XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS

THAIS JANAINA WENCZENOVICZ

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

S678
Sociologia, antropologia e cultura jurídicas [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: José Querino Tavares Neto, Thais Janaina Wenczenovicz – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-373-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Sociologia Jurídica. 3. Antropologia Jurídica. 4. Cultura Jurídica. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

SOCIOLOGIA, ANTROPOLOGIA E CULTURA JURÍDICAS

Apresentação

Canta a tua aldeia e serás universal já nos dizia o escritor russo, autor de Guerra e Paz, Leon Tolstoi. Nessa dinâmica os Coordenadoras Professores Doutores José Querino Tavares Neto e Thaís Janaina Wenczenovicz apresentam os artigos que foram expostos no Grupo de Trabalho (GT- 39) "Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídicas", o qual compôs, juntamente com noventa e sete Grupos de Trabalho, o denso rol de artigos científicos oferecidos no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, que recepcionou a temática "Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos atores sociais no estado Democrático de Direito, em um momento tão profícuo e singular da realidade nacional e mundial, realizado na cidade de Curitiba (PR), nos dias 07 a 10 de dezembro de 2016.

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI propiciou diversos encontros e debates acerca do tema gerador do evento ao recepcionar pesquisadores oriundos de distintas localidades do território nacional e internacional, aproximando seus conceitos acadêmicos, culturas e paradigmas. Foi visível a busca de novos horizontes, onde a transdiciplinaridade se faz necessária, especialmente no que tange as discussões sobre o papel do Direito na diminuição das desigualdades, tendo como norte o ideal de um Brasil justo e igualitário. Desta forma, o GT de "Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídicas " traz como legado estimular uma nova compreensão da realidade articulando elementos que passam entre, além e através das disciplinas, numa busca de compreensão da complexidade do mundo real.

No dia 8 de dezembro de 2016, a presente Coordenação conduziu e assistiu mais de duas dezenas de apresentações orais dos artigos selecionados para o Grupo de Trabalho (GT-39), textos que trouxeram ao debate importantes discussões sobre a temática da "Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídicas". Os artigos expostos apontaram polêmicas de uma sociedade pós-moderna, complexa, líquida, assolada por injustiças e pelo medo, apresentando, em alguns momentos alternativas de solução, ou pelo menos de possibilidades de que o conhecimento transforme as realidades.

Temáticas variadas e metodologias diversificadas também foram o mote dos trabalhos. Ver e discutir o Direito de outra forma, pode-se apontar como um dos maiores legados deste GT desde seu surgimento junto aos Congressos do CONPEDI que já se tornaram tradição no Brasil.

Durante as apresentações e os debates subsequentes, foram abordados temas importantes, vinculados à problemáticas sócio-jurídicos atuais com graves inflexões sociais, dentre as quais: identidade nacional; vínculo entre questões étnico-raciais e sociais e as políticas de inclusão no Brasil; islamofobia, laicismo e tolerância; crime organizado e territorialidade; direitos indígenas e direito à autodeterminação; memória e patrimônio cultural quilombola; análise da compreensão das Identidades indígenas a partir de votos do Supremo Tribunal Federal; inclusão digital e acesso à informação; jurisdição indígena; ensino jurídico; o direito a ser ouvido; violência estrutural e política de intervenção estigmatizante; direito a emancipação na hipermodernidade e práticas de governo e direito à moradia. Não de menor significância, há que recordar que as considerações foram feitas com base em grandes teorias, como por exemplo as de: Jean Clan, Jeremy Bentham, Michel Foucault, John Rawls, Niklas Luhmann, Stuart Hall, Axel Honneth, Umberto Maturana, Judith Butler, Robert Alexy, Max Weber, dentre outros.

Finalmente, é possível afirmar que os textos escritos e apresentados permitiram uma construção que permeia a responsabilidade dos agentes da pesquisa desenvolverem reflexões variadas no que concerne ao respeito e à necessidade do homem contemporâneo garantir liberdade e dignidade coletiva.

Profa. Dra. Thais Janaina Wenczenovicz - UERGS

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG/PUCPR

SOCIEDADE E DIREITO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA CONTINGÊNCIA ATRAVÉS DE UM COMPARATIVO TEÓRICO ENTRE NIKLAS LUHMANN E JEAN CLAN

SOCIETY AND LAW: AN ANALYSIS OF THE CONTINGENCY BY A THEORETICAL COMPARASISON BETWEEN NIKLAS LUHMANN AND JEAN CLAN

Patricia Noll [1]
Rubiane Galiotto [2]

Resumo

A percepção da modernidade anda de mãos dadas com um sugestionamento de que a qualquer momento a mudança é possível e pode ser posta em prática. A sociedade é complexa, porque apresenta ao indivíduo muitas opções, dentre as variadas ações possíveis, e deverá haver apenas uma escolha. A par disso, existe o fato de que as escolhas feitas e realizadas sempre poderiam ser diferentes. Este é o motivo da contingência da sociedade. Neste sentido, o conceito de contingência torna-se fundamental para a compreensão do evoluir da sociedade e do Direito que a regulamenta.

Palavras-chave: Sociedade, Direito, Contingência, Autopoiese

Abstract/Resumen/Résumé

The perception of modernity goes hand in hand with a suggestibility that any time changes are possible and that they can be put into practice. The society is complex because it presents to the individual so many options among the various possible actions and there should be only one choice. Alongside, the choices made and carried out could always be different. This is the reason for the contingency of society. In this sense, the concept of contingency becomes fundamental to understand the evolution of society and the Law which regulates it.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Society, Law, . contingency, Autopoiesis

---

[1] Doutoranda em Educação - UCS. Mestre em Direito - UCS. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação - UCS. Professora da Pós Graduação em Direito Previdenciário – ESMAFE/RS. Advogada

[2] Especialista em Direito Público no programa de pós graduação em Direito UCS – ESMAFE. Advogada. Servidora Pública. Conciliadora Cível TJRS.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O senso comum confunde facilmente o conceito de contingência com o acaso ou com algo imprevisto. Esta compreensão da contingência deriva-se, também do uso da expressão contingências para denominar, na fala cotidiana, os acontecimentos causais que sempre atravessam as trajetórias planejadas. A possibilidade não pode ser confundida com a probabilidade, como esta última também não é sinônimo da contingência.

Neste passo a contingência exposta por Luhmann, e que neste estudo passa-se a evidenciar, não se refere simplesmente ao acaso, imprevisto ou inesperado.

A contingência é um dos conceitos principais para a compreensão da teoria dos sistemas autopoiéticos proposta por Niklas Luhmann, pois todos os acontecimentos da sociedade são por si só contingentes, a sociedade é um sistema contingente. Assim, Luhmann oferece uma teoria segundo a qual se pode compreender a sociedade sob um novo ângulo, com conceitos novos e reestruturados. Mas o autor deixa claro que os seus conceitos são sempre uma possibilidade entre outras.

A teoria sistêmica visa compreender a sociedade em conjunto, na sua totalidade. Isto exige tanto uma teoria da evolução social como uma teoria da estrutura da sociedade, nas suas implicações sociais, econômicas, políticas e jurídicas.

A sociedade como sistema social compõe-se de ações dirigidas por expectativas, sendo os sistemas vistos como molduras de orientação da ação incorporando muitas variáveis, entre elas o direito. (HESPANHA; HASSEMER. 2002, p.411)

A proposta da doutrina dos sistemas luhmanniana é a construção de uma teoria geral da sociedade que servisse de sustentáculo para uma observação criteriosa do meio social em tempos de complexidade elevada. Luhmann buscou, na teoria estruturalista-funcional de Talcott Parson, uma base para a diferenciação dos subsistemas dentro do sistema social. Mas há que se frisar a diferença de observação da relação ser/meio entre os dois.

Como bem salienta Germano Schwartz (2005, p. 61) “Para Parson, o indivíduo é sempre o agente social por excelência, e sua consciência, o centro da auto-referência dos sistemas sociais. Já para Luhmann, o papel fundamental do sistema é dado pela comunicação.”

Cada subsistema vai se diferenciar dos demais devido a sua função desenvolvida, mas é a sociedade que serve de aporte para estruturação de todos os subsistemas. Na posição de Jean

Clan (2005, p. 115), “Os diferentes sistemas não podem ser lidos senão na sua sociedade, como estruturações operativas temporalizadas da comunicação, desempenhando-se sobre o fundo da contingência inesgotável e não ultrapassável que é a sociedade.”

A comunicação humana é a aprimoração das expectativas em um ambiente social. Nesse sentido, o Direito é apresentado como padrão de observância das expectativas em um meio social. No entanto, o indivíduo não fica atrelado aos ditames das expectativas sociais quando busca suprir suas necessidades. (TRINDADE, 2007, p. 111)

Partindo dessa idéia Luhmann adota a premissa que o meio social propicia uma gama de possibilidades de escolha para o indivíduo. Possibilidades que são, ao mesmo tempo, complexas e contingentes.

Assevera Leonel Severo Rocha (2005, p. 32) que: “O Direito para Luhmann, embora visto como uma estrutura, é dinâmico devido a permanente evolução provocada pela sua necessidade de constantemente agir como uma das estruturas sociais redutoras da complexidade das possibilidades do ser no mundo.”

Já para Talcott Parson, em conceito formulado por Arnaud e Dulce (2000, p. 145) “o direito é um dos subsistemas sociais a que se dá função de integração social assim como a tarefa de gerar e de exercer os meios de controle social pelos quais se comunicam aos usuários do sistema as regras de comportamento que deverão ser seguidas.”

A necessidade de redução da complexidade deriva-se da abertura fundamental do agir e perceber do ser humano. Sistemas sociais têm a função de reduzir a complexidade e controlar a contingência, possibilitando um agir direcionado e com sentido pelo ator social. (BRÜSEKE, 2005, p. 38)

Os sistemas sociais são abertos e fechados ao mesmo tempo, pois estão abertos ao um certo nível de contingência de seu entorno, mas fechados no sentido de serem auto-referenciais, o sistema só reage entrando em contato com ele mesmo.

André Jean Arnaud e Dulce (2000, p. 325), assim pronunciam-se:

> Os sistemas sociais comumentemente distinguem-se em abertos e fechados, dependendo de aceitarem ou recusarem a confrontação, a interação, numa das fases quaisquer de seu funcionamento, com os outros sistemas com os quais eles competem na complexidade da vida social. Ora se espera de um sistema que ele não fique estagnado num grau de aproveitamento insuficiente, deve-se admitir que esse sistema não é completamente fechado. Essa condição também é fundamental, se deseja obter indicações certas quanto à qualidade do

aproveitamento do sistema.

Logo, é necessário para a funcionalidade do sistema sociedade que ele próprio evolua, através da autopoiese do sistema, e de cada subsistema, mas a capacidade do sistema evoluir com as informações constantes apenas no interior do sistema é limitado, por isso a abertura a determinado grau de contingência, que naquele momento não irá representar uma necessidade para a sociedade, mas uma possibilidade, por isso é fundamental o processamento das informações existentes entre o sistema e o entorno.

Nessa linha é o posicionamento de Leonel Severo Rocha (2005, p. 38), ao afirmar que:

> [...] a idéia de autopoiese surge como uma necessidade de se pensar aquilo que não poderia ser pensado. È um sistema que não é fechado e nem aberto. Por que? Porque um sistema fechado é impossível , não pode haver um sistema que se auto-reproduza somente nele mesmo. E um sistema aberto seria só para manter a idéia de sistema. Se falamos em sistema aberto já não falamos mais em sistema, podemos falar de outras coisas. Então o sistema fechado não é possível, o sistema aberto é inútil. Há, aqui, então a proposta de que, existindo um critério de repetição e diferença simultânea temos uma idéia de autopoiese.

A interação do sistema com o externo é limitada, ou seja, se dá através do que Luhmann chama de código binário. Como já dito, cada subsistema tem sua função específica, como no caso do direito, a função dada ao susbsitema é delinear opções de escolha, reduzindo a complexidade, através do que define como direito/não direito.

André Trindade (2007, p. 123-124) explica que:

> O sistema jurídico, sob a ótica da autopoiese, e seguindo os ditames dessa, pode ser considerado como um sistema ao mesmo tempo aberto e fechado. Aberto às influências do meio externo que passam pelo processo de seleção realizado pelo código direito/não direito, juridicalizando os elementos do meio que passam a integrar sua estrutura e servem de aparato para a manutenção da sua auto-referencialidade. Fechado no sentido de auto-referencialidade operativa. Isso é, o direito se auto-regula através da sua identidade (código binário).

É a auto-referencialidade dos elementos que compõem o sistema jurídico que permite ao Direito criar o direito.

> Um sistema autopoiético constitui um sistema auto-referencial no sentido de que os respectivos elementos são produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema graças a uma seqüência de interação circular e fechada (uma vez que) a auto-

> referência sistêmica é o mecanismo gerador, não apenas de ordem sistêmica (estrutura) mas das próprias unidades sistêmicas básicas (elementos). (TEUBNER, 1993, p. X-XI)

A sociedade é complexa porque apresenta ao indivíduo muitas opções de escolha, dentre as variadas ações possíveis, e será possível realizar apenas uma escolha, daí que sempre haverá mais possibilidades do que se possa realizar. A par disso, existe o fato de que as escolhas feitas e realizadas sempre poderiam ser diferentes. Este é o motivo da contingência da sociedade e do sistema que ela representa.

Neste sentido Andréas Schedler (2005, p. 50) afirma que "contingência é um conceito radical que envolve indeterminância (mundos possíveis), incerteza (futuros abertos), e condicionalidade (justificações condicionais)."

Mas o sistema deve estar preparado para a recepção de certo nível de contingência, para a sua própria evolução. Neste evoluir a sociedade cada vez mais apresenta ao indivíduo possibilidades, uma vez que o ser humano é livre para fazer escolhas, poderá sempre agir diferente, e isto representa a complexidade e a contingência do sistema.

Porém, não se pode viver em sociedade, sem nenhuma expectativa sobre as atitudes dos indivíduos, ou seja, há necessidade de reduzir as possibilidades de escolhas, de decisões, reduzir a complexidade do sistema.

Para a redução da complexidade e o enfrentamento da contingência, dois autores destacam-se, em particular, nesta análise, Niklas Luhmann, que propôs a teoria e o conceito de contingência, e Jean Clan que a partir dos ensinamentos de Luhmann, parte de um ponto de sua teoria e a expõe de forma um tanto diferenciada, chegando ao fim na mesma conclusão, mas importante a apresentação do desenvolvimento das duas idéias.

2 A CONTINGÊNCIA: O CONCEITO PROPOSTO POR NIKLAS LUHMANN

Luhmann chama a atenção para a contingência como um valor próprio da sociedade moderna. Com isso o autor cria uma nova linha teórica, modificando a compreensão da imprevisibilidade e das possibilidades que se apresentam na sociedade.

Na teoria proposta por Luhmann contingência significa que as possibilidades apontadas

para as experiências poderiam ser diferentes das esperadas. Porém essa afirmação induz a vários outros conceitos.

A contingência denomina algo que não é necessário, nem impossível, mas é a abertura fundamental da experiência humana no âmbito social. Luhmann (1992, p. 175) afirma: “Tudo é contingente que nem é necessário, nem impossível.” Este conceito se obtém, pois mediante negação da necessidade e impossibilidade. O problema, afirma Luhmann, é que estas duas negações não se podem reduzir a uma só.

A abertura de uma sociedade para o contingente se reflete como um possível alternativo. Toda sociedade é caracterizada nesse tocante por um certo modo de abertura, ou fechamento, para o futuro.

Por isso os problemas da contingência não podem ser tratados adequadamente com uma lógica de valores referentes a ontologia (ser/não ser), sendo que requerem um terceiro valor de indeterminalidade. (LUHMANN, 1992, p. 175-176)

Neste sentido é comum se ter a impressão de que o indivíduo está exposto, quase desamparado ao sistema social, inclusive a sociedade pode estar entregue a si mesma sem amparo, e como afirma Luhmann (1992, p. 175), pode acabar se destruindo por sua própria lógica, seja capitalista, seja ecológica.

A construção do conceito de contingência por Luhmann (1992, p. 176), inicia pelo conceito de observação, para levar desta forma a uma teoria com capacidade de fazer afirmações que levem a uma compreensão da sociedade moderna.

Observação, segundo o autor (1992, p. 177-178) deve ser toda forma de operação que leve a uma distinção para designar uma (e não outra) de suas partes. Com a dependência da denominação de uma distinção, a mesma denominação se torna contingente, porque outra distinção da mesma denominação teria outro sentido.

Neste ponto, Luhmann (1992, p. 173-174) afirma que o passado ainda que em si mesmo não seja contingente, é reconstruído pela filosofia da história, desde o século XVIII, e pela teoria da evolução, desde o século XIX, o qual revela que ele também havia, na sua época, sido contingente.

E observando o passado é que Luhmann começa a explicar a contingência nas sociedades tradicionais, através da idéia da observação de Deus. O autor escolhe observar a observação do observador de Deus, para, somente então, compreender a contingência como valor

própria da sociedade moderna.

Luhmann (1992, p. 176) afirma que para se compreender a contingência é necessário um certo valor de indeterminalidade. E é no contexto teológico que se encontra este valor, pois pode ser retroagido ao segredo da criação e as propriedades inexplicáveis do Criador (todo o supremo tem propriedades inexplicáveis), é dizer, para deixar aberta a pergunta de por que Deus fez o mundo e o fez como é, porém poderia deixar de fazê-lo, ou fazê-lo de forma inteiramente distinta, pois somente na época moderna começou a busca sistemática de uma lógica de vários valores.

Aduz Luhmann (1992, p.184) que "[...] a contingência não é atribuída a uma deformação, uma causa secundária. A contingência tem que ser vista, pois, como correlata direta do saber de Deus, causa primeira."

Afirma o autor (1992, p. 183):

> Deus é o observador que criou tudo, que cria constantemente tudo (e mantém portanto) em forma de criação continua, que vê tudo ao mesmo tempo e sabe de tudo. [...] Ele é o motivo de algo ser algo. Assim, Deus sabe agora, de antemão, quando alguém vai errar, e deixa acontecer. Conhece, portanto a contingência futura. (livre tradução)

Porém a teologia apresenta para os homens (e em sua própria descarga) uma segunda solução. Deus tem feito o mundo de tal maneira que com todo o contingente há mesclado algo de necessário. Isto limita o potencial de surpresa da criação e a ele corresponde uma ordem instituída e cheia de sentido. Para romper esta norma, ocasionalmente há milagres, porém somente para recordar os homens de que Deus também poderia ter feito as coisas de outro modo. (LUHMANN, 1992, p. 186)

Por tais razões, segundo Luhmann (1992, p. 186) os atributos de Deus assumem a função de dar estabilidade e certeza de expectativas a esse mundo de observação de segundo-grau, apesar da contingência que ocorre.

Mas o questionamento dos valores teológicos começa nos séculos XVI e XVII. A questão fundamental era: Como se pode distinguir se o mundo está feito para o bem ou para o mal? Esta resposta, segundo Luhmann (1992, p. 187), surge com ajuda do conceito de natureza, com o qual se começa a combater a grande influência procedente das controvérsias teológicas. A natureza parece persuadir as ciências do progresso, também ao direito natural.

Assim, após observar a contingência como atributo advindo de Deus, Luhmann (1992, p. 188) afirma que, por sorte ou por desgraça, a evolução da sociedade não depende da resposta de tais questões morais, teológicas ou de direito natural. Trilha um caminho próprio.

E conclui aduzindo que, visto deste ponto, parece como se o conceito de Deus da sociedade somente teria treinado para o imprevisto, efeito secundário de preparar semanticamente a entrada no mundo moderno. Trata-se, poder-se-ia dizer, de evoluções prévias, como se dentro da sociedade tradicional se tivesse passado, com ajuda da religião, ou seja, dentro de um mundo protegido por Deus, a produzir um processo de adaptação as contingências que seriam necessárias posteriormente.

Mas adentrando ao mundo moderno, de acordo com a teoria dos sistemas autopoiéticos, é a diferenciação funcional, através das formas de observação de segundo grau, diferentes de acordo com cada sistema, que faz com que a sociedade enfrente suas contingências.

Os sistemas estruturais causam no sistema sociedade, tão somente irritações, surpresas, ou perturbações, e frisa-se aqui que a irritação é um processo interno, ou seja, toda irritação é uma auto-irritação, oriunda de algum evento ocorrido no ambiente. Nesse sentido, pode-se afirmar que a irritação é uma forma do próprio sistema perceber eventos oriundos do ambiente, isto é, o ambiente somente pode afetar os sistemas produzindo irritações. Salienta-se, que não se atribui um sentido negativo à afirmativa acima, já que existe uma adaptação do sistema ao ambiente, pois, caso contrário, o mesmo sequer existiria.

Os acoplamentos estruturais, de certo modo, incitam o sistema a irritações, e perturbam de modo que, internamente, possibilita-se uma maneira pela qual o sistema pode operar.

O acoplamento estrutural pode ser definido como um mecanismo pelo qual um sistema utiliza, para colocar em funcionamento seus próprios elementos, as estruturas de um outro sistema, sem com isso, no entanto, confundir os limites entre eles.

Neste sentido afirma Marisse Costa de Queiroz (2003, p. 83):

> É assim que o sistema se auto-diferencia: operando de modo que observe e determine sua distinção do ambiente. A auto-referenciabilidade do sistema pressupõe sua circularidade. Daí infere-se que os sistemas não existem sem seu ambiente (forma da distinção), mas não são determinados por ele. O ambiente produz perturbações (“ruídos”) no interior do sistema. Entretanto, o sistema significa essas perturbações com operações que lhe são próprias, produzindo sua própria ordem e selecionando o que lhe é interessante.

Aqui fica evidente que o sistema não pode existir sem o seu entorno, e a comunicação do sistema com o entorno se dá através da contingência, com a finalidade de reduzir a complexidade do sistema e torna-lo mais estável, mas ao mesmo tempo passível de evolução.

Assim pronuncia-se Garcia Amado (2004, p. 316):

> Portanto, a clausura auto-referencial dos sistemas é a "forma de estender os contatos possíveis com o meio". A pura auto-referência é impossível. Cada sistema somente pode existir e se reproduzir em um meio. [...] logo, "clausura autopoiética não significa isolamento", e a autonomia do sistema não significa sua independência total em relação ao meio exterior, senão a auto-regulação pelo próprio sistema de suas dependências e independências em relação a esse meio.

A contingência dos subsistemas que circundam o sistema sociedade constitui para a última, a sua complexidade. E reduzindo esta complexidade a sociedade acaba por produzir mais complexidade e, logo, mais contingência, o que é o paradoxo de sua evolução, e ao mesmo tempo o meio e o motivo da evolução da sociedade.

Mas como afirma Mathis (2008, p. 6):

> Um sistema social, ou um indivíduo, tende a interpretar o problema da contingência, isto é, da variedade de alternativas de atuação como um grau de liberdade: liberdade de escolher entre várias alternativas de atuação. No papel de observador de um outro indivíduo ou sistema social, o problema da contingência se coloca totalmente diferente, a liberdade de escolha do sistema se transforma para o observador desse sistema em fonte de inseguranças e surpresas.

E é justamente a estabilidade da sociedade e das expectativas das ações dos indivíduos uns para com os outros, o motivo da redução da complexidade do sistema, que por sua vez na sociedade moderna torna-se uma tarefa ainda mais complexa e contingente, pois as escolhas e decisões não se baseiam unicamente no possível alternativo, mas na perspectiva de que as expectativas podem vir acompanhadas de decepções.

De Giorgi (1998, p. 190) enfatiza que "toda decisão também poderia ter sido tomada de maneira diversa: percebe-se, então, que toda decisão é contingente, que o evento, ao qual ela se refere, é contingente, e que o momento, no qual o acontecimento e a decisão se fundam, também é contingente. A normalidade é o resultado do encontro dessas contingências."

A contingência, portanto, no conceito formulado por Luhmann, que é a base dos demais estudos acerca da teoria dos sistemas autopoiéticos, não é necessária ao sistema sociedade, que até aquele momento se auto-reproduz sem o novo elemento vindo do entorno, mas também não é

uma alternativa impossível, pois o sistema trabalha com uma possibilidade entre outras, e a contingência nada mais é que uma nova possibilidade que adentra o ambiente vindo do seu entorno.

3 A PROPOSTA TEÓRICA DE JEAN CLAN

Jean Clan parte da teoria e dos conceitos propostos por Luhmann buscando construir um conceito central alternativo, como afirma o autor, é uma outra escrita teórica, onde trabalha o conceito de contingência através da idéia de margens comunicacionais.

Afirma o autor (2006, p. 20) que a contingência social é a capacidade flutuante que uma sociedade possui de integrar em determinando momento aquilo que ela até então havia excluído.

Isto, porque a contingência não faz parte do sistema, provém do "mundo" exterior, do entorno do sistema. Por isso o conceito de contingência também depende da percepção do mundo, que depende de distinções entre o que está dentro do sistema e aquilo que está no seu ambiente.

Conforme Jean Clan (2006, p. 20) cada sociedade possui uma estrutura de delimitação auto-imposta que define as opiniões, ações, condutas, digamos, as comunicações que nela são possíveis, isto é, permissíveis e aceitáveis, e as que não o são. O autor apresenta o sistema da sociedade e o seu entorno, através de planos, margens, do prescrito, do proibido e do permissível.

Explicando melhor:

> Entre o proibido e o prescrito está a esfera do permissível, que não pode ser definido com precisão, ainda que esteja dentro do limite do imaginável. Neste espaço ocorre a variação da comunicação social aceitável. Neste espaço é possível a penetração de certa contingência. O espaço total da comunicação social possível é um espaço relativo, finito, mas não determinado. Trata-se de um mundo realizado dentre a quantidade infinita de mundos possíveis da comunicação social. A quantidade das comunicações socialmente contingentes é a das comunicações que não ocorreram no interior do espaço definido pelos limites do proibido, do prescrito e do imaginável. (CLAN, 2006, p. 24)

Assim, contingente é um possível que ingressa na sociedade vindo de um exterior, que não é um espaço familiar a sociedade. Constitui aquilo que é possível alternativamente a todas as comunicações que tem lugar na sociedade. É possível alternativamente ao proibido, ao prescrito e

ao inimaginável.

A esfera da comunicação social não é formalmente definível, pode ser delimitada mais por exclusão do que por inclusão. Não é possível a enumeração nem a dedução de cada um dos possíveis neste espaço. (CLAN, 2006, p. 24)

Ocorre também, que para reduzir a complexidade do sistema, algumas condutas não são permitidas, ou esperadas dos indivíduos da sociedade. Com as proibições uma grande multiplicidade de possibilidades de comunicação é excluída. E como afirma Jean Clan (2006, p. 22) a transgressão da proibição provoca sanções negativas da parte da sociedade, sanções estas que conferem a norma sua efetividade.

Pode-se verificar que para Jean Clan, o sistema da sociedade se auto-reproduz através do que considera como prescrito, ou seja, as atitudes esperadas dos indivíduos, e o proibido, aquilo que a sociedade condena como atitude não aceitável ou não recomendável. Porém no entorno do sistema está aquilo que não é inimaginável, e que poderá ser permitido pelo sistema desde que este aceite esta nova situação e a englobe no sistema, momento em que a sociedade enfrenta a contingência e acaba por evoluir.

Cabe diferenciar, neste momento, a intensidade da contingência, que segundo Jean Clan (2006, p. 25) será forte quando penetra na comunicação social como algo novo e diferente, do externo para o interior do sistema, tornando incerto o traçado do familiar e do habitual, ou a contingência tida como fraca que é a variação normal das comunicações, ocorre internamente no sistema, a qual tem lugar dentro do espaço da comunicação mais ou menos esperada, ainda que sempre imprevisível.

Mas salienta o autor (2006, p. 23) que uma grande quantidade de comunicação nunca ocorre em determinada sociedade por ser própria de maneiras de pensar e sentir diferentes das maneiras que ocorrem nestas sociedades, sendo dentro desta sociedade inimaginável. A abertura de um novo campo do inimaginável é acompanhada de transformações complexas.

Por isso, afirma:

> [...] as sociedades tradicionais tendem a repressão de tudo que não cabe no padrão de seus modos habituais de comunicação, é claro que isso ocorre em adição a repressão do que é explicitamente proibido. Desse modo tornam o espaço de sua sociabilidade impenetrável para todos os tipos de condutas que não cabem nas suas ordens normativas, o que torna restrita a variação nas margens de sua comunicação. É por autodefesa que estas sociedades têm de preservar sua configuração de linguagem. A variação contingente é percebida

> como violenta e mobiliza reações violentas de rejeição. Todo canal de acesso de contingência é vigiado e o que penetra por eles é rigorosamente regulado. É o enclausuramento operacional. O sistema absolutamente fechado. (CLAN, 2006, p. 26)

É por autodefesa que estas sociedades têm de preservar sua configuração de linguagem. A variação contingente é percebida como violenta e mobiliza reações de rejeição. Todo canal de acesso de contingência é vigiado e o que penetra por eles é rigorosamente regulado. É o enclausuramento operacional. O sistema absolutamente fechado. (CLAN, 2006, p. 26)

Mas com o evoluir da sociedade e conseqüentemente do direito não há como se conceber uma sociedade fechada à contingência, pois certamente estaria fadada à extinção nos dias atuais.

Neste sentido, as sociedades modernas caracterizam-se pela abertura para a contingência, o que a faz se manter moderna. Na perspectiva desta sociedade, prossegue o autor (2006, p. 26), o contingente é simplesmente o novo.

O próprio sistema deve estar preparado para a recepção de um certo nível de contingência, por isso, e para esse preparo para o novo, existem as margens de variação comunicacional. A questão em jogo é da probabilização do improvável ou da plausibilização do implausível. (CLAN, 2006, p. 29)

A margem comunicacional é a capacidade de expansão da comunicação nos limites do espaço que nela é possível. A margem é um recurso, uma virtualidade da comunicação, que não está dada desde o princípio. Ela não é parte do círculo interno central, nem compõe um segundo círculo de tolerância em torno do primeiro. A margem é um processo que torna plausível o contingente. O processo é de criação de margem. (CLAN, 2006, p. 29)

O fenômeno de integração do contingente é complexo e abriga uma certa circularidade. Para criar margens a comunicação já precisa dispor de uma margem precedente, uma ordem da comunicação totalmente rígida não pode ser posta em movimento. (CLAN, 2006, p. 29)

Toda vez que a comunicação integra contingência ela efetua uma expansão de sua atual matriz geradora, por isso a margem é caracterizada por uma oscilação do sistema entre a contingência interna de suas próprias operações e uma contingência admitida a partir de fora e que deve ser localizada na margem da primeira.

Nas fases mais adiantadas do processo, o contingente que ingressa no cerne comunicacional é cada vez mais integrado. No final do processo constituem componentes

integrados daquele espaço central da comunicação. (CLAN, 2006, p. 30)

A abertura de uma sociedade para o contingente como um possível alternativo é função destas margens. Trata-se da disponibilidade de margens comunicacionais para a admissão daquilo que não é formalmente proibido, nem positivamente permitido, nem a rigor inimaginável.

A idéia de Jean Clan reside em pensar o crescimento das margens como processo de destruição do destrutível e apenas do destrutível, isso significa que a mudança acontece, e as margens realmente são criadas quando os processos de aprendizagem impulsionam e finalizam em seus próprios ritmos, a substituição de certos conceitos por outros. (CLAN, 2006, p. 59)

As oscilações iniciais da margem representam uma espécie de exploração da contingência antes de sua integração. Essa exploração não recai em nenhuma das categorias constituidoras do espaço central da comunicação, nem na categoria do proibido, nem na categoria do ordenado ou tradicional e nem na categoria do pensável, embora não seja totalmente impensável. A exploração consiste exatamente na detecção de objetos que não podem ser facilmente atribuídos a uma ou outra categoria. (CLAN, 2006, p. 59)

Toda contingência será barrada/suspensa na porta de entrada da comunicação e não permite que ela entre nesta ou naquela categoria. A expansão das margens passa por cima de tal suspensão que delimita a primeira linha do destrutível.

Nestes termos o conceito de contingência traz consigo uma modificação do esquema tradicional da mudança social nos termos da prontidão para a mudança ou da resistência a ela.

Mas a expansibilidade indefinida da comunicação não põe automaticamente o processo de expansão da margem em movimento, a sociedade não se mantém em constante estado de antecipação do possível e sua autenticação. A oscilação da margem topa com limites, nos quais a antecipação da contingência e a criação de margem perdem o vigor. (CLAN, 2006, p. 52)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A era moderna, como afirmam ambos os autores, se legitima como contingente, com a aceitação pelo sistema, desta contingência. A auto-percepção da modernidade anda de mãos dadas com um sugestionamento de que a qualquer momento a mudança é em princípio possível e pode ser posta em marcha.

Como afirma Clan (2006, p. 58) tal auto-percepção da sociedade na sua dinâmica de mudança constitui um catalisador da mudança e do movimento da expansão das margens.

Luhmann, aduz que não se pode excluir a ideia de que tudo que se tenha aceito em cada momento também poderia ser de outro modo, redefinido mediante a comunicação.

A contingência seja na estrutura teórica de Luhmann, ou no conceito central reformulado apresentado por Jean Clan, trata-se de uma alternativa possível ao sistema, e mesmo que não seja necessária, não é impossível como alternativa ao sistema, e em uma sociedade moderna caracterizada pelo evoluir constante, a contingência traz muitas vezes respostas para questões postas à sociedade que dentro de seu sistema traz respostas ultrapassadas, que podem ter um novo rumo com a aceitação da contingência, possibilitando a autopoiese do sistema como melhor interação entre o ambiente e o entorno.

Neste sentido bem salienta Franz Josef Brüseke (2005, p. 45): "Enquanto conceito parece a contingência ser um conceito impossível, porque viola a lei da lógica aristotélica que expulsa a contradição e exige identidade. Algo é ou não é, nunca pode ser e não ser ao mesmo tempo. Por isso a lógica formal tem com a contingência seus problemas." E complementa o autor, aduzindo, que o sentido de contingente está em que é contingente devido ao seu condicionamento pelo incondicionado.

Celso Fernandes Campilongo (2000, p. 189) complementa "a sociedade não é a soma de fatos sociais ou dos homens, mas é o sistema universal da comunicação. Em tudo isso não há nada de material, não há causalidade direta nem indireta. Não é possível reconstruir seqüências que, a partir dos motivos e, através das ações, conduzam a efeitos."

Por fim, claro resta que a sociedade atual é complexa e contingente, e o direito, como subsistema que regula as possibilidades, de acordo com as alternativas escolhidas pela lei, para a regulamentação da sociedade, deve ser pensado de acordo com esta observação, não se pode trabalhar com a premissa de uma sociedade estática e ter um direito imutável. A dinamicidade da sociedade deve ser correspondida por um sistema jurídico que abarque as complexidades e as contingências das ações humanas de acordo com as novas perspectivas da sociedade moderna.

REFERÊNCIAS

AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (orgs). *Niklas Luhmann:* do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ARNAUD, André-Jean. DULCE, M.J.F. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos.* Tradução de Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

BRÜSEKE, Franz Josef. *Risco e Contingência.* Societ e-prints. Florianópolis. Vol. 1 n. 2. pág. 35-48. Julho-dezembro. 2005.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa.* São Paulo: Max Limonad. 2000.

CLAN, Jean. *Questões Fundamentais de uma Teoria da Sociedade. Contingência, Paradoxo, Só-efetuação.* São Leopoldo: Editora Unisinos. 2006.

_____. SCHWARTZ, Germano. ROCHA, Leonel Severo. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

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

HESPANHA, Antonio Manuel Hespanha (revisão científica e coord.). KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried (org.) Tradução Marcos Keel e Manuela Seca de Oliveira. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do contemporâneas.* Lisboa: Fundação Gulbenkian. 2002

LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad. Racionalidade y contingência em la sociedad moderna*. Barcelona: Ed. Paidós. 1992.

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

MATHIS, Armin. *A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.* Disponível em <www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05>. Acesso em 05/02/2008.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Direito, Política e Constituição para a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.* Disponível em »www.mundojurídico.adv.br.« Acesso em 01.07.2007.

QUEIROZ, Marisse Costa de. O direito como sistema autopoiético: contribuições para a sociologia jurídica. *Revista Seqüência*, n.º 46, p. 77-91, Florianópolis: UFSC. 2003

ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano. CLAN, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

SCHEDLER, Andréas. *Mapeando a Contingência*. Traduzido por Luiz Henrique Queriquelli. Societec e-prints. Florianópolis. Vol. 1. n.2. pág. 49-78. Julho-dezembro. 2005.

SCHWARTZ, Germano. ROCHA, Leonel Severo. CLAN, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

TEUBNER, Günther. *O Direito como sistema autopoiético.* Lisboa: Caloste Gulbenkian. 1993.

TRINDADE, André. *Os Direitos Fundamentais em uma Perspectiva Autopoiética.* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.