

# NIKLAS LUHMANN E LIMITES DECISÓRIOS DO SISTEMA JURÍDICO: REFLEXÕES SISTÊMICAS<sup>1</sup>

Por Ulisses Schwarz Viana<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente texto tem por escopo produzir breve estudo acerca do problema da decisão judicial no modelo filosófico da autopoiese jurídica. Nele se busca uma reflexão sobre os limites das decisões em sua relação com o ambiente social. A decisão judicial é vislumbrada a partir do pensamento de Niklas Luhmann como emissão comunicativa que necessita apresentar aptidão da produção de ressonância nas estruturas dos subsistemas sociais em interconexões sistêmicas (acoplamentos estruturais) com o sistema jurídico. Perspectiva da consciência dos limites sistêmicos das decisões judiciais, tanto em seu aspecto eficacial quanto no da argumentação jurídica. A decisão dentro desse horizonte passa a ser problematizada como possibilidade de disfuncionalidade das prestações do sistema do direito na sociedade complexa e funcionalmente diferenciada.

**Palavras-chave:** Decisão Judicial. Autopoiese jurídica. Limites. Disfuncionalidade. Interconexões sistêmico-estruturais (acoplamentos estruturais). Eficácia. Ressonância. Complexidade e diferenciação funcional.

ARTIGO

Revista dos Estudantes de Direito  
da Universidade de Brasília;  
25.<sup>a</sup> edição

1 Texto resultante das anotações para apresentação no Workshop “*Modelos Filosóficos de Decisión Judicial*” do Congresso Iberoamericano de Filosofia Jurídica e Social, Buenos Aires, outubro de 2014.

2 Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor da Graduação e em Direito do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP/Brasília); Professor da Pós-graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP/Brasília). Professor do Programa de Mestrado Acadêmico e Doutorado em Direito do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP/Brasília). Membro da Comissão Especial de Defesa da Federação do Conselho Federal da OAB; Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul. E-mail: ulisses.schwarz@idp.edu.br.

## 1. INTRODUÇÃO

O pensador alemão Niklas Luhmann (1927-1998), professor de sociologia na Universidade de Bielefeld (Alemanha), ao longo de sua vida acadêmica elaborou uma teoria da sociedade de caráter bastante peculiar e inovadora. A partir de sua perspectiva interdisciplinar, utilizou-se de conceitos obtidos da biologia, da epistemologia cibernetica, da matemática e outras áreas do conhecimento. Luhmann se lançou ao trabalho de observar e demonstrar que a sociedade moderna está baseada na existência de sistemas sociais operacionalmente fechados (*operative Schließung*), mas cognitivamente abertos (*kognitive Öffnung*) e, ainda, nesta relação dual e paradoxal, faz aplicar o conceito de acoplamento estrutural<sup>3</sup> (*strukturelle Kopplungen*), o que preferimos denominar de *interconexões sistêmico-estruturais*.

Nesse panorama teórico, coloca-se na exposição o problema do elemento *eficacial* das decisões judiciais como fator de impulso para a geração de coevolução harmônica dos sistemas integrantes do sistema geral da sociedade, preocupado com *afuncionalidade* das prestações (decisórias) do sistema jurídico.

O modelo teórico-analítico-descritivo da teoria de Niklas Luhmann permite que o sistema funcional do direito, no presente texto centrado nas decisões jurídicas, seja observado a partir de sua capacidade de produzir, por meio de seus programas condicionais (normas e princípios constitucionais), uma comunicação ‘normatizada’ (congruente) entre as expectativas ligadas às operações autopoieticas dos subsistemas sociais de função, em suas interações sistêmicas (interpenetrações e acoplamentos estruturais).

A realização da comunicação ‘normatizada’ congruente voltada à estabilização de expectativas sociais, resolução de conflitos e de redução de complexidades e riscos surgidos nas fricções entre os sistemas sociais deve ser concebida como produto decorrente das decisões (emissões comunicativas) produzidas pelo sistema do Direito, como ocorre nas decisões judiciais e na respectiva jurisprudência<sup>4</sup>.

É dizer que apesar do fechamento operacional de cada um deles, o acoplamento estrutural, como possibilidades de *interconexões sistêmico-estruturais*, abre o horizonte para a exploração das possibilidades de conexões intersistêmica mediadas pela *abertura cognitiva* (capacidade do sistema de *aprender para coevoluir, adaptar*). Aspecto em que o texto busca explícitar a peculiar compreensão luhmanniana da Constituição como acoplamento estrutural entre o jurídico e o político e de seus desdobramentos *evolutórios*.

Ganha igualmente relevo neste texto a ideia luhmanniana de que o sistema jurídico ganha flexibilidade e capacidade adaptativa por meio dos *programas condicionais* do Direito, não obstante a rigidez do código binário sistêmico- operacional de sua estreita conexão com a construção do sentido, da racionalidade e da linguagem sistêmica. Paralelamente, permite-se vislumbrar o alcance pragmático de suas consequências funcionais.

3 A expressão *acoplamento estrutural*, utilizada neste texto, deriva da terminologia adotada por Luhmann em toda sua obra, escrita originalmente em língua alemã na qual se tem a expressão *strukturelle Kopplung*. Apesar de sua acepção denotar um aspecto de ligação ou ligamento estrutural, um tanto mecanicista e anatômico, ela tem sido amplamente utilizada pelos tradutores dos textos luhmannianos, quer seja nas versões para a língua inglesa (*coupling*) quer seja para o espanhol (*acoplamiento*), por exemplo.

4 Nesta monografia, deve ser esclarecido, não trataremos de modo direto as outras formas de reprodução autopoietica <<não-jurisdicionais>> do Direito, identificadas por Luhmann em sua teoria. Isto por não caberem no propósito e nas proporções deste texto.

Na perspectiva das aplicações funcionais, surge a *fórmula do risco*, pela qual Luhmann põe em xeque a tendência do jurista (no texto, centrada na figura do juiz) a *illusion of control* (ilusão do controle).

Esta *ilusão do controle* é vista na exposição que se inicia como certa propensão, no plano da prática decisória judicial, à negação das limitações estruturais da realidade social. Realidade esta que fenomenologicamente apresentaria condicionamentos às possibilidades decisórias no campo jurisdiccional ao Direito como subsistema **funcional** na sociedade moderna, caracterizada, segundo Luhmann, por grande complexidade e contingência em suas estruturas de expectativas e também semânticas (construção social de sentido).

As decisões jurídicas (principalmente as judiciais) que, a partir de Luhmann, são vistas como produto da fórmula (condicional) do *se → então*, se presente o quadro fático *x* então *y*. Tal fórmula, quando inserida em interconexões sistêmico-estruturais, como instrumento de conexões comunicativas funcionalmente diferenciadas, pode contribuir para a abertura de um processo evolutório de possíveis ressonâncias de sentidos entre sistemas sociais, operacionalizado por meio de decisões judiciais e pela jurisprudência.

Cenário complexo em que emerge a *função social* do Direito estimulada por aberturas cognitivas (capacidade de auto-observação [processos internos] e de hetero-observação [estímulos externos do ambiente social]), para sensibilizar-se sobre as consequências e a eficácia no ambiente social, evitando-se *disfuncionalidades decisórias*. Daí o relevo da ideia luhmanniana de *abertura cognitiva* dos subsistemas de função na sociedade, a qual se apresenta como capacidade de conexão e de observação, o que permite o *aprendizado* na interação entre os atritos estruturais dos subsistemas sociais em suas operações que possam causar reflexos nas operações de outros sistemas, trazendo novamente à cena o papel dos *acoplamentos estruturais* (*strukturelle Kopplungen*) ou, como preferimos, conexões intersistêmicas.

Os famosos paradoxos luhmannianos, entretanto, servem para observar os limites da *abertura cognitiva* (capacidade de observação e de *aprendizado*) e sua atividade cooperativa com o *fechamento operativo* (*operative Geschlossenheit*), mantenedor da identidade sistêmico-autopoietica do Direito, o que permitirá que o sistema jurídico continue a ser regido, no plano de suas operações decisórias, exclusivamente por seu código operativo binário, em que o valor positivo, em confronto com o valor negativo, produz autodiferenciação. Assim, mantém-se a identidade (autonomia) do Direito, tornando-o autorreferencial (autopoietico). Na exposição também se anota que, para Luhmann, o código binário **jurídico** baseia-se em um valor positivo (incluente) <<direito>> vs. um valor negativo (excludente) <<não direito>>, que se desdobra em outros subcódigos, como <<lícito vs. ilícito>> e, também, no metacódigo (Teubner) <<constitucional vs. inconstitucional>>.

Nota-se, então, que é esse mesmo código binário que permite ao sistema jurídico construir sua *racionalidade sistemática* (*Systemrationalität*), criando-se e recriando-se na cadeia da reprodução de suas próprias operações **decisórias**, regidas por programações condicionais (princípios, regras e procedimentos jurídicos), o que, em síntese, permite a autorreferência sistêmica, chave para sua autopoiese.

As operações decisórias do sistema jurídico são aptas a gerar riscos *internos* e *externos*, o que leva decididor jurídico, em suas atividades decisórias, a desconsiderar *sólipsisticamente* os riscos sociais que podem ser gerados pelo próprio sistema jurídico, ainda que se pense em termos de “concretização” de determinados “valores” da ordem social, por exemplo.

A cautela está em que as decisões jurídicas não podem ser regidas por idealizações jurídicas<sup>5</sup> ou modelos metafísicos e transcendentais de inspiração jusnaturalística tradicional, porque podem representar “ideais” do decididor jurídico aptos, a depender das circunstâncias, a gerar riscos *eficaciais* para o próprio sistema jurídico, por tentar *criar* e *forçar* uma realidade operacional e produzir decisões judiciais que se confrontam com a *inexistência* de condições *materiais* no sistema social para produzir a necessária ressonância e alteração de estruturais.

Ou seja, trabalha-se aqui com a hipótese de que o sistema funcional do Direito, ao não considerar as possibilidades estruturais existentes no sistema em que deverá se realizar sua decisão – como, por exemplo, **decisões sobre temas econômicos que terão sua concretização no sistema econômico** –, pode acabar por desestabilizar suas operações ou até mesmo provocar paralisações em graus variáveis. Situações em que o sistema atingido por decisões *disfuncionais* acaba por não ter outra solução para sua preservação *operativa*, senão recriar suas programações e *escapar* dos efeitos perturbadores da decisão judicial, negando-lhe *eficácia* de forma sub-reptícia.

Esta observação nos conduz a propora ideia de que, por meio da observação dos acoplamentos estruturais, como *interconexões sistêmico-estruturais*, apesar das contingências do “futuro”, é preciso considerar a necessidade de reduzir os riscos de decisões que, por não permitirem operacionalizar aberturas cognitivas, mantêm-se controladas pelo fechamento operativo de racionalidade propriamente jurídica, e observar a eventual geração de irritações sistêmicas intoleráveis nos outros sistemas sociais, deixando pra trás as armadilhas funcionais da *illusion of control*.

A *illusion of control* (ilusão de controle), em nossa visão, é canal de produção de irritações (perturbações operacionais) que podem atingir o gravíssimo nível de produzir corrupções sistêmicas, ou seja, *disfuncionalidades* que em nada cooperam para o processo coevolutório indispensável a uma sociedade caracterizada pela contingência, complexidade e diferenciação funcional, sonegando um dos frutos mais desejáveis do sistema jurídico: a *segurança jurídica* (*Rechtssicherheit*).

## 2. INTERCONEXÕES SISTÊMICO-ESTRUTURAIS (*STRUKTURELLE KOPPLUNGEN*) E DECISÕES JURÍDICAS

Luhmann (2006: 269) esboça o conceito de acoplamento estrutural do seguinte modo:

O conceito de acoplamento estrutural [...] se deve a que dois sistemas se contemplam e se perguntam como estão eles ligados entre si: como é absolutamente possível que um sistema, apesar de autopoietico – o que quer dizer, apesar de ele se produzir em suas próprias operações e determinar aquelas que devem cessar de existir ou, consequentemente, deixar de operacionalizar-se – possam funcionar em um ambiente.<sup>6</sup>

5 Como por exemplo, de uma “justiça” idealizada como modelos de *perfeição* seja conceitual seja material.

6 Tradução livre do autor – Texto original: „Der Begriff der strukturellen Kopplung liegt [...], der zwei Systeme gleichzeitig betracht und sich die Frage stellt, wie sie miteinander verbunden sind: wie es überhaupt möglich ist, dass ein System, obwohl es autopoietisch ist – das heißt, obwohl es sich mit

Em outra ocasião, Luhmann (1987a: 302) esclarece:

Conceitos como “coupling” e “bonding” vêm à superfície como outros contextos de pesquisa. Eles indicam uma integração temporária de unidades independentes. A perspectiva do observador, portanto, se coloca de frente. Ela não penetra as unidades, mas pode estabelecer que elas se combinem ocasionalmente e, assim, adotem os mesmos valores ou valores complementares diante de muitas variáveis, ou até operem como sistema unificado em ocasiões específicas.<sup>7</sup>

Para elaborar sua ideia do acoplamento estrutural, Luhmann (1987a: 286-344) recorre ao conceito de *Interpenetration* (interpenetração), colocando-a na relação entre dois ou mais sistemas autopoieticos, em função de que ocasionalmente executam operações sobre os mesmos valores ou valores complementares, que em certas situações fazem que os sistemas operem de modo “unificado”.

O conceito luhmanniano da *Interpenetration* foi elucidado por Baraldi, Corsi e Esposito (1997: 189), quando ao explicá-lo registram:

Fala-se de interpenetração, se o acoplamento estrutural tem lugar na proporção da mútua dependência entre os sistemas, da qual cada um somente pode então existir se o outro também existir. Os referidos sistemas se desenvolvem então coevolutivamente.<sup>8</sup>

Como visto, o acoplamento estrutural deriva da circunstância de que, em dados momentos, ao serem observados de fora, os sistemas se apresentem unificados e em coevolução interdependente, por compartilharem valores *mútuos* ou *complementares*, ou seja, desafiados por necessárias interconexões sistêmicas.

Apesar de seu fechamento operativo (*operative Geschlossenheit*), necessário à reprodução autopoietica por meio de suas próprias operações, os sistemas funcionais parciais (economia, direito, educação, intimidade, dentre outros) não operam em um *solipsismo* sistêmico, pois são capazes de perceber os efeitos recíprocos das operações que envolvem valores *mútuos* e *complementares*, os quais são canalizados como estímulos produzidos pelo contato/atrito/irritação entre os subsistemas sociais de função pelos acoplamentos estruturais.

Os acoplamentos estruturais (*strukturelle Kopplungen*) – como inevitáveis, em alguns casos, interconexões sistêmico-estruturais – entre os sistemas e os subsistemas sociais, pelo processo de admissão ou de exclusão das irritações advindas do ambiente, somente podem evoluir conjuntamente na forma do *structural drift*<sup>9</sup>, o qual viabiliza a criação de estruturas sociais **coordenadas** e de **adaptações** do sistema social para promover a inclusão de novas formas de operações e de modos de vivência. O que de modo central é feito por meio da estabilização de

---

eigenen Operationen reproduziert und das entweder tut oder anderenfalls aufhören muss zu operieren, also aufhören muss zu existieren -, in einer Umwelt funktioniert“.

7 Tradução livre do autor – Texto original: „In anderen Forschungszusammenhängen tauchen Begriffe wie >>coupling<< oder >>bonding<< auf. Sie bezeichnen eine zeitweilige Verknüpfung von unabhängigen Einheiten. Dabei steht die Perspektive eines Beobachter im Vordergrund. Sie dringt nicht in das Innere der Einheiten ein, kann aber feststellen, daß sie sich gelegentlich zusammenschließen, in mehreren Variablen gleiche oder komplementäre Werte annehmen oder auch bei bestimmten Anlässen wie ein einheitliches Systems wirken.“

8 Tradução livre do autor – Texto original: „Man spricht von Interpenetration [...], wenn die strukturelle Kopplung in einem Verhältnis der gegenseitigen Abhängigkeit zwischen Systemen stattfindet, von denen jedes nur dann existieren kann, wenn die andere auch existieren. Die betreffenden Systeme entwickeln dann ko-evolutiv.“

9 Expressão adotada por Luhmann, mas cunhada por Humberto Maturana no campo da biologia, a qual se aplica à ideia dos desenvolvimentos estruturais coordenados.

expectativas normativas pelo subsistema do Direito, por meio de sua função decisória e de seus programas condicionais.

Bastante elucidativa é a leitura das palavras do próprio Luhmann (1995: 494-495), quando ele assevera:

Evidentemente, o sistema da sociedade se realiza com o auxílio da diferenciação entre sistemas funcionais autopoieticos e acoplamentos estruturais. Com isso se delimita o ambiente, com relação ao qual outros acoplamentos estruturais inteiramente diferentes (de modo concreto: os acoplamentos estruturais com sistemas de consciência) se realizam. Como consequência, não se pode afirmar nem que a sociedade se reproduz como um somatório de seus sistemas funcionais, nem vislumbrar-se cada uma das formas em que se dão os acoplamentos estruturais (como no caso de que agora nos ocupamos: a Constituição ou mesmo a propriedade privada e o contrato ou, na terminologia do século XIX: Estado e Sociedade) como algo representativo da ordem social. O que é muito mais decisivo aqui, é que a realização do sistema dos sistemas funcionais autopoieticos e a ocorrência de acoplamentos estruturais, que exacerbam as irritações, dirigindo-as e excluindo-as, podem evoluir somente em conjunto.

Destarte, chegamos ao que Maturana denomina de *structural drift*, isto é, a desenvolvimentos estruturais coordenados – como, por exemplo, no que tange ao nosso tema: tendências no sentido do Estado do bem-estar, no rumo da positividade do Direito e ao desenvolvimento dirigido e descentralizado da economia com a ajuda das finanças e orçamentos. Em todo caso, os sistemas funcionais da política, do direito e da economia - para não falarmos de outros – irritam suas possibilidades, enquanto que a irritação recíproca e intensiva assegura a manutenção de uma compatibilidade satisfatória.<sup>10</sup>

Assim, propomos uma possível interpretação do acoplamento estrutural luhmanniano, dentro desse contexto de observação, como uma interpenetração que se traduz na possibilidade de o subsistema do Direito produzir, por meio das decisões (jurídicas) judiciais e da jurisprudência, uma atuação cooperativo-comunicativa (acoplamentos) entre os subsistemas sociais submetidos às regras e princípios institucionalizados como, por exemplo, na Constituição com seus regramentos voltados à interação entre ordem social e ordem econômica, com seus focos de constante tensão.

Tal posição serve ao entendimento das possibilidades funcionais dos acoplamentos estruturais, por meio da “normalização” da comunicação entre os subsistemas sociais, ampliando as possibilidades coevolutivas que promovam a construção de estruturas sociais harmonizadas dentro de um contexto característico da modernidade em que o aumento da complexidade das relações sociais culminaram na diferenciação funcional dos subsistemas sociais autopoieticos, como identificado por Niklas Luhmann (1987a: 256-285) dentro do contexto geral do processo de

10 Tradução livre do autor – Texto original: „Offenbar realisiert sich das Gesellschaftssystem mit Hilfe der Differenz von autopoietischen Funktionssystem und strukturellen Kopplungen und grenzt sich dadurch von einer Umwelt ab, in bezug auf die ganz andere strukturelle Kopplungen (nämlich die mit Bewußtseinsystemen) realisiert werden. Weder kann man deshalb sagen, daß die Gesellschaft sich als Summe ihrer Funktionsysteme reproduziert; noch kann man diejenigen Formen, in denen sich strukturelle Kopplungen realisieren (in unserem Bereich also: Verfassung bzw. Eigentum und Vertrag oder in Terminologie des 19.Jahrhunderts: Staats und Gesellschaft) als repräsentativ für die gesellschaftlich Ordnung ansehen. Entscheidend ist vielmehr, daß die Realisation von autopoietischen Funktionsystemen und die Einrichtung von strukturellen Kopplungen, die Irritationen zugleich steigern, dirigieren und ausschließen, nur zusammen evoluien können. Auf diese Weise kommt es dazu dem, was Maturana <structural drift> nennt, nämlich zu koordinierenden Strukturrentwicklungen, in unserem Themenbereich etwa zu Trends in Richtung Wohlfahrtstaat, Positivität des Rechts und dezentral an Hand von Bilanzen und Budgets gesteuerter Wirtschaftsentwicklung. Die Funktionsysteme für Politik, Recht und Wirtschaft (von anderen war hier nicht die Rede) reißen jeweils ihre Möglichkeiten aus, und die intensive reziproke Irritation sorgt dafür, daß ausreichende Kompatibilität erhalten bleibt.“

*diferenciação social* e da correspondente *diferenciação das dimensões de sentido* (Luhmann: 1987a: 127-135).

Ao radicar o conceito da autopoiese em seu pensamento, Luhmann, em um primeiro momento, cuida da questão da possibilidade da cognição do mundo, este visto agora como *Umwelt* (ambiente), o qual se apresenta em um estágio avançado de hipercomplexidade, decorrente do advento da modernidade. Modernidade que transformou as relações sociais em um emaranhado de novas e inumeráveis possibilidades evolutivas (ou de novos conflitos).

Como resultado destacrescente complexidade houve aumento antes impensável de possíveis comunicações de novos *sentidos*. As informações se tornaram tão multiformes que determinaram a diferenciação funcional como necessidade do surgimento de sistemas funcionalmente especializados (os subsistemas da sociedade) como uma forma de redução dessa mesma complexidade.

Luhmann aponta para o fato de que o crescente e excessivo volume de possíveis informações em dado momento produz um núcleo de *sentido* (*Sinn*), que cria autorreferência, que gera auto-observação (*Selbstbeobachtung*) e autodefinição (*Selbstbeschreibung*). O que se passou a denominar de “reflexão”, que possibilita o aparecimento da identidade (*Identität*) e que, como resultado, permite ao subsistema diferenciar-se de seu ambiente (*Umwelt*).

A expressão *sentido* (*Sinn*) tem um significado muito específico e próprio no pensamento de Luhmann. Ela deve ser entendida como possibilidade de o sistema ao mesmo tempo reduzir e conservar a complexidade do mundo dentro do sistema (Luhmann: 1987a, 64-65), construindo um sentido autorreferencial do que se apresenta como multiformes possibilidades de informações esparsas no ambiente (*Umwelt*). Esse ambiente (*Umwelt*) deve ser entendido como tudo que não é o próprio sistema, dentro dessa ideia estão *inclusive* os “outros” subsistemas da sociedade.

Nessa relação entre o sistema (*System*) e seu ambiente (*Umwelt*), surge a necessidade de comunicação de sentido (*Sinn*) entre as irritações (*Irritationen*) oriundas do ambiente ou entorno (*Umwelt*). A irritação sistêmica se traduz como estímulos externos que perturbam o sistema, gerando possíveis comunicações que passam a *fazer sentido* (*Sinn*) nas operações internas – autorreferenciais - do sistema.

Daí surge a possibilidade da ressonância (*Resonanz*), isto porque a irritação só pode produzir ressonância dentro do sistema “*on the basis of its own frequencies*” (Luhmann, 1989: 16). Ou seja, a irritação só produz ressonância quando possuir algum sentido (*Sinn*) para o sistema, como seletividade das informações que serão internalizadas no sistema.

A seletividade é o critério de filtragem sistêmico, pelo qual as informações (irritações) passam pelo crivo do código binário (código de linguagem) - positivo e negativo (sim/não) - criando núcleos de sentido *jurídico* que reduzem a complexidade do ambiente e permitem o fechamento operacional (*selbstreferentielle Geschlossenheit*). A partir daí o sistema funcional se operacionaliza por meio de seus programas (*Programme*).

Neste contexto, o subsistema do direito orienta sua seletividade de sentido das irritações do ambiente pelo código binário *direito/ não direito*, o que insere o sistema no conceito de sistemas sociais autopoieticos, os quais se definem como subsistemas sociais diferenciados por

critérios próprios de seletividade das informações existentes para reduzir a crescente complexidade (hipercomplexidade) da sociedade que constitui o ambiente do sistema jurídico. Todo modo de operar se baseia em um código binário (*Codierung*) próprio (positivo/negativo) para estabelecer a autorreferência (*Selbstreferenz*) e critérios de auto-observação (*Selbstbeobachtung*), para, assim, reproduzir seus elementos constitutivos por seus próprios elementos por meio de uma programação (*Programmierung*) de sua função jurídico-decisória.

E para as operações decisórias produzidas no interior do subsistema do Direito, que sentido assume a autopoiese?

Começa Luhmann pelo esclarecimento de que *as operações jurídicas não se realizam unicamente no interior do sistema jurídico*. Deve-se, contudo, ter em mente que, para a preservação de sua autorreferência, o Direito constitui seus programas normativos<sup>11</sup> dentro do seu sistema. Entretanto, no que tange aos acoplamentos estruturais do Direito com o ambiente (*Umwelt*) a autopoiese nada revela sobre os efeitos mútuos (sistema ↔ ambiente) das estruturas que devem ser constituídas em razão dos referidos acoplamentos estruturais.

Ou seja, podem surgir tantos acoplamentos estruturais quantas as possibilidades de comunicação de eventos que repercutem de modo comum, em dois ou mais sistemas, cada um preservando e atribuindo àqueles eventos o sentido autorreferencial (*Sinn*), que é próprio a seu código binário. O problema está em que, com a crescente complexidade do sistema social, novas questões “juridificáveis” surgem, o que impõe ao sistema jurídico a produção de decisões judiciais sobre *novos temas*, como por exemplo, com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados, inteligência artificial e outros.

Daí que podemos ver os acoplamentos estruturais como possibilidades intersistêmicas de judicialização de conflitos, como, por exemplo, de conflitos econômicos em decorrência da interpretação e da validade (jurídica) de cláusulas contratuais ou, ainda, de conflitos políticos que ressoam no campo das *políticas públicas* que se relacionam com o tema dos *direitos fundamentais*.

O processo crescente de judicialização de temas de interesse do sistema social, como consequência do aumento da contingência e da complexidade da própria sociedade, traz sobre-carga à autopoiese do Direito e impõe ao subsistema jurídico tomar parte em novos acoplamentos estruturais produzir novas e recursivas decisões judiciais.

Tanto que devemos anotar aqui a observação de Luhmann sobre o necessário reforço da atenção decisória ao código binário autorreferencial do direito (*direito x não-direito*) e de sua correlação com questão da autopoiese e das conexões estruturais (acoplamentos) e da necessidade de o direito preservar sua funcionalidade por meio de seu *fechamento operativo e sem colonizar-se por lógicas estranhas à interpretação e argumentação, propriamente jurídicas*.

Com isso, não se quer afirmar a existência de um fechamento do tipo *solipsista* do sistema jurídico em torno de sua pura normatividade, como um *discursodecisório* sobre *normas* (princípios, regras e procedimentos). Mas sim da possibilidade de uma *abertura cognitiva* para eventos autorreferencialmente filtrados e compreendidos como *fatos jurídicos*, os quais por eventualmente compartilharem *valores comuns* com outros subsistemas de função, acabam porexigir a produção

de uma comunicação sobre temas jurídicos que produza conexões também fora do sistema, o que podemos chamar de *eficacidade* das comunicações (jurídicas) formadas no interior da argumentação jurídica que servem de fundamentação a decisões judiciais.

Daí a necessidade da produção *funcional*<sup>12</sup> de decisões judiciais<sup>13</sup>, objeto da presente exposição.

Bom anotar que alguns desses problemas e conflitos podem surgir para o próprio subsistema social que o albergam como efetivos *dilemas* políticos, econômicos e morais<sup>14</sup>, os quais, por sua vez, não podem ser objeto de uma *solução discursiva vertical* em decisões judiciais. Esta prática, como se verá adiante, pode constituir mero *decisionismo*, o qual somente serviria para produzir uma sensação social de *ineficácia prática* dos produtos decisórios do sistema jurídico, colocando-se *disfuncionalmente* diante da contingência social e gerando uma percepção de *perda da função* (*Funktionverlust*) do sistema jurídico, como ‘perda’ de sua função de *generalizar congruentemente* as expectativas normativas dentro da sociedade funcionalmente diferenciada. Em nossa visão, exatamente aí se coloca o problema do denominado *ativismo judicial*.

#### 4. OS PROGRAMAS CONDICIONAIS DO DIREITO E DECISÕES JURÍDICAS

Faz-se necessário, para um encadeamento lógico das ideias expostas nesta exposição, a elucidação do conceito luhmanniano de *programas condicionais* do sistema jurídico.

Sobre a concepção dos programas condicionais é conveniente apresentar a ideia luhmanniana de que o sistema do Direito atua por meio da constituição de processos (procedimentos) dirigidos à *produção de decisões – programas normativos*.

Ideia esta ligada ao conceito de programas decisórios, pois *programas* são as condições restritivas – *constraints* - da solução dos problemas emergentes segundo Luhmann (1987: 227). O sistema funcional do direito, portanto, estabelece uma expectativa condicional na relação de *se → então* (*wenn → dann*), que se estabelece entre um conjunto fático (*Tatbestand*) e suas consequências jurídicas. A execução dessa operação (*se → então*) tem como pressuposto o exame e a seleção dos *fatos* e do *programa condicional* parar, enfim, produzir um ato decisório (Luhmann, 1987: 227).

Por sua vez, a incerteza que leva ao estabelecimento dos programas condicionais está ligada às expectativas sociais, ou melhor, à necessidade de criar uma congruência de expectativas.

Que tipos de expectativas se inserem no campo do sistema do Direito? As expectativas normativas! Observe-se a propósito que na teoria luhmanniana a ideia das expectativas (*Erwartungen*) - comportamentos esperados - se apresentam em uma dicotomia entre *expectativas cognitivas* (*kognitive Erwartungen*) e *expectativas normativas* (*normative Erwartungen*). Nas expectativas cognitivas os sistemas sociais “aprendem” (*lernen*) com os comportamentos que destoam (*surpreendem*) e que desviam daqueles anteriormente observados.

12 Termo aqui utilizado com ênfase em sua oposição a uma *decisão disfuncional*.

13 Adverte-se, mais uma vez, que não são somente as decisões judiciais que se apresentam como decisões do sistema jurídico, mas também, por ex., um parecer emitido pelos órgãos jurídicos da Administração Pública.

14 Sobre os problemas dos dilemas morais e éticos, veja-se Rosalind Hursthouse (2000).

Os sistemas, na perspectiva cognitiva, não “resistem” às condutas e aos comportamentos desviantes, mas, ao contrário, com eles aprendem, assimilando-os e incorporando-os ao sistema e, assim, aumentando sua complexidade interna e estabelecendo novas programações para suas operações.

Já nas expectativas normativas os sistemas reagem de modo contrafactual (“resistem”) para estabilizar determinados comportamentos, movidos por uma necessidade de generalização de expectativas de comportamentos que permitam aos sistemas funcionarem dentro de um limite de “segurança” compatível com sua reprodução autopoietica (manutenção e previsibilidade) (Luhmann, 1999: 117; 138; 140)

Para a estabilização contrafactual das expectativas (normativas), o Direito está dotado de um instrumento próprio: a sanção (*Sanktion*). Sua função é a de coercitivamente estabilizar certos comportamentos selecionados, inserindo-os no campo das expectativas normativas postas nas estruturas das programações condicionais do Direito, com vistas à superação das incertezas comportamentais, criando assim uma *incerteza contingente (se → então)* (Luhmann, 1998, 229).

Portanto, a programação condicional não funciona como excludente ou óbice ao desenvolvimento dos programas que especificam metas de ação (programas finalísticos<sup>15</sup>) – em sua atuação dirigida a um fim selecionado -, presentes nos demais sistemas funcionais (finalísticos).

O problema decisório no sistema jurídico emerge quando as decisões judiciais se afastam de seu papel condicional e *alopoieticamente* o transmudam em função finalística, como veremos.

Este quadro constitui um problema para a função e para as prestações decisórias do sistema jurídico, mormente quando se tem em mente o complexo acoplamento estrutural entre a política (sistema político) e o direito. Esse acoplamento estrutural tem sua raizem nada mais nada menos do que na própria Constituição (Luhmann, 2002: 391). Daí o problema da politização das decisões judiciais, substituindo o sistema político na realização e na definição de programas *finalísticos* de natureza política.

As decisões judiciais, como prestações decisórias do sistema jurídico, ao deixarem seu papel de meio de *garantia e condicionalização* (programas condicionais) de desenvolvimento dos programas finalísticos da política (políticas públicas, projetos de desenvolvimento e de legiti-

15 Programas finalísticos devem ser entendidos à luz da seguinte concepção luhmanniana (Luhmann, 1987: 278): „In der Orientierung an solchem Vorher und Nachher, solchen Bedingungen und solchen Ergebnissen kann die Handlungsreduktion an Selektionssicherheit gewinnen. Wenn die Umweltlage des Systems eine solche Asymmetrisierung stützt, wenn sie die Ergebniserwartungen honoriert und die Bedingungen liefert, kann das System durch Handeln eine Umsetzung von Input in Output vollziehen; es kann zumindest den eigenen Selektionsvollzug in dieser Richtung präzisieren. Das geschieht in der Form der Programmierung des Handelns, die Bedingungen der Richtigkeit des Handelns entweder an Hand von Auslösebedingungen oder an Hand von bezweckten Folgen oder an beiden Gesichtspunkten festmacht. Entsprechend kann man Konditional programme und Zweckprogramme unterscheiden.“ (Tradução livre do autor: Pela orientação por um antes e um depois, tais condições e resultados, a redução (das condições) para a ação adquire grande precisão em suas seleções. Se a situação do ambiente do sistema dá suporte a tal assimetria, se esse “honra” as expectativas a prové condições, o sistema pode executar a transformação do *input* em *output* por meio da ação; ao menos ele pode resumir a execução de suas seleções deste modo. Isto ocorre na forma de *programas* de ação, os quais estabelecem as condições para a correção da ação ao gerar condições que disparam ações ou finalidades que a ação deve visar, ou vice-versa. De modo correspondente, podem ser distinguidos programas que criam condições de outros que especificam finalidades).

mação eleitoral, dentre outros), em um grave processo de *alopoièse*<sup>16</sup>, situação em que passaria a assumir os riscos inerentes aos programas finalísticos da política. Este cenário indica a geração de disfuncionalidades gravíssimas, naquilo que denominamos *ativismo judicial alopoiético*.

O sistema jurídico, neste contexto, deixa de lado sua função de *generalizar de modo congruente as expectativas* na sociedade e passa a produzir *decisões coletivamente vinculantes* (Luhmann, 2002: 83-84), estabelecendo de modo abstrato e geral finalidades políticas, as quais podem colocar o direito em face do problema de sua *legitimidade* para fazê-lo, mormente quando se confronta com um modelo de democracia representativa, com representantes *eleitos* pelo Povo para o exercício precisamente de poder político (*politische Macht*) (Luhmann, 2002: 118-168).

Como exemplo desse problema, no texto da Constituição brasileira de 1988, que é conceitualmente acoplamento estrutural entre política e direito, nota-se que a linguagem jurídica corrente, ao referir-se à concretização dos princípios de conformação política das áreas social e econômica no Estado brasileiro, tem se utilizado correntemente a expressão reveladora da necessidade de *implementação de políticas públicas*.

Estas *políticas públicas* – originariamente estabelecidas pelo sistema parcial da *política* (por sua função constituinte, legislativa ou administrativa) – acabam por gerar situações de conflito e se inserem em programações condicionais do sistema do Direito e passam a ter de ser *comunicadas* (decididas) como *dever jurídico-constitucional de implementação*, momento em que não podem as decisões judiciais fazer opções estritamente *políticas* sobre o *modo* específico (discricionariedade política ou administrativa) por que tais *políticas públicas* devam ser realizadas, em substituição ao administrador público detentor de mandato político. Ou mesmo quais *políticas públicas* devam ser operacionalizadas em detrimento de outros (questão da prevalência ou urgência de uma política pública sobre outra). Exatamente ao assumir por meio de decisões judiciais essas *opções políticas* quanto ao modo e circunstâncias estruturais e materiais de execução *específica* de *políticas públicas* é que o direito passar a assumir os riscos de consequências *políticas* (!) dessas decisões, em um verdadeiro movimento *alopoiético* do sistema jurídico.

## 5. FÓRMULA DO RISCO E DECISÕES JURÍDICAS

Luhmann desenvolve sua crítica funcional do sistema jurídico dentro da perspectiva da *fórmula do risco* (*Risikokalküle*) ou, em uma tradução mais literal, *cálculo do risco*.

Pela *fórmula do risco*, Luhmann (1995: 561-565) propõe que o conceito de risco se relaciona com a possibilidade de ocorrência de futuros danos, que surgem como consequência de decisões atuais. A decisão (judicial, por ex.) - preferida no presente - não pode prever tudo o que irá ocorrer no futuro.

Apesar da falta de previsibilidade dos riscos *externos* à decisão, aquele que decide pode prever os possíveis danos futuros decorrentes *de seu próprio modo de decidir*. Ou seja, a própria de-

16 Sobre a distinção entre *autopoiese* e *alopoièse*, Alex M. ANDREW (1981: 157) esclarece que: “*The autopoietic viewpoint recognizes the organization that appears autonomously within the system; characteristics resulting from interaction with an environment are termed structure rather than organization. With this distinction, autopoietic systems are organizationally closed and can be described without reference to inputs or outputs. Systems that are not organizationally closed are termed allopoietic*”. Cuida-se no caso do sistema jurídico de uma lógica *excludente*, por ex., da lógica do poder (*Macht*) e da função político-partidária do sistema político. Marcelo NEVES (2007: 241) chega a falar em “corrupção sistêmica” quando a lógica de um sistema passa a ser aplicada *indiferenciadamente* por outro, na forma de uma *alopoièse*.

cisão pode criar riscos inerentes, quando mesmo se vislumbrando de antemão possíveis efeitos negativos dela decorrentes, quem decide assume o *risco* de produzi-los.

Deve ser visto que na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann subjaz sempre a ideia da contingência. Aliás, a contingência é um dos fatores que determinam o surgimento dos subsistemas sociais, ao criar uma redução da hipercomplexidade do ambiente e propiciar uma previsibilidade (contingente) das operações (recursivas) futuras no sistema.

A fórmula do risco surge no contexto da contingência dos efeitos das decisões que são tomadas hoje e seus possíveis efeitos negativos futuros, que devem de antemão ser evitados ou minimizados.

No que se refere ao Direito, Luhmann (1995:558) aponta para incerteza do próprio Direito como *direito da sociedade* (*Recht der Gesellschaft*), visto que a própria sociedade não pode contar com parâmetros constantes (inalteráveis). Os valores sociais, assim, não podem ser simplesmente projetados para o futuro e passar a funcionar como regras de colisão, pois o futuro se apresenta como *provável* ou *improvável*.

Deste modo, todas e quaisquer projeções do futuro podem ser divergentes. Portanto, as decisões judiciais não podem ser produzidas, como se pode verificar empiricamente em muitos casos, com base em cada caso presente (hoje), tomada a relevância da expectativa em jogo com vistas à estabilização contrafáctica das projeções de futuro em decisões judiciais *ad hoc*.

Ponto em que o operador no sistema jurídico deve em maior grau avaliar o *risco próprio do direito*.

Isto serve para estabelecer-se um contrapeso à característica da *illusion of control* (ilusão do controle)<sup>17</sup>, na qual os que tomam decisões na esfera funcional do direito, muitas vezes, não percebem a responsabilidade ligada à necessidade de controle do risco.

É dizer, aquele que decide, com base nas operações condicionais do Direito, deve considerar, de modo responsável, as variáveis ligadas à contingência de eventualmente as próprias decisões jurídicas produzirem efeitos danosos nas operações dos outros sistemas, em vez da busca das possíveis *vantagens comparativas observáveis ad hoc* na produção do ato decisório.

Ou seja, a sociedade moderna impõe, com suas incertezas e contingências, o aumento das presunções das consequências possíveis - negativas ou positivas - que passam a servir de critério para o desenvolvimento de decisões judiciais *consistentes* e *recursivamente aplicáveis* a casos semelhantes. E talvez exatamente por falta da observação (previsão) das consequências *sistêmicas*, ou melhor, dos resultados positivos ou negativos produzidos *internamente* em outros subsistemas da sociedade, as decisões proferidas pelo sistema jurídico têm criado um sentimento de insatisfação nas pessoas.

Quando as circunstâncias desfavoráveis existentes (ou mesmo a falta absoluta de condições) nos subsistemas irritados (atingidos) pela decisão, não são ‘**consideradas**’ como *fator de risco*, elas reduzem a *eficácia* do próprio ato decisório – em desprêstígio do subsistema parcial do Direito. Comportamento que gera um sentimento de insatisfação e de desesperança, porque a *illusion of control* (ilusão do controle) se esbarra com a realidade das possibilidades materiais

17 Veja-se em Luhmann (1995: 560). Bom registrar que a expressão *illusion of control* surge nas pesquisas experimentais da psicóloga e professora da Universidade de Harvard Ellen Jane LANGER (1999: 239-240), inserindo-se posteriormente no campo de perquirição de processos decisórios e dos efeitos neles causados pela autoilusão, como se pode estudar em Scott PLOUS (1993: 170-172).

limitadas em outros subsistemas funcionais, criando uma irritação intersistêmica insuportável e perturbadora, em outros termos, disfuncionalidades.

Exemplo: quando a decisão impõe aos sistemas da economia ou das finanças públicas, uma ordem judicial capaz de desestabilizar as operações autopoieticas destes referidos sistemas. Aos sistemas *atingidos* só lhes resta recriar suas programações e criar “atalhos” para dar a sensação de que a decisão judicial foi “cumprida”, mas ao mesmo tempo criando programas novos e operações que evitem consequências insuportáveis que provêm do sistema jurídico.

Em síntese, uma decisão do sistema parcial do Direito, ao desconsiderar a fórmula do risco, em vez de criar as condições propícias para o bom funcionamento dos subsistemas da sociedade, passar a causar perturbações e irritações negativas, que vão de encontro à teleologia da função condicional/decisória do sistema jurídico.

É exatamente por meio da observação dos possíveis acoplamentos estruturais entre os sistemas das ordens social e econômica e o Direito, como meio de harmonização da comunicação para a ampliação da eficiência operacional de cada um deles em proveito da sociedade, que propomos a redução do risco inerente às decisões judiciais. O que passa pela avaliação prospectiva dos *efeitos sistêmicos* das decisões jurídicas, principalmente das decisões judiciais, por sua importância central nesta exposição.

Ou seja, colocam-se as decisões do subsistema jurídico na contingência de verificar as possibilidades fáticas, materiais e *programáticas* (programas condicionais do direito + programas finalísticos dos outros sistemas envolvidos). Possibilidades observáveis nos acoplamentos estruturais, pelos quais os valores (sociais e econômicos) comuns ou complementares dos outros sistemas acoplados possam ser *traduzidos* no código binário do direito.

O sistema jurídico, deste modo, não passará a assumir as pressões políticas decorrentes de opções do legislador e do poder constituinte, nascidas no campo do acoplamento estrutural da Política com o Direito, que é a Constituição, mas colocará à mostra o simbolismo<sup>18</sup> de certas decisões políticas que foram positivadas no texto constitucional ou em textos legislativos.

Sem que isso implique que o sistema funcional do direito deixe de *explorar* argumentativa eficacemente novas e adicionais formas de promover os *deveres jurídicos* e metas constitucionais, mormente aquelas relacionadas aos direitos fundamentais e sua concretização por meio de políticas públicas.

Colocada a questão em outros termos, invocamos a admoestaçao de Luhmann (1995: 562) de que “*In selbstreferentieller Perspektive, also bezogen auf Begriffe, muß das Recht die eigene Risikanz reflektieren*”<sup>19</sup>.

O direito, então, sem perder a autorreferência lhe permite a reprodução autopoietica com base em seu código binário (direito x não direito), deve sempre refletir em sede de um metanível sistêmico sobre os riscos que ele mesmo gera para a sociedade.

Mais ainda, não se pode permanecer condescendente com a postura denunciada de modo veemente por Luhmann (1999: 281), como a tendência do jurista àquilo que ele denomina de *Flucht in die Phantasie* (fuga à fantasia).

18 Sobre esta questão, leia-se a excelente monografia de Marcelo Neves (2007).

19 Tradução livre do autor: “Em uma perspectiva autorreferencial, é dizer, referida a conceitos, o Direito deve refletir sobre seu próprio risco”.

Fuga empreendida quando o jurista, colocado diante de impossibilidades fáticas, materiais e até mesmo jurídicas, em vez de averiguar a função condicional da uma lei diante dos fatos, acaba optando por formular parágrafos “irrealizáveis” – cheios de conceitos filosóficos e jurídicos vagos e indeterminados – que servem de *fundamento* para a produção de decisões judiciais que envolvem, muitas vezes, a solução de conflitos de conteúdo político, paradoxalmente *ainda sem soluções políticas estruturalmente possíveis*.

Dentro da perspectiva da *fuga à fantasia* (*Flucht in die Phantasie*), a aplicação, às vezes bastante abstrata de princípios jurídicos e de conceitos jurídicos indeterminados, tem prejudicado a concretização da função social do direito, no sentido de *estabilizar congruentemente as expectativas normativas* que devem propiciar à sociedade a segurança de orientação de certos comportamentos e a solução *adequada* de conflitos submetidos à racionalidade jurídica (direito *vs.* não direito; constitucional *vs.* inconstitucional; ato jurídico válido *vs.* ato jurídico inválido e assim por diante).

O problema que vislumbramos no presente texto, surge, em termos mais claros e diretos, quando se depara com a impossibilidade (por falta de condições materiais, por exemplo) de eficácia (*ressonância* ou efeitos práticos?) da decisão do subsistema jurídico em outros subsistemas funcionais, prefere o juiz ou tribunal recorrer a conceitos *vagos* como “justiça”, “justo”, “moralmente aceitável”, dentre vários outros. Conceitos estes, muitas vezes, argumentativamente utilizados de modo arbitrário como fundamento de decisões judiciais, sem qualquer consideração ou avaliação dos riscos gerados pelo próprio direito (art. 20 da LINDB) e pela necessidade de desenvolvimento coordenado e adaptativo do subsistema funcional do direito com os subsistemas presentes no sistema geral da sociedade, ambiente social em que opera o direito.

Propomos, nesta moldura teórica, que a produção pelo Direito de decisões judiciais *sistêmicas* dotadas de uma *adequada complexidade* que se refletem compatíveis com a estrutura social geral existente em determinado estágio do desenvolvimento econômico, político e social. Com a necessária compreensão recíproca (intersistêmica) da comunicação dos programas finalísticos com os programas jurídico-condicionais.

Com isso, ganha a sociedade e ganha o próprio direito, pelo aumento de sua confiabilidade e minimização dos riscos das decisões judiciais em face de possíveis ‘inefetividades’ (ineficácia).

Exatamente por estes acoplamentos estruturais o subsistema do Direito assumiu a função, de modo mais direto, de promover um desenvolvimento coordenado entre as estruturas sociais e econômicas, na forma de um *structural drift* (Maturana), por meio de seus programas condicionais (programas decisórios).

Na busca desta coordenação, com vistas à eficiência e ganho de compatibilidades funcionais, o Direito acabar por autorreferencialmente fazer uma auto-observação (reflexividade sistemática) de seus próprios riscos, buscando, dentro das opções da fórmula do *se → então*, reduzi-los.

Daí a necessidade de confronto da cadeia de produção de decisões judiciais com um paradoxo central da teoria de Niklas Luhmann, o da *abertura no fechamento*. Tal paradoxo se traduz, em nossa leitura, como uma abertura para dimensões temporal, material e social da decisão, o que não significa abertura indiscriminada a todos os fenômenos que ocorrem no

ambiente social. Essa abertura indiscriminada ao “social” (ambiente social do direito) abalaria caminho para a perda da autorreferência jurídica, produzindo um processo decisório oscilante, inconsistente. A referida ‘abertura indiscriminada’ poderia gerar expectativas sociais que as estruturas sistêmicas do direito *não podem cumprir*, contribuindo para o desprestígio do sistema jurídico em uma sociedade complexa e contingente. Mais ainda, considerando o fenômeno da crescente *judicialização*, constata-se que a sociedade moderna depende cada vez mais da função estabilizadora de seu direito.

Dentro do contexto de nossa presente exposição, propomos uma possível hermenêutica sistêmica do disposto no art. 20<sup>20</sup> do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro/LINDB), na redação dada pela Lei nº 13.655/2028, como ampliação da capacidade de percepção de efeitos de decisões jurídicas em outras rationalidades sistêmicas da sociedade, ou seja, dos riscos gerados pelo próprio direito no sistema social.

Este *centrar-se em sua função e suas prestações* sociais, no modelo filosófico de decisão que extraímos da teoria de Niklas Luhmann coloca o decisor jurídico (entre eles, centralmente a figura do juiz)—**como elemento no interior de um sistema funcional**—o dever de não gerar *ruidos de comunicação*, com decisões produtoras de irritações perturbadoras insuportáveis, no caso, nas funções finalísticas de outros subsistemas que dependem da função social do direito, qual seja a de *generalizar de modo congruente expectativas normativas*. Expectativas cuja preservação e realização dependem, no final de contas, das estruturas e da boa operação de outros sistemas sociais.

O grande problema dos limites do processamento e da produção de decisões judiciais no interior de um sistema jurídico submetido a sua própria autopoiese está na ideia da necessidade de produção do ideal da segurança, o que leva Luhmann (1995: 194) a proclamar que (tradução livre do autor):

A segurança jurídica deve consistir, primeiramente, antes de tudo, na segurança de que questões, que assim se deseje, sejam tratadas exclusivamente de acordo com o código do direito, e não de acordo com o código do poder ou de qualquer outro interesse não abrangido pelo direito<sup>21</sup>.

## 6. CONCLUSÕES

As interconexões sistêmico-estruturais (acoplamentos estruturais) surgem como possíveis instrumentos de viabilização da comunicação *interativa* entre os subsistemas funcionais da sociedade como, por exemplo, o da economia, o da educação, o do direito, dentre outros. Para tanto, deve ser preservado, contudo, o fechamento operacional do Direito em seu código binário (linguagem operativa) e em suas programações de índole condicional. No que tange ao direito, isto não pode significar que o sistema jurídico não deva, ao produzir suas decisões judiciais, observar as possibilidades e condições (materiais e fáticas) existentes nas estruturas

20 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

21 Original: „Rechtsicherheit muß zunächst vor allem in der Sicherheit bestehen, daß Angelegenheit, wenn das gewünscht wird, allein nach dem Rechtscode behandelt werden und nicht etwa nach dem Machtcode oder irgendwelchen, vom Recht nicht erfaßten Interessen.“

sociais gerais. Entretanto, isto não pode implicar na perda do caráter *condicionante* – porque condicionais - das decisões judiciais no campo das operações de outros subsistemas de função, ao manter-se o direito autorreferido ao seu código operativo binário [*direito x não-direito; lícito x ilícito; juridicamente válido x inválido; constitucional x inconstitucional*], pelos quais executa sua reprodução autopoietica e cria e recria suas próprias programações decisórias (condicionais).

Na perspectiva da *fórmula do risco* proposta por Luhmann, não há espaço para certezase compreensões absolutas (não adaptativas e não reflexivas) no campo do Direito. O Direito produz seus próprios riscos ao estabelecer uma sociedade em si submetida aos riscos inerentes às estruturas da modernidade, cuja hipercomplexidade amplia em cada vez maior grau os *riscos sociais*.

Que risco corre o Direito, afinal? O de nem sempre ver confirmados (concretizados) seus programas condicionais, por deficiências suas ou inerentes aos outros sistemas funcionais da sociedade. Daí porque não se poderia esperar que a força coercitiva do direito pudesse se impor como fator de *eficácia em todos* os casos e situações, submetidos a decisões judiciais. Desta forma, os acoplamentos estruturais, **que preferimos denominar de conexões estruturais reflexivas**, com outros subsistemas funcionais da sociedade, submetem o direito a uma necessária auto-observação (*reflexividade*) para a averiguação da possibilidade de criação de riscos decorrentes de suas próprias operações decisórias. Mas isto não pode implicar que o Direito deva renunciar seus procedimentos autorreferenciais que preservam seu fechamento operacional e sua reprodução autopoietica. Mas não se pode admitir uma espécie de *solipsismo sistêmico* que crie obstáculo à **desparadoxação** da relação entre abertura cognitiva (*kognitive Offenheit*) do sistema e fechamento operativo (*operative Schließung*), a qual, à luz da *fórmula do risco* (*Risikoskalkül*), atua como mecanismo que não justifica a postura de indiferença às condições (ou ausência delas) no âmbito operacional dos demais subsistemas sociais que também não implica no simples abandono da autorreferência e da autopoiese jurídica. Surge a necessidade de contextualização (*circunstancialização*) diante do *Tatbestand* (quadro fático) para, então, o Direito aferir, por exemplo, os limites sistêmicos das possibilidades *econômicas* de concretização de determinado direito social, em que tais operações são juridicamente observadas com a utilização de conexões estruturais reflexivas entre direito, economia e política e suas programações decisórias (procedimentos, normas e princípios), **em um movimento de desparadoxação entre a autorreferência e a heterorreferência**, como ampliação da capacidade de percepção de efeitos de decisões jurídicas em outras rationalidades sistêmicas da sociedade, tal como lemos a exigência contida no art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro/LINDB), com redação pela Lei nº 13.655/2028)<sup>22</sup>.

Por fim, pelo instrumento sistêmico dos acoplamentos estruturais criam-se pontes de comunicação, que geram efeitos operacionais *harmonizados* entre o direito e outros subsistemas de função, por meio de uma linguagem *normalizada e dotada de sentido intersistêmico*. Isto para que o Direito encontre meios “comunicativos” eficazes e identifique os limites estruturais gerais

22 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

da sociedade (econômicos, financeiros, políticos, dentre vários) para produzir a ressonância (recepção operacional) esperada de seus programas condicionais nos programas finalísticos dos demais subsistemas funcionais, o que constitui a própria teleologia dos acoplamentos estruturais, a de proporcionar conectividades entre rationalidades sociais diferenciadas. Quadro em que se pode propor um modelo filosófico alternativo em que o sistema jurídico possa reduzir seu risco inerente, na medida em que produz decisões que não resultem numa irritação sistêmica intolerável nos outros sistemas funcionais ou mesmo que redundem em uma corrupção sistêmica. Nem mesmo que produzam um efeito reverso, em que o sistema jurídico se veja *disfuncionalmente* colonizado por uma lógica operativa própria do sistema econômico ou do político. A autopoiese traduz essa proposta de um direito que, por meio de decisões judiciais adequadas e atentas a seus limites sistêmicos, possa preservar sua função social e produzir uma estabilidade *dinâmica* (mutabilidade autocontrolada) em torno do ideal da *segurança jurídica*, como consequência de uma *efetiva generalização congruente* de expectativas normativas, regida pelo código binário jurídico e concretizada por meio dos programas decisórios (condicionais) do direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDREWS, Alex M. (1981). **Autopoiesis, a theory of living organizations.** Nova Iorque: Elsevier North Holland.
- BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO; Elena (1997). **GLU: Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme.** 1<sup>a</sup>ed. Frankfurt ao Meno: Suhrkamp.
- HURSTHOUSE, Rosalind (2000). **On Virtue Ethics.** Oxford: Oxford University Press.
- LANGER, Ellen J. (1999). The illusion of control. In: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul (Eds). **Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases.** Cambridge: Cambridge University Press.
- LUHMANN, Niklas (1987). **Rechtssoziologie.** 3<sup>a</sup> ed. Darmstadt: Wesdeutscher Verlag.
- \_\_\_\_\_ (1987a). **Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie.** 1<sup>a</sup> ed. Frankfurt : Suhrkamp.
- \_\_\_\_\_ (1995) **Das Recht der Gesellschaft.** 1<sup>a</sup>ed. Frankfurt: Suhrkamp.
- \_\_\_\_\_ (1999) **Ausdifferenzierung des Rechts.** 1<sup>a</sup>ed. Frankfurt: Suhrkamp.
- \_\_\_\_\_ (1999a) **Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie.** 4<sup>a</sup>ed. Berlin: Duncker & Humblot.
- \_\_\_\_\_ (2002) **Die Politik der Gesellschaft.** 1<sup>a</sup> ed. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp.
- \_\_\_\_\_ (2006) **Einführung in die Systemtheorie.** 3<sup>a</sup> ed. Heidelberg: Carl-Auer.
- \_\_\_\_\_ (2007) *La realidad de los medios de masas.* 1<sup>a</sup> reimpressão. México: Anthropos Editorial.
- MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. (2007). **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana.** 6<sup>a</sup>ed. São Paulo: Palas Athena.
- NEVES, Marcelo (2007). **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Martins Fontes.
- PLOUS, Scott (1993). **The psychology of judgment and decision-making.** 1<sup>a</sup> ed. Nova Iorque:McGraw Hill Publisher.