

RAPSÓDIA SOBRE TEORIAS SISTÉMICAS DO DIREITO

MIGUEL DE AZEVEDO MOURA*

*Law, like other autopoietic system, is nothing but an 'endless dance of internal correlations in a closed network of interacting elements'***

SUMÁRIO: Intróito; 1. Genesis; 2. A revolução epistemológica de Luhmann: uma teoria funcionalista do Direito; 2.1. A teoria da linguagem como meio de manifestação da “unidade-base”; 2.2. Teoria da diferença: o fenómeno observatório, a comunicação intrassistémica e o binómio ontológico; 2.3. Sociedade e Direito: relação funcional e assimetria comunicativa; 3. A teoria autopoietica hipercíclica teubneriana; 4. Debate: autonomia jurídica (relativa) *vs* autopoiesis jurídica.

RESUMO: Este estudo tem como objetivo a exposição sumária das teorias sistémicas do Direito, desde a sua fonte às diferentes interseções com outras ciências sociais e humanas. Procura-se, em particular, descrever (a)criticamente os principais traços das teorias autopoieticas sociojurídicas de Luhmann e Teubner, incluindo as suas diversas relações antissimétricas, transitivas e autorreferenciais, bem como o diálogo que provoca com outras teses aparentemente semelhantes. Este trabalho pretende ser o primeiro de dois capítulos. A segunda parte consistirá na apresentação de uma nova perspectiva, por parte do autor, de uma visão sistémica do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: teoria sistémica; teoria autopoietica; Direito e Sociedade; Filosofia do Direito

ABSTRACT: The purpose of this study is to provide a brief description of the systemic theories of Law, from its origin to the different intersections with other social and human sciences. In particular, it seeks to (a)critically describe the main features of Luhmann's and Teubner's autopoietic socio-legal theories, including

* Professor Auxiliar, NOVA School of Law. Investigador do CEDIS. O presente estudo é dedicado à Professora Doutora Maria Helena Brito, de quem tive o ilustre privilégio de ser aluno e com quem tenho a honra de partilhar o espaço de trabalho

** Gunther Teubner, “Introduction to Autopoietic Law”, in *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, (Ed. G. Teubner), Series A-8, (Berlim, Walter de Gruyter, 1988), pp. 1-11, “aproveitando” Humberto Maturana, *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit*, (Braunschweig, Vieweg, 1982), 28.

their various antisymmetric, transitive and self-referential relations, as well as the dialogue it provokes with other apparently similar theses. This paper is intended as the first of two chapters. The second part will consist of the presentation by the author on a new perspective of a systemic view of Law.

KEYWORDS: Systemic Theory; Autopoietic Theory; Law and Society; Philosophy of Law

INTRÓITO

O Direito, entendido como ordem normativo-social (*rectius*: sociológico-normativa), é tendencialmente fechado. O seu discurso é maioritariamente circular, autoprodutivo, reflexivo e avesso a externalidades sistêmicas. Verifica-se, no entanto, uma certa vulnerabilidade ontológica a imersões externas, suscetibilidade essa que deriva da relação quase hierárquica com o macro-tipo *Societas*.¹

A linguagem (jurídica) e a comunicação semântica (entre juristas) configura elementos (naquela) e ações (nesta) dinâmicos. As palavras, expressões ou conceitos relevantes para o Direito terão o significado que este lhes atribuir, a cada momento. No entanto, haverá situações – por motivos lacunares, por indeterminação terminológica ou apenas por motivos alheios ao ordenamento jurídico – nos termos das quais o sistema jurídico recebe influências de outros sistemas (sociais ou não). E, por vezes, tais situações poderão provocar *ruído* no sentido técnico-jurídico.

Pense-se, por exemplo na influência da engenharia e arquitetura nas normas de Direito do Urbanismo; na relevância das (boas) práticas de gestão na apreciação da *business judgement rule*; no impacto das *leges artis* médicas para efeitos de determinação da responsabilidade médica; ou mesmo de algumas regras de trato ou comportamento social para concretização do conceito de bons costumes. Nestes casos, outros sistemas influenciam, direta ou indiretamente, a semântica normativa.

Neste sentido, as teorias autopoiéticas do Direito procuram, na medida do possível, interpretar a ordem normativa jurídica como um subconjunto de um sistema social cujas propriedades e interações se fundam numa verdadeira teoria sistêmica baseada em relações antissimétricas, transitivas e reflexivas (ou autorreferenciais). Mais do que uma *mera* análise científica, a teoria autopoiética do Direito é uma verdadeira “estratégia de

1 A utilização da letra maiúscula (“S”) no substantivo “Sociedade” não é uma mera irrelevância para o presente estudo: tem o significado de representação metafórica da soma universal de indivíduos de um determinado grupo específico. Este é o tradicional sentido de Sociedade tal como é analisado pela Sociologia. Para uma visão diferente do conceito de Sociedade, v. Mario Bunge, “A systems concept of society: beyond individualism and holism”, in *Theory and Decision*, vol. 10, Numbers 1-4, 13-30.

investigação”.² Hodiernamente, as teorias autopoieticas constituem objeto de análise da *Jurisprudence* e bem assim, da Teoria do Direito.³

Da visão singular – e angular – desta ordem normativa surgem variadas e interessantíssimas questões: é o Direito um verdadeiro subsistema social, completa ou tendencialmente fechado – de operações e interações circulares? A sua estrutura elementar baseia-se em operações de “zeros e uns”, estruturadas de acordo com uma certa linguagem-signo⁴ ou, nas palavras de Von Foerster, nada mais é do que “*computation of computation of computation...*”?⁵ E se assim é, como responder ao paradoxo da autorreferência?

O estudo sobre as teorias sistémicas do Direito está dividido em duas partes. Este trabalho corresponde à primeira. *Hic*, numa fase inicial, descrever-se-á a ideia de *autopoiesis* nos termos em que foi pensada pelos biólogos Francisco Varela e Humberto Maturana. Seguidamente, e acompanhando os passos histórico-evolutivos desta teoria, tratar-se-á da transformação transdisciplinar perpetrada por Niklas Luhmann. O terceiro e último momento corresponde à descrição sumária visão teubneriana do Direito confrontando-a com as teorias da autonomia relativa. A segunda parte deste estudo corresponderá a outro artigo – autónomo – e tem como objeto, não só o tratamento crítico do autor quanto a esta perspetiva analítica, como procurará propor um modelo alternativo⁶.

2 A este propósito escreve G. Teubner que “(a)utopoiesis proposes, as a new and promising research strategy, to identify circular relationships within the legal system and to analyze their internal dynamics and their external interactions”.

3 No entanto, quanto à discussão do paradoxo autorreferencial que, nas palavras de Teubner, constituía um verdadeiro “*taboo (of circularity)*”, nem sempre foi assim (cfr. Teubner, “Introduction”, 1). Até ao final da década de 80 do séc. XX, a discussão em torno deste tema centrava-se apenas na lógica, linguística, cibernética, e na teoria geral dos sistemas. Desde então, ela passou também a ser “jurídica” – ou “quase-jurídica” (na medida em que é uma discussão sobre a essência do Direito – a sua ontologia – e não sobre o seu conteúdo).

4 Ou, na linguagem de Luhmann, “yes” and “no” (Cfr. Niklas Luhmann, “The Unity of the Legal System”, in *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, (Ed. G. Teubner), Series A-8, (Berlim, Walter de Gruyter, 1988), 12-35 (*ibid.* p. 16).

5 Heinz von Foerster, *Observing Systems*, (Seaside, Intersystems Publications, 1981), 296.

6 Esta é a razão pela qual se optou por não escrever uma conclusão – ainda que intermédia – do estudo, deixando para outra sede, uma reflexão mais desenvolvida dos assuntos aqui tratados.

1. GENESIS

A ideia – quase paradigmática⁷ – de *autopoiesis* nasce nos anos 70 do séc. XX com os estudos neurofisiológicos do biólogo Francisco Varela e do seu (ex-) professor e colega na Universidade do Chile, Humberto Maturana. Este autor explica que, na área da Biologia, o termo surge em 1963 numa conversa com o microbiólogo Guillermo Contreras, a propósito do conceito de célula.⁸ No contexto teórico-prático da observação científica dos seres vivos, Varela e Maturana constroem um modelo explicativo da constituição e funcionamento destes através de uma ótica sistêmica.

De um ponto de vista terminológico, *autopoiesis* significa autorreprodução (“auto” – próprio e “*poiein*” – fazer ou produzir). Para estes biólogos chilenos, um sistema pode ser qualificado como autopoietico se tiver capacidade de se autorreproduzir. Os autores iniciam a análise sobre o ser vivo enquanto sistema autopoietico partindo da ideia de que os seres vivos são unidades autónomas.⁹ Neste sentido, começam por definir dois conceitos essenciais no âmbito da teoria autopoietica do ser vivo¹⁰:

(i) *organização* – relações que existem entre diversos componentes por forma a que sejam conhecidos e reconhecidos como partes de uma classe específica; e

(ii) *estrutura* – componentes e relações que concretamente constituem uma unidade particular (a realização da organização).

A natureza dos seres vivos encontra-se organizada e estruturada num sistema complexo e fechado. Enquanto a organização de um sistema é imutável – isto é, a base não se altera – a sua estrutura, por outro lado, vai-se modificando ao longo do tempo, de acordo com a interação dos componentes que integram aquela outra organização. A alteração da estrutura deve-se a perturbações

7 Com o significado atribuído por Thomas Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, (Chicago, University of Chicago Press, 1962, 3.ª ed., 1996).

8 Cfr. Humberto Maturana, *A ontologia da realidade*, org. Cristina Magno, Miriam Graciano e Nelson Vaz, (Belo Horizonte, Ed. UFMG, 2001), 31. Segundo o cientista, o termo *autopoiesis* foi “neologicamente” criado a partir de uma tese sobre Don Quixote da autoria de José Maria Bilnes, nos termos da qual o autor entendeu que o dilema de Don Quixote era escolher entre o caminho da *praxis* e o caminho da *poiese* (*hic*: literatura).

9 Nas palavras dos autores, “para compreender a autonomia do ser vivo devemos compreender a organização que o define como unidade” (*El Arbol del Conocimiento: Las bases biológicas del entendimiento humano*, Buenos Aires, Lumen, 2003, 28, tradução nossa).

10 *Ibidem*.

provenientes do exterior que são, num segundo momento, “acomodadas” dentro do sistema. Os sistemas vivos são, neste sentido, determinados pela sua estrutura e organização, ou seja, qualquer modificação do seu interior não configura uma alteração organizacional, mas apenas estrutural.

É também importante mencionar o elemento “*cognitio*” como elemento essencial no sistema autopoietico dos seres vivos. A interação de sistemas com o exterior – diga-se, entre (i) sistemas autopoieticos e entre (ii) sistemas vivos e “tudo o resto” – resulta numa abertura dos sistemas autopoieticos que se pode designar como *abertura interativa*. E é precisamente a *cognitio* que se revela fundamental na abertura dos sistemas vivos, pois é através dela que existe *comunicabilidade* entre os mesmos, independentemente da natureza ou da forma de exteriorização dessa mesma comunicação.

Pelo exposto, pode colocar-se uma questão: se os seres vivos são sistemas autopoieticos – e nesse sentido, logicamente fechados – como podem, de igual forma, ser cognitivamente abertos? E mais: por que motivo os seres vivos são sistemas autopoieticos?

Relativamente à primeira pergunta, a supra referida clausura operacional que Varela e Maturana tentam explicar nas suas obras revela-se um elemento definidor do conceito de sistema vivo. A abertura interativa não passa de uma verdadeira inevitabilidade, porquanto em cada sistema autopoietico não se identifica o “todo-Universo”. Tal interação é, *summo rigore*, configurada através da *cognitio*, a qual está intrinsecamente ligado ao sistema vivo. Desta forma, segundo os autores, os sistemas vivos são sistemas cognitivos, e a vida, como processo, revela-se através do processo cognitivo.¹¹

À segunda pergunta, Maturana responde que todo o sistema autopoietico que se enquadra no espaço físico deve ser considerado um sistema vivo.¹² Conforme se referiu, a *autopoiese* jaz na autorreprodução dos elementos constitutivos do sistema – como sucede, por exemplo, com a célula. Ao contrário

11 H. Maturana, F. Varela, *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, (Dordrecht, Reidel, 1980), 13. Os cientistas chilenos dão um passo ainda maior ao afirmar que a esta clausura operacional configura a pré-condição da (*rectius*: para a) abertura interativa, pese embora esse pensamento tenha o problema de não ter em consideração, enquanto premissa, a existência das coisas: a interação sistémica acontece porque existe algo mais para além desse sistema com o qual podem ser (ou são) estabelecidas comunicações e não porque é dotado de capacidade cognitiva.

12 H. Maturana, *La Realidad: ¿Objetiva o construída?*, Vol. I – *Fundamentos biológicos de la realidad*, (Universidad Iberoamericana/Iteso, 1997), 65-66.

dos sistemas alopoiéticos, os sistemas autopoieticos não são produzidos por externalidades sistémicas.

A criação do sistema autopoietico em conjugação com a definição conceitual aparenta ser, *prima facie*, um facto paradoxal: se o sistema autopoietico se (auto)reproduz, e a geração de elementos constitutivos desse sistema não são produzidos a partir de *inputs* (externos), como é criado esse sistema? Este problema é notório quando se questiona sobre o início do sistema autopoietico nos sistemas vivos: se todo o ser vivo é um sistema autopoietico, como é que (e em que momento), na fase do nascimento, o “ser” passa a ser “vivo” – não no sentido antinómico de morte, mas como sinónimo de sistema autopoietico?

Uma resposta legítima assenta na chamada “teoria do nascimento em cadeia”: cada ser vivo nasce a partir de outro ser vivo, e assim sucessivamente. Como cada ser vivo é constituído a partir de células e tendo em conta que essas células são, elas próprias, sistemas autopoieticos, então cada ser vivo nasce necessária e logicamente como configurando um verdadeiro sistema autopoietico. No entanto, esta teoria não explica como e quando é que começa o início da cadeia, ou seja, o início da primeira célula.¹³ Para Varela e Maturana, o início da vida – e consequentemente, o início dos sistemas autopoieticos – ocorreu quando no planeta Terra houve condições necessárias à formulação de moléculas orgânicas.¹⁴

2. A REVOLUÇÃO EPISTEMOLÓGICA DE LUHMANN¹⁵: UMA TEORIA FUNCIONALISTA DO DIREITO

É a potencialidade para a abstração da teoria dos sistemas autopoieticos de Varela e Maturana que levou a que Niklas Luhmann a transpusesse para

13 Outras soluções poderão ser extraídas da teoria endossibiótica de Lynn Margulis, “On the Origin of Mitosing Eukaryotic Cells”, *Journal of Theoretical Biology* 14 (3), (1967): 193-225.

14 F. Varela, H. Maturana, *A árvore do conhecimento*, (Campinas, Editorial Psy, 1995), 91.

15 Para uma compreensão da teoria autopoietica luhmanniana (pela voz do próprio), ver Niklas Luhmann, “The Autopoiesis of Social Systems”, in *Sociocybernetic Paradoxes: Observation, Control and Evolution of Self-Steering Systems*, ed. F. Geyer e Van d. Zeuwen, (Londres, Sage, 1986), 172-92; “Organisation”, in *Rationalität, Macht Und Spiele in Organisation*, ed. W. KÜPPER e G. ORTMANN, (Opladen, Westdeutscher Verlag, 1992), 165-85; *Soziologische Aufklärung 3: Soziales System, Gesellschaft, Organisation*, (Opladen, Westdeutscher Verlag, 1993); *Social Systems*, (Standford, Standford University Press, 1995); *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, (Frankfurt, Suhrkamp, 1997); *Organisation und Entscheidung*, (Opladen, Westdeutscher Verlag, 2000).

o âmbito das ciências sociais, em particular, para a Sociologia¹⁶, provocando uma revolução na teoria do conhecimento, através da criação de uma teoria singular, cujo ponto de observação científica é calibrado a partir de uma perspectiva verdadeiramente original.

Luhmann não interpreta a Sociedade como um modelo homogêneo. Pelo contrário, e partindo dos conceitos de autorreferência e de auto-organização, o autor entende que é possível analisar diversos campos heterogêneos da Sociedade, tais como, a Economia, a Política, a Psicologia, a Sociologia, e o Direito, através de uma análise fundada na teoria de sistemas autopoieticos. Desta forma, as ideias luhmannianas têm pretensões universalistas e transdisciplinares.

Pode falar-se em *autopoiesis* sempre que os elementos de um sistema são reproduzidos por esse sistema – e isso acontece, segundo Luhmann, também em sistemas não-vivos. Tendo em consideração este princípio, o autor parte de uma perspectiva nivelar, identificando três espécies de subsistemas dentro do primeiro nível que corresponde aos sistemas autopoieticos: sistemas vivos, sistemas sociais e sistemas psíquicos (segundo nível). Finalmente, dentro dos (sub)sistemas sociais, o autor identifica três elementos (terceiro nível): sociedades, organizações e interações.

No primeiro nível deste modelo de triplicidade nivelar estrutural encontram-se a generalidade de sistemas autopoieticos sem qualquer referência a algum modo particular de reprodução. No segundo patamar já é possível observar tipos – ou espécies – de sistemas cuja distinção é efetuada, essencialmente, pelo seu *modus* de reprodução. Nesta sede, Luhmann começa por se distanciar de Varela e Maturana, afirmando que o tratamento científico (*latu sensu*) dado pelos biólogos chilenos aborda única e exclusivamente o sistema vivo: por conseguinte, chama a atenção para o facto de a teoria autopoietica tal como foi criada por aqueles autores não poder ser aplicada

16 Luhmann não foi o único que tentou transpor a teoria de Varela e Maturana para o campo das Ciências Sociais, mas foi, quiçá, o mais bem-sucedido – ou pelo menos aquele que tem melhor reconhecimento científico. Para um panorama genérico sobre o conceito de *autopoiesis* no campo das Ciências Sociais, ver por todos a obra de John Mingers, *Self-Producing Systems: Implications and Applications of Autopoiesis*, (New York, Plenum, 1995). O problema de muitos autores aquando da tentativa de transposição da biologia para as ciências sociais foi exatamente não se terem conseguido abstrair da teoria sistémica aplicada aos seres vivos. A este propósito, ver Luhmann, “The Autopoiesis of Social Systems”, 172.

a outras áreas do conhecimento – como é o caso dos sistemas psíquicos e sistemas sociais. Os sistemas psíquicos (ou “psicológicos”) constituem sistemas autopoieticos cuja reprodução se executa através da consciência; nos sistemas sociais, por seu turno, a reprodução é causada pelo ato comunicativo. No terceiro e último nível, e dentro dos sistemas sociais, o autor identifica três campos de “*research*”, cada um de acordo com um diferente *modus* comunicacional.

Esta teoria do ato (*rectius*: evento) comunicativo trazida por Luhmann mostrou-se absolutamente inovadora face ao tratamento que os cientistas sociais davam às unidades-base destes sistemas. Na verdade, a Sociologia dita “tradicional” sugeria dois outros elementos basilares alternativos – (i) as pessoas e (ii) as ações¹⁷ –, elementos esses que o autor repudia, *ab initio*, como base unitária, sem prejuízo de constituírem meros adereços funcionais da verdadeira unidade-base: a comunicação.

Assim, não existem sistemas parcialmente autopoieticos. A teoria luhmanniana manifesta-se de forma maniqueísta ou binária: os sistemas ou são autopoieticos ou não são. Com efeito, no que respeita em especial ao Direito, para o autor, algo “é jurídico” ou é “não-jurídico”.

2.1 A TEORIA DA LINGUAGEM COMO MEIO DE MANIFESTAÇÃO DA “UNIDADE-BASE”

Para Luhmann, é precisamente através da comunicação intrassistémica que se realiza a produção autopoietica dos sistemas sociais.¹⁸ No que toca à definição de comunicação, Luhmann baseia-se na teoria dos *speech acts* enunciada primariamente por Bühler¹⁹ e Austin²⁰, acrescentando aos conceitos

17 Segundo as palavras do autor, “*social systems use communications as their particular mode of autopoietic reproduction. Their elements are communications which are recursively produced and reproduced by a network of communications and which cannot exist outsider of such a network*” (N. Luhmann, “The Autopoiesis”, 174).

18 Cfr. Luhmann, “The Autopoiesis”, 176.

19 Essencialmente na obra de Karl Bühler, *Sprachtheorie: Die Darstellungsform der Sprache*, (Jena, Gustav Fischer, 1934).

20 E desenvolvida posteriormente por outros autores, tais como John Searle, *Speech Acts*, Cambridge University Press, 1969.

de (i) enunciado e (ii) informação, o conceito de (iii) “*understanding*” (compreensão, conhecimento)²¹. É através deste último que os impulsos comunicativos provenientes daqueles outros conceitos são “cognoscivelmente” recebidos e identificados através da semântica. Este ponto permite ao autor, a jusante, construir o fundamento do princípio da hermenêutica circular.²²

O “*understanding*” luhmanniano conecta-se funcionalmente com a linguagem-signo dos sistemas operacionalmente fechados como é o caso do Direito: a conceção (jurídica) de um determinado facto, evento ou conceito só é entendível (reconhecível ou cognoscível) dentro do sistema jurídico. Por conseguinte, o mesmo facto, evento ou conceito pode ter outro significado noutro sistema social. Neste sentido, o Direito (tal como outro sistema social autopoiético) não é sensível a estímulos exteriores, quer sobre a forma de conceitos “hermeneutizados” sobre a forma de “*understanding*”, quer sobre a forma de atos ilocutórios. Os sistemas sociais luhmannianos são compostos por elementos (unidade indecomponível) e por uma estrutura que inclui a relação entre elementos. Quanto maior for a quantidade de relações elementares, maior será a complexidade do sistema.

Para o autor, a Sociedade é o (único) macrossistema que engloba todos os eventos comunicativos produzidos nos diversos mezzo- e microssistemas sociais. Consequentemente, não existem comunicações produzidas e reproduzidas fora da Sociedade, o que leva a concluir que as fronteiras da Sociedade são as fronteiras da comunicação. Assim, os sistemas sociais não são constituídos por indivíduos, mas por comunicações (que consagram as unidades mínimas dos sistemas sociais): apenas as comunicações (objeto) são comunicativas e não a sua fonte (sujeito).

Importa realçar que, de acordo com as teorias ditas “tradicionais”, a noção de comunicação está, de algum modo, intimamente ligada à noção de ação.²³

21 Cfr. Luhmann, *Social Systems*, 143.

22 *Ibidem*. Para definição do princípio da hermenêutica, ver também Dirk Baecker, “Why Systems?”, in *Theory, Culture & Society* 18, 59-74 (*ibid.* p. 66).

23 Veja-se, a este propósito, o claro exemplo da utilização do conceito de “ação comunicativa” por parte de Jürgen Habermas na obra *The Theory of Communicative Action*, (Cambridge, Polity, 1987). Embora neste autor a “comunicação” seja uma espécie do género “ação”, para Luhmann este conceito é o resultado da síntese de três elementos (“*utterance*”, “*information*” e “*understanding*”).

E a ideia de *actio* não é de todo irrelevante para as teorias autopoieticas de Luhmann. Na verdade, a ação constitui um fator essencial na reprodução dos sistemas, desenvolvendo um papel crucial em dois dos três elementos constitutivos do elemento comunicacional: (i) o enunciado e (ii) a informação. Mas o mesmo não sucede no terceiro e último elemento. O “*understanding*” luhmanniano é independente da ação comunicativa.

Neste sentido, a *actio* não constitui um elemento essencial na teoria autopoietica de Luhmann²⁴, pois o entende que o conceito de “ação” – e por arrastamento terminológico, de “ator” – é atribuível a pessoas; e segundo o próprio, estas nada mais são do que puras construções ficcionais dos sistemas sociais. É exatamente por este motivo que a comunicação, sendo um mais abrangente, extravasa a própria *actio*, cuja incorporação naquela se encontra sedimentada em dois dos três dos seus elementos constitutivos.

2.2 TEORIA DA DIFERENÇA: O FENÓMENO OBSERVATÓRIO, A COMUNICAÇÃO INTRASSISTÊMICA E O BINÓMIO ONTOLÓGICO

De forma a responder a variadas questões, nomeadamente saber (i) qual o fator distintivo dos sistemas, (ii) de que forma se pode observar e analisar cada um de modo a concluir sobre a sua identidade e natureza e (iii) qual a função do observador, Luhmann constrói um modelo baseado na *theory of distinction* (“teoria da distinção” ou “teoria da diferença”), enunciada pelo matemático inglês George S. Brown.²⁵

Comparando com os já referidos conceitos de ação e de comunicação, a observação parece desempenhar (também) um papel manifestamente relevante na teoria luhmanniana. Não há dúvida de que, no método científico – *grosso modo*, desde Descartes –, a observação é um dos elementos essenciais na análise científica. Brown estuda o ato científico de observar através da sua perspectiva conceitual e não enquanto método, sendo irrelevante o objeto observado. Por outras palavras, para o autor, não importa estudar o que observa o observador, mas sim como é executado o ato da observação e

24 Cfr. Luhmann, “The Autopoiesis”, 178.

25 *The Laws of Form*, Julian Press, 1974.

a razão pelo qual o observador fez a escolha prévia de observar um determinado objeto.

Brown identifica, outrossim, dois componentes que coexistem em cada observação: a “*distinction*” e a “*indication*”. Assim, no ato de observação, o observador estabelece uma clivagem nos termos da qual demarca um conteúdo a observar em dois outros subconteúdos (*split-up*). Perante esta distinção, o observador *indica* qual o conteúdo sob análise. Esta escolha delimita dois universos: aquilo que se observa (“*marked state*”) e o que não se observa (“*unmarked state*”). Imagine-se um papel em branco. O observador pega no papel e desenha um círculo. Após o fecho do círculo, o observador delimita uma fronteira: a área dentro do círculo e a restante área do papel.

É exatamente através do ato de desenhar que se executa a “*distinction*”. Agora, com dois conteúdos física ou psicologicamente diferenciados, o observador escolhe aquele conteúdo que quer observar. As linhas que delimitam o círculo são visíveis e o seu conteúdo aferível. Ou seja, a existência do “*unmarked state*” resulta diretamente na determinação do “*marked state*”. Neste sentido, o ato de “*distinction*” consagra a função delimitadora dos traços fronteiros. Em todo o caso, não se esqueça que o papel é algo, ele próprio, espacialmente delimitável, motivo pelo qual Brown ainda identifica outra linha imaginária (“*unwritten cross*”) – a linha que constitui o perímetro do rebordo do papel – nos termos da qual se diferencia ambos os conteúdos sujeitos à “*distinction*” de tudo o resto (“*environment*”).

A ideia fundamental de Brown é a de que sempre que o observador desenha o círculo ele deixa de ver (e compreender) a linha que desenhou – só consegue ver um dos dois conteúdos potencialmente observáveis²⁶, sendo que essa “*distinction*” (linha do círculo) apenas pode ser aferida pelo exterior (*hic*: para lá da “*unwritten cross*”, *i. e.*, para lá do papel). Com efeito, existem dois patamares de observação: (*i*) aquele que é perpetrado, num primeiro nível, dentro do “*marked state*” (observador de primeiro nível) e (*ii*) aquele que é executado, num segundo nível, para lá da “*unwritten cross*”, observando o observador. Noutras palavras, a linha de círculo deste segundo observador corresponde à “*unwritten cross*” do primeiro. O observador de segundo nível consegue ver o

26 Segundo Von Foerster, tal constitui um verdadeiro “*blind spot*” – cfr. Von Foerster, *Observing Systems*, 288-309.

que o primeiro observador não consegue (consegue ver o seu “*blind spot*”) e mais: consegue verificar que ele não consegue ver.²⁷ Por este motivo, a teoria de Brown tem uma fragilidade. Em bom rigor, o papel que consubstancia ambos os estados é, em si mesmo, o resultado de uma “*indication*”. Esta é uma crítica que revela o paradoxo da infinidade da cadeia de observações.

A tese de Brown é cativante por força da sua simplicidade e profundidade e não passou despercebida a Luhmann. Qualquer operação efetuada no quadro de um sistema autopoietico configura um ato observatório, sujeito aos dois processos da referida tese browniana: (i) “*distinction*” e (ii) “*indication*”. Sendo o ato comunicativo o elemento essencial dos sistemas autopoieticos, a atividade, interação, expressividade, produção e reprodução do sistema – operações intrassistémicas – são executadas através do processo de observação. Assim, qualquer interação constitui uma comunicação de dois factos/elementos internos (por exemplo, interação de X com Y). Sendo X e Y dois elementos intrassistémicos, a comunicação ou interação entre ambos configura o “*marked state*” browniano e, por inerência, as comunicações entre X ou Y com todos os demais elementos intrassistémicos (e entre todos eles), na medida em que são externos face à operação comunicativa em causa, constituem o “*unmarked state*”. A comunicação X-Y pode ser entendida, neste caso, como a observação de primeiro nível.

O que é importante assinalar em Luhmann é que as “*distinctions*” executadas dentro do sistema autopoietico social dão significado às comunicações: o sentido de uma certa comunicação será atribuído, não em função exclusiva da interação entre o facto X e Y (“*marked state*”), mas em função de todas as outras comunicações não estabelecidas (“*unmarked state*”). Paralelamente, as outras comunicações possíveis dentro do sistema (“*comunicações α - β* ”) sobre a comunicação X-Y (observadores de segundo nível) e sobre o seu “*unmarked state*” são comunicações de segundo nível. Relativamente a estas, porque constituem também operações comunicativas, ficam necessariamente condicionadas à existência de um “*blind spot*”.

E, quanto à questão dos limites, embora o “*unwritten cross*” browniano possa ser enquadrado nesta aplicação luhmanniana no sentido de o enquadrar

27 Cfr. também Luhmann, *Soziologische Aufklärung 5: Konstruktivistische Perspektiven*, (Opladen: Westdeutscher Verlag, 1993), 16.

no conceito de “*environment*” – ou seja, em tudo o que não está dentro do sistema autopoiético – a verdade é que qualquer observação de primeiro nível pode incidir, ela própria, sobre o sistema em si mesmo considerado.

Luhmann considera que cada sistema autopoiético social (*e.g.* Direito) é definido através de uma estrutura binária (“dentro/fora”). Todas as operações intrassistémicas constituem o polo positivo do binómio, enquanto que o polo negativo é configurado pelo já referido ambiente (“*environment*”). Com efeito, segundo a observação de primeiro grau, o sistema revela-se o “*marked state*”, e o “*environment*”, o “*unmarked state*”. Ora, se é o próprio sistema que, de acordo com a sua estrutura comunicativa, define o que está dentro dele – e, por arrastamento, o que está fora – então, nos termos da *theory of distinction*, a delimitação da fronteira entre “*marked state*” e “*unmarked state*” só pode ser efetuada dentro do sistema, ou, por outras palavras, o observador do sistema nunca pode ser externo.²⁸

Tomando esta conclusão como válida, podem extrair-se dela alguns corolários: (*i*) a “*distinction*” necessária à operação de observação de primeiro nível será epistemologicamente impossível, na medida em que o “*blind spot*” acaba por incidir sobre próprio observador; (*ii*) consequentemente, nunca será possível ser-se observador de primeiro grau de um sistema social autopoiético; (*iii*) consequentemente, se não é logicamente possível a observação de primeiro nível de um sistema autopoiético, nos termos da “*theory of distinction*”, não será, outrossim, possível a observação de segundo grau sobre aqueloutro processo observatório. Este é um claro exemplo do problema do paradoxo da autorreferência, o qual será tratado com maior detalhe adiante.

2.3 SOCIEDADE E DIREITO: RELAÇÃO FUNCIONAL E ASSIMETRIA COMUNICATIVA

Na conceção autopoiética dos sistemas sociais de Luhmann, o sistema complexo da Sociedade é compartimentado em diversos sistemas heterogéneos autopoiéticos, tendo, cada um deles, autonomia ontológica e

28 Cfr. Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, 55.

linguagem-signo próprias. A Sociedade é o sistema autopoietico por excelência. Toda a comunicação revela-se dentro deste macrosistema e nunca é exteriorizada para o ambiente. Nos termos supra expostos, a Sociedade revela-se um sistema autopoietico diferente dos demais, na medida em que incorpora diversos mezzo-sistemas sociais (Direito, Economia, Política, etc.), pela via da operação comunicativa. Qualquer elemento que nasça, cresça e se reproduza dentro da Sociedade só pode manifestar-se como elemento comunicacional.²⁹

Luhmann tem uma visão unificadora universalista da Sociedade (*Societas universalis*) porquanto não considera existir uma pluralidade de “Sociedades”. Para o sociólogo, existe uma única Sociedade, complexa e pluricultural. A cultura e as tradições não consagram elementos caracterizadores ou identificativos da Sociedade: o elemento ontológico da Sociedade luhmanniana é a comunicação e esta encontra-se transversalmente presente em todas as culturas e tradições.

Concretamente no que respeita à relação entre o Direito e a Sociedade, Luhmann considera o Direito como parte integrante da estrutura social, sendo da opinião de que a distinção principal entre estes dois sistemas tem que ver com a oposição paralela entre a autorreferência e heterorreferência: este configura sistemas abertos enquanto aquele consagra sistemas fechados. Para Luhmann, o Direito é, tal como todos os sistemas sociais, um sistema tendencialmente fechado e autorreferencial. Por outro lado, a Sociedade corresponde a um sistema aberto (heterorreferência), na medida em que recebe intercâmbios dos múltiplos sistemas que a compõem.³⁰

É na tentativa de comunicação entre a Sociedade e o Direito que se coloca o problema de saber como este reage aos *inputs* trazidos pelo macrosistema. A resposta é no sentido da não-reação porquanto, para o autor, o Direito é um sistema tendencialmente (*rectius*: operacionalmente) fechado.³¹ Contrariamente, sendo um sistema aberto, a Sociedade está recetiva

29 Nas palavras do autor, “sociedade é o único sistema social em que ocorre um especial ‘state of affairs’” (cfr. Luhmann, *Social Systems*, 408).

30 Luhmann apoia-se na teoria dos sistemas construída pelo seu contemporâneo alemão (e biólogo...) Ludwig von Bertalanff.

31 Discutindo a ideia se o sistema jurídico é, em bom rigor, um sistema, ver Richard Nobles e David Schiff, *Observing Law through Systems Theory*, (Hart Publishing, 2013), 1-29.

aos *outputs* trazidos pelo Direito. No entanto – e paradoxalmente – sendo um sistema autorreferencial, o Direito não comunica diretamente com a Sociedade, pese embora o facto de aquele ser o único sistema autopoietico no quadro das Ciências Sociais e Humanas que tem a pretensão de ser transversal e, dessa forma, intercomunicacional. A interação entre estes dois sistemas é, neste sentido, assimétrica.

A Sociedade é hiper-complexa e, por conseguinte, o Direito sê-lo-á também. A função do Direito, para Luhmann, corresponde à gestão racional das expectativas comportamentais, reduzindo a parcela da complexidade desestruturada da Sociedade. É o Direito que garante o patamar mínimo das condutas que está na base da ordem social. O poder normativo emergente do sistema jurídico não é uma mera expressão simbólica de um eventual poder (ficcional) da Sociedade: aquele é, verdadeiramente, facto social.³²

Assumindo a característica da autorreferencialidade, o sistema jurídico depara-se também com o paradoxo da identidade, no sentido descrito por Alfred Tarski: a identidade como desdobramento tautológico. É o Direito que produz e reproduz o seu conteúdo, autoidentificando-se. Por isso, apenas o Direito pode definir se uma norma é ou não é jurídica. Não existe Direito fora do Direito³³. No entanto, se é o próprio Direito que define o que é ou não Direito, significa que esta autorreferência pode gerar uma conclusão intrigante e ilógica: o não-Direito ser sempre Direito.

A (re)produtividade do sistema jurídico expressa-se assim na positivação de regras jurídicas. Não se pode afirmar que Luhmann é um positivista. O positivismo luhmanniano tem uma natureza diferente. O ato de positivização corresponde apenas à ação reprodutiva da *autopoiesis* jurídica.

3. A TEORIA AUTOPOIÉTICA HIPERCÍCLICA TEUBNERIANA

As teorias (meta-)sociais de Luhmann elevaram o debate académico sobre a natureza e função das ordens sociais levando ao surgimento de algumas propostas de reconstrução teórica. Alguns autores, embora tecendo críticas a

32 Cfr. Luhmann, “The Unity of the Legal System”, 18.

33 Gunther Teubner, *O Direito como Sistema Autopoietico*, (Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1989), 2.

certos aspetos do modelo luhmanniano, construíram teses ramificadas – tal como sucedeu, por exemplo, com o jurista germânico Gunther Teubner.

O seu foco de análise versa sobre as implicações da visão de Luhmann no sistema jurídico. Ao contrário deste, a teoria autopoietica teubneriana não pretende ser nem transversal nem tão-pouco universalista. No entanto, estando a ideia *autopoiesis* intrinsecamente ligada à teoria dos sistemas e ao paradoxo autorreferencial, a teoria autopoietica do Direito de Teubner abrange, outrossim, outras áreas do conhecimento através do *modus* da identificação da linguagem-signo própria desses sistemas. Aqui, o Direito identifica-se negativamente através da aferição do não-Direito.

Teubner diferencia-se de Luhmann por se opor radicalmente à ideia de autonomia plena do Direito.³⁴ Pergunta o autor: se o Direito é um sistema autopoietico – no sentido luhmanniano – como pode então ter uma pretensão normativa transversal? Como pode comunicar e interagir com outros sistemas sociais quando pretende regulá-los? Para Luhmann, o sistema jurídico é próximo de um sistema cibernético – de codificação e descodificação, de “zeros” e “uns”. Contrariamente, Teubner defende uma tese fundada nas ideias de autonomia e na relatividade.³⁵

É possível falar em patamares de autonomia dentro do sistema jurídico, verificando-se um movimento evolutivo que é construído pelo Direito, dentro do Direito, e que se revela como sistema autopoietico de segundo grau ou nível. O autor não parte do conceito rígido e inflexível de *autopoiesis*, porquanto tal ideia não consegue explicar o nascimento de sistemas autopoieticos dentro de outros sistemas da mesma natureza. Afastando-se expressamente das teses luhmannianas, Teubner considera que o Direito é o sistema autopoietico por excelência, nos termos do qual se verifica uma maior abertura cognitiva dentro do fechamento inato à *autopoiesis*.³⁶

34 Esta ideia é particularmente notória na obra coletiva *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Ed. G. Teubner, Series A-8, (Berlim, Walter de Gruyter, 1988), *passim*.

35 Não confundir, porém, esta autonomia relativa com a teoria proposta por Lempert (Cfr. Richard Lempert, “The Autonomy of Law: Two Visions Compared”, in *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Ed. G. Teubner, Series A-8, (Berlim, Walter de Gruyter, 1988), 152-90) e que em seguida será objeto de análise.

36 E é precisamente esta mesma abertura que torna, paradoxalmente, o Direito num sistema fechado. É uma concretização do paradoxo de Morin: “*L’ouvert s’appuie le fermé*” (Edgar Morin, *La Méthode: la nature de la Nature*, Paris, Seuil, 1977).

Tal clausura resulta do facto de o sistema jurídico constituir elementos próprios (por exemplo, atos jurídicos) geradores de um movimento mutacional que resulta no hiperciclo autopoietico que se encontra em constante alteração: um ato jurídico é a causa de (transforma-se em) outro ato jurídico e assim sucessivamente. Esta é a concretização máxima da *autopoiesis*: autorreprodução de elementos autoproduzidos. Nesta base, Teubner tem a pretensão séria de construir um modelo que responde ao paradoxo da autorreferência.³⁷

Por conseguinte, a circularidade da teoria teubneriana é edificada a partir de uma construção nivelar.³⁸ Com efeito, a autorreferencialidade e autonomia do sistema jurídico apresentam diferentes graus evolutivos:

(i) *Direito socialmente difuso* (“auto-observação”) – os componentes sistémicos deste grau são produzidos através da comunicação social proveniente do “ambiente”; ocorrência da definição autorreferencial;

(ii) *Direito semiautónomo* (“autoconstituição”) – incorporação sistémica dos componentes observados; aposição da adjetivação “jurídico”; ocorrência da constituição autorreferencial; e

(iii) *Direito autopoietico* (“autorreprodução”) – hiperciclo dos elementos produzidos e reproduzidos; autogeração de normas jurídicas através da produção intracíclica; clausura normativa.

Num patamar mais básico do sistema – e num grau inferior ao Direito socialmente difuso –, Teubner consagra ainda a abertura informacional-cognitiva do sistema: o espaço de receção dos *inputs* vindos da comunicação social, ou seja, influências comunicacionais externas que entram no sistema sob a forma de (i) processos, (ii) elementos, (iii) estruturas e (iv) identidade.

Cada um destes fatores liberta atos e factos construtivos do primeiro nível: o Direito socialmente difuso. Neste patamar, todas as operações

37 Relativamente ao paradoxo da autorreferência, *vide* C. P. Wormell, “On the Paradoxes of Self-Reference”, 67 *Mind* 267, (1958): 267-71; Willard V. Quine, *The Ways of Paradox*, (Cambridge, Harvard University Press, 1976); Greg Restall, “Deviant Logic and the Paradoxes of Self-Reference”, *Philosophical Studies* 70 (3), (1993): 279-303, “Curry’s Revenge: The Costs of Non-Classical Solutions to the Paradoxes of Self-Reference, in *Revenge of the Liar: New Essays on the Paradox*, J. C. Beall (ed.), (Oxford, Oxford University Press, 2007); Peter Suber, “Self-Reference in Law”, in *Philosophy of Law: an Encyclopedia*, Christopher B. Gray (ed.), II, (Garland Pub. Co., 1999), 790-792; Jordi Valor Abadi, “The Inclosure Scheme and the Solution to the Paradoxes of Self-Reference, *Synthese* 160 (2), (2008): 183-202.

38 Cfr. G. Teubner, *O Direito como Sistema Autopoietico*, (Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1993), 78.

intrassistêmicas constituem, na verdade, operações jurídicas em sentido próprio: é “Direito” porque o Direito observa. No entanto, neste patamar, o Direito é ainda difuso, não sistematizado (“Direito social”); o seu conteúdo provoca ruídos sistêmicos. Neste grau, os *processos* são representados por conflitos – *hic*: sociais; os *elementos* são representados por ações; a *estrutura* é representada pelas normas sociais – como por exemplo, as normas éticas; e, finalmente, a *identidade* apresenta-se no Direito socialmente difuso como mundividência (intuições características da Sociedade, visões não-jurídicas sobre a natureza das coisas).

Todos estes componentes, depois de passarem pelo crivo do Direito socialmente difuso, seguem para um segundo nível – agora autoconstitutivo – que o autor denomina por Direito semiautónomo. É precisamente nesta fase que todos aqueles componentes que entraram cognitivamente via comunicação social se transformam em comunicações jurídicas. Assim, nos *processos*, os conflitos tornam-se processos jurídicos; nos elementos, as ações tornam-se atos jurídicos; na *estrutura*, a norma social revela-se como norma jurídica; e, finalmente, na *identidade*, a mundividência transforma-se em doutrina jurídica.

O processo de metamorfose comunicacional – da comunicação social à comunicação jurídica – é um processo singular e individual: a auto-observação do *input* autoconstitui-se como elemento do Direito, inexistindo interação comunicativa com os restantes factos, atos, elementos e estruturas do sistema jurídico.

Tal interação só se dá verdadeiramente num terceiro e último nível: o Direito autopoietico. Aqui, todos os componentes (processos jurídicos, atos jurídicos, normas jurídicas e doutrina jurídica) interagem reciprocamente, manifestando-se estruturalmente num hiperciclo autorreferencial. No centro sistémico encontra-se aquilo a que Teubner atribui o nome de positivismo, e que corresponde aos atos jurídicos e normas jurídicas: o centro epistémico do sistema jurídico. Lateralmente, os processos jurídicos entram numa relação direta e funcional com o positivismo, em larga medida, através dos atos jurídicos, enquanto, por outro lado, a doutrina interage com o centro através da normatividade.³⁹

É esta multiplicidade de comunicações e interações intrassistêmicas que constituem o hiperciclo autopoietico do Direito que, segundo

39 *Ibidem*.

o autor, se encontra *operacionalmente* fechado ou semifechado: clausura normativo-operacional e abertura informacional-cognitiva. Ou seja, o sistema está aberto à comunicação social através dos estímulos provocados pelo ambiente, os quais produzem irritações ou ruídos intrassistémicos que geram uma permanente modelização, mutação e adaptação conceitual. Este processo evolutivo torna a irritabilidade dos estímulos em naturalidade sistémica.

Nas suas palavras, os subsistemas sociais “constituem unidades que vivem em clausura operacional, mas também em abertura informacional-cognitiva em relação ao respetivo meio envolvente”.⁴⁰ Este meio envolvente constitui as bases originárias do sistema: o nascimento do elemento jurídico tem como ponto de partida um facto ontologicamente não-jurídico. Estas unidades básicas não são as normas jurídicas (como defendem os juristas), nem as organizações (como defendem os sociólogos), mas sim, as comunicações (na esteira luhmanniana). As comunicações revelam-se nos instrumentos cognitivos que permitem ao Direito – entendido como discurso social – observar a realidade, sem nunca alcançar verdadeiramente o seu conteúdo.⁴¹ Há comunicação sobre a realidade e sobre a Sociedade, sem que haja conhecimento no sentido epistemológico⁴² porquanto a partir do momento do fechamento operacional, a comunicabilidade só se opera internamente.

Tal como Luhmann, a teoria de Teubner é anti-individualista; mas, ao contrário daquele, ela é bastante mais abstrata. Isto é notório e sintomático quando refere que não é o legislador quem cria a ordem normativa, mas o próprio sistema ou mesmo quando critica as pretensões normativas de regular os estados psíquicos das pessoas físicas, na medida em que entende que tais sujeitos não são “pessoas reais, de carne e sangue; não são seres com cérebros e mente (...) são meras construções, artefactos semânticos produzidos pelo próprio discurso jurídico”.^{43 44}

40 G. Teubner, *O Direito*, 140.

41 G. Teubner, “How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law”, *Law & Society Review*, Vol. 23, No. 5, (1989): 740.

42 *Ibidem*.

43 G. Teubner, *idem*, p. 741 (minha tradução).

44 O autor defende que deveriam existir diversas Constituições Cíveis de cariz universalista (sem Estado), cada uma abrangendo um sistema autopoietico diferente (Cfr. Teubner, “Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie”, *Zeitschrift für ausländisches*

Como referido, a teoria de Teubner procura responder à principal crítica dos sistemas sociais autopoieticos: a verificação do paradoxo autorreferencial. Este paradoxo acaba por se concretizar através de um argumento circular. E, segundo o jurista, esta modalidade argumentativa deve ser entendida como *petito principii*, proibida pela “*iron law of legal logic*” porquanto “a autopoiesis jurídica invalida esta lei de ferro ao transferir a circularidade do mundo das ideias para o mundo dos factos concretos”.⁴⁵

Na verdade – mais do que propriamente a abertura cognitiva do sistema jurídico – a mutação epistémica dos componentes categóricos da teoria autopoietica teubneriana responde à questão de saber, por exemplo, como são geradas as normas jurídicas. No entanto, já não responde à difícil questão de saber como é criado o próprio sistema. O Direito é indubitavelmente uma construção ficcional humana; neste sentido, esteve sujeito, ele próprio, a um certo nascimento espaciotemporal. A criação de um sistema dá-se no momento da identificação, estabelecimento e reconhecimento de uma linguagem-signo própria, autónoma e independente. Esta linguagem foi gerada pela comunicação social (*rectius*: pela Sociedade).

Por conseguinte, em minha opinião, o Direito revela-se como resultado de uma reprodução comunicativa do sistema social que se autonomizou daquele através da criação de uma linguagem-signo própria. Destarte, a Sociedade assume-se como sistema que, por excelência, gera demais subsistemas sociais. Esta criação não se deve verdadeiramente à comunicação social, mas ao elemento ser humano que se afigura como a unidade-base da Sociedade. Ao contrário dos sistemas autopoieticos não-sociais (como os sistemas vivos ou psíquicos), os sistemas autopoieticos sociais têm como fator transversal o “ser humano” que representa o meio de criação sistémica primária. Consequentemente, a comunicação – gerada pelo próprio ser humano em resultado da criação primária – apresenta-se como o meio de criação secundária. O problema do paradoxo autorreferencial parece encontrar-se, desta forma, ultrapassado.

öffentliches Recht und Völkerrecht, 63, 2003, p. 16; *Societal Constitutional Theory: Alternatives to State-centred Constitutional Theory*, Storrs Lectures 2003/04, Yale Law School.

45 Cfr. G. Teubner, “Introduction to Autopoietic Law”, 1.

4. DEBATE: AUTONOMIA JURÍDICA (RELATIVA) VS AUTOPOIESIS JURÍDICA

Até então nunca foi posta em causa a ideia segundo a qual a ideia de *autopoiesis* implica – ou integra – necessariamente o conceito de autonomia. Tem-se assumido que os fundamentos por detrás de uma teoria autopoietica só podem resultar numa autonomia sistémica. Neste sentido, se *autopoiesis* significa autorreprodução e se, para alguns autores, há sistemas operacional ou cognitivamente fechados, então esses sistemas devem ser qualificados de autónomos, na medida em que subsistem independentemente da interação com o ambiente. Para Varela e Maturana, esta conclusão é correta: um ser vivo é um ser autónomo – vive e sobrevive por si. Luhmann, sem prejuízo de fazer notar que os sistemas vivos não devem ser tratados de forma igual aos sistemas sociais, considera ainda assim que o Direito é plenamente autónomo. O mesmo não sucede com Teubner cujas teorias assentam numa autonomia relativa.

Mas também há quem considere que, nesta sede, a discussão se funda – apenas e só – numa confusão meramente terminológica.⁴⁶ É que quando se faz referência a “autonomia” pode também aludir-se a uma outra teoria: a da autonomia jurídica (anglo-americana).⁴⁷

A teoria autopoietica do Direito e a teoria da autonomia jurídica não se confundem. Cada uma nasceu em contextos jurídico-culturais diferentes, com fundamentos axiológicos também diferentes: aquela nasce em tradições jurídicas romano-germânicas (*civil law*) e esta emerge da família jurídica anglo-americana (*common law*).

A este propósito, David Nelken⁴⁸ descreve duas tabelas nas quais expõe as grandes linhas de clivagem entre ambas as teses.⁴⁹ Apresentam-se aqui algumas dessas diferenças:

46 Richard Lempert, “The Autonomy of Law: Two Visions Compared”, *passim*.

47 Isaac Balbus, *The Dialects of Legal Repression: Black Rebels before American Criminal Courts*, (New York, Russel Sage Foundation, 1973); Edward Palmer Thompson, *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act*, (New York, 1975); David Trubek, “Complexity and Contradiction in the Legal Order: Balbus and the Challenge of Critical Social Thought about Law”, *Law & Society Review* 12, (1977), 529-569.

48 Cfr. Nelken, “Changing Paradigms in the Sociology of Law”, 191-216.

49 Se no que respeita à autonomia jurídica não parece existir muita discussão em torno da sua qualificação como teoria, já no que toca às “teses” autopoieticas, a verdade é que nem todos os autores são do

	AUTONOMIA JURÍDICA	AUTOPOIESIS JURÍDICA
QUADRO TEÓRICO	<ul style="list-style-type: none"> • Paradigma das relações sistema-ambiente (<i>input-output</i>); • O sistema é aberto, na medida em que não é fechado; • A autonomia assenta na extensão de independência de face a fatores externos; • A autonomia não se regula por um princípio maniqueísta – é um processo gradativo cujo resultado provém de somas de características de independência e dependência. 	<ul style="list-style-type: none"> • Paradigma da clausura produtiva através de formas de comunicação e de significado (semântica); • O sistema é aberto porque é fechado⁵⁰; • <i>Autopoiesis</i> é uma categoria assente num princípio maniqueísta – por isso, a independência e a dependência dentro e fora do sistema, alternam de uma forma inversamente proporcional.
CARACTERÍSTICAS	<ul style="list-style-type: none"> • Independência como meio de liberdade perante um possível controlo externo; • Não-correspondência com outros fatores sociais; • Neutralidade; • Não reprodução de poderes externos; • Autolegitimação; 	<ul style="list-style-type: none"> • Independência como autodependência; • Circularidade (reflexividade); • Unidade; • Identidade; • Auto-observação – perceção da sua autonomia; • Positivismo;

entendimento que se trata de uma verdadeira teoria. Teubner, em bom rigor, trata-a alternativamente como uma metáfora (Teubner, “Introduction to Autopoietic Law”, 1-11). Uma metáfora nada mais é do que uma simples caracterização simbólica de uma (pre)determinada realidade. As metáforas são úteis na melhor compreensão dos factos e da natureza das coisas. Mas não passam disso. Lempert é da opinião que a aferição sobre condições de validade da metáfora é impossível: elas não se reconduzem ao crivo do binómio verdadeiro/falso; em última análise, as metáforas só podem ser adjetivadas de “úteis” ou “inúteis”, nada mais (Lempert, “The Autonomy of Law: Two Visions Compared”, 156).

	AUTONOMIA JURÍDICA	AUTOPOIESIS JURÍDICA
FONTES	<ul style="list-style-type: none"> • Deriva dos princípios institucionais, ocupacionais e procedimentais (formalismo jurídico⁵¹); e • Deriva igualmente da legitimidade estatal (<i>powerholders</i>). 	<ul style="list-style-type: none"> • Deriva da linguagem-signo própria (<i>functional differentiation</i>); • A <i>autopoiesis</i> é um facto sobre o Direito e, por isso, é o Direito em si mesmo – é a própria fonte.
QUESTÕES JURÍDICO-POLÍTICAS ASSOCIADAS	<ul style="list-style-type: none"> • Ideal de separação de poderes; • Limites à capacidade do Direito na transcendência de interesses políticos e económicos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Problemas na regulação de outros sistemas; • Problemas na manutenção do sistema jurídico face à complexidade evolutiva da Sociedade.
MÉTODOS DE INVESTIGAÇÃO	<ul style="list-style-type: none"> • Análise da variação entre factos jurídicos e extrajurídicos e os efeitos independentes das normas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Estudo sobre as implicações empíricas e teóricas (tendências e tensões, perturbações).

Em primeiro lugar, torna-se necessário verificar se há ou não um confronto direto entre as supra referidas teorias, ou seja, se há correspondência de objeto.

Ambas são baseadas na teoria dos sistemas, consagrando uma relação entre a abertura e o fechamento sistémicos. No entanto, a relação entre a abertura cognitiva e a clausura operacional são diferentes. Outro aspeto correspondente tem que ver com o binómio caracterizador do que é jurídico. A autonomia jurídica assenta num princípio gradativo, nos termos da qual em cada

50 Cfr. Phillipe Nonet, Philip Selznick, *Law and Society Transition: Toward Responsive Law*, (New York, Harper & Row, 1978), 60-65.

extremo se encontra a ideia de (in)dependência. Contrariamente, a *autopoiesis* jurídica, porque recorre ao binómio maniqueísta, não concebe normas ou princípios parcialmente jurídicos – os elementos ou estão dentro do sistema ou estão fora dele. Neste sentido, ambas as teses versam sobre o mesmo objeto e aparentam ser antagónicas quanto aos fundamentos concetuais, por isso afigura-se necessário recorrer à *Lex Parcimoniae*.⁵¹

In trebus verbis, autonomia jurídica significa, nas palavras de Lempert, “independência face a outras fontes de poder e autoridade da vida social”.⁵² Assim, o Direito (*hic*: lei) é autónomo porque identifica e define as suas causas, conteúdos e consequência: é independente dos sistemas sociais circundantes. Não obstante a lei – em sentido material – ser um *apparatus* estadual, ela não é (ou pelo menos, não *deve ser*) pressionada, direta ou indiretamente, pelas forças político-legislativas. A ideia de independência da teoria da autonomia jurídica estende-se à – e funda-se na – autolegitimação da própria lei. A grande diferença desta perspetiva face à *autopoiesis* é que na autonomia jurídica o Direito é *parte* do sistema social e não um sistema organicamente autónomo. Enquanto nas teorias autopoieticas – principalmente em Luhmann – o Direito, sendo um sistema complexo, fechado e autorreprodutor, não comunica com outros sistemas sociais na medida em que a sua linguagem-signo não é cognoscível noutros sistemas, já na teoria anglo-americana ele assume-se como um *intra-corpus* do sistema social.

Isto leva à assunção de uma outra noção de intercomunicabilidade intrassistémica. Na conceção autónoma do Direito, sendo o sistema parte integrante do sistema social, é legítimo assumir que a interação entre este e outros sistemas é puramente funcional. A este propósito, Lempert escreve que “o sistema jurídico existe como parte de um sistema social, e a atividade jurídica implica uma constante interação com outros setores da sociedade”.⁵³ Seria excessivo considerar que a autonomia e independência do Direito fosse de tal forma intensa que resistisse a qualquer pressão do exterior (ética, política, económica, etc.). Esta é uma questão empírica que

51 “*Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*” (“as entidades não devem ser multiplicadas para além do necessário”).

52 Lempert, “The Autonomy of Law: Two Visions Compared”, 157, tradução nossa.

53 *Ibidem*, 158, tradução nossa.

a teoria da autonomia jurídica tem a pretensão de resolver. Mas, segundo Lempert, também pretende atender a problemas não empíricos, tais como o de saber a origem das normas.

Na tese da autonomia jurídica – e conseqüente gradação dos níveis de (in)dependência, o sistema jurídico consegue observar-se, porquanto inclui uma multiplicidade de conceitos próprios (figuras) com determinados sujeitos (atores) e objeto (ações). É através do grau de permeabilidade a influências e pressões externas que se verifica o *dégradé* da (in)dependência sistémica; a verificação dessas influências concretiza-se na assunção dos poderes extrajurídicos nas figuras e conceitos jurídicos (por exemplo, testamento, contrato, réu, etc.)⁵⁴

Mas será esta ideia verdadeiramente contrária à teoria autopoietica? Ao contrário da tentativa de Lempert, não é rigorosamente possível recorrer à navalha de Occam para resolver o debate. Em primeiro lugar, porque a discussão é gerada por autores que escrevem sob (e sobre) diferentes tradições jurídicas, aspeto que impacta na apreciação dos seus fundamentos. Em segundo lugar – e principalmente – porque o sistema jurídico resulta de uma construção humana e ficcional. Ora, o patamar de abstração da própria ideia de Direito, bem como do seu conteúdo, excede manifestamente a realidade empírica. Todas estas maneiras de entender e compreender o Direito não passam de diferentes perspetivas sobre a mesma realidade que, *in casu*, sendo ficcional, não pode estar sujeita ao teste empírico: procurar fazê-lo é uma tentativa manifestamente infrutífera. Quer a tese autopoietica, quer a tese da autonomia jurídica partem de perspetivas epistemológicas diversas. Por conseguinte, não consagram hipóteses teóricas alternativas, mas paralelas.

54 *Ibidem*, 160.