VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

PATRÍCIA JERÓNIMO

ALEXANDRA MARIA RODRIGUES ARAUJO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal 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

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Alexandra Maria Rodrigues Araujo; Enoque Feitosa Sobreira Filho; Patrícia Jerónimo – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-504-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Inspiração realista. 3. Processo Judicial. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

Cento de Estudos em Direito da
União Europeia
Braga – Portugal
www.uminho.pt

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Os artigos aqui publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho subordinado ao tema "Teorias do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico", inserido no VII Encontro Internacional do CONPEDI, que teve lugar nos dias 7 e 8 de setembro de 2017, em Braga (Portugal), em parceria com a Universidade do Minho (UMinho), através do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU).

Enoque Feitosa analisa criticamente o modo como a matriz liberal individualista dos direitos humanos – que marca, desde a formação inicial, os operadores do Direito – condiciona a interpretação e a aplicação que os juízes fazem das normas constitucionais em vigor, não raro com prejuízo para a plena realização daqueles direitos. É assim – observa – com a interpretação do direito de propriedade, que é feita pelos juízes brasileiros com completa desconsideração pela função social da propriedade, o que, no entender do autor, muito contribui para que a questão do acesso à terra seja um problema secular no Brasil. Da análise da prática judicial brasileira, o autor conclui que prevalece um entendimento eminentemente privatista do direito de propriedade, "que desconsidera sua interpretação a luz da Constituição" e que deve ser ultrapassado para que se possa finalmente resolver a questão agrária, indispensável a uma democracia plena no Brasil.

Germano Henrique Roewer analisa o modo como o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem vindo a transmutar-se no seu papel de protagonista na efetivação dos direitos fundamentais, perante a frequente (e, não raro, deliberada) inércia do legislador. Convocando os argumentos esgrimidos pela doutrina brasileira e estrangeira sobre a tensão entre separação de poderes e ativismo judicial, o autor observa que a Constituição brasileira de 1988 dotou o poder judiciário de uma série de mecanismos processuais de controlo sobre as políticas públicas e que foi essa assunção de responsabilidade pela resposta aos anseios sociais que fez com que o poder judiciário assumisse um protagonismo mais político do que jurídico na construção das suas decisões, sem estar para isso habilitado. O autor procura encontrar limites negativos à atividade jurisdicional, de modo a que as interpretações extratexto não ofendam direitos fundamentais e não retroajam os avanços alcançados pelo Estado Social, uma preocupação motivada pela recente jurisprudência do Supremo em matéria de acesso a medicamentos.

João Bernardo Antunes de Azevedo Guedes discute a importância da "consideração do contexto" na interpretação da lei a partir da análise de alguns tipos penais castrenses fixados pelo Código Penal Militar brasileiro, de 1970. Ao autor interessam particularmente as "ambiguidades" decorrentes, para a aplicação do Código nos dias de hoje, do decurso de 47 anos desde a sua entrada em vigor; ambiguidades que, segundo o autor, são potenciadas pelo facto de o Direito fazer uso de uma linguagem natural, comum a todos os membros da sociedade. Alertando para os riscos associados a um literalismo positivista por parte dos juízes, o autor defende uma "interpretação extensiva" – também dita atualista – do Código Penal Militar, em que o intérprete atente nos princípios vigentes e na realidade social existente ao tempo da aplicação das normas. Partindo da obra de Ronald Dworkin e de José Juan Moreso, o autor analisa alguns casos que podem gerar ambiguidades na aplicação do Código Penal Militar nos dias de hoje, como o ingresso clandestino, o ato libidinoso e o fruto praticado durante a noite.

Carla Maria Peixoto Pereira e Jean Carlos Dias discutem os entendimentos distintos de Herbert Hart e Joseph Raz sobre a "regra de reconhecimento" – fundamento da autoridade do sistema jurídico, para o primeiro, e critério de pertinência de identidade do sistema jurídico, para o segundo. Partindo do conceito de sistema jurídico, os autores apresentam o pensamento de Hart e de Raz na sua evolução ao longo do tempo. Apesar de sublinharem o inestimável contributo teórico de Hart para a Teoria do Direito, os autores reconhecem que a teoria hartiana é inaplicável aos Estados de Direito do século XXI, questão esta que - o enriquecedor debate propiciado no Grupo de Trabalho – pode (e deve) implicar em aprofundamentos futuros por parte dos autores do artigo em tela.

Matheus Meott Silvestre e Carina de Castro Quirino partem da constatação de que todos os direitos fundamentais têm custos para os cofres públicos para discutirem as implicações práticas da evolução verificada no Direito Constitucional brasileiro no sentido de alargar o rol de direitos consagrados na Constituição através da defesa da normatividade dos princípios e do papel do poder judiciário na proteção dos direitos fundamentais. Segundo os autores, estes desenvolvimentos – especialmente notórios no que vem a designar-se por "judicialização da saúde" – têm constrangido o Estado a arcar com custos elevados e obrigações "desarrazoadas". Entre as metateorias da decisão judicial, os autores preferem o pragmatismo jurídico (com as suas dimensões do consequencialismo, contextualismo e antifundacionalismo), por oposição à visão principiológica e garantista da decisão, já que aquele é uma "visão mais atenta às consequências das decisões judiciais" e, por isso, mais adequada ao exercício da função judicial em tempos de crise económica.

Já Celso Luiz Braga de Castro e Flora Augusta Varela Aranha partem da observação de que o conceito de sanção continua a ser prevalecente na teoria da norma, mau grado todos esforços no sentido de repensar o positivismo jurídico, para discutirem qual a função social do caráter punitivo da sanção para a teoria da norma jurídica na atualidade, em vista do reconhecido papel das sanções premiais, e qual a influência que a teoria dos sistemas poderá ter sobre a releitura da sanção no estudo do Direito, o que – como evidenciaram – implicou e implica em uma nova e diferenciada abordagem do problema.

Matheus Pelegrino da Silva discute as críticas feitas por Luhmann à teoria do Direito de Kelsen, concluindo que estas críticas não são válidas, já que têm subjacente a rejeição da natureza normativa do Direito e – segundo o autor – não é possível elaborar uma apresentação teórica do Direito sem que se observe a normatividade enquanto característica essencial do Direito, ainda mais como instrumento garantidor de uma sociabilidade jurídica de carater democrático, o que se evidenciaria de per si no Direito moderno, dogmaticamente organizado.

Rafael Lazzarotto Simioni e João Paulo Salles Pinto analisam as propostas decisionistas da obra de Carl Schmitt à luz do seu contexto histórico-político, chamando a atenção para o facto de estas terem representado, ao tempo, uma das críticas mais contundentes ao positivismo jurídico então ascendente. Ao criticar a redução do Direito à lei, Schmitt havia chamado a atenção para a contingência da realidade empírica, o que, juntamente com o seu conceito de soberano como aquele que decide em situação de exceção, passou a estribar a sua construção teórica. Segundo os autores, apesar de terem sido para o contexto específico da crítica contra o positivismo na Alemanha de Weimar, as visões schmittianas de soberano e contingência podem servir de referencial teórico para explicitar ecos de decisionismo (baseados, sobretudo, na ideia de exceção) na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, o que ilustram através da análise de várias decisões recentes.

Diego de Paiva Vasconcelos discute a construção concetual apresentada como nova modalidade de tutela dos direitos fundamentais e de controlo da constitucionalidade – o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) –, analisando a sua evolução, os termos em tem vindo a ser apresentada e o modo como encaminha o Direito em direção a outros sistemas e abordagens no que concerne ao trato dessa problemática central que é aquela que se refere a uma das questões mais relevantes de uma sociedade democrática, qual seja o controle democrático e popular da vivência social sob a égide do Estado de Direito.

A fase conclusiva das apresentações do Grupo de Trabalho foi deixada aberta à avaliação dos participantes, os quais destacaram a relevância científica das produções apresentadas ao

Encontro e o enriquecedor debate e contribuições acadêmicas havidas no âmbito da relevante atividade intelectual desenvolvida no Grupo de Trabalho por professores, estudantes e pesquisadores presentes, oriundos de instituições brasileiras e estrangeiras da maior relevância, no centro sediado na Universidade do Minho.

Prof.ª Doutora Patrícia Jerónimo – UMinho

Prof. Doutor Enoque Feitosa Sobreira Filho – UFPB

Doutora Alexandra Rodrigues Araújo – UMinho

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ANÁLISE CRÍTICA DE ALGUNS PONTOS DE DIVERGÊNCIA ENTRE LUHMANN E KELSEN: SOBRE A IMPOSSIBILIDADE DE ABANDONAR UMA CONCEPÇÃO NORMATIVISTA DO DIREITO.

CRITICAL ANALYSIS OF SOME POINTS OF DIVERGENCE BETWEEN LUHMANN AND KELSEN: ON THE IMPOSSIBILITY OF ABANDONING A NORMATIVISTIC CONCEPTION OF LAW.

Matheus Pelegrino da Silva [1]

Resumo

O artigo analisa alguns pontos de divergência entre Luhmann e Kelsen, sustentando desse modo que é impossível abandonar uma concepção normativista do direito através da crítica de algumas das concepções luhmannianas quanto à natureza do direito. Inicialmente são apresentados alguns elementos da teoria de Luhmann e posteriormente eles são confrontados com a interpretação de Kelsen destes temas. Primeiramente as críticas kelsenianas de Lippold à teoria autopoiética do direito de Luhmann são expostas. Subsequentemente argumenta-se ser impossível reduzir o direito a um conjunto de fatos. Por fim a crítica de Luhmann à teoria kelseniana da norma fundamental é apresentada e refutada.

Palavras-chave: Kelsen, Luhmann, Normativismo, Direito autopoiético

Abstract/Resumen/Résumé

The paper analyzes some points of divergence between Luhmann and Kelsen in order to support the claim that it is not possible to abandon a normativistic conception of law through criticizing some of Luhmann's conceptions on the nature of law. Elements of Luhmann's theory are initially presented and afterwards confronted with Kelsen's interpretation on these issues. Firstly Lippold's kelsenian criticisms on Luhmann's autopoietic theory of law are exposed. Subsequently it is argued that it is not possible to reduce law to a set of facts. Finally, Luhmann's critique on Kelsen's theory of the basic norm is exposed and rebutted.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Kelsen, Luhmann, Normativism, Autopoietic law

[1] Bolsista de Pós-Doutorado da CAPES junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, doutor em Filosofia pela UNISINOS e doutorando em Direito pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

1 Introdução

O presente texto objetiva analisar a validade das críticas oferecidas por Luhmann (direta ou indiretamente) à teoria do direito de Kelsen. A ideia central a ser defendida é a de que as críticas de Luhmann a Kelsen possuem um denominador comum, a rejeição da natureza normativa do direito, e o propósito desta análise consiste em expor tais críticas, bem como sustentar que ao contrário do afirmado por Luhmann não é possível elaborar uma apresentação teórica do direito sem que se observe a normatividade enquanto característica essencial do direito. As duas primeiras seções terão por propósito expor e complementar as críticas que Rainer Lippold ofereceu à concepção de direito de Luhmann, visto que tais críticas adotaram como referencial a teoria do direito de Kelsen. Posteriormente serão apresentados os motivos pelos quais Kelsen rejeita a ideia de reduzir o direito a fatos, ou seja, ele rejeita a possibilidade de não incluir a normatividade como uma das características essenciais do direito. Por fim, a última seção, dividida em três subseções, objetiva inicialmente expor de que maneira Luhmann concebe a relação entre o direito e a sociedade, posteriormente apresentar quais são as críticas que ele elaborou à concepção de unidade do direito oferecida por Kelsen (incluindo-se aqui as críticas de Luhmann à teoria da norma fundamental), e na última parte serão apontados os motivos pelos quais deve-se não somente rejeitar as críticas de Luhmann, mas reconhecer que o modo como ele explicou a unidade do direito consiste na realidade em uma forma diferente de expressar uma ideia já contida na teoria do direito formulada por Kelsen. Através das análises desenvolvidas pretende-se apontar que a normatividade é um elemento essencial para uma apreensão teórica do direito, bem como que as críticas de Luhmann a Kelsen não se mostram justificáveis, seja por elas envolverem uma rejeição equivocada da noção de normatividade ou por deixarem de compreender em toda a extensão o modo como Kelsen concebeu a unidade do direito.

2 Direito como um jogo vs. direito como sistema autopoiético

O ponto central da crítica elaborada por Lippold à concepção luhmanniana de direito como um sistema autopoiético[1] encontra-se exposto de modo sintético com as seguintes palavras: "O direito não se cria a si mesmo, ele meramente regula sua criação".[2] Essa afirmação de Lippold contra a concepção do direito oferecida por Luhmann apoia-se na maneira como Kelsen concebe o direito enquanto regulando a sua própria criação.[3] Tendo em conta essa ideia central Lippold desenvolve uma crítica a Luhmann, a qual consiste em

justificar a afirmação de que o direito regula sua criação e em apontar por quais motivos não é correto pensar no direito como dotado da capacidade de criar-se a si mesmo.

Lippold observa que é inerente a uma teoria dos sistemas, tal como é o caso da teoria de Luhmann, a necessidade de observar a exigência da isomorfia, ou seja, a fim de realizar uma descrição os modelos formulados pela teoria dos sistemas têm de corresponder aos objetos descritos[4], e a questão central, aponta Lippold, consiste em verificar se o modelo oferecido pela teoria dos sistemas de fato possui a capacidade de descrever a realidade que ele pretende descrever.[5]

Um dos elementos centrais com respeito à teoria de Luhmann é que ela pretende descrever o direito como uma espécie de comunicação, a comunicação jurídica, e isto implica, observa Lippold, verificar se de fato é possível distinguir as comunicações jurídicas das outras espécies de comunicação sem recorrer à noção de normatividade, uma das noções centrais para a teoria do direito elaborada por Kelsen.[6] Desse modo, um dos problemas abordados por Lippold consiste em analisar se a descrição do direito oferecida por Luhmann de fato possui a capacidade de realizar a tarefa adotada, descrever as propriedades dos fenômenos jurídicos, e se esta descrição de fato pode oferecer uma crítica à concepção de direito desenvolvida por Lippold à luz da teoria do direito de Kelsen, a qual consiste em pensar o direito não como um sistema autopoiético, não como algo dotado da capacidade de se criar, mas como algo semelhante a um jogo[7] e que possui a capacidade de distinguir "lances" válidos de lances inválidos, "partidas" deste jogo de algo diferente disto. Com respeito à concepção do direito como uma espécie de jogo Lippold escreve o seguinte:

> Normas jurídicas funcionam no contexto social como esquemas de interpretação. [...] Segundo *Kelsen* os atos possuem seu sentido como atos jurídicos tendo por base prescrições de atribuição de poder [*Ermächtigungsvorschriften*]. Na compreensão do direito como um jogo as prescrições jurídicas apresentam as regras do jogo, as quais são relevantes para a decisão sobre se uma jogada pertence ao jogo ou não. [...] Conforme essa compreensão o jogo será constituído pelas regras do jogo, as regras do jogo definem o jogo. Nesse sentido as prescrições jurídicas são o jogo. É um jogo dinâmico, um jogo que contém entre suas jogadas a [possibilidade de as próprias jogadas] modificarem as regras do jogo.[8]

No texto acima citado Lippold oferece uma resposta alternativa à pergunta que Luhmann responde quando ele afirma que o direito é um sistema autopoiético. A resposta de Lippold é que quando se considera a teoria do direito desenvolvida por Kelsen, então torna-se possível afirmar que o direito não é um sistema autopoiético, um sistema onde o direito cria-se a si mesmo através de operações internas, mas sim que o direito *identifica* o que é direito –

identifica quais são os fenômenos dotados de significado jurídico ou quais são as normas jurídicas – por meio da verificação da compatibilidade deste algo em questão (fenômenos ou normas jurídicas) com as normas que integram o ordenamento jurídico naquele momento. Conforme a concepção defendida por Lippold, assim como se pode identificar que duas pessoas estão jogando um determinado jogo de tabuleiro e não outro por meio da observância dos lances praticados pelos jogadores, pode-se identificar a existência de uma norma jurídica ou de um fenômeno jurídico por meio do recurso às normas jurídicas, ou então, expressando esta ideia de modo figurado, através da observação das regras do jogo denominado "direito".

O próprio Lippold reconhece que a afirmação de que o direito é uma espécie de jogo e não um sistema autopoiético não se constitui na declaração de uma diferença extrema em relação à concepção de Luhmann, visto que em ambos os casos não se vincula o direito a conteúdos específicos.[9] Porém, ainda que a diferença entre as concepções teóricas de Kelsen e Luhmann pareça ser pequena ela não deve ser ignorada. O ponto central subjacente à rejeição da afirmação de que o direito seria um sistema autopoiético consiste em reforçar a necessidade da observância da normatividade para que ocorra a identificação do direito, para que a distinção entre fenômenos e objetos relevantes ou irrelevantes para o estudo do direito ocorra e para que a descrição do direito seja possível. Por isso defende-se que a autocriação do direito afirmada por Luhmann é em realidade uma criação que ocorre conforme normas que regulam tal criação, e porque existem normas que preveem a possibilidade de tal criação.

3 Crítica à concepção luhmanniana sobre o código e a programação do direito

Outro grupo de críticas elaboradas por Lippold à concepção do direito oferecida por Luhmann diz respeito, por um lado, ao modo como esta concepção emprega o código lícito/ilícito[10] como um código binário que não admite elementos intermediários, gradação interna, e, por outro lado, à defesa desenvolvida por Luhmann da possibilidade de pensar que a aplicação do código do direito possa ocorrer independentemente das programações jurídicas, ou seja, sem que seja necessário admitir que existem programas que necessariamente devem existir.

Lippold observa que segundo Luhmann a comunicação jurídica possuiria uma natureza binária[11] – Luhmann afirma que o "direito discrimina: decide em favor de um e contra o outro"[12] –, e que apesar de poder ser plausível que leigos aceitem tal descrição do modo como o direito produz comunicação, tal afirmação não pode ser aceita quando se observa parcela significativa das comunicações produzidas pelo direito.[13] A fim de

fundamentar sua crítica a Luhmann Lippold faz referência a alguns casos de decisões judiciais, de comunicações jurídicas, as quais não permitem a "tradução" das sentenças em questão por meio do código binário lícito/ilícito. Assim ocorre, para referir um dos exemplos mencionados, quando em um processo o autor demanda certa quantia do processado, por exemplo, 100, e na sentença este autor não tem reconhecido o direito a receber a quantia pedida, mas apenas parte da mesma, por exemplo, 60.[14] Lippold observa que a comunicação jurídica produzida na sentença não é uma resposta que emprega o código binário lícito/ilícito, visto que não se afirmou que o pedido de 100 era lícito, porém também não se afirmou que o pedido era ilícito, e que consequentemente o autor não possuía direito a qualquer coisa. A comunicação jurídica produzida se desenvolveu por meio da seleção de um ponto em um gradiente que tem por extremidades (incluídas na comunicação possível) a satisfação completa do pedido e a negação completa do mesmo (100 ou 0), mas que também admite respostas intermediárias (por exemplo, 50), e que portanto é possível verificar que "o código lícito/ilícito não é binário, mas sim graduável conforme preferências".[15]

Além do problema de pensar a comunicação jurídica como ocorrendo através de um código binário, outra questão (relacionada à natureza gradual do código, e por isto não binária) que se coloca é sobre o modo como é possível identificar uma comunicação como jurídica e não como comunicação de outra natureza. Aqui entra em questão a necessidade, conforme a posição sustentada por Kelsen e defendida por Lippold, de que a comunicação jurídica ocorra tendo por referência e se conformando a um elemento normativo. Para que a afirmação "R deve pagar 50 para A a título de indenização por danos causados" seja uma comunicação jurídica é preciso que se observe um referencial normativo, um conjunto de normas que fundamentam a natureza jurídica dessa comunicação e que a distinguem da situação que do ponto de vista formal, do ponto de vista das palavras utilizadas, seria idêntica, quando um dos indivíduos envolvidos no processo pergunta a uma pessoa outra que o julgador qual seria a solução adequada para o caso, e este indivíduo afirma: "R deve pagar 50 para A a título de indenização por danos causados".[16]

A definição do direito como uma espécie de jogo destaca precisamente o fato de que a fim de identificar que algo possua natureza jurídica é inevitável o recurso a considerações normativas, é indispensável que ocorra a verificação do que as normas jurídicas afirmam com respeito à atribuição de poder (*Ermächtigung*) para a elaboração de uma decisão, para a produção de uma comunicação jurídica. Conforme a teoria do direito desenvolvida por Kelsen não é possível pensar no direito sem pensar na noção de normatividade. Quando Luhmann afirma que o direito é um sistema autopoiético e que o direito se diferencia de seu ambiente

por meio da forma de comunicação que lhe é própria, a comunicação que afirma que algo é lícito ou ilícito (*Recht/Unrecht*), ele precisa de alguma maneira explicar como é possível identificar aquela comunicação "X é lícito" ou "X é ilícito" como a autêntica comunicação desta natureza. Expresso de outro modo: a fim de identificar algo como lícito é preciso poder separar as comunicações que autenticamente pertencem ao direito das outras comunicações, proferidas, por exemplo, por indivíduos sem competência para afirmar o que é lícito ou não, provenientes não do subsistema do direito mas de outro local.

A solução que Luhmann oferece para esse problema, tal como aponta Lippold, consiste em recorrer à constituição como "codificação adicional"[17], entretanto esta solução pode ser criticada, eis que ela representa uma exceção à afirmação de que o direito poderia se diferenciar de seu ambiente por meio das comunicações que empregam o código lícito/ilícito. Caso os observadores precisem recorrer à constituição (ou às normas produzidas através da aplicação de uma atribuição de competência oferecida pela constituição), caso eles precisem observar o que está previsto na constituição para separar as aplicações do código lícito/ilícito de comunicações que apenas parecem empregar este código, então não é verdade que o direito se significa a si mesmo, gera por si mesmo suas comunicações sem depender necessariamente de nenhum programa específico, visto que o direito apenas se comunica com o ambiente através do recurso à constituição, pois é ela que torna possível distinguir a comunicação jurídica autêntica da comunicação jurídica aparente. Desse modo pode-se colocar a seguinte questão: o que significa a inclusão da constituição no modo como o direito se comunica com o ambiente senão a inclusão, enquanto peça essencial do modelo teórico oferecido, da necessidade da observância da constituição, das normas constitucionais e das normas criadas em conformidade com a constituição, e, portanto, da normatividade como premissa inevitável à identificação do direito? Os problemas relacionados com a tentativa de afirmar a existência de um sistema de comunicação que independe do reconhecimento da existência de normas que possibilitem a identificação das comunicações deste sistema são destacados por Lippold com as seguintes palavras:

> Contraditório e por isto imanentemente incorreto é o que ocorre quando *Luhmann* de fato inclui em seu tratamento uma das espécies de regras do jogo, a saber a constituição. O inconsequente nesse caso não consiste somente em que se aceite as regras do jogo como "código adicional", mas sim que isto seja feito apenas de modo incompleto, visto que a partir da perspectiva sociológica não existe fundamento suficiente para levar em consideração somente a codificação constituída pela constituição, mas não as codificações estruturalmente semelhantes que ocorrem por meio de outras formas jurídicas. Muito menos existe um tal fundamento do ponto de vista jurídico. Uma vez que se tenha dado o passo que consiste em observar as

> regras do jogo como relevantes para o tratamento do jogo, então já se admitiu o modo de tratamento especificamente jurídico. Então também já se abandonou a concepção de um sistema jurídico, o qual acredita poder passar sem a consideração prévia relativamente às normas jurídicas.[18]

As afirmações acima apontam os motivos para que se afirme a impossibilidade de oferecer uma definição de direito que não considere o elemento normativo do direito, que não envolva a inclusão de normas entre as propriedades inerentes ao direito, e consequentemente às comunicações jurídicas. Quanto a esse tema cumpre destacar que um elemento subjacente à inclusão da "codificação adicional" constitucional/inconstitucional consiste na necessidade de existirem critérios (programas na terminologia de Luhmann) a fim de possibilitar a identificação de quais comunicações são comunicações jurídicas, a fim de ser possível afirmar ou negar natureza jurídica à afirmação "Fulano deve ficar recluso por 5 anos" (ou "é lícito que Fulano fique recluso por 5 anos"). Caso essa afirmação seja realizada por um professor de direito penal durante uma aula na qual se está analisando o modo como se aplica a pena, então ela não é uma afirmação jurídica, então ela não é uma comunicação do direito, ao passo que quando a mesma afirmação é realizada pelo juiz *competente* para sentenciar Fulano, então trata-se de uma comunicação do direito.[19]

Desse modo torna-se possível notar que para distinguir comunicações jurídicas de comunicações de outros sistemas não basta atentar ao conteúdo das afirmações, pois deve-se considerar outro elemento, o qual encontra-se relacionado às normas de atribuição de competência, aos programas.[20] E esse elemento consiste precisamente no fato de ser verificada a presença de uma norma que atribua competência a determinado indivíduo, sob determinadas condições, para realizar determinada espécie de comunicação, a qual, quando preenchidos tais requisitos, será uma comunicação jurídica. A identificação das comunicações que possuem significado jurídico envolve necessariamente o recurso a uma consideração normativa, não-fática, eis que as comunicações jurídicas não são apenas aplicações de um código, mas aplicações de um código que *sempre* ocorrem no contexto de um programa. O exemplo de Luhmann acima referido aponta esse fenômeno, e é inclusive possível pensar que um professor de direito penal fosse também um juiz com competência para julgar certo réu, e ainda assim seria possível distinguir a comunicação jurídica produzida pelo juiz da comunicação que não pertence a tal sistema e que foi produzida pelo mesmo indivíduo, porém não no exercício da função de juiz, pois pode-se identificar se a comunicação "A deve X" foi proferida *no exercício* de uma atribuição de poder decorrente de normas jurídicas ou em outro contexto.

Uma comunicação é jurídica por ser uma comunicação que ocorre através de um programa jurídico, por estar prevista como comunicação possível. Essa maneira *normativista* e kelseniana de compreender as comunicações jurídicas é mais acurada do que a concepção luhmanniana a respeito do tema. Enquanto Luhmann tem dificuldades de lidar com os casos em que um programa jurídico afirma que algo deve ser tratado como lícito (ou ilícito), e a comunicação produzida é no sentido da afirmação da natureza ilícita deste algo (ou é a afirmação da natureza lícita de algo que conforme o programa deveria ser ilícito), a teoria do direito de Kelsen explica tais fenômenos por meio da noção de uma atribuição alternativa de poder (*alternative Ermächtigung*), por meio da distinção entre uma comunicação juridicamente válida, entre a validade jurídica (*rechtliche Geltung*), e uma comunicação conforme às normas jurídicas que teriam de ser aplicadas, e uma comunicação jurídica que está em conformidade com o direito posto (*Rechtsmäßigkeit*).[21] A explicação dada por Luhmann a tais fenômenos é que eles são instâncias de "bagatelização"[22] do direito, casos em que se relativiza natureza binária do código. Contudo, ainda que exista a aplicação do denominado "princípio da bagatela" no direito, é de se reconhecer que seu sentido é muito mais restrito e não abarca sequer parte dos fenômenos que Luhmann pretende incluir em tal "bagatelização" do direito.

Além disso, e em parte vinculado com esse fenômeno, ainda cumpre referir uma objeção de Lippold à tentativa de Luhmann de reduzir as comunicações do direito às comunicações produzidas por órgãos do judiciário, visto que parcela significativa das comunicações jurídicas não provém de tais órgãos, mas sim de órgãos administrativos.[23] Tal situação ocorre, apenas para mencionar dois exemplos, quando alguém é informado que ele incorreu em uma infração de trânsito e por isto deve pagar certa multa, ou quando alguém declara por meio de um sistema informatizado a renda anual, e em decorrência disto é informado que ele deve pagar certa quantia em virtude do previsto nas normas que tratam do imposto de renda.

4 A impossibilidade de reduzir o direito a fatos e a necessidade da normatividade

As críticas referidas no tópico anterior encontram-se vinculadas à tentativa, realizada por Luhmann, de fundamentar a possibilidade de identificar as comunicações do direito (ou à possibilidade de conhecer o direito, caso se deseje expressar esta circunstância com os termos de Kelsen). Ao sustentar que os programas são contingentes e que o essencial e constante é a comunicação que emprega um código binário (ou apenas lícito ou apenas ilícito), Luhmann

pretende mostrar que por meio da identificação do emprego do código pode-se apontar quais são as comunicações do direito. Porém, o problema é que as comunicações do direito somente são comunicações do direito quando o conteúdo afirmado é afirmado por alguém ou algum órgão que recebeu autorização para realizar tal afirmação. E o fato de existir tal autorização é uma circunstância que se encontra prevista através do emprego do código (por exemplo, pela afirmação de que é lícito que certo juiz elabore sentenças com respeito a delitos praticados em determinada cidade), porém somente o é através da aplicação de um programa, de uma norma que disciplina a atribuição de tal autorização. Sem o recurso aos programas não é possível distinguir comunicações que pertencem ou não ao sistema do direito, pois sem considerar os programas não é possível saber *quem* realizou tais comunicações. Não é o fato de um indivíduo estar vestindo uma toga o que torna o por ele afirmado uma sentença, mas sim o fato de que um conjunto de normas atribui ao indivíduo em questão a competência para elaborar sentenças.[24]

Kelsen oferece um argumento em favor da natureza normativa do direito e contra a tentativa de reduzir o direito a fatos sociais, ou seja, contra a tentativa de sustentar a possibilidade de distinguir fenômenos jurídicos de fenômenos de outra natureza, por meio da seguinte afirmação: "não se pode negar que existem [...] inúmeros casos em que as normas jurídicas são vistas como válidas, apesar de elas não serem, ou ainda não serem, válidas".[25] A ideia central que subjaz à defesa do reconhecimento do elemento normativo do direito consiste em indicar que muitos fenômenos jurídicos possuem tal natureza e são observados desta maneira ainda antes de tais fenômenos se mostrarem eficazes. Assim o é, por exemplo, quando uma cidade que até então não possui juiz passa a tê-lo. Não é o caso, tal como a redução do direito a fatos pretende afirmar, de que as sentenças de tal juiz serão tratadas como tais, que elas sejam consideradas comunicações jurídicas, apenas após certo período de tempo, durante o qual fundamentou-se o fato de que tais sentenças são eficazes. Pelo contrário, desde o primeiro dia as sentenças elaboradas por tal juiz são vistas como comunicações do direito, e isto ocorre deste modo, pois a eficácia não é uma condição para que uma norma jurídica, uma sentença, seja observada como válida. Isso de modo algum significa que a eficácia nunca deve estar presente, mas significa, isto sim, que quando se está tratando de normas infraconstitucionais a validade precede a eficácia.[26]

Conforme exposto no exemplo sobre a afirmação de que "Fulano deve ficar recluso por 5 anos", não é nada nesta comunicação que lhe dá a natureza de uma comunicação do direito, mas sim o fato de tal comunicação ser produzida por uma autoridade com atribuição de poder para realizar tal comunicação, e apenas se pode afirmar que se está diante de uma tal

autoridade por meio da observação das normas que determinam quem são as autoridades com poder para produzir comunicações.

Luhmann tenta justificar a natureza não-essencial dos programas, das normas que atribuem poder a autoridades, afirmando que a identificação das autoridades ocorreria de modo circular, com umas das autoridades atribuindo poder para as outras[27] – e, cumpre observar, relativizando-se assim o que ele mesmo havia afirmado sobre a importância de considerar os fatos e não as normas.[28] Porém a afirmação da circularidade não se encontra fundamentada, eis que o movimento descrito por Luhmann, através do qual um membro do sistema adquire sua qualidade de membro através da elaboração de uma norma, o que é feito por outro membro do sistema, em realidade mostra-se espiral, e o próprio Luhmann é levado a afirmar a existência de um "caso limite", quando então verifica-se a existência de "uma pura e simples norma de competência como encarnação do princípio da soberania do direito".[29]

5 Norma fundamental e a heteroidentificação do ordenamento jurídico

A fim de lidar com esse problema de um caso limite quando se ascende na busca do fundamento da natureza jurídica de uma comunicação é necessário considerar de que maneira pode-se pensar a unidade do direito, de que modo pode-se contemplar as comunicações do direito como capazes de se distinguir de outras espécies de comunicação. Abaixo será inicialmente exposto de que modo Luhmann justifica a possibilidade de tal distinção e as críticas que ele dirige ao modo como Kelsen fundamenta a unidade do direito. Posteriormente será apresentada uma das facetas da teoria da norma fundamental, o fato de tal norma cumprir a função de identificar, dentro de um universo de possibilidades de ordenamentos jurídicos, aquele ordenamento que pode cumprir a função de se constituir, usando a expressão de Luhmann, em "uma pura e simples norma de competência como encarnação do princípio da soberania do direito". Nesse contexto será apontado que já em sua origem a teoria da norma fundamental envolvia uma consideração sobre o modo de incluir comunicações sobre o direito em um universo maior de comunicações, e que portanto não somente para Luhmann, mas também para Kelsen o direito é identificado por meio de algo diferente do direito, ou seja, a identificação do direito não é uma autoidentificação, tal como Luhmann atribui a Kelsen, a qual ocorreria através de uma norma, a norma fundamental, mas sim uma heteroidentificação.

5.1 Luhmann e a relação entre o sistema do direito e o ambiente da sociedade

No início de *O direito da sociedade* Luhmann observa que "o próprio direito determina onde se encontram seus limites; determina também o que pertence ao direito e o que não lhe pertence".[30] Essa afirmação demanda um esclarecimento, pois se por um lado é verdade que se pode perceber o direito como dotado dessa capacidade de estabelecer seus limites, por outro é preciso perguntar de que modo foi possível identificar que é uma propriedade do direito, e não de outro ser, a capacidade de determinar os próprios limites, de que modo foi possível identificar esse ser com o direito.[31] A respeito desse problema Luhmann escreve que a identificação do direito ocorre por meio da distinção entre sistema e ambiente, mais especificamente através da observação do direito como um sistema da sociedade que se distingue dos outros sistemas sociais[32], que se opõe a eles por meio da produção de comunicações que lhe são exclusivas, as comunicações jurídicas.[33]

> No sistema, de modo algum pode haver uma regra que regule a aplicabilidade/não aplicabilidade de todas as regras. O problema tem de ser "gödelizado" pela renúncia a uma base de fundamentação externa. Nessa situação a linguagem, assim como a sociedade, de modo geral, aparece como saída convincente; afinal, o direito é parte da comunidade linguística da sociedade, assim como todas as línguas científicas se encontram incrustadas na linguagem cotidiana. O desdobramento da tautologia "o direito é direito válido" por meio da distinção de mais planos de regulação tem como base de realidade o fato de uma diferenciação social, isto é, da diferenciação de um sistema do direito no âmbito do sistema da sociedade.[34]

Por meio da leitura dessa passagem pode-se perceber de que modo Luhmann identifica o direito e o distingue de outros sistemas, a saber, por meio da apresentação do direito como o conjunto das comunicações jurídicas, as quais encontram-se inseridas no universo das comunicações em geral, e portanto no sistema da sociedade, o qual opera como ambiente do direito. Esse argumento de Luhmann fundamenta-se por um lado em virtude da existência, dentro da sociedade, do fenômeno que consiste em um grupo de comunicações dotados de certas características comuns, o que justifica que eles sejam apontados como um grupo, e que pode-se rastrear a origem de tal grupo de comunicações observando de que modo o direito se organiza e produz comunicações para Luhmann. O sistema do direito adquire uma identidade por possuir um princípio comum, a capacidade de organizar-se internamente[35], o que possibilita a existência de uma unidade, um princípio comum às comunicações produzidas[36], em combinação com o fato de existir um universo maior de comunicações, o qual em parte corresponde e em parte não corresponde às comunicações do direito. Isso significa que o

universo das comunicações, por sua capacidade de corresponder ou não corresponder às comunicações do direito, aponta quais são os contornos desta espécie de comunicação e possibilita a afirmação de uma identidade própria.

5.2 A crítica de Luhmann à teoria de Kelsen da unidade do direito

Ao lado da apresentação da maneira como o direito pode ser identificado através da relação entre o sistema do direito e o sistema da sociedade, Luhmann também elabora algumas considerações críticas quanto ao modo como Kelsen explica a unidade do direito, as quais têm como ponto central a recusa da ideia de que existiria uma determinação hierárquica do direito[37], pois para Luhmann não seria o caso de o direito determinar-se seus limites, e, portanto, sua unidade, de o direito possuir sua unidade e sua identidade em virtude de uma organização hierárquica, por meio do recurso a uma norma fundamental.[38]

O elemento central da crítica de Luhmann a Kelsen, e que por isto será o principal ponto da resposta desenvolvida no tópico seguinte, consiste em afirmar que a norma fundamental seria uma norma que integraria o direito, um ordenamento jurídico. Luhmann observa que o direito não possui em suas configurações nada que corresponda à norma fundamental, e que por tal motivo uma descrição do direito que incluísse tal ideia incorreria em equívoco. Tal modo de pensar é claramente exposto na seguinte passagem:

> Todos os componentes, toda mutabilidade e toda estrutura têm de ser produzidos no sistema, por meio de operações providas pelo próprio sistema. Em outras palavras, não existe nenhuma determinação de estrutura externa. Somente o próprio direito pode dizer o que o direito é. Assim, a produção de estruturas engendra-se de maneira circular, já que as próprias operações demandam estruturas a fim de, por referências recursivas, determinar outras operações. Não apenas a produção de operação por operação, mas também, *a fortiori*, a condensação e confirmação de estruturas por operações que orientam tais estruturas são realizações da autopoiese.[39]

De modo sintético e combinando o apontado nesta subseção e na subseção anterior pode-se afirmar que para Luhmann o direito é um sistema que obtém sua identidade através da sua maneira de interagir com o ambiente da sociedade, o que ocorre em virtude de o direito possuir a capacidade de produzir uma espécie de comunicação que se diferencia das outras espécies de comunicações existentes. Conforme Luhmann, a unidade e a identidade do direito são produtos da existência dessa interação, dessa oposição entre o direito e a sociedade, e não de um elemento interno ao direito, tal como seria, para ele, a norma fundamental de Kelsen.

5.3 A norma fundamental enquanto meio para a heteroidentificação do direito

O maior problema com respeito à formulação de uma resposta às críticas de Luhmann à teoria da norma fundamental não se origina do conteúdo destas críticas, e portanto não diz respeito à dificuldade em rebater tais críticas, mas sim em virtude dos problemas relacionados com a maneira como Luhmann compreendeu esta teoria. Além disso também é preciso ser destacado, e este tema será desenvolvido abaixo, que quando se realiza um estudo da maneira como a teoria da norma fundamental foi desenvolvida por Kelsen pode-se perceber que ela não foi pensada como um elemento integrante do ordenamento jurídico – na mesma acepção do termo "integrante", tal como ocorre quando se afirma que uma norma de trânsito integra um ordenamento –, o qual teria por função explicar porque *o ordenamento jurídico em questão* seria válido, mas sim para explicar porque *aquele ordenamento jurídico, dentre vários possíveis*, seria válido. Também é preciso reconhecer outra dificuldade com respeito ao modo de tratar as críticas de Luhmann a Kelsen, pois em realidade a norma fundamental, tal como será exposto, cumpre um papel semelhante àquele que a relação entre as noções "comunicação" e "comunicação do direito" desempenham na perspectiva desenvolvida por Luhmann. Abaixo será apontado que o critério empregado para justificar que se identifique o direito e para adotar a norma fundamental consiste no fato de a norma fundamental oferecer um modo de explicar a validade de um ordenamento jurídico dentre vários possíveis[40], e que tal explicação é apoiada, com respeito à sua adoção, pelo fato de que a linguagem ordinária em realidade identifica aquele ordenamento jurídico em questão, e não qualquer outro, como o ordenamento que naquele então constitui-se como sendo o direito, como referido com o termo "direito".

A teoria da norma fundamental foi adotada por Kelsen, porém a autoria desta teoria deve ser atribuída primeiramente a Verdross, e em segundo lugar a Pitamic.[41] Ambos os autores partiram de um problema apontado por Kelsen, a saber, o problema relativo a como explicar que o conhecimento jurídico seria possível, tendo em conta que quando se põe em questão a natureza jurídica de uma norma (especialmente de uma norma que atribui algum poder a alguém), a solução a tal indagação envolve apontar outra norma (tal como ocorre quando se explica a capacidade que um juiz possui para elaborar sentenças por recurso a normas de direito processual e normas que determinam a seleção de juízes), que por sua vez também pode ser objeto de indagação com respeito ao fundamento de sua natureza jurídica, de sua validade. Em um primeiro momento Kelsen afirmou que tal problema não possuiria natureza jurídica, mas sim política, em virtude do que a solução por ele apontada para tal

problema, o fato de adotar-se certa norma como a fonte da validade das normas de um ordenamento jurídico, consistiria em reconhecer a existência de uma decisão política e não jurídica.[42]

Verdross concordou com Kelsen com respeito à ausência de uma natureza jurídica no que se refere ao ponto de partida para a explicação da validade das normas jurídicas, porém ofereceu um elemento adicional com o intuito de esclarecer de que modo se faria presente tal ponto de partida de um ordenamento jurídico. Conforme Verdross, em uma situação na qual existe uma multiplicidade de ordenamentos jurídicos que poderiam ser considerados como o ordenamento jurídico válido, um destes ordenamentos se mostra como o ordenamento jurídico válido em virtude de um fenômeno, o fato de que tal ordenamento jurídico (diferentemente dos demais ordenamentos jurídicos) corresponde à realidade social. Assim, o observador observa como válido aquele ordenamento jurídico que se mostra eficaz, tendo em vista a realidade social observada, e é a realidade social o fundamento para a afirmação da validade do ordenamento jurídico em questão.[43]

Esse critério apontado por Verdross foi analisado por Pitamic, que buscou fundamentar a escolha do critério social, da eficácia, como ponto de partida para a afirmação da validade de um ordenamento jurídico. Pitamic argumentou que a afirmação de que certo ordenamento é válido porque ele é eficaz consiste no emprego do postulado da economia de pensamento (*Denkökonomie*), e sobre o motivo para que se considere como válido o ordenamento eficaz ele escreveu o seguinte:

> Eu me poupo do trabalho inútil, é econômico para mim que eu avalie a linha sucessória na Áustria não conforme as normas de direito romano, mas sim conforme aquelas [normas] do código civil geral [...]. Com outras palavras, quando da escolha dos pressupostos materiais para o conhecimento teórico do direito é preciso que se observe uma espécie de economia de pensamento.[44]

O modo como Pitamic explica o critério para a identificação do ordenamento jurídico que é válido, a saber, recorrendo ao fato de que é um determinado ordenamento jurídico (no caso em questão aquele da Áustria), e não qualquer outro, aquele ordenamento que é considerado em certo contexto como válido, oferece uma indicação do modo como Kelsen irá tratar a função da norma fundamental e sua relação com a realidade social existente. A norma fundamental é compreendida por Kelsen como desempenhando a função de atribuir validade ao ordenamento jurídico eficaz. Porém, diferentemente do modo como Luhmann compreendeu a norma fundamental, ela não deve ser percebida como uma norma que se encontra "dentro" do ordenamento jurídico válido, mas sim como uma norma que *explica*, que

aponta uma constante, o fato de que os ordenamentos jurídicos eficazes são os ordenamentos jurídicos válidos.[45] Tal fato não é expresso pelo ordenamento jurídico em questão, mas sim pela norma fundamental, *externa* a tal ordenamento e que tem por propósito explicar por qual motivo certo ordenamento jurídico é válido, e não qualquer outro ordenamento jurídico possível.

Em sua obra *Teoria geral do direito e do estado* Kelsen trata da questão do modo como se define o conceito "direito", e neste contexto ele emprega uma noção utilizada por Pitamic para lidar com o problema da explicação do motivo pelo qual um determinado ordenamento jurídico, e não qualquer outro, é o ordenamento jurídico válido. Nessa passagem, abaixo citada, cumpre atentar para o modo como Kelsen aponta que a identificação do que significa "direito" e para o modo como se identifica o direito, o que ocorre por meio do recurso à forma como o conceito "direito" é empregado na comunicação.

> Qualquer tentativa de definir um conceito precisa tomar como seu ponto de partida o uso comum da palavra que denota o conceito em questão. A fim de definir o conceito de direito precisamos inicialmente examinar as seguintes questões: os fenômenos sociais geralmente denominados "direito" apresentam uma característica comum que os distingue de outros fenômenos sociais de uma espécie semelhante? E tal característica é tão importante na vida social do homem, de tal modo que ela pode ser transformada na base de um conceito que sirva para o conhecimento da vida social? Por razões de economia de pensamento é preciso que se parta do uso mais amplo possível da palavra "direito." Talvez uma característica como a que estamos procurando não possa ser encontrada. Talvez o uso corrente seja tão vago que os fenômenos denominados "direito" não exibam nenhuma característica comum de real importância. Mas se uma tal característica pode ser encontrada, então estamos justificados em incluí-la na definição [em questão].[46]

Através da leitura dos textos de Kelsen acima referidos e do estudo do modo como a teoria da norma fundamental foi desenvolvida percebe-se que a norma fundamental não é uma norma que integra qualquer ordenamento jurídico *enquanto* uma norma que fundamenta a validade e a unidade de tal ordenamento, mas sim uma norma que *explica* por qual motivo um determinado ordenamento jurídico é válido. E o motivo para que a norma fundamental condicione a validade de um ordenamento jurídico à sua eficácia encontra-se fora do ordenamento jurídico, eis que ele está assentado no modo como se compreende o que seria o direito, na forma como os fenômenos jurídicos são distinguidos dos fenômenos que possuem outra natureza, na maneira como o conceito "direito" é utilizado.

6 Considerações finais

Através das análises acima desenvolvidas tornou-se possível verificar por quais motivos não é possível compreender o direito sem recorrer à ideia de que o direito é inevitavelmente um fenômeno normativo. Desse modo, não é o caso de o direito criar-se a si mesmo, tal como afirmado por Luhmann, mas sim de o direito regular sua criação subsequente, o que ele faz através de previsões normativas, conforme aponta Kelsen. Também se verificou que não é possível sustentar que as comunicações do direito possuem uma natureza binária, visto que tais comunicações não necessariamente envolvem uma afirmação ou negação categórica da natureza lícita de certo evento ou situação, mas sim uma aplicação gradual dos conceitos "lícito" e "ilícito". Finalmente apontou-se em que medida as críticas elaboradas por Luhmann à teoria da norma fundamental não se mostram adequadas, e que em realidade pode-se observar esta teoria como uma versão da maneira como o próprio Luhmann pensou a possibilidade de distinguir o direito dos demais sistemas sociais.

REFERÊNCIAS

BOLSINGER, Eckard. Autonomie des Rechts? Niklas Luhmanns soziologischer Rechtspositivismus – Eine kritische Rekonstruktion. **Politische Vierteljahresschrift**, [s.l.], 42. Jg., Heft 1, p. 3-29, 2001.

CALLIESS, Gralf-Peter. Das Tetralemma des Rechts. Zur Möglichkeit einer Selbstbeschränkung des Kommunikationssystems Recht. **Zeitschrift für Rechtssoziologie**, [s.l.], n. 21, p. 293-314, 2000.

CLAM, Jean. A Autopoiese no Direito. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.77-128.

DREIER, Horst. Hans Kelsen und Niklas Luhmann: Positivität des Rechts aus rechtswissenschaftlicher und systemtheoretischer Perspektive. **Rechtstheorie**, Berlin, n. 14, v. 4, p. 419-58, 1983.

HUBER, Thomas. **Systemtheorie des Rechts**. Die Rechtstheorie Niklas Luhmanns. Baden-Baden, Nomos, 2007.

KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Tradução de Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

_____. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre**: Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. 2. Aufl. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1923.

_____. **Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung**. In: JESTAEDT, Matthias (Hrsg.). Hans Kelsen Werke. Veröffentlichte Schriften 1911-1917. Band. 3. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. p. 359-425.

_____. **Reine Rechtslehre**. 1. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

_____. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Verlag Österreich, 2000.

_____. The law as a specific social technique. In: Id. **What is justice**? Justice, law and politics in the mirror of science. Collected Essays by Hans Kelsen. Berkeley: University of California Press, 1960. p. 231-256.

KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. Basingstoke, Palgrave Macmillian, 2003.

KLETZER, Christoph. Kelsen's Development of the *Fehlerkalkül*-Theory. **Ratio Juris**, Oxford, v. 18, p. 46-63, Mar., 2005.

LIPPOLD, Rainer. **Recht und Ordnung**. Statik und Dynamik der Rechtsordnung. Wien: Manz, 2000.

LUHMANN, Niklas. Die Codierung des Rechtssystems. **Rechtstheorie**, [s.l.], n. 17, v. 2, p. 171-203, 1986.

_____. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. Operational closure and structural coupling. The differentiation of the legal system. **Cardoso Law Review**, [s.l.], n. 13, p. 1419-1441, 1992.

_____. **Rechtssoziologie**. 3. Aufl. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987.

MERKL, Adolf Julius. **Die Lehre von der Rechtskraft**. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1923.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Doxa**, [s.l.], n. 14, p. 169-94, 1993.

PAULSON, Stanley L. A 'Justified Normativity' Thesis in Hans Kelsen's Pure Theory of Law? Rejoinders to Robert Alexy and Joseph Raz. In: KLATT, Matthias (Ed.) **Institutionalized Reason**. The Jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 61-111.

PITAMIC, Leonidas. Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft, in: MÉTALL, Rudolf Aladár (Hrsg.). **33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre**. Wien: Europaverlag, 1974. p. 297-322.

ROTTLEUTHNER, Hubert. Biological Metaphors in Legal Thought. In: TEUBNER, Gunther (Org.). **Autopoietic Law**: A New Approach to Law and Society. Berlin: de Gruyter, 1987. p. 97-127.

SILVA, Matheus Pelegrino da. Grundnorm im Licht des Kelsenschen Begriffs "Wirksamkeit". **Rechtstheorie**, Berlin, v. 46, n. 3, p. 405-20, 2015.

VERDROSS, Alfred. Die Neuordnung der gemeinsamen Wappen und Fahnen in ihrer Bedeutung für die rechtliche Gestalt der österreichisch-ungarischen Monarchie. In: **Juristische Blatter**, [s.l.], XLV Jahrgang, Nr. 11, 12. März 1916. p. 121-3 e 134-7.

WALTER, Robert. Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm. In: WALTER, Robert (Hrsg.). **Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre**. Wien: Manz, 1992. p. 47-59.

---

[1] "Tendo chegado a essa questão sobre a distinção *do* direito, podemos dispor nossas cartas na mesa. A tarefa pode ser resolvida se se conseguir descrever o direito como um sistema autopoiético e autodistintivo. Esse programa teórico implica que o próprio direito produza todas as distinções e caracterizações e que a unidade do direito não seja nada mais que o fato da autoprodução, a "autopoiese". Segue-se que a sociedade tem de ser vista como um ambiente social que possibilita essa autoprodução do direito e que, tanto mais, dá sustentação ao direito produzido". LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 40. Esse livro será a partir de agora referido com a sigla DdS. E sobre o direito ser considerado por Luhmann um sistema de fato autopoietico, e não através de uma analogia ou metáfora com respeito aos sistemas autopoieticos, cf. DdS. p. 63-4, nota de rodapé 17.

[2] LIPPOLD, Rainer. **Recht und Ordnung**. Statik und Dynamik der Rechtsordnung. Wien: Manz, 2000. p. 421. Essa obra será a partir de agora referida com a sigla RuO.

[3] Apesar de Kelsen referir a existência de um "processo" de "autocriação [*Selbsterzeugung*]" do direito (KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 1. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 117), tal comentário precisa ser considerado como apontando somente para a circunstância de que o direito possui a capacidade de regular de que modo ele será criado, ou seja, determinar de que maneira ele pode ser criado. É tendo em conta tal sentido para a autocriação do direito que será afirmado por Kelsen: "O direito regula sua própria criação, e de fato na

medida em que uma norma regula o processo no qual a outra norma será criada, e – em diferentes graus – também o conteúdo da norma criada". Id. Ibid. p. 84. Quanto ao modo como o próprio Kelsen concebe o direito é necessário referir sua afirmação de que o "direito é um meio social específico, não um fim". KELSEN, Hans. The law as a specific social technique. In: Id. **What is justice**? Justice, law and politics in the mirror of science. Collected Essays by Hans Kelsen. Berkeley: University of California Press, 1960. p. 236. Relativamente à concepção de direito de Kelsen em oposição àquela desenvolvida por Luhmann, cf. DREIER, Horst. Hans Kelsen und Niklas Luhmann: Positivität des Rechts aus rechtswissenschaftlicher und systemtheoretischer Perspektive. In: **Rechtstheorie**, Berlin, n. 14, v. 4, 1983. p. 439-48.

[4] RuO. p. 424-5.

[5] RuO. p. 427.

[6] RuO. p. 428. A noção de que o direito possui uma natureza normativa possui como ponto central o apontamento do fato de que o direito, como objeto de estudo da teoria do direito, encontra-se constituído por normas jurídicas ou pelo conteúdo das normas jurídicas. Devido a isso Kelsen afirma que "o princípio conforme o qual a ciência natural descreve seu objeto é a causalidade; o princípio conforme o qual a ciência do direito descreve seu objeto é a normatividade". KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Tradução de Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 46. Cf. KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Wien: Verlag Österreich, 2000. p. 98-9. Essa obra de Kelsen será a partir de agora referida com a sigla RR2. A observação dos objetos de estudo da teoria do direito enquanto possuidores da propriedade da normatividade implica em não observar tais objetos enquanto envolvidos em relações causais, ou seja, como possuindo propriedades que decorrem de normas das ciências naturais, mas sim como objetos que exibem certas propriedades em decorrência de normas do direito. Assim como uma ciência natural possui a capacidade de apontar uma relação entre dois fenômenos através da menção de uma norma que aplica a noção de causalidade, tal como ocorre quando se explica o aumento do volume de um corpo metálico através do apontar a relação entre esta mudança de volume e a mudança de sua temperatura, a ciência do direito possui a capacidade de apontar uma relação entre dois fenômenos, tal como o fato de alguém ter estacionado um veículo em determinado local e o fato de esta pessoa ter recebido uma multa, através da menção de uma norma jurídica.

[7] Cumpre referir que François Ost utilizou a expressão "'jogo' do direito", porém não para defender que o direito seria algo como um jogo, mas sim na condição de uso análogo das expressões "'jogo' das ondas" e "'jogo' de luzes", apontando assim para o caráter de um "movimento endógeno" que segundo ele o direito possuiria. OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Doxa**, [s.l.], n. 14, 1993, p. 181-2.

[8] RuO. p. 442.

[9] Cf. RuO. p. 443.

[10] Sobre a maneira como as comunicações que empregam o código lícito/ilícito em relação ao ambiente do direito (*Nicht-Recht*) e quanto ao sistema do direito (*Recht und Unrecht*), cf. CALLIESS, Gralf-Peter. Das Tetralemma des Rechts. Zur Möglichkeit einer Selbstbeschränkung des Kommunikationssystems Recht. **Zeitschrift für Rechtssoziologie**, [s.l.], n. 21, 2000, p. 302-4. A respeito das possibilidades de tradução desse par conceitual, cf. KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. Basingstoke, Palgrave Macmillian, 2003. p. 55-7.

[11] A passagem de Luhmann referida por Lippold nesse contexto afirma o seguinte: "Ao sistema do direito em si pertence apenas uma comunicação orientada por códigos, apenas uma comunicação que faça valer uma classificação dos valores 'legal' e 'ilegal'; pois somente uma comunicação dessa natureza toma o código como forma de abertura autopoiética, como necessidade de mais comunicação no sistema jurídico". DdS. p. 90.

[12] DdS. p. 171-2.

[13] RuO. p. 428-9.

[14] RuO. p. 429. Na sequência do texto Lippold oferece outros dois exemplos de comunicações jurídicas que não se reduzem ao código binário: uma ação de responsabilidade compartilhada por danos causados em acidente de trânsito e o caso em que um ato administrativo nulo não tem todos os seus efeitos tratados como nulos, mas ao contrário, alguns destes atos continuam tendo existência jurídica, apesar da natureza ilícita de sua fonte. Cf. RuO. p. 430.

[15] RuO. p. 430. Cabe mencionar que Luhmann se ocupa em *O direito da sociedade* da análise e rejeição de alternativas interpretativas que envolveriam a inclusão de terceiros elementos ao código do direito, porém ele não discute a possibilidade de uma gradação do que se encontra entre o lícito e o ilícito. Cf. DdS. p. 239-41.

[16] King e Thornhill afirmam em seu livro que uma resposta semelhante àquela acima apontada seria encontrada em uma comunicação do direito que envolvesse a preservação da natureza binária do código. "[...] o fato de que em alguns casos judiciais deixa de emergir um claro vencedor e um claro perdedor, pois algumas questões são decididas em favor de uma parte e algumas em favor da outra, de modo algum enfraquece a validade do código do direito. Cada uma dessas sub-questões irá requerer uma decisão entre o lado positivo e o lado negativo do código. Situações nas quais em termos puramente monetários o ganhador perde mais do que ele ou ela ganha, seja por conta dos altos custos que ele tem de pagar ou por conta do baixo valor atribuído a ele, ou por ambos [os

motivos], não perturbam o código binário. Ele permanece intacto apesar da falta de sucesso do vencedor". KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. Basingstoke, Palgrave Macmillian, 2003. p. 57-8. Contudo não é possível aceitar o raciocínio acima exposto como um fundamento para a afirmação da natureza binária do código do direito. A ideia de que o código do direito envolve a aplicação de apenas dois valores, legal ou ilegal, condiciona a necessidade de que a demanda promovida, a "pergunta" formulada por aquele que realiza certa reivindicação, ocorra com o emprego destes valores. E não é esse o caso quando a "resposta" não é uma resposta válida do ponto de vista binário, mas sim uma resposta que introduz por conta própria novas questões, para deste modo oferecer uma resposta que afirma "Y é legal" em um contexto onde foi perguntado se "X é legal". Dessa maneira, apenas se pode afirmar, tal como fazem King e Thornhill, que o código permanece intacto, quando se acrescenta: o código permanece intacto, porém ele não é mais uma comunicação que responde a uma questão posta, mas sim uma comunicação que responde à pergunta que ele mesmo fez (não é mais uma comunicação entre uma pluralidade de sujeitos, mas sim um monólogo). Querer sustentar essa espécie de preservação da natureza binária do código não parece ser outra coisa do que um modo de camulhar a natureza gradual das comunicações jurídicas.

[17] RuO. p. 128. Também é relevante para o tema a seguinte afirmação de Luhmann: "A justificação institucional para as constituições não pode ser reduzida seja a uma função política ou jurídica, e ela não se encontra nem na linguagem carregada de valores da própria constituição, nem no valor de seus valores. A constituição serve a função dual de incluir e excluir perturbações recíprocas das operações políticas e jurídicas. Sua forma de duas faces com respeito ao incluir e excluir a influência preserva a separação do sistema e permite a reprodução autopoietica separada sem que ocorra qualquer sobreposição que gere confusões. Ela também caracteriza os modos através dos quais o sistema jurídico [...] evita o isolamento [...] e constrói em sua tela interna o que pode servir dentro do sistema como informação". LUHMANN, Niklas. Operational closure and structural coupling. The differentiation of the legal system. **Cardoso Law Review**, n. 13, 1992, p. 1437.

[18] RuO. p. 443-4.

[19] Nesse sentido Luhmann afirma: "deve-se levar em conta que nem toda menção aos valores do código, como lícito e ilícito, pode fazer que a comunicação seja uma operação interna ao sistema do direito. Por exemplo, na cátedra de jurisprudência é possível falar sobre os casos legais ou, na imprensa, informar sobre os veredictos do tribunal, sem que a comunicação disponha sobre valores jurídicos". DdS. p. 97. Sobre o tema veja ainda: cf. DdS. p. 89-90.

[20] Sobre o tema Lippold escreve: "Até então parti do ponto de que determinadas comunicações são qualificadas como jurídicas, mas ainda não disse conforme qual critério uma tal qualificação deve ser tratada. É fácil apontar esse critério. Não por acaso indiquei determinadas regulações de direito positivo, do direito penal, do direito civil, várias determinações de direito processual etc. Ou seja, eu me referi a regulações de direito positivo como critério de identificação para a comunicação jurídica. A comunicação jurídica é comunicação *jurídica*, quando e porque ela se refere a *regulações jurídicas*. Essa classificação não depende – tal como também *Luhmann* estabeleceu de modo adequado – das representações dos participantes da comunicação; somente uma observação de segunda ordem pode ser significante. Isso significa: critério da comunicação jurídica são as regulações de direito positivo. *O código da comunicação jurídica é o código das prescrições jurídicas*. Isso significa que a distinção enfatizada por *Luhmann*, entre código e programação, não é possível". RuO. p. 431-2. Portanto, a comunicação será jurídica não meramente por empregar o código, mas por que quem emprega o código recebeu autorização de um programa do direito para empregar o código, e empregar o codigo tanto por meio de seus extremos lícito/ilícito, como também por meio dos elementos intermediários entre um totalmente lícito e um totalmente ilícito. Código e programas encontram-se sempre juntos.

[21] A teoria da atribuição alternativa de poder explica por qual motivo uma norma produzida pode ser válida ainda que ela não se encontre em conformidade com as normas válidas que teriam de ser aplicadas ao caso em questão. Sobre a teoria da atribuição alternativa de poder e sua origem a partir da teoria de Merkl da previsão de falhas (*Fehlerkalkül*) cumpre referir os seguintes textos: cf. RR2. p. 271-80. MERKL, Adolf Julius. **Die Lehre von der Rechtskraft**. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1923. p. 293-302. KLETZER, Christoph. Kelsen's Development of the *Fehlerkalkül*-Theory. **Ratio Juris**, Oxford, v. 18, p. 46-63, Mar., 2005. RuO. p. 407-20.

[22] LUHMANN, Niklas. Die Codierung des Rechtssystems. **Rechtstheorie**, [s.l.], n. 17, v. 2, 1986. P. 185. Sobre o tema: cf. HUBER, Thomas. **Systemtheorie des Rechts**. Die Rechtstheorie Niklas Luhmanns. Baden-Baden, Nomos, 2007. p. 193-4.

[23] Cf. RuO. p. 433.

[24] Aqui cumpre referir de passagem o modo como Kelsen analisa a história que ficou conhecida com o título "Der Hauptmann von Köpenick" (O capitão de Köpenick). Cf. KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 1. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 18.

[25] RR2. p. 217-8.

[26] Sobre as diferentes maneiras como validade e eficácia se relacionam cumpre apontar o seguinte escrito: cf. SILVA, Matheus Pelegrino da. Grundnorm im Licht des Kelsenschen Begriffs "Wirksamkeit". **Rechtstheorie**, Berlin, v. 46, n. 3, p. 405-20, 2015.

[27] "Como condição de uma completa observação do observar, de uma codificação universal e plenamente confiável segundo lícito/ilícito, surge no sistema do direito um estreito domínio de decisão juridicamente vinculativa – seja para afirmar, seja para modificar o direito. Trata-se aqui de um sistema parcial organizado, isto é, um sistema que se diferencia pela distinção entre membros e não membros do sistema. Os membros, em sua qualidade de membros, devem produzir decisões que se orientem pelos programas do sistema (que são mutáveis no interior da organização) e, portanto, pelas normas do direito. [...] Esse sistema [decisório] organiza um âmbito próprio de operações dispostas em rede circular. O direito se altera tendo em vista decisões jurídicas futuras, orientando-se segundo o direito então vigente, a partir do qual poderão resultar novas possibilidades de observações e oportunidades de mudar o direito. Para a diferenciação do condicionamento desse contexto de decisão (e só para esse intuito), esse sistema se descreve como hierarquia – seja ela de órgãos, seja de normas. Em todo caso, o que se tem é uma reprodução circular, recursiva de decisões jurídicas do processo primeiro. Para esse âmbito, para esse sistema de decisão do sistema do direito, desenvolveram-se formas bem estabelecidas de reflexividade. Essas formas se utilizam do formato bem estabelecido da dupla modalização, normatizam o normatizar, limitam o uso dessa possibilidade nas aplicações requeridas para o sistema. O caso mais conhecido é o da normatização das regras de procedimento, que, quando levadas em conta, conduzem a isso, uma vez que a decisão gerada tem, ela própria, força normativa. O caso limite é uma pura e simples norma de competência como encarnação do princípio da soberania do direito: o que sempre leva a que se tome uma decisão jurídica converte-se em direito." DdS. p. 193-4.

[28] "Ao contrário das teorias jurisprudenciais, da filosofia do direito ou de outras teorias do direito, que têm como objetivo o próprio uso no sistema jurídico ou que queiram apreender e assimilar o que faz sentido no sistema jurídico, a sociologia do direito dirige-se à ciência e não ao sistema jurídico. Por menor que seja a distância das formulações em teoria do direito (pois, em todo caso, trata-se sempre do direito), não se deve perder de vista essa diferença. Isso significa, sobretudo, que as análises dos capítulos a seguir deverão, rigorosamente, evitar implicações normativas. Os enunciados incidirão, todos, no nível do que a sociologia pode definir como fatos. Nesse sentido, todos os conceitos têm uma referência empírica. Claro que isso não significa que tais enunciados ficarão restritos ao que seja ou possa vir a ser corroborado pela pesquisa empírica no uso de seu instrumental metodológico costumeiro." DdS. p. 41.

[29] Nesse contexto cumpre apontar uma das formulações dadas por Kelsen à norma fundamental: "No silogismo normativo que funda a validade de um ordenamento jurídico a norma fundamental constitui-se da proposição de dever-ser que consiste na premissa maior: deve-se se comportar conforme a constituição posta e eficaz; a premissa menor é a proposição sobre o ser: a constituição de fato foi posta e é eficaz, ou seja, as normas postas em conformidade com ela são empregadas e cumpridas na maioria das vezes; e a [seguinte] proposição sobre o dever-ser é a conclusão: deve-se se comportar em conformidade com o ordenamento jurídico, ou seja, o ordenamento jurídico vale". RR2. p. 219.

[30] DdS. p. 19.

[31] Nesse sentido Luhmann observa: "O sociólogo observa o direito de fora, o jurista o observa de dentro. O sociólogo é atrelado unicamente por seu próprio sistema, que dele pode exigir, por exemplo, "investigação empíricas". O jurista, por sua vez, obedece somente ao seu próprio sistema; o sistema aqui, contudo, é o próprio sistema do direito. Assim, uma teoria sociológica de direito acabaria por ser uma descrição externa ao sistema do direito; não obstante, seria uma teoria adequada se descrevesse o sistema como algo que se descreve a si mesmo [...]. Já uma teoria jurídica do direito seria uma autodescrição do sistema de direito, e essa autodescrição teria de levar em conta que auto-observações e autodescrições de seu objeto só podem apreendê-lo se o distinguirem de outros objetos. Teriam de identificá-lo e, portanto, distingui-lo, para poder associar-se a ele". DdS. p. 21-2.

[32] "O que se pretende [...] é descrever o sistema jurídico como um sistema que se auto-observa e se descreve [...]. Além disso, a teoria dos sistemas obviamente trabalha com a distinção que lhe serve de linha mestra, ou seja, a distinção entre sistema e ambiente, e ela tem de indicar sempre a referência de sistema em relação ao qual alguma outra coisa será vista como ambiente. Se se considerar a capacidade de autodescrição de sistemas, inevitavelmente se chegará à diferença entre a autodescrição do sistema jurídico e sua descrição externa. Sob a rubrica 'teoria do direito', é possível efetivamente propor uma integração de ambas as perspectivas, mas a partir da teoria dos sistemas é preciso contar com abordagens que tornem a separar uma da outra, tão logo deem conta do que é especificamente requerido por uma teoria. O sentido desse tipo de descrição em teoria dos sistemas reside, sobretudo, na produção de uma conexão entre teoria do direito e teoria da sociedade – portanto, em uma reflexão do direito em teoria social". DdS. P. 31-2. Sobre a realização de distinções cumpre ainda referir a seguinte afirmação: "Só se chega à formação de um conceito quando se podem distinguir distinções. Um entendimento teórico do direito pressupõe um mínimo desse sentido". DdS. p. 35.

[33] Sobre a sociedade como ambiente do direito e como constituindo o universo de comunicações, do qual o direito constitui uma parte cumpre observar o seguinte texto: "Tendo chegado a essa questão sobre a distinção *do* direito, podemos dispor nossas cartas na mesa. A tarefa pode ser resolvida se se conseguir descrever o direito como um sistema autopoiético e autodistintivo. Esse programa teórico implica que o próprio direito produza todas as distinções e caracterizações e que a unidade do direito não seja nada mais que o fato da autoprodução, a "autopoiese". Segue-se que sociedade tem de ser vista como um ambiente social que possibilita essa autoprodução do direito e que, tanto mais, dá sustentação ao direito produzido". DdS. p. 40.

[34] DdS. p. 137.

[35] "Todos os componentes, toda mutabilidade e toda estrutura têm de ser produzidos no sistema, por meio de operações providas pelo próprio sistema. Em outras palavras, não existe nenhuma determinação de estrutura externa. Somente o próprio direito pode dizer o que o direito é. Assim, a produção de estruturas engendra-se de maneira circular, já que as próprias operações demandam estruturas a fim de, por referências recursivas, determinar outras operações. Não apenas a produção de operação por operação, mas também, *a fortiori*, a condensação e confirmação de estruturas por operações que orientam tais estruturas são realizações da autopoiese". DdS. p. 67.

[36] "[...] apenas o próprio sistema do direito pode originar seu fechamento, reproduzir suas operações, definir seus limites, *e não existe nenhuma outra instância na sociedade que poderia dizer:* '*isso é* lícito e *isso é* ilícito'". DdS. p. 93.

[37] Cf. CLAM, Jean. A Autopoiese no Direito. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.117-20.

[38] "[...] evitaremos enunciados sobre um mundo das ideias, sobre um peculiar plano de valores, normas ou um 'dever', no sentido de Kelsen, sem referência empírica. Não existe (para os sociólogos) nenhuma 'ideia do direito' acima do direito. Tampouco lhes cabe a representação de um 'direito supralegal' como um plano de validade especial acima da ordenação prática do direito, com base no qual seria possível examinar se o direito é propriamente direito ou não". DdS. p. 41-2.

[39] DdS. p. 67. O mesmo argumento é exposto de modo ainda mais explícito na seguinte passagem: "Diferentemente do que exigem os lógicos e do que pensava Kelsen, a *unidade* do sistema do direito *não é premissa operativa* do sistema do direito. Ela não pode ser conceituada nem como princípio, nem como norma. Sentença alguma deve mencionar, muito menos comprovar, a unidade do sistema. Lei alguma a nomeia na qualidade de parte constitutiva de suas regulamentações jurídicas. Em qualquer operação, a unidade se reproduz como resultado, assim como a unidade de um sistema vivo se reproduz pelo intercâmbio de células. No entanto, a unidade não pode, ela própria, *ser* uma operação do sistema, pois uma operação desse tipo alteraria o que pertence à unidade pelo simples fato de sua própria execução. Por isso, para a sua execução operativa o direito tampouco requer uma estrutura hierárquica com a função de garantir a unidade do direito mediante uma norma superior capaz de referência, uma lei superior (a Constituição) ou uma instância superior. Tais representações têm sentido como descrições do sistema no sistema; ainda voltaremos a esse ponto. Mas não depende delas chegar a realizar as comunicações no sistema do direito, e isso significa que sejam compreendidas e obedecidas. A unidade *do* sistema não significa introdução no sistema". DdS. p. 98. Cf. DdS. p. 251. LUHMANN, Niklas. **Rechtssoziologie**. 3. Aufl. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987. p. 358. BOLSINGER, Eckard. Autonomie des Rechts? Niklas Luhmanns soziologischer Rechtspositivismus – Eine kritische Rekonstruktion. **Politische Vierteljahresschrift**, [s.l.], 42. Jg., Heft 1, 2001. p. 16. ROTTLEUTHNER, Hubert. Biological Metaphors in Legal Thought. In: TEUBNER, Gunther (Org.). **Autopoietic Law**: A New Approach to Law and Society. Berlin: de Gruyter, 1987. p. 118-9.

[40] A interpretação da norma fundamental como tendo por função explicar a origem da validade do ordenamento jurídico tem sido sustentada por Stanley L. Paulson em seus últimos escritos. Cf. PAULSON, Stanley L. A 'Justified Normativity' Thesis in Hans Kelsen's Pure Theory of Law? Rejoinders to Robert Alexy and Joseph Raz. in: KLATT, Matthias (Ed.) **Institutionalized Reason**. The Jurisprudence of Robert Alexy. Oxford: Oxford University Press, 2012. P. 93 e 111.

[41] Sobre as origens da teoria da norma fundamental, cf. WALTER, Robert. Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm. In: WALTER, Robert (Hrsg.). **Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre**. Wien: Manz, 1992. p. 47-59. Cabe também mencionar que no prefácio da segunda edição de seu *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* Kelsen aponta as contribuições que Verdross e Pitamic ofereceram à teoria da norma fundamental. Cf. KELSEN, Hans. **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre**: Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. 2. Aufl. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 192. p. XIV-XV.

[42] Cf. KELSEN, Hans. **Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung**. In: JESTAEDT, Matthias (Hrsg.). Hans Kelsen Werke. Veröffentlichte Schriften 1911-1917. Band. 3. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. p. 371.

[43] Cf. VERDROSS, Alfred. Die Neuordnung der gemeinsamen Wappen und Fahnen in ihrer Bedeutung für die rechtliche Gestalt der österreichisch-ungarischen Monarchie. In: **Juristische Blatter**, [s.l.], XLV Jahrgang, Nr. 11, 12. März 1916. p. 123.

[44] PITAMIC, Leonidas. Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft, in: MÉTALL, Rudolf Aladár (Hrsg.). **33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre**. Wien: Europaverlag, 1974, p. 303.

[45] O caráter explicativo da norma fundamental é exposto de modo muito claro na seguinte passagem: "Ela[, a norma fundamental] quer apenas tornar consciente, o que todos os juristas – na maioria das vezes de modo inconsciente – fazem, quando eles ao compreender seu objeto de fato rejeitam um jusnaturalismo, a partir do qual a validade do ordenamento de direito positivo poderia ser deduzido, e ainda assim compreendem este direito positivo como um ordenamento válido, não como mero fato de uma relação de motivação, mas sim como norma. Por meio da teoria da norma fundamental a teoria pura tenta apenas expor as condições lógico-transcendentais do método do conhecimento do direito positivo já praticado por meio de uma análise do processo fático [no qual ele ocorre]". KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 1. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 77-8.

[46] KELSEN, Hans. **General theory of law and state**. Tradução de Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 4. De modo semelhante, porém sem fazer referência à noção de economia de pensamento, afirma-se na segunda edição da *Teoria pura do direito* o seguinte: "Uma teoria do direito precisa antes de tudo determinar conceitualmente seu objeto. A fim de se chegar a uma definição do direito é aconselhável primeiramente partir do uso da linguagem, ou seja, determinar o significado que a palavra "direito" possui na língua alemã e de suas equivalentes[, equivalentes desta palavra,] em outras línguas (*law, droit, diritto* etc)". RR2. p. 31-2.