

## O SISTEMA JURÍDICO EM KELSEN E LUHMANN: DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS

GERMANO SCHWARTZ\*  
ARNALDO BASTOS SANTOS NETO\*\*

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo analisar o desenvolvimento da idéia de sistema jurídico nas obras de Hans Kelsen e de Niklas Luhmann. Nesse sentido, procura apontar as diferenças e as semelhanças encontradas no pensamento de ambos os autores no que tange à elaboração de uma hipótese de Direito ordenado em função de um determinado sistema. Procura, ao final, demonstrar que a leitura dos autores citados deve ser feita a partir de uma questão de paradigmas, radicalmente diferente em Kelsen e Luhmann.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hans Kelsen, Niklas Luhmann, Positivismo Jurídico, Autopoiese do Direito, Teoria dos Sistemas Sociais.

**ABSTRACT:** The present paper intends to analyze the development of the idea of a Law system in Hans Kelsen and Niklas Luhmann's work. In this sense searches to point the differences and the similarities founded in the thought of both authors in what it refers to the elaboration of a hypothesis of Law as a system. As final argument defends that to read the cited authors needs a paradigmatic approach, radically different in Kelsen and Luhmann.

**KEYWORDS:** Hans Kelsen, Niklas Luhmann, Legal Positivism, Law Autopoiesis, Social Systems Theory.

**SUMÁRIO:** 1. O Porquê dos Autores: introduzindo o problema; 2. O Ordenamento Jurídico em Hans Kelsen; 3. O Entorno do Sistema Jurídico na Visão Kelseniana; 4. A idéia de sistema jurídico em Luhmann I: a diferenciação funcional do Direito; 5. A Idéia de Sistema Jurídico em Luhmann II: a autopoiese do Direito; 6. O Entorno do Direito na Perspectiva de Luhmann; 7. Considerações Finais; 8. Referências Bibliográficas.

**SUMMARY:** 1. The authors' reasons: introducing the problem; 2. The legal order in Hans Kelsen; 3. The legal system's surroundings according to Kelsen's view; 4. The idea of legal system in Luhmann I: the functional differentiation of Law; 5. The idea of legal system in Luhmann II: the autopoiesis of Law; 6. The legal system's surrounding according to Luhmann's View; 7. Final remarks; 8. Bibliographical references.

---

\* Pós-Doutor em Direito (University of Reading). Doutor em Direito (UNISINOS) com estágio doutoral em Paris X – Nanterre. Professor do Mestrado em Direitos Fundamentais da ULBRA/Canoas. Coordenador do Curso de Direito da ESADE. Professor do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha.

\*\* Doutorando em Direito (UNISINOS). Mestre em Direito (UNISC). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás.

## 1. O PORQUÊ DOS AUTORES: INTRODUZINDO O PROBLEMA

Como bem assinalou Jean Clam, a obra de Niklas Luhmann “faz exigências quase impossíveis no que se refere à sua própria recepção”<sup>1</sup>. Sua teoria não procura fornecer as respostas. Seu objetivo é, ao contrário das teses universais da sociologia clássica<sup>2</sup>, propor uma mudança de paradigma: observar a sociedade – e o Direito – a partir de distinções (sistema/entorno) que reduzam a complexidade<sup>3</sup>. Com isso, o sociólogo de Bielefeld conseguiu abarcar as operações dos diferentes subsistemas sociais a partir de suas próprias características relacionadas com a comunicação em estado puro existente em seu entorno, produzindo um novo sentido para o estudo do sistema jurídico. Daí o estranhamento com sua obra. Seu caráter inovador, antes de tudo, incomoda.

Autor de dezenas de livros e centenas de artigos científicos<sup>4</sup>, Luhmann é considerado um dos grandes nomes que a Alemanha produz, de quando em quando, no ramo das ciências<sup>5</sup>. Além de possuir uma obra volumosa, abrangendo diversos campos do conhecimento, ele é um autor que impõe a seus leitores sérias exigências, tanto por conta do estilo de redação dos seus textos quanto pelo conteúdo, que apelam a uma elevada capacidade de abstração intelectual. Clam comenta que, lendo Luhmann, tem-se “a impressão de andar em círculos por um espaço enevoado, no qual, entretanto, seguidamente fulguram faíscas que aclaram como relâmpagos.”<sup>6</sup>

Por outro lado, a recepção da obra de Luhmann, após a sua morte<sup>7</sup>, ocorrida há 10 anos, enfrenta as dificuldades inerentes à compreensão de um conjunto de textos que se destacam pela amplitude dos temas e o grau de abstração com que são enfrentados. As dificuldades somente serão ultrapassadas de modo razoável quando for elaborada uma *vulgata*<sup>8</sup>, onde seja possível apresentar os conceitos centrais da teoria luhmanniana, capaz de ir além dos “esquematismos sub-complexos”. Tal *vulgata*, na colocação de Jean Clam, deverá especializar a compreensão dos conceitos centrais da teoria, possibilitando um acordo dentro da comunidade científica acerca dos seus principais teoremas, servindo, assim, como uma base segura para apropriações e interpretações subseqüentes.

---

<sup>1</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade. Contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 09.

<sup>2</sup> O autor aborda a questão da insuficiência das teorias sociológicas clássicas na observação da realidade social – e do Direito – no primeiro capítulo de LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

<sup>3</sup> Essa proposta é amplamente detalhada em LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1995, a obra em que Luhmann arquiteta e expõe as bases de sua teoria dos sistemas sociais.

<sup>4</sup> Um levantamento acurado da vasta produção de Luhmann pode ser verificada em SCHWARTZ, Germano; AMORIM, Luciano Oliveira de. Bi(bli)ografia de Niklas Luhmann: observando o observador. In: TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Para entender Luhmann e o Direito como Sistema Autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 111-120.

<sup>5</sup> Clam coloca Luhmann no mesmo patamar de um Hegel e de um Habermas. CLAM, Jean. *Une Nouvelle Sociologie du Droit. Autour de Das Recht der Gessellschaft* de Niklas Luhmann. *Droit et Societé*, Paris: LGDJ, 1996, pp. 405-423.

<sup>6</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade*, p. 09.

<sup>7</sup> A respeito da vida de Luhmann, veja-se FUCHS, Stephan. Niklas Luhmann. *Sociological Theory*. Oxford: Blackwell, Vol 17, n° 1, (mar. 1999), pp. 117-119.

<sup>8</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade*, p. 11.

Na sua recepção no campo específico da teoria do Direito, cumpre reconstruir a narrativa luhmanniana, pondo-a em contraste com as teorias precedentes, com quem Luhmann polemiza freqüentemente, como é o caso do positivismo normativista de Hans Kelsen. O fato é que tanto o teórico sistêmico como o normativista possuem alguns pontos em comum, especialmente a rejeição mútua aos esquemas ontológicos e as explicações metafísicas do Direito, tão ao gosto do jusnaturalismo de todos os matizes. Também os une a pretensão de produzirem teorias auto-limitadas à descrição do fenômeno jurídico, descartando as proposições prescritivas para um segundo plano.

Importante assinalar: houve quem se incomodou profundamente com esse aspecto das teorias, vendo na recusa à prescrição certo pendor conservador, voltado para a manutenção do *status quo*. Ocorre que Kant, séculos antes, já havia demonstrado com sua *Crítica da Razão Pura*, que o conhecimento dos limites do conhecimento é a base fundamental para o avanço das ciências e da própria filosofia. Diga-se de passagem, a auto-limitação revelou-se plena de significados e abriu novos universos para a compreensão do Direito e da sociedade.

Já quanto a Luhmann, a acusação de se deter numa “mera” descrição – como se tal tarefa fosse de uma simplicidade evidente! – do funcionamento do sistema jurídico, revela um desconhecimento primário da teoria autopoietica. Uma vez que Luhmann desconstrói o paradigma cartesiano que separa rigidamente o sujeito cognoscente do objeto cognoscível (o esquema sujeito-objeto), sua teoria é mais sofisticada que uma “mera” descrição, uma vez que aquele que observa, também se auto-observa. A recusa por parte de Luhmann de introduzir elementos valorativos prescritivos em sua obra, à maneira dos que pretendem construir teorias instrumentais para grupos políticos determinados (ou seja, para “servir a uma causa”, como na figura do “intelectual orgânico” gramsciano), irá lhe valer o grande anátema que regularmente é utilizado para desqualificar *in limine* qualquer teoria jurídica: tratar-se-ia de um jurista positivista!

Aqui reside o porquê da escolha de ambos os autores, uma vez que o positivismo se viu confundido com o legalismo, naquilo que Bobbio chamou de “positivismo como ideologia”<sup>9</sup> e tal acusação é sempre incômoda. O certo é que tanto Kelsen quanto Luhmann elaboraram teorias que os põem em posição antagônica às correntes jusnaturalistas<sup>10</sup>. A postura kelseniana e a luhmanniana estão conectadas à possibilidade descritiva do Direito. Daí concluir que Kelsen e Luhmann estavam a serviço de uma proposta legitimadora do *status quo*, sendo, portanto, juristas conservadores, vai um grande e errôneo salto.

Nesse sentido, o artigo se propõe a analisar as contribuições de Kelsen e Luhmann para uma visão do Direito como sistema. Nosso argumento buscará demonstrar que a

---

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 223.

<sup>10</sup> Luhmann desdenha até mesmo das temáticas prediletas dos jusnaturalistas: “Los filósofos se han hecho siempre preguntas tan abstractas que no es posible suponer que los juristas o los laicos involucrados en cuestiones jurídicas se interesaran en ellas. Por ejemplo la pregunta de por qué se está obligado a obedecer el derecho”. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate, com a colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappe e Luis Felipe Segura. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 65.

diferença essencial entre ambos, em que pesem as eventuais semelhanças e posturas coincidentes, é, antes de tudo, uma questão de paradigmas. A introdução da idéia de sistema representou para a teoria jurídica a adoção de um novo paradigma científico, no sentido empregado por Thomas Kuhn.

Kelsen, por sua vinculação com a teoria da ação social de matriz weberiana, permanece com a idéia de indivíduo como elemento central da práxis jurídica, o que termina por levá-lo a uma aporia em sua teoria da interpretação. Em contraponto, veremos como Luhmann aborda a questão com um ponto de vista diverso, superando a idéia de indivíduo e adotando uma versão própria da teoria dos sistemas. Finalmente, anotaremos, em nossas conclusões finais, as conseqüências que tal mudança de paradigma acarreta, pontuando, ainda, as aproximações e distanciamentos entre as obras de Kelsen e Luhmann.

## 2. O ORDENAMENTO JURÍDICO EM HANS KELSEN

A idéia de sistema ganha contornos específicos na obra de Hans Kelsen, a quem François Ost e Michel Van de Kerchove consideraram como um dos precursores (ao lado de H. L. A. Hart) de uma teoria do sistema jurídico e um teórico por excelência da idéia de sistema<sup>11</sup>. Joaquín Carreres adverte que no conjunto da obra kelseniana é possível encontrar uma problemática que antecipa alguns pontos centrais da obra de Luhmann:

*Concretamente, en lo relativo a la concepción kelseniana del ordenamiento jurídico puede apreciarse un núcleo temático sumamente sugerente en relación con la teoría sistémica de Luhmann. Así, el concepto de validez como una cualidad que dispensa a lo largo de todo el conjunto normativo y en su interior (en principio), derivando de unas normas a otras, de tal manera que el ordenamiento, visto en una perspectiva descendente aparece como una sucesión de actos de producción normativa, mientras que en la dirección contraria, ascendente, aparece como una sucesión de actos de ejecución normativa, no deja de producir la imagen de un sistema cerrado y autosuficiente, capaz de producirse y reproducirse a sí mismo y de ejecutarse en su propio funcionamiento<sup>12</sup>.*

Na visão kelseniana, o sistema jurídico se compõe exclusivamente de um conjunto de normas, cabendo à *Grundnorm* a garantia da sua unidade e validade. Uma vez que o sistema de normas também se confunde com a coletividade jurídica que se fundamenta no ordenamento, o sistema jurídico pode ser apresentado como um conjunto de órgãos criadores do Direito (tese da identidade entre Direito e Estado). Para que um conjunto de normas possa ser tomado como um ordenamento jurídico é preciso que operem dois princípios de unidade: um estático e outro dinâmico.

---

<sup>11</sup> KERCHOVE, Michel Van de e OST, François. *El sistema jurídico entre orden y desorden*. Tradução de Isabel Hoyo Sierra. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1997, p. 51. Kerchove e Ost sustentam ainda que tanto Kelsen como Hart não fizeram mais que desenvolver de modo conseqüente as teses consagradas pela dogmática alemã do século XIX (Ihering, Savigny, Windscheid e outros).

<sup>12</sup> CARRERES, Joaquín Almoguera. *Kelsen y Luhmann*. In: RAMOS PASCUA, J. A. e RODILLA GONZÁLEZ, M. A. (organizadores). *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 57.

Do ponto de vista da estática jurídica, já apresentada por Kelsen na sua obra *Problemas Capitales de Teoría Jurídica-Estatal*, publicada em 1911<sup>13</sup>, as normas derivam umas das outras em virtude de um procedimento dedutivo: o conteúdo de uma norma inferior deve ser extraído de uma norma superior. A determinação não só qualifica uma norma como válida, mas também o próprio conteúdo da norma que é derivada de outra norma de hierarquia superior. Temos, assim, que o sistema possui uma estática.

Por outro lado, o ordenamento jurídico, na visão de Kelsen, possui a qualidade de se auto-reproduzir<sup>14</sup>, pois a característica essencial do ordenamento consiste em que ele “regula sua própria criação e aplicação”. Esta auto-reprodução, que ocorre de modo incessante, foi chamada de dinâmica jurídica. Como salientam Kerchove e Ost, “Kelsen fue com seguridad uno de los primeros autores que destaco la característica, inherente a la idea de sistema, de su aptitud para auto-organizar-se. Aptitud que para Kelsen opera em forma lienal y jerárquica, fundándose siempre de lo inferior en lo superior.”<sup>15</sup> A chamada dinâmica jurídica será incorporada ao pensamento de Kelsen somente com a edição da *Teoria Pura do Direito* em 1934.

Como reconhece o próprio Kelsen, a introdução do princípio dinâmico ocorre por influência da teoria da formação escalonada do sistema jurídico, desenvolvida por seu colaborador Adolf Merkl<sup>16</sup>. Ela se tornará uma parte essencial do projeto da *Teoria Pura do Direito*<sup>17</sup>. Para Merkl, o Direito deve ser visto como um sistema de

---

<sup>13</sup> A obra foi dedicada a “uma consideração estática do direito”.

<sup>14</sup> Em Luhmann, há, também, a idéia de auto-reprodução, especialmente a partir do momento em que o autor inclui em sua teoria a autopoiese de Maturana e Varela. No entanto, ao contrário de Kelsen, para quem a auto-reprodução diz respeito à possibilidade de normas que regulam a criação de outras normas, a auto-reprodução do sistema jurídico de Luhmann é uma operação do interior do sistema jurídico, baseado em seu próprio código e em suas próprias estruturas. Ocorre que no âmago do sistema do Direito há muito mais do que normas, já que para Luhmann as Leis são espaço de produção da Política. Assim, no sistema jurídico luhmanniano, as normas ocupam um papel *borderline* e não central, como quer Kelsen. Para maiores detalhes, consulte-se LUHMANN, Niklas. *Operational Cloture And Structural Coupling: The Differentiation Of The Legal System*. *Cardozo Law Review*, Cardozo School of Law: New York, 1991-1992, n° 13, pp. 1420-1442.

<sup>15</sup> KERCHOVE, Michel Van de e OST, François. *El sistema jurídico entre orden y desorden*, p. 52.

<sup>16</sup> Ver como referência WALTER, Robert. *La doctrina del Derecho de Hans Kelsen*. Tradução de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 55.

<sup>17</sup> Os traços gerais do projeto normativista contido na *Teoria Pura do Direito* foram descritos por Ricardo Guibourg por meio das seguintes proposições: 1) o Direito é uma ordem coativa da conduta humana; 2) uma ciência empírica do Direito só pode considerar as normas jurídicas positivas; 3) estas normas podem ser legisladas ou consuetudinárias; 4) a validade é o modo específico de existência das normas, e se dá em quatro dimensões ou “âmbitos”; 5) a eficácia – distinta da validade – consiste na conformidade da conduta com a norma, seja mediante o cumprimento de uma obrigação ou por via da aplicação de uma sanção em caso de conduta ilícita; 6) a ordem jurídica é um sistema de normas ordenadas hierarquicamente entre si de um modo que, traduzido a uma imagem visual, encontra na “superior” a razão ou fonte de sua validade, e obtém esta validade sempre que tenha sido criada por um órgão e pelo procedimento estabelecido na norma superior; 7) no vértice da pirâmide se encontra a norma fundamental, que não é uma norma positiva, mas sim suposta: uma hipótese necessária e axiologicamente neutra, da qual todo jurista parte quando deseja interpretar normativamente uma realidade coativa, e que funda a unidade sistemática de qualquer ordem jurídica; 8) validade e eficácia não são idênticas, mas há entre ambos os conceitos uma importante relação: a eficácia geral é condição de validade de uma ordem jurídica, mas não o seu fundamento; 9) validade e eficácia não são idênticas, mas há entre ambos os conceitos uma importante relação: a eficácia geral é condição de validade de uma ordem jurídica, mas não o seu fundamento; 10) se uma norma qualquer – geral ou individual – pertence a uma ordem jurídica válida

produção de forma escalonada. O argumento pode ser apresentado do seguinte modo: uma vez que normas jurídicas habilitam a produção de outras normas jurídicas, é possível estabelecer uma gradação dentro do ordenamento jurídico: a gradação entre normas que regulam a produção e as disposições elaboradas conforme uma determinada norma podem ser vistas como superiores ou inferiores, sendo que a norma de produção jurídica superior condiciona a norma produzida inferior<sup>18</sup>.

Do ponto de vista da teoria da derivação, superior será a norma cujas disposições derogam preceitos de outra norma jurídica. Nas palavras do próprio Kelsen, constantes já da primeira edição da *Teoria Pura do Direito* de 1934: “A teoria do escalonamento do ordenamento jurídico conceitua o direito em seu movimento, em seu processo sempre renovado de autoprodução”<sup>19</sup>. Kelsen mostrava que apenas o Direito cria o Direito, visto que toda aplicação do Direito constitui criação do Direito. Do mesmo modo, só existe criação do Direito pela aplicação do mesmo.

Tratando das relações entre Direito e ciência, Kelsen escreve: “É, com efeito, uma característica muito significativa do Direito o ele regular a sua própria produção e aplicação”<sup>20</sup>. E mais adiante:

*Por isso, os atos de produção e aplicação (que, como veremos, também é ela própria produção) do Direito, que representam o processo jurídico, somente interessam ao conhecimento jurídico enquanto formam o conteúdo das normas jurídicas, enquanto são determinados pelas normas jurídicas. Desta forma, também a teoria dinâmica do Direito é dirigida a normas jurídicas, a saber, àquelas normas que regulam a produção e a aplicação do Direito*<sup>21</sup>.

Kelsen supera a visão do ordenamento como um conjunto de normas isoladas, tornando o próprio ordenamento um objeto de estudo. O Direito não é simplesmente um conjunto de normas, mas sim uma ordem normativa, compreendendo na noção de ordem a idéia de que as normas guardam entre si relações específicas. Kelsen preocupou-se em encontrar o fundamento da unidade entre as normas. Nas palavras de Norberto Bobbio:

*O isolamento dos problemas do ordenamento jurídico dos da norma jurídica e o tratamento autônomo dos primeiros como parte de uma teoria geral do Direito foram obra, sobretudo de Hans Kelsen. Entre os méritos de Kelsen, e pelos quais é justo considerá-lo um dos mais autorizados juristas de nossa época, está, certamente, o de ter dedicado a eles particular atenção*<sup>22</sup>.

---

deixa de ser eficaz durante um tempo prolongado, perde também a sua validade, por meio do efeito negativo (força derogatória) do costume; 11) no processo de criação e aplicação do Direito os juízes atuam como autênticos criadores de normas individuais, sendo que suas decisões não são meramente declarativas, mas sim constitutivas, tanto quanto aos fatos que examinam quanto ao Direito que aplicam; e 12) os juízes cumprem ainda a função de eliminar conflitos entre normas, tanto do mesmo grau como de distinta hierarquia. Ver a respeito GUIBOURG, Ricardo. *Derecho, sistema y realidad*. Buenos Aires: Astrea, 1986, pp. 16-19.

<sup>18</sup> WALTER, Robert. *La doctrina del Derecho de Hans Kelsen*, p. 57.

<sup>19</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 125.

<sup>20</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado, p. 80.

<sup>21</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado, p. 80.

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 21.

Com isso, tem-se que a idéia de ordenamento jurídico em Kelsen parte de uma idéia de auto-reprodução – que não é a mesma de Luhmann – conectada com o fato de que as normas jurídicas constituem-se em elementos-chave da ordem normativa que lhe é própria, e, por isso mesmo, lhe ordena. A partir disso, justamente para comparar-se ao pensamento do autor alemão, torna-se necessário verificar a relação do sistema com seu entorno na visão de Kelsen.

### 3. O ENTORNO DO SISTEMA JURÍDICO NA VISÃO KELSENIANA

Definido o funcionamento do sistema jurídico em Kelsen impõe-se verificar a sua relação com os demais fatos extra-sistêmicos, ou seja, com o seu entorno. Ricardo Guibourg trata do tema abordando dois momentos em que o sistema formal kelseniano, erigido com base no conceito de validade, defronta-se com a realidade fática, estruturada em torno do conceito de eficácia. São eles: a revolução (como fato extra-sistêmico brusco) e o costume (fato extra-sistêmico paulatino)<sup>23</sup>.

Kelsen define a revolução (e também um golpe de Estado) como “toda modificação ilegítima da Constituição, isto é, toda modificação da Constituição, ou a sua substituição por uma outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição”<sup>24</sup>. Nesse caso, temos uma situação em que o Direito não está determinando a criação do Direito subsequente. Ocorre uma perda de eficácia da Constituição anterior e de toda ordem jurídica nela alicerçada. Obviamente, tais pressões destrutivas nascem de fora do sistema jurídico, já que ele possui a finalidade precípua da manutenção de uma determinada ordem.

A questão da eficácia é apresentada por Kelsen como uma ponte entre o *ser* o *dever-ser* (*sein e sollen*). Um ordenamento deve ser eficaz de modo geral, ou seja, o simples descumprimento de parte das regras não só pode ocorrer como é natural que ocorra. O crime, por exemplo, é parte constitutiva da sociedade. Mas a manutenção de um patamar mínimo de eficácia é condição *sine qua non* para a manutenção de um sistema jurídico como válido. A diferença entre um bando de salteadores ou um grupo de coletores de impostos reside tão somente no fato dos segundos agirem de acordo com o ordenamento vigente num determinado país. Kelsen, obviamente, não especifica o *quantum* dessa eficácia é necessário para a manutenção de uma ordem legal. Tal discussão deve se dar em termos de legitimidade – tema da ciência política e não da teoria do Direito.

Outra ponte entre o mundo do *ser* e do *dever-ser* – ou seja, entre o sistema jurídico e seu entorno – reside na força derogatória dos costumes. Tratando do tema das normas jurídicas que perdem eficácia sem a perda da validade, por permanecerem formalmente ligadas ao ordenamento, Kelsen confere força derogatória ao costume, que se constituiria em um tipo de norma negativa por intermédio do desuso (desuetudo):

*A desuetudo é como que um costume negativo cuja função essencial consiste em anular a validade de uma norma existente. Se o costume é em geral um fato gerador de Direito, então também o Direito estatuído (legislado) pode ser*

<sup>23</sup> GUIBOURG, Ricardo A. *Derecho, sistema y realidad*, pp. 21 a 30.

<sup>24</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado, p. 233.

*derrogado através do costume. Se a eficácia, no sentido acima exposto, é condição da validade não só da ordem jurídica como um todo mas também das normas jurídicas em singular, então a função criadora de Direito do costume não pode ser excluída pela legislação, pelo menos na medida em que se considere a função negativa da desuetude*<sup>25</sup>.

O costume nasce para o Direito como a consolidação de determinadas expectativas sociais, nos termos já propostos pela teoria sociológica da ação social formulada por Max Weber. Segundo Kelsen:

*Quando os indivíduos que vivem juntamente em sociedade se conduzem durante certo tempo, em iguais condições, de uma maneira igual, surge em cada indivíduo a vontade de se conduzir da mesma maneira por que os membros da comunidade habitualmente se conduzem. O sentido subjetivo dos atos que constituem a situação fática do costume não é logo e desde o início um dever-ser. Somente quando estes atos se repetiram durante um certo tempo surge no indivíduo a idéia de que se deve conduzir como costumam conduzir-se os membros da comunidade e a vontade de que também os outros membros da comunidade se comportem da mesma maneira. Se um membro da comunidade se não conduz pela forma como os outros membros da comunidade se costumam conduzir, a sua conduta é censurada por esses outros porque ele não se conduz como estes querem. Desta forma a situação fática do costume transforma-se numa vontade coletiva cujo sentido subjetivo é um dever-ser*<sup>26</sup>.

Para Weber, em *Economia e Sociedade*, a ação social se estabiliza em relações sociais e a partir daí são criadas formas de dominação que constituem a ordem normativa da sociedade. A teoria da ação social constitui a base da chamada sociologia compreensiva, que busca compreender o sentido que os sujeitos dão aos seus atos. A sociologia seria

*uma ciência que pretende compreender interpretativamente a ação social e assim explicá-la casualmente em seu curso e seus efeitos. Por ‘ação’ entende-se, neste caso, um comportamento humano (tanto faz tratar-se de um fazer externo ou interno, de omitir ou permitir) sempre que e na medida em que o agente ou os agentes o relacionem com um sentido subjetivo. Ação ‘social’, por sua vez, significa uma ação que, quanto a seu sentido visado pelo agente ou os agentes, se refere ao comportamento de outros, orientando-se por este em seu curso*<sup>27</sup>.

Para Weber, a conduta intencional pode ser identificada com a conduta voluntária. A intenção é sempre atribuída a um sujeito individual, por isso o conceito de ‘sentido’ deve ser trabalhado a par do conceito de ‘subjetividade’: “Ação como orientação compreensível pelo sentido do próprio comportamento sempre existe para nós unicamente na forma de comportamento de um ou vários indivíduos”<sup>28</sup>. Tal postura

<sup>25</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado, pp. 238 e 239.

<sup>26</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado, p. 10.

<sup>27</sup> WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3. ed. Brasília: Editora da UnB, 2000, p. 3.

<sup>28</sup> WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, p. 8.



teórica, segundo Allan Johnson, é conhecida também como “individualismo metodológico”, que consiste no

*método para compreender a vida social que considera os sistemas sociais como nada mais do que um conjunto de indivíduos. Desse ponto de vista, a única coisa de que necessitamos para compreender sistemas sociais são as características individuais e a dinâmica psicológica das pessoas que deles participam. Para compreender a guerra, por exemplo, deveríamos estudar soldados e políticos, e não exércitos e nações*<sup>29</sup>.

Nem toda ação pode ser considerada como ação social. Para Weber, o “comportamento interno só é ação social quando se orienta pelas ações de outros”<sup>30</sup>. É necessário que os indivíduos se orientem racionalmente visando expectativas similares. A teoria weberiana possui, assim, uma forte conexão com a idéia de indivíduo, que passa a compor um momento chave na explicação dos processos sociais. As diferentes estruturas sociais correspondem a diferentes estratégias e ações por parte dos indivíduos. Partindo dos conceitos de uso e costume, Weber passa ao conceito de ordem legítima, cujos tipos são a convenção e o Direito. Uma ordem legítima representa a institucionalização da conexão de sentido das ações sociais dos indivíduos de tal forma que orientam suas ações pela ‘representação’ da existência de uma ordem legítima. A relação social é a estratificação da ação dos indivíduos na forma de hábitos que terminam por se estruturar, estabilizando-se:

*Por ‘relação’ social entendemos o comportamento reciprocamente referido quanto a se conteúdo de sentido por uma pluralidade de agentes e que se orienta por essa referência. A relação social consiste, portanto, completa e exclusivamente na probabilidade de que se aja socialmente numa forma indicável (pelo sentido), não importando, por enquanto, em que se baseia essa probabilidade*<sup>31</sup>.

Vemos, assim, que Kelsen se mantém no campo teórico da chamada teoria da ação social, que possui o indivíduo como ponto de partida. Quem cria o Direito é, antes de tudo, o indivíduo (ou órgão como coletividade de indivíduos) autorizado para criar normas por seus atos de vontade. Como tais atos de vontade não são atos puros de conhecimento, ocorre, então, o surgimento de influências dos demais sistemas sociais, como a política, a moral, a economia etc. A biografia pessoal, as convicções e a filiação religiosa de cada indivíduo autorizado a criar normas jogarão um papel importante em tal processo.

Dessa forma o Direito torna-se alvo fácil dos mais variados contrabandos ideológicos. Gunther Teubner, o mais famoso luhmanniano da atualidade, anota que para os pertencentes à tradição da sociologia interpretativa de Max Weber, a realidade da atuação individual constitui uma premissa fundamental<sup>32</sup>, justamente o ponto em que Luhmann, conforme se verificará adiante, rompe com as teorias sociológicas clássicas.

---

<sup>29</sup> JOHNSON, Allan G. *Dicionário de Sociologia. Guia prático da linguagem sociológica*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 130.

<sup>30</sup> WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, p. 14.

<sup>31</sup> WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*, p. 16.

<sup>32</sup> TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005, p. 25.

Contudo, anote-se, reforçando-se o já explicitado, que, para Marx, nada existe na sociedade além do homem e da natureza<sup>33</sup>. Mas ambos os elementos, analisados separadamente, podem explicar o desenvolvimento das sociedades. Somente sua unidade dialética pode fornecer uma resposta adequada à sociedade. A essa unidade dialética dá-se o nome de produção, obtida mediante o embate entre as forças produtivas e as relações de produção. Desse intermédio, exsurge a mais-valia (e exploração lucrativa do trabalho da classe oprimida), mola propulsora do então emergente sistema capitalista.

Nesse sentido, o Direito, em Marx, se evidencia na moldura dos interesses dos proprietários, sendo por tais atores administrado. As normas jurídicas representarão papel essencial na fixação das contradições sociais, protegendo e concedendo a propriedade. Assim sendo, a modificação do Direito pode ser dada somente pela revolução<sup>34</sup>. Tem-se, pois, na ótica marxista, uma uniformização do Direito, não condizente com as idéias de Luhmann, uma vez que não pode haver um olhar único para um problema, rechaçando-se a tese de que somente o sentido vai condicionar a sociedade.

#### **4. A IDÉIA DE SISTEMA JURÍDICO EM LUHMANN I: A DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL DO DIREITO**

Para Luhmann, o Direito é um sistema funcionalmente diferenciado da sociedade moderna<sup>35</sup>. Ao sistema jurídico incumbe a função de promover a generalização congruente das expectativas normativas, o que desenvolve de forma operativamente fechada, pela atribuição de valor (sentido) ao código binário Direito/Não-direito (*Recht/Unrecht*):

De fato, para que haja uma logicidade mínima no que tange à complexidade e à contingência experimental da sociedade é necessário estabelecer uma estrutura para as expectativas concretas. Dita estrutura é definida mediante sua seletividade, em especial sua dupla seletividade, dada pelo código específico de cada subsistema social.

Um primeiro momento ocorre quando se opta por uma comunicação dentre várias possíveis (ex: linguagem). Essa escolha é um mecanismo redutor de complexidade baseada na expectativa de quem escolheu a linguagem de que o escolhido tivesse a expectativa de que aquele fosse o símbolo escolhido. Assim, estruturas surgem de uma suposição em comum, e sua redutibilidade reside em sua capacidade de obscurecer as alternativas. Logo, todas as estruturas têm conexão com o desapontamento, tornando-se mister aceitar os riscos.

---

<sup>33</sup> Ver ARON Raymond. *As Etapas do Pensamento Sociológico*. Tradução de Sérgio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 156-157.

<sup>34</sup> LUHMANN, Niklas, *Sociologia do Direito I*, 1983, p. 23.

<sup>35</sup> A concepção do Direito como sistema funcionalmente diferenciado parte de uma pressuposição inicial que é a diferença entre sistema/entorno. Desta distinção básica derivam vários outros subsistemas com função própria. Eles se diferenciam dos outros justamente por causa de sua função na sociedade, de tal forma que se um assume a função de outro se estaria na presença de uma disfunção que promove o acréscimo de complexidade em uma sociedade hipercomplexa. Com maiores detalhes, veja-se o segundo capítulo de ROCHA, L.S.; CLAM, J.; SCHWARTZ, G. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Nessa linha de raciocínio, o autor classifica as expectativas em<sup>36</sup>: (a) *cognitivas* – em que ocorrendo o desapontamento é possível se adaptar à realidade, existindo uma (in)consciente predisposição de assimilação; (b) *normativas* – em que existindo o dano a expectativa não é abandonada, sendo as *normas* expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos.

Expectativas cognitivas não são censuradas e desapontadas. Se as normativas são violadas forma-se a norma de maneira *a posteriori*. Desse modo, segundo Luhmann<sup>37</sup>, a uma norma jurídica vista de modo tradicional (kelseniano) podem ser objetadas as seguintes questões:

1) dever obedecer a lei é o óbvio e uma posição em contrário não é do interesse social;

2) não interesse em trazer o divergente de volta ao caminho (direito penal);

3) há uma extrema individualização da implementação de normas;

4) não tem perspectivas de futuro e

5) nem o desvio e nem a norma são tipificados. Por isso, tem-se que “essa concreção do processamento da experimentação não dá origem à construção de alternativas<sup>38</sup>”.

Partindo-se desse pressuposto a estratégia é uma fixação antecipada da forma de reação. Dito de outro modo: antecipar o futuro e ao mesmo tempo minimizar os riscos. Isso é feito mediante a sustentação de uma contradição: a possibilidade do desapontamento pode ocorrer e quando ocorrer pode ser tanto benéfica quanto maléfica, dependendo do ponto de vista do observador. Somente assim poderá haver uma menor complexidade interna do sistema, encobrindo-se a possibilidade do comportamento oposto.

Por outro lado, mesmo as expectativas normativas podem se adaptar através de procedimentos, mormente a jurisprudência, tornando-se uma assimilação legitimada. Em algum momento, pode deslocar-se do estilo normativo para a tolerância do cognitivo.

Essa diferenciação reside, portanto, na “fundamentação através de processos reflexivos da expectativa de expectativas, que permitem uma diferenciação entre expectativas cognitivas e normativas podendo, assim, por meio de diferentes constelações, fazer jus a exigências as mais diferenciadas<sup>39</sup>”. Com isso, o sistema social desenvolve subsistemas com funções específicas, como é o caso do Direito.

## **5. A IDÉIA DE SISTEMA JURÍDICO EM LUHMANN II : A AUTOPOIESE DO DIREITO**

Como um subsistema funcional da sociedade<sup>40</sup>, o Direito também é compreendido como um sistema autopoietico<sup>41</sup>. Nesse sentido, a autopoiese do sistema jurídico é

---

<sup>36</sup> LUHMANN, Niklas, *Sociologia do Direito I*, 1983, p. 57.

<sup>37</sup> LUHMANN, Niklas, *Sociologia do Direito I*, 1983, p. 61.

<sup>38</sup> LUHMANN, Niklas, *Sociologia do Direito I*, 1983, p. 61.

<sup>39</sup> LUHMANN, Niklas, *Sociologia do Direito I*, 1983, p. 66.

<sup>40</sup> LUHMANN, Niklas. Closure and Openness: on reality in the world of law. In: TEUBNER, Gunther (Ed.) *Autopoietic Law: a new approach to law and society*. Berlin: New York: Walter de Gruyter, 1988, p. 340: “The legal system is a subsystem of the social system.”

<sup>41</sup> TEUBNER, Gunther. Evolution of Autopoietic Law. In: \_\_\_\_ (Ed.) *Autopoietic Law: a new approach to law*

uma continuação da autopoiese da sociedade. No entanto, é necessário que o sistema jurídico demarque sua própria *autopoiesis* a partir da distinção entre sua unidade e o entorno<sup>42</sup>, formando sua diferenciação funcional. Ele deve ser capaz de traçar seus limites, visto que somente como sistema vai adquirir sentido, uma vez que o entorno é pura complexidade.

Nesse sentido, Teubner<sup>43</sup> defende que um subsistema funcionalmente diferenciado, ou em suas palavras, um sistema de segunda ordem, somente pode se desenvolver quando produz seus próprios elementos por si mesmo e de forma exclusiva. Mediante a repetição de seu elemento básico – a decisão – o Direito pode produzir diferença e (re)iniciar sua própria *autopoiesis*. É o próprio Direito que define suas premissas de validade por intermédio de uma norma jurídica<sup>44</sup> e das decisões judiciais<sup>45</sup>. Tal é o início do movimento autopoietico do sistema jurídico que se descortina em sua auto-referencialidade<sup>46</sup>.

No entanto, a auto-referência não se confunde com sua *self-constitution*. A autocriação do sistema jurídico emerge quando ele constitui, por si próprio (auto-referência), novos elementos diferenciados dos demais subsistemas sociais.

Nessa linha de raciocínio, a positividade do Direito exige que ele seja variável. Somente com o pressuposto da variabilidade do Direito é que se pode responder à questão de como se pode formar um sistema autopoietico-jurídico<sup>47</sup>. Ora, o Direito vigente produz frustrações. No entanto, elas devem ser continuamente reprocessadas no seio das decisões jurídicas e então serem absorvidas para servirem de base à mudança do Direito. Assim, forma-se o sistema do Direito de forma autopoietica. Fechado em seu interior, mas aberto ao entorno. Sua evolução reside na interação de sua parte endógena, absorvida pelo exógeno social.

Desse modo, o Direito se torna autopoietico *quando suas auto-descrições permitem desenvolver e aplicar uma teoria de fontes jurídicas no contexto da qual as normas possam ser geradas através de precedentes jurisprudenciais ou outros processos de criação jurídica endógena*<sup>48</sup>. É na mera produção de elementos próprios

---

*and society*. Berlin: New York: Walter de Gruyter, 1988, p. 221.: “In this respect i am following Luhmann’s highly sophisticated attempt to conceptualize societies as autopoietically organized systems of communication (Luhmann, 1984 b) and pose the question wich follows from this idea: wheter one can consider the differerentiated functional system of law as being autopoietcially organized within the autopoietic system of society.”

<sup>42</sup> LUHMANN, Niklas, *Closure and Openness...*, p. 335: “A system can reproduce itself only in an environment.”

<sup>43</sup> TEUBNER, Gunther, *Evolution of Autopoietic Law*, 1988, p. 221.

<sup>44</sup> Essa idéia não é novidade no Direito. Veja-se a idéia das normas primárias e secundárias de Hart, por exemplo. São um exemplo claro de autocriação. Veja-se especialmente o capítulo VII (A textura aberta do Direito), de HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

<sup>45</sup> TEUBNER, Gunther, *Evolution of Autopoietic Law*, 1988, p. 222: “It is the legal system and not its political, economic and social environment that defines the premises for the validity of a legal act, or a legal rule. The law regulates its own operations, structures, processes, boundaries, and idendity reflexively.”

<sup>46</sup> Para Teubner a *autopoiesis* emerge quando os componentes cíclico-recursivos constituem-se em generalizações congruentes, restam de tal forma conectados que vêm a formar um *hiperciclo*. Esse hiperciclo é o resultado da auto-reprodução circular do ato-norma-ato. <sup>46</sup> Para maiores detalhes a respeito do hiperciclo ver TEUBNER, Gunther, *Evolution of Autopoietic Law*, p. 223.

<sup>47</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. *Le Droit Comme Système Social. Droit et Société*, Paris, nº 11-12, 1989, p. 61.

<sup>48</sup> TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1989, p. 85.

do Direito que reside seu caráter autopoietico. Tudo isto tendo como base a auto-observação, a autoconstituição e a auto-reprodução do sistema<sup>49</sup>.

O sistema jurídico autopoietico é, portanto, um sistema observável, um sistema ativo de observação, consistente na possibilidade de o próprio Direito ser observado por um observador. É um sistema auto-referente no modo de observar a realidade. Suas normas são derivadas de outras normas, e suas decisões ou se socorrem de suas próprias decisões ou se socorrem das próprias normas.

Por outro lado, a unidade de um sistema é dada pelo fato de que sua autonomia evidencia-se no marco de que suas operações recursivas partem de suas próprias operações, de seus próprios elementos e estruturas<sup>50</sup>. Com isso, o sistema consegue controlar o entorno, outrora inacessível para ele.

Teubner<sup>51</sup> explicita e diz que a auto-reprodução do Direito somente ocorre quando as normas jurídicas perpassam atos judiciais (decisões) e vice-versa, ou ainda, quando as normas procedimentais e a doutrina se imbricam mutuamente. Mas, a idéia continua a mesma. A recursividade hermética do sistema jurídico é pressuposto para sua *autopoiesis*. Resta claro, portanto, que na autopoiese do Direito, a jurisdição passa a ter papel fundamental, uma vez que ela pressupõe medidas judiciais coercitivas<sup>52</sup>.

No entanto, o sistema jurídico possui outros subcódigos que se derivam daquele primeiro e que o auxiliam a continuar a produzir a unidade mediante a diferença. São eles:

- a) legislação/jurisprudência;
- b) codificação binária/programação;
- c) normas Jurídicas/normas Positivas;
- d) jurídico/antijurídico.

Toda operação do sistema jurídico parte da anterior (lei ou jurisprudência), criando-se condições para a operação seguinte. Com isso, conserva-se a exclusividade do sistema mediante uma recursividade que lhe é interna e exclusiva. Assim, ocorrem interferências econômicas, políticas, morais, entre outras. Porém, elas somente afetam o Direito na medida em que sua estrutura pode tolerar<sup>53</sup>. Significa, por exemplo, *que a economia, enquanto forma de pagamento em dinheiro, não entra no*

---

<sup>49</sup> Como defende TEUBNER, Gunther, *O Direito como Sistema Autopoietico*, 1989, p. 70.

<sup>50</sup> LUHMANN, Niklas, *Closure and Openness...*, 1988, p. 337: "The concept of autopoietic closure therefore initially states only that the recursive application of its own operations is an indispensable aspect of system's reproductions. This defines the unity and autonomy of the system."

<sup>51</sup> TEUBNER, Teubner, *Evolution of Autopoietic Law*, 1988, p. 224.

<sup>52</sup> A idéia de legislação/jurisprudência, mais adiante aprofundada, é fundamental para o entendimento da teoria jurídica em Luhmann. Basta observar sua seguinte afirmação: "L'autopoiese du droit, la production du droit par le droit, doit déjà être possible pour que l'institution centrale qu'est une juridiction ayant un pouvoir de décision obligatoire qui la rend possible, soit elle-même possible". LUHMANN, *Le Droit Comme Système Social*, 1989, p. 62.

<sup>53</sup> O Direito sofre várias influências "pero los efectos estructurales se hacen notar sobre todo en el tipo de roles con los que el sistema jurídico se estimula a si mismo." LUHMANN, Niklas. *Poder, Política y Derecho. Metapolítica*, vol. 5, n° 20, México: DF, 2001. p. 10.

*Direito, mas é “decodificada” juridicamente em legal ou ilegal*<sup>54</sup>.

O sistema passa a ser operativamente fechado e cognitivamente<sup>55</sup> aberto ao entorno. No caso de uma norma penal, por exemplo, é fácil perceber o ponto de abertura do sistema. No caso do artigo 121 do Código Penal Brasileiro<sup>56</sup>, a descrição típica refere a matar alguém (João Hélio). A abertura reside na pergunta: terá A matado X? O sistema processa informações mediante o código Recht/Unrecht, modificando seu interior, dando continuidade à sua autopoiese.

O sistema jurídico, portanto, tem sua autonomia dada não por sua auto-regulação ou autocriação. Ele consegue autonomia a partir do estabelecimento de seu próprio código, universalmente aplicado a partir de sua própria e peculiar especificidade. É mediante o código que o sistema jurídico se estabelece como um subsistema funcionalmente diferenciado do sistema social<sup>57</sup>, dele se isolando, mas, ao mesmo tempo, permanecendo em contato com ele e todos os seus subsistemas. Logo, o sistema jurídico somente terá sua autonomia afetada quando o seu código estiver em perigo<sup>58</sup>. Ou seja, quando começar a tomar decisões com base em códigos de outros subsistemas.

Na esteira do raciocínio expandido, pode-se afirmar que o Direito como sistema autopoietico funda-se em sua circularidade<sup>59</sup>, e não mais em sua hierarquia. Deve-se,

---

<sup>54</sup> NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997, p. 228.

<sup>55</sup> Dizem ARNAUD, A.-J; DULCE, M.J.F. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 168: “Deve-se considerar que a relação que o sistema jurídico mantém com o extrajurídico não é uma relação normativa, mas, nesse caso, uma relação “cognitiva” (“abertura cognitiva do sistema”), porque se trata de um processo auto-regulado (regulado do interior). Isso significa que, na comunicação, a informação ou os “estímulos” externos são transformados pelo sistema, ao longo do processo auto-referencial.”

<sup>56</sup> Esse é o exemplo trazido por NICOLA, Daniela, Estrutura e Função do Direito, 1997, p. 235.

<sup>57</sup> Nesse sentido observa HESPANHA, Benedito. A Autopoiese na Construção do Jurídico e do Político de um Sistema Constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo. nº 28 – julho/setembro, 1999. p. 68: “O Direito constitui um sistema que se ordena em clausura comunicativa; não há Direito fora do Direito; as normas jurídicas não podem ser válidas como Direito fora do próprio Direito (Teubner, 1989). As normas *extrajurídicas* somente se adquirem validade no sistema jurídico após sua qualificação pelo código interno das comunicações jurídicas.”

<sup>58</sup> LUHMANN, Niklas, Evolution of Autopoietic Law, 1988, p. 338: “The law as autonomy is in danger only when the code itself is in danger – for instance when decision are taken in the legal system itself increasingly according to the difference between beneficial and harmful rather than the difference between legal and illegal.”

<sup>59</sup> Assim como Luhmann, também François Ost defende que o sistema jurídico deve ser concebido de forma circular. Nele, segundo o autor, há *loopings* que interagem com todos os outros sistemas, naquilo que o referido autor chama de o jogo do Direito. Diz ele: “Hay pues, en el sentido fuerte del término <<juego>> Del Derecho. Este sentido fuerte es un sentido neutro o medio: como se habla del “juego” delas olas o del <<juego>> de las luces; hay una espécie de movimento endógeno del Derecho, de producción interna, no como deseo de no se sabe qué orden jurídico hipostático, sino como proceso colectivo, ininterrumpido y multidireccional de circulación del logos jurídico”. OST, François. Júpiter, Hercules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa*, n. 14, 1993, p. 182. Na linha de Ost, por exemplo, explica FALCÓN Y TELLA, María José. *The Validity of Law: concept and foundation*. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2000, p. 207, que o julgamento é uma evolução da interatividade circular do julgamento de validade de uma norma Também da circularidade nasce a idéia do hiperciclo teubneriano. Diz o autor: “O Direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo”. TEUBNER, Gunther, *O Direito como Sistema Autopoietico*, 1989, p. 53.

ao mesmo tempo, analisar sua estrutura interna e suas relações com o exterior, de tal forma que o Direito possa ser visto sob a metáfora de Teubner<sup>60</sup> - como uma dança sem fim de correlações internas em uma rede fechada de elementos interacionais.

A circularidade do Direito se baseia, como quer Teubner<sup>61</sup>, na relação circular entre os atos legais (decisões) e as normas jurídicas. Assim, se a circularidade das decisões judiciais constitui-se na autopoiese jurídica, tem-se, novamente, que o sistema deve ser fechado. A clausura do Direito protege sua grande função: a decisão.

Para Luhmann, o Direito está voltado para seu entorno contingencial também porque a recusa em não julgar é proibida<sup>62</sup>. Toda norma só é norma porque a expectativa comportamental pode ser diversa daquela prevista. O Direito é fechado porque necessita reproduzir suas operações. Todavia, quando possui o programa específico, ele se abre para o mundo externo amalhando essa comunicação mediante seu código (Recht/Unrecht) e, a partir daí, retoma sua recursividade. No sistema brasileiro, o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>63</sup> é exemplar nesse sentido. É uma norma jurídica que autoriza a abertura do sistema, mas que, em seguida à abertura, traz para si, dita comunicação, desta vez já sob o amparo de seu código específico.

No entanto, paradoxalmente, a idéia de circularidade, que pressupõe clausura interna, está diretamente ligada à idéia de abertura. Em verdade, a abertura de um sistema se apóia em sua clausura<sup>64</sup>. Quanto mais enclausurado for um sistema, mais ele possui capacidades de se criar a partir de seus próprios elementos e sem esquecer as influências advindas do entorno<sup>65</sup>. Isso ocorre no momento do acoplamento estrutural entre os sistemas.

## 6. O ENTORNO DO DIREITO NA PERSPECTIVA DE LUHMANN

Conforme anteriormente referido, a diferença *sistema/entorno* é capital na idéia de sistema em Luhmann. Devemos ter em mente que o sistema é sempre menos complexo que seu entorno. O sistema visa, para tornar-se funcional, reduzir a complexidade do seu entorno, redução esta que ocorre a partir da seletividade do sistema com respeito à complexidade incomensurável do mundo. Para operar reduzindo complexidade, o sistema deve selecionar ao que será sensível.

O sistema constitui sentido. Por ele ocorre a criação seletiva de todas as formas sociais e psíquicas. O sentido constitui uma estratégia de seleção que permite eleger entre possibilidades, uma vez que cada seleção é contingente, porém significativa.

---

<sup>60</sup> TEUBNER, Gunther. Introduction to Autopoietic Law. In: \_\_\_\_ (Ed.) *Autopoietic Law: a new approach to law and society*. Berlin: New York: Walter de Gruyter, 1988(b). p. 1.

<sup>61</sup> TEUBNER, Gunther, Introduction to Autopoietic Law, 1988, p. 4.

<sup>62</sup> Veja-se, por exemplo, o art. 126 do Código de Processo Civil Brasileiro: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-à aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de Direito”.

<sup>63</sup> Diz o artigo: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito”.

<sup>64</sup> A respeito, defende MORIN, Edgar. *La Méthode – Vol. 1 – La Nature de la Nature*. Paris: Seuil, 1977, p. 197: “L’ouvert s’appuie sur le fermé”.

<sup>65</sup> “The more the legal system gains in operational closure and autonomy, the more it gains in openness towards social facts, political demands, social science theories and human needs.” TEUBNER, Gunther Introduction to Autopoietic Law, 1988, p. 2.

De fato, o sentido é o mundo de operação humana (e não a comunicação) e possui intrínseca a negação, a dicotomia básica sim/não. Os sistemas vão, resumidamente, dar às ações humanas sentido. Sendo assim, todo sistema produz seu próprio sentido, “ya que los sistemas sociales se constituyen sobre la base de un nexo de comunicación que es unitário”<sup>66</sup>. Para os sistemas psíquicos e sociais, tudo é concebido com base em um sentido, que é a permanente diferença entre a atualidade e a potencialidade. Como observam Dario Mansilla e Javier Nafarrate:

*En un mundo constituido significativamente y, por lo mismo, altamente complejo y contingente, se hace necesario reforzar la selectividad. Los sistemas sociales afrontan la complejidad mediante una selección escalonada. Para ello, desarrollan estructuras cuya función consiste en hacer posible la doble selectividad. La estructura hace la primera selección y refiere sus selecciones entre si generando un punto escalón de las acciones o vivencias. La estructura, por consiguiente, cumple su función al seleccionar entre otras posibilidades y dejar las selecciones elegidas relativamente fijas, vale decir, relativamente incuestionables porque en caso contrario se perdería el efecto de reducción de la complejidad: el próprio efecto estructurante*<sup>67</sup>.

A partir daí ocorre uma ampliação de possibilidades, e, paradoxalmente, a redução destas possibilidades por meio da referência. Observa Garcia Amado: “en cuanto sistema, la sociedad consta de comunicaciones, solo de comunicaciones y toda las comunicaciones”<sup>68</sup>. O fato é que a comunicação é o elemento diferencial entre a sociedade e o seu ambiente. Ou na expressão de Luhmann: “Um sistema social só pode comunicar; um sistema vivo só pode viver”.

Tem-se, portanto, que Luhmann rejeita qualquer perspectiva ontológica, os sujeitos da sua teoria não são os seres humanos, mas sim os sistemas. Os seres humanos constituem um tipo de sistema, denominado como “sistema psíquico”. Tais sistemas psíquicos observam o Direito, mas não o produzem, pois de outro modo

*el derecho quedaría encerrado en la profundidad de aquello que Hegel alguna vez expresó: ‘en la oscura interioridad de los pensamientos’. Por eso no es posible considerar a los sistemas psíquicos, a las conciencias, o a todo el ser humano, como partes o como componentes internos del sistema del derecho.*<sup>69</sup>

Sua perspectiva não é a de uma teoria dos objetos, mas sim do modo como estes objetos são constituídos mediante a observação e a diferença. Esse é o ponto mais controvertido da obra de Luhmann, pois a teoria sociológica precedente (teoria da ação social) tem como pressuposto um sujeito antropológico que desempenha uma ação com fins e intenções determinados e que pressupõe a relação com outros sujeitos.

---

<sup>66</sup> CARRERES, Joaquín Almoquera. *Kelsen y Luhmann*, p. 70.

<sup>67</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez e NAFARRATE, Javier Torres. *El derecho de la sociología de la sociedad*. In: SILVA, Artur Stamford (coordenador). *Sociología do Direito. Na prática da teoria*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 140.

<sup>68</sup> GARCIA AMADO, Juan Antonio. *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, p. 110.

<sup>69</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate, com a colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Felipe Segura. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 104.



Daí as acusações recorrentes a Luhmann de ter “matado o sujeito”. Rebatendo seus críticos, o sociólogo alemão escreveu:

*Una lectura aun superficial de estos planteamientos muestra, sin embargo, que los conceptos como hombre, sujeto, individuo, se usan en singular y se ahorra, com ello, la reflexión de quién es el relamente aludido. Cuando se toman empíricamente en serio los hechos ahí designados, no se puede hablar de que la señalización de algun individuo (por favor: nombre, edad, dirección, sexo, etc.) pudiera ser útil para el entendimiento de los fenómenos sociales. Les hacemos, pues, a aquellos que polemizan de esta manera la recriminación de que no toman en serio al hombre como individuo<sup>70</sup>.*

Na mesma linha de raciocínio, e criticando a abordagem precedente do fenômeno jurídico, Luhmann argumenta que:

*A sociología del derecho se conforma la mayor parte del tiempo com un concepto vago de acción o de comportamiento (behaviour) y llena los contenidos específicos del derecho con la consideración de las representaciones y las intenciones del que actúa o con la consideración del ‘sentido mentado’ (gemeinten Sinn de Max Weber) de la acción. Para nosotros esto no basta.<sup>71</sup>*

Para Luhmann, o sistema ocupa o posto de sujeito humano e a teoria da ação é substituída por uma teoria da comunicação. Dessa maneira, Luhmann obtém uma descrição mais fidedigna do fenômeno social. Do ponto de vista da sociologia do conhecimento, a teoria da ação social poderia ser considerada como um fenômeno intelectual típico da sociedade industrial, enquanto que a teoria da comunicação pode ser classificada como uma abordagem mais apropriada para as sociedades da informação e do conhecimento.

Superada a questão do indivíduo no (ou fora do) sistema, cumpre referir, novamente, que o traço distintivo entre um sistema e outro é sua diferenciação dos demais sistemas e do ambiente. Pela diferenciação funcional os sistemas operam de forma fechada, sendo autônomos no nível de suas operações. São operativamente fechados e cognitivamente abertos:

*um sistema é a forma de uma diferenciação, possuindo, pois, dois lados: o sistema (como o lado interno da forma) e o ambiente (como o lado externo da forma). Somente ambos os lados constituem a diferenciação, a forma, o conceito. O ambiente, pois, é tão importante para esta forma, tão indispensável, quanto o próprio sistema. Como diferenciação a forma é fechada. [...] tudo o que se pode observar e descrever com esta diferenciação pertence ou ao sistema ou ao ambiente.<sup>72</sup>*

A sociedade, composta de comunicações, articula-se como sistema fechado, constituindo seus próprios elementos e produzindo comunicação mediante comunicação.

<sup>70</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 90.

<sup>71</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 103.

<sup>72</sup> LUHMANN, Niklas. *O conceito de sociedade*. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997, p. 78.

Cada sistema reproduz uma operação específica, um modo de comunicação que se realiza apenas em seu interior. Desse modo, cada sistema possui um código exclusivo, de caráter binário, que se caracteriza por operar tipos específicos de distinções:

*Se os sistemas se baseiam em uma diferença codificada (verdadeiro/falso, jurídico/antijurídico, ter/não ter), toda auto-referência teria lugar dentro destes códigos. Opera dentro deles como relação de negação, que excepciona terceiras possibilidades e contradições; precisamente este procedimento que estabelece o código não pode ser aplicado à unidade do próprio código.*<sup>73</sup>

Ao mesmo tempo em que a sociedade se constitui como diferença em relação ao seu entorno, o processo de diferenciação ocorre, também, dentro da própria sociedade. Esse processo dá origem aos subsistemas que se constituem internamente dentro do sistema social. Assim, segundo Mansilla, a “diferenciación de la sociedad em subsistemas ocurre cuando la operación de surgimiento del sistema como una diferencia sistema/entorno se hace recursiva, vale decir, opera sobre su propio resultado”<sup>74</sup>.

Contudo, ao contrário do que poderia parecer a uma primeira vista, a crescente diferenciação funcional dentro da sociedade, com o surgimento de diversos subsistemas sociais, constituem um fator de integração que tem lugar como forma “de la reconstrucción de la unidad de la diferencia. El principio de diferenciación que opere como prioritario determinará, por conseguinte, la forma de integración correspondiente”.<sup>75</sup> Cada subsistema cumpre suas funções dentro da sociedade de forma exclusiva. Com isso, a política é assunto do subsistema político, a economia do subsistema econômico, o Direito é assunto do subsistema jurídico etc. Assim sendo:

*a sociedade é o sistema social mais amplo de reprodução de comunicação através da comunicação. É um sistema autopoietico. Ela é um sistema fechado, auto-referencial, já que não existe nenhuma comunicação entre a sociedade e seu ambiente, por exemplo, entre a sociedade e pessoas que vivem individualmente. Toda comunicação é uma operação interna à sociedade, é produção de sociedade e se expõe como acontecimento empírico, não somente à continuação, mas também à observação através de outras comunicações. Neste sentido, a sociedade moderna alcança uma complexidade que lhe permite reproduzir múltiplas autodescrições, não passíveis de serem integradas, e, simultaneamente, observar através de descrições de descrições que isto acontece. Isso significa, ao mesmo tempo, que é preciso renunciar a uma única correta representação do sistema, no sistema da sociedade na sociedade. No lugar da exposição competente surge a rede recursiva das observações e descrições; e, no lugar da verdade objetiva, que pode ser conhecida e autoritariamente preconizada, surge a seqüência temporal das respectivas comunicações e um procedimento de seleção evolutiva daquilo que, sob condições de mudança, deve poder convencer.*<sup>76</sup>

<sup>73</sup> LUHMANN, Niklas. *O enfoque sociológico da teoria e prática do direito*. In: Revista Seqüência, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 28, jun., 1994, p. 19.

<sup>74</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. *La teoría de la sociedad. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann*. In: Metapolítica. Volume 05, outubro/dezembro de 2001, p. 43.

<sup>75</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. *La teoría de la sociedad. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann*, p. 44.

<sup>76</sup> LUHMANN, Niklas. *Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas*. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta;

Por isso, ao final, enquanto Kelsen opera em uma perspectiva neokantiana que contrapõe os planos do ser e do dever-ser, localizando a normatividade no segundo plano, Luhmann rompe com tal dicotomia, entendendo o sistema jurídico em sua dimensão sociológica. Evidente, assim, que em alguns pontos os autores coincidem em suas posições. Todavia, suas divergências paradigmáticas não autorizam a colocar ambos dentro de um mesmo corte epistemológico.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

I. A visão kelseniana do ordenamento jurídico, que pode ser descrita por intermédio dos seus atributos formais como a própria idéia de validade da norma jurídica que retira da norma superior o seu fundamento, uma vez que esta dispõe da “forma en que há de producirse la inferior para ser considerada válida”, aproxima-se bastante da “noción de clausura operativa que caracteriza al sistema luhmanniano”<sup>77</sup>. Todavia, a base da autonomia da normatividade jurídica reside na localização do Direito no plano do dever-ser, o que distingue a lei positivada de qualquer referência sociológico-causal. Kelsen, por meio de seu princípio metodológico da pureza metódica, rompe com as explicações sociológicas do Direito e tenta por de pé uma explicação do Direito à margem de qualquer teoria social.

Luhmann, por seu turno, reconstrói a explicação sociológica do fenômeno jurídico, mas sem recorrer à idéia de que o Direito seja um “reflexo” da sociedade. Ele faz parte de uma lógica de subsistemas diferenciados que compõem e constituem a sociedade ao mesmo tempo em que se particularizam em função de sua relação com o entorno.

II. Kelsen repousa a idéia de unidade do Direito na idéia de unidade do sistema. Em Luhmann, a idéia de unidade apresenta-se sob a forma de uma unidade de sentido, uma vez que todo sistema produz um determinado sentido que pressupõe a totalidade de referências e remissões.

III. Outra diferença substancial entre as concepções sistêmicas de Kelsen e de Luhmann é que o primeiro ainda se encontra aferrado ao esquema sujeito-objeto, que pressupõe a existência de um observador objetivamente isolado do objeto observado, enquanto que o segundo leva em conta as relações inter-sistêmicas emergentes do conjunto de comunicações da sociedade. Não há sujeito sem objeto, observador sem observado. Humberto Maturana lembra que “a linguagem constitui não apenas o (objeto) observado, mas também o observador”.<sup>78</sup>

IV. Kelsen permanece prisioneiro da teoria da ação social, pois a criação do Direito é sempre produto de um sujeito capaz de realizar atos de vontade (e atos de conhecimento). A consequência é sentida na sua teoria da interpretação, especialmente se levarmos em conta as conclusões afixadas na última versão da *Teoria Pura do Direito* de 1960, quando Kelsen estabelece a possibilidade do criador do Direito operar fora da moldura de possíveis significados semânticos da norma. Nesse caso, como bem salientou Vernengo, a teoria de Kelsen acerca da interpretação se converte numa “caixa preta”:

---

SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997, p. 58.

<sup>77</sup> CARRERES, Joaquín Almuera. *Kelsen y Luhmann*, p. 58.

<sup>78</sup> MATURANA, Humberto. *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2001, p. 131.

*El juez, como transformador de la información fáctica y normativa previas, es una caja negra: no sabemos qué ocurre dentro de ella, no nos interesan los procesos psicológicos o gnoseológicos que pueden explicar los sucesos dentro de esa caja negra, dentro de la cabeza del juez. Lo que importa es lo que el juez produce cuando firma su sentencia. Para Kelsen, según es sabido, los hechos no son otra cosa sino aquello que el juez declara al respecto, al resolver el caso.*<sup>79</sup>

Luhmann, de seu lado, formula a questão da justiça em outros termos, fugindo do subjetivismo voluntarista que se ampara na ação do sujeito moral. A justiça é formulada em termos de recursividade e programação. Operando internamente, o sistema faz referência a si mesmo, assumindo um caráter auto-referencial. A função do símbolo formal da validade jurídica consiste em facilitar a referência sistêmica sem caracterizar o sistema quanto ao seu conteúdo<sup>80</sup>. Por isso, a pergunta tradicional pela justiça do Direito perde qualquer significado prático, uma vez que junto a uma lei de construção, da lei de herança, da lei de circulação ou da lei sobre os direitos autorais, não existe uma ‘lei justa’. As perguntas sobre a justiça do Direito são vistas como uma busca de legitimação do Direito por meio da moral<sup>81</sup>. Mas, ao contrário de Kelsen, que considera a justiça como um “ideal irracional”, por depender dos valores e preferências subjetivas de cada indivíduo, Luhmann anota que o sistema jurídico “não tem porque desistir da idéia de justiça”:

*Lo que se tiene que reconsiderar es tan solo la ubicación teórica de esta idea. Se trata, y por ello esta introducción tan puntualizada sobre el tema, de una representación de la unidad del sistema en el sistema. Mientras que en el caso de la ‘validez’ se entiende ésta como un símbolo que circula en el sistema y que enlaza operaciones al mantener en el recuerdo los resultados de las operaciones para una reutilización recurrente, en el caso de la justicia se trata de una autoobservación y la autodescripción derivan en una paradoja (porque si no el código tendría que afirmar la identidad de derecho y no-derecho), quedaría por ver si en el plano de los programas del sistema no pudiera existir una proyección de unidad: un programa para todos los programas. Parece evidente inferir que aquí se localiza el sentido de la idea de justicia*<sup>82</sup>.

V. Tendo em vista que Kelsen pensa as normas jurídicas sob a representação arquitetônica de uma pirâmide normativa, constituída por um edifício com vários andares superpostos, o ordenamento somente se torna possível graças à suposição da norma fundamental hipotética, que passa a ser o fundamento de validade do ordenamento. Como bem argumenta Simone Goyard-Fabre, a perspectiva de Luhmann é outra, pois a “teoria da autopoiese não busca o ‘fundamento’ do direito: fornece um ‘modelo’ de organização do direito positivo. Este modelo é a auto-organização de uma ordem sistêmica.”<sup>83</sup>

<sup>79</sup> VERNENGO, Roberto. *La interpretación jurídica*. México: UNAM, 1977, p. 11.

<sup>80</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 276.

<sup>81</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 277.

<sup>82</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, pp. 278-279.

<sup>83</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 224.

No enfoque mais tradicional, à política cabia determinar o Direito, impondo-o aos mais diversos setores da vida social. Com o paradigma sistêmico, cada um dos sistemas e subsistemas da sociedade opera de modo autônomo. Sendo assim, arremata Goyard-Fabre, a “relação *direito/sistemas sociais* substitui hoje a relação *direito/autoridade política*. Os sistemas sociais produzem informações que, para o sistema jurídico, são de certa forma ‘modelos de pesquisa’”.<sup>84</sup>

VI. Kelsen, na sua visão processualista do ordenamento jurídico, também percebe que o mesmo atua sob a forma de um código específico, mesmo não se expressando na terminologia típica da teoria dos sistemas. Na *Teoria Pura do Direito*, o teórico austríaco anota: “A regulamentação da conduta humana por um ordenamento normativo processa-se por uma forma positiva e por uma forma negativa”<sup>85</sup>. Kelsen, como Luhmann, também vê o Direito como operativamente fechado, porém cognitivamente aberto.

Destaque-se, todavia, que a abertura cognitiva, na visão kelseniana, ocorre por meio do indivíduo (ou indivíduos, no caso de um colegiado) que aplica o Direito, carregando para o mesmo, através da sua esfera de discricionariedade, elementos não-jurídicos, visto que tal ação representa um ato de vontade – e não de conhecimento. Com isso, não há que se falar em “Direito puro”: este é sempre produto de inúmeras determinações advindas do entorno social.

Luhmann, entretanto, coloca esse movimento de abertura cognitiva no plano das comunicações e o do código específico no plano do necessário mecanismo de seleção do *noise* exterior, que irá criar, mediante suas estruturas e organização, uma função absolutamente diferenciada no sistema social: a decisão com base nos critérios do sistema do Direito.

Sublinhe-se, por fim, que esses critérios do sistema do Direito, dados por seu código, não abrem mão de uma observação a respeito de tudo aquilo que não é Direito (*Unrecht*), motivo pelo qual mesmo que as terminologias lingüísticas possam se assemelhar, resta evidente que o modelo paradigmático de Kelsen e de Luhmann não são os mesmos, pois para este o sistema do Direito não possui uma “ordem” – muito menos hierárquica. Mais: é necessário apreender tudo o que não é Direito para definir o que é Direito, constituindo-se tal paradoxo no modo propulsor de uma nova forma de observação da sociedade bastante diferente daquela postulada pelo Círculo de Viena, e, portanto, também por Kelsen.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCOVER, Pilar Gimenez. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: Bosch Editor, 1993.

ARNAUD, A.-J; DULCE, M.J.F. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARON Raymond. *As Etapas do Pensamento Sociológico*. Tradução de Sérgio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>84</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*, p. 223.

<sup>85</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado, p. 16.

- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade. Contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996.
- FALCÓN Y TELLA, María José. *The Validity of Law : concept and foundation*. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2000.
- GARCIA AMADO, Juan Antonio. *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1997.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GRÜN, Ernesto. *Una visión sistêmica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: LexisNexis, 2006.
- GUIBOURG, Ricardo. *Derecho, sistema y realidad*. Buenos Aires: Astrea, 1986.
- HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HESPANHA, Benedito. A Autopoiese na Construção do Jurídico e do Político de um Sistema Constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo. n° 28, julho/setembro, 1999.
- IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escândalo*. Barcelona: Anthropos, 1990.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KERCHOVE, Michel Van de e OST, François. *El sistema jurídico entre orden y desorden*. Tradução de Isabel Hoyo Sierra. Madri: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1997.
- LUHMANN, Niklas. Closure and Openness: on reality in the world of law. In: TEUBNER, Gunther (Ed.) *Autopoietic Law: a new approach to law and society*. Berlin: New York: Walter de Gruyter, 1988.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate, com a colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Felipe Segura. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.
- LUHMANN, Niklas. Le Droit Comme Système Social. *Droit et Société*, Paris, n° 11-12, 1989.
- LUHMANN, Niklas. *O enfoque sociológico da teoria e prática do direito*. In: Revista Sequência, Florianópolis: Fundação Boiteux, n° 28, jun. 1994.
- LUHMANN, Niklas. Operational Closure And Structural Coupling: The Differentiation Of The Legal System. *Cardozo Law Review*, Cardozo School of Law: New York, 1991-1992, n° 13, pp. 1420-1442.
- LUHMANN, Niklas. *Poder*. Tradução de Luz Mônica Talbot. Barcelona: Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1995.

- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. *Teoría de la sociedad*. México: Universidad de Guadalajara/Univesidad Iberoamericana/ITESO, 1993.
- LUHMANN, Niklas. Poder, Política y Derecho. *Metapolítica*, vol. 5, nº 20, México: DF, 2001.
- MATURANA, Humberto. *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2001.
- MORIN, Edgar. *La Méthode – Vol. 1 – La Nature de la Nature*. Paris: Seuil, 1977.
- NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997.
- NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997.
- OST, François. Júpiter, Hercules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa*, nº 14, 1993.
- RAMOS PASCUA, J. A. e RODILLA GONZÁLEZ, M. A. (organizadores). *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006.
- ROCHA, Leonel Severo, SCHWARTZ, Germano e CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SCHWARTZ, Germano; AMORIM, Luciano Oliveira de. Bi(bli)ografia de Niklas Luhmann : observando o observador. In: TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Para Entender Luhmann e o Direito Como Sistema Autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 111-120.
- STICHWEH, Rudolf. *Teoría de Sistemas versus Teoría de la Acción*. In: *Metapolítica*. Volume 05, outubro/dezembro de 2001, pp. 52-67.
- TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005.
- TEUBNER, Gunther. Evolution of Autopoietic Law. In: \_\_\_\_ (Ed.) *Autopoietic Law : a new approach to law and society*. Berlin : New York : Walter de Gruyter, 1988.
- TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- VERNENGO, Roberto. *La interpretación jurídica*. México: UNAM, 1977.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3. ed. Brasília: Editora da UnB, 2000.