrar refletidas no direito todas as variedades essenciais da solidariedade social.¹⁷

Nas sociedades pré-capitalistas, cujos laços sociais baseavam-se na solidariedade mecânica, ocorria uma prevalência do Direito Público, notadamente o Penal, sobre o Privado. O ordenamento jurídico estava repleto de normas penais e o Direito não era autônomo, confundindo-se no mais das vezes com normas morais e/ou com a religião. Portanto, prevalecia na solidariedade mecânica o Direito Repressivo e a Justiça Retributiva.

16 Aqui as instituições de controle social exercem o auge de seu poder e a educação é realizada principalmente no âmbito familiar e das confissões religiosas.

17 DURKEHIM, 1999, p. 31-32.

O objetivo do Direito Repressivo é punir e reprimir as condutas desviantes, atacando as anomias¹⁸ e os comportamentos patológicos. O indivíduo praticante da conduta desviante, portanto, afastando-se do comportamento médio esperado (normal), deveria ser punido e, em regra, a aplicação da pena representava uma forma de exclusão (reclusão e/ou isolamento social), logo a Justiça era Retributiva porque tinha o foco na punição e na pessoa do apenado, ocorrendo o que se denomina de “funcionalidade do crime”, ou seja, o crime e o criminoso são usados como exemplo para que os demais membros do corpo social reflitam acerca das consequências decorrentes da prática de uma infração.

Já nas sociedades modernas, pós-industriais, de solidariedade orgânica, o Direito é Restitutivo e a Justiça Restaurativa. Ocorre aqui uma prevalência do Direito Privado sobre o Direito Público; em consequência, a prevalência do Direito Civil sobre o Direito Penal. O Direito torna-se cada vez mais autônomo em relação a outros campos sociais como a moral e a religião, sendo dotado de uma lógica própria (lícito e ilícito). O Direito humaniza-se e procura não apenas punir o infrator, mas reinseri-lo ou inseri-lo na sociedade.

Na solidariedade orgânica, o Estado laiciza-se e a sociedade passa a valorizar os conceitos de democracia e igualdade. Em razão de uma maior necessidade de mobilidade e flexibilização em todos os ramos da sociedade, tanto na produção como no comércio, ocorre conseqüentemente um reconhecimento mais abrangente dos direitos civis, dos direitos individuais e dos direitos humanos. Por consequência, o indivíduo passa a ser mais valorizado em detrimento do coletivo.

Conforme se verá adiante, a alta especialização da sociedade orgânica alcançada nos tempos atuais causará profundas repercussões no Direito. Notadamente, nos tempos hodiernos, o Direito também se especializou e se atomizou cada vez mais, deixando de ser um mero apêndice de outros ramos da vida social, como a política, a economia, a moral, a religião, etc., adquirindo um modo próprio de se relacionar com os outros campos ou sistemas sociais e com a própria sociedade.

É nesse sentido que se fala em Direito Autopoiético, que tem em Niklas Luhman seu principal teórico, e que será objeto de atenção no próximo tópico.

18 Anomia segundo a teoria de Durkheim não significa ausência de normas como a etimologia da palavra deixa transparecer, mas o desvio de conduta por parte do indivíduo do comportamento médio esperado.

3 AUTONOMIA DO DIREITO: O DIREITO AUTOPOIÉTICO DE NIKLAS LUHMAN COMO COROLÁRIO DA SOLIDARIEDADE ORGÂNICA NAS SOCIEDADES PÓS-INDUSTRIAIS

O Direito, conforme dito por Durkheim, sofre os influxos dos fatos sociais. Ele não é estático, de modo que para cada tipo de sociedade, a depender da forma de solidariedade social, corresponderá um modelo de Direito mais ou menos repressivo, mais ou menos restitutivo. Assim, numa sociedade complexa e com alta especialização na divisão do trabalho social, como é a dos tempos atuais do chamado capitalismo pós-industrial, a ordem jurídica vem passando também por profundas modificações.

A solidariedade vigente nos tempos hodiernos é logicamente uma solidariedade orgânica, mas com laços de interdependência bem mais fortes do que aqueles que vigiam nos tempos iniciais do capitalismo industrial. Inclusive, alguns autores já anunciam um novo tipo de solidariedade que caracteriza os tempos atuais de incertezas/complexidade e globalização digital conforme anuncia Rocha¹⁹,

Para muitos autores, nossos dias já correspondem a uma nova era, a Era do Conhecimento ou da Informação. Se isto for aceito como paradigma, então, seguindo as teorias de Émile Durkheim, está claro que um novo tipo de solidariedade deve estar a acontecer entre os homens do século XXI, e, portanto, um novo tipo de Direito e Justiça deverá ser pensado e surgir em breve – um tipo de solidariedade cívico-digital.”

Vivemos atualmente o tempo da “modernidade líquida” para usar uma expressão de Bauman²⁰⁻²¹. Justamente para este novo modelo de sociedade líquida, complexa e altamente especializada é que vem tomando corpo no seio da doutrina a teoria de Niklas Luhman acerca do denominado Direito Autopoiético.

Na teoria dos sistemas sociais autopoiéticos, o Direito constitui um subsistema do sistema social global. Ao lado de outros subsistemas, como a Economia, a Política, a Ciência, a Religião, etc, o Direito cumpre a missão de reduzir a complexidade do ambiente, absorvendo a contingência do comportamento social, tornando possível a tomada de decisões por

19 ROCHA, op. cit., p. 83.

20 BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

21 Bauman prefere o termo modernidade líquida ao invés de “pós-modernidade” por entender que este último de tão batido já virou um qualificativo ideológico.

meio da limitação das infinitas possibilidades. Por conta disso, o Direito é definido por Luhmann como uma “generalização congruente de expectativas comportamentais”.

Para Luhmann, o sistema jurídico integra o “sistema imunológico” das sociedades, atuando na prevenção de conflitos entre seus membros, o que faz mediante a garantia de “expectativas normativas” que atuam contrafaticamente, ou seja, que subsistem mesmo depois de frustradas. Por exemplo, a diferença entre o Direito e a Ciência estaria justamente nisso, ou seja, embora ambos atuem com a função de dar segurança e estabilidade ao sistema social global, a ciência atua na garantia de “expectativas cognitivas”, cedendo ou modificando-se ante e evidência dos fatos²²⁻²³.

No entanto, o Direito não é só ordem. Isso porque ele não atua contra ou negando o conflito, mas também se constrói no e vive do conflito, o que pode gerar desordem e novos conflitos. Daí porque Luhmann aponta o Direito como um dos principais fatores de integração social, mas também aponta seu papel desintegrador.

Com o advento da Modernidade, o Direito diferenciou-se dos demais subsistemas sociais, adotando uma forma própria de seleção de seus elementos constitutivos de sua estrutura e reduzindo a complexidade do ambiente, o que se dá através pela capacidade seletiva proporcionada pela auto-referência comunicativa decorrente da aplicação do código binário lícito/ilícito. Só o Direito diz o que é Direito, não dependendo de fatores do ambiente para determinar sua estrutura interna, por isso ele é Autopoiético.

Não há hierarquia entre o Direito e o ambiente, nem entre o Direito e os demais subsistemas sociais. Na verdade, tanto o direito serve de ambiente para os demais subsistemas, como estes são ambientes para o direito. Boaventura de Sousa Santos aponta essa característica do sistema jurídico nos tempos modernos:

O direito é um desses sub-sistemas, um sistema de comunicações jurídicas que funciona com o seu próprio código binário: legal/ilegal. O direito só se regula a si próprio. O direito é um ambiente que rodeia

22 A ciência “aprende” com os fatos, enquanto o direito tem a pretensão de manter-se mesmo quando violado suas normas.

23 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. Colaborador Henrique Garbelini Carnio. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 213-214.

os outros sub-sistemas sociais tal como este são o meio ambiente do direito. Mas, seja quais forem as “vibrações” ou “perturbações” que um dado sistema, em consequência da sua interdependência funcional ou coexistência, possa “causar” noutro sistema, elas terão irrelevantes se não forem convertidas em respostas ou reações autopoieticas.²⁴

Em que pese o Direito ser normativamente fechado, ele é cognitivamente aberto para os fatos, o que se dá, conforme ressalta Boaventura²⁵, por meio de “vibrações e “perturbações” provenientes do ambiente ou de outros subsistemas. Por isso se diz que o sistema é aberto e fechado ao mesmo tempo. Em suma, os fatos colhidos do ambiente servem de matéria prima para o Direito, mas eles são incorporados pelo sistema segundo a lógica própria do sistema jurídico (lícito/ilícito) através do acoplamento estrutural.

Neste aspecto, percebe-se uma nítida distinção entre a teoria de Luhman e a sociologia de Durkheim, pois, como visto, para este o Direito é um mero reflexo da solidariedade social reinante no grupo, ou seja, o Direito visto como mero “fato social”. Já para Luhman, o Direito recebe influência dos fatos, mas é “absorvido” segundo sua lógica própria.

Aliás, o fato de o sistema jurídico ser cognitivamente aberto permite, inclusive, que o Direito absorva princípios e/ou valores do jusnaturalismo e de outras correntes jurídicas existentes no ambiente, que, no entanto, sempre vistas como algo exterior e que precisa passar pelo crivo do código binário lícito/ilícito. Nesse sentido, o Guerra Filho²⁶:

As teorias críticas apresentam-se nessa perspectiva como um momento avançado no processo reflexivo do sistema de auto-observação, contribuindo conseqüentemente para o seu funcionamento operacional. O mesmo acontece com teorias jusnaturalistas e axiológicas, as quais não tem de ser necessariamente rejeitas pelos sistemas teóricos (autopoieticos), mas são, até certo ponto, incluídas em sua arquitetura teórica mais compreensiva.

24 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente – contra o desperdício da experiência*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 159.

25 Ibidem.

26 GUERRA FILHO, op. cit. p. 232.

Desse modo, o direito é um sistema autopoietico, que produz e reproduz suas próprias operações. Ele se diferencia do ambiente, mas, ao mesmo tempo que o influencia, é influenciado pelo mesmo através de “ruídos” que são codificados pelo sistema binário (lícito/ilícito), transformando-os em operações próprias, isto é, em normas.

Por conta disso, a teoria de Luhmann não mais coloca o direito no plano do ser/dever-ser (fato x norma). A ideia central do sistema jurídico tem como fundamento principal o código binário lícito/ilícito, porque os opostos não podem simplesmente ser excluídos, pois o todo, o universal, não pode ser construído, prescindindo do que está sendo negado. A unidade é a própria diferença e é construída a partir dos opostos²⁷.

Mas, afinal de contas, quais as consequências para Teoria do Direito ao considerá-lo como um sistema autopoietico?

Por primeiro, o direito autopoietico prescinde de uma fundamentação externa, não sendo determinado por autoridades terrestres ou dos textos, pelo Direito Natural ou revelação divina, ou seja, é o fim de qualquer fundamentação externa ao direito, passando essa fundamentação a se assentar na sua auto-referência, ou seja, na positividade (validade). Isso não quer dizer que essas fontes externas não influenciem o Direito, contudo elas são absorvidas ou integradas ao Direito segundo a sua lógica binária própria (lícito/ilícito).

A propósito, essa ausência de fundamentação externa ao Direito permite o reconhecimento de outras normatividades além daquela criada e estabelecida pelo Estado (monismo estatal). Com efeito, se o que define o que é Direito é o código binário lícito/ilícito (auto-referência comunicativa), nada obsta que formas alternativas e paralelas ao Direito estatal sejam também reconhecidas como sistemas jurídicos, fazendo ressurgir o pluralismo jurídico como corolário da diversidade e da alta diferenciação social.

De outra banda, também o direito autopoietico propõe a mitigação ou a relativização do dogma da segurança jurídica: como há uma contínua mudança estrutural, no sentido da satisfação de uma funcionalidade específica, existe a certeza apenas que haverá

27 QUEIROZ, Marisse Costa de Queiroz. O direito como sistema autopoietico: contribuições para a sociologia. *Revista Sequencia*, n. 46, p. 77-91, jul. 2003.

Direito, porém incerteza quanto ao seu conteúdo²⁸. O Direito vive o constante paradoxo entre a segurança e insegurança, de modo que “é possível concluir que o sistema jurídico se reproduz por uma alternância básica, circular, paradoxal (e contraditória) entre certeza e incerteza”²⁹.

Por fim, a teoria coloca o Judiciário no centro da produção jurídica, enquanto o legislativo está na periferia do sistema em acoplamento com o sistema político. O Judiciário por exercer continuamente o papel de dizer o Direito, aplicando-o ao caso concreto, de forma procedimental, permite a auto-observação do sistema, controlando a sua auto-produção. A esse propósito, Guerra Filho leciona:

Essas circunstâncias fazem do Judiciário a unidade do sistema legal que, por definição, opera de forma recursiva (i.e, numa relação auto-referencial) somente com elementos desse sistema, o que o torna um sistema “funcional diferenciado”. Embora haja elementos a serem encontrados nesse ambiente que também pertençam a outros – da moral, da economia, da política etc. -, enquanto eles são usados pelo Judiciário para justificar decisões, como por um “toque de Midas” são convertidos em elementos do sistema jurídico: o sistema é fechado com e não para o meio. E é porque esse fechamento operacional é postulado que o Judiciário ocupa o centro mesmo dos sistemas jurídicos que são autônomos, ou “autoprodutivos” (= autopoieticos), enquanto o Legislativo, juntamente com outras unidades, é periférico.³⁰

Desse modo, a Teoria do Direito como sistema autopoietico possibilita uma visão holística que permite vislumbrar não apenas o Direito que é, mas aquele que pode e poderia ser. Ao abrir-se para o ambiente, provoca uma maior repercussão interdisciplinar, possibilitando pensar o sistema jurídico como complexo, já que ele se comunica, mostrando-se, portanto, mais apto para reger a realidade altamente contingente e complexa que caracteriza a pós-modernidade.

28 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. Colaborador Henrique Garbelini Carnio. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

29 GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 263.

30 GUERRA FILHO, op. cit., p. 229-230.

4 CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que o Direito sofre os influxos dos fatos sociais, constituindo-se, portanto, em uma referência para se aferir o grau de solidariedade a que chegou um determinado grupo humano. De um passado de barbárie, onde o componente social ainda não se fazia sentir sobre as consciências individuais, até as modernas sociedades pós-industriais ou da modernidade líquida, foram experienciadas ordens jurídicas que atendiam em maior ou menor grau as necessidades de sobrevivência do grupo social.

A teoria sociológica de Durkheim retrata bem essa relação entre Direito e fatos sociais, até porque para o referido sociólogo o próprio Direito é visto como uma espécie de fato social que se impõe ao indivíduo como condição para manter a estabilidade e segurança das relações sociais dentro do grupo.

Para Durkheim, o que define a passagem da barbárie para da fase civilizatória foi a divisão do trabalho social. Com base nisso, ele propôs dois tipos de solidariedade social a depender do grau de complexidade em que se encontra o grupo social. A solidariedade mecânica, ou por semelhança, onde a divisão do trabalho ainda é insipiente e pouco complexa. E a solidariedade orgânica, ou por diferenciação, onde a divisão do trabalho é cada vez maior e mais complexa.

No entanto, o mundo contemporâneo, com sua alta liquidez e com a globalização, tem se mostrado cada vez mais contingente e complexo, a ponto de autores já proporem um novo tipo de solidariedade para caracterizar a divisão do trabalho. Trata-se ainda, para usar a classificação de Durkheim, de uma solidariedade orgânica, no entanto bem mais atomizada e especializada do que aquela que existia nos anos iniciais do capitalismo nascente. Logicamente, essa mudança na forma de solidariedade trouxe reflexos para o Direito, que necessita ser mais autônomo e aberto para responder de forma eficaz e satisfatória todos os inúmeros e crescentes conflitos hoje existentes no ambiente (meio social).

O Direito mais propício a atender a esta relevante tarefa seria o Direito como um sistema autopoietico tal como proposto por Niklas Luhmann. Só um Direito aberto cognitivamente para os fatos e para os outros subsistemas sociais através do acoplamento estrutural é capaz de dar as respostas necessárias e adequadas, de forma democrática, promover a estabilidade e manutenção da paz social numa sociedade de alta complexidade e diferenciação social.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 15. ed. São Paulo, Saraiva, 2003
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução Paulo Neves; Revisão Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *Da divisão do trabalho social*. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. Colaborador Henrique Garbelini Carnio. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LEGROS, Patrick et al. *Sociologia do Imaginário*. Tradução de Eduardo Portanova Barros. Porto Alegre: Sulina, 2007 (Coleção Imaginário Cotidiano).
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. v. I e II. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- QUEIROZ, Marisse Costa de Queiroz. O direito como sistema autopoietico: contribuições para a sociologia. *Revista Sequencia*, n. 46, p. 77-91, jul, 2003.
- ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Sociologia jurídica: fundamentos e fronteiras*. 3. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Elsevier: 2013.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente – contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

