



DIREITO NATURAL E EXPECTATIVA NORMATIVA: ATUALIZANDO ARISTÓTELES E ANTÍGONA

Natural Law and normative expectation: updating Aristotle and Antigone

Adalberto Narciso Hommerding

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo/RS

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8316483023945932> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1707-1011>

E-mail: adalberto@san.uri.br

David Lazzaretti Vieira

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo/RS

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7693622188533540> ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-6260-1093>

E-mail: daviniv@gmail.com

Trabalho enviado em 3 de outubro de 2024 e aceito em 17 de março de 2025



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 18, N.02, 2025, p. 170-201

Adalberto Narciso Hommerding e David Lazzaretti Vieira

DOI: 10.12957/rqi.2025.87602

RESUMO

O artigo analisa a relevância do Direito Natural na contemporaneidade sob a perspectiva da teoria sistêmica de Niklas Luhmann. Utilizando as concepções de Aristóteles sobre justiça natural e legal, e a tragédia "Antígona" de Sófocles, explora o conflito entre leis divinas e humanas. Argumenta que, na sociedade moderna, o Direito funciona como um sistema autopoiético e autorreferencial, onde o Direito Natural é incorporado nas operações jurídicas. Ao fim, conclui-se, no entanto, que o Direito Natural não assegura as expectativas normativas e é avesso à evolução exigida pelo Direito positivo atual.

Palavras-chave: Direito Natural. Aristóteles. Antígona. Teoria Sistêmica. Expectativa normativa.

ABSTRACT

The article analyzes the relevance of Natural Law in contemporary times from the perspective of Niklas Luhmann's systemic theory. Using Aristotle's conceptions of natural and legal justice, and Sophocles' tragedy "Antigone", it explores the conflict between divine and human laws. It argues that, in modern society, Law functions as an autopoietic and self-referential system, where Natural Law is incorporated into legal operations. In the end, it is concluded, however, that Natural Law does not guarantee normative expectations and is averse to the evolution required by current positive Law.

Keywords: Natural Law. Aristotle. Antigone. Systemic Theory. Normative expectation.

INTRODUÇÃO

No *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, há uma passagem de Jean-Jacques Rousseau afirmando: *Aquele que, tendo encontrado um pedaço de terra, pensou em dizer “isto é meu” e encontrou pessoas simples para nele acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil.*

A partir da *perspectiva objetivante de um historiador*, essa afirmação de Rousseau leva-nos à pergunta pelo *início* do Direito e pelas *condições* sob as quais a construção do Direito se dá em termos de *tempo*. Essa pergunta, por sua vez, remete-nos à concepção do Direito como *sistema autopoietico*, nos moldes pensados por Niklas Luhmann. Em Luhmann¹, o Direito é um *subsistema social*; é um sistema autopoietico, aberto do ponto de vista *cognitivo* e fechado do ponto de vista *operacional*. Isso significa que há uma distinção entre *sistema* e *ambiente*, e que há um *código* que diferencia o direito dos demais sistemas (política, economia etc.), que é o código *Recht/Unrecht* (lícito/ilícito, legal/ilegal, como se queira). O direito, assim, é *irritado* pelos sistemas, que constituem o ambiente, abrindo-se cognitivamente para os fatos – *heterorreferência* –, mas se fechando no que diz com as suas normas, que constituem suas estruturas, operando autonomamente, dentro dos seus limites e com referência ao seu próprio código – *autorreferência*. Sua diferenciação dos sistemas *abertos*, assim, se dá pelas *referências recursivas de operações jurídicas a operações jurídicas*, operando, portanto, em *autocontato permanentemente*, qualificando, assim, suas próprias operações como *operações jurídicas*². Para que isso seja possível, o sistema tem que descobrir o que foi feito até o último momento ou o que se fará mais adiante, a fim de qualificar as próprias operações *como* jurídicas. *A prática do direito*, diz Luhmann, *pode se orientar pelo direito existente. Mesmo e precisamente quando se trata de modificações jurídicas, admite-se como conhecido ou determinável o que vai ser modificado.*

A resposta às perguntas pelo início do direito, pelas condições em que se dá no tempo a construção do direito e – acrescenta-se aqui – pelas *características específicas das operações jurídicas*, não estará, segundo Luhmann³, em *revoluções* ou no *princípio*, num *retorno às origens*

¹ Por todos, LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016.

² LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 76. Para uma adequada compreensão da linguagem sistêmica, ou seja, dos termos utilizados pela teoria de Luhmann, tais como sistema, ambiente, heterorreferência, autorreferência, autopoiese, acoplamento estrutural etc., recomendo o glossário apresentado em TONET, Fernando. Entre Cila e Caríbdis: o árduo caminho do constitucionalismo sistêmico. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2019 (Dike), p. 245-248.

³ LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 76-77.

históricas do direito. No contexto dos mitos de legitimação das autodescrições de determinado tipo, explica Luhmann, *a origem do direito pode ter um significado ao modo de um tipo de interrupção da circularidade – por exemplo, a dádiva divina dos dez mandamentos como orientação geral para uma sociedade tribal ou, então, a introdução divina do areópago como interrupção do círculo vicioso de uma vingança que transforma justiça em injustiça. A prática do direito opera sempre com o direito historicamente dado, pois de outra maneira nem se chegaria à ideia de se diferenciar como prática jurídica.*

Então, ao menos em termos autopoiéticos, é possível afirmar que *não existe um início do direito.* O que existe são situações em que é plausível admitir que já desde tempos imemoriais se venha procedendo *segundo* normas jurídicas. Assim, a *evolução do direito* não vem a ser um problema como sistema autopoiético. O *tempo necessário* pra isso é sempre uma *construção em pleno transcurso do tempo, no respectivo presente.* Desde sempre, portanto, deve ter havido conflitos em que o vencedor pôde considerar sua vitória *como* direito e, assim, afirmar esse direito como *vinculativo* para o futuro⁴. E é isso, portanto, que exemplificaria a passagem de Rousseau a que se fez referência de início.

Faz parte dessa constatação o fato de que, embora não se pudesse falar em *normas objetivas*, já nas sociedades primitivas havia um direito. Esse direito, porém, era um direito *carismático*, revelado pelos profetas. E somente muitos séculos depois é que o *Direito natural* viria *inaugurar* o Direito moderno, baseado em princípios e na lei⁵. Mas, afinal de contas, o que é o Direito natural? Faz sentido, ainda hoje, no contexto da modernidade tardia⁶ ou pós-modernidade⁷, falar de Direito natural? Pois bem.

O Direito natural nem sempre foi visto do mesmo modo. Desde a Antiguidade – com os pré-socráticos⁸, Platão, Aristóteles, os estoicos etc. –, passando, no medievo, em especial por Santo

⁴ LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 77.

⁵ VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1998, p. 15-16.

⁶ JAMESON, Fredric. Una modernidad singular: ensayo sobre la ontología del presente. Traducción de Horacio Pons. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 22. Sobre a modernidade como um projeto que se *desloca, inacabado* ou que *ainda não foi formulado*, consultem-se: HABERMAS, Jürgen. Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990; HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2000; LUHMANN, Niklas, DE GEORGI, Raffaele. Teoría de la sociedad. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores do Occidente, 1993.

⁷ Para Luís Alberto Warat, quando se fala em *modernidade*, está se fazendo referência a um fenômeno de *organização cultural*, um paradigma que surge para o ocidente desde o século XVI e persiste até o século XX, não tendo seu fim nada a ver com o ano 2000. O que perdura da modernidade não seria outra coisa que alguns de seus *enclaves decadentes*, por muitos conhecidos como *pós-modernidade*. WARAT, Luís Alberto. O ofício do mediador. I. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 178.

⁸ DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke).

Agostinho e Santo Tomás de Aquino, e chegando, na Idade Moderna, dentre outros, a Hugo Grócio, que viria a ser considerado o *grande expoente da moderna Escola do Direito Natural*⁹, as noções de Direito natural, os seus significados, o seu sentido, vêm sofrendo transformações. E isso vai muito adiante de Grócio ou de qualquer outro autor moderno – tome-se, por exemplo, o jusnaturalismo contemporâneo de John Finnis¹⁰ –, ainda que Kant possa ser considerado o filósofo que teria dado o *golpe final* no Direito natural¹¹ ou que a *legitimação pelo procedimento*, como defende Luhmann¹², possa ter ocupado o lugar das *antigas fundamentações jusnaturalistas*, o que faria legítimo, então, *compensar a perda* do Direito natural com um *Direito processual*. Daí novamente a pergunta: ainda faz sentido falar em Direito natural? Frente à positivação do Direito, teria ele alguma função a cumprir? É disso que se quer tratar, procedendo a uma atualização de Aristóteles, o filósofo que descreveu o injusto legal, e da tragédia Antígona, de Sófocles. A teoria sistêmica irá ajudar nesta empreitada. Mãos à obra, portanto.

1. O DIREITO NATURAL NA ANTIGUIDADE

Segundo a crítica de Costas Douzinas¹³, a *apresentação padronizada* do Direito Natural, como toda *história simplificada*, contém *elementos de verdade*, mas sofre de várias *imperfeições filosóficas e históricas devastadoras*. Para Douzinas, a perspectiva dessa história como um todo é a do *progressivismo evolutivo* em que o presente é sempre e necessariamente *superior* ao passado, e a história é a marcha para frente da razão triunfante que apaga os erros e combate os preconceitos de posturas intelectuais e movimentos políticos. A história do Direito Natural, assim, constituiria

⁹ CAENEGEM, R. C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 165.

¹⁰ FINNIS, John. Ley natural y derechos naturales. Estudio Preliminar Cristóbal Orrego S. Traducción de Cristóbal Orrego Sánchez con la colaboración de Raúl Madrid Ramírez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

¹¹ KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito. Prefácio e tradução António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 39-40.

¹² LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. Para Karl Larenz, Luhmann teria confundido, no entanto, o significado de *legitimação* – que, no sentido definido pelo próprio Luhmann, deve ser compreendido como um conceito axiologicamente neutro, designando um evento da esfera social e, portanto, afastado do seu significado normativo, como *justificação* – com o *normativo*. O *Direito natural*, explica Larenz, *foi uma resposta à questão relativa à pretensão de validade do Direito positivo ou a uma justificação directa de determinadas exigências de conduta a partir da «natureza humana» ou da «razão»*. Trata-se aqui portanto de *legitimação em sentido normativo, ou seja, de uma questão totalmente distinta daquela a que LUHMANN pretende responder com o seu conceito de legitimação pelo procedimento*. Mas a *questão de se uma decisão – do legislador, do juiz ou de um órgão administrativo – está justificada no sentido do «Direito natural» ou, pelo menos, do Direito «positivo», não é idêntica à questão relativa a se os destinatários estão dispostos a aceitá-la ou não*. LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 277.

¹³ DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 27.

um exemplo típico da historiografia de ala *Whig* – nome dado a um membro de um partido político britânico (*Whig*), nos séculos XVIII e XIX, que era a favor de mudanças políticas e sociais, reunindo tendências liberais, em oposição à linha conservadora *Tory Party* – na qual toda ideia ou época se move inexoravelmente em direção ao presente. Nesta versão, explica Douzinas¹⁴, o reconhecimento internacional dos direitos humanos, por exemplo, assinala o fim de um *passado ignorante*, embora mantenha e realize, simultaneamente, seu potencial para a liberdade e a igualdade individuais. Daí a denúncia de Costas Douzinas no sentido de que tal abordagem traz em si uma *dificuldade empírica óbvia*: mais violações dos direitos humanos têm sido cometidas nos séculos XX e XXI - séculos *obcecados por direitos*, diz ele – do que em qualquer outro período da história. É possível, sim, concordar com essa crítica. Aqui, porém, dados os fins didáticos do texto, e para manter certa ordem cronológica, far-se-á exatamente aquilo que é criticado por Costas Douzinas: uma espécie de apresentação padronizada do Direito Natural, embora limitada à Antiguidade greco-romana e, mais especificamente, a Aristóteles e a Antígona, de Sófocles. Não há, portanto, como escapar dessa e de outras críticas feitas por Douzinas¹⁵, em especial a referente ao fato de como as obras didáticas começam o exame do Direito Natural, ou seja, a partir das leis não escritas e de Antígona, passando pelos estoicos, Tomás de Aquino, entre outros. É aqui o que haverá de ser feito. E é, portanto, o que se passa a fazer, destacando, uma vez mais, que a análise se centrará em Aristóteles e Antígona.

1.1. O DIREITO NATURAL EM ARISTÓTELES

Aristóteles, na *Retórica*, faz alusão a uma lei *comum, natural, não escrita*. Opõe à lei *escrita e particular* de uma cidade a lei comum, da qual as regras não escritas parecem fazer o acordo de todos¹⁶. O fundamento deste acordo é precisado da seguinte forma: *Chamo de lei comum a que é*

¹⁴ DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 27.

¹⁵ Nas palavras de Costas Douzinas: *Livros didáticos padrões começam o exame do Direito Natural a partir das “leis não escritas” de Antígona e passam para os estoicos, para quem o Direito Natural corporificava os “princípios elementares da justiça que são evidentes, acreditavam eles, apenas aos ‘olhos da razão’”. Cícero entra brevemente em cena: “há uma lei verdadeira, a reta razão, conforme a natureza; ela é imutável e eterna”. Ele é acompanhado, em pequenas pontas, por Tomás de Aquino, Grócio e Blackstone, cuja afirmação de que “a lei natural é obrigatória em todo o mundo; nenhuma lei humana tem qualquer validade se for contrária a ela” é explicada com certo embaraço. Para todos estes autores, o que é certo e o que é natural estão unidos de alguma forma obscura, embora a definição de natureza e a identidade de seu autor difiram largamente, indo desde o cosmo intencional até Deus, à razão, à natureza humana e ao interesse pessoal de cada um.* DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke), p. 26.

¹⁶ Nas palavras de Aristóteles: *Entendamos por cometer injustiça causar dano voluntariamente em violação da lei. Ora a lei ou é particular ou comum. Chamo particular à lei escrita pela qual se rege cada cidade; e comuns, às leis não escritas, sobre as quais parece haver um acordo unânime entre todos.* ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998, p. 80.

conforme à natureza; porque há alguma coisa sobre a qual todos têm certa predição, é o que é por natureza o justo ou o injusto comuns. Esse justo pode, pois, valer para homens que não pertencem a mesma comunidade ou que não estão associados por nenhum contrato¹⁷.

É de Aristóteles que vem a *primeira exposição ampla da essência da equidade como forma de justiça*, consistindo a equidade na decisão do caso concreto em conformidade com sua especialidade e levando em conta a divergência do teor da lei, funcionando, pois, a equidade como *complemento* do direito legal. Daí a ideia de que as leis, por serem formuladas genericamente, sempre irão apresentar lacunas¹⁸.

Na *Ética a Nicômaco*, Aristóteles explica que a equidade, embora justa, *não é justiça legal, mas sim uma retificação da justiça legal*¹⁹. Para o filósofo de Estagira,

quando a lei formula uma regra geral e depois disso surge um caso que é uma exceção à regra, é correto, ali onde o pronunciamento do legislador é imperfeito e errôneo por causa de seu poder absoluto, retificar o defeito, decidindo como o próprio legislador decidiria se estivesse presente na ocasião, e como ele teria decretado se fosse notificado do caso em questão²⁰.

Afim, pois, da justiça é a equidade, que, segundo Aristóteles, *nasce quando a justiça diz respeito a um caso que foge do comum e da generalidade própria da lei*, sendo a equidade, portanto, uma correção de que a lei, pela sua abstratividade, necessita continuamente²¹.

Também na *Retórica* Aristóteles trabalhará a questão da equidade, fazendo menção à generalidade da lei e às omissões do legislador, que podem ocorrer *contra* ou *por* sua vontade. Diz Aristóteles²²:

Ora, como dissemos que há duas espécies de actos justos e injustos (uns fixados pela escrita e outros não), não ocupámo-nos até aqui dos que as leis registram; mas dos que as leis não registram há também duas espécies: a dos que, por um

¹⁷ VERGNIÈRES, Solange. *Ética e política em Aristóteles: physis, ethos, nomos*. Tradução de Constança Marcondes Cesar. São Paulo: Paulus, 1998, p. 196. Vale citar o próprio Aristóteles uma vez mais: *Chamo lei tanto a que é particular como a que é comum. É lei particular a que foi definida por cada povo em relação a si mesmo, que seja escrita ou não escrita; e comum, a que é segundo a natureza. Pois há na natureza um princípio comum do que é justo e injusto, que todos de algum modo adivinham mesmo que não haja entre si comunicação ou acordo*. ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998, p. 93.

¹⁸ COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito (Grundzüge der Rechtsphilosophie)*. Tradução da 5ª Edição alemã por Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 37.

¹⁹ Consulte-se o Livro V da *Ética a Nicômaco*, reproduzido por MORRIS, Clarence (org.). Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito. Tradução Reinaldo Guarany; revisão da tradução Silvana Vieira, Cláudia Berliner; revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 16.

²⁰ Livro V da *Ética a Nicômaco*, reproduzido por MORRIS, Clarence (org.). Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito. Tradução Reinaldo Guarany; revisão da tradução Silvana Vieira, Cláudia Berliner; revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 16.

²¹ ARISTÓTELES. *A ética*. Tradução Paulo Cássio M. Fonseca. Bauru: Edipro, 1995, p. 81.

²² ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998, p. 95.

lado, representam o mais elevado grau de virtude e do vício, a que se reservam censuras e elogios, desonras, honras e recompensas; por exemplo, agradecer a quem nos faz bem, pagar o bem com o bem, acudir aos amigos, e coisas semelhantes a estas; e a dos que, por outro, correspondem a uma omissão da lei particular e escrita. Pois o equitativo parece ser justo, e é equitativa a justiça que ultrapassa a lei escrita. Ora esta omissão umas vezes acontece contra a vontade dos legisladores, e outras por sua vontade: contra a vontade dos legisladores, quando o caso lhes passa despercebido; e por sua vontade, quando o não podem definir a rigor, mas se vêem na necessidade de empregar uma fórmula geral que, não sendo universal, é válida pela maioria dos casos. Também os casos em que não é fácil dar uma definição, devido à sua indeterminação; por exemplo, no caso de ferir com um instrumento de ferro, ou determinar o seu tamanho e forma; pois não chegaria a vida para enumerar todas as possibilidades. Se, pois, não é possível uma definição exacta, mas a legislação é necessária, a lei deve ser expressa em termos gerais, de modo que, se uma pessoa não tem mais que um anel no dedo quando levanta a mão ou fere outra, segundo a lei escrita é culpada e comete injustiça, mas segundo a verdade não a comete, e é isso que é equidade.

A equidade grega (*epieikeia*), presente em Aristóteles, é distinta da equidade romana (*aequitas*). A equidade grega, como ensina Martín Laclau²³, serve para *amortizar* o caráter genérico e abstrato que apresentam os preceitos jurídicos que haverão de ser aplicados a situações concretas cujas notas escapam às rígidas determinações daqueles. A *aequitas*, porém, não é algo exterior ao Direito: é sua própria essência. Seu caráter constitutivo se contrapõe ao caráter corretivo próprio da *epieikeia*.

A noção de *epieikeia*, assim, pode ser cabível como justiça do caso particular dentro de um ordenamento jurídico constituído por normas abstratas e fixas, cuja rigidez necessite ser corrigida para ser adaptada às várias e mutáveis situações que a vida apresenta. Resulta, no entanto, desnecessária dentro de um sistema que, como o romano, se caracteriza por sua base consuetudinária e seu caráter dinâmico, aberto às transformações da sociedade e à riqueza dos diversos comportamentos humanos possíveis²⁴.

A *aequitas*, portanto, não é um conceito que provém da filosofia grega, mas uma noção de origem romana, atuante no desenvolvimento do seu direito. Ela deriva da raiz latina *aequ-* que significa igualdade, parêlo. Daí provém o substantivo *aequor*, que significa o mar, a planura, o que apresenta uma superfície plana, sem acidentes. Há aí um sentido de igualdade, de equilíbrio sem quebras, sem acidentes, que se expressa também nos adjetivos *aequum* e *aequalis*, o que não se refere somente à realidade natural, mas à mente humana²⁵. No período *clássico*²⁶, lembra Martín

²³ LACLAU, Martín. La historicidad del derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 21.

²⁴ LACLAU, Martín. La historicidad del derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 21.

²⁵ LACLAU, Martín. La historicidad del derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 21-22.

²⁶ A chamada *História interna* do Direito Romano é dividida em: a) direito antigo ou pré-clássico (das origens de Roma, em 754 a. C. à Lei *Aebutia*, de data incerta, compreendida aproximadamente entre 149 e 126 a. C.; b) do direito clássico (daí ao término do reinado de Dioclesiano, em 305 d. C.; o período áureo dessa época vai de 96 a 235 d. C.); e c) do direito pós-clássico ou romano-helênico (dessa data à morte de Justiniano, em 565 d. C. – dá-se, porém, a designação de *direito justinianeu* ao vigente na época em que reinou Justiniano, de 527 a 565 d. C.

Laclau, a noção de *aequum* assume caráter jurídico e passa a se confundir com o que é justo no sentido de *proporcional*, em acordo com as variáveis modalidades que ostentam os diversos fatos concretos. Nessa época, ensina Laclau, era usual enlaçar os termos *aequum* e *bonum*. O *bonum*, no entanto, não era um valor moral. Para os romanos, *bonum* era o *conveniente*, não havendo no conceito de direito como *ars boni et aequi*, nenhuma *noção moral*, mas a busca do conveniente e do justo para dar solução jurídica a uma situação determinada²⁷. Nesse mesmo sentido encontra-se o magistério de Horacio Insanti²⁸ ao lembrar a definição de *ius* dada pelos juristas romanos Celso e Ulpiano: *ius* seria a *arte do equitativo*, e não a do *justo*. Quando Celso e Ulpiano falam do *ius* como a arte do equitativo, explica Insanti, estão se referindo ao mesmo que Aristóteles quer dizer como *dikaion*, o justo, aquele ponto que estabelece a unidade do diverso dando a cada um o seu²⁹. Assim, no direito romano se fala de uma *aequitas* do direito civil, de outra do direito das gentes, e de outra do direito natural. Há uma *aequitas* natural que vai corrigindo a *aequitas* civil, mas a segunda não é uma correção do justo legal. O justo legal é o equilíbrio encontrado pelas leis do solene direito quiritário. O avanço do direito em Roma até a equidade do direito natural não tem nada a ver com a correção do justo legal de que falava Aristóteles. É um diferente ponto de equilíbrio que as leis de um e outro encontram segundo as distintas relações sobre as que suas normas se voltam, mas em um e outro a equidade é o ponto médio de dar a cada um o seu³⁰.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 68.

²⁷ LACLAU, Martín. La historicidad del derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 22.

²⁸ INSANTI, Horacio. Derecho y posmodernidad: el *ius* y la superación de la metafísica. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 52-53.

²⁹ António Manuel Hespanha entende que a equidade romana clássica é inspirada na filosofia aristotélica ou estoica, e que não é a mesma equidade dos direitos cristianizados, pós-clássico, medieval ou moderno, nem a mesma do direito, individualista e laicizado, dos nossos dias. HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica europeia: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 135.

³⁰ INSANTI, Horacio. Derecho y posmodernidad: el *ius* y la superación de la metafísica. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 52-53. José Carlos Moreira Alves dá conta de que alguns autores - caso de Beseler, por exemplo -, baseando-se no fato de que o vocábulo *aequitas* se encontra em várias constituições de Justiniano e em muitos textos interpolados, pretendem que se deva eliminá-lo do vocabulário e do pensamento clássico: a *aequitas* somente teria surgido no direito pós-clássico. A melhor doutrina, porém, segundo Moreira Alves, é a que entende que o conceito de *aequitas* não foi o mesmo no direito clássico e no pós-clássico. Para os jurisconsultos clássicos, explica Moreira Alves, *aequitas* é o que, modernamente, se denomina justiça: aquele ideal ético que existe, em estado amorfo, na consciência social, e que tende a transformar-se em direito positivo. É ela – e a frase é de Scialoja – uma tendência, uma visão ideal, algo que se contrapõe ao que é concreto. Por isso, o direito positivo pode entrar em choque com ela. E Celso, ao definir o *ius* como *ars boni et aequi*, pretendeu chamar a atenção para a circunstância de que, no período clássico, o direito é intimamente penetrado pela *aequitas*: trata-se de um direito justo. Bem diversa a noção de *aequitas* no período pós-clássico. Aí, em antítese com o *ius*, ela adquire o sentido de benignidade, benevolência (*humanitas*, *benignitas*, *benevolentia*, *pietas*, *caritas*). Com base nela, os imperadores romanos derogam princípios jurídicos, como, por exemplo, permitem que os humildes (*humiliores*), em certos casos, se desliguem, por vontade unilateral, de vínculos contratuais. ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 78-79.

Para Aristóteles, portanto, o direito não é apenas um estatuto positivo. Em cada direito há disposições que são justas por natureza. Estas o legislador não poderia ter formulado diferentemente. A conclusão, então, é a de que o justo natural *vive* na ordem positiva³¹. Outras, porém, são meramente positivadas. No plano de fato, portanto, Aristóteles, fazendo a distinção entre justiça natural e justiça legal, entendendo que ambas podem estar em oposição, reconheceu a possibilidade do *injusto legal*³².

1.2. ANTÍGONA

A tragédia grega *Antígona*, de Sófocles, lembrada por Aristóteles na *Retórica*, há séculos vem sendo entendida como um *retrato* da ideia de Direito Natural na Antiguidade grega. *Antígona* é uma das mais antigas referências a uma lei não escrita e imutável, que se encontraria acima de todas as outras leis³³. Etéocles e Polinices, filhos de Édipo, morrem na disputa pelo trono de Tebas. Creonte, cunhado de Édipo, assume o poder depois da morte de Etéocles e dispensa honras e um funeral de estado a Etéocles, mas decreta que o corpo de Polinices seja deixado a decompor-se ao ar livre, para ser comido pelos animais predadores e pelos pássaros, como castigo pela sua traição ao atacar a cidade. Antígona e Ismena, irmãs dos defuntos, conferenciam acerca do destino a dar ao corpo de Polinices. Antígona insiste que é seu dever sagrado proceder aos sacrifícios rituais junto ao cadáver de Polinices, para que a sua alma possa encontrar descanso. Ismena, desejosa de evitar que mais infortúnios caiam sobre a família, aconselha Antígona que evite desobedecer a Creonte. Antígona responde que, posta a escolha entre a lei sagrada e a lei humana, a obediência aos deuses vem em primeiro lugar³⁴: *Nem Zeus, nem a justiça, irmã dos deuses, o promulgou. Não creio que teu édito derroque as leis não escritas e imutáveis dos deuses, pois não passas de simples mortal. Não é de hoje, nem de ontem, que elas existem; são de todos os tempos e ninguém em verdade dirá quando começaram. Deveria eu, assim, por temor de tuas ordens, expor-me e merecer o castigo dos deuses*³⁵? Aceitando as consequências do ato e repreendendo Ismena por tomar o caminho mais fácil para resolver o dilema, Antígona empenha-se no funeral do irmão e é acusada de fazer uma

³¹ COING, Helmut. Elementos fundamentais da filosofia do direito (Grundzüge der Rechtsphilosophie). Tradução da 5ª Edição alemã por Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 38.

³² KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Prefácio e tradução António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 34.

³³ SILVEIRA, José Luongo da. Noções preliminares de filosofia do direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 133.

³⁴ SNODGRASS, Mary Ellen. *Hiper-apontamentos Europa-América explicam clássicos gregos*. Tradução de Saul Barata. Portugal: Publicações Europa-América, 1988, p. 136-137.

³⁵ COLUSSI, Maria da Glória. *Fundamentos de teoria geral do direito e do processo*. 2. ed. Curitiba: JM, 2001, p. 57.

libação aos deuses e de espalhar terra sobre o cadáver do irmão. Antígona confessa o ato e Creonte lhe castiga juntamente com a irmã mandando prender ambas³⁶.

A distinção da justiça política em natural ou legal, feita por Aristóteles, e a obra Antígona são consideradas marcos históricos da discussão sobre o Direito Natural porque colocam uma questão que tem acompanhado a humanidade desde então: a disputa entre o predomínio da lei dos homens, o direito positivo, e a lei natural, que pode apresentar as mais diversas justificativas, mas todas metafísicas: a vontade de Deus, a força da natureza ou o caráter racional do homem a lhe outorgar certos direitos invioláveis³⁷. Considerando, porém, a possibilidade de uma análise de Antígona a partir da teoria sistêmica, falar de Direito natural ainda seria algo plausível? Noutras palavras, na sociedade complexa o Direito natural estaria fadado ao esquecimento? Pois bem.

A análise de Antígona, contemporaneamente, tem ido mais além do que a do mero conflito entre a lei divina e a lei humana. Essa análise, feita do ponto de vista da *teoria sistêmica* – portanto, no âmbito da Sociologia do Direito -, aponta para a questão da *autorreferência dos sistemas autopoieticos* e, portanto, para uma *realidade* do Direito que é *circularmente estruturada*. A autorreferência, nas palavras de Gunther Teubner³⁸, é, assim, uma *visceral* característica dos sistemas autopoieticos. O Direito, então, não seria determinado nem por autoridades terrestres, nem pela autoridade dos textos e tampouco pelo direito natural ou por revelação divina. O Direito determina-se a ele mesmo por autorreferência, baseando-se na sua própria *positividade*. O Direito, portanto, retira a sua própria validade dessa autorreferência pura: qualquer operação jurídica reenvia para o resultado de operações jurídicas. Daí por que a validade do Direito não é *importada* do exterior do sistema jurídico, mas obtida a partir do seu interior. Por isso é que, consoante Niklas

³⁶ SNODGRASS, Mary Ellen. *Hiper-apontamentos Europa-América explicam clássicos gregos*. Tradução de Saul Barata. Portugal: Publicações Europa-América, 1988, p. 136-137.

³⁷ ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 136.

³⁸ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 2.

Luhmann³⁹, *não há Direito fora do Direito*. Na sua relação com o sistema social, portanto, o sistema jurídico não gera nem *inputs* nem *outputs*⁴⁰.

A autorreferência sugere o caráter de *indeterminação* do direito e que o direito não é apenas produto do homem, mas do próprio direito. Há uma relação entre autorreferência e imprevisibilidade. Essa relação, segundo Teubner⁴¹, pode ser explicada levando-se em consideração aquilo que Von Förster chama de *máquinas triviais* e *máquinas não-triviais*. As máquinas triviais são aquelas que, ligando determinados efeitos a certas causas, de modo fixo e regular, operam sinteticamente de modo determinado e analiticamente de modo determinável, independentemente do passado e de forma previsível. As máquinas não-triviais, diferentemente, são sinteticamente determinadas, mas analiticamente indetermináveis; dependem do passado e são imprevisíveis. Este parece ser o caso do Direito, entendido como um sistema de sentido autorreprodutivo e dependente, pois, das operações jurídicas dos seus próprios elementos sistêmicos internos. A indeterminação do Direito, assim, aparece diretamente relacionada com a sua autonomia. A autorreferência está implicada com a circularidade dos sistemas autopoieticos. O sistema jurídico, por seu turno, é essencialmente circular. Aliás – e aqui a referência de Teubner é a Hofstadter –, a hierarquia das fontes do direito não escapa da lógica da circularidade:

A ironia está em verificar que (...) tendo-se batido com a cabeça no tecto, somos impedidos de saltar para fora do próprio sistema na busca de uma autoridade superior, não restando senão recorrer a regras aparentemente menos definidas, mas que, afinal, são as únicas fontes das regras de nível superior: as regras de nível inferior.

A autorreferência do Direito manifesta-se de forma muito bem elaborada nas fontes do Direito, comportando, porém, uma *mácula* que, curiosamente, transforma o sistema jurídico num sistema hierárquico totalmente reflexivo: a fonte superior aparece legitimada pela fonte inferior. Como diz

³⁹ A autorreferência pura, para Luhmann, equivaleria a uma *tautologia*, tendo em vista que o sistema passaria a operar sempre com base em um mesmo dado, repetindo sempre a mesma conclusão. Isso sepultaria o princípio motor da teoria dos sistemas, qual seja, o de que os sistemas são criados para reduzir uma determinada porção da complexidade. A alusão a esse *desvio externo* é o que permitiria o respirar do sistema, importando, por intermédio do filtro do sentido, as comunicações que lhe são funcionalmente pertinentes. Esse *desvio externo*, no entanto, somente é possível porque o sistema é operativamente fechado, ou seja, as comunicações que se seguirem àquela importada do meio são governadas dentro dele mesmo, a partir de elementos que ele mesmo produz. Daí a conclusão de Juan Antonio García-Amado quando diz que a *reprodução autopoética dos sistemas não é, portanto, repetição idêntica do mesmo, senão recriação constante de novos elementos ligados aos anteriores*. Dessa forma, *todas as operações dentro do sistema são, ao mesmo tempo, (auto)reprodução do sistema*. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. A Sociedade e o Direito na Obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPEZ JUNIOR, Dauri (org.). Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 315.

⁴⁰ TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 2.

⁴¹ TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 3-6.

Teubner⁴², *Basta (...) colocar a fonte mais alta em lugar suficientemente elevado para que o mundo jurídico possa funcionar perfeitamente a partir dessa circularidade*. O fenômeno da autorreferência emerge sempre que se trata de apreender e aferir situações do mundo real a partir da distinção legal/ilegal (*Recht/Unrecht*). Assim, sempre que a distinção é aplicada, não apenas casuisticamente, mas com pretensões de validade para todo um universo de situações, essa mesma pretensão de validade universal, mais cedo ou mais tarde, acaba por conduzir a própria distinção à tentação de valer igualmente para si mesma. Surgem aí os *paradoxos da autorreferência*⁴³.

Na práxis jurídica, há *dilemas da reflexividade* que aparecem a todo o momento. Basta que se pense, por exemplo, nos casos paradoxais de um Direito que se exclui a ele próprio em sede de *direito de resistência* ou da *razão de Estado*. Para Teubner⁴⁴, uma crítica mais radical com relação ao fenômeno da autorreferência – já que as demais críticas não foram capazes de *atingir o coração do paradoxo fundamental do direito* – conseguiu-a já afinal Sófocles há mais de vinte séculos, quando, pela boca de Antígona, exprimia o paradoxo do direito ao opor-se à lei de Créon que a proibia de enterrar o irmão.

Como o alcance da crítica de Antígona não pode ser reduzido a um mero conflito entre a lei divina e a lei humana, deve-se, antes, nela entrever o insolúvel paradoxo subjacente ao Direito, tornado familiar desde a reflexão feita sobre a auto-aplicação da chamada *distinção jurídica*: Antígona aplica o *código jurídico* ao próprio *código jurídico* quando sustenta que a pretensão de Créon de definir aquilo que é legal ou ilegal é, em si mesma, ilegal. Aqui, portanto, reside justamente a radicalidade da crítica sofocliana: para Antígona, o caráter paradoxal do Direito é intrinsecamente inerente ao próprio Direito, mais do que (como pretendem os *novos* críticos, diz Teubner) o resultado da instrumentalização política da doutrina jurídica ou do reflexo da configuração histórica concreta dos seus *dogmas*. Não são as normas individuais, os princípios doutrinários ou a dogmática jurídica que constituem a fonte das antinomias e paradoxos, mas, sim, a circunstância de ser o próprio Direito que repousa, ele mesmo, sobre um paradoxo.

É possível afirmar, portanto, que a teoria da autopoiese toma o paradoxo de Antígona como o ponto de partida da sua reflexão, abrindo uma ruptura com o tradicional tabu da circularidade⁴⁵. Essa ruptura, porém, não é tomada no sentido da *aceitação pura* de argumentos circulares (o que

⁴² TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 6.

⁴³ TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 7.

⁴⁴ TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 8-15.

⁴⁵ TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 18-29.

apenas poderia desembocar em tautologias sem sentido ou em puros bloqueamentos gnósicos), mas, antes, no sentido da introdução de uma nova perspectiva da própria circularidade: esta deixaria de ser vista como um problema *intelectual* (relativo a erro de pensamento) para passar a ser interpretada como um problema relativo à própria práxis jurídica. Com efeito, a realidade social do Direito é feita de um grande número de relações circulares. Os elementos componentes do sistema jurídico – ações, normas, processos, identidade, realidade jurídica – constituem-se a si mesmos de forma circular, além de estarem ligados entre si também circularmente por uma variedade de meios. Autorreferência, paradoxos e indeterminação constituem, assim, problemas específicos da realidade dos sistemas sociais e não meros problemas de reconstrução intelectual dessa mesma realidade.

O fato, portanto, é que, de acordo com Luhmann, independentemente do conhecimento humano e da sua apreensão cognitiva, a realidade possui uma estrutura circular. E esse postulado é a base para uma *nova postura epistemológica*, como diz Teubner⁴⁶. A realidade do Direito é uma realidade estruturada circularmente. O Direito encontra-se autorreferencialmente constituído. A teoria da *autopoiesis* oferece uma análise das soluções da prática jurídica para o problema da indeterminação do direito graças à conjugação dos seguintes elementos: autorreferência, paradoxo, indeterminação, estabilidade através dos valores próprios. Por meio da aplicação da sua própria distinção entre legal/ilegal, o sistema jurídico constrói-se a si mesmo na base de um círculo autorreferencial. Semelhante autorreferencialidade conduz inevitavelmente a situações tautológicas e paradoxais, sendo assim, por conseguinte, responsável por uma relativa indeterminação do próprio direito. As teorias cibernéticas e funcionalisto-sistêmicas – vejam-se, por exemplo, as teorias defendidas por Ernesto Grün⁴⁷ e Talcott Parsons⁴⁸ - propõem uma visão do Direito como um sistema aberto. Os

⁴⁶ TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 20-21.

⁴⁷ GRÜN, Ernesto. Una visión sistémica y cibernética del derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

⁴⁸ PARSONS, Talcott. A estrutura da ação social: um estudo de Teoria Social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes, vol. II: Weber. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010 (Coleção Sociologia); PARSONS, Talcott. A estrutura da ação social: um estudo de teoria social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes. vol. I: Marshall, Pareto, Durkheim. Tradução de Vera Joscelyne; revisão técnica da tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ, Vozes, 2010 (Coleção Sociologia); PARSONS, Talcott. Consideraciones de un sociólogo sobre la profesión legal. In: PARSONS, Talcott. Ensayos de teoría sociológica. Versión castellana de Ruben Masera. Buenos Aires: Paidós, 1967, p. 319-332; PARSONS, Talcott. El sistema social. Madrid: Alianza, 1999; PARSONS, Talcott. El superego y la teoría de los sistemas sociales. In: PARSONS, Talcott; BALES, Robert F.; SHILS, Edward A. Apuntes sobre la teoría de la acción. Traducción María Rosa Viganó de Bonacalza. Buenos Aires: Amorrortu editores, 1970; PARSONS, Talcott. El superego y la teoría de los sistemas sociales. In: PARSONS, Talcott; BALES, Robert F.; SHILS, Edward A. Apuntes sobre la teoría de la acción. Traducción María Rosa Viganó de Bonacalza. Buenos Aires: Amorrortu, 1953; PARSONS, Talcott. O sistema das sociedades modernas. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1974 (Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais); PARSONS, Talcott. Sociedades: perspectivas evolutivas e comparativas. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1969 (Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais); PARSONS, Talcott. Uma visão geral. In: PARSONS, Talcott (Org.). A sociologia americana: perspectivas, problemas, métodos. Traduzido por Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1970.

sistemas, aliás, são vistos por tais teorias como realidades simultaneamente abertas e adaptáveis ao meio envolvente. Dita visão, explica Teubner⁴⁹, *representa indubitavelmente um importante progresso*. A distinção crucial entre sistema e meio envolvente, característica central dos sistemas abertos, conduz-nos, porém, a centrar atenção sobre conceitos como, por exemplo, *relação input-output, capacidade de adaptação sistêmica ao respectivo meio envolvente, restabelecimento do equilíbrio sistêmico por meio da intervenção regulatória, e organização sistêmica racional e finalisticamente orientada*. Ditos conceitos são *conceitos-chave das estratégias políticas intervencionistas*, endereçadas a produzir alterações específicas em vários domínios sociais, servindo-se do Direito. É a visão do Direito como instrumento de intervenção social direta. Claro que tal tipo de intervenção produz efeitos sobre os subsistemas sociais visados. Ocorre, porém, que o *impacto* produzido por vezes é demasiado ou além do previsto. Nas palavras de Gunther Teubner⁵⁰:

Umas vezes tal intervenção era efectiva apenas durante um reduzido período, noutras contra-producente, noutras ainda contra-intuitiva, e noutras até acabava mesmo “engolida” pelo próprio sistema. Não tardaram as recriminações: tratava-se de um excesso de intervenção política ou da sua ausência, do excesso ou da falta de leis, de uma exacerbação ou de um défice da política de implementação, do uso de instrumentos ineficazes ou de processos inadequados.

Um sistema autopoietico, portanto, é

aquele dotado de organização autopoietica, onde há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização, pela relação reiterativa (“recursiva”) entre eles. Esse sistema é autónomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente mas sim por sua própria organização, isto é, pelo relacionamento entre seus elementos. Essa autonomia do sistema tem por condição sua clausura, quer dizer, a circunstância de o sistema ser “fechado”, do ponto de vista de sua organização, não havendo “entradas” (*inputs*) e “saídas” (*outputs*) para o ambiente, pois os elementos interagem no e através dele, que é “como o agente que conecta as extremidades do sistema (como se fosse uma gigantesca sinapse) e o mantém fechado, autopoietico”⁵¹.

A teoria da *autopoiesis*, assim, contribui fundamentalmente para a compreensão do Direito neste sentido: só por referência a si próprio pode o sistema de Direito continuar a se organizar e

⁴⁹ TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 27-29.

⁵⁰ TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 30.

⁵¹ As palavras são de Nelson Vaz, reproduzido por: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Autopoiesis do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 58-59.

reproduzir como tal, como sistema distinto do meio e dos demais sistemas. Daí a afirmação de Teubner⁵²:

não terá sido porventura pura coincidência que a ideia de auto-organização se tenha então tornado cada vez mais atractiva. À primeira vista, o seu desenvolvimento em direcção a uma teoria dos sistemas autopoieticos pode aparecer como absurdo, na medida em que pode sugerir o regresso à concepção dos sistemas fechados, considerada ultrapassada. De facto, a teoria dos sistemas autopoieticos está assente no pressuposto de que a unidade e identidade de um sistema deriva da característica fundamental de auto-referencialidade das suas operações e processos. Isso significa que só por referência a si próprios podem os sistemas continuar a organizar-se e reproduzir-se como tais, como sistemas distintos do respectivo meio envolvente. São as próprias operações sistêmicas que, numa dinâmica circular, produzem os seus elementos, as suas estruturas e processos, os seus limites, e a sua unidade essencial.

A ideia de autorreferência e *autopoiesis*, portanto, pressupõe que o funcionamento dos sistemas, ou, melhor, que as *bases* do funcionamento dos sistemas residem no próprio seio sistêmico, e não nas condições exógenas impostas pelo meio envolvente às quais tenham de se adaptar da melhor forma possível, como entendia, por exemplo, a teoria dos sistemas abertos. Há, assim, uma *clausura autorreferencial* do sistema. Essa clausura autorreferencial ocorre sempre que complexos processos sistêmicos conduzem, de uma forma hiper-cíclica ou ultra-cíclica, à produção das suas próprias condições originárias de produção, tornando-se independentes, assim, do respectivo meio envolvente. Daí por que Teubner⁵³, com apoio em Varela, dirá que *Auto-referenciabilidade e clausura organizacional (...) significam (...) uma e a mesma coisa: o carácter fechado, circular e recursivo da organização dos processos auto-reprodutivos de um sistema*.

O que a perspectiva sistêmica autopoietica traz de novo, portanto, é o seguinte: sem autorreferência, sem *circularidade básica* e clausura organizacional, a estabilização de sistemas autossubsistentes torna-se impossível. Apenas a autonomia recursiva de um processo autorreferencial que remete continuamente a si próprio torna possível a reconstrução de todo esse mesmo processo de acordo com regras imanentes de funcionamento. São essas regras que fazem com que um sistema autorreferencial apareça como um sistema independente em face do seu meio envolvente e imune à respectiva influência direta. O desenvolvimento de um sistema, portanto, não pode ficar ao *sabor* das contingências exógenas.

Portanto, se bem consigo captar o que Gunther Teubner propõe, Antígona não seria tão somente uma *manifestação de um direito natural*, de um direito de *carácter divino e imutável*, mas do *próprio*

⁵² TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 31-32.

⁵³ TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 32-33.

direito, pois o código utilizado por Antígona na defesa do seu direito, como explica Teubner, é o próprio código jurídico, mesmo que contrário ao do direito positivo, da norma posta pelo rei. Logo, por mais que se pudesse falar em Direito natural, não se estaria, aqui, frente a um direito *natural*, ainda que invocados os deuses na sua defesa. Talvez o problema de Antígona e das demais versões do Direito natural esteja, então, na ausência de *critérios* para garantir o *fechamento operacional* do sistema de direito, o que poderia levar, portanto, à quebra da dita autonomia recursiva. Se assim é, consequentemente, até mesmo se poderia dizer que nunca existiu um direito natural nos moldes do que se conhece por direito natural! A indeterminação, sabe-se, é um problema que sempre acompanhou o Direito e os direitos, e está ligada à autonomia do sistema de Direito. Então, penso, são os *efeitos* de uma dada decisão no campo do direito que podem fazer com que a circularidade e a autorreferência, e, por conseguinte, a autonomia, retem prejudicadas, mas não os *argumentos* em si – veja-se que Antígona, para defender o direito de enterrar o irmão, invoca uma *lei divina* anterior à lei de Creonte -, justificadores que são da decisão. Estaríamos aqui, portanto, definindo o Direito natural não como a outra face do Direito positivo ou como algo que lhe é superior ou anterior, mas como *constituente* – *inevitável* eu diria - do próprio sistema de Direito, que é autorreferencial.

O mesmo se pode dizer de Aristóteles, que, além de contribuir para a Filosofia, Política, Moral e Direito - estabelecendo, ainda, a partir das suas investigações sobre as *primeiras causas* e sobre os *princípios dinâmicos* as *fundações* da nossa ciência e tecnologia -, pode, inclusive, ser considerado um dos precursores da Sociologia e da Sociologia do Direito e, mais que isso, da própria Sociologia sistêmica, embora ambos os termos – Sociologia do Direito e Sociologia sistêmica - só viessem a ser cunhados mais de dois mil anos depois e, a última, desenvolvida somente a partir da metade do século XX.

Aristóteles é um precursor da Sociologia do Direito porque, para estabelecer o significado de *justiça*⁵⁴, descreve antes de tudo as diversas espécies de direito positivo nas suas relações com o ordenamento social realmente efetivo, com a sociabilidade ou solidariedade social e com os grupos particulares, dos quais o Estado é o mais importante. Aliás, no estudo das formas de governo, como se pode ver em *Política*⁵⁵, Aristóteles examina todos os tipos existentes de governo nas suas relações

⁵⁴ O livro V da *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, é, segundo Norberto Bobbio, o *texto canônico* mais transmitido e repetido em termos de análise do conceito de justiça. Na era moderna, com exceção de Hobbes, não foi dado grande espaço para uma análise do conceito de justiça. Nem Locke, nem Kant, nem Hegel ou Marx o fizeram. BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos (Organizado por Michelangelo Bovero). Tradução Daniela Beccaccia Versiani. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 306-307.

⁵⁵ ARISTÓTELES. Política. 3. ed. Brasília: UnB, 1997. Aristóteles, em *Política*, declara que o homem é por natureza um ser social e aquele que vive fora da sociedade é um *ser monstruoso* ou um *deus*, a menos que lhe tenham obrigado ao isolamento ou que o tenha escolhido artificialmente. Para Aristóteles, o homem vive naturalmente em sociedade. A sociedade, assim, é uma dimensão da sua existência. Por outro lado, o homem não

com a estrutura efetiva dos diversos tipos de sociedade, concluindo, em resumo, que não há uma forma melhor absoluta e que todas as constituições são relativamente boas na medida em que se adaptam à infraestrutura variável da comunidade política, sobre a qual influem a densidade da população, as diversas indústrias, as atividades econômicas, as relações entre as classes e o número de classes. Essas noções de um direito variável, relativo, dependente de contextos; essas ideias de mudança, de adaptação a uma infraestrutura variável da comunidade política, levam a pressupor outra noção ou ideia: a de *evolução*. Existe, assim, já na Antiguidade, em especial no pensamento dos filósofos gregos, uma concepção, ainda que vaga, de um tipo de *processo evolucionista*⁵⁶. E isso parece ser uma marca das concepções dos filósofos antigos e modernos, dos primeiros pensadores sociais e dos sociólogos. É o caso, por exemplo, de Aristóteles e também de Platão, seu antecessor. Nas obras de ambos encontram-se tanto a ideia de *mudança social* quanto o conceito de *progresso*⁵⁷.

Aristóteles também pode ser considerado um precursor da Sociologia sistêmica porque, descrevendo o direito positivo nas suas relações com a sociedade, realiza uma autêntica *observação da observação*, a *observação de segundo grau*, aplicando a distinção *sistema-ambiente*, tão cara à perspectiva sistêmica, mas ainda não teorizada na Antiguidade. O *injusto legal*, assim, é o *paradoxo*, a diferença possibilitadora da autorreferência frente à *contingência*.

Veja-se que um dos pressupostos da teoria sociológica proposta por Niklas Luhmann está no fato de que não mais se pode falar em objetos, mas unicamente de *distinções*. Aqui entra o conceito de *forma* – nos moldes propostos por George Spencer Brown –, que Luhmann passa a utilizar. A forma não é uma forma *mais ou menos bela*, diz Luhmann⁵⁸. A forma é *forma de uma distinção*, de uma separação, de uma diferença. Opera-se, portanto, uma distinção traçando uma marca que separa duas partes. A forma é uma *linha de fronteira* que marca uma diferença e obriga a clarificar que parte se indica quando se diz que se encontra em uma parte de onde se deve começar se se quiser proceder a novas operações⁵⁹.

pode perpetuar-se biologicamente senão pelo encontro de um homem e uma mulher. Também por outro lado o homem não pode ser autossuficiente de uma maneira total, individualmente, pois tem necessidade dos outros para realizar sua humanidade. Essa necessidade recíproca que uns seres têm com relação aos outros é a base da constituição das comunidades políticas. Sobre o ponto consulte-se: FREUND, Julien. Sociología del conflicto. Traducción Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, D. L., 1995, p. 25-26.

⁵⁶ KOENIG, Samuel. Elementos de sociologia. 2. ed. Tradução de Vera Borda; revisão técnica de Regina Lúcia F. de Moraes. Rio de Janeiro: Zahar, 1970, p. 34-35 (Biblioteca de Ciências Sociais).

⁵⁷ KOENIG, Samuel. Elementos de sociologia. 2. ed. Tradução de Vera Borda; revisão técnica de Regina Lúcia F. de Moraes. Rio de Janeiro: Zahar, 1970, p. 34-35 (Biblioteca de Ciências Sociais).

⁵⁸ LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993, p. 35.

⁵⁹ LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993, p. 35.

A forma, então, é *autorreferência desenvolvida*. É autorreferência desenvolvida no *tempo*. É o *princípio da autorreferência* que permite tornar plausível o pressuposto da descrição da sociedade. Esse pressuposto, segundo Raffaele De Giorgi, é *dado pela transformação dos fundamentos naturais em fundamentos artificiais, produzida pelo operar dos sistemas e pela transformação dos fundamentos necessários em fundamentos contingentes*⁶⁰. Para atravessar o limite que constitui a forma, sempre se deve partir, respectivamente, da parte que se indica. Há uma necessidade de tempo para efetuar uma operação ulterior. A unidade da forma não é o seu sentido superior, um sentido *espiritual*. É, sim, o *terceiro excluído* que não pode ser observado até se observar com a ajuda da forma. Determinar, indicar, conhecer e atuar, enquanto operações, consistem em fixar uma forma com a consequência de se instaurar uma diferença, que produz no momento uma simultaneidade e uma necessidade de tempo. A forma, assim, produz um *corte* no mundo⁶¹.

A autorreferência, portanto, desenvolve-se e repercute na necessidade de tempo. O processo de *atravessar* de um lado da forma para o outro é um ato que também necessita de tempo. Assim, por exemplo, muitas vezes, a passagem do jurídico para o não-jurídico requer um tempo. É que todas as operações, entre elas as distinções, requerem tempo. O atravessamento pode ser demonstrado na codificação binária direito/não-direito⁶², que possibilita a auto-identificação por parte do sistema por meio da aplicação da distinção sistema-ambiente.

O aspecto característico para o conceito de sistema, portanto, não é mais o *ordenamento da relação*, mas a operação da *distinção*⁶³. Enquanto o conceito antigo de sistema apontava para uma porção ordenada de elementos e suas relações recíprocas, o conceito mais recente atenta para a observação de operações que capacitam a se auto-destacar em seu ambiente, a se reproduzir e a

⁶⁰ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 24.

⁶¹ LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993, p. 35-36.

⁶² Há discussões sobre a tradução do termo *Recht/Unrecht*. Alguns autores adotam o *direito/não direito*; outros, *Recht/Unrecht*, sem tradução. Há ainda quem utilize *legal/ilegal* ou *lícito/ilícito*. Trata-se, porém, de um lícito/ilícito em *sentido amplo*, ou seja, de estar conforme ou não conforme ao direito. Essa tradução pode ser adotada, em especial para não gerar confusão entre autorreferência/heterorreferência e código/programação. Isso porque o outro lado do código (o ilícito) também está dentro do Direito, embora esteja não conforme com o direito (ilícito). Essas distintas formas de expressar o termo, traduzido ou não, podem ser encontradas em: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARZ, Germano; KING, Michael. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 21 e 106; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolón. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 221-231; 486.

⁶³ ENDERLE, Georges et al. *Dicionário de ética econômica*. Traduzido por Benno Dischinger et al. São Leopoldo: Unisinos, 1997, p. 593.

manter íntegra a sua identidade. O sistema, portanto, é a distinção entre sistema e ambiente. Cada operação do sistema nada mais é do que a confirmação dessa distinção⁶⁴.

A distinção sistema-ambiente, assim, adquire posição central na teoria da sociedade de Niklas Luhmann, pois somente a partir da distinção, ou seja, da forma, é que o sistema se organiza e forma *estruturas seletivas* que, por sua vez, farão as futuras seleções e assim sucessivamente. Na distinção sistema-ambiente as duas partes podem existir separadamente; não podem, no entanto, existir, respectivamente, uma sem a outra. Isso favorece a auto-compreensão por parte do sistema. A teoria de Niklas Luhmann, portanto, é baseada nas ideias de sistema e ambiente. É uma teoria sistêmica, pois vê a sociedade como um sistema. Seu problema inicial é, portanto, definir o que é sistema. E sistema, para Luhmann, é a interação organizada de elementos e estruturas. Em termos de Direito, poderia ser denominado o sistema como sendo o *Direito reflexivo*. O ambiente, então, é tudo o que não é sistema; é o que o sistema não entende; é o *não sentido*. Para Raffaele De Giorgi⁶⁵, o Direito da sociedade moderna é

a estrutura de um sistema social que opera sempre e apenas em relação a si mesmo, ao empregar a distinção direito/não-direito. (...) significa que as garantias que o direito pode fornecer, a justiça de que o sistema é capaz, derivam dessa determinação do sistema jurídico.

Os sistemas podem distinguir-se em relação ao seu ambiente, mas somente como uma operação que se verifica internamente ao sistema (o código/interno é que produzirá o sentido para o sistema). As operações são possíveis somente como operações de um sistema. O sistema, porém, pode operar como um observador da forma, podendo observar a unidade da diferença (forma de duas partes). Estas observações de segundo grau (*observação cibernética de segunda ordem; observação da observação*) requerem a formação de uma outra forma, aplicada a outra forma. Há, assim, a aplicação sucessiva da distinção sistema-ambiente, internamente ao sistema (sistema social, sistema do direito). A distinção sistema-ambiente, assim, é a condição de possibilidade e a potencialização da atribuição de sentido na sociedade vista como sistema social (teoria de sistemas).

Penso que uma comparação bem simples possa servir como exemplo do que significa a observação da observação. Suponhamos que a Sociologia e o Direito fossem duas pessoas que estivessem conversando. Uma delas, portanto, seria a Sociologia; a outra, o Direito. O direito, então, diz à sociologia: - *Sociologia, tal coisa deve ser!* A Sociologia, por sua vez, diz para o direito: -

⁶⁴ ENDERLE, Georges et al. *Dicionário de ética econômica*. Traduzido por Benno Dischinger et al. São Leopoldo: Unisinos, 1997, p. 593. A teoria dos sistemas é desenvolvida em suas variantes cibernéticas, biológicas e sociológicas, sendo possível citar para tanto W. Ross Ashby, Heinz von Foerster, Humberto R. Maturana, Francisco Varela e Niklas Luhmann, entre outros.

⁶⁵ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 13.

Deve, mas não é. É assim! A Sociologia Sistemica observa os dois, como se estivesse dizendo ao direito: - *Direito, reflita sobre o que a Sociologia está te dizendo!* O teórico sistêmico é o observador dessa conversa, pois observa a observação da observação. A chave desse exemplo é a observação e a comunicação inter(e endo)sistemas, que é condição para o que se chama de *acoplamento estrutural*. Um fato jurídico, bem se sabe, é o desdobramento de um fato social. O Direito, como *dever ser*, às vezes, não consegue dar conta do *modo de ser*. É assim e pronto. A sociologia sistêmica, portanto, apresenta uma característica importante: a observação. É justamente em relação à necessidade de o direito se observar e observar a sociedade, e como o direito deve fazer sua referência interna e se ajustar para se comunicar com a sociedade, que se apresenta a observação de segundo grau proporcionada pela Sociologia sistêmica.

Para Luhmann, portanto, somente as observações de segundo grau dão ocasião para se referir à *contingência* e eventualmente refleti-la de modo conceitual. A contingência é própria dos sistemas autopoieticos e está relacionada com a multiplicidade de possibilidades de ação de que tais sistemas podem dispor. A contingência é possibilitada pela *impredizibilidade* do comportamento humano, dos sistemas psíquicos, ou, ainda, pela externalização comunicativa da relação *ego* e *alter* que se constitui numa dupla contingência⁶⁶. Se a dita *complexidade* é o fato de que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar, a contingência é o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas. Dito de outro modo, essa *indicação* pode ser enganosa por se referir a algo inexistente, inatingível, ou a algo que, após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta, não mais está lá. Nas palavras de Luhmann, *complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos*⁶⁷.

As observações de segundo grau são *observações de observações*. Também se pode tratar de observações de outro observador ou inclusive observações do mesmo ou outro observador noutro momento. Segundo essas variantes podem-se distinguir *dimensão social* e *dimensão temporal* na produção de sentido. Isso faz possível dizer que a contingência é uma forma que assume a dimensão material do meio sentido quando a dimensão social e a dimensão temporal separam as observações. Dito de outro modo, tudo se torna contingente quando aquilo que é observado depende de quem é

⁶⁶ RODRIGUES JÚNIOR, Leo. Autopoiésis e o sistema social de Niklas Luhmann: a propósito de alguns conceitos. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 2, nº 3. Jan/jun. 2000, p. 254-285.

⁶⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 45-46.

observado. É que essa eleição inclui a eleição entre *auto-observação (observação interna)* e *observação alheia (observação externa)*⁶⁸.

Luhmann, portanto, atribui à distinção sistema-ambiente uma posição central na teoria, mas somente no sentido de que, a partir da distinção, ou seja, da *forma sistema*, organiza-se a consistência da teoria, o contexto de uma multiplicidade de distinções⁶⁹. Evidentemente, embora por razões óbvias não teorize essa perspectiva, Aristóteles, como *observador da observação*, consegue perceber a importância da configuração política da sociedade e a necessidade da institucionalização do direito como um direito tratado em termos especificamente jurídicos, característica, aliás, da cidade-estado, da *polis* grega⁷⁰. Noutras palavras, como o homem é um *animal social*, ele não tem outra opção que não seja a de se inserir na sociedade e no direito, e isso torna necessário que a política configure na sociedade instâncias e processos de decisão, assegurando, assim, *decisões juridicamente ordenadas*, que levem em conta, portanto, o código do direito que, por sua vez, apesar de reconhecer a possibilidade de um injusto legal, não desativa o sistema do direito, mas, ao contrário, reconhece dita possibilidade como uma possibilidade do próprio sistema do direito frente à contingência.

Não se pode esquecer, evidentemente, de que o mundo de Antígona – e tampouco o de Aristóteles, embora aqui já se notem a presença da democracia – tão criticada por Platão - e, por conseguinte, de *conquistas evolutivas* - não é o mundo da sociedade funcionalmente diferenciada; não é o mundo da moderna democracia, que é o fundamento da legitimidade das leis, e que o direito é *dinâmico* (Luhmann) devido a permanente evolução provocada pela sua necessidade de constantemente agir como um dos sistemas (ou estruturas) sociais redutores da complexidade das possibilidades do ser no mundo⁷¹. O Direito, porém, é o *princípio de legitimidade da lei*. E, nesse sentido, a lei, para ser legítima, deve basear-se no *princípio democrático*⁷². Daí a necessidade da positivação. A positivação do direito, bem por isso, é importantíssima; é uma *conquista evolutiva* e deve ser utilizada como instrumento de mudança social, pois, nas palavras de Luhmann⁷³:

Na medida em que o direito é positivado, ou seja, na medida em que normas jurídicas se tornem objeto de decisões seletivas, apresenta-se uma nova

⁶⁸ LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Traducción de Carlos Fortea Gil. Revisión técnica de Joan-Carles Melich. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1997, p. 93-94.

⁶⁹ LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993, p. 37.

⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 204.

⁷¹ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 2001, p. 97.

⁷² ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 2001, p. 123.

⁷³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 117.

perspectiva, e ela mesma deve ser avaliada como uma conquista evolutiva. As liberdades de decisão constituídas através do direito e nele mantidas podem ser utilizadas como instrumento de mudança social. Uma vez institucionalizadas enquanto liberdades, seu exercício normalmente pode ignorar seus motivos originais. A positividade do direito implica na liberdade de deixar-se determinar racionalmente pelo recurso e pelo resultado de análises. Dessa forma, a sociedade torna-se objeto do seu próprio mecanismo jurídico; ela é refletida enquanto totalidade em um de seus sistemas parciais.

Como, em razão da evolução da sociedade e da diferenciação funcional, o que se sobreleva atualmente, em especial do ponto de vista sistêmico, é o Direito positivo, consequência da positividade do direito decorrente da evolução, o Direito natural *parece* ter perdido relevância, talvez despertando mais interesse por diletantismo intelectual do que por razões propriamente jurídicas. De fato, para os fins da teoria sistêmica, que observa a observação, a discussão sobre o Direito natural nada parece significar, considerando não interessar à observação de segundo grau, mais preocupada na manutenção da estrutura circular e autorreferencial do sistema de direito que na investigação de eventuais critérios normativos utilizados na decisão jurídica, a normatividade em si do Direito. Ainda assim, do ponto de vista de uma Filosofia do Direito, de uma Hermenêutica Jurídica condicionada por uma Hermenêutica Filosófica, o estudo do Direito natural segue mantendo importância, havendo importantes autores que a ele dão valor relevante, como é o caso, por exemplo, de John Finnis, já referido.

2. ATUALIZANDO ARISTÓTELES

O Direito, para evoluir e responder à complexidade, inevitavelmente, tem de se apartar do Direito natural e dos seus princípios imutáveis. Isso, porém, não significa que a discussão sobre o Direito natural esteja fora de qualquer cogitação. O Direito natural, em princípio, não evolui; sua variação, portanto, é limitada. Como diante da complexidade social se necessita de um direito mutável, variável, que possa acompanhar a evolução social, e como a moral não parece formar consenso⁷⁴, há necessidade, portanto, da positivação. O sistema, assim, normatiza *expectativas*, estabelecendo normas, das quais pode ser legítimo, ou não, apartar-se, mas se mantém estável no marco das suas possibilidades, não importando as *opções* do ambiente. O Direito, então, é mantido como sistema autopoietico e operativamente fechado, de modo a garantir sua função, mantendo-se como sistema funcional determinado por estruturas, com capacidade de operação, prevendo

⁷⁴ Na literatura jurídica encontra-se o exemplo de Richard Posner, que duvida da Filosofia e da possibilidade de um acordo no debate moral. Consulte-se: POSNER, Richard. Para além do direito. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 468-492.

internamente a continuidade do cumprimento da sua própria função⁷⁵. Isso faz com que o direito, para poder se impor, não precise afirmar-se com o apoio político, por exemplo. Afinal, como diz Luhmann⁷⁶, *o direito só é direito quando se pode esperar, uma vez que a expectativa normativa é esperada normativamente*. Logo, o direito não é determinado *hierarquicamente de cima*, mas *heterarquicamente*, colateralmente, determinando *vizinhanças em forma de redes*, tendo sua forma mais geral numa autoafirmação circular.

Para Luhmann, pela via do procedimento – cujas regras são normatizadas e que, quando levadas em consideração, terminam por gerar uma decisão que, por si própria, tem força normativa –, aquilo que é tematizado e que é levado em conta ao se tomar a decisão jurídica – a consideração de argumentos do Direito natural, por exemplo, ou as referências a cognições heterorreferenciais – *converte-se em Direito*. A teoria do direito *não sociológica* preocupa-se, então, com a positividade nesse sentido, elaborando-a. É claro que o Direito depende da política, pois sem a perspectiva de imposição da norma não há estabilidade normativa. A política, por sua vez, também se utiliza do direito para diversificar o acesso ao poder politicamente concentrado. Então, como explica Niklas Luhmann⁷⁷, há aqui um *entrejogo* que pressupõe uma *diferenciação de sistemas*. A função do direito, porém, não é mais aquela de proteger os pobres dos ricos e poderosos, presente, por exemplo, na Antiguidade clássica, na Atenas de Péricles e Eurípides. E desde Hobbes a distinção entre direito e política é vista como oposição entre o Estado soberano e os direitos individuais, naturais, anteriores, portanto, ao Estado⁷⁸. A *semântica* do Direito natural, por conseguinte, pode ser havida como algo *transitório*, condicionado pelo tempo; como apenas um *símbolo* para a *construção do Estado não controlado pela política*. O Direito natural, então, tornar-se-ia prescindível a partir do momento em que passam a se desenvolver as formas do direito positivo. E isso acontece com o reconhecimento da liberdade contratual, da livre propriedade e, a partir do século XVII, da capacidade jurídica das corporações, que já não mais precisam ser fundadas por meio de um decreto daquele que detém o poder político. Com isso assegurado, é evidente, então, que os direitos subjetivos – aliás, como de fato ocorreu – podem ser *desnaturalizados* e reconstruídos como um mero *reflexo* do direito objetivo, das constituições, sendo isso possível em

⁷⁵ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 191.

⁷⁶ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 192.

⁷⁷ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 200.

⁷⁸ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 201.

razão de que as expectativas normativas para a validade do direito não dependem de posições de superioridade.

A função do ordenamento do Direito – que, segundo Luhmann⁷⁹, consiste em possibilitar a *segurança da expectativa*, diante de decepções previsíveis e que não podem ser evitadas - conserva sua peculiaridade em razão da importância de saber o que justificadamente se pode *esperar* dos outros e de si mesmo. Quando se trata do Direito natural, essa função não é cumprida, havendo, aqui, *incerteza da própria expectativa*, e isso, como se sabe, é pior, é insuportável; *mais insuportável*, diz Luhmann, *do que experimentar surpresas e desencantos*: é a própria *anomia* (Durkheim).

Quer me parecer, portanto, que o Direito natural, ou o uso de argumentos de direito natural, embora não desfigure a autorreferencialidade do sistema de Direito – afinal de contas, aquilo que se chama de *re-entry*, ou seja, o reconhecimento das referências externas (moral, direito natural etc.) como se fossem parte da operação do sistema jurídico⁸⁰, auxilia a assegurar a permanência da autorreferência -, não contribui para o cumprimento da sua função, que é possibilitar segurança quanto às expectativas.

Se, à luz da teoria sistêmica, fossemos *atualizar* Aristóteles - quando o filósofo grego diz que o direito não é apenas um estatuto positivo e que em cada direito há disposições que são justas por natureza, vivendo, pois, o justo natural na ordem positiva, e que justiça natural e justiça legal podem estar em oposição, o que caracterizaria o injusto legal -, poderíamos chegar, então, à seguinte conclusão: o Direito positivo tem valor de *decisão*. Por vezes, ele pode ser considerado arbitrário, no que pode, então, acabar por vir a contrariar, por exemplo, o Direito natural. A vantagem do Direito positivo sobre o Direito natural, porém, está no fato de que ele, o positivo, é *mutável* e, mais que isso, permite ao cidadão estar seguro com relação às expectativas normativas, ainda que estas não se cumpram. Agora, quando não se tem a positividade do direito, não há, então, segurança quanto à expectativa, e aí o risco da surpresa é maior. O injusto legal de que fala Aristóteles continua sendo direito. E, enquanto Direito, continua a comunicar possibilidades. Significa dizer, por exemplo, que, noutra oportunidade, aquilo que foi decidido como injusto, apesar de ser legal, poderá ser decidido como justo. E isso é representado pela contingência, que é o risco. Então, a expectativa normativa permanece. É que a normatividade, explica Niklas Luhmann⁸¹, estabelece que as

⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 204.

⁸⁰ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 119.

⁸¹ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 82.

expectativas, embora não satisfeitas, continuem atuando. A equidade, por sua vez, por não integrar a expectativa normativa, é uma espécie de *conceito compensatório* que não deixa de acompanhar, por assim dizer, a *estrutura programática do direito positivo*⁸² como uma possibilidade.

O sistema jurídico, portanto, pressupõe que a comunicação funcione, independentemente de ser bem ou mal entendida, como diria Luhmann⁸³. Por sua vez, a separação entre legislação e administração da justiça, proposta por Aristóteles, indica que não há como prever as circunstâncias futuras de aplicação da lei. No plano da legislação, por exemplo, é possível dar conta de certas particularidades, tais como as pressões sociais, as amizades e inimizades do juiz e de sua família etc. No que diz com a aplicação da lei, porém, não há como prever as situações futuras. *Dalí*, diz Luhmann, *a necessidade de prover a legislação e a vinculação do juiz à lei*. Aristóteles percebe isso muito bem. Por isso a necessidade de uma distinção específica do âmbito do direito que neutralize sua incorporação nas estruturas previamente dadas da sociedade. Noutras palavras, a administração da justiça não pode depender de condicionamentos religiosos, por exemplo. Ela deve estar, assim, *dessolidarizada da sociedade*⁸⁴.

CONCLUSÃO

Quando o jurista prova que a comunicação do Direito natural, por exemplo, se ordena em conformidade com o Direito – ainda que contrariamente ao direito posto, como nos casos de Antígona e do injusto legal de Aristóteles -, ele, o Direito natural, já estará integrando o domínio do código do Direito. Isso significa, portanto, que o Direito natural não é a causa do Direito positivo, não está acima dele, mas representa uma espécie de *atestado* de uma operação específica do direito que se diferencia de outras comunicações. Ele entra, portanto, no esquema Direito/não Direito e, por conseguinte, integra o sistema de Direito, em que pese restar limitado quanto ao aspecto da solidez da certeza da expectativa normativa.

Então, no que diz com o Direito natural enquanto manifestação típica do Direito, enquanto possibilidade desenvolvida do ponto de vista interno, operacional, do sistema de Direito, não se pode dizer que ele reduz a autorreferencialidade. Até porque o antigo paradoxo do Direito natural

⁸² LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 304.

⁸³ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 75.

⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 79.

é o de que o direito só pode se apresentar como desvio do direito mesmo⁸⁵. O problema, portanto, não é esse, mas, como dito, o risco da anomia, entendida aqui como a insuportável incerteza da expectativa. E nesse aspecto o Direito natural parece ser avesso à evolução.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. v. 1. 7. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ARISTÓTELES. **A ética**. Tradução Paulo Cássio M. Fonseca. Bauru: Edipro, 1995.

ARISTÓTELES. **Política**. 3. ed. Brasília: UnB, 1997.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998.

ARNAUD, André-Jean; LOPEZ JUNIOR, Dauri (org.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos** (Organizado por Michelangelo Bovero). Tradução Daniela Beccaccia Versiani. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito (Grundzüge der Rechtsphilosophie)**. Tradução da 5ª Edição alemã por Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

COLUSSI, Maria da Glória. **Fundamentos de teoria geral do direito e do processo**. 2. ed. Curitiba: JM, 2001.

⁸⁵ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolón. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 313.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009 (Coleção Díke).

ENDERLE, Georges et al. **Dicionário de ética econômica**. Traduzido por Benno Dischinger et al. São Leopoldo: Unisinos, 1997.

ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FINNIS, John. **Ley natural y derechos naturales**. Estudio Preliminar Cristóbal Orrego S. Traducción de Cristóbal Orrego Sánchez con la colaboración de Raúl Madrid Ramírez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

FREUND, Julien. **Sociología del conflicto**. Traducción Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, D. L., 1995.

GRÜN, Ernesto. **Una visión sistémica y cibernética del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

INSANTI, Horacio. **Derecho y posmodernidad: el ius y la superación de la metafísica**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

JAMESON, Fredric. **Una modernidad singular: ensayo sobre la ontología del presente**. Traducción de Horacio Pons. Barcelona: Gedisa, 2004.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Prefácio e tradução António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KOENIG, Samuel. **Elementos de sociologia**. 2. ed. Tradução de Vera Borda; revisão técnica de Regina Lúcia F. de Moraes. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

LACLAU, Martín. **La historicidad del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna**. Traducción de Carlos Fortea Gil. Revisión técnica de Joan-Carles Mèlich. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. **Teoría de la sociedad**. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores do Occidente, 1993.

MORRIS, Clarence (org.). **Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito**. Tradução Reinaldo Guarany; revisão da tradução Silvana Vieira, Cláudia Berliner; revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PARSONS, Talcott (Org.). **A sociologia americana: perspectivas, problemas, métodos**. Traduzido por Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1970.

PARSONS, Talcott. **A estrutura da ação social: um estudo de teoria social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes. vol. I: Marshall, Pareto, Durkheim**. Tradução de Vera Joscelyne; revisão técnica da tradução de Raquel Weiss. Petrópolis: RJ, Vozes, 2010 (Coleção Sociologia).

PARSONS, Talcott. **A estrutura da ação social: um estudo de Teoria Social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes, vol. II: Weber**. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010 (Coleção Sociologia).

PARSONS, Talcott. **El sistema social**. Madrid: Alianza, 1999.

PARSONS, Talcott. **Ensayos de teoría sociológica**. Versión castellana de Ruben Masera. Buenos Aires: Paidós, 1967.

PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1974 (Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais).

PARSONS, Talcott. **Sociedades: perspectivas evolutivas e comparativas**. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1969 (Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais).

PARSONS, Talcott; BALES, Robert F.; SHILS, Edward A. **Apuntes sobre la teoría de la acción**. Traducción María Rosa Viganó de Bonacalza. Buenos Aires: Amorrortu editores, 1970.

POSNER, Richard. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARZ, Germano; KING, Michael. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RODRIGUES JÚNIOR, Leo. Autopoiesis e o sistema social de Niklas Luhmann: a propósito de alguns conceitos. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 2, nº 3. Jan/jun. 2000, p. 254-285.

SILVEIRA, José Luongo da. **Noções preliminares de filosofia do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

SNODGRASS, Mary Ellen. **Hiper-apontamentos Europa-América explicam clássicos gregos**. Tradução de Saul Barata. Portugal: Publicações Europa-América, 1988.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TONET, Fernando. **Entre Cila e Caríbdis: o árduo caminho do constitucionalismo sistêmico**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2019 (Díke).

VERGNIÈRES, Solange. **Ética e política em Aristóteles: physis, ethos, nomos**. Tradução de Constança Marcondes Cesar. São Paulo: Paulus, 1998.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.

WARAT, Luís Alberto. **O ofício do mediador**. I. Florianópolis: Habitus, 2001.

Sobre o autor:**Adalberto Narciso Hommerding**

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo/RS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Bacharel em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo. Professor na Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul – AJURIS e na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo/RS, na Graduação, no Mestrado e no Doutorado em Direito. Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo/RS
 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8316483023945932> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1707-1011>
 E-mail: adalberto@san.uri.br

David Lazzaretti Vieira

Mestrando em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo/RS; Departamento de Ciências Sociais Aplicadas; Linha de pesquisa II – políticas de cidadania e resolução de conflitos. Especialista em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul (UCS) em convênio com a Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul (ESMAFE/RS). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Procurador da Fazenda Nacional.
 Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo/RS
 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7693622188533540> ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-6260-1093>
 E-mail: daviniv@gmail.com