

ARIANE CINTRA LEMOS DE MORAES

A EXPECTATIVA DA NORMA PROGRAMÁTICA

MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO - 2009

ARIANE CINTRA LEMOS DE MORAES

A EXPECTATIVA DA NORMA PROGRAMÁTICA

Dissertação apresentada à banca examinadora ao Programa de Mestrado em Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob orientação do Professor Doutor Celso Fernandes Campilongo.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SÃO PAULO – 2009

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Celso Fernandes Campilongo
(orientador)
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

São Paulo, ____ de _____ de 2009.

AGRADECIMENTOS

Ao professor Doutor Celso Fernandes pela perseverança e compreensão para que pudesse concluir este trabalho. Além de orientador exemplar, é um intelectual de rara qualidade, ser humano de uma educação ímpar que só elevou a minha responsabilidade, mas também a minha satisfação em ter concluído esta dissertação.

A minha família, pelo apoio e paciência ao longo de todos estes anos, embora muitas vezes, apesar de não compreenderem o meu interesse pelo tema, nunca me deixaram desamparada.

Aos amigos da Pontifícia Universidade Católica, Fabrício Felamingo, Fernanda Baptista Cepellos Daruiz, Lucia Wazen de Freitas, Flávia Crepaldi Valério e Adriana Salgado Peters, que desde a graduação me enobrecem em tê-los como amigos, até mesmo, quando não estou presente.

A amiga Telma Berardo, cuja amizade tardia só me acrescentou na capacidade intelectual, mas principalmente tornou-me um ser humano aberto à novas conquistas e realizações sem nunca pensar em desistir.

Ao também amigo Cassio Andrade Cavalcante, pelo apoio e confiança incondicionais em todas as oportunidades.

Finalmente, mas não menos importante, a Marcelo Mazotti, que esteve presente no momento que mais precisei.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a natureza da norma programática e compará-la às demais normas do Sistema Jurídico. Esta análise será feita ante uma observação da teoria sistêmica de Niklas Luhmann. A escolha do tema justifica-se, eis que a tradicional análise da norma programática como diretriz do sistema jurídico mostra-se equivocada, e que ao contrário do que pretende, prejudica o próprio direito causando-lhe mais complexidade e contingência, mais frustrações e irritações à sociedade e ao direito do que qualquer outra norma jurídica. Conceitos como norma jurídica, norma jurídica constitucional e princípio serão analisados novamente, mas agora mediante conceitos luhmannianos como observação, diferença, forma, complexidade, contingência, expectativa, irritação e frustração. O cerne do trabalho reside na seguinte pergunta: em comparação às demais normas do direito, qual seria a peculiaridade das normas constitucionais programáticas e quais as conseqüências para o direito resultantes desta peculiaridade? Como resposta sintética a esta pergunta, o que se observa é que a norma programática não direciona coisa alguma porque é comunicação como qualquer outra comunicação jurídica, porém é diferente porque tem como programa a Constituição que é forma peculiar chamada acoplamento estrutural que une dois sistemas igualmente autopoieticos, o sistema jurídico e o sistema política.

Palavras-Chave: Norma Programática. Sistema Jurídico. Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann. Observação. Expectativa. Irritação.

ABSTRACT

This work has its objective to analyze the programmatic norms nature and compare them with all other norms of law. This analysis will be made by a sociological observation of Niklas Luhmann's system theory and was chosen and justified because the failure of the traditional understanding of programmatic norms has failed, bringing more damage than good to law, causing more complexity and contingency, irritation and frustration to law and society comparing to others norms. Concepts as norms, constitutional norms, and juridical principles will be analyzed by Luhmannian terms as observation, difference, form, complexity, contingency, irritation and frustration. The core idea of this work is to answer to this question: comparing to other norms what is the difference between the programmatic norms and the others and what does it do to law. The answer of this question on a synthetic way is that those norms don not program anything because it's a communication as any other norms, but its difference rely upon the Constitution as peculiar program as structural coupling that units two autopoietic systems the law and politics.

Key-words: Programmatic Law. Law System. Niklas Luhmann's System Theory. Observation. Expectation. Irritation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
1 O SISTEMA JURÍDICO.....	9
1.1 NORMA JURÍDICA.	15
1.1.1 ESTRUTURA NORMATIVA.....	21
1.1.1.1 VALIDADE	30
1.1.1.2 VIGÊNCIA	33
1.1.1.3 EFICÁCIA	35
1.2 NORMA JURÍDICA E SANÇÃO	38
1.3 A NORMA JURÍDICA E O TEMPO.....	40
1.4 O RISCO NORMATIVO	44
2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL	48
2.1 DECISÕES VINCULANTES COLETIVAMENTE GENERALIZADAS ...	57
2.1.1 A OPINIÃO PÚBLICA	62
2.2 DECISÕES INDIVIDUAIS	64
2.3 NORMAS CONSTITUCIONAIS	68
2.3.1 PRINCÍPIOS	77
3 NORMA PROGRAMÁTICA.....	84
3.1 A EXPECTATIVA NORMATIVA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS .	92
3.1.1 A EXPECTATTIVA COGNITIVA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS	
98	
3.2 SENTIDO DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS	100
3.2.1 A FORÇA DO DIREITO.....	109
CONCLUSÃO	113
BIBLIOGRAFIA	118

INTRODUÇÃO

Caro ao mundo jurídico, o estudo das normas programáticas carrega um peso político-ideológico considerável. Parte da doutrina credita a estas normas papel preceptor do ordenamento jurídico¹, devendo as mesmas estabelecer comportamentos políticos futuros², e até mesmo que seriam programadores da atividade legislativa³.

Essa concepção dirigente, entretanto, já não é aceita sem ressalvas⁴. Ainda resta muito forte na doutrina, a idéia quase dogmática, de que a norma programática é o sustentáculo de um ideal jurídico de uma sociedade mais justa e igualitária.

O sistema jurídico, em verdade, carrega em suas estruturas, características simbólicas⁵, enquadradas aí as ditas normas programáticas, porque guardariam as aspirações da sociedade.

¹ Conforme assevera a doutrina “ (...) são aquelas dirigidas a certos fins e a transformação não só da ordem jurídica, mas também das estruturas sociais ou da realidade constitucional (daí o nome), implicam uma concretização incindível dessa realidade”, MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, tomo II – Constituição, 5ª edição revista e atualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.269.

² Exemplo do referido pensamento “ Em rigor, a norma programática vincula comportamentos públicos futuros. Mediante disposições desse teor, o constituinte estabelece premissas destinadas, formalmente a vincular o desdobramento da ação legislativa dos órgãos estatais e, materialmente, a regulamentar certa ordem de relações” BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 12ª edição revista e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.220. Na mesma vertente ver FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 32ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2006 e HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional, 4ª edição revista e atualizada, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

³ Citando Crisafulli, Paulo Bonavides também esclarece “ O conceito de norma programática propriamente dita, oferecido por aquele autor, está vazado em termos bastante lúcidos; “ Nesta acepção, programáticas se dizem aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo.” BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p. 221.

⁴ Neste sentido tem-se o seguinte “ A 3ª parte do trabalho vai incidir concretamente sobre o paradoxo da constituição dirigente. Quando se fala da aporia ou paradoxo da constituição dirigente deve precisar-se o sentido em que tais expressões são utilizadas. A compreensão material da lei fundamental a definição material das relações entre a constituição e a lei, a acentuação da perspectiva democrática na análise da directividade constitucional, permitiram-nos já salientar que a dinamização programático- constitucional (através de preceitos definidores dos fins e tarefas do Estado, imposições legiferantes, direitos a prestações, princípio da igualdade de oportunidades) exige uma clara <<deslocação>> do teor argumentativo tradicional (...) As proclamadas aporias ou paradoxia da constituição dirigente radicam, assim, numa compreensão teórica, numa metódica constitucional e numa metodologia jurídica que dificilmente podem captar o fenômeno de direção, impulso, tarefa e programa das modernas constituições” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª edição Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.395. Também, analisando o reposicionamento da convicção de José Joaquim Gomes Canotilho em sua obra já clássica sobre a Constituição Dirigente, ver BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro, Revista de Informação Legislativa, a. 36, n.142, ab de 1999, p.34-52.

⁵ CUNHA, Paulo Ferreira. Anti-Leviatã. 1ª edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p.11.

Por ser o sistema jurídico formado de comunicações, de fato, a simbologia é estrutura própria do direito⁶, intrínseca da linguagem e da comunicação. Contudo, conferir uma capacidade e social é utopia.

Todavia, diante de uma sociedade moderna, e assim cada vez mais complexa e contingente, propor o direcionamento da sociedade pelo direito, conferindo ao sistema jurídico proeminência⁷ em relação aos demais sistemas da sociedade é medida despropositada, eis que esse tipo de pensamento pode trazer o efeito contrário ao proposto. Ao invés de conferir poder ao direito, enfraquece-o, tira-lhe a real importância, dentro da sociedade, como sistema autopoietico⁸ que é, nem mais nem menos importante que os outros, mas tão somente autonomamente único e diferente.

Enfim, conferir uma capacidade e até um dever ao sistema jurídico, e especificamente a tais normas, de transformar a realidade social é utopia.

Comumente se prega que as normas programáticas estariam vinculadas a valores como justiça social e igualdade, estando tal ideal presente em diversas sociedades, mesmo nos mais autoritário da história ocidental.

Todavia, a história nos mostrou e nos mostra que tal entrelaçamento, de fato, não ocorreu e não ocorre. Por isso, a escolha em trilhar novos rumos na compreensão das normas programáticas dentro do sistema jurídico. É premente uma nova análise, visto que o pensamento clássico já se mostra inadequado. A sociedade mudou para melhor ou pior, mas certamente não mudou por causa única e exclusiva das chamadas normas programáticas. Sendo assim, pensar diferente⁹ é a proposta deste trabalho.

⁶ MARCONDES FILHO, Ciro. Peripécias de Humberto Maturana no país da comunicação. Revista FAMECOS n°31, Porto Alegre, dezembro de 2006, p.35.

⁷ Neste sentido “Puesto que todas as funciones necesarias tienen que ser realizadas y son interdependientes, la sociedad no puede conceder primacia absoluta a ninguna delas” LUHMANN, Niklas, Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia, Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco, Madrid, Editoria Trotta, Colección Estructuras y Procesos, 1998, p.79

⁸ Ver crítica à teoria autopoietica em texto de VIANNA, Túlio Lima. Da ditadura dos sistemas sociais: uma crítica à concepção do direito como sistema autopoietico do direito, Revista Crítica Jurídica n.22, Julho/Dezembro de 2003, p.67-78.

⁹ Embora com fundamentos teóricos discrepantes quanto à necessidade e razões de se pensar diferente na sociedade atual ver SANTOS, Boaventura de Sousa em RODRIGUES, Leôncio Martins (coord). .Seis Razões para Pensar- Série Por que pensar, Revista Lua Nova, n.54, São Paulo, 2001, p.13-23.

Analisar as normas “programáticas” sob um novo prisma é enriquecedor à doutrina jurídica como um todo, porque abre novos horizontes e dá novas perspectivas ao estudo do direito, oferecendo cortes metodológicos próprios ao direito, dentro da dicotomia direito/não direito, e não estabelecendo diferenças como aprender/não aprender ou até mesmo verdade/falsidade, diferenças essas aplicáveis a outros sistemas que não o direito, tais como o da educação e a da ciência. Tais diferenças alheias ao sistema jurídico nada agregam ao estudo e análise da evolução do sistema jurídico, porque são diferenciações não observáveis pelo direito.

Para tanto, por conselho do próprio Niklas Luhmann, lançar-se-á o uso do maior grau de abstração nas diferenciações aqui expostas. Será uma diferenciação das diferenças autoreferenciais colocadas pelo direito, ou seja, uma crítica à dogmática clássica dos constitucionalistas, no que tange às normas programáticas, mediante observações da teoria sistêmica autopoietica¹⁰.

Aliás, um dos ataques mais severos à teoria dos sistemas autopoieticos é sua abstração e incapacidade de analisar os problemas fáticos apresentados pela sociedade mundial. O próprio Luhmann reconhece essa dificuldade¹¹, mas não se repreende com a abstração com sua teoria e seus conceitos, pois sabe que a sociedade é formada de sistemas autopoieticos diferenciados e, portanto, não flexíveis e não adequado ante as aspirações de cada sistema da sociedade.

Assim, não são as inquietudes dos demais sistemas da sociedade complexa que necessariamente mudarão ou influenciarão o andamento de um sistema autopoietico, como é o direito.

Entretanto, a abstração da teoria sistêmica de Niklas Luhmann não pode ser usada como escusa para não se observar problemas e apontar soluções, tarefa de todo o trabalho monográfico¹². Muito pelo contrário, é essa capacidade de abstração¹³ da teoria sistêmica de

¹⁰ LUHMANN, Niklas. La differenziazione del diritto – Contributti alla sociologia e alla teoria del diritto – traduzione di Raffaele De Giorgi e Michelle Silbernagl, 1ª ediciones, Societá editrice il Mulino: 1990, p.16-17.

¹¹ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad – traducción Javier Torres Nafarrete. 1ª edición México: Universidad Iberoamericanam Colección Teoria Social, 2002, p.77.

¹² LOPES, José Reinaldo de Lima. Régua e Compasso (Metodologia para um trabalho jurídico sensato), Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, www.fgv.sp.br, acesso em 26 de outubro de 2007.

¹³ Nesse sentido “ A escolha existencial de Luhmann foi, por assim dizer, a de trabalhar constante, diária e continuamente na produção de noções. No seu caso, a organização de tal produção assumiu um forma oficial, movida por aparelhos, ordenada e desordenada. O que importava era conservar a teoria remetida ao seu mero

Niklas Luhmann que servirá de suporte a este labor para obtenção de algumas respostas. A observação aqui será de estruturas jurídicas como elas são¹⁴, não como se gostaria que elas fossem¹⁵.

Então, o que se pretende é traçar diferenças para uma observação sob a ótica luhmanniana da norma jurídica¹⁶ constitucional não programática e da norma programática em particular. Havendo a distinção entre uma e outra estrutura jurídica, poder-se-á, posteriormente, conjecturar qual ou quais as naturezas dessas distinções.

Explicitadas tais considerações, prosseguir-se-á com outras indagações tais como: haveria a superioridade da Constituição Federal que tradicionalmente é tida como Lei Maior e Lei Suprema? Teria a Constituição força normativa¹⁷ dentro do sistema jurídico e em qual extensão? Qual a sua extensão? A norma programática como parte integrante do sistema jurídico seria superior às demais normas do direito? Em que e por quê? Se assim ocorre, quais as conseqüências à função do direito na diferença e peculiaridade da norma programática, ante a tentativa do direito de antever o futuro?

Por isso, uma crítica acerca da dogmática tradicional do direito, notadamente aquela vinculada ao Direito Constitucional, ou seja, uma dogmática orientada para conseqüências, que, embora cumpra a função da própria dogmática que é estabelecer um ponto de partida¹⁸, é cega na evolução e cumprimento da função do direito pelo direito¹⁹.

acontecimento, desvinculada da consistência de seus conteúdos e da construção sólida de suas sentenças, apesar dessas dissoluções de seus resultados” CLAM, Jean. Questões fundamentais de uma teoria da sociedade – contingência, paradoxo, só efetuação, tradução Nélío Scheneider, 1ª edição, Porto Alegre: Editora Unisinos, 2006, p.317.

¹⁴ Dentro da perspectiva luhmanniana.

¹⁵ Ao contrário do que dispõe a teoria da ação comunicativa de Jurgen Habermas em que o consenso poderia chegar a racionalidade do discurso comunicativo e assim levar a sociedade a uma direção justa e racional. Para uma crítica comparativo das teorias de Niklas Luhmann à de Jurgen Habermas ver LAZAROTTO, Simioni Rafael Consenso, dissenso e autopoiese: críticas de NiklasLuhmann à teoria de Jürgen Habermas na perspectiva do direito, disponível em www.dirittodiritti.it, acesso na Diritto & Diritti - il Portale Giuridico italiano, Electronic Law Review, em 21 de setembro de 2007.

¹⁶ A comparação entre a estrutura normativa das normas constitucionais não programáticas e das normas programáticas é comum na doutrina nacional acerca da matéria, porém é tema não muito comentado por Niklas Luhmann.

¹⁷ Na acepção já amplamente aceita na doutrina constitucional alemã. Ver HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição – tradução de Gilmar Ferreira Mendes, 1ª edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹⁸ LUHMANN, Niklas. Sistema Jurídico y Dogmatica Juridica – traducción Ignacio de Otto Pardo. 1ª edición, Madrid: Colección Estudios Constitucionales, 1983, p. 27.

¹⁹ Porque um sistema autopoietico para se manter como sistema tem que manter a diferença sistema/ambiente. Ver LUHMANN, Niklas. The Concept of Autopoiesis(in) BECKER, Kai Helge; SEIDL, David. Niklas Luhmann and Organizational Studies. Sweden: Impresso por Daleke Grafiska AB, Malmö, 2005, p.52-60

O presente trabalho está dividido da seguinte maneira. O primeiro capítulo será uma releitura do conceito de norma jurídica frente à teoria sistêmica luhmanniana. Instituto básico das teorias gerais do direito, a norma jurídica na teoria de Niklas Luhmann, por simples opção desse autor, é muito pouco analisada. Por isso, a análise da norma jurídica ante a teoria sistêmica exige um alargamento do arsenal teórico luhmanniano.

Um estudo preliminar das normas jurídicas é imprescindível para o trabalho, pois dentro da concepção luhmanniana do direito, é definido como composto de comunicações jurídicas. Analisar a estrutura das normas jurídicas enquanto comunicação é inicial, e fazê-lo é pressuposto para o estudo da estrutura das normas programáticas, como normas jurídicas. Outrossim, estudar a expectativa na estrutura normativa é necessário, pois será na expectativa normativa é que se encontrará a fulcral peculiaridade das normas constitucionais programáticas frente às demais normas do sistema jurídico.

E finalmente, ainda no primeiro capítulo, serão estudados conceitos clássicos da doutrina constitucional para restar demonstrado que institutos tradicionais como validade, vigência, eficácia e sanção, são institutos que não observam e não demonstram qualquer diferença entre as normas jurídicas sejam elas constitucionais (principiológicas ou não) e tampouco infraconstitucionais. Esclareça-se: estes institutos não são estudados por Niklas Luhmann, mas porque este trabalho se propõe a fazer uma releitura de instituto clássico da teoria constitucional a partir da teoria luhmanniana dos sistemas, a análise sistêmica dos institutos já tradicionais de validade, vigência, eficácia e sanção, é necessária, para ficar evidenciado que as diferenças dispostas a partir de tais conceitos não expõem a peculiaridade das normas programáticas frente às demais normas do sistema jurídico.

A Constituição Federal será analisada no segundo capítulo, onde o objeto de estudo será normas programáticas constitucionais, ou seja, normas derivadas da Constituição. Assim, serão consideradas perguntas como: qual a natureza da Constituição Federal? Qual a estrutura da norma constitucional em particular e por que difere das demais normas? Qual a importância para o sistema jurídico quando da verificação das normas programáticas como normas principiológicas? E, por isso, qual a estrutura dos princípios dentro da concepção

luhmanniana? Seriam as normas programáticas o que Niklas Luhmann chama de incertezas suportáveis²⁰?

A função do direito será reexaminada frente à tradicional e clássica concepção teórica da natureza vetorial dos princípios. Em uma sociedade moderna hipercomplexa e contingente a função do direito não mais é um dever de direcionamento ou controle de qualquer sistema da sociedade muito menos do direito, como sistema da sociedade.

A característica política da elaboração da Constituição é parte essencial aos estudos das normas constitucionais como um todo, e por isso também das normas programáticas. Neste segundo capítulo estudar-se-ão a importância e a natureza do Poder Constituinte, sua influência na vigência e aplicação da Constituição, a influência da opinião pública quando da aplicação da norma constitucional, e se todas essas estruturas são observações necessárias ao estudo da norma programática, pois a expectativa da norma constitucional poderá variar conforme a influência da opinião pública.

Ao final, em capítulo próprio serão estudados temas específicos às normas programáticas. Conhecida a sua estrutura, ter-se-á em mente o estudo da “relação” da existência e aplicação das normas programáticas frente aos demais sistemas da sociedade. Quais as expectativas do sistema jurídico frente as suas estruturas ditas programáticas e quais as expectativas do ambiente ao sistema jurídico? O que isso acarreta ao direito, e, portanto, como as normas programáticas devem ser observadas para que a sua “inadequada” utilização não traga consequências opostas às imaginadas, gerando mais frustrações.

O que se pretende com esse trabalho não é apresentar um caminho certo²¹, o que não inviabiliza o estudo científico para o estudo das normas programáticas, e sim apresentar uma análise diferente. Diferença esta²², aliás, que é o grande debate da teoria luhmanniana. As perguntas fulcrais a serem respondidas que nortearão as conclusões deste trabalho serão as seguintes. Como o sistema jurídico se apresenta e não como se gostaria que ele fosse

²⁰ LUHMANN, Niklas. Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica, p.31.

²¹ Conforme esclarece MARCONDES FILHO, Ciro citando Montaigne “ Diz Montaigne, no capítulo 12, Ensaio II, “ que nós mesmos e os objetos não temos existência constante. Nós, nosso julgamento e todas as coisas mortais, seguimos sem cessar ao ponto inicial De sorte que nada de certo pode ser estabelecer entre nós mesmos e o que se situa fora de nós, estando tanto o juiz como o julgado em perpétua transformação e movimento” Peripécias de Humberto Maturana no país da comunicação, in ob. cit., p.27.

²² MANSILLA, Darío Rodríguez. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann in LUHMANN, Niklas. Derecho de la sociedad, p.28.

apresentado? Qual o papel das normas programáticas neste contexto e qual a sua natureza? Seriam elas diferentes das demais normas e como?

Enfim, o presente estudo não tem a intenção de ser melhor ou pior que os outros, preocupando-se apenas com a diferença posta e com a circularidade²³ inerentes ao sistema jurídico na teoria luhmanniana. O que se pretende é uma análise nova de uma sociedade complexa e contingente e que talvez possa trazer novos horizontes às insatisfações da sociedade jurídica, pelo menos quanto à natureza das normas programáticas.

Em resumo, tem-se a intenção de possibilitar à academia um novo estudo e maior investigação²⁴ das normas programáticas, possibilitando ao direito, e a sociedade como um sistema autopoietico que tenham maiores condições de apresentar novas soluções²⁵ aos seus problemas.

²³ CLAM, Jean, A autopoiese no Direito – tradução de Caroline Graeff e revisão de Germano Schwartz, in Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2005, p.94.

²⁴ Conforme esclarece CARVALHO, Danto Winter “ A teoria autopoietica, ao contrário do que muitos pensam, não tem o escopo de solucionar todos os problemas do Direito, mas sim possibilitar, através de uma visão complexa da sociedade e direito, a construção de respostas a perguntas as quais não sabemos o conteúdo. Assim, deve-se estar preparado para responder às perguntas provenientes da assustadora Pós-Modernidade, as quais, conforme WARAT, não sabemos quais serão, mas podemos reduzir a excessiva complexidade contingência ambiental através dos aportes fornecidos pela teoria autopoietica, inserida em uma matriz epistemológica pragmática (sistêmica), onde o sistema (auto) observa-se a fim de permitir a operacionalidade do sistema através de um processo de desparadoxização” O direito como um sistema social autopoietico: auto-referência, circularidade e paradoxos da teoria e prática do direito. Texto disponível na Internet <http://www.simaocc.home.sapo.pt> acesso em 21 de agosto de 2007, p.14..

²⁵ Esclareça-se, contudo, quando se propõe nova solução é a apresentação de uma observação não observável anteriormente, ou melhor, é uma tentativa de facilitar a comunicação jurídica na disposição de nova informação dentro do processo comunicativo da argumentação jurídica.

1 O SISTEMA JURÍDICO

Estudar a sociedade é essencialmente compreender o advento da linguagem²⁶. Melhor ainda, compreender a comunicação, porque a linguagem²⁷ é um veículo para a manutenção e aperfeiçoamento da comunicação. Conhecer²⁸ um objeto é aprender e observá-lo, é traçar um corte metodológico, é enfim, estabelecer diferenças e reconhecer a forma dessa diferença para poder analisar o lado observável e o lado obscuro. Então, é a partir da linguagem que qualquer análise²⁹ pormenorizada de um objeto do conhecimento é possível.

Para se conhecer e dominar um objeto é preciso diferenciá-lo dos demais, é dizer, estabelecer que isso não seja aquilo e, por conseguinte³⁰, o que seria aquilo. Pois bem, para tanto, a diferença da forma dentro do espaço é condição necessária e imprescindível à apreensão do conhecimento, e essa demarcação é feita pela linguagem e, por isso, pela comunicação.

A diferença é reconhecida somente com o estabelecimento da forma comunicação, e isso se dá com a observação³¹ que em si também é linguagem e também pode ser comunicação, já que informa. Somente o que é observado será reconhecido e analisado, e por

²⁶ “Portanto, o surgimento da linguagem, bem como todo o contexto social em que este aparece, gera o fenômeno inédito até onde sabemos – do mental e da consciência de si como a experiência mais íntima do homem” Maturana, Humberto; Varela, Francisco. *A árvore do conhecimento – as bases biológicas do entendimento humano* – tradução Jonas Pereira dos Santos. Página 9/136. 1ª edição, São Paulo: Editora Psy II, 1995, p. 252.

²⁷ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia* - tradução Alfredo Bossi, 1ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000, verbete linguagem, p.615 -624.

²⁸ Verbetes conhecimento, idem, p.183.

²⁹ RODRIGUEZ, Darío; ARNOLD, Marcelo. *Sociedad y teoría da sociedad*, 4ª edición, Chile: Editorial Universitaria, 2006, p. XII.

³⁰ “Otra de las preocupaciones centrales del autor ha sido la de la evolución societal, que ha actualizado históricamente algunas formas de diferenciación: segmentaria; centro/periferia; estratificatoria y funcional, pero sin que estas formas históricas agoten definitivamente las posibilidades. No hay, por lo tanto, una visión al estilo de Comte de etapas que han de seguirse necesariamente, ni tampoco de pasos que van superándose unos a otros” Rodríguez, Darío, in LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. 1ª edición, Chile: Anthropos Editorial – Universidad Iberoamericana – Pontificia Universidad Católica de Chile, 1997, p. XXXI

³¹ Ver SEIDL, Heid. *The Basic Concepts of Luhmann’s Theory of Social Systems* in BECKER, Kai Helge; SEIDL, David. *Niklas Luhmann and Organizational Studies*. Sweden: Impresso por Daleke Grafiska AB, Malmö, 2005, p.46.

isso será “real”. Existirá enquanto e como for observado³². A observação, em suma, é uma diferença³³ do observado.

A toda diferença traçada também há delimitação do espaço daquilo que não é descrito e observado, então, diante disto, pode-se afirmar, pelo menos como critério de estudo, que não há verdade absoluta³⁴, mas tão somente e apenas diferenças postas e descritas. O que há é a demarcação do espaço em diferenças, em lados da forma, o lado demarcado³⁵ e o lado não demarcado, não havendo conteúdo pré - determinado, e sim delimitações.

Por isso não se trata de desvendar³⁶ o conhecimento, ou ainda, de descobrir a “verdade” escondida em cada um de nós ou cada objeto, em algo que sempre esteve entre nós e nunca antes fora descoberto. Aliás, dentro da perspectiva da teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann, na sociedade complexa³⁷, formada de comunicações, não há que se falar em descoberta de nada, tão somente, de observações e com isso construções de comunicações através de comunicações³⁸.

Conforme a história avança, surgem hipóteses e possibilidades de diferenças, ou seja, o que antes não existia na sociedade, a partir do momento que surge, começa a ser comparado e distinto de outras situações, de outras observações. A toda demarcação de um espaço poder-se-á estudar sempre o lado demarcado e especificado e outro não especificado. E a cada

³² ROCHA, Leonel Severo, SCHWART, Germano; CLAM, Jean. Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito. 1ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 65.

³³ Esclarecendo que a observação também é uma diferença na diferenciação “Tecnicamente, uma “observação”, somente é possível como indicação no contexto de uma distinção, aqui entendida como diferença produzida em um contínuo pela própria observação” SCHUARTZ, Luis Fernando. Norma, Contingência e Racionalidade, - Estudos Preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica. 1ª edição: Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2005, p. 75.

³⁴ “Pouco a pouco, parece que estamos nos aproximando do momento em que o grande, poderoso e aparentemente indestrutível navio é nossa moderna civilização colidirá contra a grande massa submersa de nosso formidável auto-engano, da estéril racionalidade com que falseamos nossa natureza (social) e que nos conduziu a essa titânica confrontação de forças em todo o entendimento” Prefácio por BEHNCKE, Rolf in MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. A árvore do conhecimento – as bases biológicas do entendimento humano p. 14.

³⁵ LUHMANN, Niklas, La sociedad de la sociedad, traducción Javier Torres Nafarrete. 1ª edición: México: Editorial Herder, Universidad Iberoamericana – Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, 2007, p.43.

³⁶ Essa seria a anamnese de Platão. Explicando a questão “Em face de essa aparente paralisia, Platão apresenta a anamnese: pesquisar e aprender nada mais são que recordar (é preciso ressaltar que em grego a palavra “verdade” conecta-se, além da além da metáfora à visão, à negativa de esquecer-se).” PUGLIESI, Márcio. Por uma Teoria do Direito. 1ª edição, São Paulo: RCS Editora, 2005, p.68.

³⁷ Frise-se uma observação sociológica do direito.

³⁸ Mesmo porque “Every cognition is a construction of cognition”. LUHMANN, Niklas. *Observations on Modernity* – tradução by William Whobrey. Standford: Standford Univesity Press, 1998, p.8.

diferenciação do lado da forma³⁹ que se reconhece como especificado, surgirá a mesma operação do outro lado, e assim recursivamente⁴⁰.

A cada diferenciação e reconhecimento da forma tem-se a observação de um objeto para análise e estudo, e a cada diferenciação de uma diferença, ou seja, a cada contraposição de formas opostas tem-se a observação de conceitos⁴¹ que servirão para a construção contínua e circular da sociedade observada. A diferenciação como análise do conhecimento se dá em toda sociedade⁴². Ela é formada por sistemas diferenciados uns dos outros. Não há número finito de sistemas sociais e sim diferenciações que geram diferenciações. Tanto maior a diferenciação, maior a possibilidade de especificidade em sistemas sociais próprios e autônomos⁴³

Assim, a sociedade evolui por diferenciações evoluem em estruturas comunicacionais variação, seleção e estabilização. A evolução não é um processo, não tem razão pré-determinada, não tem começo nem fim, mas é circular. É através da evolução que cada sistema pode se reafirmar e adaptar-se em suas diferenciações⁴⁴ a cada sistema dentro da

³⁹ Comparando a importância da forma em Luhmann e Simmel pode-se afirmar “Toda a ênfase de Luhmann repousa sobre dois pontos. Primeiro, que a forma não é um enquadramento para ações, mas é a condição de operações que individualizam um sistema. Segundo, que a forma nada tem a ver com a formação de identidades, mas, pelo contrário, é intrinsecamente uma diferença, e só funciona ao se reproduzir como tal em cada operação do sistema. As formas não são diretamente operações, mas são elas que conferem especificidade às operações próprias a cada sistema, ao se reproduzirem nelas. Talvez se possa encontrar nisso uma ressonância da idéia simmeliana de um tom próprio a cada modalidade de manifestação da vida social, mas é claro que a linguagem, e a correspondente busca de precisão, são outras. Luhmann é um observador muito mais distanciado e imperturbável do que Simmel, por mais que este tivesse sido criticado pela sua contemplação meramente estética da vida social. Mas, será Luhmann o observador? Para ele, não se trata bem disso. Os próprios sistemas desenvolvem dispositivos para a observação (como a ciência nos sistemas sociais modernos) para os quais os agentes humanos (como Luhmann) oferecem recursos, mas fazem parte do ambiente. Mas o sistema mesmo não é observável sem recorrer à sua forma. E esta só pode ser observada a partir de perspectivas (que podem ser variadas) que permitam perceber ambos os lados da fronteira que ela traçou para estabelecer a diferença básica que exatamente a define como forma. Por seu lado, Simmel é a figura mais acabada do observador atento e inquieto das vibrações da vida social. Mas sua posição separa-o de Luhmann por uma diferença básica: a própria concepção de diferença” COHN, Gabriel. As diferenças finas de Simmel à Luhmann, Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 13, n.38., São Paulo, Outubro, 1998, texto disponibilizado na internet – acesso 10 de julho de 2007.

⁴⁰ Toda a análise Luhmanniana se dará na diferença sistema/ambiente.

⁴¹ “ Cuando la distinción contrasta algo, apartándolo de otras cosas, entonces se designan objetos. Si por el contrario, la distinción acontece mediante contrastación llevada a cabo por nociones contrarias, entonces se designan conceptos. A la formación de conceptos se llega, entonces, sólo cuando se pueden distinguir las distinciones. Um entendimiento teórico del derecho presupone la formación de conceptos, por lo menos en el sentido que aquí hemos esbozado someramente” LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p.80

⁴² Ver TEUBNER, Gunther. How the law thinks. HeinOnline -- 23 Law & Society Rev. 727 1989, p.727 – 757.

⁴³ A qual é também um sistema autopoietico como os demais, nem mais nem menos diferente. Ver LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad, p.41-55.

⁴⁴ ALCOVER, Pilar Giménez. El derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann, 1ª edición, Barcelona: José Maria Bosch Editor S.A, 1993, p.130.

sociedade. E são essas diferenciações que assegurarão a autonomia de cada sistema. E assim também se dá com o sistema jurídico.

É com a institucionalização do Estado de Direito que o sistema jurídico se diferencia dos demais, cria estruturas próprias ao sistema jurídico, distinguindo-se da política. No Constitucionalismo clássico, movimento histórico resultante das revoluções⁴⁵ dos séculos XVII e XVIII, conseguiu-se a contenção do poder dos monarcas e estabeleceu-se a separação entre o que pertencia e o que não pertencia ao direito.

O sistema jurídico começa então a operar autopoieticamente porque passa a se diferenciar do que não é jurídico. Ele funciona operacionalmente fechado⁴⁶ e cognitivamente aberto, não desconsiderando o ambiente, mas o pressupondo como aquilo que é diferente das suas operações. A partir de então, falar-se-á em sociedade moderna, decorrência do surgimento do Estado do Direito, ou melhor, do direito positivo⁴⁷.

A variabilidade e a mutabilidade são ínsitas ao direito positivo, porque o sistema jurídico torna-se funcionalmente diferenciado, cria estruturas próprias, torna-se mutável⁴⁸, porque a diferenciação do direito positivo não está em algo único ou transcendental, como no direito natural, mas sim está na observação e funcionamento do próprio sistema jurídico enquanto sistema, e nos termos desse mesmo sistema. Entenda-se variabilidade como estrutura comunicacional necessária à evolução do sistema autopoietico e mutabilidade a estrutura que representa a contingência do sistema em evolução.

Com o direito positivo o sistema jurídico tem seu fundamento nele próprio. O direito é aquilo que é o direito, o que não quer dizer que direito seja direito posto tendo sua validade em uma lei. O sistema jurídico só se comunica através de comunicações jurídicas, por meio de comunicações jurídicas somente gerando mais comunicações jurídicas. Toda a estrutura que não for jurídica não é observada, reconhecida ou tampouco utilizada pelo sistema jurídico. Portanto, quando ele reflete sobre si mesmo, o faz juridicamente, também, quando reage o faz

⁴⁵ Embora não mencionada anteriormente, a dita “Revolução Inglesa” com a Bill of Rights é de suma importância para a limitação dos monarcas ingleses, e por via de consequência, a criação de instrumentos que pudessem estabelecer os limites entre o “sistema político” e o “sistema jurídico”.

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la Sociedad*, p.93.

⁴⁷ Para uma análise histórica do Direito Positivo ver BOBBIO, Norberto. *Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito* – tradução e notas Márcio Pugliesi; Edison Bini; Carlos E. Rodrigues. 1ª edição, São Paulo: Editora Ícone, São Paulo, 1999. p. 15-122.

⁴⁸ Ao contrário dos críticos de Niklas Luhmann, a teoria luhmanniana não justifica o status quo, muito pelo contrário, a mutabilidade e a variabilidade são características próprias e necessárias à evolução do direito. Ver PODAK, Klaus. *Without Subject, Without Reason: Reflections on Niklas Luhmann's Social Systems* – translated by David Roberts. Thesis Eleven n.13, 1986, p.34-66.

juridicamente sobre questões jurídicas⁴⁹. Novamente, isso não significa que esse sistema fechado operacionalmente não seja aberto ⁵⁰cognitivamente⁵¹.

A autopoiesis do sistema não é a negação de outros sistemas, muito pelo contrário, é com a diferenciação e reconhecimento de outros sistemas que o direito se afirma, forma-se, limita-se e reproduz-se⁵² com seus elementos e suas estruturas, e é na reflexão e refletividade⁵³ que o sistema jurídico garante o seu funcionamento e a sua manutenção. Somente com a manutenção de estruturas próprias do direito é que a variação, seleção e estabilização, diferenciações essenciais à evolução, serão possíveis.

Enfim, a sociedade moderna é o que é a partir do direito positivo,⁵⁴ ou seja, é a partir da possibilidade de alteração e mutabilidade do sistema jurídico pelo próprio sistema jurídico que a sociedade garante a sua manutenção e evolução. Não é dizer que a sociedade social seja a mesma desde então, e sim que a partir da diferenciação do sistema jurídico todas as características mínimas para a evolução autopoietica foram satisfeitas e são desde então

⁴⁹ “Por “sistema” no entendemos nosotros, como la hacen muchos teóricos del derecho, un entramado congruente de reglas, sino un entremado de operaciones fácticas que, como operaciones sociales, deben ser comunicaciones” LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p.96.

⁵⁰ Não há qualquer referência ao livro “Sociedade Aberta” de Peter Haberle.

⁵¹ Cognitivamente aberto porque é na diferença com outros sistemas que podem irritar o sistema jurídico ou fazer com esse sofra frustrações que o sistema jurídico pode reagir mediante suas próprias estruturas. Luhmann esclarece que fechamento operacional não é isolamento “ Ahora bien, ciertamente el sistema jurídico no puede aislarse de los juicios sociales e valor que son objeto de aceptación generalizada” LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p.565.

⁵² “ Los sistemas autopoieticos están atados a su tipo de operación, tanto em lo que concierne a la producción de sus operaciones subsecuentes como en lo referente a la construcción de sua estruturas” Niklas Luhmann - El derecho de la sociedad – Universidad Iberoamericanam Colección Teoria Social, México, 2002, p.104.

⁵³ Explicando a tênue diferença entre um conceito e outro Marcelo Neves ensina “ Mas a concepção de autopoiese não se limita em Luhmann à auto-referência elementar ou de base, que se assenta entre elemento e relação. Essa se apresenta apenas na forma mínima de auto referência. Essa se apresenta apenas como “ a forma mínima de auto referência” constituindo um dos três elementos da autopoiese; os outros são a reflexividade e a reflexão, que se baseiam respectivamente na distinção entre “antes e depois” ou entre “ sistema e ambiente”. Reflexividade e reflexão são conceitos mais precisos do que a categoria mais abrangente de mecanismos reflexivos, formulada anteriormente por Luhmann. A reflexividade diz respeito à referência de um processo a si mesmo, ou melhor, a processos sistêmicos da mesma espécie. Assim se apresentam a decisão sobre tomada de decisão, a normatização, o ensino do ensino (ou o estudo do aprendizado) etc.” NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006, p. 65.

⁵⁴ Niklas Luhmann é criticado e atacado por ser um conservador, um positivista e legalista, um “novo” Hans Kelsen. Tal crítica não procede, pois as premissas de Niklas Luhmann não guardam semelhanças ou convergências com as bases teóricas de Hans Kelsen. Esclarecendo a questão “If Luhmann is to be classified as a positivist, it needs to be acknowledged that his ‘positivism’ is of a very particular kind, and should be differentiated from that of all earlier legal positivists. The objective witch he sets himself is not, like Hans Kelsen’s., to construct or to define law as a universally valid system of positive norms; it’s rather to examine law as a contingent and infinitely alterable system as communications” KING, Michael. THORNILL, Chris. Niklas Luhmann’s Theory of Politics and Law. New York: Palgrave MacMilliam, 2003, p.38

presentes. E assim será mais e mais contingente e complexa com o evoluir dela própria sociedade, e o seu direito positivo⁵⁵.

Resumindo, o sistema jurídico é formado por comunicações jurídicas porque a sociedade social também é formada de comunicações dos mais variados sistemas sociais. Quando o sistema jurídico se diferencia dos demais o faz através de estruturas jurídicas comunicacionais, gerando mais comunicação jurídica⁵⁶. A comunicação é uma estrutura formada de um processo tripartite, ou seja, um processo de seleções⁵⁷, sendo eles, o ato de informar, a informação e a compreensão, envolvendo tanto aquele que emite uma informação quanto o que a recebe. Assim, é a comunicação quem cria e possibilita a autopoiesis do sistema e o seu fechamento operacional, mais precisamente a compreensão⁵⁸, pelo receptor da informação dada pelo emissor, tornando a comunicação realizada.

Quando se fala em sistema jurídico é clássico na doutrina remeter-se ao direito como um plexo de normas. Sendo assim, em se tratando o direito de um sistema formado de comunicações, a primeira assertiva que se pode ter em relação às normas jurídicas em uma acepção da teoria sistêmica autopoietica do direito, é a de que as normas jurídicas são comunicações⁵⁹. Contudo, essa observação por si só não é suficiente neste trabalho, portanto, a partir de agora, tratar-se-á da discussão da estrutura da norma e sua natureza.

⁵⁵ CLAM, Jean. A autopoiese no Direito – tradução de Caroline Graeff e revisão de Germano Schwartz, in Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito, p.113.

⁵⁶ Por isso que Niklas Luhmann afirmará que o objetivo do direito é sua evolução pelo sistema jurídico por suas próprias estruturas, através de suas estruturas. Ver LUHMANN, Niklas. Fin y Racionalidad en los Sistemas – traducción de Jaime Nicolás. 1ª edición, Madrid: Editora Nacional, 1983, p.13

⁵⁷ LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de Sistemas – lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrete. 1ª edición, México: Itesco Antrophos Editorial del Hombre – Universidad Iberoamericana, 1996, p.218.

⁵⁸ NAFARRETE, Javier Torres. Luhmann: La política como sistema. 1ª edición, México: Fondo de Cultura Económica / Universidad Iberoamericana/ Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p.30.

⁵⁹ Todas as normas jurídicas são comunicações jurídicas, mas nem todas as comunicações jurídicas são tão somente normas jurídicas. Nesse sentido esclarece Marcelo Neves, citando Teubner adverte “ Se se parte de la concepción de que el sistema jurídico autopoietico se constituye por el entrelazamiento de los componentes sistémicos, a saber, procedimiento jurídico (proceso), acto jurídico (elemento), norma jurídica (estructura) y dogmática jurídica (identidad). En el caso del derecho parcialmente autónomo, habría una constitución autoreferencial de los respectivos componentes sistémicos, no surgiendo, sin embargo, el enlace hipercíclico entre ellos. Es decir, habría (re) producción autoreferencial de los actos jurídicos entre si, de las normas entre si, de los procedimientos entre sí, de los argumentos y proposiciones dogmáticas entre si, pero esos diversos componentes sistémicos no se entrelazarían en un hiperciclo autopoietico” GARCÍA, Mauricio García Villegas; RODRIGUEZ, César A. Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la (s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina (in) Derechos y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos. 1ª Edición, Bogotá: Antropos, 2003, p.264.

1.1 NORMA JURÍDICA.

Ao contrário da concepção positivista tradicional⁶⁰, o sistema jurídico não é um plexo de normas escalonadas⁶¹, não há norma fundamental ou fundante. Em um sistema formado de comunicações, como é o direito, só há observações de comunicações sem diferenças de começo, meio ou fim.

O direito opera circularmente, por isso sem centro ou vértice. A divisão entre sistema estático e dinâmico⁶² fica esvaziada, eis que somente serão reconhecidas comunicações jurídicas circularmente. Ainda, não há união de regras primárias e secundárias⁶³, eis que não há comunicações que iniciam e comunicações que derivam dessas “comunicações iniciantes”, por isso não há que se falar também em norma fundamental⁶⁴, nem legitimidade dessa mesma norma. Tampouco, há normas de conduta e normas de competência⁶⁵ como normas de conduta indiretamente determinadas⁶⁶. Há tão somente comunicações jurídicas, porque o sistema jurídico funcionalmente diferenciado não determina nada, só comunica por suas próprias comunicações. Pode-se afirmar, por isso, que o direito seja circulação incessante⁶⁷ do sentido⁶⁸, na medida em que sentido também é uma estrutura comunicacional para seu fechamento operacional.

O sistema jurídico não subsiste por causa da sua unidade⁶⁹, mas sim cria unidade pela recursividade de suas operações, por isso não é um conjunto de comunicações, mas por outro

⁶⁰ Ver KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito - tradução João Batista Machado. 6ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

⁶¹ TEUBNER, Gunther. A Bukowina sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional in Revista de Ciências Sociais e Humanas Impulso – Direito e Globalização, Piracicaba, v.14,n.33, jan/abril 2003, p.19.

⁶² Ver KELSEN, Hans em seu livro Teoria Pura do Direito.

⁶³ HART, Herbert L.A, O conceito de Direito - tradução de A. Ribeiro Mendes. 4ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.89-101.

⁶⁴ Na concepção Kelseniana.

⁶⁵ ROSS, Alf. Direito e Justiça. 1ª edição, Bauru: Edipro, 2003, p.53-58

⁶⁶ Idem, p.76.

⁶⁷ OST, François, Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez. – tradução Isabel Lifante Vidal. Doxa -14, 1993.

⁶⁸ Sentido é uma forma de tática do sistema na acepção Luhmanniana, ou melhor, nas palavras de CLAM, Jean “O direito se situa na origem do sentido, que é substância da comunicação social” in Questões fundamentais de uma teoria da sociedade – contingência, paradoxo, só efetuação – tradução Nélcio Schneider. 1ª edição, Vale do Rio dos Sinos: Editora Unisinos, coleção Díke, 2006, p.71.

⁶⁹ LUHMANN, Niklas, El derecho de la sociedad, p.129.

lado, é um contínuo de comunicações jurídicas que somente poderão produzir mais comunicações. E é esse contínuo, sem começo nem fim que garante a unidade do sistema como algo diferente de outras comunicações.

Diante da unidade do sistema jurídico a norma jurídica, como comunicação, garante o cumprimento da função do direito⁷⁰, que é manter expectativas generalizadas, porque quando a comunicação é realizada naquele momento estabelece-se uma escolha, uma diferença, e nesse sentido é mantida expectativa naquela estrutura, naquela mesma comunicação quando efetivada.

A evolução do sistema jurídico e sua aplicação não são lineares, muito menos, concatenada⁷¹, tampouco é a função do direito. Todas as diferenças em cada lado da forma são hipóteses possíveis. A complexidade do sistema é tamanha que em todas as possibilidades tem-se as respectivas negações, suspensões, e as negações das negações, que poderão gerar o mesmo efeito, ou não. Portanto, a função estabilizadora do direito para sua evolução não é unívoca, não é linear, tampouco retilínea. Por outro lado, ela é circular, no sentido de exclusivamente dar uma hipótese de comunicação que antes da norma não existia⁷², porque se auto-alimenta por suas próprias estruturas, ou seja, suas próprias diferenças, ou melhor, suas próprias comunicações.

A função do direito tem a ver com a manutenção⁷³ de expectativas contrafáticas, sendo as expectativas estruturas jurídicas criadas pelo direito e mantidas e delineadas pelo próprio sistema jurídico. Nada tem a ver com a realidade⁷⁴ no sentido de pertencerem a ela, mas tão somente de serem diferentes apesar dela. A norma jurídica é então uma das formas criadas pela diferenciação para se perceber a função do direito.

⁷⁰ Idem, p.192.

⁷¹ Essa ausência de concatenação e ordem ocorre não só no sistema jurídico, mas em todos os sistemas diferenciados da sociedade “ Não existe evolução homogênea correspondente ao regime de produção por si, mas um desenvolvimento simultâneo de várias dinâmicas evolutivas diferentes. Os mecanismos evolutivos independentes uns dos outros no interior de sistemas jurídicos autopoieticos, do direito, da economia e da política, da educação e da ciência se influenciam mutuamente e obrigam as diferentes instituições envolvidas num regime de produção a assegurar só um caminho de evolução idiossincrática. “ TEUBNER, Gunther. As múltiplas alienações do Direito: sobre a mais valia social do décimo segundo camelo - tradução da edição francesa por Dalmir Lopes Jr, in ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (org). Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica. 1ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, 389p.121.

⁷² LUHMANN, Niklas, El derecho de la sociedad, p. 193.

⁷³ Conforme ensina LUHMANN, Niklas “La función del derecho tiene que ver com expectativas. Si además se parte de la sociedad y no de los individuos, esta función se relaciona com la possibilidade de comunicar expectativas y de llevarlas al reconocimiento en la comunicación” Idem, p.182.

⁷⁴ Ibidem, p. 193.

Imaginar que, na sociedade moderna a sua complexidade e contingência crescentes levariam uma situação insustentável, é equivocado. O sistema jurídico, através de estruturas jurídicas com suas diferenças, escolhe possibilidades, e quando o faz reduz sua complexidade, que por outro lado, gera mais complexidade e contingência, ou melhor, dupla contingência, mas, é o contínuo aumento e redução de escolhas que faz possível a manutenção do sistema jurídico. E nesse contexto as normas jurídicas são capazes de reduzir a complexidade paradoxalmente aumentando-a para a manutenção da função e evolução do direito.

Todo sistema autopoietico tem uma função⁷⁵, mas não uma função finalística e sim circular que se auto-alimenta; aliás, a função de qualquer sistema autopoietico⁷⁶ *lato sensu* é manter-se enquanto sistema, permanecendo sistema. A especificidade de cada função está nas diferenças de estruturas comunicacionais⁷⁷, e as normas jurídicas são uma⁷⁸ dessas diferenças, são as estruturas jurídicas que possibilitam ao direito manter-se funcionando e evoluindo autopoieticamente na aplicação do código lícito/ilícito ao programa.

A confiança de cada sistema reside inclusive na sua diferença com o seu ambiente⁷⁹, e a cada separação sistema/ambiente há o reforço na confiança de cada sistema, por isso poder-se-ia afirmar que a norma jurídica é a estrutura que garante e mantém a confiança do direito enquanto direito. E, portanto, é a reprodução de normas jurídicas por outras normas que assegura ao direito ser direito enquanto sistema. A confiança do sistema na norma jurídica enquanto redutora de complexidade⁸⁰, não tem começo⁸¹ nem fim⁸², opera recursivamente

⁷⁵ Para um resumo das teorias funcionais do direito ver FRANKENBERG, Gunther. A Gramática da Constituição e do Direito – tradução Elisete Antoniuk 1ª edição, Belo Horizonte: Editora Del Rey Internacional, 2007, p.375.

⁷⁶ Para uma análise mais detalhada da Teoria Geral de Sistemas até a Teoria da Autopoiesis, ver RODRÍGUEZ, Darío; ARNOLD, Marcelo. Sociedad y teoría de sistemas, 4ª Edición, Chile: Editorial Universitária, 2007, p.37-63

⁷⁷ Para um ótimo comparativo entre o funcional estruturalismo de Niklas Luhmann e o estrutural funcionalismo de Parsons, ver SHWARTZ, Germano. A fase pré autopoietica do sistemismo Luhmanniano, (in) Introdução à teoria do sistema autopoietico, 1ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p.56- 66.

⁷⁸ Assim nem toda estrutura jurídica e, portanto, nem toda estrutura comunicacional do direito é norma jurídica.

⁷⁹ LUHMANN, Niklas. Confianza – tradução da edição inglesa por Amanda Flores. 1ª edición, Chile: Antropos Editorial. Universidad Iberoamericana, 2005, p. 65.

⁸⁰ Idem, p.14.

⁸¹ “Hegel afirmara que o problema da lógica era o início. Para Luhmann, não era este o problema. (...) Se o início não é problema nem mesmo o fim será.” DE GIORGI, Rafaelle. Direito, Tempo e Memória – tradução de Guilherme Leite Gonçalves. 1ª edição, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.102.

⁸² Em oposição grande parte da doutrina internacional e a nacional estabelecem o seguinte “ De acordo, pois, com essa tendência da doutrina francesa contemporânea, embebida em fontes jusnaturalistas, afigura-se-nos que o Estado, pessoa coletiva, cuja ação decorre da vontade humana, possui necessariamente um fim ou fins. Onde houver direito, haverá teologia.” (...) O moto de Jhering, de “ o fim é o criador de todo o direito” (Der Zweck ist der Schoepfer des ganzem Rechts”), exprime incontestável verdade. Não há ato humano nem ato animal

como, aliás, todo o sistema jurídico na sua função de estabilizar expectativas generalizadas. Por outro lado, o mundo como a possibilidade de outras escolhas⁸³, de outras diferenciações em ambientes⁸⁴ em relação a outros sistemas, é sempre mais complexo e contingente porque enquanto não delimitado como sistema, não há que se falar em seleção, muito menos diferenciação e, portanto, escolha de coisa alguma. Por isso afirma-se que a estabilidade social é considerada um problema e não uma condição da sociedade⁸⁵, eis que a complexidade e contingência são estruturas próprias da sociedade complexa, e assim necessárias à própria evolução dessa mesma sociedade, por isso, do direito como sistema funcionalmente diferenciado da sociedade.

A função do direito é social⁸⁶, mas porque ele é sistema da sociedade e opera enquanto sistema da sociedade. A sua “sociabilidade” reside na necessidade de continuar reduzindo complexidade para mantê-la, e garantir assim a possibilidade de mudança no tempo. Por isso, a norma jurídica, como garante a recursividade do sistema jurídico, enquanto fechamento operacional é estrutura social, tão somente neste sentido.

As normas jurídicas são possibilidades para a manutenção da função do direito em manter as expectativas na realização dessas comunicações enquanto possibilidades. Essas comunicações são expectativas normativas, porque são possibilidades nas diferenciações estabelecidas pelo sistema jurídico no sistema jurídico⁸⁷. As normas jurídicas são diferenciações das diferenciações que, na verdade, são a seleção de um lado da forma e que poderia ter sido o outro lado da forma, gerando outras diferenciações.

destituído de finalidade” BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 3ª edição revista e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.22

⁸³ “ Mundo, nesse contexto, não é uma totalidade de coisas ou de estado de coisas, mas sim, o horizonte de possibilidades co-atualizado em cada operação atual sob forma de unidade de potencialidades que permanece, não obstante, acessível às – isto é, atualizáveis pelas – operações seguintes” SCHWARTZ, Luis Fernando Norma, Contingência e Racionalidade, p. 95-96.

⁸⁴ A diferença sistema/ambiente se dá tanto internamente sendo a diferença do que não é sistema como externamente sendo o ambiente de todos os subsistemas da sociedade.

⁸⁵ RODRÍGUEZ, Dario. ARNOLD, Marcelo. Sociedad y teoría de sistemas, p.98.

⁸⁶ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p.624.

⁸⁷ Conforme fica claro na explicação de Niklas Luhmann “ La función del derecho tiene que ver con expectativas. Si además se parte de la sociedad y no de los individuos, esta función se relaciona con la posibilidad de comunicar expectativas y de llevarlas al reconocimiento en la comunicación.” El derecho de la sociedad – Universidad Iberoamericana Colección Teoría Social, México, 2002, p.182.

Somente com a generalização das expectativas é que será possível a manutenção da “ordem”⁸⁸, mesmo porque, realizar as pretensões de cada ser humano nas suas relações não reduz complexidade, pelo contrário, somente a aumentará, quebrando a autonomia de qualquer sistema autopoietico. O direito exerce a sua função por estruturas capazes de fazer a improbabilidade da comunicação possível no momento da comunicação, ou seja, o faz através de normas jurídicas como comunicações jurídicas que são. Portanto, funcionar não é existir⁸⁹, não há simetria e correlação entre as possibilidades da forma e o lado escolhido.

Tais estruturas são comunicações, ou seja, diferenciações para esconder a “irracionalidade”⁹⁰, a improbabilidade do sistema jurídico e com isso manter as expectativas satisfeitas enquanto expectativas do direito. Assim, as normas jurídicas não poderão dar uma satisfação única⁹¹ ao que é esperado pelo direito e também o que é esperado pelos demais sistemas da sociedade, que são ambientes para o direito.

Ante a improbabilidade da comunicação⁹², a expectativa é resultado da comunicação⁹³ excepcionalmente alcançada para recursivamente continuar gerando mais expectativas, mantendo assim o sistema autopoieticamente fechado. Esclarecendo, a expectativa é a simbologia da comunicação unindo o significado entre a informação, o ato de comunicar e a compreensão como etapas do processo comunicativo⁹⁴. A estrutura da expectativa se dá pela

⁸⁸ A referência a função do direito como sistema coativo, mantenedor da ordem e uma ordem fixa das relações humanas é clássica na teoria geral do direito. Assim, “O direito é o complexo de condições vitais da sociedade no sentido mais amplo, assegurados pelo poder público mediante coação exterior” VON JHERING, Rudolf. A finalidade do direito - tradução de Heder K. Hoffman, 1ª edição, Campinas: BookSeller Editora, 2002, p. 338.

⁸⁹ GARCÍA, Mauricio Villegas, RODRÍGUEZ, César A (org). NEVES, Marcelo. Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la (s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina (in) Derechos y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos, 1ª edición, Bogotá: Ediciones Antropos, 2003,p 260-289.

⁹⁰ CLAM, Jean System Sole Constituent, the Operation Clarifying a Central Concept of Luhmannian Theory, Acta Sociologica, 2000, 43,63,p.5.

⁹¹ No mesmo sentido “As normas, por serem estabelecidas na comunicação social, são passíveis de alteração por qualquer reconfiguração das expectativas nessa mesma sociedade, não sendo mais possível estabelecer-se, de antemão, quais as expectativas que deverão ou não ser institucionalizadas” TORRES, Ana Paula Repolês. A questão da obediência às normas na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, Texto disponível na internet @ BuscaLegis.ccj.ufsc.br, acesso 06/08/2007, p.19.

⁹² Nesse sentido “Entonces ya no existe garantia alguna de que esos otros actúen dentro de unos marcos conocidos y los que se pode confiar, ni tampoco de que no alteren de súbito sus fundamentos de acción en tanto que yo procedo a tomar una decisión” LUHMANN, Niklas. Fin y Racionalidad en los Sistemas – traducción de Jaime Nicolás. 1ª edición, Madrid: Editora Nacional, 1983, p.15.

⁹³ “O processo primário da comunicação opera criando, por assim dizer, uma ilusão ótica: a igualdade com a identidade da percepção (...)” NAFARRETE, Javier. Luhmann: La política como sistema, p.152.

⁹⁴ Adota-se aqui a nomenclatura de NEVES, Rômulo Figueira. Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós Graduação da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, texto disponível na internet, www.usp.br, acesso 20 de julho de 2007.

diferenciação e seleção autopoietica do sistema, vale dizer, nas diferenças dos lados da mesma forma, na dimensão temporal de antes e depois de selecionada.

A expectativa normativa não aprende⁹⁵, não observa estruturas outras que não as suas. Assim, não aprende porque não incorpora estruturas comunicacionais que não sejam suas. Comunicações jurídicas só observam comunicações jurídicas através de mais comunicações jurídicas. Isso não quer dizer que o sistema jurídico com isso não possa evoluir. Poderá evoluir na variação da forma jurídica, com seleções jurídicas, em uma estrutura de estabilização também jurídica.

Embora sejam as normas jurídicas estruturas contra-fáticas⁹⁶ para estabilização de expectativas, não há leitura do mundo real. O direito como sistema autopoietico não se preocupa com a realidade⁹⁷, não enxerga a realidade, não a observa como algo seu, somente como algo que não lhe pertence. Isso só quer dizer que a complexidade maior do ambiente fora do sistema jurídico não é observada pelo sistema jurídico como comunicação jurídica. Contudo, o ambiente pode irritar o direito, podendo este responder a essas irritações mediante suas próprias estruturas. Irritado com o ambiente, o sistema jurídico pode reagir com suas estruturas, e é nesse contexto que as normas jurídicas estão inseridas, como respostas do sistema jurídico ao que acontece no mundo⁹⁸, no horizonte incontável de possibilidades. Por fim, não significa dizer que essas possibilidades incontáveis reconhecem e ratificam que há

⁹⁵ “En conclusión, el concepto de norma utilizado por Luhmann: la expectativa normativa, no es sino un tipo de expectativa compleja en la que se incluye, como reacción en caso de frustración, su mantenimiento: << es característico de las expectativas normativas el referirse a una realidad de la acción contemplada como contingente. Las normas sólo aparecen cuando se contempla la posibilidad de que se actúe de forma conforme “o” desviada. Si bien formulan una expectativa determinada, lo hacen con inclusión de la coexpectativa de la posibilidad de lo contrario... Con las normas nos encontramos en el nivel de premisas generalizadas de elaboración de la experiencia, que se fijan en la forma categorial de lo posible y pueden así inmunizarse frente a la refutación mediante informaciones sobre conducta reales” ALCOVER, Pilar Gimenez. El derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann. 1ª edición: Barcelona, José Maria Bosch Editor S.A, 1993p. 192

⁹⁶ LUHMANN, Niklas, Sociologia do Direito I – tradução Gustavo Bayer, 1ª edição, Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitária 75, Rio de Janeiro, 1983, p.57

⁹⁷ Aliás, nenhuma teoria sistêmica tem essa preocupação. Por isso, “ Desde um ponto de visto epistemológico, la teoría de sistemas, en ninguna de sus versiones, pretende llegar a construir um modelo que refleje totalmente la realidad. Aun cuando hay diferencias entre los autores respecto a la realidad y su relación con el observador, nunca se plante ala posibilidad de copiar em toda su complejidad el modelo de una realidad exterior” RODRÍGUEZ, Darío; ARNOLD, Marcelo. Sociedad y Teoría de Sistemas, p. 86.

⁹⁸ “ Mundo, nesse contexto, não é uma totalidade de coisas ou de estado de coisas, mas sim, o horizonte de possibilidades co-atualizado em cada operação atual sob forma de unidade de potencialidades que permanece, não obstante, acessível às – isto é, atualizáveis pelas – operações seguintes” SCHWARTZ, Luis Fernando. Norma, Contingência e Racionalidade, p. 95-96.

lacunas⁹⁹ no direito, pois o sistema jurídico responde comunicando mediante estruturas próprias, tendo em vista a sua complexidade e contingência para a sua evolução.

Ainda, não há mundos do ser e do dever ser, muito menos no direito. O que se tem é a diferença sistema/ambiente que poderá ser reintroduzida para a evolução do sistema através da comunicação em cada sistema funcionalmente diferenciado em suas próprias estruturas. Por isso, não existe relação de causalidade e aplicabilidade entre o mundo do dever ser e o mundo do ser nas hipóteses do mundo fenomênico, tampouco há relação de imputação causal entre a lei os fatos.

Depois de se colocar a situação e a função da norma jurídica no sistema jurídico autopoietico, operacionalmente fechado e cognitivamente aberto, é preciso fazer a análise da estrutura da norma com a lei. Seria a norma jurídica um sinônimo de lei introduzida no sistema jurídico? E quais as conseqüências disso?

1.1.1 ESTRUTURA NORMATIVA

Na aplicação do programa ao código jurídico lícito/ilícito tem-se a norma jurídica; portanto, norma jurídica não é lei, porque a lei é comunicação do sistema político com outro código situação/oposição, e outra função¹⁰⁰. A lei é o resultado do jogo político entre o código situação/oposição. É o processo comunicativo entre emissor, que é o parlamento, e o receptor, que é povo, cuja informação é a lei, e o ato de informar é o processo legislativo. Por isso, o sistema jurídico não a observa como sua estrutura, porque de fato não o é¹⁰¹.

⁹⁹ Para uma posição que admite a existência de lacunas no direito ver DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito – Adaptada ao novo código civil*. 7ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

¹⁰⁰ “ Si se quieren evitar definiciones plurifuncionales, entonces no queda más que definir la función de la política como mantener la capacidad de tomar decisiones que vinculen coletivamente” NAFARRETE, Javier Torres. *Luhmann: La política como sistema*, p.142.

¹⁰¹ Legislação seria acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político. .Ver KING, Michael; THORNILL, Chris. *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*. First Edition, New York: Palgrave MacMillan, 2003, p. 44.

A título de elucidação, é necessária uma pequena digressão conceitual quanto aos termos código e programa na teoria sistêmica de Niklas Luhmann. O código lícito/ilícito¹⁰² é estrutura jurídica, é diferenciação funcional do direito. É na figura do Estado de Direito, na institucionalização do direito positivo que o código é disposto. É o próprio sistema jurídico quem estabelecerá o esquema lícito/ilícito. Essa diferença, esse recorte como possibilidade de escolha é possível somente em observação de segunda ordem, sendo que o próprio código não reconhece a diferença posta. Explica-se: a estrutura jurídica do código lícito/ilícito seleciona u'a outra estrutura jurídica para aplicação deste código e assim continuar na função do direito que é a sua evolução.

Quem resolverá esse paradoxo da estrutura jurídica do código lícito/ilícito será o tribunal, criado, aliás, pelo próprio sistema jurídico, sendo estrutura capaz de observar e resolver o código porque não está vinculada ao código, ou seja, pela observação de segunda ordem podem observar o código e aplicá-lo aos programas normativos para a comunicação jurídica. Isso se dará em tantos quantos forem as instâncias recursais, ou seja, tantos quantos forem os tribunais para lidar com a diferença lícito/ilícito. Essa tautologia é essencial à manutenção da autopoiesis do sistema jurídico¹⁰³. Posto isso, as normas jurídicas são comunicações resultado da desparadoxização do direito para a sua evolução.

Nada será reconhecido, observado ou descrito¹⁰⁴ que não esteja adstrito a esse código. Essa área não observável, reconhecida ou descrita pelo sistema jurídico, é a área não “marcada”¹⁰⁵ pelo direito, ou seja, tudo aquilo que não estiver disposto nos limites do sistema jurídico. Por isso, poder-se-ia estabelecer que seja a manutenção do código a garantidora da indiferença do sistema jurídico frente aos demais sistemas. É a observação da diferença lícito/ilícito que preserva a autonomia¹⁰⁶ do sistema jurídico frente aos demais, porque

¹⁰² Adotar-se-á a tradução do alemão *recht/ unrecht* para o correspondente em português lícito/ilícito eis que esse esquema permite com mais clareza fazer a diferença sistema/ ambiente, ou seja, o que é e o que não é direito, visto ser o próprio código lícito/ilícito estrutura do direito. Nesse mesmo sentido ver LEITE GONÇALVES, Guilherme in DE GIORGI, Rafaelle. O direito, tempo e memória. São Paulo: Quartier Latin, 2006, 236p.

¹⁰³ O conceito de autopoiesis é atrelado ao de sistema e também assegura a diferença e o fechamento entre sistema e ambiente.

¹⁰⁴ Tenha-se sempre a noção do terceiro excluído “Não há outro valor que não o direito/não direito. “ A eso corresponde en el sistema en el sistema jurídico, como veremos en forma más Det., la diferenciación entre codificación y programación mediante la cual se pueden hacer valer, en nivel de código: (...)” LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p.240.

¹⁰⁵ Essa área não “marcada” também é uma diferença, e uma observação, mas de segunda ordem.

¹⁰⁶ “ La garantía de autoadscripción de las operaciones al sistema y, con ello, la garantía de la clausura operativa del sistema, requiere de un código único como esquematismo binário que excluya otras codificaciones y otros valores (terceros, cuartos, quintos) del código.” LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p.126.

nenhum outro sistema da sociedade trabalha com este código, e assim, somente o sistema que dispõe do código pode selecionar as estruturas dentro a partir deste próprio código.

O código binário lícito/ilícito é aplicado por estruturas comunicacionais chamadas programas. Tais estruturas são as que dão suporte para a efetivação do código jurídico. É na simetria¹⁰⁷ do código lícito/ilícito que a aplicação ao programa será possível, e é a assimetria perante o ambiente que garante o fechamento operacional. Assim, quando da aplicação do código as duas hipóteses são igualmente possíveis; por isso a simetria e assimetria que garantem o fechamento residem no fato de que somente o sistema jurídico opera com o código lícito/ilícito, e, portanto assimétrico em relação ao ambiente.

Os programas conferem a possibilidade ao sistema jurídico de estabelecerem decisões pela aplicação do código lícito/ilícito¹⁰⁸. Essas estruturas comunicacionais são possibilidades de incremento do sistema jurídico através de “ruídos”¹⁰⁹ advindos de outros sistemas da sociedade. A abertura dos programas pressupõe o fechamento e estabilidade do código. Aliás, são os códigos diferenças que geram os programas¹¹⁰. Os programas, por sua vez, são premissas de decisão¹¹¹ baseadas em legislação ou contrato¹¹², assim como uma decisão judicial¹¹³ que tenha sido objeto de recurso em tribunal de superior instância, por exemplo.

Os programas se ¹¹⁴distinguem em programas condicionais e programas de “fim”. Embora existam peculiaridades próprias entre tais programas, ao sistema jurídico e seu

¹⁰⁷ “Luhmann denomina a estas reglas programas cuando especifican ellas mismas sus condiciones de aplicación, es decir, cuando permiten esperar ciertas acciones y los efectos de estas acciones. El hecho de que la regla está aprobada institucionalmente supone la aprobación de la conducta conforme a la regla: << un programa es un conjunto de condiciones de la corrección (y ello quiere decir: de la aceptabilidad social) de la conducta (rechtssoziologie, 88)”. ALCOVER, Pilar Gimenez. El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann, p. 218.

¹⁰⁸ CLAM Jean, System Sole Constituent, the Operation Clarifying a Central Concept of Luhmannian Theory, Acta Sociologica, p.132.

¹⁰⁹ Esse termo será posteriormente retomado neste trabalho, contudo de antemão pode-se definir ruído como estrutura não observável. No caso do sistema jurídico, os ruídos ao direito são estruturas não jurídicas, portanto não observáveis pelo sistema jurídico, mas, que podem irritar o direito.

¹¹⁰ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p.249.

¹¹¹ “Llamamos programa a aquella regla que decide acerca de la asignación de los valores (independientemente del margen de interpretación). Pensamos, como programas, em las normas jurídicas, pero también en otras premissas de decisión del derecho: la autovinculación surgida de los prejuicios em la praxis de los tribunais”, LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p.149.

¹¹² Acoplamento estrutural, entre o sistema econômico e o sistema jurídico.

¹¹³ Nessa hipótese a decisão será inicialmente norma jurídica, porque resultado da aplicação do código jurídico binário a um programa. Ao mesmo tempo, servirá de programa em comunicação posterior.

¹¹⁴ ALCOVER, Pilar Gimenez. El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann, p.278.

ambiente, só cabe referência e alusão aos programas condicionais¹¹⁵, assim, ou se decide aplicando-se o código lícito/ilícito ou não, nada mais. São estruturas de orientação do código binário. O sistema jurídico estabelece hipóteses em situações passadas para possibilidades “futuras”, com decisões sempre instantâneas. Eles conferem maior estabilidade ao sistema jurídico, pois se tem a segurança da decisão enquanto estrutura presente, ou seja, aplicação do código binário ao programa¹¹⁶, qualquer que seja ela. Essa estabilidade não seria imaginável se na aplicação do código fosse o programa uma estrutura finalística¹¹⁷, ou seja, a estrutura a qual seria aplicada a diferença binária não existiria porque é futuro, incerto e não sabido. Por outro lado, o mesmo programa condicional que confere estabilidade e “segurança” na certeza da decisão, possibilita também, na complexidade e dupla contingência da sociedade, a abertura para o outro lado da forma da condição “se então”.

O processo decisório e sua recursividade na aplicação do código binário ao programa qualquer que seja a estrutura jurídica, é vital para o funcionamento do sistema jurídico. É na distinção¹¹⁸ entre o que será dito lícito ou ilícito na aplicação do código ao programa jurídico que haverá uma ordenação para a evolução sistêmica. Esclareça-se, essa ordenação não é pré-determinada e sim circular.

Feita essa digressão, retoma-se a discussão afirmando-se que a lei é uma das hipóteses de programa para aplicação do código, podendo ser também um contrato ou até mesmo uma decisão judicial. E não há programa maior ou menor, mais ou menos importante, e sim a cada aplicação do código a possibilidade de uma comunicação jurídica nova, uma norma jurídica. Eis a autopoiesis do sistema jurídico através de normas criando mais normas jurídicas.

¹¹⁵ “ Los programas del sistema jurídico son siempre programas condicionales. Sólo los programas condicionales instruyen el enlace entre autoreferencia y heteroreferencia; solo ellos le otorgan a la orientación del sistema hacia el entorno una forma cognitiva que puede ser evaluable de manera deductiva en el sistema” LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p.254.

¹¹⁶ Mesmo porque os programas finalísticos são problemas formulados, portanto impossíveis de ter a aplicação do código lícito/ilícito. Ver LUHMANN, Niklas. *Fin y Racionalidad en los Sistemas* – traducción de Jaime Nicolás. 1ª edición, Madrid: Editora Nacional, 1983, p.238-239.

¹¹⁷ Quanto à estabilidade dos programas condicionais e a incerteza dos programas finalísticos, ver LUHMANN, Niklas. *Fin y Racionalidad en los Sistemas* – traducción de Jaime Nicolás. 1ª edición, Madrid: Editora Nacional, 1983, p. 98-99.

¹¹⁸ Explicando a importância da distinção na acepção luhmanniana afirma-se ” (...) pues la distinción se comprende como una forma de ordenar el mundo, como una diferencia que hace una diferencia, y no sólo una representación” Recontextualizando Luhmann. Lineamento para una lectura contemporánea, ver FARIAS , Ignacio; OSSANDON, José, *Observando Sistemas* – Nuevas apropiaciones y usos de la Teoria de Niklas Luhmann. 1ª edición, Chile: Ril Editores, 2006, p. 34.

A aplicação do programa ao código é feita através de observações do próprio sistema jurídico, estruturas jurídicas de observação. Nesse sentido não se fala em aplicação do código ao programa por alguém¹¹⁹ e sim por estruturas jurídicas. Sendo assim, a norma jurídica é comunicação e não está na aplicação da vontade pessoal do aplicador do direito, não havendo subjetividade na norma, mas tão somente a comunicação. Não há espaço algum para a discussão entre a vontade do aplicador do direito e a vontade da norma, muito menos quanto à vontade legislatória e a vontade da norma¹²⁰, já que norma não é lei, o que se observa é tão somente a observação e a possibilidade da comunicação pela comunicação, gerando mais comunicação.

A norma jurídica é construída na decisão judicial, através da interpretação jurisprudencial¹²¹, quando da aplicação do programa ao código, não havendo conteúdo valorativo da norma jurídica, ou seja, não há norma boa ou ruim, justa ou injusta e sim norma jurídica como comunicação jurídica¹²². Isso ocorre porque o valor não tem código e por isso não evolui, é simplesmente reconhecido e posto. Quanto à comunicação jurídica chamada norma, o valor não é questionado porque não há variação como diferença de forma, e por isso não entra no processo comunicativo como evolução do sistema, não havendo observação¹²³. Esclareça-se, o valor não tem forma, não há diferenciação para a produção de direito¹²⁴, ante a observação do código e programa normativos, nem tampouco em qualquer estrutura normativa, pois não há a possibilidade de incremento pela forma no aumento de variação das diferenciações e posterior seleção e estabilização.

¹¹⁹ Quanto à inexistência no sistema social de indivíduos conforme a teoria sistêmica de Niklas Luhmann tem-se “Un sistema social sólo puede comunicar; um sistema vivo sólo puede vivir” AMADO, Juan Antonio Garcia, *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. 1ª edición, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 112.

¹²⁰ Apesar de partir de premissas metodológicas diversas das de Niklas Luhmann, essa é a posição também de STRECK. Lênio Luiz *Hermenêutica Jurídica em Crise – Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito*. 5ª edição revista e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.100 - 104.

¹²¹ A interpretação é produção de mais textos, como decisões que poderão servir como programas para a propagação de outras normas jurídicas conforme se depreende da leitura de LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad* - tradução Javier Torres Nafarrete, Editora Universidad Iberoamericana – Colección Teoría Social, México, 2002, p.403.

¹²² Pois, a comunicação é “Na sua forma constitutiva basal, definida como cálculo, a comunicação não sente, não possui consciência, não valora, não discrimina; não é boa nem má para o ser humano, representa simplesmente um acontecimento cego, desprovido de sentidos e de rumo” NAFARRETE, Javier Torres. *Galáxias de Comunicação: o legado teórico de Luhmann*. Lua Nova Revista de Cultura e Política, São Paulo, República, nº51, 2000, p.152.

¹²³ E se não há observação, não há diferenciação para ser observada e muito menos para continuar a diferenciação na evolução do sistema.

¹²⁴ NAFARRETE, Javier Torres Luhmann: *La política como sistema*, p.260.

Mas, enfim, qual a natureza específica da norma jurídica na teoria sistêmica autopoiética? E qual será a importância disso na acepção luhmanniana? A natureza específica da norma jurídica não é tão “específica”¹²⁵ assim, visto ser ela ao final uma comunicação como qualquer comunicação; então a norma jurídica é instrumento da teoria comunicacional do direito para a contínua evolução e afirmação do direito como sistema autopoiético, é facilitadora da comunicação, é em suma meio de comunicação simbolicamente generalizado para a interação das estruturas jurídicas¹²⁶, para o fechamento operacional do direito.

Contudo, por que meio? Meio é estrutura pelo qual a forma que é também estrutura¹²⁷ pode ser posta na sociedade. Não há meio sem forma, nem forma sem meio, os conceitos estão intrinsecamente ligados. Explica-se o meio é estrutura que possibilita à forma ser passível de seleção, assim é estrutura que possibilita a diferenciação necessária à evolução. Então a norma jurídica é meio por que possibilita a diferença sistema jurídico/ambiente¹²⁸. Torna-se então a improbabilidade da comunicação em probabilidade, algo possível.”

É meio simbólico porque os símbolos possibilitam a estabilização¹²⁹ da variação e seleção na comunicação, tornando a evolução possível. As estruturas de seleções são capazes de compor e unir, entre o emissor e o receptor, a informação, o ato de comunicação e a compreensão¹³⁰, fechando o sistema na rede recursiva da comunicação. Através dos símbolos é que o futuro incerto e invisível pode ser imaginado, mesmo que não seja alcançado, pode ser “observado”. Diante da complexidade e contingência da sociedade moderna, a certeza do sistema e para o sistema está no que é observado, ou seja, só há certeza da estrutura que pertence ao sistema, e porque pertencente ao sistema é observada como estrutura sua, evolui por suas próprias estruturas, por meio de suas estruturas.

¹²⁵ No sentido de ser única, isolada das demais estruturas comunicacionais.

¹²⁶ O direito é formado de comunicações para a interação do sistema “Luhmann (1984) confronted this problem of confusing the historical level with the analytical by proposing to consider ‘communication’ as the running operator of the social system. Interaction can then be considered as a basic operation for producing meaning within social systems”, LEYDESDORFF, Loet. Interaction’ versus ‘action’ in Luhmann’s sociology of communication in GRANT, Colin B. (ed.), Rethinking Interactive Communication: New Interdisciplinary Horizons, Amsterdam: John Benjamins, forthcoming, texto disponível na internet em Amsterdam School of Communications Research (ASCoR) Kloveniersburgwal 48, 1012 CX Amsterdam, The Netherlands <http://www.leydesdorff.net/index.htm> ; loet@leydesdorff.net, acesso em 03 de novembro de 2007, p.6.

¹²⁷ Sobre a importância da forma na teoria sistêmica ver COHN, Gabriel, As diferenças finas de Simmel. a Luhmann, Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol.13, n.38., São Paulo, Outubro, 1998

¹²⁸ A forma coloca a descrição e a diferença assegurando a unidade do sistema. LUHMANN, Niklas La sociedad de la sociedad, p.43.

¹²⁹ LUHMANN, Niklas. Poder, p.47.

¹³⁰ GRIPA, Alga – Hageltange. Niklas Luhmann: En qué consiste el principio teórico sustentado en la diferencia? Introdução em NAFARRETE, Javier. Luhmann: La política como sistema, p 29.

Já o símbolo¹³¹ torna possível a observação pela observação. É por isso que se confere aos símbolos a capacidade mesmo que momentânea de manter esperanças¹³². Então, a reutilização dos símbolos é essencial à possibilidade de manutenção dessa expectativa.

O meio simbólico é de comunicação, como, aliás, todo o sistema social o é. Não há sociedade sem comunicação. O símbolo é estrutura capaz de efetivar a função de cada subsistema da sociedade, na integração solta da comunicação¹³³. Assim, o meio simbólico conferiria possibilidades maiores, e por isso maior variações e seleções na evolução.

A generalização é parte importante para a conquista da comunicação, pois quanto maior for, tanto maior a probabilidade da compreensão do receptor perante aquele que transfere a informação, o emissor. Explica-se, na tríade do processo comunicativo, em havendo uma generalização e por isso simetria entre a informação dada pelo emissor e o que será entendido pelo receptor, faz-se com que a comunicação tenha uma probabilidade maior de êxito.

Os sistemas sociais, por serem complexos e contingentes, são sistemas eivados de conflitos¹³⁴. O meio de comunicação simbolicamente generalizado¹³⁵ é estrutura da hipercomplexidade da sociedade social na tentativa de reduzir complexidade na seleção de

¹³¹ Não há uma relação causal nesse significado ao contrário do conceito de símbolo apresentado pela semiótica. “Na semiótica o termo “simbólico” é inequívoco. Para Pierce, o signo é termo genérico, distinguindo-se os símbolos dos sinais. Já Sausarre efetua uma distinção entre signo e símbolo: o primeiro caracteriza-se pela arbitrariedade, enquanto o símbolo jamais é arbitrário, pois existe um vínculo natural entre significante e o significado.” PIMENTA, Paulo Lyrio Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas, 1ª edição, São Paulo: Editora Max Limonad 1999, nota de rodapé 388, p. 222.

¹³² Reconhecendo a capacidade dos símbolos em manter expectativas “Do ponto de vista político, os mitos têm uma função eminentemente socializadora: seu papel é de pacificar as consciências e neutralizar sua reflexividade mediante o esvaziamento e a cristalização do real, levando os homens a aceitar passiva e conformadamente uma situação que lhes foi imposta socialmente” FARIA, José Eduardo. Mitos e Conflitos: Os Direitos Humanos no Brasil in A crise do Direito numa sociedade em mudança, Fundação Universidade de Brasília, Brasília, 1988, p. 51.

¹³³ NAFARRETE, Javier Torres. Galáxias de Comunicação: o legado teórico de Luhmann, p.155.

¹³⁴ “This would lead to the possibility of a determinate law – law as a body of determinate norms – pursuing a specific, and thus in some sense partial, purpose. However, this partiality would, almost certainly, once more be denied and thus politically, and most probably procedurally, legitimated.³⁹ But the decision would remain. In other words, this decision, although extant, is hidden behind the facade of consensus; and seeking out such a consensus, even assuming that the ‘advanced’ West would be willing to negotiate away its own exceptionalism, and accept the contingency of its most cherished dogmas, would require operating at a high level of generality. This may require lowering the expectations of technical certainty and increasing sensitivity to the ways in which law gets spoken” BECKETT, Jason. Conflicting Orders: How Peace is Waged. Foundation of the Leiden Journal of International Law, Leiden Journal of International Law 20, Printed in United Kingdom, p.293.

¹³⁵ Perante a evolução, são três os meios de comunicação: o falado, o de difusão e os meios de comunicação simbolicamente generalizados. Para um resumo do tema, ver CHERNILO. Daniel. La Teorización de la Coordinación Social en Sociedades Diferenciadas. In FARÍAS, Ignacio; OSSANDÓN, José.(ed) Observando sistemas, p. 248.

suas estruturas, é fazendo assim que a comunicação será possível em cada sistema da sociedade e, portanto no sistema jurídico. Os meios de comunicação generalizados podem garantir a completude da comunicação mediante sua aceitação mesmo em condições improváveis¹³⁶, permitindo assim a convivência e construção dos sistemas sociais mesmo que conflituosos.

A norma jurídica, como já explicitada, não tem valor porque o seu caráter simbólico não tem valor intrínseco¹³⁷, somente um “valor” de diferença. Por meio da comunicação é que a norma jurídica exercerá sua função, transmitindo uma complexidade reduzida¹³⁸, no momento da seleção, e por isso da diferenciação. A comunicação jurídica que é a norma jurídica¹³⁹ será observada tautologicamente por ela, norma jurídica, como comunicação jurídica somente e da mesma maneira pelo sistema jurídico. É comunicação autocircular¹⁴⁰. O sistema não reconhece as normas como comportamentos, e sim, por serem comunicações auto-circulares, como uma simbolização tautológica, ou seja, norma é aquilo que é observado como norma que comunica através da comunicação em um sistema jurídico que é complexo e contingente¹⁴¹.

Norma jurídica é, em resumo, meio de comunicação jurídica simbolicamente generalizada, resultado da utilização do código lícito/ilícito¹⁴² ao programa condicional que garante o fechamento do sistema jurídico mediante as expectativas normativas geradas entre o

¹³⁶ LUHMANN Niklas. La sociedad de la sociedad, p. 80.

¹³⁷ Explica-se “Os meios de comunicação em referência – o dinheiro, o direito, o poder, a verdade científica, o amor, os valores e a arte – são simbólicos, porque não têm um valor intrínseco, apenas valor de câmbio. Facilitam o processo de comunicação interno dos subsistemas sociais, ao motivarem ulteriores comunicações” ZYMLER, Benjamim. Política, Direito e Reforma do Estado: uma visão funcional sistêmica. Revista Informação Legislativa, vol. 37, n.149, julho/sete de 2000, p.38.

¹³⁸ LUHMANN, Niklas. Poder, p.16.

¹³⁹ Explicando a observação da norma jurídica como comunicação jurídica chamada norma jurídica ver “Do Sentido de uma análise sociológica do Direito, tradução do alemão por Dalmir Lopes Jr, in ARNAUD, André Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (org). Niklas Luhmann do Sistema Social à Sociologia Jurídica, p.61

¹⁴⁰ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p.65.

¹⁴¹ Sobre a noção de norma como ferramenta em uma sociedade complexa ver HAYEK, F. A.. *Direito Legislação e Liberdade – Uma nova formulação dos princípios liberais- A miragem da justiça social*, volume II, tradução patrocinada pelo Instituto Liberal feita pro Henry Maksoud, 1ª edição, São Paulo: Editora Visão, 1985, p.26.

¹⁴² Não há outras diferenças na forma do código, assim, ou se tem o lado da forma lícito ou se tem o lado que comporta a ilicitude. A isso a lógica chama do terceiro excluído. Ver LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p.240. Para um estudo sobre a estrutura lógica do sistema de direito positivo embora fora da concepção luhmanniana do direito ver VILANOVA, Lourival. Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo, 3ª edição, São Paulo: Editora Noeses, 2005.

emissor e receptor da informação na comunicação, e pela reflexividade¹⁴³ própria dos meios simbólicos em que tem condições de reduzir complexidade, gerando mais complexidade¹⁴⁴ para a evolução do direito.

De agora em diante, serão estudados os conceitos clássicos da teoria geral do direito a partir de uma visão luhmanniana os quais fundamentam a diferença tradicionalmente aceita entre as normas constitucionais programáticas e as demais normas constitucionais do sistema jurídico. Esse estudo, essa releitura faz-se necessária, porque como se verá adiante que a diferença existente entre a norma constitucional programática e as demais normas constitucionais do sistema não pode ser explicada com o ferramental clássico da teoria geral do direito, e sim somente com os institutos próprios da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Usar conceitos tradicionais da teoria geral do direito em uma visão luhmanniana não é tentar valer-se de institutos de uma teoria em outra, é somente demonstrar por releitura luhmanniana que os institutos tradicionais de validade, vigência e eficácia em nada elucidam a peculiaridade e diferença das normas constitucionais programáticas frente às demais normas do sistema, aí inclusas as demais normas constitucionais também. Somente com os conceitos luhmannianos as diferenças entre tais normas restam explicitadas. Essa explicitação traz a possibilidade de desvendar à academia uma discussão que há muito tempo tornou-se incipiente e repetitiva quanto às normas constitucionais programáticas.

¹⁴³ Além da reflexividade são características dos meios simbólicos generalizados de comunicação: a codificação, a capacidade de formar sistemas, o mecanismo simbiótico e a inflação e a deflação. Ver NAFARRETE, Javier Torres. Luhmann: La política como sistema, p.104.

¹⁴⁴ Ante a complexidade e contingência do sistema jurídico e da normatividade pode-se afirmar que: “Assim, quando hoje falamos em um direito positivo, não podemos mais pensar unicamente em um direito legislado, um direito codificado, a dimensão normativa é muito mais ampla e é justamente por ser de uma abrangência maior que não se pode mais pensar em resolver todos os nossos problemas por meio da aprovação de novas leis, a partir da realização de reformas constitucionais como as atualmente em tramitação no Congresso Nacional. A sociedade moderna é muito complexa para ser apreendida e controlada através de textos, pois o contexto sempre acaba se impondo. Por outro lado, uma tal pretensão evidencia o esquecimento de que toda decisão é contingente, isto é, uma escolha entre outras alternativas, podendo acabar gerando consequências anteriormente não pensadas, já que não podemos mais planejar o futuro, quanto menos adotar um ponto preferencial de observação na sociedade, ponto este de onde saberíamos como harmonizar o todo fragmentado que uma sociedade funcionalmente diferenciada necessariamente apresenta” TORRES, Ana Paula Repolês. A questão da obediência às normas na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Disponível http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=516. Acesso em 11 de agosto de 2007.

1.1.1.1 VALIDADE

No direito natural, na sociedade não moderna, a validade estaria adstrita à perfeição ou não perfeição do direito¹⁴⁵. Não havia diferenciação de funções, o direito tinha um caráter de imutabilidade e por isso não evoluía como sistema autônomo e fechado operacionalmente. A validade jurídica era relacionada ao ser humano, eis que o sistema jurídico era a representação da “essência” humana e a validade seria a representação primeira e introdutória da essência humana, a norma seria válida porque captaria a unicidade do ser humano.

Com a efetivação do direito positivo e assim, da diferenciação funcional¹⁴⁶ da sociedade, a validade jurídica fica vinculada ao sistema jurídico. A fonte do direito, questão importante para a validade jurídica, é o próprio direito, e não mais algo natural ou divino além do direito, como no jus naturalismo. O sistema jurídico será a fonte do direito¹⁴⁷.

O sistema jurídico autopoietico em seu fechamento operacional evolui através de comunicações jurídicas e mediante a diferença sistema/ambiente em que só observa o que é direito, e somente cria direito através de direito. Sendo assim, não há que se falar em direito posto e direito pressuposto¹⁴⁸. No direito autopoietico, a questão de consenso para a validade jurídica é completamente descartada por Luhmann¹⁴⁹. Somente existiria a possibilidade de consenso mínimo enquanto manutenção do sistema pelas estruturas desse próprio sistema no processo comunicativo, nada além ou fora dele.

¹⁴⁵ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p.583.

¹⁴⁶ “A especialização funcional é a tônica dos sistemas parciais na sociedade moderna. É assim com o sistema jurídico e com os demais sistemas diferenciados por funções como, por exemplo, a economia e a educação. Indicar um sistema significa diferenciá-lo dos demais. Não se trata, em nenhuma hipótese, de postular o isolamento térmico e acústico do sistema, como se ele fosse insensível à temperatura ou aos ruídos de seu ambiente externo. Dizer que a sociedade é um sistema é o mesmo que apontar para uma distinção: de um lado, está o sistema, vale dizer, a sociedade; de outro lado, o ambiente da sociedade, isto é, tudo aquilo que não está presente nas operações internas do sistema, mas sem o que o sistema não pode existir.” CAMPILONGO, Celso Fernandes. O direito na sociedade complexa. 1ª edição, São Paulo: Editora Max Limonad, São Paulo, 2000, p. 148.

¹⁴⁷ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p.599.

¹⁴⁸ Nesse sentido, ver o estudo de GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 6ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

¹⁴⁹ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas, p.147.

Explica-se. O consenso mínimo¹⁵⁰ é estrutura para tornar possível a completude da comunicação, ou seja, enquanto estrutura que torna possível a simetria entre as seleções nas etapas do processo comunicativo.

A forma de criação não é um sinônimo de validade, mas sim a observação que é necessária à validade, pois sem a observação da comunicação jurídica não há reconhecimento jurídico de que uma norma seja válida, ou seja, de que seja comunicação jurídica. Não há verdade ou falsidade¹⁵¹ para a verificação da validade¹⁵² das normas jurídicas, mas observação da norma jurídica como estrutura do direito.

O código lícito/ilícito será aplicado também à norma jurídica válida na função de programa. Assim, se há norma jurídica, é porque ela é observada pelo sistema como tal, e, portanto, a diferença que pode ser colocada então é tão somente a aplicação do código lícito/ilícito para a construção de nova comunicação jurídica.

Não há que se falar em validade forte ou fraca¹⁵³ do sistema, como não há hierarquia no sistema, mas sim circularidade. A validade não pode ser medida no seu conteúdo como mais ou menos importante ao sistema. Para o sistema autopoietico também não há validade formal ou validade material, mas tão somente comunicação jurídica observável e observada, e por isso, norma válida.

É a validade jurídica que permite ao direito de se verificar como sistema jurídico, possibilitando a evolução desse sistema inclusive tornando possível a sua autoobservação. A temporalidade do sistema é construída através da validade jurídica, porque é a partir da

¹⁵⁰ “ La solución al problema no reside, por tanto, en ampliar el consenso real o fáctico, posibilidad que Luhmann rechaza por sus estrechos límites, sino en utilizar mejor el escaso consenso posible. << Con la institucionalización de expectativas de conducta sólo puee tratarse de la mejor utilización de la cantidad mínima de experiencia realizable en el mismo tiempo y con el mismo sentido ... de sobrevalorar las posibilidades de consenso existente de forma que “el consenso social general” necesite ser cubierto, en definitiva, por la experiencia actual de algunos, sólo en algunos aspectos y algunos y algunos momentos “ (Rechtssoziologie, 67). La función de la institucionalización reside no en la producción de consenso, sino en la economización de éste o en su distribución” ALCOVER, Pilar Giménez. El derecho en la teoria de la sociedad de Niklas Luhmann, p. 206-207.

¹⁵¹ O código verdade/falsidade é estrutura do sistema científico, pois é nesse sistema que poderão existir observações empíricas das observações da ciência jurídica.

¹⁵² Nessa mesma vertente, embora com premissas teóricas diferentes das de Niklas Luhmann, ver VILANOVA, Lourival. Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo. 3ª edição revista e ampliada, São Paulo: Editora Noesis, 2005, p.100 -102.

¹⁵³ Para um estudo abrangente, porém conciso dos conceitos de validade inclusive a noção de validade fraca ou forte, ver GUASTINI, Ricardo. Das Fontes às Normas – tradução Edson Bini, 1ª edição, São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005, p. 269-286.

observação do sistema em suas estruturas que a comunicação pode ser iniciada, e, nesse evento, o tempo como necessário ao ato. Neste sentido, a realidade do sistema é observável.

A validade é o símbolo que confere ao sistema possibilidade de comunicação e evolução dele mesmo, sempre através de comunicações jurídicas, ou seja, da aplicação do código lícito/ilícito ao programa, e assim recursivamente ao sistema jurídico. A cada comunicação a validade jurídica é re-observada e o sistema pode reiterar a diferença sistema/ambiente. É a constatação do sistema de sua auto-referência enquanto observação que reitera a validade jurídica.

O direito tem a sua memória¹⁵⁴ assegurada pela validade jurídica de suas comunicações na recursividade circular de suas operações, e por isso no fechamento operacional frente ao ambiente, sempre reduzindo complexidade do que lembra. Ao observar suas estruturas comunicacionais o sistema observa inclusive as informações dadas em certo tempo; assim também ocorre nas estruturas comunicacionais do ato de comunicação e na própria maneira em que o receptor obteve a informação.

Quando se “conhece”, mesmo que momentaneamente, as comunicações geradas, há a possibilidade de o sistema recordar-se do que foi e como foi comunicado. E, quando da evolução em que o sistema participa, na diferenciação sistema/ambiente, há a possibilidade de seleção ante uma variação por assim dizer minimamente conhecida. A estabilização do que já fora selecionado ficará mais provável, eis que um dos lados da forma já foi observado. Contudo, esse lado já observado fará uma distinção nova e essa distinção continuará a demarcar os dois lados da forma.

A validade jurídica possibilita a construção do presente¹⁵⁵ contínuo do sistema jurídico, reduzindo complexidade¹⁵⁶ pela temporalização das estruturas comunicacionais jurídicas na auto-referência também contínua¹⁵⁷ do sistema, e na diferenciação dele para com o ambiente. Nesse sentido não há frustração na expectativa normativa e assim na observação da norma jurídica. A frustração não ocorre na expectativa normativa porque não é observada enquanto

¹⁵⁴ Ver DE GIORGI, Raffaele .Direito e Memória in Direito, Tempo e Memória, p.49-73.

¹⁵⁵ A questão da temporalidade no direito será rediscutida no decorrer deste trabalho.

¹⁵⁶ Sobre a essência do princípio da redução da complexidade para o conceito de comunicação tem-se “Na sua constituição mais primitiva, a redução de complexidade é mecanismo reflexo da comunicação que descarrega, mediante o emprego de formas, qualquer concitação – incitação, suscitação, irritação ou estímulo – filtrada pela consciência dos seres humanos” NAFARRETE, Javier Torres. Galáxias de Comunicação: o legado teórico de Luhmann, Lua Nova Revista de Cultura e Política, República, nº51, 2000, p.152.

¹⁵⁷ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p.100.

comunicação jurídica, visto que as estruturas jurídicas das normas jurídicas são postas e reveladas ao sistema como tais.

A norma jurídica válida é circular e assim a expectativa também o é. Em cada comunicação que gere comunicação através de comunicação a expectativa normativa estará presente, gerando expectativa de expectativa de expectativa, e assim por diante. A dupla contingência¹⁵⁸ permite a expectativa da expectativa na comunicação, tanto para o emissor quanto para o receptor, quando da comunicação da norma válida.

É a recursividade e a reflexão do sistema com ele próprio que permite no processo comunicativo ao próprio sistema como comunicação sempre gerar expectativa de expectativa, sem se preocupar por uma ou outra seleção pré-determinada, no cumprimento de uma ou outra escolha. É a retro alimentação da autopoiesis do sistema, garantindo a expectativa normativa, em que assegurará para todas as possibilidades a validade normativa, em caso de seleção e por isso de comunicação.

A única “realidade” do sistema é a realidade das observações¹⁵⁹, da validade de suas normas, e por isso em cada sistema diferenciado funcionalmente haverá a possibilidade, dentre suas observações, de se comunicarem mediante as respectivas estruturas acerca das frustrações e irritações provenientes da sociedade, como ambiente, frente aos demais sistemas.

1.1.1.2 VIGÊNCIA

A sociedade hipercomplexa em cada sistema funcionalmente diferenciado evolui no processo de variação, seleção e estabilização. A vigência da norma jurídica válida e, portanto observável, está na possível seletividade contingente das diferenças ante o sistema jurídico complexo. Sendo assim, norma válida e vigente é essencial para a evolução do direito em sua construção evolutiva de comunicação, pois reafirmará e assegurará a evolução do direito

¹⁵⁸ ALCOVER, Pilar Giménez Alcover. El derecho en la teoria de la sociedad de Niklas Luhmann, p.179.

¹⁵⁹ SCHWARTZ, Germano A constituição, a literatura e o Direito. 1ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora 2006, p.37.

através da produção de comunicação, por meio de outra comunicação, gerando mais comunicação.

É na essencialidade que reside a vigência da norma. Essencialidade porque é a seletividade de um ou outro lado da forma, vez que em qualquer hipótese é possível a construção da norma. As normas jurídicas serão vigentes porque são selecionáveis, e aptas para a diferenciação na possibilidade de gerarem mais normas válidas e vigentes.

Vigência não é sinônimo de validade. Por outro lado, validade é pressuposto de vigência¹⁶⁰ porque só há norma selecionável se for observada pelo sistema jurídico e na medida em que for observada como comunicação jurídica. Então, vigência não é existência específica¹⁶¹ de uma norma. Por outro lado, coincide com a explicação Kelseniana de que uma mínima condição de eficácia é condição de sua vigência¹⁶², no sentido de que em sendo a norma jurídica vigente a forma possível de ser selecionada, a seleção dar-se-á em um caso ou no outro para a geração de alguma eficácia.

Deverá ser possível a eficácia quanto à possibilidade de dar continuidade à comunicação do sistema jurídico, estabilizando a seleção feita e aumentando a variabilidade do sistema para posterior seleção e estabilização na evolução do direito.

A vigência é presente e não permanente, ou seja, uma norma é vigente a cada momento em que ela é observada na diferenciação como hipótese de seleção no sistema jurídico. Nesse sentido a vigência é o tempo de validade de uma norma¹⁶³ quando observável, e possível quando for selecionada¹⁶⁴. Por isso não se pode dizer que vigência seja o tempo de validade de uma norma, mesmo porque em um sistema autopoietico não há projeção

¹⁶⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação, 4ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2003, p.198.

¹⁶¹ KELSEN, Hans Kelsen. Teoria Pura do Direito, p.11.

¹⁶² Idem, p.12.

¹⁶³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação, p.198.

¹⁶⁴ “O sistema jurídico que passaremos a analisar agora deve ser bem demarcado como o direito positivo da sociedade moderna. Para Luhmann, o conceito de positividade presente na concepção moderna de direito significa que este é não só estatuído através de decisões, como também vige por força de decisão. Essa afirmativa demonstra que o direito vigente – positivado– é resultado de uma seleção, que pode ser a qualquer momento modificável: assinala-se aqui o caráter totalmente contingencial do direito, já que a vigência é resultado de um ato, que poderia selecionar um outro resultado. Conseqüentemente, a possibilidade do diverso está sempre presente” QUEIROZ, Maria da Costa de. Contingência e Direito Positivo. Revista Sequência, n.49, dezembro de 2004, p.111.

futurística¹⁶⁵; há sim diferenciação e, em sua evolução, variação, seleção e estabilização por meio de comunicação.

Tampouco é inadequado tratar de vigor da norma jurídica, eis que ante a complexidade e contingência do sistema jurídica, não há certeza de força vinculante da norma¹⁶⁶; ao contrário, é possível somente observar a continuidade na comunicação jurídica através de uma norma. Não há correlação necessária entre força e a observação do direito, entre a força e a contingência do direito, entre vigor e a norma jurídica como estrutura comunicacional.

A vigência é a contingência da norma válida, é a evidência de que a diferença estabelecida poderia ter sido de outra maneira na função do direito de manutenção da expectativa normativa¹⁶⁷. É a observação do outro lado da forma. Em última análise a vigência está na contingência e na complexidade¹⁶⁸ da comunicação da norma jurídica.

Portanto, norma jurídica vigente é norma observada pelo sistema jurídico como comunicação jurídica e que pode ser selecionada como etapa para a evolução do direito. Assim, a comunicação jurídica que pode ser o programa para a aplicação de código lícito/ilícito, é a norma jurídica válida e vigente para e pelo sistema jurídico.

1.1.1.3 EFICÁCIA

É clássica a posição na doutrina ao relacionar eficácia da norma jurídica com seus efeitos¹⁶⁹, com sua efetividade na sociedade, ou seja, que uma norma poderia ser melhor

¹⁶⁵ ALCOVER, Pilar Gimenez. El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann, p.192.

¹⁶⁶ FERRAZ JR, Tércio Sampaio., Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação, p.203.

¹⁶⁷ Explicando a situação Niklas Luhmann esclarece “ Sendo assim, as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido implica na incondicionalidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e portanto também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma. O símbolo do “ dever ser” expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do “dever ser” Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride” LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I – tradução Gustavo Bayer, 1ª edição, Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitária 75, 1983, p.57.

¹⁶⁸ LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I – tradução Gustavo Bayer, p.53.

¹⁶⁹ FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação, p.199.

quanto maior fosse a sua eficácia, quanto maior fosse a sua co-relação entre a disposição normativa e correspondente em outros sistemas. Diversamente, na teoria sistêmica, poder-se-ia afirmar que eficácia é o lado não selecionado na forma sistema jurídico. É a hipercomplexidade do mundo. Por isso, a eficácia da norma jurídica é observação do sistema jurídico daquilo que não lhe pertence, não é seu. É, enfim, aquilo que não é comunicação jurídica.

O direito, quando se observa em sua auto-referência, sempre confere “eficácia” à comunicação jurídica, porque de fato o direito é composto de comunicações e quando ela ocorre produz eficácia porque é observada. Nesse sentido, a norma jurídica como comunicação jurídica produz somente eficácia jurídica. Não é de se dizer que seja impossível a eficácia da norma jurídica no sistema em que ela esteja “regulamentando”, mas tão somente que poderá surtir eficácia ou não, tudo dependendo da maneira como o ambiente do sistema jurídico possa reagir frente a tais e quais irritações.

E como irritações¹⁷⁰, a eficácia jurídica pode então produzir efetividade em outros sistemas, mas de maneira complexa e contingente. Isso dependerá das frustrações das expectativas cognitivas nas comunicações da sociedade e possíveis irritações na manutenção de cada sistema da sociedade em suas respectivas funções.

Cada sistema funcionalmente diferenciado poderá reconhecer comunicações que não as suas, considerando-as ruídos¹⁷¹, algo que se sabe que não lhes pertencer, mas produz sensações nos sistemas funcionais e na sociedade como um todo. A comunicação de um sistema específico pode provocar ruídos em outros sistemas, e estes sistemas incomodados podem sofrer irritações, uma vez que todos os sistemas sociais são sistemas da sociedade. Essas irritações são o reconhecimento comunicacional de um sistema em relação às

¹⁷⁰ “ A característica da interação é, logo, que constitui um sistema social no qual a informação pode resultar simultaneamente da percepção e comunicação. Qualquer conduta expressiva, percebida nesta qualidade, isto é, como distinta da informação que exprime, é percebida no contexto de um conjunto de percepções não comunicacionais, em particular percepções de dupla contingência (gestos pelos quais alguém manifesta que está atento ao facto de ser objecto da atenção de outrem), que são susceptíveis de completar ou condicionar a comunicação (Luhmann, 1984, p. 560 ss.; 1989, p. 195). É esta natureza dupla do processo de interação que facilita a irritação recíproca entre comunicação e consciência, ou seja, a articulação estrutural entre estes dois sistemas diferentes” GUIBENTIF, Pierre. A comunicação jurídica no cotidiano lisboeta. Proposta de abordagem empírica à diferenciação funcional in LUHMANN, Niklas .Do Sistema Social à Sociologia Jurídica, p.185.

¹⁷¹ “ En la expresión de la información se produce otra selección: la de la forma y los medios de expresarla. Se hace necesario, por consiguiente, que el suceso em referencia sea codificado para que actúe como información. Los sucesos no codificados son ruidos” RODRÍGUEZ, Dario Rodriguez; ARNOLD, Marcelo. Sociedad y Teoría de Sistemas – Elementos para la comprensión de la teoría de Nikas Luhmann, p.118.

comunicações que não as suas e que perturbem a sua comunicação, dificultam a manutenção de sua função.

A classificação quanto à eficácia técnica¹⁷² de uma norma jurídica confunde-se com a eficácia jurídica em uma concepção luhmanniana da norma, eis que não há no sistema jurídico autopoietico divisão entre o mundo das normas jurídicas e o dos fatos previstos nas normas, mas tão somente comunicações jurídicas observáveis como tal, porque também são comunicações jurídicas, e que gerarão para o fechamento operacional do sistema, comunicação jurídica.

O direito não tem como controlar esses efeitos nem as suas comunicações. Quanto ao que ocorre em seu ambiente, só a este ambiente pertence. A eficácia social das normas jurídicas é o ambiente do sistema jurídico¹⁷³, e caberá a cada sistema funcionalmente diferenciado manter suas funções próprias. A norma jurídica que tenha eficácia social, por assim dizer, não deixará de ser norma jurídica, mas por outro lado, uma norma jurídica válida e vigente que não tiver eficácia social também continuará sendo observada como norma jurídica que é com a peculiaridade do não cumprimento da eficácia social da norma jurídica poderá gerar frustrações e irritações em outros sistemas da sociedade complexa.

Na evolução do direito como sistema autopoietico os conflitos são reconhecidos e admitidos e mediante estruturas jurídicas, cabendo ao direito não minorá-los, muito pelo contrário, aumentar os conflitos¹⁷⁴, sem colocar em risco a comunicação jurídica. É mediante o aumento da variação de seleções¹⁷⁵ que poderão existir mais estabilizações e reestabilizações nas diferenciações escolhidas, e o conflito possibilita isso. Esse aumento de variabilidade poderá aumentar a seletividade das diferenciações possíveis e observáveis no sistema jurídico, para que assim o direito possa continuar a evoluir por suas próprias estruturas, ou seja, comunicando¹⁷⁶ por comunicações jurídicas. Portanto, a eficácia social advinda da

¹⁷² CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 55.

¹⁷³ Confirmando a não pertinência ao sistema jurídico eficácia social, ver CARVALHO, Paulo de Barros Carvalho, Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência, p. 56.

¹⁷⁴ LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad, p. 369.

¹⁷⁵ Sobre o processo de seleção tem-se o seguinte “Mediante procesos de selección que escogen las causas y los efectos a fuero y medida de su contenido informativo, um sistema se encuentra em condiciones – naturalmente siempre sólo más o menos – de reducir complexidade ambiental, o sea, conservarse a sí mesmo por más que no pueda ni divisar enteramente el ambiente ni dominarlo por completo” LUHMANN, Niklas. Fin y Racionalidad en los Sistemas – traducción de Jaime Nicolás. 1ª edición, Madrid: Editora Nacional, 1983, p. 165.

¹⁷⁶ Ver LUHMANN, Niklas. The Concept of Autopoiesis (in) BECKER, Kai Helge; SEIDL, David. Niklas Luhmann and Organizational Studies. Sweden: Imprimado por Daleke Grafiska AB, Malmö, 2005, p. 52-60.

conflituosidade¹⁷⁷ do sistema jurídico é comunicação não observável pelo direito, não reconhecida e não comunicável, porque pertence ao ambiente do direito, lado da forma não selecionável, e por isso impossível de através dos interesses sociais alheios ao direito, fazer com que o sistema jurídico diretamente possa se comunicar.

A eficácia social, portanto, em nada agrega à diferenciação das normas constitucionais programáticas frente às demais normas do sistema, pois não é estrutura jurídica, não é reconhecida pelo direito e não participa enquanto estrutura estranha ao direito na evolução do sistema jurídico.

Sendo assim, passar-se-á agora a se discutir o instituto da sanção frente uma observação luhmanniana e sua utilidade para a diferenciação das normas constitucionais programáticas e demais normas do sistema jurídico.

1.2 NORMA JURÍDICA E SANÇÃO

O direito não é um sistema de coação, e sim sistema autopoietico de manutenção das expectativas normativas em uma sociedade hipercomplexa, em que o conflito¹⁷⁸ é parte essencial à evolução do direito.

A sanção não faz parte da estrutura normativa, eis que não estabiliza expectativa normativa, somente havendo sanção se houve frustração de expectativa. Por sua vez, a frustração não é uma resposta da consciência¹⁷⁹ negada individualmente por cada sujeito

¹⁷⁷ “ Los conflictos, por lo tanto, son sistemas sociales elaborados precisamente según el esquema de la contingencia”, LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de Sistemas, lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrete, p.245.

¹⁷⁸ “ O direito não é um mero discurso de fundamentação no qual as expectativas defensáveis (haltbare) são produzidas e armazenadas. Ele estabiliza as expectativas apenas para a ocasião de um conflito atual ou iminente. Ele deve aguardar as circunstâncias de um conflito para poder evoluir. Ele depende de uma linha de conflito que é delineada no centro da comunicação social.” LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma análise sociológica do Direito - tradução do alemão por Dalmir Lopes Jr, in ARNAUD, André Jean; LOPES JR, Dalmir (org). Niklas Luhmann do Sistema Social à Sociologia Jurídica, p.69.

¹⁷⁹ “ E se a comunicação é a sociedade reproduzindo-se a si mesma, isto significa que é a sociedade que comunica, e não as consciências individuais” , AMADO, Juan Antonio García. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann, in ARNAUD, André Jean; LOPES JR, Dalmir (org). Niklas Luhmann do Sistema Social à Sociologia Jurídica, 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p.305.

dentro da sociedade, que tendo esperado por uma situação recebe outra. A frustração nada tem a ver com a subjetividade, mesmo porque no sistema social autopoietico não se fala em sujeitos, indivíduos e suas aspirações; o que se reconhece é tão somente comunicação.

A consciência é também um sistema autopoietico¹⁸⁰ e se alimenta única e exclusivamente da consciência; por isso não observa e reconhece estruturas de outro sistema como o jurídico. A frustração é então a representação da contingência e complexidade do sistema que evolui. O desapontamento gerado pela frustração é tão somente a certeza de que a decisão poderia ter sido outra.

Posto isso, pode-se afirmar o seguinte: a sanção¹⁸¹ é a comunicação de outros sistemas que não o sistema jurídico. Qualquer decisão judicial é comunicação, porque é aplicação do código lícito/ilícito, mas a sua instrumentalização para a efetividade da aplicação do código não necessariamente o será, por exemplo, no caso de uma decisão que estipule multa astreinte a um órgão da administração pública em caso de não cumprimento de ordem judicial, o pagamento desta multa deverá obedecer às regras da administração pública, eis que o cumprimento será comunicação da administração pública e não jurídica, ou seja, não será aplicado o código lícito/ilícito, mas tão somente o código conveniência/não conveniência da administração pública.

A dita norma sancionadora não é sanção no sentido de punição, é norma jurídica, é aplicação do programa ao código normativo lícito/ilícito, sendo assim, dada uma situação prevista para o não cumprimento de outra situação tem-se a aplicação novamente do código lícito/ilícito para que a sanção seja aplicada em outro sistema da sociedade. Nesse sentido, sanção é comunicação como produto de frustrações de sistemas da sociedade. E, sendo comunicações do sistema sociedade, estas comunicações também são complexas e contingentes, porque são comunicações de sistemas funcionalmente diferenciados com seus respectivos meios simbólicos¹⁸², os quais poderão irritar o sistema jurídico. A sanção, portanto, não faz parte da estrutura normativa, porque não é observada como estrutura

¹⁸⁰ RODRÍGUEZ, Dario; ARNOLD, Marcelo. Sociedad y Teoría de Sistemas – Elementos para la comprensión de la teoría de Niklas Luhmann, p.125.

¹⁸¹ “ Para Luhmann la sanción no es sino una de las diversas posibilidades de respuesta que permiten mantener la expectativa aun, o precisamente, en caso de frustración. Si se definen las normas y especialmente las normas jurídicas por medio de disponibilidad a conminar sanciones en caso de frustración, como es habitual hacerlo, << se limita el repertorio de posibilidades existentes y se acentúa exorbitadamente la importancia de la realización de la expectativa” ALCÓVER, Pilar Gimenez. El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann, p. 202

¹⁸² TEUBENER, Gunther. A Bukowina sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. Revista de Ciências Sociais e Humanas Impulso – Direito e Globalização, v.14, n.33, Piracicaba, jan-abril 2003, p. 09-30.

normativa; cada sistema diferenciado da sociedade poderá adotar a sua sanção como comunicação própria em cada situação. Por isso, também o instituto sanção em nada acrescenta ao estudo da diferenciação das normas constitucionais programáticas frente as demais normas do sistema jurídico.

Finalmente, porque as normas programáticas tratam de aspirações voltadas ao futuro a relação entre a norma jurídica e o tempo na visão luhmanniana deve ser analisada, para se saber ao certo se pretensão realmente esclarece a diferença entre as normas constitucionais programáticas e as demais normas do sistema jurídico.

1.3 A NORMA JURÍDICA E O TEMPO

Tratar de tempo na evolução do direito é reconhecer que a idéia de tempo na sociedade também evolui. Em sociedades arcaicas tinha-se o tempo como algo pertencente a Deus, sendo Ele próprio a definição, o começo e o fim dos tempos. Noções de infinito e eternidade eram respostas ao desconhecido, a não diferenciação. O tempo estava além da sociedade, não se discutia o passado, o presente tampouco, pois tais concepções estariam além da sociedade. Por isso, quem detivesse a representação do Ser Superior também detinha o tempo, estabelecia o tempo.

Através da passagem das sociedades arcaicas, das sociedades pré - modernas para as sociedades funcionalmente diferenciadas, a cada sistema caberia estipular o seu tempo, a sua diferenciação, o seu aqui e agora e o seu antes e depois. Nesse contexto encontra-se a sociedade moderna, que mediante a complexidade e contingência do sistema jurídico, poderia, por suas estruturas, estabelecer e reconhecer o tempo¹⁸³ e assim diferenciá-lo.

O direito natural concebia o tempo como algo controlável e quase imutável, ante a imutabilidade própria do direito natural. Porque as raízes do direito natural estariam fora e além do subjugo do próprio direito, o tempo também não pertenceria ao direito ou aos jurisdicionados, e sim estaria além do alcance do sistema.

¹⁸³ Ver LUHMANN, Niklas. The Direction of Evolution. In H. Haferkamp Smelsen Eds. Social Change and Modernity, Berkeley, CA: University of California Press, 1992, p.279-293.

Por outro lado, o direito positivo, porque é mutável, torna evidente de maneira circular a necessidade da reafirmação do tempo social quando da possibilidade da comunicação jurídica e de sua contínua evolução. Assim, a toda aplicação de um programa ao código lícito/ilícito a diferença entre o passado e o futuro¹⁸⁴ é posta, reafirmando a complexidade e a contingência do sistema. A pós-modernidade não evolui no futuro¹⁸⁵. O tempo resta como interpretação da realidade na diferença entre passado e futuro¹⁸⁶.

Paradoxalmente, o tempo é essencial ao estabelecimento da função do sistema jurídico diferenciado porque, com a manutenção do tempo¹⁸⁷, mesmo que simbólica¹⁸⁸, é possível a comunicação para manutenção das expectativas. O direito é o que não é ainda. O direito evolui com a estabilização precária e momentânea de suas estruturas para poder comunicar. Por outro lado, é o tempo diferenciado que possibilita a diferenciação de estruturas jurídicas.

É estabelecida a diferença do antes e depois, assim a diferença entre o que é aquilo e isso, o que está fora e o dentro da forma na forma. Todas as diferenças são instantâneas quando postas como eventos que são¹⁸⁹. O processo comunicativo¹⁹⁰ opera nesse esquema.

¹⁸⁴ “Ningún presente existe sin un futuro y sin un pasado. Pero una diferenciación entre función, prestación y autoreflexión en el plano operativo separará los horizontes temporales, incrementará la complejidad en el tiempo e introducirá tensión en la integración temporal. El presente, entonces, assume la específica función de mediar entre muy diímiles estados pasados y futuros” LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*, Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. 1ª edición, Madrid: Editoria Trotta, Colección Estructuras y Procesos, 1998, p.82.

¹⁸⁵ Ver LUHMANN, Niklas. *Observations on Modernity* – tradução by William Whobrey. Stanford: Stanford University Press, 1998, p.2.

¹⁸⁶ Ver LUHMANN, Niklas. *The Future Cannot Begin: Temporal Structures in Modern Society*, *Social Research*, 43:1 (1976:Spring), p.135.

¹⁸⁷ Com relação a característica temporal dos sistemas sociais ante a complexidade e contingência dos sistemas e necessária e paradoxal manutenção do tempo por suas estruturas Dirk Baecker reforça a questão esclarecendo” But, again, note as well that both forms of reference and of time might be considered to be just two ways to read and to interpret the implications of the paradox of complexity and the definition of systems being analyzed by putting them into their form as revealed by the calculus of indications. Thus, we end up with a circular definition of complexity, systems, the social, and time, for once knowing that we can only do complex systems studies if we take the social distinction between different perspectives and the temporal distinction of operations producing events that change states seriously. The indeterminacy brought about by the paradox of complexity is the very frame that holds all of these terms together, the observer being the one who is on its own account bringing temporary determinacy to that necessary and productive indeterminacy (Kauffman 1978)” BAECKER, Dirk. *Why Social Systems are Also Social and Temporal*. Paper submitted to, and not accepted by, ECCS 2007 European Conference on Complex Systems, Dresden October 1-5, 2007, Universität Witten/Herdecke | Zeppelin University, texto disponibilizado na internet <http://homepage.mac.com/baecker/>, acesso em 10 de novembro de 2007, p.7.

¹⁸⁸ Como estrutura capaz de, no momento do processo comunicativo, fazer o encontro da informação, ato de comunicar e compreensão entre Alter e Ego.

¹⁸⁹ Na duração de um evento. Ver definição de evento em CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann* – traducción de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. 1ª edición, México: ITESO y Editorial Antrophos, 1996, p.74-75.

Quando a informação é posta, ou seja, diferenciada de tudo aquilo que não é informação são feitos em um determinado instante, da mesma maneira, o ato de comunicar e a compreensão. Dados esses instantes e percorridas essas etapas, a comunicação é satisfatória. Por isso diz-se que a comunicação precisa de tempo¹⁹¹ para ser efetiva, em todas as suas etapas.

Em uma sociedade funcionalmente diferenciada formada por comunicações, tempo não é sinônimo de cronologia¹⁹². A comunicação não é formada por dias, meses ou anos, muito menos observa os dias, meses ou anos como tais. A comunicação observa comunicação por meio de comunicação. O tempo cronológico ou histórico pode percorrer sem que haja comunicação em qualquer dos sistemas da sociedade. Assim, por hipótese, dias poderão passar sem que exista comunicação, como ocorria em tempos antigos, e, por outro lado, várias comunicações poderão ocorrer em um único dia.

O sistema jurídico autopoietico fechado operacionalmente e aberto cognitivamente observa o seu tempo como tempo social¹⁹³, em uma análise fenomenológica. Tempo social é a comunicação construída temporalmente pela sociedade em cada sistema funcionalmente diferenciado¹⁹⁴. É a diferença entre passado e futuro¹⁹⁵. A autopoiese do sistema jurídico assegura também a preservação do tempo social como manutenção de expectativas porque se a comunicação é processo contínuo sem começo nem fim, o tempo social também o é. Melhor explicando, o fechamento operacional assegura que, na comunicação do direito, o emissor não quer ir além do que exposto pelo direito e tampouco o receptor encontra possibilidades de compreender além do direito.

Por isso, a norma jurídica como processo comunicativo que é, permite ao direito manter a expectativa no tempo, sem se preocupar com o seu ambiente. A circularidade da manutenção do tempo social permite ao direito conter as frustrações e irritações dos sistemas

¹⁹⁰ Adota-se nesse instante a nomenclatura de Rômulo Figueira Neves explicando que processo comunicativo confere com mais clareza a necessária junção de eventos para a comunicação ser efetiva, A influência externa em sistemas sociais autopoieticos: os processos comunicativos (in) Observando Sistemas, p.179.

¹⁹¹ LUHMANN, Niklas. La Sociedad de la Sociedad, p. 49.

¹⁹² Também há o tempo na análise fenomenológica e a teoria das modalidades. Nesse sentido, ver LUHMANN, Niklas. The Future Cannot Begin: Temporal Structures in Modern Society, Social Research, 43:1 (1976:Spring), p.137

¹⁹³ PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Modernidade, Tempo e Direito. 1ª edição, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, p.157.

¹⁹⁴ É uma diferenciação de uma estrutura histórica. Ver LUHMANN, Niklas. The direction of evolution, p.282.

¹⁹⁵ Conceito de Niklas Luhmann conforme citação de PINTO, Cristiano Paixão Araújo "(...) o direito processualiza todas as suas operações: o sistema jurídico utiliza e consome tempo para produzir tempo" Citação de Luigi Pannarale, PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Modernidade, Tempo e Direito, p.241.

da sociedade, processando-as com suas estruturas¹⁹⁶. É dizer, mediante a possibilidade sempre presente da comunicação, em havendo frustração outra comunicação poderá ocorrer, suprimindo ou não aquela frustração, e, no mesmo sentido, em havendo irritações entre sistemas funcionalmente diferenciados, comunicações novas poderão responder a essas irritações tornando desta forma o futuro sempre possível, ou melhor, sempre presente.

O futuro é viável¹⁹⁷, está aberto à possibilidade ante a variabilidade do sistema jurídico autopoietico, no qual o risco¹⁹⁸ é constante. O direito positivo é mutável. Por isso, a certeza¹⁹⁹ no direito toma uma acepção especial, ou seja, só há certeza de que o direito é direito e que haverá decisão jurídica no sistema jurídico nos termos deste mesmo sistema, sem conteúdo ou prognóstico da decisão. Então, se a única certeza é de que haverá decisão jurídica, poder-se-ia estabelecer, com tranquilidade, que nesse aspecto não há dúvida e, portanto, frustração de que possa não ocorrer algo, porque é certo de que haverá decisão.

A norma jurídica obedece e segue o seu tempo e pelo tempo da diferença. Isso significa que a cada diferenciação há o estabelecimento de um momento, de um tempo, de uma divisão, de uma observação enquanto ser observável de um evento jurídico²⁰⁰ que é a comunicação jurídica. O processo da estrutura normativa, ou melhor, a aplicação do código jurídico ao programa, trará um presente contínuo no sentido de que a cada decisão haverá a possibilidade de novas decisões²⁰¹, mesmo em decisões superiores²⁰² ou últimas²⁰³. O direito,

¹⁹⁶ Quanto ao tempo, nesse sentido ver LUHMANN, Niklas. *Fin y Racionalidad en los Sistemas* – traducción de Jaime Nicolás. 1ª edición, Madrid: Editora Nacional, 1983, p.50.

¹⁹⁷ “O futuro é possibilitado pela presença dos sistemas; ele se torna estruturado de forma determinável através de expectativas experimentadas no presentes e carregadas na continuidade da experiência sempre presentificadas. Assim, sua riqueza em possibilidades depende das respectivas estruturas atuais de elaboração de experiência. Tendo em vista um futuro em aberto, porém o presente evidencia-se ao mesmo tempo como seleção entre outras possibilidades que o futuro tinha indicado” LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*, tradução Gustavo Bayer. 1ª edição, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p.169.

¹⁹⁸ DE GIORGI, Rafaelle., *O risco na sociedade contemporânea*, Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski, @BuscaLegis.ccj.ufsc.br, revista n.º 28 ano 15, junho de 1994, p. 53

¹⁹⁹ Para uma leitura de que caberia ao direito antever o futuro e por isso dar uma “provável certeza” ver LOPES, José Reinaldo de Lima. *A crise do Direito numa sociedade em mudança*, p.70.

²⁰⁰ Ver Luhmann, Niklas. *The Concept of Autopoiesis* (in) BECKER, Kai Helge; SEIDL, David. *Niklas Luhmann and Organizational Studies*. Sweeden: Impresso por Daleke Grafiska AB, Malmö, 2005, p.52-60.

²⁰¹ Poder-se-ia questionar neste aspecto o instituto da coisa julgada no direito. O próprio instituto poderá ser programa na possibilidade da coisa julgada ser declarada inconstitucional, como também poderá gerar irritações em outros sistemas que não o direito. Portanto, na complexidade e contingência do sistema, o sistema autopoietico continua a operar.

²⁰² As decisões constitucionais do Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado haverá o presente futuro ante às irritações nos demais sistemas, como no político, que poderá construir novos programas à aplicação do código jurídico.

como estrutura comunicacional de manutenção generalizada de expectativas normativas contra-fáticas, enfim, funciona para seu funcionamento²⁰⁴, sem o qual o sistema não existiria. A construção de eventos momentâneos, que são elementos para a construção da estrutura comunicacional jurídica, é essencial à manutenção do sistema do autopoietico²⁰⁵

Portanto, o tempo comunicacional na estrutura da norma jurídica é o tempo do agora, da comunicação realizada, por isso, em nada semelhante a um planejamento do futuro como se pretendem conferir às normas constitucionais programáticas. O futuro é possível sim, mas somente isso, possível.

Visto isso, ainda neste capítulo inicial estudar-se-á de agora o instituto do risco na estrutura da norma constitucional programática. Esta análise é necessária, pois o pretenso planejamento da sociedade pelo direito, notadamente pelas normas programáticas, é inviável ante uma observação luhmanniana destas mesmas normas.

1.4 O RISCO NORMATIVO

Conceitos como normas ou normatização de um lado e de outro lado risco são aparentemente contraditórios. Na verdade, mais que contradições, esses conceitos podem ser observados como paradoxais. A ordem normativa não poderia coexistir com o risco. Contudo, ao contrário do que possa parecer, o risco normativo não é um risco à finitude para o direito, mas à possibilidade de abertura a novas perspectivas, de evolução, e por final, de conservação do sistema jurídico como um sistema único frente aos demais, também diferentes do direito.

²⁰³ Como no caso das súmulas vinculantes que, de um lado, poderão abrir a possibilidade de novas decisões seguindo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, bem como, poderão levar, como nas declarações de constitucionalidades à elaboração de novos programas.

²⁰⁴ Tanto assim que PANARRALE, Luigi resume a expectativa normativa como sendo “ (...) “futuro presentificato”, fa riferimento al non ancora avvenuto, al non sperimentato, a cio che si presenta como realizzabile” in *Il diritto e le aspettative*, p. 137.

²⁰⁵ Ver SEIDL, Heid. *The Basic Concepts of Luhmann's Theory of Social Systems* (in) BECKER, Kai Helge; SEIDL, David. *Niklas Luhmann and Organizational Studies*. Sweeden: Impresso por Daleke Grafiska AB, Malmö, 2005, p.25.

O risco é ínsito à comunicação como processo dinâmico não linear²⁰⁶ e, portanto, aos sistemas sociais, compostos de comunicações. E como as comunicações são estruturas temporais, instantâneas, o risco também o é. Ainda, é mediante a observação do sistema jurídico do risco que o direito irá processar suas estruturas e “ganhar” com o risco, mediante uma racionalidade do próprio sistema.

Pode-se estabelecer que o risco normativo como a estrutura comunicacional é contingente e resultante das decisões jurídicas²⁰⁷, ou seja, das normas jurídicas. Assim, quando da aplicação do código normativo ao programa, tem-se sempre o risco de que outra decisão poderia ou poderá ser tomada, e assim outra norma jurídica poderia ser construída, sucessivamente.

O conceito de risco, embora com algumas semelhanças, apresenta diferenças em relação à vigência. Esta é a possibilidade de se ter dois lados da forma em normas jurídicas, ao passo que o risco é também uma possibilidade, e, por isso, uma contingência, mas de uma decisão já tomada, que poderia ter sido outra. Vigência é a contingência da norma em observação de primeira ordem, ou seja, uma auto-referência, ao passo que o risco normativo é a contingência da norma em observação de segunda ordem²⁰⁸, ou seja, os aplicadores do código observando a contingência de suas decisões. Não são situações díspares ou separadas, mas são momentos distintos, ou seja, o risco normativo só poderá ser observado com a vigência da norma. Inclusive é por esse motivo que se pode afirmar ser a norma válida isenta²⁰⁹ de risco, porque a norma jurídica válida é a norma jurídica reconhecida como tal, construída em dado momento, na aplicação do código lícito/ilícito ao programa normativo. Ainda, o risco não é eficácia porque esta faz parte do ambiente jurídico, ao passo que aquele não, ou seja, a eficácia pertence à imensa complexidade e contingência de todos os ambientes ao sistema jurídico, ao mundo.

²⁰⁶ LEYDESDORFF, Loet. Luhmann's Communication Theoretical Specification of the Genoma of the Husserl's Phenomenology, Forthcoming in: Edmundo Balsemão Pires (Ed.), Public Space, Power and Communication, University of Coimbra, Portugal, texto disponível na internet em www.leydesdorff.net acesso em 05 de novembro de 2007, p.11.

²⁰⁷ Não somente as decisões jurídicas estatais, mas quaisquer aplicações do código ao programa.

²⁰⁸ Esclace-se quanto às peculiaridades das observações de primeira e segunda ordem “ The observer of the first order sees what he see. The observer of the second order see how the first order observer see what he sees. The actors sees the situation with all the opportunities, occasions and conditions for acting the way de does. The observer of the second sees relations between the personal characteristics of the actor and the actor and the way in wich he apprehends the situation: (...)”LUHMANN, Niklas. Risk a sociological theory. Third Edition, USA:Aldine Transactions Publishers, 2007, p. 68

²⁰⁹ Idem, p. 55.

O perigo não é risco. Ambos os institutos são estruturas observáveis da contingência. Contudo, o risco é forma contingencial da decisão tomada. Perigo é a forma que pertence ao ambiente, e, portanto, não é observável pelo direito. O risco possibilita uma redução de complexidade na tomada de decisão, porque, quando decidida, escolhe um e não outro lado da forma. Observar o risco como perigo é assimétrico, ou seja, é não reconhecer a diferença sistema/ambiente e por isso impossibilitar a evolução do direito na sua função. Esclareça-se que não há distinção segura²¹⁰, sendo arriscada essa mesma distinção entre risco e perigo. O proveito de tal distinção está em que o risco possibilita ao sistema reduzir complexidade mediante suas estruturas, mas o perigo não, podendo esses somente causar irritações no sistema jurídico, em uma estruturação observável como estrutura jurídica.

Pode-se dizer que o perigo está no ambiente externo ao sistema jurídico e no ambiente como mundo, não só a diferença direito/ambiente, mas a diferença direito e os demais sistemas diferenciados da sociedade que, neste sentido, também é ambiente, ou seja, mundo²¹¹. Perigo, portanto, é a estrutura não observável tanto pelo sistema jurídico como pela própria estrutura comunicacional chamada norma.

As normas jurídicas são formas para estabilização e manutenção simbólica das expectativas, por isso são estruturas temporais e na temporalidade da norma jurídica o risco é observado como possibilidade para a evolução do direito²¹², e simetricamente, possibilidade de contingência das decisões jurídicas não tomadas. O risco não faz parte da estrutura normativa para a realização da comunicação norma jurídica, mas é estrutura jurídica observável e observada pelos atores da comunicação jurídica chamada norma. Explica-se: quando da aplicação do código jurídico ao programa, o risco não faz parte, mas é observado como resultante da norma.

O risco não atrapalha a “racionalidade” do sistema. Pelo contrário, a “racionalidade” do sistema não está na ordem²¹³. A racionalidade do sistema, para evoluir com o risco como

²¹⁰ Ibidem, p. 28.

²¹¹ Mundo como as infinitas possibilidades dos ambientes “ Mundo, nesse contexto, não é uma totalidade de coisas ou de estado de coisas, mas sim, o horizonte de possibilidades co-atualizado em cada operação atual sob forma de unidade de potencialidades que permanece, não obstante, acessível às – isto é, atualizáveis pelas – operações seguintes” SCHWARTZ, Luis Fernando. Norma, Contingência e Racionalidade, p. 95-96.

²¹² Tanto assim que “ If the law can be expected to assume risks, this only occur by temperolazing the assessment of what is right or wrong. (...) The law can indeed help out by means of procedures for a new decision; (...)”, LUHMANN, Niklas. Risk a sociological theory., p.59.

²¹³ CLAM, Jean. System Sole Constituent, the Operation Clarifying a Central Concept of Luhmannian Theory, Acta Sociologica, 2000, 43, 63, p.5.

estrutura, está na organização²¹⁴ do direito como auto-observação. O direito constrói esquemas de racionalidade²¹⁵ através das normas jurídicas. Isso se deve à crescente complexidade e contingência da sociedade moderna, que por meio de normas jurídicas, reiteram a diferença sistema/ambiente²¹⁶ e instrumentalizam a racionalidade do sistema sem, contudo, ter uma relação de meio e fim. Por isso, pode-se afirmar que as decisões, ou seja, as normas jurídicas universalizam²¹⁷ o risco permitindo ao sistema a convivência não harmoniosa, mas sim evolutiva, e, por isso construtiva do direito com o risco. O risco normativo está nas possibilidades de decisões não tomadas, o lado da forma que poderia ter produzido a realidade²¹⁸ do sistema, como o outro foi.

Em resumo, percebe-se que, em uma sociedade complexa formada de sistemas funcionalmente diferenciados também complexos e contingentes, que somente produzem comunicações por meio de comunicações, tratem-se as normas programáticas como sendo estruturas capazes e responsáveis pela eliminação do risco inerente ao viver social, e mais ainda, direcionar qualquer sistema na sociedade, é infundado e inapropriado. O direito como sistema, que funciona na sociedade complexa, só observa comunicações jurídicas, que por serem comunicações, tem essencialmente na sua natureza a improbabilidade sendo o risco também estrutura inerente e essencial à evolução da sociedade e do direito.

²¹⁴ “ La pretensión que no puede ser llevada a cabo inmediatamente en forma de decisión, es transferida a la organización, donde se busca realizarla en etapas. Por otra parte, la organización sólo puede ser racional en cuanto premisa de decisión, no en sí misma, como um simple esquema de división del trabajo” LUHMANN, Niklas. Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo, tradução e introdução de Darío Rodríguez Mansilla. Chile: Editora Antropos Universidad Iberoamericana, 1997, p.7.

²¹⁵ LUHMANN, Niklas . Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo, p.23.

²¹⁶ LUHMANN, Niklas Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia, p.81.

²¹⁷ LUHMANN, Niklas. Risk – A Sociological Theory, p.20.

²¹⁸ “ O risco é, na realidade uma construção da comunicação que descreve a possibilidade de arrepender-se, no futuro, de uma escolha que produziu o dano que se queria evitar. Dessa forma, risco está ligado ao sentido da comunicação e é relevante por este aspecto, não pelos vestígios que podem existir na consciência. O risco estabelece a necessidade de um cálculo do tempo segundo condições a respeito das quais nem a racionalidade nem o cálculo da utilidade nem a estatística podem fornecer indicações úteis (...) A conexão entre risco e contingência é, portanto, também a conexão entre risco e complexidade. Uma é a outra parte da outra parte. Do mesmo que a complexidade, o risco também é um princípio de formas que geram formas, de distinções que geram distinções, de vínculos que se unem e ao mesmo tempo, se desprendem de uma realidade destituída de conexões com qualquer realidade. O risco tem, ainda, a função de produzir realidade, ou seja, conexões observáveis entre eventos” DE GIORGI, Rafaelle. Direito, Tempo e Memória, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.233.

2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Tratar de normas programáticas exige uma análise da Constituição Federal, onde precipuamente elas estariam relacionadas. Reconhece-se que há normas que não as constitucionais com a pretensão de programar situações no sistema jurídico. Contudo, neste momento por uma opção metodológica, somente serão analisadas, pela perspectiva luhmanniana do direito, as normas programáticas constitucionais, pois somente estas têm como programa a Constituição, sendo que esta peculiaridade é que será necessária ao presente estudo.

Inicialmente, quando se fala em Constituição, a primeira pergunta que a doutrina jurídica se faz é a respeito da natureza do poder constituinte, porque é o poder constituinte que a cria, e aqui não será diferente. A Constituição não é fruto de um contrato social nos termos clássicos²¹⁹, tampouco representa a vontade geral do povo²²⁰, e nesse sentido, também o poder constituinte não o é, ou seja, não há decorrência de um consenso obtido pela maioria real, numa sociedade cada vez mais complexa e contingente²²¹. O consenso é o possível, é o

²¹⁹ Embora com características próprias a idéia de contrato social para a formação da Constituição como fundamento e criação do Estado está presente em pensadores como Thomas Hobbes (a racionalização do medo), John Locke (a representação para o modo racional de ser e existir do Estado), e Jean Jacques Rousseau (o contrato social como a vontade geral da sociedade). Para um estudo histórico da acepção do Estado nestes pensadores. Ver, BOBBIO Norberto. Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant- tradução de Alfredo Fain .4ª edição, Brasília: Editora Unb, 1997, p.11-48.

²²⁰ Para uma leitura que discute o Poder Constituinte como vontade geral do povo ver MULLER, Friederich. Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo – tradução Peter Naumann. 1ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

²²¹ Aliás, mesmo com posições teóricas diferentes a doutrina jurídica internacional já reconhece a hipercomplexidade e contingência da sociedade moderna como se pode depreender do seguinte trecho “ A partir da idéia de que em uma sociedade não antagônica, conflituosa, relativamente pluralista e, de fato, no cenário citado inicialmente de uma sociedade fragmentada, atomizada e multiética que, no meio ambiente global , sai do eixo do controle político central, a constituição de consenso a condições improváveis, não tendo ciência e práxis se deixado provocar para o esclarecimento do primado do consenso. Seria prementemente esclarecer como, de que forma e em que processos pode-se instaurar e chegar a um consenso? Pode o consenso ser posto de forma autoritária (ou seja, pela Constituição, pelo Tribunal Constitucional, pelos órgãos estatais?)Ou ele se forma naturalmente, democrático-republicanamente, nas arenas públicas? A que se estende o consenso? A certas regras procedimentais de jogo, a motivos racionais no sentimento de um consentimento gerado por motivos ou a certos/ conteúdos valores? Que extensão possui o consenso fundamental aceito? Deve-se partir de um “broad area of agreement” ou somente de um consenso mínimo? Como pode ser constatado o consenso? Como a fonte de considerações está esgotada consideram-se evidências, comportamento comprovado empiricamente, presunções plausíveis de consenso ou imposição normativa? E enfim, quão aberto, flexível é o consenso no tempo e na sociedade? Uma vez criado, como é estabilizado um consens, defendido contrato dissenso e/ou reconsiderado e dinamizado? A essas questões que, no todo, têm em vista as condições de coexistência de uma “sociedade pós tradicional”, faltam respostas conclusivas da teoria do Estado e da teoria da Constituição, bem como da

mínimo nas estruturas de cada sistema diferenciado funcionalmente, diga-se o mínimo, pois é o necessário somente à efetivação da comunicação. Explica-se: é a estrutura comunicacional que possibilita unir, mesmo que momentaneamente, a informação dada pelo emissor à compreensão do receptor quando do processo comunicativo. E mais, o consenso não é condição de validade do direito. Pressupor o consenso como algo essencial ao direito é assumir a imutabilidade do sistema jurídico²²². Neste sentido, portanto, poder constituinte não é o consenso.

Assim, poder constituinte também não é um poder de fato, no aspecto tradicional da doutrina, tampouco poder de direito, pois poder constituinte é estrutura anterior à autopoiesis do sistema jurídico²²³. É comunicação²²⁴, porque inserido na sociedade como sistema comunicacional transmitindo uma informação que é a Constituição, mas é estrutura anterior ao fechamento operacional do sistema jurídico e do sistema político. Nesse sentido, a Constituição, portanto, não é fruto de um poder de direito que ela mesma vai criar e diferenciar dos demais sistemas, tampouco é fruto de um poder de fato onde o nada é observado. O poder constituinte, por outro lado, é ponto inicial de observação e encontro de dois sistemas operacionalmente fechados e cognitivamente abertos.

Tem-se notícia da utilização do termo correlato à noção de Constituição desde a Roma Antiga, porém não atrelado à noção do Estatuto do Estado²²⁵. Aliás, o Estado, como noção clara só vai aparecer a partir do século XV²²⁶. As “constituições” dos antigos²²⁷ eram reconhecidas como meio de disciplinar as relações sociais e políticas dessas sociedades estratificadas e segmentadas. Já ao final da Idade Média, as ditas Constituições são

dogmática constitucional. Onde domina o enigma, impera a crença” FRANKENBERG, Gunther .A Gramática da Constituição e do Direito, p. 159-160.

²²² LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p.323.

²²³ LUHMANN, Niklas. A constituição como aquisição evolutiva – tradução livre Menelick de Carvalho (...). São Paulo, 2006, p.10.

²²⁴ “Poder Constituinte é comunicação fruto de outra comunicação advinda da influência social ” NAFARRETE, Javier Torres. Luhmann: La política como sistema. Fondo de Cultura Económica / Unversidad Iberoamericana/ Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p.120.

²²⁵ TAVARES, André Ramos Tavares. Curso de Direito Constitucional. 4ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.62.

²²⁶ Como bem resume FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. As origens do Estado Contemporâneo ou o Leviathan gestor da economia.. Revista Brasileira de Filosofia, vol. XXXVI, São Paulo: 1987, p. 298 - 313.

²²⁷ Como as idealizadas por Platão (427 a.C – 347 a.C), Aristóteles (384 a.c – 322 a.c), Políbio (205 a. C – 120 a. C), conforme de depreende das lições Guilherme Pena de Moraes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Lumen Juris Editora, 3ª edição revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro, 2006, p.58.

limitadores dos poderes públicos²²⁸, ainda em sociedades não diferenciadas, contudo, é só no Estado Moderno, depois de três grandes movimentos históricos e econômicos, a saber, as revoluções americana, francesa e a revolução industrial, que as Constituições ganham suma relevância para o direito com o surgimento dos ditos Estados Constitucionais ou Estados de Direito²²⁹.

Com a evolução da sociedade, através da história, diferenças são estabelecidas para análise e observação da sociedade, passando de uma sociedade estratificada e arcaica para uma sociedade moderna²³⁰, essencialmente caracterizada do prisma jurídico pelo surgimento da Constituição e pela positividade do direito. A partir de então, pode-se afirmar que se dará o início da derrocada e morte²³¹ do Estado do Leviatã²³², onde a soberania²³³ do rei era ilimitada. É a partir da limitação dos poderes dos monarcas que a presença do Estado onipotente e onipresente é também limitada e diferenciada, ou seja, a presença estatal é disciplinada pelo Estado de Direito²³⁴ através das Constituições, conferindo a possibilidade do uso da força física pelo Estado que não o Estado Monárquico. Isso permitiu ao Estado de Direito institucionalizar a paz e a ordem pela observação do sistema político, por instrumentos e estruturas políticas²³⁵ advindos da separação dos poderes²³⁶. Por isso é que se pode estabelecer

²²⁸ MORAES, Guilherme Pena de, *Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. 3ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Lumen Juris Editora, 2006, p.59.

²²⁹ “ As correntes filosóficas do contratualismo, do individualismo e do iluminismo – de que são expoentes doutrinários LOCKE (Segundo Tratado sobre o Governo), MONTESQUIEU (Espírito das leis), ROSSEAU (Contrato Social), KANT (além de obras filosóficas fundamentais, Paz Perpétua) – e importantíssimos movimentos econômicos, sociais e políticos conduzem ao Estado constitucional, representativo ou de Direito. Ponto culminante de viragem é a Revolução Francesa (1789 – 1799), mas não pouca importância assumem nessa mudança a Inglaterra (onde a evolução se desencadeia um século antes e onde se inicia a “ Revolução Industrial”), e os Estados Unidos (com a primeira ou, olhando às colônias de que se formou, com as primeiras Constituições escritas em sentido moderno).MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, 1ª edição, 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p.44.

²³⁰ Ver NEVES, Marcelo. *Entre Trêmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*, p.1-24.

²³¹ . “ Apoiando-se no conhecido gráfico e dizer “ the State is alive and well – and working for the New York Times” seria, certa e exageradamente, contrafático. Secularizado até o esqueleto de suas instituições, geralmente agrilhado supranacionalmente, liberado de uma série de tarefas centrais em razão de privatizações, demasiadamente endividado e atizado por uma matilha de lobos corporativistas, o Estado “soberano” dificilmente corresponde hoje, ao monstro marítimo bíblico Leviatã. Quase nenhum cientista político, excluindo os ortodoxos, teria deixado de notar isso: O “Deus mortal” sofre de tísica. Ele lembra, se é que se permite uma analogia generosa, o “ deus de próteses” de Freud” FRANKENBERG, Gunther. *A Gramática da Constituição e do Direito – tradução Elisete Antoniuk*, p..194.

²³² Na concepção de Thomas Hobbes. Para uma análise resumida, mas não menos importante da obra desse pensador, ver a obra COSTA, Nelson Nery. *Ciência Política*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p.93-106.

²³³ A discussão da soberania ante a ótica luhmanniana será retomada posteriormente neste trabalho.

²³⁴ LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, p.492.

²³⁵ NAFARRETE, Javier Torres. *Luhmann: La política como sistema*, p.219.

que a Constituição é uma aquisição evolutiva, tanto do sistema jurídico como do político, não de maneira uníssona e equânime²³⁷. A própria Constituição se diferencia como sistema e é diferenciada pela própria sociedade como seu ambiente²³⁸.

O Estado moderno é a auto - referência e a estruturação do sistema político como sistema autônomo²³⁹. É também direito positivo que nasce com o Estado de Direito sendo que é a partir da instituição das Constituições escritas que há uma nítida e decisiva separação e diferenciação entre o sistema jurídico e o político. A diferenciação desses dois sistemas trouxe a possibilidade da afirmação e confirmação de ambos como sistemas operacionalmente fechados e cognitivamente abertos, portanto, autopoieticos²⁴⁰. Assim, o sistema jurídico funcionará com suas comunicações por suas estruturas, gerando mais comunicação jurídica; por outro lado o sistema político também se afirma como sistema autopoietico operando mediante comunicações políticas, com estruturas políticas gerando comunicações políticas.

Tais estruturas, de um lado, são jurídicas e, de outro, são políticas, são decisões²⁴¹ possíveis a partir do Estado Direito que as possibilita, e por isso nesse sentido pode-se afirmar que o Estado é sistema organizacional²⁴². Mas não só isso. A característica

²³⁶ Cujas célebres obras de Charles Louis de Secondat – barão de Montesquieu intituladas o *Do espírito das leis* bem ilustra a separação dos poderes aqui entendida como diferenciação na forma. Ver SECONDAT, Charles. *Do espírito das Leis*. Série – Os pensadores, volume I. Nova Cultural, São Paulo, 2000.

²³⁷ DE GIORGI, Rafaela. *Direito e Modernidade* - tradução Celso Campilongo, Menelick de Carvalho Neto, Juliana Neunschwander Magalhães e Santos Colabella – in *Direito, Democracia e Risco*. 1ª edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.155.

²³⁸ Para um breve resumo quanto ao alcance histórico da aquisição evolutiva da Constituição, ver MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. *A história semântica de um conceito – A influência inglesa do século XVII e norte americana do século XVIII na construção do sentido da Constituição*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a.43 n. 172, out/dez 2006, p.203-223.

²³⁹ NAFARRETE, Javier Torres. Luhmann: La política como sistema, p.212.

²⁴⁰ Quanto à instituição do Estado de Direito afirma-se: “Da perspectiva do sistema jurídico, a condição à qual assim se reage pode ser também definida como positividade do direito. Com efeito, positividade não significa senão que o direito só possa ser criado pelo próprio direito e não ab extra pela natureza ou pela vontade política. Em outras palavras, o termo positividade não faz mais do que expressar em uma linguagem datada a autodeterminação operativa do direito²⁸ e não, como se afirma freqüentemente, a fundação da validade do direito através de um ato de arbítrio político. Dito de outro modo, se se objetiva conhecer o direito vigente é o direito e não a política que é de se observar. Dentro de tais limites, no entanto, a positividade do direito implica o duplo problema lógico (Zwillingsproblem) da circularidade operativa (autopoiesis) e da inadequação (portanto também da pluralidade) de toda autodescrição do sistema jurídico” LUHMANN, Niklas. *Aquisição Evolutiva*, p.7.

²⁴¹ Com relação ao conceito de decisão tem-se “ Pero en realidad qué es una decisión? Como en todas las preguntas que se interponen con un qué, la repuesta termina siempre en una paradoja: en un lugar, pues, en donde no se encuentra al final ningún tipo de permanência” NAFARRETE, Javier Torres. Luhmann: La política como sistema. p.249

²⁴² “Dado nuestro punto de partida que considera a la organización como un sistema autopoietico de decisiones, definiremos cultura organizacional como el conjunto de premisas básicas sobre las que se construye el decidir organizacional.” MANSILLA, Darío. *Gestión Organizacional*, Capítulo IX, Instituto de Sociología, Ediciones

organizacional é observável no Estado de Direito, mas não o resume. Como a função do sistema político é tomar decisões que vinculem coletivamente²⁴³, constrói outras estruturas para realizar tal função que não somente o Estado, pois há outras organizações para esse fim ante a diferenciação do sistema político, como, por exemplo, a burocracia como estrutura política, que em si é sistema autopoietico. Portanto, Estado não é sinônimo do sistema político²⁴⁴, mas faz parte dele, porque também é estrutura política e jurídica.

O Estado de Direito, através da Constituição, é o instrumento procedimentalizado para união e, paradoxalmente, diferenciação entre os sistemas político e jurídico, por isso Niklas Luhmann vai chamar a Constituição de acoplamento estrutural²⁴⁵. Esclareça-se, contudo, que o Estado, como instituição política, é o núcleo do sistema político porque estabelece a relação comunicacional entre as estruturas do poder, ou seja, as estruturas capazes de obedecer e comunicarem-se pelo código situação/oposição.

A Constituição, por seu turno, ao mesmo tempo em que une dois sistemas, por isso acoplamento, os separa e diferencia por estruturas circulares e evolutivas²⁴⁶, ou seja, em uma forma diferencia e deixa-se diferenciar e por lado uni os sistemas: jurídico e político, salientando-se que essa diferenciação recíproca não é instantânea para os dois lados da forma²⁴⁷, mas é instantânea em cada diferenciação enquanto designação dos lados da forma. É paradoxal²⁴⁸, porque é a Constituição que separa e diferencia sistemas que ela, como estrutura,

Pontificia Universidad Católica del Chile, Chile, 2001, p.3 – texto extraído da internet acesso em 08 de agosto de 2007.

²⁴³ NAFARRETE, Javier Torres. Luhmann: La política como sistema. Fondo de Cultura Económica Universidad Iberoamericana/ Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p.256.

²⁴⁴ ANDAKU, Juliana Almenara. O poder e o Estado na teoria sistêmica de Niklas Luhmann. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1124, 30 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8719>>. Acesso em: 30 de julho de 2006.

²⁴⁵ Este concepto ha sido introducido por Humberto Maturana, y tiene la misión de indicar como es possible que sistemas autopoieticos, operativamente cerrados, puedan mantenerse dentro de un entorno que por una parte es precondition de la autopoiesis del sistema, pero que por otra no interviene en esta autopoiesis” LUHMANN, Niklas. Complejidad y modernidad, p.61.

²⁴⁶ Na sociedade há outros exemplos de acoplamentos estruturais. O primeiro deles é a linguagem que é o acoplamento estrutural entre o sistema psíquico consciência e a comunicação, e ainda, o contrato que é o acoplamento entre o sistema econômico e o jurídico.

²⁴⁷ “ Crossing the border requires na operation. An operation requires time, for, even though both sides are simultaneously given, one cannot operate on both sides at the same time, for that would mean not using the distinction as a distinction. The form thus reopresents a paradoxical (and in exactly this sense realistic) temporal relation, namely the simultaneity of the before and after in a time that anticipates further before and afters”LUHMANN, Niklas. Theories of Distinction – Redescribing the descriptions of modernity, traduções Joseph O’Neil, Elliot Schreiber, Kerstin Behnke and William Whobrey. First Edition, California: Stanford University Press, Stanford, 2002, p.116-117.

²⁴⁸ CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição – tradução Juliana N Magalhães. Revista de Direito da Faculdade de Direito de Minas Gerais, número 39, UFMG, Belo Horizonte, janeiro – junho de 2001, p.3.

irá oferecer como base de informação em comunicações posteriores, em uma procedimentalização de reentrada²⁴⁹ recíproca dos sistemas jurídico e político.

Por isso não se pode falar em Constituição como modo de organização e controle do poder político e jurídico²⁵⁰, pois o acoplamento não tem essa capacidade, mas tão somente separa e diferencia sistemas autopoieticos, que por sua vez também não têm a função de organizar e ordenar a sociedade. Outra aceção inapropriada é observar a Constituição como norma jurídica²⁵¹, pois, conforme já demonstrado, norma jurídica é a aplicação do código lícito/ilícito ao programa normativo, por isso, a Constituição²⁵² não é norma, muito menos tem força normativa²⁵³ como estrutura de direcionamento social. Por outro lado, é programa. Também, Constituição também não é texto maior²⁵⁴, ou menor; mas é diferença da diferenciação entre sistemas fruto da evolução da sociedade nas diferenciações dispostas pela variação, seleção e estabilização.

Ainda, a Constituição, como acoplamento estrutural, não produz operações para as comunicações, mas sim e tão somente irritações²⁵⁵. A tal ponto que tais irritações poderão provocar respostas²⁵⁶ pelos sistemas político e jurídico em suas próprias comunicações, como

²⁴⁹ A relação entre o paradoxo e a reentrada é assim esclarecida “En forma tradicional el principio de esta paradoja constitutiva es el problema de la última fundamentación; entonces surge la pregunta: cómo se distingue la distinción con la que habrá de empezarse la distinción? La solución que George Spencer Brown da a este problema es que la distinción con que impieza vuelve a ser introducida en lo ya distinguido por ella. La distinción se lleva a cabo en forma doble: como forma que hace posible la designación y como forma de la forma” GRIPP, Helga – Hagelstange, Niklas Luhmann O: En qué consiste el principio teórico sustentado en la diferencia?”in Javier Torres Nafarrete Luhmann: La política como sistema. Fondo de Cultura Económica / Universidad Iberoamericana/ Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p.38.

²⁵⁰ BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política, volume 1 A- J, tradução Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Monaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 5ª edição, São Paulo: Editora Unb, Imprensa Oficial, 2000, verbete Constituição, p. 258-269.

²⁵¹ Essa posição é largamente aceita na doutrina jurídica, conforme relação apresentada por TEIXEIRA, J. H. Meirelles. Curso de Direito Constitucional. 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991, p.45-47.

²⁵² Para uma posição contrária, inclusive com um resumo sob as várias aceções do conceito Constituição na doutrina nacional e internacional ver FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Normas Constitucionais Programáticas – Normatividade, Operatividade e Efetividade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2001, p.15-28.

²⁵³ Posição defendida por HESSE, Konrad Hesse em seu livro. A força normativa da Constituição – tradução Gilmar Ferreira Mendes. 1ª edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

²⁵⁴ “ Nessa concepção, quando há um acoplamento estrutural, o processo comunicativo de um sistema aparece no outro não apenas como uma perturbação, mas também como uma ferramenta auxiliar de funcionamento nas operações” NEVES, Rômulo Figueira Neves. Os processos sobrecomunicativos (in) FARIAS, Ignacio; OSSANDÓN, José (org). Observando Sistemas – Nuevas apropiaciones y usos de la Teoria de Niklas Luhmann. 1ª edición, Chile: Ril Editores, 2006, p. 181.

²⁵⁵ NAFARRETE, Javier Torres. Luhmann: La política como sistema, p.369.

²⁵⁶ “ Nessa concepção, quando há um acoplamento estrutural, o processo comunicativo de um sistema aparece no outro não apenas como uma perturbação, mas também como uma ferramenta auxiliar de funcionamento nas operações” NEVES, Rômulo Figueira Neves. Os processos sobrecomunicativos (in) FARIAS, Ignacio;

também em tantos quantos forem os sistemas funcionalmente diferenciados que possam ser irritados pela Constituição, e em cada sistema poderá haver uma resposta e, portanto, uma comunicação correspondente ao sistema de onde ela provém. Disso advém a diferença entre acoplamento estrutural e acoplamento operacional²⁵⁷ sendo aquele a característica da Constituição como elo e separação permanente²⁵⁸ entre sistema político e jurídico e este como a diferença entre a Constituição e seu ambiente sendo que neste caso o acoplamento é momentâneo, enquanto a irritação ocorrer e se acontecer. É por fim, unidade organizada de decisão e de efetuação de comunicações jurídicas e políticas²⁵⁹. Portanto, não cabe observar a Constituição em um sentido puro e simplesmente normativo²⁶⁰.

As irritações da Constituição não são elas comunicações do ambiente, mas sim comunicações próprias de cada sistema autopoieticamente fechado²⁶¹, e, por isso, de acontecimentos confrontados²⁶² internamente que geram irritações. Então, quando se fala que a Constituição só produz irritações, são comunicações próprias de cada sistema acoplado que se auto-alimentam, mediante estímulos²⁶³ próprios.

Enquanto acoplamento estrutural, a Constituição não pode ser observada pelo direito dentro das várias classificações presentes na doutrina jurídica constitucional reinante. A despeito de partir de pressupostos teóricos diferentes dos aqui estabelecidos, tais

OSSANDÓN, José (org). Observando Sistemas – Nuevas apropiaciones y usos de la Teoria de Niklas Luhmann. 1ª edición, Chile: Ril Editores, 2006, p. 181.

²⁵⁷ “ Sin embargo, los acoplamientos operativos entre sistema y entorno mediante estas identificaciones, son posibles únicamente en los intervalos de duración de los acontecimientos. Tales intervalos no son estables y descansan siempre en cierta ambigüedad de indentificación, debido a que la identidad de los acontecimientos es siempre generada por la urdimbre recursiva del sistema individual (...) Por el contrario, se habla de acoplamientos estructurales quando un sistema supone determinadas características de su entorno, confiando estructuralmente en ello – por ejemplo, en que el dinero, en general, se acepte o que uno pueda esperar que las personas sean capaces de determinar la hora. En consecuencia, también el acoplamiento estructural es una forma, una forma constituida de dos lados; con otras palabras: una distinción. Lo que incluye (lo que se acopla) es tan importante como lo que excluye. Las formas del acoplamiento estructural son, por lo tanto, restrictivas y facilitan con ello la influencia del entorno sobre el sistema” LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p. 508-509.

²⁵⁸ Enquanto existir a Constituição.

²⁵⁹ NAFARRETE, Javier Torres citando Hermann Heller in Luhmann: La política como sistema., p. 369.

²⁶⁰ Na acepção dada por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição, Coimbra: Editora Almedina, 2003, p.130.

²⁶¹ Tanto assim que “ Any system of successfully applied rules at least at one level reduces complexity; and factors such as distance, deprivation, and isolation may also reduce the connectivity of society” STEWART, Peter. Complexity Theories, Social Theory, and the Question of Social Complexity. Philosophy of the Social Sciences 31, 2001, p.345.

²⁶² LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p.87.

²⁶³ Quanto ao estudo de que irritações sejam os grandes estímulos aos sistemas funcionalmente diferenciados ver BLÜHDORN, Ingolfur. An Offer One Might Prefer to Refuse: The Systems Theoretical Legacy of Niklas Luhmann. European Journal of Social Theory, 3, 2000;p. 339-354.

classificações em nada auxiliam na observação da Constituição como acoplamento estrutural, dentro da perspectiva luhmanniana. Não há diferenciação entre Constituição formal e material²⁶⁴ porque não há valoração conteudística da Constituição. Também pela mesma justificativa, não há que se falar em constituição orgânica ou substancial²⁶⁵, tampouco constituições idéias ou programas²⁶⁶. Esclareça-se, porém, que o direito não evolua, que seja algo “morto”; muito pelo contrário. O direito como sistema social evolui, mas não o faz necessariamente sob a égide da Constituição²⁶⁷, também por ela, e nesse sentido, também o sistema político. O sistema político está “ligado” ao jurídico pela forma chamada acoplamento estrutural²⁶⁸, ou seja, Constituição.

Resumindo, é a Constituição forma capaz de simultaneamente, embora de maneira complexa, contingente e paradoxal, construir estruturas políticas para a evolução do sistema jurídico, bem como construir estruturas jurídicas para a evolução²⁶⁹ do sistema político²⁷⁰, possibilitando a diferenciação funcional de ambos os sistemas e suas autopoiesis²⁷¹ na circular

²⁶⁴ Classificação essa unânime na doutrina jurídica nacional e internacional

²⁶⁵ Como se depreende da obra de TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2006, p.62-64.

²⁶⁶ Gunther Frankenberg. *A gramática da Constituição e do Direito*, Belo Horizonte: Del Rey Internacional, 2007, p.76-99.

²⁶⁷ Em posição contrária ver COMPARATO, Fábio Konder. *Muda Brasil – Uma Constituição para o desenvolvimento democrático*. 1ª edição, São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.

²⁶⁸ Atestando a característica peculiar de co-evolução aos sistemas acoplados estruturalmente “In his later works, Luhmann increasingly uses the term “structural coupling” (borrowed from the biologist Humberto Maturana) to replace the term “interpenetration” (borrowed from the sociologist Talcott Parsons). In his Introduction to Systems Theory, Luhmann states that he is not sure whether it is necessary to distinguish at all between these two concepts (Luhmann 2002a, 268). The concept of structural coupling serves the purpose of explained how systems that are autopoietic and operationally closed can still be connected and, what is more, how they “existentially” depend on each other. Without the existence of bodies and minds, that is, of biological and psychic systems, there cannot be communication. The dead cannot speak. This interdependence of different operationally closed systems is called structural coupling. Structural coupling not only means the existence of two systems is codependent, but also that what happens in one system will have a great effect on the other system – these systems will co-evolve” MOELLER, Hans-Georg. *Luhmann Explained – from souls to Systems*. First Printing, Chicago, Illinois: Open Court, 2006, p. 226.

²⁶⁹ “Para a sociologia, no entanto, o problema é colocado sob o plano não apenas histórico, mas também evolutivo: a constituição, tal como foi construída entre os séculos XVIII e XIX, é certamente uma aquisição evolutiva que responde a condições sócio culturais que, no arco de pouco mais de um século, transformaram-se profundamente. A este propósito, também a sociologia é praticamente unânime ao caracterizar a modernidade como a dissolução da antiga ordem natural, com todas suas assimetrias, hierarquias e dogmáticas.” CORSI, Giancarlo. *Sociologia da Constituição* – tradução Juliana N Magalhães. *Revista de Direito da Faculdade de Direito de Minas Gerais*, número 39, UFMG, Belo Horizonte, janeiro – junho de 2001, p. 3

²⁷⁰ NAFARRETE, Javier Torres. *La política como sistema*, p. 369.

²⁷¹ Aliás, “Portanto, pode-se afirmar que o conceito de acoplamento estrutural torna factível a descrição do subsistema jurídico como fechado normativamente e aberto cognitivamente, garantindo a sua possibilidade de inter-relação com os demais subsistemas funcionais. Mediante o conceito de acoplamento estrutural – que, conforme ressalta Luhmann, se encontra numa relação ortogonal com o conceito de autopoiesis –, a teoria dos sistemas logra obter, ao menos em tese, uma solução para as dificuldades que decorrem da assunção do direito.

diferença sistema/ambiente entre os sistemas funcionalmente diferenciados da sociedade, ou seja, o sistema jurídico sendo ambiente do sistema político, e o sistema político sendo ambiente do sistema jurídico²⁷² assim como na diferença com os demais sistemas da sociedade e seus ambientes. Por isso, a Constituição produz e sofre irritações para a manutenção contínua de comunicações²⁷³, podendo-se afirmar ser a Constituição um processo²⁷⁴, embora sem começo nem fim como um roteiro²⁷⁵ em construção. É enfim a Constituição forma específica para encontrar soluções políticas para a auto-referência jurídica, e soluções jurídicas para a autoreferência política²⁷⁶. É por isso, meio e forma²⁷⁷ do sistema direito e da política.

As características próprias de tais estruturas serão estudadas a partir de agora, pois a análise delas é questão essencial ao estudo das normas programáticas e à correlação entre a estrutura comunicacional entre essas normas e as demais normas do sistema jurídico.

Trata-se de uma solução teórica que pode parecer frustrante, uma vez que esvazia a regulação jurídica de toda e qualquer conotação normativa.” VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. O Direito na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, 1ª edição, São Paulo: Editora Max Limonad, 2006, p. 256.

²⁷² Tanto assim que “ Não se pode, portanto, entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas. A Constituição não é exclusivamente normativa mas, também política: as questões constitucionais são também questões políticas. A política deve ser levada em consideração para própria manutenção dos fundamentos constitucionais. Na feliz expressão de Dieter Grimm, a Constituição é resultante e determinante da política” BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil, Revista Lua Nova n.61, São Paulo, 2004, p.24.

²⁷³ Conforme se depreende do resumo feito por VILLAS BÔAS FILHO, Orlando em seu prefácio ao livro de NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica “Feita essa análise acerca da legislação simbólica, Marcelo Neves passa a estar apto a discutir a questão da constitucionalização simbólica, que constitui o objeto do segundo capítulo do livro. Assim, após tratar o problema da plurivocidade do termo “Constituição” na semântica social e política, recuperando seu uso em diversas concepções - sociológica, jurídico-normativa, axiológico-ideal e dialético-cultural – Marcelo Neves, apoiando-se no modelo sistêmico proposto por Niklas Luhmann, define Constituição” em termos de acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico e como mecanismo que permite a autonomia operacional do direito na sociedade moderna”.Arquivo retirado da internet no site www.mackenzie.com.br acesso em 01 de dezembro de 2007.

²⁷⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago .A Filosofia do Direito – Aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição. Editora Atlas, 2ª edição, São Paulo, 2002, p. 94-106.

²⁷⁵ SCHWARTZ, Germano. A Constituição, a Literatura e o Direito. p.78.

²⁷⁶ LUHMANN, Niklas . El derecho de la sociedad , p.548.

²⁷⁷ Ver CORSI, Giancarlo. Valores y derechos fundamentales en perspectiva sociológica. Metapolítica, vol. 5, número 20, octubre – diciembre, 2001, p.10.

2.1 DECISÕES VINCULANTES COLETIVAMENTE GENERALIZADAS

Para se discutir as decisões coletivamente generalizadas, que são comunicações políticas para a construção da função política e que operam sob o código do sistema político, a saber, oposição/situação, é preciso aprimorar a discussão acerca do paradoxo do direito e da política, eis que a Constituição é acoplamento estrutural entre os dois subsistemas, político e jurídico.

A positividade, a diferenciação pela Constituição, transforma tanto o sistema jurídico²⁷⁸ quanto o político em sistemas funcionalmente diferenciados e paradoxais. Isso significa que os subsistemas são criados e criam suas próprias estruturas²⁷⁹, sendo possibilitadores²⁸⁰ de comunicações em cada sistema funcionalmente diferenciado, garantindo com isso a autopoiese²⁸¹ de cada um, eis que são estruturas de relacionamento de relações²⁸². A sociedade assim, como plexo de comunicações, não é mais a representação da vontade de um Ser superior; mas com a positividade a sociedade resta diferenciada funcionalmente, podendo observar-se em suas estruturas diferenciadas de maneira puramente autológica²⁸³.

²⁷⁸ CLAM, Jean. Questões fundamentais de uma teoria da sociedade – contingência, paradoxo e só efetuação. Nélío Scheneider. Editora Unisinos, Coleção Díke, Vale do Rio dos Sinos, 2006, p. 102.

²⁷⁹ Essa, aliás, é a função do acoplamento estrutural. Ver LUHMANN, Niklas. La clausura operacional de los sistemas psíquicos y sociales (In) Fischer, Retzer & Schweizer, El final de los grandes proyectos, Barcelona, Gedisa, 1997, p.125.

²⁸⁰ Idem, p.131.

²⁸¹ Ibidem, 151

²⁸² Ibidem, 280.

²⁸³ Por que “Así, una sociedad moderna es una sociedad mundial donde en su interior todo lo que se produce y reproduce es social, posible de reflexionar, con características de autocontención, autológica y que puede observarse y preguntarse por sí misma. Por este mecanismo la sociedad produce sus límites diferenciándose de su entorno y puede ver cómo operan los sistemas en su interior, lo que nos permite observar que las distinciones que se realizan en la sociedad están enmarcadas en un mundo real; realidad que puede ser observada y hace que los sistemas existan; operen” VALLEJOS, Arturo R. La política en la periferia de la modernidad Esbozos para su observación em América Latina, Cuadernos del Cendes, año 24. n° 65, Tercera Época, Mayo-Agosto 2007, p.97.

A soberania²⁸⁴ de cada sistema acoplado estruturalmente, advinda da evolução para o direito positivo²⁸⁵, será circular e continuamente operacional em cada estrutura advinda da Constituição, seja ela política ou jurídica enquanto possibilidade de comunicação, e não só isso, é a soberania que possibilita, como poder que é, esconder o paradoxo do direito e da política como sistemas diferenciados. É a representação da unidade²⁸⁶ do sistema jurídico e político, reconhecendo-se como comunicações pertencentes a sistemas operacionalmente fechados e cognitivamente abertos, observando-se e sendo observados como diferenças das diferenças na diferença sistema/ambiente.

Esclareça-se, a soberania também é meio de comunicação simbolicamente generalizado²⁸⁷, ou seja, é elemento possibilitador da comunicação, no caso a instituição simbólica e generalizada do Estado de Direito pela soberania presente²⁸⁸ na diferença da Constituição como acoplamento estrutural em todas as suas comunicações possíveis. Portanto,

²⁸⁴ Sobre o conceito de soberania na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann “First, from Luhmann’s perspective, the general concept of sovereignty is based on a gross simplification of what politics is and does. In modern societies, according to Luhmann, the political system does not consist of a monistic or monolithic apparatus. (...) The idea of the “sovereign state” is therefore on component of the series of fictions which initially allowed the political system to differentiate itself from other systems in society. In its original formulation, the “sovereignty” of the state was a formal or semantic paradox. It enabled the political system to explain and justify to itself its own differentiated location and contingent function, and it helped the political system to provide some convincing account of the fact that it was now in possession of autonomous power, without any external accountability, and without any foundation in divine or natural law” KING, Michael; THORNILL, Chris Thornill. Niklas Luhmann’s Theory of Politics and Law. p.91.

²⁸⁵ Soberania essa diferente daquela dos estados absolutistas “O conceito de soberania vai ser redefinido pela teoria dos sistemas com relação especificamente à política. Diferentemente de sua compreensão medieval como independência do poder político supremo, a soberania é compreendida como autonomia funcionalmente condicionada e territorialmente determinada do sistema político em face de “interferências religiosas, estamentais (família) e jurídico-positivas”. A soberania do Estado significaria, portanto, autopoiese da política. Embora condicionado pelos fatores externos (conexão causal) e sensível às exigências do seu ambiente social (abertura cognitiva), o sistema político diferencia-se funcionalmente na sociedade moderna e, assim, reproduz-se autonomamente de acordo com os seus próprios códigos de preferência e critérios/programas (fechamento operacional). As influências religiosas, corporativas, jurídicas, científicas, relacionais, familiares e mesmo as decorrentes do poder de outros Estados e organizações políticas só ganham significado político por meio de decisões coletivamente vinculantes se passarem por um processo de filtragem sistêmica e comutação discursiva nos termos dos procedimentos políticos do respectivo Estado” NEVES, Marcelo Neves – Soberania do Estado e Soberania do Povo no Estado Democrático de Direito, (in) TÔRRES, Heleno Taveira. Direito e Poder – nas Instituições e nos Valores do Público e do Privado Contemporâneos – Estudos em Homenagem a Nelson Saldanha, 1ª edição, São Paulo: Editora Manole, 2007, p.417.

²⁸⁶ NAFARRETE, Javier Torres. Luhmann: La política como sistema. Fondo de Cultura Económica, p.335.

²⁸⁷ LUHMANN, Niklas Poder tradução Luz Mónica Talbot. Editora Antropos, Universidad Iberoamericana, Chile, 1995, p.11- 12.

²⁸⁸ A soberania tem como fonte as idéias de Jean Bodin. Contudo, Niklas Luhmann esclarece que tal informação não é suficiente para descrever a autoreferência do sistema jurídico a partir dela, a saber, “La soberania no entendía ya, como había ocurrido en la Edad Media, como la simple independencia del Emperador y el Papa en asuntos políticos, sino como la unidad de la autoridad estatal territorialmente limitada es decir, también como una soberania hacia el interior” LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p.546.

não é sinônimo de força física. Muito pelo contrário; o uso da força física²⁸⁹ tende a anular o poder como meio simbólico, retirando-lhe a capacidade de se manter como meio de comunicação. Nesse sentido, as decisões coletivamente generalizadas são estruturas comunicacionais que permitem ao Estado de Direito exercer o seu poder por essa forma, sem a noção clássica de imposição de soberania²⁹⁰ do Estado para aplicação de sua vontade para com os seus cidadãos. É, portanto, uma forma semântica²⁹¹ paradoxal²⁹², que possibilita a tomada de decisões políticas para a evolução do sistema político no código situação/oposição.

As decisões políticas, aquelas que vinculam simbolicamente a comunicação, são fórmulas de entendimento²⁹³, são estruturas que possibilitam a manutenção e evolução do sistema político com estruturas comunicacionais para produção de mais estruturas comunicacionais. Essas decisões políticas que generalizadamente vinculam comunicação são as leis, os atos normativos gerais e abstratos, e, no caso em estudo, as leis constitucionais, os artigos da Constituição, o texto da Constituição enquanto decisão política proveniente da Assembléia Constituinte²⁹⁴ e do poder reformador como meio de comunicação capaz de gerar mais comunicação política.

As leis constitucionais podem irritar outros sistemas, como por exemplo, artigos da Constituição que estabeleçam diferenças para observações em no sistema econômico, ou seja, estabelecem instituições para organização e regulamentação desse sistema. Assim, o sistema econômico, por sua vez, poderá responder pelo seu código ter/não ter dinheiro ante ao aumento de estruturas novas.

Decisões políticas abrangem um complexo comunicativo maior e mais abrangente que outras decisões. Os participantes na elaboração dessas estruturas enfrentam e observam uma complexidade e contingência também maior, e as decisões políticas são estruturas redutoras de complexidade em observância ao código oposição/situação.

²⁸⁹ LUHMANN, Niklas. Poder, p.87.

²⁹⁰ “ Rather, sovereignty, defined as the ability to make binding decision, lies now as the ability to make binding decisions, lies now in a essential bifurcation of power” RASCH, William. Niklas Luhmann’s Modernity – The paradoxes of Differentiation. First Printing,. Califórnia: Standford University Press, Standford, 2000, p.162.

²⁹¹ TORNHILL, Chris. Niklas Luhmann, Carl Schmitt and Modern Form of the Political. University of Glasgow. European Journal of Social Theory 10 (4), 2007, p.503.

²⁹² Porque inserida na forma Constituição.

²⁹³ NAFARRETE, Javier Torres. Luhmann: La Política como sistem, p.178.

²⁹⁴ O conceito de Assembléia Constituinte aqui nada tem a ver com o conceito estabelecido por Emmanuel SIEYÉS, Joseph em seu célebre panfleto que deu base teórica para a revolução francesa intitulado Qu’est –ce que le Tier État?, conforme se depreende na obra do mesmo autor A Constituinte Burguesa – Qu’est – ce que le Tiers Etat, tradução Norma Azevedo. 4ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p. 69.

Porque estrutura temporal²⁹⁵ como qualquer outra decisão, a política, a que vincula generalizadamente e simbolicamente uma compreensão tem na figura do script dos seus interlocutores uma característica peculiar que a diferencia das demais. Alter e ego atuam no procedimento comunicacional dentro de uma estrutura que possibilita, pelo menos no momento da tomada de decisão, a preservação do passado e a tentativa de regulamentação do futuro²⁹⁶ em um ato presente²⁹⁷.

No caso das leis constitucionais, os scripts dos interlocutores servem para possibilitar a manutenção da expectativa do sistema político no “presente” da Assembleia Constituinte. Possibilitam assim, a manutenção simbólica e generalizada da expectativa coletiva, ou seja, tanto dos representantes eleitos como dos representados. Dá-se, assim, a preservação da memória²⁹⁸ do sistema político por meio da atuação dos scripts construídos quando das eleições na democracia representativa.

A lei quando é construída é redutora de complexidade do sistema político frente às expectativas existentes quando da eleição dos representantes, e por outro lado aumenta a complexidade do sistema para possibilitar a existência do futuro político, ou seja, a possibilidade de novas eleições²⁹⁹, e na elaboração de novas leis. Isso não significa estabelecer que caiba ao sistema político conduzir a economia social de mercado para a socialização e o bem estar dos eleitores³⁰⁰; por outro lado, ao sistema político caberá produzir comunicação política por meio de suas estruturas, com as decisões coletivamente generalizadas.

²⁹⁵ LUHMANN, Niklas. Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo, p.18.

²⁹⁶ Nesse sentido é que se poderia chamar os artigos constitucionais, ou seja, a estrutura política constante da Constituição como estrutura capaz de manter o futuro presente, caso contrário, não haveria comunicação suficiente para a elaboração para a Assembleia Constituinte e as reformas constitucionais. Ver SPOSITO, Elena. Probabilità improbabili – la realtà della finzione nella società moderna. Roma: Melteni Editore, 2008, p.25.

²⁹⁷ NAFARRETE, Javier Torres. Luhmann: La Política como sistema, p.187.

²⁹⁸ Idem, p.199.

²⁹⁹ Sobre o processo eleitoral tem-se “ A distribuição de papéis e a diferenciação do processo legal de eleição e, conjuntamente do sistema político numa limitação importante do sistema, são garantidas principalmente por meio de três princípios, segundo os quais se organizam hoje as eleições políticas livres, designadamente (1) mediante a universalidade do acesso ao papel de eleitor para a população (excetuando as restrições de base funcional para menores, incapacitados, criminosos); 2) através da igualdade de peso dos votos e(e) e mediante o segredo da votação” LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento, 1ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p.134.

³⁰⁰ Idem, ibidem, p. 379.

Quando se escreve expectativa coletiva³⁰¹ significa que essa expectativa é a do sistema político e não uma expectativa cognitiva. O coletivo envolve todos os participantes da comunicação, ou seja, a comunicação entre “Alter” e “Ego” que forará o Estado Político, o poder contornado. A dupla contingência³⁰² das estruturas comunicativas políticas ganha, então, uma relevância ainda maior frente à necessidade de simetria para antes as expectativas dos participantes da estrutura comunicacional evidenciada pela simbologia³⁰³ própria da Constituição.

O jogo político, na dupla contingência, funciona para os dois lados da forma, a saber, aos que estiverem no lado da situação esses que estiverem ao lado da oposição, e através da estrutura comunicacional política haverá redução de complexidade, escolhendo a expectativa da oposição ou da situação, e isso possibilitará recursivamente a evolução do sistema político no aumento da variação das possibilidades comunicacionais, aumento das possibilidades de seleção e da estabilização pelas próprias estruturas políticas.

Finalmente, as comunicações políticas podem reagir a uma comunicação específica do sistema chamada opinião pública, que poderá influenciar sobremaneira a estrutura comunicacional no jogo³⁰⁴ político, e por isso também poderá mudar a configuração na formação e efetivação da estrutura comunicativa. A observação, a análise, bem como a funcionalidade da opinião pública no sistema político todos estes conceitos serão agora estudados.

³⁰¹ Sobre a expectativa coletiva tem-se “ Si può distinguere tra modelli la cui referenza è data da aspettative individuali; modelli che invece, privilegiano aspettative di ruolo. La ricostruzione che si può offrire persegue soltanto fini analitici, pertanto non discrimina né tra autori diversi, né tra orientamenti di pensiero specifici: essa intende quale le diverse analisi del sistema giuridico hanno individuato il riferimento normativo del diritto” PANNARALE, Luigi. *Il diritto e le aspettative*, p. 152.

³⁰² Sobre a dualidade da contingência “ Orderly communication, in which we can first expect to be understood by others and second to understand them, emerges from double contingency. Not anything, but any communication goes on, but it goes on only if and when it is able to establish some kind of order, when the problem, of double contingency on both sides of the “understanding “ of that communication is solved” MOELLER, Hans Goerg Luhmann Explained – From Souls to Systems, p. 22.

³⁰³ Nos termos da concepção de NEVES, Marcelo em sua obra *A constitucionalização simbólica*. Editora Acadêmica, São Paulo, 1994.

³⁰⁴ A expressão jogo não significa aceitarmos uma função teleológica para o sistema político, mas tão somente o que se pretende com tal palavra é demonstrar a grande variabilidade do sistema político que por sua estrutura está mais suscetível a mudanças por suas estruturas decorrentes do seu ambiente do que o sistema jurídico, por exemplo.

2.1.1 A OPINIÃO PÚBLICA

A opinião pública é também comunicação política, resultante da crescente complexidade social e diferenciação funcional da sociedade como sistema e seus sistemas autopoieticos. É dizer, quanto mais evidente for a diferenciação do sistema político dentro de suas estruturas, maior a importância da opinião pública na evolução política, porque pode ser comunicação desse sistema, ou seja, a complexidade aumenta as hipóteses de variação entre elementos e relação dos sistemas, aumentando assim o incremento nas possibilidades de comunicações do sistema.

Para continuar comunicando, a estrutura comunicacional informação (opinião) deverá ser aplicada ao código político situação/oposição pelas eleições³⁰⁵, que são estruturas comunicacionais e que possibilitarão o ingresso da opinião pública no sistema político e como tais serão observadas para a elaboração das decisões coletivamente generalizadas. Ou seja, a opinião pública será a informação; as eleições o ato de informar; o procedimento de inserção de informação; e as leis, a compreensão do que fora informado pelas eleições resultando em comunicação política para observação do código situação/oposição que são aplicados aos programas dos partidos com as suas ideologias políticas³⁰⁶. Portanto, a opinião pública é comunicação política para o incremento do sistema político³⁰⁷ na evolução democrática³⁰⁸, na variação das formas situação/oposição³⁰⁹.

³⁰⁵ NAFARRETE, Javier Torres. Luhmann: La Política como sistema, p.288.

³⁰⁶ MOELLER, Hans Georg. Luhmann Explained – From Souls do Systems, p. 29.

³⁰⁷ Em uma espécie de sub-código do sistema político, em um código informal de poder no jogo político. A respeito LUHMANN, Niklas ensina “ Deste, los códigos del poder se dividen em formales e informales, y la mayor aglomeración de poderes formales e informales se encontrará em puntos claves bajo la cima misma. La formación de cadenas tiene la función de hacer asequible más poder del que puede ejercer um poseedor del poder; del hacer asequible todo el poder; en el caso limite de las elecciones políticas, a aquellos que de ningún modo pueden ejercerlo” Podertradução Luz Mônica Talbot, 1ª edição, Chile, Editorial Antropos, 1995, p. 59.

³⁰⁸ “Instead, I propose that we understand democracy as the splitting of the summit: the splitting of the summit of the differentiated political system through the distinction between government and opposition. In system theoretical terms we could also speak of the coding of the political systems, whereby coding simply means that the system orients itself with reference to the difference between positive and negative values: the difference true/false in the case of science, the difference justice/injustice in the case of the legal system, the difference immanence/transcendence in the case of the religious system and in the case of the political system precisely the differences government/opposition.” LUHMANN, Niklas. The future of democracy – tradução David Roberts. Thesis Eleven, n.26, 1990, p.47.

³⁰⁹ Esclareça-se “This was not abandoned but relativized through a kind of second coding, through the super-coding of superior power into a positively and a negatively valued position. And at the same time the ruling

Pode-se afirmar, assim, que a opinião pública é também observação de segunda ordem³¹⁰, quando a estrutura for observada por outra estrutura comunicacional que não a opinião pública, por exemplo, no sistema político as eleições observarem a opinião pública, e que por que pode ser observação de primeira quando recursivamente a opinião pública como estrutura comunicacional, observa-se como estrutura comunicacional. Mas, qual a importância para este estudo afirmar-se que a opinião pública pode ser comunicação de uma primeira ou segunda ordem? A importância reside na forma de diferenciação disposta ao sistema política pela comunicação opinião pública. Em sendo a opinião comunicação observada pela própria opinião pública, a comunicação será recursiva e nos parâmetros da própria opinião pública, recorrendo aos seus próprios interesses³¹¹, quantas forem as opiniões. Por outro lado, se a observação for de segunda ordem, ou seja, de estruturas comunicacionais diferentes da opinião pública, como as eleições poderá haver aumento de comunicação política dentro do sistema política com a utilização do código governo/oposição. A opinião pública também pode ser observada por outros sistemas que não o sistema político na observação de terceira ordem³¹², sendo ambiente de outros sistemas e com isso podendo gerar irritações nos respectivos sistemas que observaram.

Não se confunda a comunicação opinião pública com a comunicação dos movimentos sociais³¹³. Estes são estruturas comunicacionais dos ambientes de cada sistema, diferenciados funcionalmente para a cobrança de responsabilidade de outras comunicações que não as suas. Por outro lado, a opinião pública é comunicação resultante da evolução nos interesses próprios de cada sistema, que pode estar presente tanto no lado interior da forma como no outro lado, ou seja, fazer parte de um sistema específico assim como ser ambiente desse sistema. Disso decorre o seguinte: a opinião pública é comunicação dentro da complexidade e contingência dos sistemas autopoieticos, mais plausível de realização e evolução do que os

power gives up the authority of the correct opinion. Instead it is replaced by “public opinion”, which capriciously favours now the government and now the opposition. The Highest Power becomes unstable. It would be self-deception to attribute the Highest Power now to public opinion as the secret sovereign or even to the people. The structural gain lies rather in instability as such and the resultant sensibility of the system”, LUHMANN, Niklas. *The future of democracy*, p.49.

³¹⁰ NAFARRETE, Javier Torres. *Luhmann: La Política como sistema*, p.294.

³¹¹ NAFARRETE, Javier Torres Nafarrete, *Luhmann: La Política como sistema*. Universidad, p.284.

³¹² LUHMANN, Niklas. *Risk a Sociological Theory* - tradução by Rhode Barret, p. 125.

³¹³ Nesse sentido tem-se “ Siempre habrá que suponer que hay otros sistemas/función que operan en el modo de observación de segundo orden y que para puedan observar o sistema político necesitan agregar observaciones de tercer orden” NAFARRETE, Niklas. *Luhmann: La Política como sistema*, p.304.

movimentos sociais, os quais, em caso de se comunicarem, o farão como irritações aos sistemas funcionalmente diferenciados, e tão somente como irritações.

Assim como nas normas em geral, o risco como comunicação também estará presente no sistema político e, portanto, nas decisões coletivamente generalizadas³¹⁴. O risco consiste na possibilidade de se poder tomar outra decisão que não aquela tomada, e nesse sentido as eleições³¹⁵ como comunicação política têm papel essencial para manter o risco sempre possível, porque se a decisão tomada não for a pretendida pelos eleitores novos representantes serão eleitos, sendo que as eleições são formalizadas pelo procedimento que possibilita a mudança recursiva. E finalmente, o risco, porque diferenciação presente nas decisões, também está formalizada em outras comunicações políticas, como a opinião pública e os movimentos sociais quando inseridos no sistema político, darão maior abertura à evolução do sistema.

Portanto, o sistema político é composto de estruturas políticas que observam o código situação/oposição por meio de decisões coletivamente vinculantes que somente produzirão mais estruturas políticas³¹⁶ através de estruturas políticas sempre complexas e contingentes, as quais para serem comunicadas, deverão observar o risco inerente a todos os sistemas sociais e assim também o do sistema político autopoieticamente diferenciado dos demais.

2.2 DECISÕES INDIVIDUAIS

Conforme já mencionado, a Constituição, como acoplamento estrutural, não pode produzir diretamente comunicações vinculadas a ela, mas tão somente produzir irritações³¹⁷ nos sistemas acoplados, sistema jurídico e sistema político. Tais irritações poderão produzir no sistema jurídico comunicações chamadas decisões individuais, diferentemente da já

³¹⁴ Idem, p.145.

³¹⁵ Ibidem, p.146.

³¹⁶ Neste sentido, depreende-se que: “Luhmann’s early theory of the decision was integrated into an analysis of the political system which stated that the modern political system is triadically differentiated into three subsystems – politics, administration, and public” TÖRNHILL, Chris. Niklas Luhmann, Carl Schmitt and Modern Form of the Political. University of Glasgow. European Journal of Social Theory 10 (4), 2007, p.501.

³¹⁷ MOLEER, Hans Georg. Luhmann Explained – From Souls to Systems., p. 39

estudada decisão coletivamente generalizada, porque esta é estrutura para a manutenção da função política. As decisões individuais são estruturas para instrumentalidade do sistema jurídico³¹⁸ advindo do Estado de Direito instituído pela Constituição, na diferenciação funcional entre a política e o direito.

Em se tratando de decisões individuais não se discute aqui a questão de subjetividade do sistema jurídico, que não existiria no sistema político. Nas sociedades modernas diferenciadas a separação sujeito/objeto³¹⁹ não é mais apropriada. Por outro lado, o que se observa são diferenciações de diferenças na distinção sistema/ambiente de cada sistema funcionalmente diferenciado, que autopoieticamente evoluirá mediante suas comunicações por suas comunicações, gerando as suas respectivas comunicações e com as respectivas funções próprias, eis que a autopoiesis dos sistemas acoplados está tanto nas relações dos elementos, assim como na observação dos próprios elementos³²⁰ como estruturas de sistemas diferenciados. No sistema jurídico ter-se-á a manutenção de expectativa normativa por decisões individuais e não coletivas que são estruturas políticas.

O direito cumpre sua função jurídica de estabilização de expectativa normativa por comunicações chamadas decisões individuais, decisões contrafáticas na aplicação do código lícito/ilícito ao programa normativo. Posto isso, pergunta-se. Onde está a peculiaridade destas comunicações que as fazem diferentes das decisões coletivamente vinculantes? E ainda, e mais importante. Qual a peculiaridade dessas comunicações ditas individuais, advindas das irritações provenientes da Constituição frente às demais decisões individuais, a saber, as normas jurídicas em geral, que não as construídas a partir do programa Constituição?

Quanto à primeira pergunta, tem-se que as decisões coletivas são comunicações políticas e as decisões individuais jurídicas. Contudo, a diferença não está somente na diferença sistema/ambiente, mas surge a partir dela. As decisões coletivamente vinculantes

³¹⁸ Estabelecendo a instrumentalidade como a racionalização do sistema tem-se LUHMANN, Niklas Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo – tradução Darío Rodríguez Mansilla. 1ª edición, Chile: Antrophos Editorial, 1997. p.29.

³¹⁹ “ Constructivism could achieve a novelty effect if it would pursue the question of how uncoupling (in other words: indifference closure) is possible. The theory of epistemological subject never got to the question because it always had to deal with the paradoxical demand to find out by introspection how others relate to the world. (...) We therefore suggest replacing the distinction between subject and object by the distinction between system and environment ” LUHMANN, Niklas. Cognition as Construction(in) MOELLER, Hans Georg Luhmann Explained – From Souls do Systems., p.243-244.

³²⁰ LUHMANN, Niklas Luhmann. Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo., p. 105.

têm por meio de comunicação o poder³²¹, que em si é estrutura comunicacional política. Por outro lado, as decisões individuais contrafáticas para a manutenção de expectativas normativas, têm por meio, para o prosseguimento da comunicação jurídica e aplicação do código lícito/ilícito, a jurisdição como estrutura jurídica³²². São funções autopoeiticamente distintas³²³ e que possuem comunicações díspares que não se enxergam, pois ambas são ambientes umas para as outras.

Agora a resposta à segunda pergunta: em uma observação tautológica do sistema jurídico todas as normas jurídicas são o resultado da aplicação do código lícito/ilícito, seja o programa a Constituição ou uma lei infraconstitucional qualquer. Contudo, em uma observação sociológica do direito, em relação à diferença entre as decisões individuais construídas a partir das Constituições e as demais decisões individuais do sistema jurídico, pode-se afirmar o seguinte. O paradoxo presente no acoplamento estrutural Constituição fica evidente na construção de estruturas criadas tendo como programa a Constituição, do que nas demais estruturas jurídicas, tanto assim que a Constituição não produz comunicação diretamente e sim somente irritações. E por isso as decisões individuais, comunicações jurídicas provenientes das irritações advindas da Constituição, podem gerar um significado ou significados³²⁴ mais complexos para o sistema jurídico do que as demais comunicações do sistema.

³²¹ LUHMANN, Niklas “ La función catalizadora del poder ya está basada en complejos causales muy intrincados. Precisamente por esto es por lo que el poder sólo se entiende como un medio de comunicación simbólicamente generalizado. El hecho de desarrollar formulaciones abstractas por medio de complejos de selección controlados simbólicamente, al mismo tiempo segura que el poder no se considere como algo dependiente de la acción directa e interferencia por parte del poseedor de poder sobre la persona sujeta al poder” Poder, p.19.

³²² MOELLER, Hans Georg. Luhmann Explained – From Souls to Systems, p.29.

³²³ “ Si la política lograra realmente su objetivo de imponer las decisiones vinculantes para la comunidad de manera efectiva y sin excepciones, el sistema jurídico se encontraría en una situación paradójica: por un lado no tendría ningún problema porque ya no habría que contar con expectativas que pudieran ser desengañadas; por otro, se sentiría desengañado de sus propias expectativas por la irrupción en su campol del sistema político. Dicho de otra manera: existen buenas razones para que la imposición jurídica se limite a lo necesario para que las expectativas resistan los desenganos, y loa demás dejarlo a la diferencia funcional entre sistema jurídico y sistema político” LUHMANN, Niklas. El derecho de la Sociedad, 2002, p.211.

³²⁴ Significado como possibilidades de diferenciações, “ Meaning in this sense will have no outside, no antonym, no negative form. It knows, of course, negative meanings, even artificially constructed non sense meanings (nonsense poems for example) but every possible use of this médium called “ meaning” will itself reproduce meaning, and even en attempt to cross the boundary of meaning into an unmarked space will be a meaningful operation (The unmarked space has, for this purpose, the name unmarked space”) LUHMANN, Niklas. Theories of Distinction – Redescribing the descriptions of modernity - traduções Joseph O’Neil, Elliot Schreiber, Kerstin Behnke and William Whobrey. First Priting, California: Stanford University Press, Standford, 2002, p. 83.

Isso porque a forma paradoxal Constituição é uma forma *sui generis* em relação aos demais paradoxos dos sistemas sociais, por assim dizer. Os lados da forma³²⁵ Constituição são sub-divididos duplamente em lados negativos de outra forma³²⁶, ou seja, o lado da forma não marcado pela Constituição, como início circular do Estado de Direito, pode ser o lado cego³²⁷ do sistema político, como a sua distinção, ou seja, uma distinção política gerando uma diferença para irritação no sistema político ou outros sistemas, e vice-versa em relação ao sistema jurídico, ou seja, o lado não marcado do sistema político pode ser também o lado cego do sistema jurídico, como o lado feito distinção que poderá gerar irritações.

A especificidade da forma Constituição na sua paradoxalidade recíproca dos sistemas acoplados resultará em uma hipercomplexidade e contingências dos sistemas diferenciados funcionalmente no acoplamento, bem como em seus ambientes³²⁸. E desse aumento de complexidade e contingência poderá haver aumento na variação das diferenças nos sistemas sociais, podendo incrementar inclusive a evolução desses sistemas. E nesse sentido, isso poderá interferir na cognição³²⁹ e reconhecimento desses sistemas sociais para a construção e, portanto, comunicação de suas comunicações.

Outra diferença extremamente importante e necessária ao presente estudo está nas diferenciações das observações³³⁰ entre as decisões individuais “advindas” da Constituição e

³²⁵ Nunca é demais reforçar os conceitos primários da teoria sistêmica Luhmanniana do Direito. “Form is not to be understood here as the image of a thing [Ding] or, more generally, of a thing [Sace] in the sense of res that displays certain qualities owing to its form. Form is neither beautiful nor not so beautiful appearance. Form is also neither by opposition to matter nor by opposition to content (for that would only lead to the question of the form of this very object). Rather, form is the making of a difference [Differenz] with the help pf a distinction that compels one being one to designate one or the other side, in our case, either the being or the non being of something” MOELLER, Hans Goerg. Luhmann Explained – From Souls to Systems, p.116.

³²⁶ Em uma auto-referencialidade da forma jurídica e política, com possibilidades de reentradas contínuas e circulares. Sobre a definição da auto-referencialidade, ver SCHILTZ, Michael. Space is the Place: The Laws of Form and Social Systems. Thesis Eleven, Number 88, February, 2007, p.11.

³²⁷ Ponto cego é: “The term is metaphorical and articulates a simple fact. Whenever we look at something, there is something behind our back. In order to see something we have to stablish a poinr of view. Of course, that point of view again has its own blind spot, and so on ad infinitum. This concept expresses the idea that the very possibility of cognition always presupposes some conditions of cognition, wich are themselves not cognized. There can never a cognition or a Kknowledge of everything. The world as whole can never seen – it cannot be described by any theory, philosophy, or theology. Thus seeing and cognition are based on not-seeing or not-cognizing . Paradoxically, seeing (something) is based on blindness (of something else)”Idem, p.216.

³²⁸ O ambiente porque é o lado da forma não marcado, não especificado, é por definição mais ccomplexo e contingente do que o sistema já diferenciado.

³²⁹ Ver LUHMANN, Niklas. Cognition as Communication - translated by Hans Georg Moeller (in) Luhmann Explained – From Souls to Systems, p.241-252.

³³⁰ Sobre as observações tem-se “ Every observation designates something and distinguishes it there with from other things. What it designates can be another observer. When an observation observes another observer, it uses a more complex, two tracked process of distinction. It must first of all distinguish the observer from what he observes, and the same time, it must be able to distinguish the operation of observing from other operations, for

demais decisões individuais contrafáticas do sistema jurídico. Ou seja, qual a observação possível para a diferenciação das normas programáticas frente às demais normas do sistema jurídica no que tange às normas cujo programa seja uma estrutura fundacional do sistema jurídico e sistema político, estrutura peculiar que legitima e cria estrutura dos dois sistemas simultaneamente.

Para tanto, a análise da norma constitucional, como comunicação jurídica que é, faz-se necessária para o estudo das normas constitucionas programáticas, que são espécies daquelas.

2.3 NORMAS CONSTITUCIONAIS

A norma jurídica constitucional, como toda norma jurídica na concepção luhmanniana do direito não é o texto normativo, ou seja, não é o ato legislativo, mas sim a aplicação do programa normativo ao código jurídico lícito/ilícito. Em se tratando de Constituição, o programa jurídico para aplicação do código cuja forma ela própria, Constituição, criou através da diferenciação e acoplamento entre dois sistemas funcionalmente diferenciados, a saber, o direito e a política. Assim, a norma jurídica constitucional é o resultado dessa aplicação. Pode-se dizer que, dessa perspectiva, a norma constitucional é construída por aqueles que aplicam o código, notadamente, os tribunais³³¹.

Por isso, não se admite a hipótese de normas inconstitucionais na Constituição³³², no sentido da materialidade da norma. Ao contrário, a Constituição como estrutura comunicacional peculiar, que une e diferencia dois sistemas funcionalmente diferenciados, o jurídico e político, somente produz estruturas comunicacionais. E como em todos os sistemas funcionalmente diferenciados da sociedade, não há que se falar em conflito valorativo de uma estrutura comunicacional, mas sim tão somente se houve ou não comunicações.

instance form the generation of a difference. How can an observation do that? LUHMANN, Niklas. Theories of Distinction – Redescribing the descriptions of modernity, p.114.

³³¹ No caso brasileiro o controle de constitucionalidade poderá ser tanto pela via difusa como pela via concentrada.

³³² Em posição diametralmente oposta, ver BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais? - tradução José Manuel Cardoso da Costa. 1ª edição, Coimbra: Editora Almedina, 1994, p.48-68.

Tampouco são as normas jurídicas regras que integrariam a Constituição como documento formal³³³, muito menos se pode tratar de norma constitucional material ou formal³³⁴. Simplesmente o que há é comunicação jurídica decorrente da aplicação do código lícito/ilícito ao programa Constituição como acoplamento estrutural. Muito menos poder-se-ia observar a norma constitucional como limitadora do Poder Público,³³⁵ no sentido de se impor o sistema jurídico sobre o sistema político sendo considerada superior a qualquer comunicação do sistema político.

Ainda, não se poderia estabelecer que as normas jurídicas constitucionais tivessem uma natureza política,³³⁶ pois são comunicações jurídicas somente observadas como tais pelo direito, que é composto e diferenciado por estruturas jurídicas para a evolução das comunicações jurídicas. A norma constitucional pode ser sim, definida como limitadora do poder público enquanto poder político, porque estabelece a diferença entre o que é direito e o que não é direito, ou seja, o que pode ser político, na diferenciação sistema/ambiente.

Quando a Constituição serve de programa à construção das normas constitucionais, neste momento ela é estrutura jurídica para a consecução da comunicação jurídica. A Constituição é forma peculiar que acopla o direito e a política, mas quando é programa de aplicação do código lícito/ilícito é tão somente estrutura jurídica, única estrutura comunicacional possível de observação pelo sistema jurídico na sua construção evolutiva. E é a estrutura necessária à manutenção do sistema³³⁷ em sua auto-referencialidade³³⁸ autopoietica,

³³³ Conforme posição de SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p.44-50.

³³⁴ Portanto, a diferenciação das normas constitucionais como matematicamente e formalmente superiores no sistema jurídico é descabida em uma análise luhmanniana do direito. Em sentido contrário, ver HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*, 4ª edição, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p.193-194

³³⁵ Nesse sentido ver DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Editora Saraiva, 6ª edição, 2003, p.13-14.

³³⁶ Para uma análise sobre a natureza política das normas constitucionais, ver BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 419.

³³⁷ Sobre a necessidade de se esconder a natureza paradoxal da Constituição através do Décimo Segundo Camelo para a manutenção da própria evolução do sistema jurídico pode-se afirmar “Essa prática difundida – e a mais convincente hoje – encontra-se igualmente em concordância com a reiteração da prática decisória da profissão jurídica. Perguntamos simplesmente: o que resulta dela? Sem o camelo [há] discórdia e pânico, com o camelo, pelo contrário, [há] decisões ordenadas e satisfatórias. O sentido do camelo está no valor dessa diferença, e o valor de um valor nada mais é que o valor das consequências que se pode auferir graças a ele. Indubitavelmente uma fundamentação pragmática desse tipo renuncia a toda reflexão da função do direito; ela se limita a sublinhar as performances sociais incontestáveis [do sistema jurídico]. Isto poderia, com o tempo, conduzir para a corrosão dos “valores próprios” do direito.” LUHMANN, Niklas. *A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do Sentido de uma análise sociológica do Direito*, tradução do alemão por Dalmir Lopes Jr, (in) ARNAUD, André Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (org). *Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*, p. 43.

frente aos demais sistemas da sociedade. Em resumo: a Constituição quando programa jurídico é estrutura jurídica para formação de comunicação jurídica, através de mais comunicação jurídica.

Quando se estabelece que a Constituição seja um programa, isso não significa que o programa Constituição seja idêntico, por exemplo, a um ato normativo qualquer. A coincidência reside no fato de ser plataforma de aplicação do código lícito/ilícito, mas a observação desse programa não é idêntica a qualquer outra observação, tanto no que se refere à observação de primeira ordem, ou seja, na observação da Constituição pela própria Constituição, tampouco e principalmente na observação da Constituição pelos Tribunais que a observam como acoplamento estrutural que é.

A própria Constituição pode observar observações de primeira e segunda ordem a partir dela mesma, como forma³³⁹ de acoplamento estrutural entre o sistema político e o jurídico. Nas respectivas observações, a diferenciação será na distinção sistema/ambiente,³⁴⁰ para que, recursivamente essa distinção possa ser selecionada para outras distinções em possíveis outras comunicações, quando da aplicação do código lícito/ilícito ao programa Constituição.

A estrutura de observação de segunda ordem do tribunal³⁴¹ à Constituição é peculiar em comparação com as demais observações dos tribunais³⁴² que não tem como programa a

³³⁸ SPOSITO, Elena Sposito. From self – reference to autology: how to operationalize a circular approach in Social Science Information, volume 35, n.2, p. 271.

³³⁹ Nunca é demais repetir e esclarecer o conceito de forma na teoria luhmanniana. “Form is not to be understood here as the image of a thing [Ding] or, more generally, of a thing [Sache], in the sense of res that displays certain qualities owing to its form. Form is neither beautiful nor not-so-beautiful appearance. Form is also determined neither by opposition to matter nor by opposition to content (for that would only lead to the question of the form of this very object). Rather, form is the marking of a difference [Differenz] with the help of a distinction that compels one to designate one or the other side, in our case, either the being or the or the nonbeing of something” LUHMANN, Niklas. Paradox and Observation in Theories of Distinction – Redescribing the descriptions of modernity, traduções Joseph O’Neil, Elliot Schreiber, Kerstin Behnke and William Whobrey. First Printing, California- Stanford: Stanford University Press 2002.

³⁴⁰ “ But second – order observation is indeed not only first order observation. It is both more and less. It is less because it observes only observers and nothing else. It is more because it not only sees (= distinguishes) its object but also sees what the object sees and sees how it sees what it sees, and perhaps even sees what it does not see and sees that it does not see that it does not see what it does not see. Second order observation conveys a universal access to the world. The world thus becomes the imaginary metaworld of all worlds that form themselves when systems distinguish systems from environment” LUHMANN, Niklas. Theories of Distinction – Redescribing the descriptions of modernity, p.114-115.

³⁴¹ Os tribunais da teoria sistêmica luhmanniana têm grande importância, sendo sistemas parciais dentro do sistema jurídico “ Desde el punto de vista de la teoría de la diferenciación nos importa, en primer lugar, el posicionamiento de los tribunales como sistemas parciales (subsistemas) del derecho” LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad - tradução Javier Torres Nafarrete, p. 361.

Constituição. Na forma Constituição quando da aplicação³⁴³ do código ao programa as distinções sistema/ambiente em dois sistemas diferenciados são passíveis de observações e irritações recíprocas, ou seja, nas diferenciações sistema/ambiente dos sistemas jurídico e político a distinção do lado marcado/não marcado³⁴⁴ fica evidenciada, tanto em estruturas de observação de primeira ordem, mas principalmente com relação às de segunda ordem.

Contudo, na contingência³⁴⁵ e complexidade das observações a distinção e seleção de um lado da forma³⁴⁶ não destrói a outra hipótese, mas tão somente a pretere naquele momento enquanto seleção, abrindo a possibilidade circular da seleção e observação do outro lado da forma. Portanto, nessas observações de segunda ordem, a complexidade das variações é maior em programa como a Constituição. As estruturas de seleções e reestabilizações são mais complexas e contingentes,³⁴⁷ no programa Constituição, e por causa disso todas as demais comunicações sofrerão as interferências da peculiaridade e paradoxalidade do acoplamento estrutural Constituição.

³⁴² Em todos os tribunais recursais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, que também funciona como tribunal recursal.

³⁴³ As observações nas aplicações não são instantâneas em todas as observações como um todo, mas atual em cada observação quando da ocorrência da estrutura.

³⁴⁴ LUHMANN, Niklas. *Theories of Distinction – Redescribing the descriptions of modernity*, traduções Joseph O’Neil, Elliot Schreiber, Kerstin Behnke and William Whobrey. First Printing, California – Stanford: Stanford University Press, 2002, p.115-16.

³⁴⁵ Porque tudo é contingente quando o que for observado depender de quem observa. Ver LUHMANN, Niklas. *Observations on Modernity*. Tradução William Whobrey, Stanford: Stanford University Press, 1998, p.48.

³⁴⁶ “ We must explicitly maintain that the form is settled not merely on one side of the border, as in distinctions of the type form/matter, form/content, form/médium, but instead on both sides. In this case of ontology it’s not a form being/nobeing. Thus it does not vanish when one crosses the border (for one can always return). It would disappear only if one were to erase the marking of the border, but that would reproduce the “unmarked state” in wich one can observe nothing”. LUHMANN, Niklas. *Theories of Distinction – Redescribing the descriptions of modernity*, traduções Joseph O’Neil, Elliot Schreiber, Kerstin Behnke and William Whobrey. First Printing, California – Stanford: University Press 2002, p.117.

³⁴⁷ “At the level of second –order observing, everything becomes contingent, including the second order observing itself” LUHMANN, Niklas. *Theories of Distinction – Redescribing the descriptions of modernity*, traduções Joseph O’Neil, Elliot Schreiber, Kerstin Behnke and William Whobrey. First Printing, California- Stanford: Stanford University Press, 2002.

Ademais, poder-se-ia estabelecer que tais observações para a construção³⁴⁸ das normas constitucionais são desconstruções³⁴⁹ para a construção e desconstrução circular e contínua, tanto do sistema jurídico como do sistema político, porque são sistemas acoplados estruturalmente pela Constituição, ou seja, essas diferenciações destruindo e reconstruindo diferenças, aumentarão a evolução do direito e da política, e simultaneamente garantirão o fechamento operacional de tais sistemas que evoluirão por suas comunicações. Não é dizer que nas normas jurídicas não constitucionais isso não ocorra, mas tão somente que essa peculiaridade nas normas jurídicas constitucionais seja mais possível, e até necessária inclusive para o incremento das evoluções dos sistemas acoplados, pois, aumentando a variação e diferenciando-se as diferenciações, as seleções entre os sistemas são possíveis apesar de paradoxais. Enfim, é por essa peculiaridade que a norma constitucional reafirma a identidade³⁵⁰ da Constituição porque estrutura de forma específica em observação de segunda ordem, pois a própria Constituição já se afirmara em sua própria observação.

A norma constitucional, como qualquer norma, retira sua validade do sistema jurídico que o observa como tal, e que paradoxalmente é diferenciado e reafirmado pela Constituição. Tem sua vigência, também como qualquer norma, na possibilidade de se ter o outro lado da forma, ou seja, na complexidade e contingência na observação da norma. O mesmo ocorrendo com as relações entre norma constitucional e o tempo, norma constitucional e o risco, em nada diferente destas em relação às demais normas do sistema. Tal similitude de conceito se dá ainda quanto à eficácia da norma constitucional, que não é observação jurídica, mas

³⁴⁸ Construções não da realidade como mundo fático pronto e acabado, mas construção do que pode ser observado, informado e portanto comunicado. Resumindo essa visão construtivista na observação sistêmica e da observação do que não pertence ao sistema “ From the constructivist perspective of systems theory, reality is not something given, but an effect of cognitive construction. There is not “ one” reality, no one realm of “ being” as in the traditional Old European ontology – but rather a plurality of realities created through cognition. Cognition produces reality by producing system/environment distinctions. Reality thus emerges as an effect of the operational closure of systems. Once systems are able to link their observational operations, and themselves. Cognition produces operational closure and thus systemic autopoiesis, systemic autopoiesis produces cognition. In this way a complex constructivist reality, not based on singular “ being”, but on multiple differences emerges” in MOELLER, Hans – Goerg. Luhmann Explained – From Souls to Systems, p.70.

³⁴⁹ Niklas Luhmann explica o conceito citando Jacques Derrida “ Deconstruction, then is the deconstruction of the “ is” and the “is not”. Deconstruction deconstructs the assumption of presence, of any stable relation between presence and absence. It is an unstable concept subject to an ongoing différance of any difference it makes. It changes places and dances together with other unstable indicators such as différance, trace écriture, supplement, blanc, and marge around a center that can no longer be characterized as either present or absent. It is like dancing around the golden calf while knowing that an unqualifiable god has already been invented.” Theories of Distinction – Redescribing the descriptions of modernity, traduções Joseph O’Neil, Elliot Schreiber, p. 98.

³⁵⁰ Idem, p.119.

observação de que seja ambiente ao direito, ou seja, ambiente à própria Constituição como forma jurídica³⁵¹.

Entretanto, a diferença ou peculiaridade das normas constitucionais, em comparação com as demais normas jurídicas, reside em um conceito muito importante na teoria luhmanniana, a observação. A Constituição, como aquisição evolutiva que é, quando surge cria também diferenciações para a completude e autonomia do sistema jurídico e político. Ao mesmo tempo, porque é estrutura paradoxal e única, faz surgir a diferenciação no sistema jurídico entre normas constitucionais e infraconstitucionais, e no sistema político, diferencia entre leis constitucionais e infraconstitucionais. Ou seja, a Constituição é forma fundante que embora seja autoreferencial, cria as condições para a produção de estruturas jurídicas e estruturas políticas como acoplamento estrutural. Essas estruturas que surgirem a partir da observação dela e por ela em sua auto-referência são diferentes das estruturas formadas quando da aplicação do código lícito/ ilícito, não construídos a partir da Constituição. Do mesmo modo, com as estruturas políticas, a Constituição regulamenta também as diferenciações necessárias à aplicação do código situação/oposição, então as leis constitucionais são a representação do código situação/oposição pela estrutura que o observa e possibilita a estruturação do código situação/oposição. Em resumo, é a partir da Constituição que a simetria³⁵², entre o sistema jurídico e político, deixa de ser observada e as diferenças são criadas, para novas diferenciações – normas constitucionais/ infraconstitucionais e leis constitucionais e infraconstitucionais.

Ainda, a Constituição quando serve de programa à aplicação de código lícito e ilícito “esconde”,³⁵³ pela diferenciação interna na sua forma, todas as estruturas políticas na diferenciação do sistema político que observam outra função e outro código, gerando possibilidades de irritações ao sistema jurídico e político na Constituição, que poderá, em se observando nas suas distinções, ser um programa extremamente complexo e contingente na aplicação do código lícito/ilícito. Essa complexidade possibilitará um aumento da complexidade e contingência da expectativa normativa no que se refere à expectativa dos atores envolvidos na aplicação do código jurídico ao programa Constituição, ou seja, a todos aqueles envolvidos na construção da norma constitucional. Assim, os magistrados, os

³⁵¹ Em sentido oposto em relação à eficácia das normas constitucionais inclusive em seus aspectos semânticos e pragmáticos ver DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus efeitos. 6ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

³⁵² Ver LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição evolutiva, p. 11-12.

³⁵³ Porque foi selecionada a comunicação jurídica, um lado da forma, e não o outro.

advogados, as partes de uma lide e todos aqueles que porventura observarem essa comunicação³⁵⁴ jurídica no direito.

Também, a norma constitucional é estrutura jurídica redutora de complexidade e contingência, que paradoxalmente poderá gerar expectativas normativas³⁵⁵ e cognitivas³⁵⁶ mais complexas e contingentes do que possivelmente ocorreria em relação às demais normas do sistema jurídico, frente à peculiaridade da Constituição como programa à aplicação do código lícito/ilícito.

O risco³⁵⁷ das normas constitucionais ganha então uma importância maior, frente ao sistema jurídico e ao seu ambiente do que o risco próprio das demais normas do direito, visto o incremento da complexidade e contingência do programa chamado Constituição, embora tanto naquele caso como nesse, o conceito seja o mesmo. O risco é maior, não no sentido de grandeza e sim de importância, porque na observação para a construção da norma constitucional a determinação frente à indeterminação da Constituição é maior do que qualquer outro programa³⁵⁸ no direito. Em resumo pode-se dizer que as possibilidades da forma são duplicadas, pois a Constituição como é uma forma peculiar, onde há “duas formas” em uma forma chamada acoplamento estrutural, apresenta na construção da norma jurídica

³⁵⁴ Assim o sistema jurídico como um todo, por exemplo, quando da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um texto constitucional.

³⁵⁵ Expectativa normativa não é consciência dos envolvidos na comunicação, mas tão somente a observação da contingência da forma. Porque conforme ressalta LUHMANN, Niklas. “Society is therefore not a living thing.” *The Society of society*, tradução Hans Georg Moeller in Luhmann Explained – From Souls to Systems. Open Court. Chicado – Illinois, 2007, p.231.

³⁵⁶ Tampouco a expectativa cognitiva seja uma aspiração humana. É a observação do lado não marcado da forma, é a observação da autopoiesis do sistema reconhecendo o ambiente como a comunicação que não faz parte de um sistema específico. Quanto à autopoiesis tem-se: “Lo social nunca ha sido (y probablemente nunca lo será) el espacio de la realización absoluta de las posibilidades más humanas del hombre. La sociedad manifiesta una consistencia propia (si bien dinámica y evolutiva), una regulación autorreferente que da pie a que cada individuo la experimente en grados de profundidad (o de decepción) y en direcciones diversas. Pero estos grados de vivencia subjetivo no pertenecen propiamente al ámbito de lo social: están ubicados en el otro lado de la forma de lo social, en el entorno. El descubrimiento moderno de lo inconmensurable de la interioridad humana, a partir de Freud, advierte que no es posible construir una sociedad que pueda corresponder a tales posibilidades de variación.” RODRÍGUEZ, Darío Mansilla; NAFARRETE Javier Torres. Autopoiesis, the unity of a difference: Luhmann and Maturana. *Sociologias Porto Alegre*, n. 9, 2003 Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222003000100005, p.13.

³⁵⁷ Nunca é “demais lembrar nas palavras de Rafaelle di Giorgi “ O risco não é um condição existencial do homem, muito menos uma categoria ontológica da sociedade moderna, e tampouco o resultado perverso do trabalho da característica das decisões, uma modalidade de construção de estruturas através do necessário tratamento das contingências. É uma modalidade da relação com o futuro: é uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade” O risco na sociedade contemporânea in – in *Direito, Democracia e Risco*. Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.197.

³⁵⁸ Porque na Constituição há, teoricamente, dois tipos de programas: um condicional, que é o jurídico; e outro teleológico, que é o político. Essa dualidade em uma mesma estrutura demonstra a hipercomplexidade da Constituição.

constitucional maior risco em relação às normas infraconstitucionais do sistema, pois estas não têm como programa a Constituição.

Esclareça-se, não é dizer que interessa aos sistemas sociais autopoieticos e por isso ao direito, conhecer, direcionar e satisfazer as intenções pessoais de cada indivíduo em um sistema específico³⁵⁹. Os sistemas sociais são formados de comunicações próprias e somente essas comunicações serão observadas e reconhecidas. Nesse sentido, somente as expectativas sistêmicas serão observadas como estruturas necessárias à evolução do direito na manutenção da comunicação. As consciências serão somente meio para acoplarem-se aos sistemas sociais através da linguagem³⁶⁰.

A possibilidade no aumento da complexidade e contingência decorre por causa da simbologia³⁶¹ imanente à Constituição³⁶² como programa, quando da construção da norma à qual será transportada³⁶³ como meio de comunicação simbolicamente generalizada, como estrutura redutora de complexidade que, paradoxalmente,³⁶⁴ aumentará sobremaneira a

³⁵⁹ Ver PANNARALE, Luigi. *Il diritto e le aspettative*, p.161.

³⁶⁰ Conforme explica Niklas Luhmann “Communication is possible only as an autopoietic system. With the help of language, it reproduces communication from communication while using this structural requisite of its own reproduction to employ the mind as a medium. The mind therefore participates in communication as structurally determined system and as a medium. This is possible only because the mind and communication, physis systems and social systems, never fuse or even partially overlap but are completely separate, self referentially closed, autopoietic – reproductive systems. As I said; humans cannot communicate. “Theories of Distinction – Redescrbing the description of modernity - traduções Joseph O’Neil, Elliot Schreiber, Kerstin Behnke and William Whobrey. Stanford University Press, Standford, California, 2002, p. 176.

³⁶¹ Porque esconde a paradoxalidade do acoplamento estrutural da Constituição que é sua essência e seu criador. Tanto assim que na concepção de Niklas Luhmann citado por Rafaelle de Giorgi “Os símbolos, contudo, escreve Luhmann simbolizam sempre outra coisa que, enquanto tal, não pode se dar a ver, não pode se tornar visível. Os símbolos, de fato, tornam invisível uma realidade subjacente que se produz, se organiza e se reproduz, independentemente dos símbolos, segundo os seus próprios mecanismos” Estado e Direito no fim do Século – tradução de Juliana Neuenschwander Magalhães e Menelick de Carvalho Neto - Direito, Democracia e Risco – Vínculos com o futuro. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998p. 70.

³⁶² Explicando o caráter simbólico da Constituição Marcelo Neves assevera “Symbolic constitutionalization, I argued, consists of ‘overexploitation’ of law by politics, in such a way that the operational autonomy of the legal system would itself be damaged by this (ibid.: 132). The point was not to deny that every constitution has a symbolic dimension, or that the symbolic is useful to constitutional normativity, but to restrict the concept of symbolic constitutionalization to situations of hypertrophy of the politico-symbolic, to the detriment of the normative-juridical force of the constitutional text. The positive contribution of symbolic constitution-alization to the process of overcoming authoritarianism and striving for democracy was not denied (ibid.:162), but that dimension was not brought to the fore” in The symbolic force of human rights, Philosophy and social Criticism, vol.33, n.4, p.416.

³⁶³ Quando se diz transportada isso quer dizer comunicada, ou seja, essa simbologia é peculiaridade na tríade das seleções para a efetivação da comunicação. Sobre a comunicação como também sistema autopoietico ver Niklas Luhmann, Theories of Distinction – Redescrbing the description of modernity traduções Joseph O’Neil, Elliot Schreiber, Kerstin Behnke and William Whobrey. Stanford University Press, Standford, California, 2002, p.155-168.

³⁶⁴ Tanto assim que Paulo Roberto Lyrio Pimenta, ao resumir o posicionamento a respeito da constitucionalização simbólica apresentada por Marcelo Neves, esclarece “Dessa forma, a constitucionalização

complexidade e contingência do direito, garantindo ao sistema jurídico, novas seleções, novas diferenciações. É uma “nova” forma introduzida no sistema por mais seleções, através da simbologia da letra da Constituição, tanto no poder ³⁶⁵ como meio simbólico próprio do sistema político da forma Constituição, no código situação/oposição, e do mesmo modo código lícito/ilícito para a construção do sistema jurídico.

A Constituição como forma peculiar chamada acoplamento estrutural é capaz de apresentar um futuro inimaginável e completamente aberto frente às inúmeras possibilidades dos sistemas de uma sociedade cada vez mais complexa³⁶⁶ na sua evolução contínua e irrestrita na construção de mais e mais comunicações frente às irritações³⁶⁷ dessa própria Constituição, nada certo ou ordenado, tampouco causal³⁶⁸, em uma sociedade que apresenta

simbólica é mais abrangente do que a legislação simbólica, quanto às dimensões social, temporal, e material” in Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas. Editora Max Limonad, São Paulo, 1999, p. 226.

³⁶⁵“For Luhmann, both law and politics obtain validity through their own communications, and through the semantics and self-descriptions which they are able to initiate in order to render their applications consistent and plausible. Despite this, however, he also suggested, against Schmitt, that there exists a high societal probability that modern power will be a medium of communication which is interdependent with law.” TORNHILL, Chris. Niklas Luhmann, Carl Schmitt and Modern Form of the Political. University of Glasgow. European Journal of Social Theory 10 (4), 2007, p.506.

³⁶⁶ Não se tem aqui nenhuma relação com um futuro nostálgico e ilusório, simplesmente uma sociedade complexa que circularmente é construída por ela mesma. Nesses termos tem-se “ If there is a significant difference between Luhmann’s diagnosis of modernity and the contemporary discourse on postmodernism, it would have to be sought, it seem to me, in the theoretical rigor with Luhmann thinks through and embraces the consequences of modernization – not because the society in which we live is the best of all possible worlds, but because an acceptance without nostalgia of the structural limitations of modernity is a precondition, and possibly the only way, if finding creative solutions to its problems” Eva Knot, foreword to Niklas Luhmann, Social Systems in William Rasch. Niklas Luhmann’s Modernity – The Paradoxes of Differentiation. Stanford University Press, Stanford, California, 2000.

³⁶⁷ As irritações poderão funcionar para permitir a construção da comunicação apesar de pertencerem ao ambiente a que irrita conforme explicam Dario Rodriguez Mansilla e Javier Torres Nafarrete “Para que un determinado fenómeno sea tematizado en la comunicación, es necesario que consiga hacer resonancia dentro del sistema social, vale decir, que apele a alguna posibilidad del sistema que guarde sintonía con él. Se pudiera hacer la metáfora del diapasón, que vibra por simpatía, vale decir, que comienza a emitir una nota cuando una cuerda de la guitarra afinada para esa nota es pulsada y hecha sonar. El diapasón - como el sistema - no necesita ser estimulado directamente, sino que resuena en concordancia, al ser estimulado o irritado por el sonido al que está afinada su estructura. Ningún otro sonido va a provocar este resultado; el diapasón es "sordo" a todo otro sonido. Los sistemas sociales cuentan también con este mecanismo de contacto con el entorno. Su estructura resuena al ser estimulada por algún fenómeno para el que esté sintonizada. El resto de los fenómenos pasa desapercibido” Darío Rodriguez Mansilla e Javier Torres Nafarrete. Autopoiesis, the unity of a difference: Luhmann and Maturana. Sociologias Porto Alegre, , n. 9, 2003 Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222003000100005, p.16.

³⁶⁸ Conforme esclarece o próprio Niklas Luhmann na conceituação de acoplamento estrutural “ Well, the term “ structural coupling”, if you use it the way Maturana uses it, has the advantage of making clear that there is no causal determination of the state of one system by the other, but there is simply a channel of reciprocal irritation, or also one way irritation” in an interview with Eva Knot in William Rasch, Niklas Luhmann’s Modernity – The paradoxes of Differentiation. Stanford University Press, Stanford California, 2000, p.208.

com inúmeros interesses crescentes³⁶⁹. A Constituição será forma possível para a construção de comunicação.

Analizada a Constituição na sua peculiaridade de acoplamento estrutural entre o direito e a política, para o estudo das normas programáticas constitucionais ditas normas principiológicas e norteadoras do direito, necessário agora é o estudo e releitura dos princípios jurídicos ante a concepção da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

2.3.1 PRINCÍPIOS

A doutrina jurídica em geral faz dos princípios ícones para a sustentação do próprio direito. Alguns vão declarar que são os princípios jurídicos normas não auto-executáveis³⁷⁰, ao passo que outra parte vai classificar princípios como normas de eficácia plena ou limitada³⁷¹, e até mesmo norma de eficácia direta e indireta³⁷². Ainda, outros consideram os princípios como as únicas normas capazes de solucionar casos difíceis³⁷³, nomeadamente princípios da proporcionalidade e razoabilidade³⁷⁴ em uma teoria própria da argumentação jurídica,³⁷⁵ possibilitando o direcionamento do direito pelos princípios. Porém, em todas as hipóteses aventadas, diante de uma concepção luhmanniana, tais separações são inviáveis³⁷⁶. Uma, porque não há diferenciação entre pouca/muita eficácia de uma norma, ou, até mesmo, de qualquer estrutura jurídica, visto que a distinção relevante é ser ou não comunicação, comunicação realizada/ ou falta de comunicação jurídica porque não logrado o êxito na etapa comunicacional. Duas, porque não há diferenciação de casos mais/ menos difíceis para serem

³⁶⁹ Idem, p. 200.

³⁷⁰ Conforme clássica classificação de Thomas Cooley em obra de TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 4ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.89.

³⁷¹ Conforme classificação de Crisafulli, in TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, p. 90.

³⁷² Conforme classificação de Zagrebelsky, TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, p.90.

³⁷³ Ver DWORKIN, Ronald. Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1985, p.120-145.

³⁷⁴ Ver ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica. México: Editora Fontamara, 1993.

³⁷⁵ Ver ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

³⁷⁶ No mesmo sentido ver ESSER, Josef. Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado – traducción del alemán por Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1ª edición, 1961, 498p.

solucionados, e sim manutenção de expectativa normativa para a consecução da função do direito, ou seja, estabilizar expectativa normativa para a contínua e circular construção da comunicação jurídica.

A distinção entre princípios e regras em maior/menor abstração ³⁷⁷ em uma sociedade complexa e contingente é despropositada. A sociedade moderna formada de sistemas autopoieticos funcionalmente diferenciados é formada unicamente de comunicações. Não há lugar da diferenciação maior/menor abstração entre comunicações, e sim tão somente, se há ou não comunicação na diferença sistema/ambiente no processo comunicativo pelas estruturas variação, seleção e restabilização.

Princípios não são mandamentos ³⁷⁸ de otimização ³⁷⁹, porque em sistemas autopoieticos funcionalmente diferenciados não há que se falar em otimização ou aceleração de metas ou ideais. A comunicação como estrutura mínima do sistema tem seu tempo próprio, independentemente de outras regras que não outras comunicações que obedeçam às mesmas diferenciações do sistema onde estiverem e, portanto seleções para serem concretizadas. Sem otimização, mandamentos ou aceleração, mas tão somente a concretização da comunicação ³⁸⁰, ou seja, no direito so há que se falar em comunicações jurídicas por mais comunicações jurídicas, não em estruturas diretivas ³⁸¹.

Também não são os princípios estruturas capazes de assegurar os direitos subjetivos ³⁸² ou a garantir a segurança jurídica ³⁸³. Essa concepção fica despropositada com a sociedade complexa, com o direito positivo que, ao contrário do direito natural, encontra seu

³⁷⁷ Para um estudo mais detalhado sobre essa distinção, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Editora Almedina, 7ª edição, 2003, p. 1159-1175.

³⁷⁸ Mas tão somente um parâmetro para a circular procedimentalização da comunicação jurídica. Nesse sentido ver ESSER, Josef. *Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado – traducción del alemán por Eduardo Valentí Fiol*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1ª edición, 1961, p.124-125.

³⁷⁹ Ver uma interessante análise dessa questão em SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma, Contingência e Racionalidade – Estudos preparatórios para um Teoria da Decisão Jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 179-186.

³⁸⁰ LUHMANN, Niklas. *Theories of Distinction – Redescrbing the description of modernity*, p.162.

³⁸¹ Explicando a contingência e complexidade dos interesses no sociedade complexa e que como tal não poderia ser direcionada por esse ou aquele mandamentos: “And then, of course, the question of what kind of interests are supported by, or support themselves within, functional differentiation becomes important, and what kinds of interests simply prevent functional differentiation from being realized” LUHMANN, Niklas. *Answering the question: What is Modernity. – an interview with Niklas Luhmann (in) Niklas Luhmann’s Modernity – The paradoxes of differentiation*. First Priting, California: Stanford University Press, Standford, 2000, p.200.

³⁸² “ Individual rationality is private and perhaps secret, and only collective rationality can be generalized and is valid as a public choice. Individual rationality belongs to the environment” HAGEN, Roar. *Rational Solidarity and Functional Differentiation*. *Acta Sociológica* n. 43, 2000; p.43.

³⁸³ Ver ESSER, Josef. *Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, p.35.

fundamento nele próprio, direito positivo. Aliás, é essa segurança da clausura operativa que vai garantir a evolução direito enquanto sistema autopoietico frente aos demais sistemas da sociedade e que por isso, garantirá ao direito permanecer sistema jurídico a despeito da evolução da sociedade, possibilitando com isso a diferenciação das estruturas que especifiquem quais seriam os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais remontam ao direito natural³⁸⁴ desde a época em que a diferenciação funcional não era observada e qualquer estrutura poderia ser justificada como direitos humanos fundamentais³⁸⁵, eis que o próprio direito, enquanto estrutura arcaica retirava sua validade e legitimidade de estruturas alheias às suas. Tal concepção é repetida e reinventada como se a sociedade ainda estivesse parada no tempo e no espaço, na tentativa de readaptação de um novo iluminismo³⁸⁶, onde inclusive direito e moral³⁸⁷ eram e ainda poderiam ser sinônimos.

São os direitos fundamentais diferenciações frente às diferenciações da sociedade funcionalmente diferenciada³⁸⁸, mantendo em cada interesse de cada sistema um futuro aberto à possibilidade de realização ou não de um interesse. Por isso, pode-se dizer que os direitos fundamentais ou direitos subjetivos sejam estruturas que confirmam e delimitam³⁸⁹ a

³⁸⁴ Sobre a importância dos direitos humanos na sociedade complexa e seu nascedouro no direito natural Niklas Luhmann ensina “ Uno de los principales indicadores de la existencia de un sistema jurídico de la sociedad mundial lo constituye la creciente atención que se dispensa a las violaciones de los derechos humanos. La idea de tales derechos (en su sentido moderno) surge con el desmoronamiento del antiguo derecho natural europeo y en estrecha conexión con las construcciones de índole sócio contractual.” El derecho de la sociedad – Universidad Iberoamericana Colección Teoría Social, México, 2002, p.652.

³⁸⁵ Conforme explica Marcelo Neves “To take a cynical or at least ironic view, the phrase ‘human rights’ might be termed a ‘floating signifier’ or a ‘zero symbolic value’ in the words of Lévi-Strauss (1973: xlix f., n. 1), in that its function or efficacy is to ‘resist the absence of signification without having any particular signification in itself’. Another option would be to argue, based on the deconstructionist model, that the phrase ‘human rights’ is an ‘empty signifier’ (Laclau, 1994). These moves would not help us a great deal to address the problem we face on this occasion. They serve merely to question the semantically arbitrary use of the signifier ‘human rights’”. The symbolic force of human rights, *Philosophy and social Criticism*, vol.33, n.4, p.412.

³⁸⁶ Para uma análise nesse sentido, ver SUREDA, Davor Simic; CASTANO, María Luisa Silva. Universidad Politécnica, Universidad San Pablo - CEU, Madrid (España), Bases filosóficas para una recuperación del concepto de humanismo, Congreso tomista internacional l’umanesimo cristiano nel iii millennio: prospettiva di tommaso d’aquino roma, 21-25 settembre 2003, pp.1/9.

³⁸⁷ O que, em uma visão sistêmica, é impossível. Ver LUHMANN, Niklas. Code of Moral. Cardozo L. Rev. HeinOnline 14,1992 – 1993, p.995-1009.

³⁸⁸ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p.172.

³⁸⁹ “This means that human rights contribute to the transformation of unstructured complexity into structured complexity, which entails a claim to justify certain normative expectations and exclude the legal validity of others. The role of human rights in structuring the openness to the future and complexity relates to normative requirements that are sensitive to cognitive recognition of the surplus of possibilities and risks inherent in modern society” NEVES, Marcelo The symbolic force of human rights, *Philosophy and social Criticism*, vol.33, n.4, p.416.

diferenciação dos sistemas diferenciados³⁹⁰ na sociedade moderna⁴⁰² através dos princípios como premissas de decisão. Em resumo, o direito subjetivo ou direito fundamental é a comunicação jurídica, como qualquer outro, que satisfará o interesse imediato de uma pretensão jurídica, tendo como premissa de decisão um princípio.

O princípio constitucional não é norma jurídica, porque não é aplicação do código normativo lícito e ilícito ao programa Constituição. É premissa de decisão³⁹¹, estrutura que só se faz objetiva³⁹² quando consegue comunicar no processo comunicacional, ou seja, quando é informação do emissor que é compreendida nos seus exatos termos pelo receptor.

Nesse contexto de premissa de decisão, os princípios constitucionais podem funcionar também como premissa para a comunicação política, ou seja, texto de lei, no caso texto constitucional que é o resultado do jogo político que poderá servir de base também como informação à continuação de mais estruturas políticas, assim base para a elaboração de mais textos de leis, constitucionais ou não. Para a comunicação política pela decisão coletivamente vinculada, seriam nesta situação, indicadores programáticos³⁹³.

Os princípios, então, são premissas de decisão que se valem também de estruturas simbólicas³⁹⁴ de diferenciação, chamadas direitos humanos, para construção de informação na etapa do processo comunicativo. Se a premissa for informação para a construção de estruturas políticas sob o código situação/oposição ter-se-á no princípio uma estrutura política. Ao passo que, se a premissa for informação para aplicação do código lícito/ilícito ter-se-á o começo do processo comunicacional jurídico, possibilitando assim a evolução do direito pelo direito. Em ambas as hipóteses, sem estruturação pré-determinada, sem norte pré-estabelecido³⁹⁵.

³⁹⁰ TRINDADE, André. Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica. 1ª edição. Livraria do Advogado editora. Porto Alegre, 2007, p.145.

⁴⁰² Na teoria sistêmica ante a observação da sociedade moderna, observação e sistemas são conceitos recíprocos. Ver LUHMANN, Niklas. *Observations on Modernity*. Tradução William Whobrey, Standford: Standford University Press, 1998, p.56.

³⁹¹ E somente como premissas de decisão, ou precedentes são fontes do direito. Ver ESSER, Josef. *Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, p. 152.

³⁹² CORSI, Giancarlo. *Valores y derechos fundamentales en perspectiva sociológica*, p.3

³⁹³ Idem, p.2.

³⁹⁴ Ibidem, p.5.

³⁹⁵ Quanto ao sistema jurídico LUHMANN, Niklas “ El derecho no “tiene principio”: siempre encuentra la posibilidad de conectarse con las tradiciones que se van descubriendo. Si la sociedad hace posible su diferenciación, el derecho se clausura em um sistema autoreferente y trabaja con el material normativo que está a su disposición desde el inicio” *El derecho de la sociedad – Universidad Iberoamericanam Colección Teoria Social*, México, 2002, p.195

Enfim, e não menos importante, os princípios servem também como equivalentes funcionais para dar segurança à redundância do sistema³⁹⁶ onde o princípio for premissa de decisão, seja ela política – resultado da aplicação do código situação/oposição, ou jurídica para aplicação do código lícito/ilícito. Equivalentes funcionais porque são estruturas que carregam a simbologia imanente da própria Constituição onde estão dispostos como atos políticos³⁹⁷ para a satisfação da opinião pública por um lado, e programas para a aplicação do código jurídico do outro lado, dando estrutura para que o Juiz possa decidir e não se eximir de prestar a justiça³⁹⁸

Portanto, para o direito, princípios não são estruturas ideológicas³⁹⁹ nem algo reificado⁴⁰⁰ fora do sistema jurídico, mas tão somente estruturas jurídicas que servirão de informação na evolução comunicacional do direito, onde a argumentação serve como meio para a compreensão entre a informação e a compreensão do que fora informado, onde o sistema do direito é a fonte do direito⁴⁰¹ na circularidade e reafirmação dos direitos fundamentais não como segurança à felicidade da sociedade⁴⁰², mas como a garantia da reinvenção dos próprios direitos fundamentais. São em suma, importantes para a construção da comunicação jurídica como premissas de decisão na construção da norma jurídica, na solução do caso concreto⁴⁰³. Para a política, são premissas através do texto de lei constitucional, para a satisfação da opinião pública na comunicação do sistema político, informação para a promoção da diferença situação/oposição, ou seja, uma satisfação momentânea à opinião pública para que os legisladores permaneçam na situação.

³⁹⁶ Ibidem, p.452-453.

³⁹⁷ Princípios como atos políticos existem em outro documento que não somente a Constituição, porém como o objeto de estudo está nas normas programáticas constitucionais, quando neste trabalho se remete a princípios estes são os presentes na Constituição.

³⁹⁸ Neste sentido, ver CORSI, Giancarlo. Valores y derechos fundamentales en perspectiva sociológica, p.8.

³⁹⁹ Para um estudo do caráter ideológico dos princípios, ver GRAU, Eros Roberto em seu Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito, segunda parte, Editora Malheiros, São Paulo, 2002, pp.180/193.

⁴⁰⁰ Ver COELHO, Fábio Ulhôa. Direito e Poder. Editora Saraiva, São Paulo, 1992.

⁴⁰¹ Fonte do direito é o direito válido, observável. Ver LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, tradução Javier Torres Nafarrete, Universidad Iberoamericana, México, 2002, p. 597.

⁴⁰² DI GIORGI, Rafaelle enfatiza “No fundo, os direitos humanos. Mais que direitos de proteção frente à ingerência do Estado, mais que direitos que se possui para serem tutelados pelo direito, mais que direitos de qualquer ser humano, compreendida a maioria dos homens que vivem na exclusão, mais que isto, os direitos humanos são direitos de assistência humanitária. Condensam a angústia, o medo e a ilusão daqueles que vivem na exclusão. E a humanidade? A humanidade se descobre verdadeiramente livre quando é violentada. Para o direito, ela é somente uma papel humorístico. Assim como para a polícia” in Direito, Tempo e Memória, Editora Quartier Latin, São Paulo, 2006, p.239.

⁴⁰³ Ver ESSER, Josef. Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privqdo, p.233.

Posto isso, uma dogmática baseada em princípios como normas jurídicas valorativamente mais importante do que as demais, ou ainda, pautada nestas estruturas como baluartes do direito, enfim uma dogmática baseada na consequência é cega, porque o valor é estrutura institucionalizada e não há comunicação sobre um valor⁴⁰⁴. A dogmática jurídica atual pouco auxilia na observação do sistema jurídico porque tenta diferenciar o indiferenciável, ou seja, o valor⁴⁰⁵, não há que se questionar se o direito deve ou não alcançar justiça, a paz, a saúde e educação para todos. Tais valores são estruturas tautológicas, e por isso não oferecem variação para o processo comunicativo do direito, impossibilitando a evolução direito por suas próprias estruturas.

Assim, cabe um novo estudo à dogmática jurídica para estabelecer diferenciações ao direito para que, ele direito, possa evoluir. Ou seja, oferecer diferenciações observáveis ao direito e pelo direito, que possibilitem o estudo do sistema jurídico como sistema autopoietico funcionalmente diferenciado dos demais sistemas da sociedade⁴⁰⁶, ou seja, estudar os princípios jurídicos não como valores, e sim como premissas de decisão, como por exemplo premissas de decisões jurídicas que podem ser tão somente informações no processo comunicativo, em cada comunicação, em cada caso concreto.

Mas, o que esta nova dogmática interessa ao estudo das normas programáticas constitucionais e suas peculiaridades frente às demais normas constitucionais direito? Este estudo terá condições de apontar as peculiaridades das normas programáticas frente às demais normas do direito, não como valores, mas como premissas de decisão, sem conteúdo de hierarquia ou início. É isso, o que se tentou até aqui e o se seguirá tentando para apontar especificamente o ponto fulcral das diferenças entre as normas constitucionais programáticas e as demais normas constitucionais do direito.

Sendo assim, esclarecida a questão das normas constitucionais como estruturas diferentes dos princípios, que por sua vez também são diferentes dos ditos direitos fundamentais, mister agora será a análise mais detida de normas constitucionais essencialmente ditas principiológicas que são as chamadas normas programáticas, e assim

⁴⁰⁴ CORSI, Giancarlo. Valores y derechos fundamentales en perspectiva sociológica, p. 1.

⁴⁰⁵ Idem, p.2.

⁴⁰⁶ LUHMANN, Niklas. Sistema Jurídico y Dogmatica Juridica – traducción Ignacio de Otto Pardo. 1ª edición, Madrid: Colección Estudios Constitucionales, 1983, p.70-91.

poder compará-las com as demais normas do sistema jurídico, oferecendo quais seriam as consequências das peculiaridades das normas programáticas para a evolução do direito⁴⁰⁷.

⁴⁰⁷ RASCH, William. Niklas Luhmann's modernity – the paradoxes of differentiation. Stanford University Press, California 2000, p. 20.

3 NORMA PROGRAMÁTICA.

A norma programática, como toda norma jurídica, é aplicação do código ao programa do direito, esse programa é a Constituição.

Quando se relata sobre norma programática, há que se esclarecer não se tratar de lei, porque esta é ato originado do sistema político, resultado da aplicação do código do sistema político situação/oposição ao programa projeto de lei. Norma programática, antes de tudo, porque é norma, é estrutura jurídica, comunicação, porque resultado da aplicação do código lícito/ilícito.

Tampouco seja a norma programática estrutura capaz de direcionar ou delinear as atitudes do Estado, inclusive impondo-lhe limitações⁴⁰⁸ à atuação estatal, bem como uma limitação do direito para implementar decisões políticas⁴⁰⁹. A acepção de estrutura jurídica capaz de direcionar qualquer estrutura, seja jurídica ou não, é uma noção incompatível com as bases da teoria sistêmica social do direito de Niklas Luhmann, por isso também com a função do direito nos termos da perspectiva luhmanniana, como manutenção de expectativa normativa, eis que o futuro é mundo complexo⁴¹⁰.

O termo “programático” dado à norma jurídica será aproveitado a este estudo, tendo em vista a peculiar característica deste ato político chamado lei⁴¹¹ constitucional programática⁴¹², que é a pretensão de direcionar outros sistemas, sendo condão de uma judicialização da política⁴¹³.

⁴⁰⁸ Além das obras clássicas já citadas que tratam das normas programáticas, ver também REIS, José Carlos Vasconcellos dos. As normas programáticas e o controle do estado. 1ª ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2003, p.137-260.

⁴⁰⁹ AGRA, Wagner de Moura. Limites do Estado quanto à efetivação dos direitos fundamentais. Procuradoria do Estado de Pernambuco XXXII Congresso dos Procuradores do Estad, texto disponível na internet, acesso em 04 de janeiro de 2008.

⁴¹⁰ HAYEK, F. A. Direito Legislação e Liberdade– Uma nova formulação dos princípios liberais- A miragem da Justiça Social, volume II, tradução patrocinada pelo Instituto Liberal feita por Henry Maksoud, Editora Visão, São Paulo, 1985, p.4.

⁴¹¹ Nem todo texto da Constituição tem conteúdo programático, mas alguns em específicos que fizeram parte do processo político respeitando o código situação /oposição

⁴¹² O uso do termo programático já é discutido por outros que não perfilham da concepção sistêmica do direito, como é o caso de GRAU, Eros Roberto quando afirma “ 07 – Penso já ser tempo de abandonarmos o uso dessa expressão “ normas programáticas”, que porta em si vícios ideológicos perniciosos” Resenha do Prefácio da 2ª

Feitas tais considerações, pergunta-se qual a natureza da norma programática? Existiria na construção da norma programática um tempo diferente quando da construção de qualquer outra norma jurídica?

E ainda, a observação para a construção da norma jurídica em geral obedece a um tempo diferente das demais normas, ou não? A diferenciação para seleção de estruturas na redução de complexidade na aplicação do código lícito/ilícito ao programa normativo é o mesmo tanto em uma lei qualquer como na Constituição, que é programa e paradoxo do direito. A tríade, variação, seleção e estabilização para a construção da comunicação é a mesma em qualquer hipótese.

Para a construção da norma constitucional e da norma programática em específico fica exposta a dualidade do paradoxo da irreversibilidade do tempo⁴¹⁴ da decisão com o paradoxo do programa Constituição como garantidora e criadora do fechamento operacional do direito. Ou seja, na observação para a construção da norma programática diferenciável a questão de que, uma vez tomada a decisão naquele momento não se poderá tomar outra, e que a complexidade e contingência da Constituição será paradoxalmente reaberta na possibilidade de outra decisão. Também, tendo em vista o pretensão planejamento disposto no ato político lei programática como parte integrante da Constituição, restará ao direito continuar construindo o que ele pode construir, ou seja, comunicação jurídica, e, por isso, norma jurídica sem relação alguma com qualquer futuro previsível⁴¹⁵ ou planejamento.⁴¹⁶ Muito pelo contrário, o tempo da norma programática é o presente⁴¹⁷ da decisão, abrindo a possibilidade de mais decisões⁴¹⁸

edição, in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

⁴¹³ Ver sobre essa questão em MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. *Revista Lua Nova* n.57, 2002, p.113-133.

⁴¹⁴ PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, Tempo e Direito*. Belo Horizonte: 1ª edição, Editora Del Rey, 2002, p.104-115.

⁴¹⁵ PINTO, Cristiano de Araújo Pinto esclarece o conceito de futuro citando Niklas Luhmann “ Para Luhmann, “ pode-se definir um futuro em aberto como futuro presente que deixa espaço para muitos presentes futuros incompatíveis entre si” in *Modernidade, Tempo e Memória*, 1ª edição, Belo Horizonte, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2002, p.250.

⁴¹⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*, p.176-177.

⁴¹⁷ Porém, o presente como o tempo social em si não é linear nem tampouco causal. Assim esclarece STOCKINGER, Gottfried “ A consideração do tempo como fenômeno real, como causa sistêmica de estruturas e processos, vê o tempo como um fenômeno não linear. Ele ocorre em forma de círculos e apresenta rupturas. Para invisibilizar o paradoxo do tempo com suas várias contradições e sua imprevisibilidade, se constrói o tempo como fenômeno linear e homogêneo, tal qual o conhecemos do relógio. A forma de tempo é concebida como uma sequência de eventos, que corre numa determinada direção. Ela encontra sua expressão material e simbólica em calendários, cronologias, relógios. O tempo, quando reduzido a uma seta de direção única, é imaginado como uma série, uma corrente, uma cadeia. Tais imagens sugerem coesão, medida, ordem e direção. Elas apagam a imagem paradoxal de um tempo autoproduzido, circular, sem início e sem fim, que provoca irritação,

pela positividade do direito, mesmo porque são decisões no caso decisões jurídicas que são diferenciações do direito para continuar diferenciando em um processo contínuo e circular de diferenciação na variação, seleção e estabilização do processo comunicacional⁴¹⁹.

Portanto, o tempo da norma programática é o tempo da decisão⁴²⁰, assim o mesmo de qualquer outra norma, que circularmente e referencialmente servirá para que o direito possa operar funcionalmente diferenciado dos demais sistemas da sociedade. Pensar ou observar ao contrário é forçar o direito uma des-diferenciação perigosa e desastrosa⁴²¹, é impedir a evolução dos sistemas funcionalmente diferenciados e o próprio direito por suas próprias estruturas. E mais, por suas únicas estruturas comunicações jurídicas. Enfim é tentar retornar a uma sociedade estratificada e sem diferenciações, o que é impossível.

Norma programática não é política pública, nem se confunde com ela, porque uma é comunicação jurídica criada por comunicação jurídica que somente poderá construir mais comunicação jurídica, sendo observável somente pelo direito enquanto comunicação jurídica produzida, ao passo que política pública é comunicação política, porque obedece e observa estrutura política dentro do código situação/oposição, instrumento simbólico para a demonstração do poder⁴²². Explica-se: a política pública é estrutura política da situação que, quando observável e formalizada, concomitantemente reforça o poder demonstrando quem não faz parte da situação e, portanto, não participa ou até mesmo não implementa a política pública, resultante da comunicação política cujas estruturas, como opinião pública e movimentos sociais, estão presentes e participam da construção da comunicação política. A política pública é estrutura política para cumprir a função do sistema político, ou seja, decidir

ambivalência e desorientação.” In - Para uma Teoria Sociológica da Comunicação, 2001. Editoração Eletrônica Facom - UFBa, Salvador / Versão 2.0, p.157-158.

⁴¹⁸ Sobre o conceito como a possibilidade de um sempre presente ver ARAÚJO, Emilia Rodrigues (org). O futuro não pode começar. Núcleo de Estudos de Sociologia da Universidade do Minho, , maio de 2005, p.1-48.

⁴¹⁹ Ver LUHMANN, Niklas. The paradox of decision making The Autopoiesis of Social Systems (in) BECKER, Kai Helge; SEIDL, David. Niklas Luhmann and Organizational Studies. Sweden: Impresso por Daleke Grafiska AB, Malmö, 2005, p.82-104.

⁴²⁰ Nas palavras do próprio LUHMANN, Niklas. “ Time can teach us that there is no end; everything goes on, and system continue to operate as long as they are not destroyed” in Theories of Distinction – Redescribing the Description of Modernity, tradução Joseph O’Neil, 1ª edição, California, Standford Univesity Press, 2002, p. 102.

⁴²¹ Sobre os riscos da de uma des-diferenciação dos sistemas diferenciados ver PINTO, Cristiano de Araújo Pinto. Ob. cit, p.265.

⁴²² NAFARRETE, Javier Torres. Luhmann: La política como sistema. México, 1ª edição, Universidad Autonoma de México, 2004, p.117.

coletivamente dentro do código situação/oposição⁴²³. Sendo sistema diferenciado funcionalmente poderá irritar⁴²⁴ outros sistemas da sociedade, mas não necessariamente um ou outro em particular e seguramente sem correlação direta com a norma programática⁴²⁵.

Não se exime o fato de que a política pública possa causar irritações em outros sistemas da sociedade funcionalmente diferenciada, ou seja, por exemplo, que uma lei para o incentivo da cultura possa produzir irritações tanto no sistema educacional como no sistema econômico em suas respectivas estruturas. Ainda neste mesmo sentido, leis de incentivo à educação só serão observadas no sistema econômico se o forem pelo código ter ou não ter dinheiro, estimular ou não estimular a movimentação de capital, ao passo que, no sistema educacional, a lei de incentivo poderá produzir irritações através de suas estruturas, se realmente o sistema educacional, mediante, essa irritação, for capaz de aplicar seu código, aprender/não aprender, e assim evoluir, construindo suas próprias comunicações por suas estruturas⁴²⁶.

Norma programática também não pode ser tida como expectativa de direito⁴²⁷, eis que a diferença observável será se há comunicação jurídica ou não há comunicação, e a expectativa só poderia ser tida comunicação no espelho do futuro, então nesse aspecto não há observação para um sistema social de algo que possivelmente poderá ocorrer em termos exatos em um futuro próximo ou longínquo⁴²⁸. Portanto, não há na teoria social do direito

⁴²³ RINCÓN, Julia Izabel Eslava; BURGOS, Carlos Arturo Puente. *Análisis de las políticas públicas una aproximación desde la teoría de los sistemas sociales*. Centro de Proyecto para el desarrollo. ASS / DT 003-03, Pontificia Universidad Javeriana, 2003, p.1-37.

⁴²⁴ A regulação sobre uma determinada área sempre envolverá o subsistema jurídico o subsistema político e o outro subsistema que será regulado, trazendo perturbações e irritações graves. Não há hierarquia entre subsistemas. Ver, AMADO Juan Antonio García. Sobre los modos de conocer el derecho. O de como construir el objeto jurídico. *Droit et Société* 20/21, Universidad de Oviedo, 1992, p.53-74.

⁴²⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema jurídico e Decisão Judicial*. 1ª edição, São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 101-102.

⁴²⁶ Mesmo porque, a legislação que institui a política pública não é estrutura política de consenso para o direcionamento da sociedade, muito pelo contrário, é estrutura programante. LUHMANN, Niklas ensina “ (...) processo legislativo tem de dominar uma complexidade extremamente elevada, pois trata o direito como variável. Esta complexidade, no caso de se quererem evitar desenvolvimento regressivos do sistema político, tem de ser institucionalmente assegurada, continuamente mantida e ainda avaliada, em cada caso, em determinadas decisões legislativas.” *Legitimação pelo Procedimento* - tradução Maria da Conceição Côrte Real, 1ª edição, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980, p.162.

⁴²⁷ Para um entendimento nesse sentido, ver PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas – Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de Injunção*, 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p.76.

⁴²⁸ A expectativa na teoria sistêmica é possibilidade de informação. Para uma análise da expectativa como criação de situações imaginárias, ver SHACKLE, G. L. S – *Expectations in Economics*. Cambridge: Cambridge University Press. Second Edition, 1952, p.2-8.

nada além da estrutura comunicacional ocorrida, ou seja, sem prognósticos ou previsões⁴²⁹, mas uma circular e contínua estrutura de seleção e diferenciação para redução de complexidade⁴³⁰.

Norma programática não tem natureza principiológica, não é princípio porque não é premissa de decisão, ao contrário, é uma decisão, é comunicação jurídica completa e efetiva, não premissa. É claro que o princípio como premissa de decisão servirá como possível informação na etapa comunicacional da elaboração da norma jurídica, norma constitucional e, portanto norma programática. Isso quer dizer o seguinte: o princípio pode representar pela argumentação jurídica um equivalente funcional para instruir simbolicamente os interesses dos demais sistemas funcionalmente diferenciados, além do próprio direito em uma eventual decisão. Explica-se: a argumentação é estrutura de reação do direito como sistema autopoietico às distinções apresentadas ao próprio direito ao ambiente deste⁴³¹, em uma observação de segunda ordem pelos que as utilizam, sejam eles os tribunais, os advogados ou os juristas na interpretação jurídica,⁴³² que gerará mais textos e mais argumentação jurídica, ou

⁴²⁹ Como sistema funcionalmente diferenciado. Sobre a imprevisibilidade do futuro na sociedade moderna PAULUS, Nelson citando Niklas Luhmann “ Em esta circunstancia, si bien que el pasado puede recordar ciertos sucesos específicos, no por eso puede anticiparse ao futuro. Es así como “ Las semânticas de la contingencia de los sistemas funcionales se enlazan con un futuro en permanente apertura. No excluyen que todo lo que en un momento determinado es aceptado también pudiera ser modificado por comunicación. Su propia autopoiesis exige um alud de operaciones sin certidumbre final sólo sobre el fundamento de lo que en ese momento parece obvio en tanto hecho admitido” in Del concepto del riesgo: Conceptualización del Riesgo en Luhmann y Beck. Revista Mad.10, Mayo 2004. Departamento de Antropología. Universidad de Chile, texto disponível na internet www.revistamad.uchile.cl/10/paper07.pdf, acesso 20 de janeiro de 2008.

⁴³⁰ LUHMANN, Niklas esclarece e ensina a respeito da sociedade e do direito como sistema funcionalmente diferenciados “ Com isso ainda não se afirma nada sobre o grau de planejamento de mudanças que uma sociedade pode realizar. Mesmo no contexto de uma dada sociedade, a relação entre consequências manifestas e latentes pode ocorrer diferentemente conforme o caso e o âmbito da ação. Seria especialmente falso caracterizar o desenvolvimento da sociedade moderna pelo crescente planejamento; não são apenas as consequências planejadas que aumentam, mas também as não planejadas, e é isso que a sociedade tem que adequar o seu direito. As mudanças nas perspectivas temporais das quais partimos indicam que com o tempo surge mais espaço para mais possibilidades, com o que é intensificada a seletividade do presente” in Sociologia do Direito II, tradução Gustavo Bayer, 1ª edição, Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 173.

⁴³¹ LUHMANN, Niklas esclarece “ El concepto de de argumentación entonces se formula, independientemente de la pregunta de qué tan buenas son las razones, con ayuda de tres distinciones: 1) oeración/observación; 2) autoobservación/heteroobservación; 3) controvertido/incontrovertido. La argumentación jurídica, es, segundo esto, una combinación de cada una de estas distinciones, la autoobservación del sistema del derecho que, en su contexto recursivo autopoietico, reaciona (o anticipa) a las diferencias de opinión – pasadas o venideras -, recurriendo a la assagnación de valores del código conforme a derecho/no derecho” in El derecho de la sociedad, p.415.

⁴³² A interpretação jurídica para a teoria social do direito de Niklas Luhmann não tem função concretizadora. Para uma análise da função concretizadora da interpretação, ver HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, Colección Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p.21-30.

seja, mais comunicação jurídica.⁴³³ A argumentação jurídica é, enfim, estrutura jurídica e observável somente pelo direito como estrutura jurídica.

No direito, quaisquer que sejam as comunicações jurídicas, não há que se falar em norma programática como maior ou melhor⁴³⁴ do que outras normas do sistema jurídico, estando acima das demais comunicações jurídicas, porque esta situação não é observada na observação autopoietica⁴³⁵ do sistema jurídico. Assim, não há hierarquia, tampouco materialidade de norma jurídica, e, portanto, da norma constitucional programática.

Posto isso, qual a diferença entre a validade, a vigência e a eficácia da norma programática com as demais normas do sistema jurídico? Nenhuma! A validade da norma jurídica é o reconhecimento do direito de que uma comunicação é jurídica, tem fundamento nele, direito, e foi produzida por ele, direito, por isso a validade da norma programática é a mesma da norma jurídica em geral seja ela qual for, sem distinção de hierarquia ou materialidade, a fonte é a mesma⁴³⁶, ou seja, o direito. Quanto à vigência, a coincidência persiste porque é a observância da contingência da norma e nesse caso porque está se falando em formas jurídicas, sejam elas ditas “programáticas” ou não. Em todos os casos apresentados, o que poderá ser observado será comunicação jurídica, aplicação do código ao programa, seja este programa Constituição ou não, e até uma parte específica desta Constituição. Em relação à eficácia da norma programática também ocorre uma identidade, eis que a eficácia da norma programática, no sentido de sua efetivação é comunicação que não a jurídica, porque não obedece ao código legal/ilegal, pertence ao ambiente e por isso não pode ser observada pelo direito.

⁴³³ A interpretação jurídica então como produtora de mais comunicação jurídica pode ser tida como criadora de direito. Embora por premissas diferentes ver SANCHIS, Luis Prieto. *Ideologia e Interpretación Jurídica*, 1ª edição, Madrid, Tecnos, 1987, p.82 - 107

⁴³⁴ CÁRCOVA, Carlos Maria. *Complejidad y derecho*. Universidad de Buenos Aires, Doxa 21 (XX), 1998, p.74-75

⁴³⁵ NEVES, Marcelo. *De la autopoiesis a la alopoiesis del derecho*. Doxa 19, 1996, p.406-407.

⁴³⁶ Aliás, como esclarece VILANOVA, Lourival “ Não é direito internacional, geral ou particular, nem a Ciência do Direito, nem a Lógica que estatuem a gradação normativa ,ou em termos de fontes do Direito, quais as fontes e qual a ordem de gradação que elas tem no interior do ordenamento positivo. Depende da morfologia do poder (um poder de funções concentradas não estatui a gradação normativa que ostenta um Estado de Direito), dos substratos sociais que mantêm o poder e das ideologias e valorações que justificam a estrutura do poder” in *Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, 3ª ed. São Paulo, Noeses, 2005, p.289.

A questão da eficácia da norma programática é questão além do direito tanto quanto a eficácia de quaisquer outras normas, constitucionais ou não⁴³⁷. Portanto, assim como nas demais normas do sistema jurídico, não há que se fazer correlação alguma entre norma programática e sanção, pois esta estrutura não é comunicação jurídica, porquanto sanção é uma tentativa de efetivação do direito. A função do direito para a construção de comunicações jurídicas está muito mais na dimensão temporal da comunicação e não tanto na dimensão social do direito⁴³⁸ porque o sistema jurídico para continuar comunicando deve manter expectativas normativas generalizadas e não satisfazer as expectativas ao seu ambiente.

Quando o direito mantém expectativas normativas generalizadas ele se preocupa tão somente com a contínua construção das comunicações jurídicas, por isso sua função está mais na dimensão temporal. O sistema jurídico está preocupado com o futuro do direito⁴³⁹ no presente de suas comunicações, e não com o futuro do seu ambiente.

Por outro lado, as expectativas cognitivas não satisfeitas pelo direito, tanto aquelas do ambiente interno ao direito, expressas nas possibilidades não escolhidas da forma jurídica, quanto às expectativas do ambiente externo ao direito, presentes na forma não jurídica, ou seja, nos interesses de todos os demais sistemas diferenciados da sociedade que não o direito, essas expectativas cognitivas podem gerar irritações ao direito que poderá responder por suas estruturas jurídicas produzindo mais diferenciações. Assim, a função do direito também está presente excepcionalmente na dimensão social da estrutura sentido do direito, pois pode por suas estruturas continuar comunicando e eventualmente satisfazer expectativas que tenham sido do ambiente, mas que foram estruturadas em comunicações jurídicas e agora são expectativas normativas.

Uma última questão a ser observada e analisada, acerca da natureza da norma programática frente às demais normas do sistema jurídico, é a questão do risco normativo. O risco é atribuição própria das decisões⁴⁴⁰, é observação derivada de decisão demonstrando a complexidade e contingência das possibilidades passíveis de serem selecionadas. E como a

⁴³⁷ Em posição contrária, como, aliás, a vasta maioria da doutrina constitucional nacional, ver FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Normas Constitucionais Programáticas – Normatividade, Operatividade e Efetividade, p.75-142.

⁴³⁸ Ver CORSI, Giancarlo Corsi; SPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoria Social de Niklas Luhmann* – traducción de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos: bajo la dirección de Javier Torres Nafarrete. México, DF: Universidad Iberoamericana – Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, 1996, p.54-56.

⁴³⁹ Idem, p.63-65.

⁴⁴⁰ LUHMANN, Niklas. Risk – A Sociological Theory – translated by Rhode Barret – 3ª ed. Transactions Publishers, New York – Transaction Publishers, 2007, 118.

norma jurídica, qualquer que seja ela, é a aplicação do código jurídico ao programa, toda e qualquer norma, será decisão. Por isso, o risco normativo é observação observável em qualquer norma, assim também na norma programática, porque é decisão jurídica. O risco da norma programática é como em toda norma jurídica, ter que continuar decidindo, construindo comunicação jurídica,⁴⁴¹ a despeito de qualquer preceito racional ou tipo de racionalidade conteudística do sistema e de suas estruturas⁴⁴².

De todo o visto, norma programática é então norma jurídica, porque aplicação do código normativo ao programa Constituição, e por isso é norma constitucional que não condiciona nada, tampouco programa coisa alguma, visto que a função do direito é manter expectativa normativa, independentemente de seu conteúdo, ou seja, sem qualquer pretensão de racionalidade⁴⁴³. Contudo, há na norma programática uma estruturação redutora de complexidade que paradoxalmente gerará mais complexidade e contingência⁴⁴⁴ ante uma expectativa que também é complexa e contingente, tanto para o direito como para o ambiente, possibilitando assim, feita a seleção pela diferenciação, a evolução do direito. A norma programática é um tipo de sistema social de interação⁴⁴⁵ no sistema jurídico, pois quando produzido é resultado das aspirações e interesses do ambiente e do próprio do sistema⁴⁴⁶, ou seja, é uma estrutura normativa chamada norma programática que possibilitará o direito funcionar, evoluir selecionando uma hipótese em detrimento de tantas outras, de tantos outros interesses inclusive os do próprio direito.

⁴⁴¹ Como esclarece LUHMANN, Niklas “ This openness to ‘yes’ and to ‘no’ is a condition for the autopoiesis of society as communication system”, Idem, p.115.

⁴⁴² Ver LUHMANN, Niklas. *Observations on Modernity*, p. 22-43.

⁴⁴³ Não há estrutura de racionalidade, muito menos conteúdo de razão. A própria racionalidade é cega acerca de sua própria irracionalidade. Nesse sentido, ver LUHMANN, Niklas. *Observations on Modernity*, p. 39.

⁴⁴⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II* – tradução Gustavo Bayer, Biblioteca Tempo Universitária 75, Rio de Janeiro, 1983, p.170.

⁴⁴⁵ Porque “ Interactions, on the other hand, form their bondaires by the presence of people who are well aware of that communication goes on around them without having contact with their own actual interaction within systems wich cannot be controlled here and now” LUHMANN, Niklas. *The Autopoiesis of Social Systems* (in) BECKER, Kai Helge; SEIDL, David. *Niklas Luhmann and Organizational Studies*. Sweeden: Impresso por Daleke Grafiska AB, Malmö, 2005, p.67.

⁴⁴⁶ Tanto assim que “ Toda planificación que se producen en el seno de los sistemas complejos ha de orientarse, pues, por una pluralidad de referencias sistémicas.” LUHMANN, Niklas. *Fin y Racionalidad en los Sistemas* – traducción de Jaime Nicolás. 1ª edición, Madrid: Editora Nacional, 1983, p.249.

3.1 A EXPECTATIVA NORMATIVA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

A expectativa normativa é a pretensão⁴⁴⁷, a observação do sistema frente à norma ante um interesse do próprio direito, quando da elaboração da norma como comunicação jurídica. É a pretensão de que haverá uma decisão, a despeito de qual seja ela, a depender de qual será a variação de estrutura selecionada pelo direito para a manutenção de sua função⁴⁴⁸, ou seja, é a observação do sistema de que, na decisão, haverá uma decisão a despeito do risco normativo, a despeito do lado da forma selecionado. Essa observação do sistema pode ser de primeira ordem, mantendo sua expectativa pela seleção ante as variações de possibilidades selecionáveis para nova estabilização da nova expectativa. A observação de primeira ordem será estrutura, para mais observação de primeira ordem na manutenção da autopoiesis basal, ou seja, de elementos do próprio direito, na redundância do próprio sistema funcionalmente diferenciado⁴⁴⁹.

Por outro lado, a observação pode ser de quem aplica o direito⁴⁵⁰. Nesse caso, a observação, ou seja, a diferenciação observável por outra estrutura, que não a norma programática, é a observação de segunda ordem⁴⁵¹. Quando se fala em norma programática fala-se em norma constitucional e, como já explicitado acima, a expectativa normativa das normas constitucionais é peculiar frente às demais normas do sistema, porque o programa Constituição é *sui generis*, paradoxal e gerador contínuo de irritações, fazendo com que, na aplicação desse programa peculiar ao código lícito/ilícito a estrutura jurídica criada a partir desse programa tam bém apresente peculiaridades.

⁴⁴⁷ Enquanto estrutura social e, portanto, comunicacional, ver LUHMANN, Niklas. Idem, p.166.

⁴⁴⁸ LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I, 1ª edição, Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, 1983, p.57.

⁴⁴⁹ NEVES, Marcelo. De la Autopoiesis a la alopoiesis del derecho, p. 407.

⁴⁵⁰ Não se nega que a aplicação do código lícito/ilícito ao programa possa ser feita por outros que não somente os Tribunais e que essa aplicação também será norma jurídica. Contudo por opção metodológica e pela importância que o sistema jurídica confere às decisões proferidas por seus tribunais, somente quando neste trabalho se tratar de aplicador do código ao programa normativo estar-se-á falando de tribunal.

⁴⁵¹ MARCONDES FILHO, Ciro. Só podemos explicar aquilo que podemos enxergar – Heinz Von Foster e os dilemas da comunicação. Texto disponível na internet, acesso em 11 de janeiro de 2008.

A própria observação de segunda ordem como seleção e estabilização de estruturas comunicacionais e em si uma estrutura é mais complexa e contingente⁴⁵². Por exemplo, os tribunais quando constroem a norma programática tendo a Constituição como programa para a aplicação do código lícito/ilícito que ela própria Constituição definiu, conseguem e observam a peculiar complexidade e contingência, ou seja, o aumento da variação de diferenciações. A Constituição é forma que contém meio e forma em si tanto o direito como o sistema político e transmite, pela observação, essa característica à construção das normas programáticas. Esclareça-se, contudo, que não existe diferença qualitativa entre uma ou outra estrutura⁴⁵³ entre a observação de primeira e segunda ordem.

O direito, porque institui a proibição do *non liquet*, estabelece a também paradoxalidade do tribunal,⁴⁵⁴ conferindo a ele a função de resolver essa paradoxalidade por suas decisões⁴⁵⁵, ou seja, pela construção da norma. Essa característica garante a autonomia e clausura do sistema. Por outro lado, faz que o sistema jurídico tenha a obrigação de resolver essa paradoxalidade dentro de seu próprio paradoxo⁴⁵⁶. A resolução da paradoxalidade do direito pela aplicação do código jurídico ao programa Constituição, criando as normas constitucionais, mais complexas e contingentes do que as demais normas porque a própria

⁴⁵² Mesmo porque somente a observação de segunda ordem pode observar a unidade o sistema observado e assim reconhecer a complexidade e contingência de suas estruturas, dentre elas a norma programática. Nesse sentido, ver LUHMANN, Niklas. ⁴⁵² Ver LUHMANN, Niklas. *Observations on Modernity* – tradução by William Whobrey. Stanford: Stanford University Press, 1998, p.10.

⁴⁵³ Conforme explica MOELLER, Hans Georg. “Observations of any order can do no more than observe. They all observe what they observe – but they observe, so to speak, under different conditions. Second order is also a kind of first observation, but one that has to pay for its increase in complexity with the loss of the ontological certainty of data, essentials, or contents (Luhmann 2002a 157). A first order can simply and, on the basis of this, establish that thing’s factuality: I see that this book is black – thus book is black. Second order observation observers how the eye of an observer constructs the color of this book as black. Thus, the simple “is” of the expression “the book is black” becomes more complex – it is not black in itself but seen by the eyes of its observer. The ontological simplicity is lost and the notion of “being” becomes more complex. What is lost is the certainty about the “essential” color of this book. While second order observation arrives at more complex notions of reality or being, it still only observers – it is a second-order observation, because it observers as a first – order observation another first – order observation, because it observers as a first order observation another first order observation. It is so to speak, the result of two simultaneous first order observation” in Luhmann Explained from Souls to Systems, p.72-73.

⁴⁵⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. tradução: Javier Torres Nafarrete. México. Universidad Iberoamericana, 2002, p. 374.

⁴⁵⁵ Sempre momentaneamente.

⁴⁵⁶ SILVA, Paulo Thadeu Gomes esclarece “A tese luhmanniana, então, referente ao processo de diferenciação interna do sistema jurídico tem como base três argumentos: a- o *non liquet* é a clausura operativa do sistema, pois que obriga os Tribunais a decidirem, proibindo-os de deixar de decidir; b- dever esse que só se garante por meio da organização; c- que sua vez se manifesta na distinção centroperiferia. Nessa perspectiva o *non liquet* é uma previsão institucional que organiza “o sistema do direito como universalmente competente e, ao mesmo tempo, capaz de decidir” in A função dos tribunais, texto disponível na internet, acesso em 15 de janeiro de 2008, p.10-11.

Constituição é paradoxal se autolegitimando e, portanto mais complexa e contingente do que as demais formas de direito.

A estrutura complexa, contingente, paradoxal e peculiar chamada Constituição, quando usada para instrumento da comunicação, pode gerar irritações e, assim, o outro lado da forma destas estruturas, que são as frustrações, em uma proporção maior do que as demais normas do sistema em todos os sistemas funcionalmente diferenciados e por isso também no direito. Esse estado de um grau maior de irritações é uma resposta aos inúmeros interesses que pairam na sociedade em cada sistema, e que em cada sistema poderá ser comunicado com a respectiva estrutura. Essa observação, repise-se, é sociológica, porque, caso contrário, na tautologia própria da observação de primeira ordem de cada sistema, por si mesmo em suas estruturas a observação dessa hipercomplexidade de irritações e/ou frustrações seria cega.

Isso porque a lei dita programática também é um equivalente funcional do sistema político para a comunicação dos atores participantes da situação junto à opinião pública. Também é meio de comunicação simbólica política para satisfazer momentaneamente⁴⁵⁷, ou seja, no instante da produção comunicacional dessa estrutura, a utopia inatingível⁴⁵⁸ de efetivação às promessas do dito Estado do Bem-Estar Social⁴⁵⁹.

Tal Estado também é uma diferenciação que carrega o fardo para o cumprimento da justiça social, ou seja, é estrutura política simbólica que responde a uma expectativa política, mas que não necessariamente tenha essa função ao que fora proposto pelo Estado como estrutura de decisão política, tampouco quando as estruturas sejam jurídicas⁴⁶⁰. Esse equivalente funcional,⁴⁶¹ porque é constitucional poderá aumentar a variação de seleções no

⁴⁵⁷ Como qualquer outra estrutura comunicacional. Idem, p. 49.

⁴⁵⁸ Por que a utopia é um lugar que não é possível encontrar em lugar algum conforme ensina NAFARRETE, JavierTorres La política como sistema. Fondo de Cultura Económica / Universidad Iberoamericana/ Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p.172.

⁴⁵⁹ Conforme explicita LUHMANN “ Sobre todo la tendencia políticas del Estado de bienestar han conducido a que los legisladores impongan formulaciones orientadas por fines a la administración pública y, em menor medida, también a los juzgados. La orientaciones por fines bien puede ser una perspectiva políticamente sensata. En la aplicación al sistema jurídico, sin embargo, hay muchos elementos en contra: por una parte, la sensibilidad de los programas de fines no puede ser aprovechada en las circunstancias de la obtención de los fines; por otra, los programas finalísticos son demasiado imprecisos desde el punto de vista técnico jurídico, como para excluir eficientemente um mal uso o incluso resistencia contra la obtención de fines propuestos. Esto vale también, y sobre todo, para las leyes que se limitan a la designación de fines” idem , p. 261.

⁴⁶⁰ Ver LUHMANN, Niklas. Teoría política en el Estado de Bienestar. Tradução Fernando Vallespin . 2ª edição. Alianza Editorial. Madrid, 1997.

⁴⁶¹ O equivalente funcional é estrutura simbólica para diferenciação e seleção na reestabilização da diferenciação funcional. Nesse sentido esclarece LUHMANN, Niklas “ Esta estabilidad se apoya en la circunstancia de que – uma vez diferenciada – una función sólo puede desarrollarse em um nivel avanzado dentro del dispositivo

sistema jurídico, tanto quanto irritar seu ambiente quando da produção da norma, ou seja, quando da tomada de decisão. A expectativa normativa da norma programática é então mais complexa e contingente que as demais, porque também carrega em sua estrutura comunicacional esse teor valorativo⁴⁶² resultante, tanto do aumento de variações, como de irritação da lei programática, adicionando-se isso à própria improbabilidade da comunicação. Assim, na tríade do processo de elaboração das normas constitucionais programáticas há um aumento de complexidade e contingência na variabilidade, seleção e reestabilização nas estruturas de informação, ato de comunicar e compreensão⁴⁶³.

Ainda, a expectativa normativa é mais complexa e contingente, não só pela dupla contingência própria da evolução comunicacional, mas também pela duplicação da dupla contingência, eis que a diferença sistema/ambiente é reintroduzida respectivamente e concomitantemente entre o sistema jurídico e o político no acoplamento estrutural Constituição. E isso será uma grande estrutura complexa e repleta de irritações e frustrações, eis que as expectativas são também potencializadas nas observações, mediante a circular comunicação de expectativas de expectativas normativas pela norma programática, nas observações do sistema e para o sistema.⁴⁶⁴ Tudo isso em cada etapa da evolução do sistema jurídico e do processo comunicacional em cada etapa da diferenciação, ou seja, na variação, na seleção e na estabilização circular.

Entretanto um esclarecimento há que ser feito. A expectativa normativa das normas programáticas não é diferente da expectativa das demais normas do sistema no sentido de ser uma expectativa maior ou menor, isso porque a expectativa é estrutura comunicacional de

predisposto para ese fin. La función misma es el punto de vista constitutivo de la referencia para la limitación de los equivalentes funcionales y, por eso, para la función misma no existen esos equivalentes – excepto en referencia a un problema más general para el cual vendría a ser válido el mismo principio” grifo nosso, in *La sociedad de la sociedad* – tradução Javier Torres Nafarrete, 1ª edição, México: Editorial Herder, 2007, p.388.

⁴⁶² Os valores na sociedade complexa são estruturas hipercomplexas que não detém código e que por isso não são passíveis de diferenciarem e serem diferenciadas na estruturação comunicação social.

⁴⁶³ Acerca da complexidade das estruturas comunicacionais para a formação da comunicação efetiva ver LUHMANN, Niklas. *The Autopoiesis of Social Systems* (in) BECKER, Kai Helge; SEIDL, David. *Niklas Luhmann and Organizational Studies*. Sweden: Impresso por Daleke Grafiska AB, Malmö, 2005, p.62-80.

⁴⁶⁴ E também na complexidade como estrutura comunicacional e modo observação, conforme esclarece RASCH, William “ Niklas Luhmann see complexity and contingency in less alarmist terms. The distinction complexity/simplicity no longer holds, he claims because in modern world (including modern science), the search for an underlying simplicity has become futile. Particles continue to dissolve into conglomerations of subatomic particles, wich dissolve into conglomerations of subsubatomic particles, seemingly on into infinity – or at least as far as the current imagination can travel. Complexity, then becomes not a property of a system but a mode of observation – indeed the mode of observation.” in *Niklas Luhmann’s Modernity – The Paradoxes of Differentiation*, Standford California, Standford University Press, 2000, p.33.

risco do sistema jurídico de que uma decisão será tomada tanto em um caso como no outro⁴⁶⁵. Assim, tanto em uma norma não constitucional como em uma norma constitucional e mais na norma constitucional programática, a expectativa é observação do sistema jurídico em qualquer caso, ou seja, é estrutura jurídica da mesma maneira.

A peculiaridade reside em como essa observação ocorrerá ante a peculiaridade da Constituição, e mais ainda da lei programática como estrutura política, como expressão limítrofe do sonho do Estado do Bem Estar Social⁴⁶⁶, que é incompatível com uma sociedade complexa e funcionalmente diferenciada, onde o direito opera dentro e por causa de seus limites na sua trivialidade⁴⁶⁷. Assim, a estrutura política chamada lei programática é estrutura que responde coletivamente aos interesses dos vários sistemas da sociedade que irritam a estrutura política chamada opinião pública. Contudo, essa estrutura política somente satisfará aos outros sistemas se, estes outros sistemas irritados produzirem suas próprias estruturas e evoluírem em si mesmos.

Reitere-se e novamente que essa observação não é uma observação jurídica, pois ante uma observação jurídica não haveria diferença alguma em qualquer tipo de norma, a observação jurídica tautologicamente observa aquilo que é jurídico nada mais, sem distinção valorativa das suas estruturas.

Portanto, a expectativa normativa da norma programática é estrutura jurídica tanto quanto a expectativa normativa de outra norma qualquer e até mesmo da norma constitucional⁴⁶⁸, contudo, o programa para aplicação do código lícito/ilícito na norma programática gera uma complexidade e contingência maior do que nas demais normas do sistema jurídico por causa da lei programática que é uma peculiaridade dentro da peculiaridade chamada Constituição, mediante a observação e por isso seleção⁴⁶⁹.

⁴⁶⁵ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad, p.205.

⁴⁶⁶ HAYEK, F. A. explica “ Nesse sentido, o bem estar geral a que servem as normas de conduta individual consiste no que já vimos ser o propósito das normas jurídicas, isto é, aquela ordem abstrata de todo que não visa à obtenção de resultados particulares conhecidos, sendo antes, preservada como um meio auxiliar para a consecução de grande variedade de propósitos individuais” in *Direito Legislação e Liberdade– Uma nova formulação dos princípios liberais-A miragem da justiça social*, volume II, tradução patrocinada pelo Instituto Liberal feita por Henry Maksoud, 1ª edição, São Paulo, Editora Visão, 1985, p. 6.

de um querer.

⁴⁶⁸ Conforme sintetiza LUHMANN, Niklas “ Thus there is no attribution of norms no final principles or authorities in which normativity and cognitivity validity and being fuse. Normativity as a clinging to expectations despite disappointments is always and everywhere the same” *The Unity of Legal System*, p.22

⁴⁶⁹ RASCH, William. Niklas Luhmann’s Modernity – The Paradoxes of Differentiation, p.50.

Porém, uma pergunta resta em aberto. Qual a importância para a teoria do direito e mais ainda para a teoria da norma constitucional, em se analisar e verificar a peculiaridade da norma programática no que tange a sua observação frente uma perspectiva luhmanniana? A importância reside na observação⁴⁷⁰, ou seja, na diferenciação pela observação de que⁴⁷¹ a norma jurídica constitucional programática demanda uma “energia” maior do sistema jurídico para ser elaborada do que as demais normas do direito. Estabelecer que a elaboração de norma programática constitucional demanda maior “energia” do direito é reconhecer o aumento da improbabilidade na efetivação e evolução da comunicação,⁴⁷² quando estivermos observando uma norma constitucional programática. Ainda mais quando se observa a observação de segunda ordem⁴⁷³, ou seja, dos aplicadores do programa ao código jurídico, onde a assimetria virtual⁴⁷⁴ para a comunicação é maior, por se tratar de estruturas comunicacionais díspares. Isso por si só não impossibilita a evolução do direito, mas exige dele, sistema jurídico, um aumento de diferenciação para continuar selecionando e estabilizando suas escolhas para a construção de mais comunicações jurídicas⁴⁷⁵, através de uma circular reentrada da forma na forma jurídica⁴⁷⁶. E esse aumento de complexidade, essa maior energia exigida pelo direito para produção da norma jurídica, um aumento de diferenciações gera consequências para o direito como sistema funcionalmente diferenciado da sociedade, obrigando-o cada vez mais a selecionar.

Quais seriam essas consequências, ou melhor, não haveria consequência alguma nessa maior complexidade e contingência na observação⁴⁷⁷ de segunda ordem das normas programáticas? São comunicações jurídicas ou não, e se não são comunicações jurídicas o que seriam? Qual a importância do ambiente nessa complexidade? Para responder tais perguntas, há que se verificar primeiro, qual a natureza da expectativa cognitiva da norma programática,

⁴⁷⁰ Para continuar com um termo luhmanniano.

⁴⁷¹ O termo energia aqui é usado no sentido de incremento de diferenciações e portanto mais variação, maior a necessidade de seleção e maior complexidade para a estabilização.

⁴⁷² Porque inclusive como ensina LUHMANN, Niklas “ Therefore, to repeat this important point once more in other words, communication duplicates reality. It creates two versions, a yes version and a no version, and thereby compels selection” *Theories of Distinction*, p.163.

⁴⁷³ Não é dizer que a observação de segunda ordem seja melhor ou pior que a observação de primeira ordem, mas que a observação de segunda ordem é em si mesma mais complexa que a primeira.

⁴⁷⁴ Assimetria no sentido de dificuldade de efetivação da comunicação frente à diferenciação sistema/ambiente.

⁴⁷⁵ RASCH, William. Niklas Luhmann’s Modernity – The Paradoxes of Differentiation, p.54.

⁴⁷⁶ O que Niklas Luhmann vai explicar no conceito de re-entrada da forma para diferenciação e seleção.

⁴⁷⁷ Ainda mais quando se tem em mente que os dois lados da distinção são ambos possíveis. Ver LUHMANN, Niklas. *Observations on Modernity* - tradução William Whobrey, 1998, p. 10

e se há diferença entre a expectativa cognitiva das normas em geral e das normas jurídicas constitucionais, e principalmente na norma constitucional programática.

3.1.1 A EXPECTATIVA COGNITIVA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

A expectativa cognitiva é o lado da forma que não foi selecionado pelo sistema⁴⁷⁸, ou seja, é a pretensão do ambiente interno do sistema⁴⁷⁹. A expectativa cognitiva, porque é estrutura do ambiente interno, quando não selecionado, não é observado⁴⁸⁰, assim, tampouco pelo direito porque é sistema autopoietico fechado operacionalmente. Assim, não há diferença entre expectativa cognitiva da norma jurídica, da norma constitucional, muitos menos da norma programática. Em todos esses casos está-se falando em ambiente⁴⁸¹ ao sistema jurídico, em estruturas não selecionadas pelo direito, ou melhor, observadas como algo que não pertence mais ao direito, somente poderão causar irritações ao sistema jurídico no cumprimento de cada sistema funcionalmente diferenciado da sociedade. Contudo, essas irritações são respostas do próprio sistema à existência do ambiente como lado não

⁴⁷⁸ A forma sempre apresentará dois lados, um selecionável outro não. Ver LUHMANN, Niklas in RASCH, William,., Niklas Luhmann's Modernity – The Paradoxes of Differentiation, p.114.

⁴⁷⁹ Conforme LUHMANN, Niklas “De manera preventiva queremos anotar que la distinción normativo/cognitivo no es idéntica com la de sistema/entorno. Por um lado el derecho puede reconocer como hecho la simple existencia de normas de normas en el entorno (por ejemplo, los fanatismo religiosos). Por otro, puede aprender de la argumentación interpretativa o de la autocorrección legislativa; es decir: puede cognitivamente processar informaciones. Sin embargo esto no cambia para nada el hecho de que la autoreferencia queda asegurada mediante el recurso de no-aprendizaje: estabilidad contracfática de las normas.” In El derecho de la sociedad, p.148.

⁴⁸⁰ Esclareça-se: o sistema pode se considerar funcionalmente diferenciado se reconhecer o ambiente como ambiente, ou seja, como algo que não é sistema. "Como ponto de partida de qualquer análise teórica sistêmica... há de servir a diferença entre sistema e ambiente. Sistemas se orientam no seu ambiente não apenas de forma casual ou adaptativa, mas de forma estrutural, e não podem existir sem ambiente. Eles se constituem e se mantêm através da produção e manutenção de uma diferença com o ambiente, e eles usam suas fronteiras para a regulação dessa diferença. Sem diferença em relação ao ambiente nem haveria autoreferência, já que a diferença é um pressuposto para operações autoreferenciais. Neste sentido, a manutenção da fronteira (boundary maintenance) significa manutenção do sistema". Como consequência, continua Luhmann (1984, p. 37) "a diferença entre sistema e ambiente força o paradigma da teoria dos sistemas a substituir a diferença entre o todo e as partes por uma teoria da diferenciação do próprio sistema. A diferenciação do sistema nada mais é do que a repetição da formação de sistemas dentro do sistema" LUHMANN, Niklas. (in) STOCKINGER, Gottfried. Editoração Eletrônica Facom - UFBa, Salvador / Versão 2.0, 2001, p.22-23

⁴⁸¹ Ver MOELLER, Hans Goerg. Luhmann's Explained – from Souls do System, p. 218.

observável, são enfim reações do sistema⁴⁸². Por esse motivo que se diz que o a expectativa cognitiva aprende⁴⁸³ e o expectativa normativa não aprende⁴⁸⁴. Em todos esses casos o ambiente será sempre mais complexo e contingente do que o direito.

Expectativa cognitiva da norma programática não é, necessariamente, sinônimo do Estado do Bem-Estar Social, mas também pode sê-lo, porque a figura do Estado do Bem-Estar Social é resultado dos interesses crescentes da sociedade complexa, é comunicação política que responde ou tenta responder a outras comunicações políticas do sistema, tais como movimentos sociais, eleitorado que podem sofrer irritações pelo sistema de comunicações de massa⁴⁸⁵ e movimentos de protesto.-

Também não há que se confundir expectativa cognitiva da norma programática como as aspirações dos indivíduos⁴⁸⁶. Numa sociedade formada por sistemas autopoieticamente fechados, compostos de comunicações, o consciente é algo não observado⁴⁸⁷, não importante à expectativa da norma e, assim, à expectativa cognitiva. Tampouco há que se correlacionar expectativa cognitiva com interesses desrespeitados ou não atendidos, eis que o outro lado da forma, o lado não marcado e não selecionável, é observado tão somente como lado não marcado e não como interesse não satisfeito, passível de sê-lo eventualmente em comunicação futura, desde que esse interesse esteja formalizado em estrutura jurídica, portanto comunicação jurídica⁴⁸⁸.

⁴⁸² LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad, p.87.

⁴⁸³ Porém LUHMANN, Niklas esclarece “ Mesmo quando se tem expectativas cognitivas, ou seja, quando se esteja disposto à assimilação, nem todo desapontamento leva à adaptação. Em geral busca-se inicialmente apoio em explicações ad hoc e em hipóteses adicionais, que mantêm a expectativa e interpretam o desapontamento como exceção. Especialmente aquelas expectativas comprovadas e centrais na estrutura cognitiva não são abandonadas tão rapidamente assim” in Sociologia do Direito I, p.63.

⁴⁸⁴ LUHMANN, Niklas continua “ No sentido inverso, também as expectativas normativas não estão atadas à sua proclamada resistência à assimilação. A possibilidade de perseverança interna de expectativas repetidamente tem seus limites”, idem, p.63.

⁴⁸⁵ Tais comunicações são em si sistema autopoieticos, então com estrutura própria, código e programas próprios como todo e qualquer sistema fechado operativamente. Para uma explicação das comunicações de massa como sistema autopoietico ver MOELLER, Hans Georg. Luhmann's Explained – from Souls to System, p.121-147.

⁴⁸⁶ Nesse sentido ver KING, Michael; SCHUTZ, Anton. *The Ambitious Modesty of Niklas Luhmann*. Journal of Law and Society, Published by: Blackwell Publishing on behalf of Cardiff University Stable URL, vol. 21, n. 3, Sep., 1994, p.263-265.

⁴⁸⁷ LUHMANN, Niklas esclarece “ Operations of the mind and communication proceed blindly. They do what they do. They reproduce the system. Meaning comes into play only on the level of observation, with all the provisions demonstrated by logic and hermeneutics: with the ability to negate (as distinguished from the ability to affirm); with the ability for logical modalization, for a simultaneous presentation of others possibilities and, building on this, for modalities such as necessity, impossibilities, and contingency” in Theories of Distinction, p. 178.

⁴⁸⁸ Tanto assim que o sistema só pode observar-se autopoietico. Ver LUHMANN, Niklas. Observations on Modernity, p. 13.

Portanto, a cognição é o lado não escolhido na forma. Mas se a cognição é lado negativo da forma, isso quer dizer que em hipótese alguma as aspirações, as cognições, os interesses dos outros sistemas afetarão o direito como sistema autopoietico, já que o direito só enxerga comunicações jurídicas? Não. O sistema jurídico pode construir estruturas próprias capazes de absorver as inquietudes alheias ao direito e inclusive interesses não satisfeitos do próprio direito. Esse tipo de estrutura capaz de transformar por seus elementos uma resposta aos anseios do ambiente foi conceituado por Niklas Luhmann como sentido. Assim, a partir de agora passar-se-á ao estudo e análise da estrutura jurídica chamada sentido que seria capaz de “ouvir”⁴⁸⁹ os anseios não satisfeitos do direito e da sociedade, e responder a eles pelo e para o direito.

3.2 SENTIDO DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

O conceito de sentido pressupõe a observação⁴⁹⁰ de um sistema, de uma organização⁴⁹¹ porque funciona por causa de e reafirma a diferença sistema/ambiente. É estrutura comunicacional e é meio⁴⁹² para seleção de mais estruturas comunicacionais na sociedade como sistema e da mesma maneira nos sistemas funcionalmente diferenciados, assim a economia, a política, a religião, a arte e o direito. Em qualquer sistema funcionalmente diferenciado o sentido tem a capacidade de manter a relação entre elementos de um sistema.⁴⁹³ Nesse aspecto, o sentido é estrutura anterior à própria norma na forma da estrutura

⁴⁸⁹ Esclareça-se em ouvir sendo uma estrutura comunicacional capaz de gerar informação para iniciar um processo de construção para a comunicação jurídica. Não é imediato, linear ou causal, mas tão somente recursal e circular.

⁴⁹⁰ Porque a observação é estrutura que processa o sentido. Ver PAULUS, Nelson. Del Concepto del Riesgo. Conceptualización en Luhmann y Beck. Revista Mad, n.10, Mayo, 2004, texto disponível na internet em www.revistamad.uchile.cl/10/paper07.pdf

⁴⁹¹ MORIN, Edgar. La emergencia del sentido a partir del no sentido – trad. Daniel Gutierrez Martinez. Revista de Ciencias Sociales – Universidade Autónoma del México, Convergencia, vol. 14 n° 44, Toluca México, p. 157-171.

⁴⁹² CORSI, Giancarlo; SPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann, tradução de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos, 1ª ed., Universidad Iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, México, 1996, p.146.

⁴⁹³ Idem, p.146.

comunicacional de direito, sem relação alguma entre direito e consciência⁴⁹⁴ como sentido da norma ou intenção da norma. O sistema jurídico não observa o homem,⁴⁹⁵ ou tampouco sua consciência, mas sim suas observações, suas seleções e, portanto, suas diferenciações, começando por estruturas pré-lingüísticas à própria comunicação jurídica⁴⁹⁶.

A importância da estrutura sentido na observação da maior complexidade da expectativa normativa, na construção da norma programática, reside no fato de que o sentido é a estrutura jurídica capaz de tornar a maior complexidade em informações para posteriores comunicações jurídicas. Isso porque é estrutura que representa a complexidade⁴⁹⁷ e é capaz de fazer com o direito possa, apesar de uma maior complexidade da expectativa normativa da norma programática, continuar evoluindo, continuar diferenciando-se por suas comunicações. É, então, estrutura anterior e primária à própria comunicação. Contudo, não é estrutura menor ou maior do que essa, tampouco melhor ou pior, é somente uma diferença inicial posta, e observada pelo sistema jurídico.

Adendo: quando se escreve ser o sentido uma estrutura anterior à própria comunicação, isso não quer dizer que, uma vez construída a norma a estrutura sentido desaparecerá e nunca mais seja usada pelo sistema jurídico comunicacional. Ao contrário, porque o direito é sistema funcionalmente diferenciado o sentido é a estrutura que permite ao direito continuar na sua evolução comunicacional, que é circular.

O sentido é estrutura para relação entre elementos, mas não só isso, dado que é estrutura de seleção, quando relaciona exclui outras possibilidades não escolhidas⁴⁹⁸, e demonstra o lado negativo da forma, o lado não selecionado⁴⁹⁹. Essa operação se dá

⁴⁹⁴ SERRA, Paulo. Comunicação e humanidade: para uma leitura kierkegaardiana da teoria dos sistemas. Universidade da Beira Interior, texto disponível na internet www.bocc.ubi.pt, acesso em 23 de janeiro de 2008, p.1-16.

⁴⁹⁵ LUHMANN, Niklas. Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia. Edição e tradução joSEXTO Berian y José María García Blanco. Editorial Trotta. Madrid, 1998, p.215-243.

⁴⁹⁶ Ver NAFARRETE, Javier Torres. La propuesta teórica de Niklas Luhmann. Camou, Antonio; Castro, José Esteban (Coord) in La sociedad Compleja – Ensayos en torno a la obra de Niklas Luhmann. México: Triana, 1997, p25.

⁴⁹⁷ Idem, p.29.

⁴⁹⁸ “ Por sentido se entiende únicamente una determinada “ estrategia” de selección de elementos o posibilidades, a partir de un medio más complejo, y las Sinngrenzen o limites de sentido son los apoyos de esa selección (Selektionshifen). (...) La función del sentido es la estructuración de un campo abarcable de posibilidades bajo ese esquema bipolar” AMADO, Juan Antonio García. La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1997, p.123.

⁴⁹⁹ Tanto assim “ A expressão “Sentido” portanto, a uma forma de operação em que se viabiliza a integração da atualidade de uma indicação com a transcendência das possibilidades às quais a mesma indicação remete”

recursivamente em todas as estruturas comunicacionais do direito dentre elas a norma jurídica e qualquer norma jurídica seja ela constitucional ou não, programática ou não.

Contudo, é na norma programática que a estrutura sentido ganha uma relevância em comparação com as demais estruturas do direito e das demais normas jurídicas. É no sentido que o direito tem a possibilidade de alcançar momentaneamente o encontro entre a expectativa política e a expectativa normativa na construção da norma jurídica, ou seja, a expectativa gerada pela comunicação política da lei programática e a expectativa normativa na construção da norma programática pela aplicação do código lícito/ilícito ao programa Constituição em seu teor programático. É no sentido que o direito pode determinar a direção na qual o sistema jurídico poderá operar na criação de informação⁵⁰⁰ para a produção de comunicação jurídica, anteriormente imaginada pelo sistema político.

Tendo em vista a possibilidade de observação na maior complexidade e contingência da expectativa normativa da norma constitucional programática pela observação de segunda ordem, o sentido será estrutura jurídica capaz de selecionar uma diferenciação dentre as diferenciações observadas na dupla contingência da lei programática e com isso, continuar a comunicação do sistema jurídico, por suas comunicações, numa forma de reação e interação⁵⁰¹ com a maior complexidade e contingência do programa Constituição e assim ante uma maior complexidade da expectativa da norma programática.

Portanto, é através do sentido⁵⁰² que o sistema jurídico autopoietico, fechado operativamente e aberto cognitivamente, tem a possibilidade de responder com suas estruturas à complexidade da expectativa normativa⁵⁰³ das normas programáticas e assim continuar funcionando através da aplicação do código jurídico lícito/ilícito ao programa Constituição,

SCHWARTZ, Luis Fernando. Norma, Contingência e Racionalidade – Estudos Preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica, p.95.

⁵⁰⁰ Idem, p.99

⁵⁰¹ Entre elementos e relações do sistema social, não de maneira causal ou ordenada, mas, sim de forma circular e complexa.

⁵⁰² Destaque-se “ A introdução do conceito de Sentido ocorre, na ordem lógica da teoria, na forma de reflexão sobre um resultado visível ao sistema – de consequências da “re-entry da Forma Sistema/Ambiente nela mesma. De acordo com tal reflexão, a “re-entry” da Forma na Forma, que acompanha a diferenciação do sistema, provoca a “invenção” do Sentido como Médiun em que pode ser representada a controlada a situação de indeterminação operacional que se instaura a partir dessa diferenciação” SCHWARTZ, Luis Fernando. Norma, Contingência e Racionalidade, p. 104.

⁵⁰³ Reiterando que a observação da maior complexidade da expectativa pode ser verificada ante uma observação sociológica, mesmo porque o problema da tentativa, na projeção e instrumentalização do futuro, está na dimensão social da estrutural comunacional.

reforçando e garantindo o fechamento operacional do direito na sua função⁵⁰⁴, em cada dimensão da estrutura comunicacional da expectativa normativa,⁵⁰⁵ ou seja, tanto na observação de primeira ordem na observação material, como na observação temporal na construção da norma programática e na dimensão social na relação sistema/ambiente. E essa característica peculiar de seleção e redução de complexidade em observações sistêmicas mais complexas se dá porque alguns sistemas são de interação⁵⁰⁶ em uma autopoiese específica⁵⁰⁷ para a redução dessa complexidade através e pelo sentido.

O direito, através da construção das normas programáticas, seria um tipo de sistema de interação, eis que é pela estrutura sentido que o direito é capaz de separar as relações e elementos⁵⁰⁸ da hipercomplexidade na observação da lei programática, e observando a sua estrutura construir a norma programática, apesar dos inúmeros interesses da sociedade não atendidos.

Essa capacidade, de através do sentido construir a norma programática, ao contrário de enfraquecer o direito dá a possibilidade do sistema jurídico se fortalecer. Porque o direito se reafirma na sua autonomia, ou seja, apesar de não suprir as expectativas do ambiente do direito, o sistema jurídico continua a construir decisões, continua evoluindo. E é esse fortalecimento resultado de construção da norma programática apesar da complexidade

⁵⁰⁴ Assim que “ La generalización simbólica es una forma auto-referencial de procesar sentido, es el término utilizado para representar la idea de una pluralidad que se ordena en una unidad y es simbolizada mediante ésta” ALCOVER, Pilar Gimenez .El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann, p.121.

⁵⁰⁵ Acerca das dimensões na estrutura chamada expectativa normativa a doutrina esclarece “ La formación de expectativas de los sistemas sociales supone la generalización de estructuras en cada una de estas dimensiones y exige un cierta compatibilidad entre las generalizaciones de cada dimensión. Precisamente la congruencia de las generalizaciones de las expectativas del sistema global el la función que Luhmann asigna al derecho. Una expectativa está generalizada en la dimensión material cuando de fijan el sistema ciertos principios de identificación que, al funcionar como abstracciones, excluyen posibilidades del ambiente pero mantienen abiertas posibilidades para poder seleccionar los contenidos de las diversas comunicaciones o acciones concretas. En la dimensión temporal una expectativa se generaliza cuando de fija de forma tal que haga mantener las posibilidades seleccionadas, o su prestación selectiva, aun cuando en el momento en que se realiza la selección de la acción concreta – presente – no estén disponibles. En base al pasado se seleccionan posibilidades para el futuro que han tener um cierto grado de probabilidad para cumplir su función selectiva o han de dar alguna respuesta ante la posible reaparición del problema de la complejidad, provocada por la evidencia de la contingencia de la preselección cuando una selección concreta (una acción) no se realiza en el marco de lo previsto. En la dimensión social una expectativa está generalizada si puede presuponersele um cierto grado consenso Si la reducción de la complejidad es una prestación del sistema para mediar entre el desequilibrio de complejidades del mundo y de los sistemas psíquicos, sólo expectativas generalizadas en esta dimensión podrán resolver el problema de la doble contingencia y funcionar como expectativas comunes” ALCOVER, Pilar Gimenez. El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann, p.107.

⁵⁰⁶ ROBLES, Fernando. *Sistemas de Interacción, Doble Contingencia y Autopoiesis* Indexical, Facultad de Ciencias Sociales – Universidad de Chile, n.15, 2002, Chile, p.6.

⁵⁰⁷ Autopoiese Indexical. Idem, p.32-34.

⁵⁰⁸ Idem, p.6-8.

observada na observação de segunda ordem que poderá também por seu turno irritar outros sistemas, apesar e por causa das frustrações próprias do evoluir do direito na sociedade complexa, repleta de interesses os mais diversos e conflitantes.⁵⁰⁹, enfim, dando possibilidade que o direito possa em outra decisão ter a oportunidade de decidir novamente.

O sentido é, então, a estrutura funcionalmente diferenciada do direito para reduzir complexidade no direito pelo direito, e para que o direito como sistema funcionalmente diferenciado possa satisfatoriamente valer-se da estrutura jurídica do sentido da norma programática, há que se ter uma observação jurídica para a construção de uma dogmática que possa criar conceitos internos⁵¹⁰ ao sistema jurídico, para a evolução do direito pelo direito. Ou seja, uma observação que possa estabelecer diferenciações sem princípios, sem direito subjetivo imanente ao ser humano⁵¹¹, mas se valendo de argumentações jurídicas, dentre eles princípios como premissa de decisões que são estruturas de diferenciações para a aplicação do código lícito/ilícito⁵¹², integrando internamente o sistema, construindo estruturas jurídicas apesar dos múltiplos interesses⁵¹³ de cada sistema funcionalmente diferenciado da sociedade que eventualmente não tenha sido satisfeito.⁵¹⁴

Não há que se falar em uma dogmática de cálculo de riscos⁵¹⁵ para aplicação do código na construção da norma, mas tão somente uma dogmática em que argumentação jurídica

⁵⁰⁹ Conforme esclarece NEVES. Marcelo “ Nesse contexto, há um melting pot social e jurídico, que não implica simplesmente a incerteza estrutural do direito positivo moderno, fator importante do desenvolvimento jurídico, mas antes a insegurança das expectativas normativas numa sociedade supercomplexa. O décimo segundo camelo não se apresenta como expressão construtiva do indeterminismo e incerteza do direito, mas a sua potencial falta leva a uma orientação difusa e incongruentemente destrutiva das expectativas normativas, com base em outras variáveis sociais” E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido, in Niklas Luhmann do Sistema Social à Sociologia Jurídica, organizadores André Jean Arnaud e Dalmir Lopes Jr, p.151

⁵¹⁰ Mesmo porque “ Concepts can be wilfully introduced as distinguishing indications, as observing device” LUHMANN, Niklas. On the scientific context of the concept of communication. Social Science Information 35, 2, Sage Publications, London, 1996, p.258.

⁵¹¹ Direito subjetivo é sempre direito objetivo, porque foi selecionado. Ver LUHMANN, Niklas. La differenzioze del diritto – Contributti alla sociologia e alla teoria del diritto – traduzione di Raffaele de Giorgi e Michele Silbernagl. Milano: Scietà editice il Mulino, 1991, p.234.

⁵¹² Esclareça-se que se não propõe neste trabalho analisar a argumentação tópica, mas tão somente apresentar uma hipótese ante uma visão luhmanniana de redução de complexidade para a construção da norma programática constitucional.

⁵¹³ Por isso tampouco há que se falar em base argumentativa melhor ou pior, e sim na aplicação de sub-código argumentação adequada ou não adequado à construção da comunicação jurídica. Ver LUHMANN, Niklas. Legal Argumentation – An Analysis of its forms. The Modern Law Review, vol 58, n.3, May 1995, p.2887-288.

⁵¹⁴ Ver LUHMANN, Niklas. Sistema Jurídico y Dogmatica Juridica – traducción Ignacio de Otto Pardo. 1ª edición, Madrid: Colección Estudios Constitucionales, 1983, p.11 2.

⁵¹⁵ Para uma visão oposta no sentido de viabilizar e calcular o futuro ver GUNBRECHT, Hans Ulrich. How is our future contingent Theory, Culture & Society 18, 2001, p.49-58.

esteja guiada pela argumentação jurídica⁵¹⁶ através do meio texto, fazendo a ligação entre interpretação⁵¹⁷ e argumento aceitável⁵¹⁸. Do contrário, não há condições do sistema jurídico distinguir-se⁵¹⁹ dos demais sistemas da sociedade, e, portanto, não há condições do direito continuar comunicando, construindo estruturas jurídicas dentro da racionalidade jurídica e, assim, afirmando a justiça no e do caso concreto.⁵²⁰

A diferenciação possível no sistema jurídico para a construção da norma jurídica não é apropriado/não apropriado. Um bom argumento não é aplicação de certo método⁵²¹ para levar o direito a esse ou aquele lugar. Na aplicação do código jurídico a informação mediante o ato de comunicar de “Alter” poderá coincidir com a compreensão de “Ego” e assim a comunicação restará completa e satisfeita e o direito poderá continuar funcionando, sem critérios de melhor ou pior método, argumento ou decisão, mas tão somente uma diferenciação que possa levar a uma nova decisão e assim uma nova comunicação jurídica.

Tem-se como exemplos os artigos constitucionais programáticos vinculados ao princípio da legalidade, os referidos aos Poderes Públicos e os artigos constitucionais programáticos referidos à ordem econômica e social em geral⁵²². Tais estruturas quando foram elaboradas obedeceram o código situação/oposição, ou seja, os constituintes responderem aos anseios da opinião pública para permanecerem no poder, comunicação política, por meio de comunicação política sob a égide da estrutura política, o código situação/oposição .

Os artigos constitucionais acoplam o sistema jurídico e político, e podem servir como programa à aplicação do código lícito/ilícito. Se assim acontecer, haverá a construção da

⁵¹⁶ Ver LUHMANN, Niklas. Legal Argumentation – An Analysis of its forms. *The Modern Law Review*, vol 58, n.3, May 1995, p.285-298.

⁵¹⁷ Mesmo porque interpretação e prognósticos são observações de segunda ordem e por isso contingentes. Ver LUHMANN, Niklas. *Observations on Modernity*. Tradução William Whobrey, Stanford: Stanford University Press, 1998, p.59.

⁵¹⁸ Idem, p.298.

⁵¹⁹ Porque para continuar operando a observação e assim a distinção é necessária. Ver LUHMANN, Niklas. *Code of Moral*. Cardozo L. Rev. HeinOnline 14,1992 – 1993, p.998

⁵²⁰ Nesse sentido, ver CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: Um enquadramento teórico (in) FARIA, José Eduardo (org). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, São Paulo: Editora Malheiros, 1ª edição, 1999, p.30-51.

⁵²¹ LUHMANN, Niklas. *Quod Omnes Tangit – Remarks on Jurgen Habermas’s Legal Theory* (in) Rosenfeld, Michel e Arato, Andrew (ed). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley: University of Califórnia Press, 1998, p.107.

⁵²² Esses são os exemplos da presença das normas programáticas em livro sobre o tema em. AFONSO DA SILVA, José. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Editora Malheiros, 6ª edição, 2003, p. 147-150.

norma jurídica constitucional programática. Mas a norma constitucional programática construída a partir destes programas somente será resultado da aplicação do código lícito/ilícito, somente será comunicação jurídica como outra qualquer.

Nesse sentido, quando o código jurídico lícito/ilícito for aplicado a uma situação em concreto, por exemplo, no caso dos artigos de “proteção” às mulheres⁵²³, esta aplicação pode ser considerada programática porque tenta satisfazer os interesses e anseios de uma parcela da sociedade considerada minoria, mas não faz, porque não pode fazê-lo. O direito somente observa aquilo que lhe é próprio, ou seja, estruturas jurídicas. Na hipótese apresentada, tão somente aquela mulher ou um grupo de mulheres que porventura tenham se valido do dispositivo da Constituição e que tenham alcançado êxito em suas reivindicações nos moldes requeridos, poderão ter seus anseios satisfeitos, por meio de uma decisão jurídica. Quando as leis de incentivo ao trabalho feminino ao invés de promoverem a inclusão delas no mercado de trabalho, poderão ao contrário, tornar a contratação das mulheres mais onerosa ao sistema econômico que funciona com o código dinheiro/não dinheiro, excluindo, portanto aquelas mulheres que estiverem no mercado de trabalho e que não tenham conseguido amparo judicial às suas reivindicações. Assim, da mesma forma em que são incluídas algumas mulheres no rol daquelas que tiveram seus direitos preservados, excluem-se outras⁵²⁴, pelo outro lado da forma, todas as demais que não conseguiram o êxito em suas ações que não estejam trabalhando por algum motivo e aquelas que simplesmente não ingressaram com suas ações. Portanto, não há programaticidade alguma entre o dispositivo constitucional artigo da Constituição e a segurança de promoção ao mercado de trabalho feminino.

Em relação às leis referidas à atuação dos poderes públicos, a situação em termos luhmannianos é mais evidente, mais complexa e contingente⁵²⁵. Tomar-se-á como exemplo um dispositivo constitucional que sintetiza as aspirações de um momento político, mas que não garante juridicamente, tampouco economicamente, as suas pretensões de distribuição efetiva de renda, ou seja, a desapropriação por interesse social de imóvel rural a ser efetivada pela União, mediante prévia e justa indenização em dinheiro⁵²⁶. O referido artigo pode ser

⁵²³ Artigo 7º, XX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁵²⁴ Para uma crítica quanto à teorização do debate inclusão/exclusão ver BRAECKMAN, Antoon. Niklas Luhmann's systems theoretical redescription of the inclusion/exclusion debate, *PHILOSOPHY & SOCIAL CRITICISM* • vol 32 no 1 • p. 65–88, Copyright © 2006 SAGE Publications (London, Thousand Oaks, CA and New Delhi), www.sagepublications.com DOI: 10.1177/0191453706059846.

⁵²⁵ Embora seja tão ambiente ao sistema jurídico como o exemplo acima mencionado.

⁵²⁶ Artigo 184, e parágrafos da Constituição de 1988.

usado como programa à aplicação ao código lícito/ilícito, nos moldes da estrutura da argumentação jurídica. Porém, o fato de algum proprietário ter sido expropriado de seu imóvel é estrutura jurídica que somente assegura a licitude de uma decisão jurídica à aplicação da lei a um caso concreto. Por outro lado, não assegura que o novo proprietário conseguirá produzir em sua nova terra, ou que consiga produzir renda para os seus e a comunidade onde esteja inserido. Essa situação dependerá das irritações que cada sistema funcionalmente diferenciado da sociedade produzir mediante suas próprias estruturas, tendo em vista aquela estrutura jurídica, ou seja, a economia responderá por seu código dinheiro/não dinheiro e a terra será um bem econômico que passou de titularidade de um cidadão para outro, a produção dessa nova propriedade não responderá aos anseios do sistema político, mas tão somente ao código do sistema econômico. No caso concreto, terá o novo proprietário condições para, através do dinheiro, produzir mais dinheiro com seu novo bem? E ainda, terá este indivíduo conhecimentos técnicos, assim obedecendo ao sistema educacional, para, através de seus conhecimentos, produzir em sua terra? O que se pode aferir ao certo neste exemplo, é que o código lícito/ilícito foi aplicado a uma situação e por isso uma estrutura jurídica chamada norma foi construída, nada além disso, porque o direito só pode observar o que ele observa, ou seja, só pode produzir suas estruturas por suas próprias estruturas. Nesse sentido, também as leis redistributivas de incentivo à educação, de incentivo à cultura e ao patrimônio cultural são estruturas políticas para atender uma satisfação da opinião pública da época e que em nada garantem e vinculam uma atitude para garantir a educação a todos ou tampouco a cultura.

Ainda, e finalmente, as leis dirigidas à ordem social e econômica. Novamente, o que se tem é aplicação do código lícito/ilícito ao programa do artigo da Constituição que é uma satisfação a uma aspiração política construída e resultante do funcionamento do código situação/oposição⁵²⁷. As leis são estruturas do futuro presente para a satisfação da opinião pública e para a manutenção poder, eivadas de valores que possam coletivamente comunicar⁵²⁸. Por outro lado, a norma construída a partir da aplicação do código lícito/ilícito ao programa Constituição não garante a circulação e retenção do dinheiro nas mãos de todos os cidadãos, tampouco assegura saúde a todos, porque cada sistema opera por seu próprio

⁵²⁷ As leis são estruturas políticas, que visam estabelecer o futuro presente para a satisfação da opinião pública e, assim, decidir coletivamente. Ver SPOSITO, Elena. *Probabilità improbabili – la realtà della finzione nella società moderna*. Roma: Melteni Editore, 2008, .25-26.

⁵²⁸ Ver LUHMANN, Niklas. *The Future Cannot Begin: Temporal Structures in Modern Society*, *Social Research*, 43:1 (1976:Spring), p.144.

código independentemente de quais sejam as expectativas dos demais sistemas da sociedade, ou seja, o que garante dinheiro é dinheiro, e o que garante saúde é saúde, e o que garante o trabalho é estar trabalhando.

Resumindo, em todas essas situações a única garantia é a possibilidade de produção de mais comunicações através de comunicações⁵²⁹. Assim, comunicações econômicas criam somente mais comunicações econômicas, comunicações do sistema de saúde produzem a comunicação somente através dessas mesmas estruturas e assim também em relação ao sistema social do trabalho. Esclareça-se, contudo, que, a partir da construção da norma jurídica que tenha como programa um artigo da Constituição dito “programático”, a “vontade” política a que ela se propõe não possa, de maneira alguma, ser atingida, mas tão somente que esse propósito não está assegurado. Ocorre que, esse propósito não está assegurado pela construção da norma, ainda que seja simplesmente possível.⁵³⁰ A estabilidade do direito está na produção de estruturas⁵³¹ jurídicas que são abertas ao futuro mediante o processo comunicacional⁵³² que é, por natureza, complexa e, portanto, improvável, contudo possível. Enfim, a norma programática é estrutura jurídica do presente futuro⁵³³, ou seja, meio através do qual o direito pode evoluir⁵³⁴ ante os interesses do ambiente e a própria incerteza da satisfação desses interesses na construção da norma programática, sem preocupação com o futuro invisível, nesse sentido comunicando de maneira atemporal⁵³⁵.

⁵²⁹ Daí a contingência semântica das funções abre o futuro. Ver LUHMANN, Niklas. *Observations on Modernity*. Tradução William Whobrey, Standford: Standford University Press, 1998, p. 61

⁵³⁰ Como toda decisão em seu paradoxo de criação e circularidade da comunicação. Esclarece LUHMANN, Niklas “In other words: there is no commitment to the (no longer changeable) past, but commitment to the (still changeable) future. In this way, the decision appears motivated, intentional, reasoned; and it can also be defended. It makes commitment visible, and by doing so, it contributes to uncertainty absorption in the sequence of connecting decisions – even in cases, and there particularly, where subsequent decisions can neither be predicted nor determined” *The Paradox of Decision Making* (in) (in) BECKER, Kai Helge; SEIDL, David. Niklas Luhmann and Organizational Studies. Sweden: Impresso por Daleke Grafiska AB, Malmö, 2005, p.87.

⁵³¹ Estrutura nada mais é do que diferenciação específica a um dado momento único. Nesse sentido, ver ARNOLDI, Jakob. *Autopoiesis. Theory, Culture and Society* 23, 2006, p.116-117.

⁵³² Nesse sentido, ver LUHMANN, Niklas. *Temporalization of complexity*. (in) R.F GEYER- J. VAN DER ZOUWEN (cols). *Sociocybernetics. An actor – oriented social system approach*, 2 vol, Martinus Nijhoff Social Services Boston: Diublar, Leiclen, Lanlan, 1978, p.97.

⁵³³ Ver SPOSITO, Elena. *Probabilità improbabili – la realtà della finzione nella società moderna*. Roma: Melteni Editore, 2008, p.25-26.

⁵³⁴ O direito pode evoluir temporalmente dentre de suas estruturas, através da improbabilidade nas seleções das estruturas jurídicas. Nesse sentido, ver LUHMANN, Niklas. *The direction of evolution*, p. 290.

⁵³⁵ Ver LUHMANN, Niklas. *The Future Cannot Begin: Temporal Structures in Modern Society*, Social Research, 43:1 (1976:Spring), p.150.

Portanto, as expectativas, cognitivas dos mais variados interesses de outros sistemas⁵³⁶ da sociedade não poderão ser assegurada à expectativa normativa na produção da norma jurídica programática. A norma programática, juridicamente, será a certeza de aplicação do código lícito/ilícito ao programa Constituição quanto ao caso apresentado. Tampouco, poder-se-á assegurar a expectativa do requerente quanto ao seu pedido. O que o direito pode fazer é, através de suas estruturas e, assim o seu sentido, por argumentação jurídica aplicar o código lícito/ilícito ao programa apresentado, nada mais⁵³⁷.

Sendo assim, uma última questão a ser analisada ante a maior complexidade da expectativa normativa das normas programáticas, é verificar se para a construção da norma constitucional programática isto exigiria do direito esforço que o enfraqueceria ou se, ao contrário, apesar e por causa deste gasto de energia⁵³⁸, a força do direito estaria na construção da norma constitucional programática.

3.2.1 A FORÇA DO DIREITO

Força não é poder⁵³⁹. Ao se falar em poder na teoria comunicacional luhmanniana está-se falando em código⁵⁴⁰ do sistema político na diferenciação situação/oposição, ou seja,

⁵³⁶ A complexidade do ambiente frente aos interesses dos sistemas outros que não o direito, é observável em uma observação sociológica no aspecto social das estruturas. Ver SPOSITO, Elena. *Probabilità improbabili – la realtà della finzione nella società moderna*, p.22-23.

⁵³⁷ Ao contrário do que dispõe AFONSO DA SILVA, José em seu livro *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*.

⁵³⁸ Para continuar comunicando através da paradoxalidade da construção da norma jurídica que é decisão jurídica ver SEIDL, Heid. *The Basic Concepts of Luhmann's Theory of Social Systems* (in) BECKER, Kai Helge; SEIDL, David. *Niklas Luhmann and Organizational Studies*. Sweden: Impreso por Daleke Grafiska AB, Malmö, 2005, p. 43-44.

⁵³⁹ Como ensina PANARRELE, Luigi. “Può sembrare paradossale, ma ciò che il diritto è, quindi, le forme della sua riflessione non possono rendere trasparente, è il riferimento normativo e l'ambito oggettuale della normatività. “La forza” del diritto, infatti, consiste nella possibilità del ricorso alla forza fisica e cresce – como abbiamo visto – nella misura in cui ad essa si faccia effettivo ricorso” *Il diritto e le aspettative*. Pubblicazione della Facoltà Giuridica di Bari, Scienze Politiche 7, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988, p.133.

⁵⁴⁰ LUHMANN, Niklas “En un sentido muy elemental o interaccional, el poder siempre es un código, (...)” *Poder*, tradução Luz Mónica Talbot, 1ª edição, Antropos Editorial del Hombre, Universidad Iberoamericana, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile, 1995, p. 49.

poder/não poder, mas nunca força física, muito pelo contrário⁵⁴¹. Tampouco a força seja atributo da legitimidade de um sistema funcionalmente diferenciado, e assim da legitimidade do direito⁵⁴².

O direito como sistema funcionalmente diferenciado “retira”⁵⁴³ sua força da sua autonomia operacional, da sua autopoiesis e do seu fechamento operacional⁵⁴⁴ e abertura cognitiva frente ao ambiente do sistema jurídico. Tanto assim que a aplicação da sanção na efetividade de norma programática em outros sistemas não é observada pelo sistema jurídico. A sanção é uma estrutura exterior ao fortalecimento do poder no direito⁵⁴⁵. Assim, o que ameaçaria o direito é a tentativa impossível de utilização frente às estruturas jurídicas de outro código que não o jurídico⁵⁴⁶.

Essa força ganha importância maior quando se tratar da construção de normas programáticas, porque estas estruturas comunicacionais jurídicas custam muito ao direito e esse custo gerará mais complexidade e contingência sistêmica. Explica-se: quando a norma programática é construída na aplicação do código jurídico ao programa Constituição, esta

⁵⁴¹ Conforme se depreende da afirmação de LUHMANN, Niklas “ Primero volveremos a referirnos al punto de vista al cual llegamos anteriormente, de que el poder se anula por el ejercicio real de la coerción física” Poder, tradução Luz Mónica Talbot, 1ª edição, Antropos Editorial del Hombre, Universidad Iberoamericana, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile, 1995, p. 87.

⁵⁴² A legitimidade do direito está, por outro lado, na criação de estruturas para redução de complexidade para seleção e estabilização das expectativas normativas e assim, o direito no oferecimento de condições para a evolução do direito. Sobre a criação de estruturas para legitimidade do sistema funcionalmente diferenciado, LUHMANN, Niklas adverte “ Esta função de redução de complexidade é essencialmente desempenhada pela criação de estruturas, isto é, pela generalização das expectativas de comportamento que, depois, durante largos períodos de tempo, são válidas transitória e objetivamente para diversas situações e são válidas socialmente para uma maioria. Por meio da criação de estruturas, o sistema adquire uma identidade “franca”, que exclui possibilidades de variação e possui assim uma capacidade de adaptação restrita. A estrutura, que já ela própria, seleção perante a complexidade do ambiente orienta o comportamento seletivo do sistema, permitindo, portanto, uma seletividade dupla, e graças a isso, um aumento sensível do desempenho” Legitimação pelo procedimento, tradução Maria da Conceição Corte – Real, 1ª edição, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p.40.

⁵⁴³ Retira de si próprio, portanto, constrói sua força comunicando comunicações jurídicas.

⁵⁴⁴ Como alerta CAMPILONGO, Celso Fernandes. “ A análise das estruturas do direito e das funções da comunicação jurídica permite identificar os limites e as possibilidades desse sistema. Se a comunicação jurídica pretender ir além das suas fronteiras, por exemplo, decidindo de acordo com a voz das praças e não com os instrumentos do direito – perderá consistência e especificidade. Se a mídia, ao tematizar o sistema jurídico, avocar o papel de justiceira, decepcionará a audiência. É bom que cada parte observe a outra com os próprios olhos” O Direito na Sociedade Complexa, Max Limonad, p. 164.

⁵⁴⁵ Como esclarece LUHMANN, Niklas “ La prevención de las sanciones (que son y siguen siendo posibles), es indispensable para el funcionamiento del poder.

⁵⁴⁶ Ver VAN KRIEKEN, Robert. Legal Reasoning as a Field of Knowledge Production: Luhmann, Bourdieu and Law’s Autonomy, 2004, p.1-38 Texto disponível na internet pelo endereço ses.library.usyd.edu.au, acesso em 02 de julho de 2008.

seleção construirá uma forma que excluirá outros interesses não satisfeitos na norma⁵⁴⁷, mesmo que a norma programática tenha função de equivalente funcional para selecionar uma estrutura na complexidade e contingência do sistema, no momento da decisão. Isso, de um lado inclui expectativas normativas satisfeitas, e, de outro, exclui o lado não escolhido do próprio direito reafirmando o sistema jurídico como sistema fechado.

Melhor explicando, quando a norma programática é construída pelo direito através de suas estruturas há uma tentativa de utilização de outro código que não o lícito/ ilícito e sim código como justiça/injustiça, saúde/doença, educação/ignorância e todas estas tentativas não observáveis pelo direito porque não são estruturas jurídicas, pelo contrário, são estruturas de não jurídicas de outros sistemas que não o direito, ou seja, irritações e frustrações do ambiente ao direito fazendo da norma programática uma “ válvula de escape ”⁵⁴⁸ aos inúmeros interesses presentes na sociedade que são artificialmente relegados ao direito e que este por suas estruturas não poderá satisfazer.

Por isso, a força do direito está em que apesar dessa circular inclusão e exclusão de interesses pelas decisões jurídicas⁵⁴⁹ e assim pelas normas programáticas incluem uma gama maior de interesses e por isso excluem um número maior também, o direito continuará a evoluir por suas estruturas, ou seja, por comunicações jurídicas, numa capacidade de manter as expectativas normativas apesar das frustrações⁵⁵⁰ Não fosse assim, o direito não teria

⁵⁴⁷ LUHMANN, Niklas “Looking ahead to our future, we cannot see any other form of differentiation. Regression to earlier forms, say stratification or segmentary (tribal) differentiation, may be possible, but is probable only after some large scale catastrophe. We cannot close the list of possible types of differentiation on ontological or logical grounds, but we cannot conceive of another type either. (Likewise, the stratified societies of the past could think of functional differentiation only at the role level and not as primary differentiation of the societal system itself.) The worst imaginable scenario might be that the society of the next century will have to accept the metacode of inclusion/exclusion. And this would mean that some human beings will be persons and others only individuals; that some are included into function systems for (successful or unsuccessful) careers and others are excluded from these systems, remaining bodies that try to survive the next day; that some are emancipated as persons and others are emancipated as bodies; that concern and neglect become differentiated along this boundary; that tight coupling of exclusions and loose couplings of inclusions differentiate fate and fortune: and that two forms of integration will compete: the negative integration of exclusions and the positive integration of inclusions.” *Globalization or World Society: How to conceive of Modern Society.*, *Intercional Review of Sociology*, March, 1997. Issue 1, p.67, 13p, p.11.

⁵⁴⁸ Poder-se-ia entender que teriam as normas programáticas função de normas de calibração no direito. Tal definição não será usada, pois entende-se que a construção da norma programática não reordena o sistema jurídico e portanto não calibra, não estabiliza no sentido de dar tranquilidade ao direito, pelo contrário, para ser construída exige muito do direito custa muito ao direito, e assim, quando feitas comunicadas são estruturas jurídicas para momentaneamente escapar de pressões, irritações e interesses externos ao direito.

⁵⁴⁹ Ver SEIDL, Heid. *The Basic Concepts of Luhmann’s Theory of Social Systems* (in) BECKER, Kai Helge; SEIDL, David. *Niklas Luhmann and Organizational Studies*. Sweeden: Impresso por Daleke Grafiska AB, Malmö, 2005, p.42.

⁵⁵⁰ A que Marcelo Neves vai chamar de força simbólica dos direitos humanos e o que podem ser usadas também nas normas programática. Ver NEVES, Marcelo. *The symbolic force of human rights*, *Philosophy Social*

condições de se estruturar como sistema jurídico, como sistema funcionalmente diferenciado nos sistemas da sociedade, e ao final não teria condições de praticar a sua justiça⁵⁵¹ que é continuar evoluindo, apesar dos interesses do ambiente.

Criticism 2007; 33; 411, disponível na internet <http://psc.sagepub.com/cgi/content/abstract/33/4/411>, acesso em 25 de Janeiro de 2008

⁵⁵¹ Acerca da justiça coma a fórmula da contingência apresentada na diferença sistema/ambiente tem-se o seguinte “ The necessary blindness of the system/environment distinction has important consequences for a concept of justice. In contrast to popular prejudice, Luhmann does not dispose of justice as a hackneyed old European idea but places it in a central position in his theory of law. But, under modern conditions, justice can no longer serve as a criterion for the decision of individual cases. Nor is justice the highest internal norm of law, nor an external political or moral value wich positive law must comply with. Instead, justice serves as law’s contingency formula, problematizing the relation between law and it’s social environment. As compatibility between adequate social complexity of law and its internal consistency of decisions, justice mediates internal and external requirements” TEUBNER, Gunther. *Economics of Gift – Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Jaques Derrida and Niklas Luhmann*. Theory, Culture & Society. Vol.18, 2001, p.41

CONCLUSÃO

O direito é sistema funcionalmente diferenciado que evolui com suas estruturas e, por suas estruturas para a produção de mais estruturas jurídicas, ou seja, com comunicação e, por comunicação para a produção de comunicação jurídica, ao passo que outros sistemas funcionalmente diferenciados evoluirão com suas próprias comunicações. Não há lugar para o homem⁵⁵² na sociedade, tampouco no direito, mas tão somente comunicação advinda da linguagem⁵⁵³. Não é dizer que inexistam algo fora do direito. Pelo contrário, porque existem comunicações não jurídicas é que se pode afirmar e assegurar a construção e evolução de estruturas jurídicas. A isso se deve a diferenciação das estruturas comunicacionais da sociedade, característica própria e elementar à sociedade complexa. As comunicações do ambiente ao direito poderão causar irritações ao sistema jurídico que, por suas estruturas, responderá juridicamente aos influxos do ambiente.

O sistema jurídico, então, como sistema funcionalmente diferenciado é operativamente fechado e cognitivamente aberto. Porque o direito evolui por estruturas próprias, tem diferenciações próprias, a saber, a diferença do código na diferenciação lícito/ilícito, programas para aplicação do código e função infungível que é estabilização das expectativas normativas. Não cabe ao direito assegurar diretrizes ou condutas previamente estipuladas, mas tão somente diferenciar condutas e estabelecer hipóteses de novas diferenciações para a aplicação do código jurídico por suas estruturas. Eis as hipóteses de evolução do direito na tríade variação, seleção e estabilização para recursivamente, continuar comunicando.

O direito é formado por estruturas jurídicas, dentre elas a norma jurídica que é aplicação do código lícito/ilícito ao programa jurídico. Portanto, norma jurídica não é lei, porque esta é estrutura política, obedecendo a outro código que não o jurídico, ou seja, o

⁵⁵² Como explica MOELLER, Hans Georg “To be sure, social systems theory does not attempt to merely “erase” the human being as Foucault’s image might suggest. In a probably more Nietzschean spirit, it rather finally (after a couple of centuries of humanism) tries to step beyond the conceptual limits of the “human, all too human. Traditional humanist notions are too simple to explain the complexity of reality – this is why there needs to be a new theory” Luhmann Explained – from Souls to Systems, p.79-80.

⁵⁵³ “ El lenguaje es el médium que tiene la función de hacer probable la comprensión de la comunicación. El lenguaje permite ir más allá del ámbito de lo que es perceptible y, serviéndose de generalizaciones simbólicas em la forma de senales, de comunicar tambien sobre algo no presente o sólo posible”, CORSI, Giancarlo; SPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann, p. 101

código político situação/oposição. Então, norma jurídica é decisão jurídica, essencialmente a aplicação do código lícito/ilícito feito pelos tribunais que são as estruturas jurídicas criadas pelo direito para aplicar o código jurídico⁵⁵⁴.

A norma jurídica apresenta em sua estrutura a expectativa normativa, ou seja, é a seleção possível para o sistema jurídico. Essa expectativa é observável pelo sistema jurídico. Por outro lado as expectativas cognitivas são o lado da forma não selecionado, assim, tanto a expectativa cognitiva do direito com o lado da forma jurídica não observada pelo sistema jurídico, como a expectativa cognitiva do ambiente ao sistema jurídico, as expectativas dos demais sistemas da sociedade, estruturas da sociedade não observadas pelo direito, e por isso não selecionadas.

A validade da norma jurídica está na observação do direito ao reconhecer a norma jurídica como comunicação jurídica capaz de gerar mais comunicação jurídica. Direito válido é direito. Vigência é observação da estrutura jurídica, é o reconhecimento do direito de que os lados da forma são passíveis de seleção. Porém, no processo da evolução só um lado será observado em detrimento do outro. Vigência é diferente do risco normativo. Ambos são observações de momentos diferentes na construção da norma, mas a vigência é observação anterior nas possibilidades de seleções dos lados da forma, ao passo que o risco normativo é possibilidade de um lado da forma na norma jurídica já construída.

Eficácia, por seu turno, só será observável e, portanto, interessante como estrutura jurídica se entendida como eficácia jurídica, única e exclusivamente como possibilidade a continuar a comunicação jurídica. Caso contrário, a eficácia como efetivação da norma jurídica em outros sistemas funcionalmente diferenciados, que não operam com base em estruturas jurídicas e, por isso, não são passíveis de observação como tal, pertence ao ambiente e nada informa ao direito. Tampouco a sanção é estrutura interessante ao direito, ao passo que a norma sancionadora será observada pelo direito, não como sanção, e sim como norma jurídica, comunicação jurídica qualquer.

Não há qualquer diferença de validade, vigência, eficácia ou caráter sancionador entre as comunicações jurídicas, sejam elas normas jurídicas constitucionais ou não, programáticas ou não.

⁵⁵⁴ Isso não quer dizer, entretanto, que outras aplicações do código lícito/ilícito não sejam estruturas jurídicas como por exemplo a interpretação jurídica, mas tão somente que a aplicação do código jurídico feita pelos tribunais, que são os órgãos escolhidos pelo direito para aplicarem o código jurídico, é a aplicação reconhecida como válida para aplicação.

A Constituição é forma peculiar na sociedade, pois acopla dois sistemas, o jurídico e o político. Cria e legitima os dois sistemas, observando o paradoxo por ela imposto e resolvendo esse paradoxo por meio de estruturas comunicacionais colocadas por ela, Constituição, no caso do sistema jurídico, pelos tribunais, no caso do sistema político, pelas eleições periódicas. Contudo, não é base para direcionar o direito, muito menos para conceder legitimidade maior a uma lei em detrimento de outro ato político.

Também é a Constituição programa jurídico na construção da norma jurídica constitucional, através do código lícito/ilícito posto por ela Constituição. Mas não é um programa como outro qualquer, para aplicação do código lícito/ilícito. É programa que produz irritações no sistema jurídico e no político. É forma cuja diferenciação terá de ser reintroduzida duplamente no sistema e no ambiente para gerar, eventualmente, informação para esse ou aquele sistema social.

A norma é constitucional porque é resultado da aplicação do código lícito/ilícito ao programa Constituição. Não há diferença na validade, vigência e eficácia da norma constitucional e as demais normas do direito. Tampouco existe diferença entre a observação do risco normativo e a sanção perante as demais normas do sistema jurídico.

Porém, com o surgimento da Constituição como forma peculiar e paradoxal do direito aparece a diferenciação entre normas constitucionais e normas infraconstitucionais. Aquelas são o resultado da aplicação do código lícito/ilícito pela própria estrutura que funda o código que são os tribunais criados pela própria Constituição como programa, estas são criadas a partir de estruturas jurídicas já legitimadas pelo direito em estruturas não auto fundantes. Portanto, as normas constitucionais são estruturas paradoxais, as normas infraconstitucionais não.

As normas constitucionais programáticas, por outro lado, embora estruturas paradoxais, apresentam as mesmas características que as demais normas do sistema jurídico, pois sem conteúdo valorativo maior ou menor, muito menos com disposição e poder para programar comunicações jurídicas em um ou outro direcionamento.

Por isso, não se pode confundir norma dita “programática” com a lei dita “programática” porque essa é uma resposta aos apelos da sociedade ao sistema político que obedece outro código, ou seja, situação/oposição. Lei programática é equivalente funcional para coletivamente satisfazer momentaneamente a decisão ideal do Estado do Bem Estar

Social. Contudo, tal estrutura não é observável, não há possibilidade de diferenciação tanto no sistema político como no sistema jurídico.

Norma programática também não pode ser considerada um princípio como algo que sustenta o sistema jurídico, porque o direito comunica de maneira circular, sem base nem topo, somente de maneira recursiva, construindo comunicação jurídica por meio de comunicação jurídica. O princípio é premissa de decisão que poderá criar informação na evolução e construção da comunicação jurídica, através argumentação jurídica.

Quando da diferenciação para observação e construção da norma programática, a forma Constituição apresenta peculiaridades, que são: ser uma forma que une e diferencia ao mesmo tempo dois sistemas autopoieticos e que por isso apresenta a diferenciação sistema/ambiente reciprocamente em dois sistemas, gerando assim a possibilidade de uma observação de maior complexidade e contingência desses ambientes. Essa complexidade maior é observável no direito pelo direito que poderá também aumentar a expectativa normativa da norma programática, pois as hipóteses de diferenciações no direito serão maiores, assim como as expectativas cognitivas representadas pelos interesses não satisfeitos. Essa simultaneidade de re-entrada da forma Constituição na observação e no aumento de complexidade das expectativas das normas programáticas exige do direito uma energia maior para diferenciar as comunicações entre as que possam ser jurídicas e seu ambiente.

A energia aumenta a complexidade sistêmica do direito podendo o que pode levar a um aumento das estruturas selecionáveis e possíveis. Aumento também a variação das diferenciações dificultando a seleção e reestabilização de estruturas no processo comunicacional, na construção circular de decisões, aumentando a incerteza inerente ao processo decisório.⁵⁵⁵

Por isso, além da norma construída a partir da aplicação do código lícito/ilícito no programa Constituição ser diferente, pois é estrutura paradoxal, quando construída sob a parte “programática” da Constituição é também diferente das demais normas jurídicas do sistema, pois para ser construída exige do direito um esforço maior porque gera mais expectativas ao próprio sistema, e porque apesar das frustrações o direito terá de continuar comunicando através da única estrutura que observa, ou seja, a comunicação jurídica. Tentar efetivar os ditames das leis programáticas é não sonhar e ideologizar um ideal inatingível, mas sim reconhecer que cada sistema funcionalmente diferenciado na sociedade possa continuar

⁵⁵⁵ LUHMANN, Niklas. The paradox of a decision making, p. 94-97.

comunicando por suas próprias estruturas ⁵⁵⁶, quando da comunicação e somente enquanto comunicação ⁵⁵⁷.

É o sentido a estrutura comunicacional capaz de diferenciar o direito de seu ambiente, das expectativas frustradas antes as decisões tomadas, possibilitando ao sistema jurídico que permaneça operando em sua autopoiesis na circular construção de comunicações jurídicas.

Por todo o exposto, há que se construir uma nova dogmática das normas programáticas é necessário e é também, condição para a estruturação do direito pelo direito, para a construção de sua comunicação com a certeza da manutenção do sistema jurídico, apesar das inúmeras frustrações do mesmo sistema jurídico e principalmente dos gritantes interesses dos demais sistemas da sociedade, tais como a garantia da segurança pública, da educação e da saúde. Observar o direito na perspectiva única de solucionar as mazelas da sociedade é impossível porque não possibilita a efetivamente da comunicação social com seus respectivos códigos. Tudo que é comunicado na sociedade é mutável e substituível ⁵⁵⁸.

Somente com uma observação jurídica ao direito é que se poderá fortalecer o próprio sistema jurídico, e assim manter sempre o futuro aberto ⁵⁵⁹ e possível, sempre na manutenção da expectativa normativa, ou seja, da manutenção da estabilização e evolução do próprio direito enquanto sistema autopoietico que é.

Finalmente, reitera-se que este estudo é uma observação dentre várias possíveis ante uma teoria que, por si, antecipa e pressupõe a multiplicidade das possibilidades encontradas na sociedade ⁵⁶⁰, e assim, no direito como sistema social, ou seja, uma observação nem melhor ou pior do que qualquer, mas tão somente diferente ⁵⁶¹.

⁵⁵⁶ Ver ZUMBANSEN, Peer. Law After the Welfare State: Formalism, Functionalism and the Ironic Turn of Reflexive Law. Forthcoming in 56 American Journal of Comparative Law (2008), Social Science Research Network Electronic, Library at: <http://ssrn.com/abstractid=1128144>, p.42-43.

⁵⁵⁷ LUHMANN, Niklas. The Autopoiesis of Social Systems (in) BECKER, Kai Helge; SEIDL, David. Niklas Luhmann and Organizational Studies. Sweeden: Impresso por Daleke Grafiska AB, Malmö, 2005, p.71.

⁵⁵⁸ Tosini, Domenico. *Sociologia del costituzionalismo moderno* (in) Potere e modernità. Stato, diritto, costituzioni. Edited by Alberto Cerolini. Milano: Franco Angeli – En title *Sociology of Modern Constitutionalism*, 2007, p.99.

⁵⁵⁹ Ver LUHMANN, Niklas. Fin y Racionalidad en los Sistemas – traducción de Jaime Nicolás. 1ª edición, Madrid: Editora Nacional, 1983, p.23.

⁵⁶⁰ Uma observação na construção do objeto da teoria jurídica. Nesse sentido ver SCHILTZ, Michael. *Space is the Place: The Laws of Form and Social Systems Thesis Eleven*, Number 88, February 2007, p.23-24

⁵⁶¹ Nesse sentido ver BLÜHDORN, Ingolfur. *An Offer One Might Prefer to Refuse: The Systems Theoretical Legacy of Niklas Luhmann*. European Journal of Social Theory, 3, 2000;p. 353.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia* - tradução Alfredo Bossi, 1ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000, 1014p.

AFONSO DA SILVA, José. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

ALCOVER, Pilar Gimenez. *El derecho en la Teoria de la Sociedad de Niklas Luhmann*. 1ª edición: Barcelona, José Maria Bosch Editor S.A, 1993, 400p.

ALVAREZ, Emillio Gerardo Arriaga. *La teoria de Niklas Luhmann*, Convergencia, número 32, Universidad Autónoma del Estado de México Toluca, México, maio – junho, 2003.

AMADO, Juan Antonio García. *Hablando de Kelsen con Delgado Pinto*. Universidad de Leon. Colômbia. Texto acessado em 12 de agosto de 2007.

_____. *La filosofia del derecho de Habermas y Luhmann*. 1ª edición, Colombia:Universidad Externado de Colombia, 1997, 203p.

_____. *Legitimidad y derechos humanos*. Universidad de Leon. Acesso ao texto em 12 de agosto de 2007.

_____. *Por que no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?*. Universidad de León . Espana, texto digitalizado em site oficial do autor, acesso em 07 de agosto de 2007, pp.1-17.

_____. *Sobre los modos de conocer el derecho. O de como construir el objeto jurídico*. Droit et Societé 20/21, Universidad de Oviedo, 1992, pp.53-74.

ANDAKU, Juliana Almenara. *O poder e o Estado na teoria sistêmica de Niklas Luhmann* . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1124, 30 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8719>>. Acesso em: 30 de julho de 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2006, 541p.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (org). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, 389p.

ARNOLDI, Jakob. *Autopoiesis*. Theory, Culture and Society 23, 2006, p.116-117.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* - tradução José Manuel Cardoso da Costa. 1ª edição, Coimbra:Editora Almedina, 1994, 92p.

BAECKER, Dirk. *Why Social Systems are Also Social and Temporal*. Paper submitted to, and not accepted by, ECCS 2007 European Conference on Complex Systems, Dresden October 1-5, 2007, Universität Witten/Herdecke | Zeppelin University, texto disponibilizado na internet <http://homepage.mac.com/baecker/>, acesso em 10 de novembro de 2007, p.1-7.

BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Glosario sobre a la teoría Social de Niklas Luhmann* - tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos, México: Universidade Iberoamericano – ITESCO, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BECKETT, Jason A. *Conflicting Orders: How Peace is Waged*. Foundation of the Leiden Journal of International Law, Leiden Journal of International Law 20, Printed in United Kingdom, 2007, p.281-319.

BERCHMANN, Gothard e Nico Sther. *The Legacy of Niklas Luhmann*. Texto disponível na internet <http://www.itas.fzk.de/deu/Itaslit/best02a.pdf>, Society 39, January and February, 2002, p.61-75.

BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, a. 36, n.142, p.36-52.

_____. *Constituição e Política: uma relação difícil*, Revista Lua Nova n.61, São Paulo, 2004, p.5-24.

BLÜHDORN, Ingolfur. *An Offer One Might Prefer to Refuse: The Systems Theoretical Legacy of Niklas Luhmann*. European Journal of Social Theory, 3, 2000;p. 339-354.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, volume 1 A- J, tradução Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 5ª edição, São Paulo: Editora Unb, Imprensa Oficial, 2000, 666p.

BOBBIO, Norberto. *Contribución a teoria del derecho*. Valencia, Fernando Torres, 1980.(Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino). *Dicionário de Política*, tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís, volumes 1 e 2, Editora UNB, 5ª edição, São Paulo, 2000.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*- tradução de Alfredo Fait .4ª edição, Brasília: Editora Unb, 1997, 168p.

_____. *Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito* – tradução e notas Márcio Pugliesi, Edison Bini, Carlos E. Rodrigues. 1ª edição, São Paulo: Editora Ícone, São Paulo, 1999, 239p.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico* – tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Editora U Ver LUHMANN, Niklas.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 12ª edição revista e atualizada, Malheiros Editores: São Paulo, 2002, 805p.

_____. *Teoria do Estado*. 3ª edição revista e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, 379p.

BRAECKMAN, Antoon. Niklas Luhmann's systems theoretical redescription of the inclusion/exclusion debate, *PHILOSOPHY & SOCIAL CRITICISM* • vol 32 no 1 • p. 65–88, Copyright © 2006 SAGE Publications (London, Thousand Oaks, CA and New Delhi), www.sagepublications.com DOI: 10.1177/0191453706059846.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Os desafios do Judiciário: Um enquadramento teórico* (in) FARIA, José Eduardo (org). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, São Paulo: Editora Malheiros, 1ª edição, 1999, p.30-51.

_____. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 539p.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2003, 1522p.

CARVALHO, Délton Winter de. *O direito como um sistema social autopoiético: auto-referência, circularidade e paradoxos da teoria e prática do direito*. Texto disponível na Internet [http\\: www.simaocc.home.sapo.pt](http://www.simaocc.home.sapo.pt) acesso em 21 de agosto de 2007.

CARVALHO NETO, Phytagoras Lopes de, *A diferenciação do direito e a teoria imperativista da norma jurídica*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2007.

CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade – contingência, paradoxo, só efetuação*, tradução Nélcio Scheneider, Coleção Díke, 1ª edição, Porto Alegre: Editora Unisinos, 2006, 319p.

_____. *System's Sole Constituent, the Operation: Claryfing of Central Concept of Luhmannian Theory*, *Acta Sociologica*, Volume 43, 2000.

COASE, Ronald. *The problem of social cost*. The Journal of Law and Economics, Chicago, 1960, p.1-28.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e Poder*. 1ª edição – 2ª tiragem, São Paulo: Editora Saraiva: 2005, 132p.

COHN, Gabriel. *As diferenças finas: de Simmel a Luhmann*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, volume 13, número 38, São Paulo, Outubro de 1998, texto disponibilizado na internet – acesso 10 de julho de 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *Muda Brasil – Uma Constituição para o desenvolvimento democrático*, 1ª edição, São Paulo: Editora Brasiliense, 1986, 160p.

CORSI, Giancarlo. *Sociologia da Constituição* – tradução Juliana N Magalhães. Revista de Direito da Faculdade de Direito de Minas Gerais, número 39, UFMG, Belo Horizonte, janeiro – junho de 2001, p. 1-12.

_____. *Valores y derechos fundamentales en perspectiva sociológica*. Metapolítica, vol.5, número 20, outubro, diciembre de 2001, p.1-12.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio . *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann* – traducción de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. 1ª edición, México: ITESO y Editorial Antrophos, 1996, 187p.

COSTA, Nelson Nery. *Ciência Política*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, 407p.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, 130p.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Anti- Leviatã*. 1ª edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, 198p.

CHRISTODOULIDIS, E. A. *A case for reflexive politics: challenging Luhmann's account of the political system*, Economy and Volume Society 20, Number 4, November, Edinburgh, 1991.

CHRISTIS, Jac. *Luhmann's theory of knowledge: beyond realism and constructivism?* Sociale Systeme 7, Lucius & Lucius Stuttgart, Helt 2, 2001, p.328-349.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Editora Saraiva, 25ª edição, São Paulo, 2005.

DE GIORGI, Rafaelle. *Ciencia del Derecho y Legitimación*, México: Universidade Iberoamericana, 1988.

_____. *Direito, risco e democracia – vínculos com o futuro*. 1ª edição, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, 263p.

_____. Le sfide del giudice costituzionale. Lecce, mimeo, 2008 (texto apresentado no I Colóquio Internacional de Direito da UVV, Vila Velha-ES, 14 e 15 de agosto de 2008, p.1-16.

_____. *O direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, 236p.

_____. *O risco na sociedade contemporânea, tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski*, @BuscaLegis.ccj.ufsc.br, revista n.º 28 ano 15, junho de 1994 – Pp.45/54.

DI GIORGI, Beatriz, Celso Fernandes Campilongo e Flávia Piovesan. *Direito, Cidadania e Justiça – Ensaios sobre Lógica, Interpretação, Teoria, Sociologia e Filosofia jurídicas*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito – Adaptada ao novo código civil*. 7ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2002, 317p.

_____. DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 6ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, 183p.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. First Printing, Cambridge Massachusetts: Harvard University Press. 1985,

_____. *O império do Direito*. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003.

ESSER, Josef. *Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado – traducción del alemán por Eduardo Valentí Fiol*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1ª edición, 1961, 498p.

FARIA, José Eduardo Faria (org.). *A crise do Direito numa Sociedade em Mudança*. 1ª edição, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1988, 121p.

_____. *Direito e Justiça no século XXI: Crise da Justiça no Brasil*. Seminário Justiça no Século XXI, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 2003, p.1-39.

FARIAS, Ignacio; OSSANDÓN (org). *Observando Sistemas – Nuevas apropiaciones y usos de la Teoria de Niklas Luhmann*. 1ª edición, Chile: Ril Editores, 2006, 394p.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio. Sampaio. *A ciência do Direito*. Editora Atlas, 2ª Edição, São Paulo, 1980.

_____. *As origens do Estado contemporâneo ou o Leviathan gestor da economia*. Revista Brasileira de Filosofia, vol. XXXVI, São Paulo: 1987, p. 298-313.

_____. *Direito, retórica e comunicação*. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1997, 188p.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4ª edição revista e ampliada, São Paulo: Editora Atlas, 2003, 370p.

_____. *Notas sobre o Poder e a Comunicação*. Revista Brasileira de Filosofia, vol. XXXIV, São Paulo: 1985, p. 333-356.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. Editora Forense, 4ª edição, Rio de Janeiro, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª edição revista e atualizada, São Paulo, Editora Saraiva, 2006, 396p.

FIGUEIRA NEVES, Rômulo. *Acoplamento Estrutural, fechamento operacional e processos comunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann*, Dissertação – USP: São Paulo, 2005.

FRANKENBERG, Gunther. *A Gramática da Constituição e do Direito* – tradução Elisete Antoniuk 1ª edição, Belo Horizonte: Editora Del Rey Internacional, 2007, 435p.

GARCIA, Marco Aurélio (Coord.). *Como pensar*. Revista Lua Nova, n.54, São Paulo, 2001, p.78-131.

GARCÍA, Mauricio García Villegas; RODRIGUEZ, César A. *Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la (s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina (in) Derechos y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. 1ª Edición, Bogotá: Antropos, 2003.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Colombia: Universidade Externado de Colombia, 1997.

_____. *Teorías del Sistema Jurídico y concepto del derecho*, Colombia: in Anuario de Filosofía del Derecho, T. II, 1985.

GÓMEZ-ARRIBAS, Xavier. *Time revival: sovereignty on the limits and the myth of our time*. Paper presented at the Millennium Annual Conference – Between Fear and Wonder: International Politics, Representation and the Sublime, London, 2005, p.1-34.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª edição revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2005, 316p.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política* – tradução Geraldo de Carvalho. 1ª edição, Belo Horizonte: Editora Del Rey Internacional 3, 2006, 291p.

_____. *Integration by Constitution*. Oxford University Press and New York School of Law, I-CON, Volume 3, Numbers 2 &3, 2005, p.193-208.

GUASTINNI, Ricardo. *Das Fontes às norma* – tradução de Edson Bini. 1ª edição, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, 415p.

.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição*. Revista de Informação Legislativa a 35, n.137, jan/março de 1998, Brasília, p..13-22.

_____. *A filosofia do direito – Aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição*. 2ª edição, São Paulo: Editora: 2002.

GUIBENTIF, Pierre. *O direito na obra de Niklas Luhmann – Etapas de uma evolução teórica*.(in) SANTOS, José Manutel(org). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: Lusosofiapress. Universidade da Beira Interior, 2005, p.185-252.

GUNBRECHT, Hans Ulrich. *How is our future contingent* Theory, Culture & Society 18, 2001, p.49-58.

HAGEN, Roar. *Rational Solidarity and Functional Differentiation*. Acta Sociológica n. 43, 2000; p.27-43.

HAYEK, F. A. *Direito Legislação e Liberdade – Uma nova formulação dos princípios liberais- A miragem da justiça social*, volume II, tradução patrocinada pelo Instituto Liberal feita pro Henry Maksoud, 1ª edição, São Paulo: Editora Visão, 1985, .130p.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*, tradução A. Ribeiro Mendes. 4ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, 348p.

HAMON. Francis, Michel Troper, Georges Burdeau. *Direito Constitucional* - tradução Carlos Souza, Editora Manole, 27ª edição, São Paulo, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição* – tradução de Gilmar Ferreira Mendes, 1ª edição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, 34p.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4ª edição revista e atualizada, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, 756p.

IANNI, Octavio. *Como se pensa?* Revista Lua Nova n. 54, São Paulo, 2001, p.43-86.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* - tradução João Batista Machado. 6ª edição, São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999, 427p

KING, Michael; SCHUTZ, Anton. *The Ambitious Modesty of Niklas Luhmann*. Journal of Law and Society, Published by: Blackwell Publishing on behalf of Cardiff University Stable URL, vol. 21, n. 3, Sep., 1994, p. 261-287: <http://www.jstor.org/stable/1410736> Acessado: 14/10/2008.

KING, Michael; THORNILL, Chris. *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*. First Edition, New York: Palgrave MacMillian, 2003, 259p.

KUNZLER, Caroline de Moraes. *A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Estudos de Sociologia, 16, Araraquara, 2004, p.123-136.

JALAVA, Janne. *From Norms to Trust: The Luhmannian Connections between Trust and System*, Sage publications, European Journal of Social Theory, 6, 2003, p.173 – 190.

JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito* – tradução da versão original em alemão *Der Zweck im Recht* por Heder K. Hoffmann, Tomo I, Editora BookSeller, 1ª edição: Campinas, 2002, 374p.

LAZAROTTO, Simioni Rafael *Consenso, dissenso e autopoiese: críticas de NiklasLuhmann à teoria de Jürgen Habermas na perspectiva do direito*, disponível em www.dirittodiritti.it, acesso na Diritto & Diritti - il Portale Giuridico italiano, Eletronic Law Review, em 21 de setembro de 2007. p. 1-28.

LEYDESDORFF, Loet.. *Interaction versus action in Luhmann's sociology of communication*. In: Colin B. Grant (Ed.), *Rethinking Interactive Communication: New Interdisciplinary Horizons*, Amsterdam John Benjamins, forthcoming, texto disponível na internet <http://www.leydesdorff.net/index.htm>, p.1-21.

_____. *Is Society a Self Organizing System?* Journal of Social and Evolutionary Systems, 16 (3), 1993, p.331-349.

_____. *Luhmann's Communication Theoretical Specification of the Genoma of the Husserl's Phenomenology*, Forthcoming in: Edmundo Balsemão Pires (Ed.), *Public Space*,

Power and Communication, University of Coimbra, Portugal, texto disponível na internet em www.leydesdorff.net acesso em 05 de novembro de 2007,

_____. *Luhmann, Habermas and The Theory of Communication. Systems Research and Behavioral Science* 17(3), 2000, pp. 273/288.

_____. *The Non-linear Dynamics of Meaning-Processing in Social Systems*

Paper presented at the World Congress of Sociology, Durban, July 2006 (updated: August 2007), texto disponível na internet <http://www.leydesdorff.net/index.htm>, pp.1/40

_____. *Uncertainty and the communication of time* Science & Technology Dynamics, Department of Communication Studies, Oude Hoogstraat 24, 1012 CE Amsterdam, The Netherlands Systems Research 11(4) (1994)

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Régua e Compasso (Metodologia para um trabalho jurídico sensato)*, Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, www.fgv.sp.br, acesso em 26 de outubro de 2007.

LUHMANN, Niklas e De Giorgi, Raffaella. *Teoría della società*. Milano, Franco Angeli, 1992.

LUHMANN, Niklas. *A constituição como aquisição evolutiva* – tradução livre Menelick de Carvalho Tradução realizada a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: *Rechtshistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (“La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia (texto não revisado pelo tradutor), São Paulo, 2006, p.1-39..

_____. *Autopoietic Law: A new approach to Law and Society*. Edited by Gunther Teubner, European University Institute, Series A Law, 8, Berlim, New York., 1988, pp.13-35.

_____. *A realidade dos meios de comunicação*. São Paulo, Paulus, 2005.

_____. *Code of Moral*. Cardozo L. Rev. HeinOnline 14, 1992 – 1993, p.995-1009.

_____. *Cognition as Construction* – translated by Hans Georg Moeller (in) *Luhmann Explained – From Souls to Systems*. Open Court. Chicago and La Salle, Illinois, 2006.

_____. *Confianza* – tradução da edição inglesa por Amanda Flores. 1ª edición, Chile: Antropos Editorial. Universidad Iberoamericana, 2005, 179p.

_____. *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia – edición y traducción de Josetexto Berian y José María García Blanco*, Madrid: Editorial Trotta Colección Estructuras y Procesos, Serie Ciencias Sociales, 1998, 257p.

_____. *El derecho de la sociedad* – traducción Javier Torres Nafarrete. 1ª edición México: Universidad Iberoamericana Colección Teoría Social, 2002, 673p.

_____. *Familiarity, Confidence, Trust, Problems and Alternatives*. (in) Gambetta, Diego (ed.) *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, electronic edition, Department of Sociology, University of Oxford, chapter 6, p. 94-107, texto disponível na internet <http://www.sociology.ox.ac.uk/papers/luhmann94-107.pdf>., acesso em 02 de julho de 2008.

_____. *Fin y Racionalidad en los Sistemas* – traducción de Jaime Nicolás. 1ª edición, Madrid: Editora Nacional, 1983, 321p.

_____. *Globalization or World Society: How to conceive of modern society?*, International Review of Sociology, Vol.7, Issue 1, March 1997, p.67, 13p.

_____. *Introducción a la teoría de Sistemas – lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrete*. 1ª edición, México: Itesco Antrophos Editorial del Hombre – Universidad Iberoamericana, 1996, 303p.

_____ *La clausura operacional de los sistemas psíquicos y sociales (in) El final de los grandes proyectos* . (In) Fischer, Retzer & Schweizer, El final de los grandes proyectos, Barcelona, Gedisa, 1997, p114-127.

_____ *La diferenzioze del diritto – Contributti alla sociologia e alla teoria del diritto* – traduzione di Raffaele de Giorgi e Michele Silbernagl. Milano:Scietà editrice il Mulino, 1991, 400p.

_____ *La observación Sociológica del derecho* - traducción Héctor Fix Fiero. México: Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, Número 12, 1993, p.73-78.

_____ *La política como sistema*. (Javier Torres Nafarrete organizador do volume), México: Fondo de Cultura Econômica, 2004.

_____ *La sociedad de la sociedad* – traducción Javier Torres Nafarrete. 1ª edición, México: Editorial Herder Universidad Iberoamericana – Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, 2007, 964p.

_____ *Legal Argumentation – An Analysis of its forms*. The Modern Law Review, vol 58, n.3, May 1995, p.285-298.

_____ *Legitimação pelo procedimento*. Brasília:UNB, 1980.

_____ *Observations on Modernity*. Tradução William Whobrey, Standford: Standford University Press, 1998, 184p.

_____ *O enfoque sociológico da teoria e prática do direito* – tradução Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski, Revista CCJ, n.28, ano 15, junho de 1994, pp.15-29.

_____ *Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System*. In Cardozo Law Review, v.13, n.5, 1992.

_____ *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. 1ª edición, Chile: Antropos Editorial – Universidad Iberoamericana, Pontificia Universidad Católica del Chile, 1997, 138p.

_____ *On the scientific context of the concept of communication*. Social Science Information 35, 2, Sage Publications, London, 1996, p.257-267.

_____ *Quod Omnes Tangit – Remarks on Jurgen Habermas's Legal Theory* (in) Rosenfeld, Michel e Arato, Andrew (ed). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley: University of Califórnia Press, 1998, p. 157-163.

_____ *Poder – traducción Luz Mônica Talbot de la edición inglesa de John Wiley & Son*, corregida y cortada con el original alemán por Darío Rodríguez Mansilla, 1ª edición, México: Universidad Iberoamericana, Antropos, 1995, 177p.

_____ *Políticos, honestidad y la alta amoralidad de la política en Nexus* (México), marzo 1996, p. 41-47.

_____ *Risk A Sociological Theory, translated by Rhodes Barret*, Aldine Transaction – A division of transaction publishers, Third Printing, New Brunswick (USA) and London (UK), USA: 2007, 236p.

_____ *Sistema Jurídico y Dogmatica Juridica – traducción Ignacio de Otto Pardo*. 1ª edición, Madrid: Colección Estudos Constitucionales, 1983, 149p.

_____ *Sociedad y sistema: la ambición de la teoria*. Ediciones Paidós I.C.E de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona,1990.

_____ *Temporalization of complexity. (in) R.F GEYER- J. VAN DER ZOUWEN* (cols). *Societybecruestics. An actor – oriented social system approach*, 2 vol, Martinus Nijhoff Social Services Boston: Diublare, Leiclen, Lanlan, 1978, p.97-111.

_____ *Teoría política en el Estado de Bienestar – versión Fernando Vallespín*, Madrid: Alianza Editorial, 1997.

_____. *The Autopoiesis of Social Systems* (in) BECKER, Kai Helge; SEIDL, David. *Niklas Luhmann and Organizational Studies*. Sweeden: Impresso por Daleke Grafiska AB, Malmö, 2005, p.62-80.

_____. *The Concept of Autopoiesis* (in) BECKER, Kai Helge; SEIDL, David. *Niklas Luhmann and Organizational Studies*. Sweeden: Impresso por Daleke Grafiska AB, Malmö, 2005, p.52-60.

_____. *The Direction of Evolution*. In H. Haferkamp Smelsen Eds. *Social Change and Modernity*, Berkeley, CA: University of California Press, 1992, p.279-293.

_____. *The coding of the legal system* (in) TEUBNER, Gunther; Febbrajo. *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems – Regulation and Autonomy in a New Perspective*, Milan: Dott A Giuffrè Editore, 1992, p. 145- 185.

_____. *The Future Cannot Begin: Temporal Structures in Modern Society* , *Social Research*, 43:1 (1976:Spring), p.130-152.

_____. *The future of democracy* - tradução David Roberts. *Thesis Eleven*, n.26, 1990, p.46-53.

_____. *The Paradox of Decision Making*(in) BECKER, Kai Helge; SEIDL, David. *Niklas Luhmann and Organizational Studies*. Sweeden: Impresso por Daleke Grafiska AB, Malmö, 2005, p.83-104.

_____. *The reality of the Mass Media*. Translated by Kathleen Cross, Stanford University Press, Stanford, California, 2000.

_____. *Theories of Distinction – Redescribing the descriptions of modernity* - traduções Joseph O’Neil, Elliot Schreiber, Kerstin Behnke and William Whobrey. First Printing, California: Stanford University Press, Stanford, 2002, 226p

MANSILLA, Darío. *Gestion Organizacional*, Capítulo IX, Instituto de Sociologia, Ediciones Pontificia Universidad Católica del Chile, Chile, 2001, p.3 – texto extraído da internet acesso em 08 de agosto de 2007.

MANSILLA, Darío Rodriguez; TORRES N., Javier. *Autopoiesis, the unity of a difference: Luhmann and Maturana*. *Sociologias* , Porto Alegre, n. 9, 2003 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517,. Acesso em: 17 Dez 2007. doi: 10.1590/S1517-45222003000100005

MARCONDES FILHO, Ciro. *Revista FAMECOS. Peripécias de Humberto Maturana no país da comunicação*, n°31, Porto Alegre, dezembro de 2006, p. 27-38.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. *A história semântica de um conceito – A influência inglesa do século XVII e norte americana do século XVIII na construção do sentido da Constituição*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a.43 n. 172, out/dez 2006, p.203-223.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A árvore do conhecimento – as bases biológicas do entendimento humano* – tradução Jonas Pereira dos Santos. 1ª edição, São Paulo: Editora Psy II, 1995, 277p.

_____. *Cognição, Ciência e Vida Cotidiana* – organização e tradução de Cristina Magro e Victor Paredes, 1ª Reimpressão, Editora UFMG, Belo Horizonte, 2001.

MATURANA, Humberto. *The nature of time –I do not want to deal with all the domains in wich the word time enters*, Sítio Autopoiesis texto de 27 de novembro de 1995, publicado na internet em 08 de agosto de 2006, acesso feito em 04 de agosto de 2007.

MENDES, Antonio Celso. *Direito – Linguagem e Estrutura Simbólica*, Editora , São Paulo, 1994.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *O caráter normativo dos princípios jurídicos*. Revista de Informação Legislativa, a. 42, n.167, jul/setembro de 2005, Brasília, p. 231-254.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo II, Constituição*. 5ª edição revista e atualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 353p.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*, 1ª edição, 3ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, 546p.

MOELLER, Hans- Georg. *Luhmann Explained – from souls to Systems*. First Printing, Chicago, Illinois: Open Court, 2006, 299p.

MORAES, Guilherme Pena de., *Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. 3ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Lumen Juris Editora, 2006, 330p.

MORESO, José Juan. *Lo que queda de Positivismo Jurídico* VIII Seminário Internacional de Teoria del derecho. Universidad Nacional del Sur – Departamento de Derecho, Bahía Blanca, 29 y 30 de junio 2007, Documento de trabajo número 6, p.1-14.

MORIN, Edgar. *A inteligência da complexidade* – tradução Nurimar Maria Falci. Editora Peirópolis, 3ª edição – Série Nova Consciência, São Paulo,

MORIN, Edgar. *La emergencia del sentido a partir del no sentido* – trad. Daniel Gutierrez Martinez. Revista de Ciencias Sociales – Universidade Autónoma del México, Convergencia, vol. 14 n° 44, Toluca México.

MULLER, Friederch. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo* – tradução Peter Naumann. 1ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, 139p.

MURPHY, W.T. *Niklas Luhmann and his view of the social function of law*. Arkansa State University, Humann Studies 7: 23-28, ©Martinus Ni/hoff Publishers. Netherlands, 1984.

_____. *Niklas Luhmann on Law. Politics and Social Theory*, Modern Law Review, Volume 47, pp.604-620.

NAFARRETE, Javier Torres. *Galáxias da Comunicação e o legado de Niklas Teórico de Luhmann*. Lua Nova: revista de cultura e política, vol.51, 2000, p.144-161.

_____. *La política como sistema*. 1ª edición, México: Fondo de Cultura Económica / Unversidad Iberoamericana/ Universidad Nacional Autônoma de México, 2004, 411p.

_____. *La propuesta teórica de Niklas Luhmann*. Camou, Antonio; Castro, José Esteban (Coord) in *La sociedad Compleja – Ensayos en torno a la obra de Niklas Luhmann*. México: Triana, 1997, p.17-49.

NAVARRO, Evaristo Prieto. *Teoría dos Sistemas, funciones del derecho y control social – perspectivas e imposibilidades para a dogmática penal*. Universidad Autónoma de Madrid. Doxa 23, 2000, p.265-288.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. Editora Acadêmica, São Paulo, 1994.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006, 374p.

_____. *Del pluralismo jurídico a la miscelânea social: el problema de la falta de identidad de la (s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina (in) Derechos y Sociedad en América Latina: un debate sobre los estúdios jurídicos críticos*. Organizadores Mauricio García Villegas y César A. Rodriguez, Ediciones Antropos, Bogotá, 2003, p..260-289.

_____. *The simbolic force of human rights*, Philosophy and social Criticism, vol.33, n.4, p.411-444.

NEVES, Rômulo Figueira. *Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós Graduação da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, texto disponível na internet, www.usp.br, acesso 20 de julho de 2007.

OQUENDO, Luis J. Gonzales. *La presencia de Talcott Parsons el trabajo teórico de Niklas Luhmann*. Reflexión Política, ano 5, n.10, Colombia, Diciembre de 2003.

ORTEGA, Mannuel Segura. *La Racionalidad Jurídica*, Editorial Tecnos, 1998, Madrid.

OST, Fraçois, *Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez*. – tradução Isabel Lifante Vidal. Doxa -14, 1993.

PAULUS, Nelson. *Del Concepto del Riesgo. Conceptualización en Luhmann y Beck*. Revista Mad, n.10, Mayo, 2004, texto disponível na internet em www.revistamad.uchile.cl/10/paper07.pdf

PANNARALE, Luigi. *Il diritto e la aspettative*. Pubblicazione della Facoltà Giuridica di Bari, Scienze Politiche 7, Napoli: Edizioni Scientific Italiane, 1988, 184p.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Direito, Política e Constituição para a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*. Disponível na Internet no endereço eletrônico www.mundojuridico.adv.br em 20 de setembro de 2007.

PIMENTA, Paulo Lyrio *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*, 1ª edição, São Paulo: Editora Max Limonad, 1999, 246p.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, Tempo e Direito*. 1ª edição, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002, 319p.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas – Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de Injunção*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, 208p.

PODAK, Klaus. *Without Subject, Without Reason: Reflections on Niklas Luhmann's Social Systems* – translated by David Roberts. Thesis Eleven n.13, 1986, p.34-66. esis Eleven n.13, 1986, p.54-66.

PRATES, Francisco de Castilho. *O Estado de Democrático de Direito e a Sociedade de Risco*, BuscaLegis.ufsc.br, <http://www.mundojuridico.adv.br>, acesso em 20 de agosto de 2007.

PUGLIESI, Márcio. *Por uma Teoria do Direito*. 1ª edição, São Paulo: RCS Editora, 2005, 320p.

QUEIROZ, Maria Costa de. *Contingência e Direito Positivo – O paradoxo do direito na modernidade*. Revista Sequência, n.49, dezembro de 2004, p.95-111.

ROBLES, Fernando. *Sistemas de Interacción, Doble Contingencia y Autopoiesis Indexical*, Facultad de Ciencias Sociales – Universidad de Chile, n.15, 2002, Chile.

RASCH, William. *Ideal Sociability – Friederich Schleiermacher and the Ambivalence of Extrasocial Spaces*. Gender in Transition, texto disponibilizado na internet, acesso em 01/de novembro de 2007, p.319-339.

_____. *Niklas Luhmann's Modernity – The paradoxes of Differentiation*. First Printing,. California: Stanford University Press, Standford, 2000, 246p.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Biblioteca de Teses, 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, 305p.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ. Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. 1ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2005, 152p.

ROCHA, Leonel Severo. *Direito, Complexidade e Risco*. Revista Sequência: estudos jurídicos e políticos, volume 15, n.28, junho de 1994, p..1-14.

RODRIGUES, Leôncio Martins. (Coord). *Seis Razões para Pensar -Série Por que pensar*, Revista Lua Nova, n.54, São Paulo, 2001, p.111-42.

RODRÍGUEZ, Darío Mansilla; NAFARRETE Javier Torres. *Autopoiesis, the unity of a difference*:Luhmann and Maturana. Sociologias Porto Alegre, , n. 9, 2003 Disponível em:; http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517.. Acesso em: 17 Dez 2007. doi: 10.1590/S1517-45222003000100005,

RODRIGUEZ, Dario y Marcelo Arnold. *Sociedad y Teoria de Sistemas – Elementos para la comprensión de la teoria de Niklas Luhmann*. Cuarta Edición, Chile: Editorial Universitária, 2006, 199p..

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Direito, Justiça e Ideologia – Reflexões não ortodoxas*. Editora Achiamé, Rio de Janeiro, 1980.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. 1ª edição, Bauru: Edipro, 2003, 432p.

SANTOS, José Manutel(org). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Covilhã: Lusosofiapress. Universidade da Beira Interior, 2005, 347p.

SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. *Normas Programáticas – Análise Político Constitucional*. (in) Revista de Direito Processual n.86. p.140-151.

SALLES, Gabrielle Bezerra. *Teoria da Norma Constitucional*. Editora Manole, São Paulo, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coordenador). *Constituição e Crise Política*. Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2006.

SCAVINO, Dardo. *Filosofia Actual: Pensar sin Certezas*, Editora Paidós, México, 2000.

SCHILTZ, Michael. *Space is the Place: The Laws of Form and Social Systems*. Thesis Eleven, Number 88, February, 2007, p.8-30.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma, Contingência e Racionalidade, -Estudos Preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica*. 1ª edição: Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2005, 311p.

SCHWARTZ, Germano .*A constituição, a literatura e o Direito*. 1ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora 2006, 83p.

SECONDAT, Charles – Louis (Barão de Montesquieu). *Do espírito das Leis*. Série – Os pensadores. 1ª edição, São Paulo, Nova Cultural, 2000, 384p.

SEIDL, Heid. *The Basic Concepts of Luhmann's Theory of Social Systems (in)* BECKER, Kai Helge; SEIDL, David. *Niklas Luhmann and Organizational Studies*. Sweeden: Impresso por Daleke Grafiska AB, Malmö, 2005, p.19-51.

SERRA, Paulo. *Comunicação e humanidade: para uma leitura kierkegaardiana da teoria dos sistemas*. Universidade da Beira Interior, texto disponível na internet www.bocc.ubi.pt, acesso em 23 de janeiro de 2008.

SIEYÉS, Joseph. *Qu'est –ce que le Tier État?*, conforme se depreende na obra do mesmo autor *A Constituinte Burguesa – Qu'est – ce que le Tiers Etat*, tradução Norma Azevedo. Coleção Clássicos do Direito, 4ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, 80p.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª edição, São Paulo: Editora Malheiros , 2003, 277p.

SILVA, José Manuel. *Tecnologia Educativa, Teoria Geral dos Sistemas e Teoria da Comunicação*. Instituto Politécnico da Guarda, 20 de janeiro, acesso em 26 de outubro de 2007 em www.ipg.pt.

SIMIONI, Rafael Lazarotto. *A Sublimação jurídica da função social da propriedade*. Revista de Cultura e Política Lua Nova, n.66, São Paulo, 2006.

SINCLAIR, M. B. W. *Autopoiesis: Who needs it?*, New York School, Legal Studies Forum, Volume XVI, Number 1, New Yoerk, 1992.

SHACKLE, G. L. S – *Expectations in Economics*. Cambridge: Cambridge University Press. Second Edition, 1952, 144p.

SPOSITO, Elena. *From self – reference to autology: how to operationalize a circular approach in Social Science Information*, volume 35, n.2, pp.269/281.

_____. *Probabilità improbabili – la realtà della finzione nella società moderna*. Roma: Melteni Editore, 2008, 89p.

STRECK. Lênio Luiz *Hermenêutica Jurídica em Crise – Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito*. 5ª edição revista e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, 342p.

STEWART, Peter. *Complexity Theories, Social Theory, and the Question of Social Complexity*. Philosophy of the Social Sciences 31, 2001, p. 323-360.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2006, 1225p.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991, 785p.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2002, 386p.

TEUBNER, Gunther. *A Bukowina sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional* in Revista de Ciências Sociais e Humanas, Piracicaba: Impulso – Direito e Globalização, v.14, n.33, jan/abril 2003, p.09-30.

_____. *Direito, Sistema e Policontextualidade* – tradução Brunela Vieira de Vincenzi, Editora Unimep, Piracicaba, 2005.

_____. *Economics of Gift – Positivity of Justice: The Mutual Paranóia of Jaques Derrida and Niklas Luhmann*. Theory, Culture & Society. Vol.18, 2001, p.29-47.

_____. *How the law thinks*. HeinOnline -- 23 Law & Soc'y Rev. 727 1989, p.727 – 757.

_____. *O direito como sistema autopoiético* – tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, 306p.

TORNIHILL, Chris. *Niklas Luhmann, Carl Schmitt and Modern Form of the Political*. University of Glasgow. *Europeana Journal of Social Theory* 10 (4), 2007, p.499-522.

TORRES, Ana Paula Repolês. *A questão da obediência às normas na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Disponível na internet http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp. Acesso em 11 de agosto de 2007.

TÔRRES, Heleno Taveira (Coord). *Direito e Poder – Nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos – Estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. 1ª edição, São Paulo: Editora Manole, 2006, 726p.

TOSINI, Domenico. *Sociologia del costituzionalismo moderno (in) Potere e modernità. Stato, diritto, costituzione*. Edited by Alberto Cerolini. Milano: Franco Angeli, em title: “Sociology of Modern Constitutionalism”, p.96-127.

TRINDADE, André. *Os Direitos Fundamentais em uma Perspectiva Autopoiética*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2007.

VALLEJOS, Arturo R. *La política en la periferia de la modernidad Esbozos para su observación em América Latina*, Cuadernos del Cendes, año 24. n° 65 , Tercera Época, Mayo-Agosto 2007, p.95-128.

VANDERSTRAETEN, Raf. *An Observation of Luhmann's Observation of Education*, *Europeana Journal of Social Theory*, 6, University of Bielfeld, Germany, 2003.

VAN KRIEKEN, Robert. *Legal Reasoning as a Field of Knowledge Production: Luhmann, Bourdieu and Law's Autonomy*, 2004, p.1-38 Texto disponível na internet pelo endereço <http://ses.library.usyd.edu.au>., acesso em 02 de julho de 2008.

VASCONCELLOS DOS REIS, José Carlos. *As normas Constitucionais programáticas e o Controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VIANNA, Túlio Lima. *Da ditadura dos sistemas sociais: uma crítica à concepção do direito como sistema autopoiético do direito*, *Revista Crítica Jurídica* n.22, Julho/ Dezembro de 2003, p.67-78.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, 2000.

_____. *Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. 3ª edição, São Paulo: Noeses, 2005, 309p.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O Direito na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*. 1ª edição, São Paulo: Max Limonad Editora, 2006, 268p.

VISCOVATOFF, Alex. *Foudantions of Niklas Luhmann's Theory of Social Systems*. Philosophy of the Social Science, Volume 29, Issue 4, p.481, University of Pittisburgh, December 1999, 36p.

VON JHERING, Rudolf. *A finalidade do direito* - tradução de Heder K. Hoffman, tomo II, 1ª edição, Campinas: BookSeller Editora, 2002, 451p.

WARAT, Luis Aberto. *Introdução geral ao Direito II – A epistemologia jurídica da modernidade*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1995, Reimpressão 2002.

_____. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Editora Síntese Ltda., Porto Alegre, 1979.

ZOLO, Danilo. *Function, Meaning and Complexity: The epistemological Premisses of Niklas Luhmann's Sociological's Enlightenment*. University of Florence and Boston University, Philosophy of the Social Sciences 16, 1986, p. 115-127.

ZUMBANSEN, Peer. *Law After the Welfare State: Formalism, Functionalism and the Ironic Turn of Reflexive Law*. Forthcoming in 56 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW (2008), Social Science Research Network Electronic, Library at: <http://ssrn.com/abstractid=1128144>, acesso 01 de julho de 2008.

ZYMLER, Benjamim. *Política, Direito e Reforma do Estado: uma visão funcional sistêmica*. Revista Informação Legislativa, vol. 37, n.149, julho/sete de 2000, p. 35-49.