

# O ACESSO À JUSTIÇA, EFETIVIDADE DO DIREITO E A TEORIA DOS PRECEDENTES À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS DE LUHMANN

Sílvia Leiko Nomizo<sup>1</sup>

Viviane Teles de Magalhães Araújo<sup>2</sup>

Wanessa de Cássia Françolin<sup>3</sup>

Resumo: O ordenamento jurídico de um país representa um sistema de normas criadas para regulamentar o convívio social, que visa a pacificação social, constituindo-se em um todo organizado, racional e planejado metodicamente. Quando da formação de um ordenamento jurídico, surge a necessidade de se analisar qual a teoria sistemática será utilizada. Dentre as inúmeras teorias existentes, surge a Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos, formulada pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann, fundada na *autopoiese*, que representa um rompimento com as tradicionais teorias de sistematização existentes. A partir do estudo da teoria luhmanniana, surgiu a necessidade de averiguar se ela se faz pretende na sistematização do ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, traçou-se como objetivo desta pesquisa a verificação da aplicabilidade de teoria autopoietica de Luhmann em

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direitos Humanos pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Mestra em Direito pelo UNIVEM – Centro Universitário Eurípedes de Marília; Advogada.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito Constitucional pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Mestra em Direito (Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos) pela UNIMEP - Universidade Metodista de Piracicaba/SP; Advogada.

<sup>3</sup> Doutoranda em Direito Processual Civil pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Mestra em Direito Processual Civil pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Advogada.

relação à temática do acesso à Justiça, efetividade do Direito e teoria dos precedentes judiciais. O trabalho foi desenvolvido com adoção métodos qualitativo e hipotético-dedutivo, por meio de pesquisas de natureza bibliográfica e documental em acervo impresso e digital. À guisa de conclusão, foi possível identificar que o sistema jurídico brasileiro, apresenta importes nuances de um sistema social autopoietico, haja vista que o seu centro é ocupado pelo Poder Judiciário, que assegura o fechamento do sistema, o que não impede a sua abertura cognitiva no processo de solução de conflitos surgidos em seu interior.

Palavras-Chave: Ordenamento jurídico; Sistema e ambiente; Autopoiese; Fechamento operacional; Abertura cognitiva.

#### ACCESS TO JUSTICE, EFFECTIVENESS OF LAW AND THE THEORY OF PRECEDENTS IN THE LIGHT OF LUHMANN'S THEORY OF AUTOPOIETIC SOCIAL SYSTEMS

Abstract: The legal order of a country represents a system of norms created to regulate social interaction, which aims at social pacification, constituting an organized, rational and methodically planned whole. When forming a legal order, there is a need to analyze which systematic theory will be used. Among the numerous existing theories, comes to sight the Theory of Autopoietic Social Systems, formulated by the German sociologist Niklas Luhmann, based on *autopoiesis*, which represents a break with the existing traditional theories of systematization. Do estudo da teoria luhmanniana surgiu a necessidade de saber se ela está presente na sistematização do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o objetivo desta pesquisa é verificar a aplicabilidade da teoria autopoietica de Luhmann em relação ao tema do acesso à justiça, da eficácia do direito e da teoria dos precedentes judiciais. The work was developed using qualitative and hypothetical-deductive methods, through bibliographic and

documentary research in print and digital collections. In conclusion, it was possible to identify that the Brazilian legal system has important nuances of an autopoietic social system, given that its center is occupied by the Judiciary, which ensures the closing of the system, which does not prevent its cognitive opening in the process of solving conflicts that have arisen within it.

Keywords: Legal order; System and environment; Autopoiesis; Operational closure; Cognitive opening.

## INTRODUÇÃO



compreensão sistemática do ordenamento jurídico de um determinado país exige a análise das teorias que subsidiam o processo de sua construção científico-jurídica.

Partindo dessa diretriz, o presente trabalho terá como objetivo apresentar a Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos, formulada pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann, de modo a destacar, a partir do conceito fundamental de *autopoiese*, as nuances de sua sofisticada arquitetônica conceitual tendo em vista a sua particular forma de observar e de descrever o Sistema do Direito.

Por certo, em face da natureza desse trabalho, deixarão de ser vistos muitos dos possíveis desdobramentos dessa teoria. No entanto, além de fornecer um panorama da teoria, de forma a estimular a possibilidade de desenvolvimento futuro, pretende-se, ainda, exercitar a sua aplicação, articulando a relação entre a teoria luhmanniana com os temas do acesso à Justiça, à efetividade do Direito e a teoria dos precedentes.

O objetivo geral do trabalho consiste em apresentar aos leitores os principais aspectos que circundam a teoria apresentada por Luhmann, enquanto os objetivos específicos são: apresentar a temática da autopoiese e suas principais características;

expor os principais aspectos acerca da teoria dos sistemas de Luhmann; explicar os principais elementos sobre a autopoiese do sistema jurídico, a partir da visão de Luhmann; estabelecer uma relação entre o conteúdo a teoria autopoietica de Luhmann e com a temática do acesso à Justiça, efetividade do Direito e teoria dos precedentes judiciais.

Para a realização do trabalho, adotou-se a metodologia baseada na realização de pesquisas de cunho bibliográfico e documental, em material impresso e digital, com o emprego dos métodos qualitativo e hipotético-dedutivo, a partir das leituras dos textos que abordam a temática do trabalho proposto.

Ao final, serão destacadas as considerações finais acerca estudo realizado, com a expectativa de contribuir para a ampliação do conhecimento da teoria do importante expoente do Direito, que é Niklas Luhmann.

## TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS DE LUHMANN: ANÁLISE DE SEUS PRESSUPOSTOS

A denominada teoria dos sistemas sociais encontra em Niklas Luhmann<sup>4</sup> seu maior expoente. Nela, o autor desenvolve o seu pensamento a partir da constatação de que determinados eventos se repetem e, também, de que estes eventos se relacionam entre si.

Para Luhmann, para identificarmos o sistema é necessária uma operação cognitiva inaugural: conhecer é distinguir. Mas, distinguir o que? Para a teoria dos sistemas sociais ao distinguir algo dentro de um todo já estaria indicando este objeto que foi diferenciado dos demais e será essa a primeira

---

<sup>4</sup> Niklas Luhmann (1.927-1.998) nasceu na Alemanha e formou-se em Direito, tendo sido professor e realizado estágio de pesquisa em Harvard, em 1960, quando teve contato com a Teoria Social de Talcott Parsons que já estudava um modelo de sistema “funcionalista”. O autor escreveu 48 livros e mais de 417 artigos científicos (Cf. *Dicionário de Filosofia do Direito*, Leonel Severo Rocha, coord.: Vicente de Paulo Barretto, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 550).

característica do que foi formado.

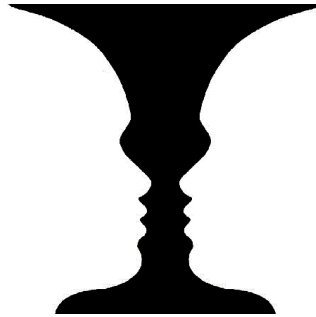
Valemo-nos da definição do próprio Luhmann sobre o sistema como diferença “O ponto de partida de uma Teoria dos Sistemas para a sociologia deve derivar de um preceito teórico baseado na diferença. [...] O que muda na atual compreensão da Teoria dos Sistemas, em relação aos avanços alcançados nos anos 1950 e 1960, é uma formulação mais radical, na medida em que se define o sistema como a *diferença* entre sistema e meio. Tal formulação necessita de um desenvolvimento explicativo, já que se apoia em um paradoxo de base: o sistema é a *diferença* resultante da *diferença* entre sistema e meio. [...] Assim, a Teoria dos Sistemas não começa sua fundamentação com uma unidade, ou com uma cosmologia que represente essa unidade, ou ainda com a categoria do ser, mas sim com a diferença.”<sup>5</sup>

É o observador quem separa e faz as distinções e, com isso, é possível verificar uma forma, isto é, um sistema (forma) que se diferencia do (seu) ambiente (fundo). Apenas para ilustrar o que se expõe, podemos fazer uso da imagem (*Gestalt*), em que cabe ao observador definir, por exemplo, qual a primeira percepção, isto é, a diferença entre forma e fundo.

No caso da imagem clássica: (i) forma: a taça ou o vaso, fundo escuro; (ii) forma: duas faces frente a frente, fundo claro. Um é apenas um ambiente ou, então, que teremos duas faces e a área em preto seria o ambiente. É preciso, necessariamente, fazer a separação e a distinção (que poderia ser a de sistema/ambiente no caso da Teoria dos Sistemas) para continuarmos a estudar o objeto:

---

<sup>5</sup> *Introdução à teoria dos sistemas*, 2ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2010, p. 80-81.



O sistema pode ser de diferentes ordens: aquelas relacionadas aos seres vivos (sistemas fisiológicos), outras ligadas à personalidade (sistemas psíquicos) e a das relações sociais, onde a comunicação é o fato preponderante e que pretende dar conta da complexidade da sociedade atual (reescrever).

Luhmann, nesse aspecto, inspira-se no trabalho do matemático Georg Spencer-Brown (*Law of Forms*). Estudando essa relação, Willis S. Guerra Filho explica que “Fazer uma distinção é traçar uma marca, para indicar o que está de um lado e do outro de um certo limite (*boundary*). O estado das coisas, depois de feita uma marca, é um outro estado, pois dele (e nele) já se conhece algo, graças a distinção que se fez. A primeira distinção é também a primeira marca, e se revela como sendo o próprio sujeito que a fez, enquanto se autopercebe como distinto do e no mundo. A forma dessa primeira distinção é o que se considera a forma. Para prosseguir distinguindo (e conhecendo), há momentos em que se tem que fazer a reentrada na forma (“*re-entry in the form*”), (re-)introduzindo a distinção na distinção, fazendo uma segunda marca, obtendo, assim, um outro estado de conhecimento das coisas”.<sup>6</sup>

Segundo Marcelo Neves “A teoria dos sistemas sociais, para Luhmann, é a forma mais adequada de realizar a análise da atual complexidade do mundo, ultrapassando as formas clássicas dentro da sociologia, pois é uma teoria que trabalha, ela mesma,

---

<sup>6</sup> *A autopoiese do Direito na Sociedade Informacional*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.42-43.

com o conceito de complexidade e se adapta à multicentralidade existente, sem impor um único ponto de apoio para a observação do mundo, seja a socialização, as trocas simbólicas, ou as lutas entre capital e trabalho.”<sup>7</sup>

A teoria dos sistemas é pensada de modo a considerar inicial e sequencialmente o seguinte esquema:

- O ambiente
  - O sistema social (geral)
    - Os diversos subsistemas (exs.: político, religioso, econômico, artístico e jurídico)

É interessante observar que a teoria dos sistemas, para Luhmann, partiu da compreensão da Sociologia para depois atingir a teoria jurídica, de modo que não é focada exclusivamente no Direito, sendo este apenas um dos subsistemas em que é possível a sua aplicação.

## ORIGEM DA TEORIA

Luhmann fez estudos interdisciplinares para construir, ao longo dos anos, a sua teoria dos sistemas sociais, valendo-se de conceitos de outras ciências (sociais, biológicas e exatas) para dar conta da complexidade do seu objeto de estudo. É certo que os estudos dos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, que defendiam que os organismos vivos seriam sistemas fechados e autopoieticos – sem que, com isso, se pudesse concluir que esses sistemas vivos não viessem a ter contato com o seu ambiente –, influenciaram sobremaneira os estudos de Luhmann no que se refere à sua concepção de sociedade como sistema.

Segundo Luiz Cláudio Moreira Melo Júnior<sup>8</sup>, “Se por um lado a noção de sistema que se generalizou na sociologia foi a

---

<sup>7</sup> Entrevista publicada na revista Plural, Sociologia USP, São Paulo, 11: 121-133, 2º sem., 2014. P. 121.

<sup>8</sup> MELO JÚNIOR, Luiz Cláudio. A teoria dos sistemas sociais em Niklas Luhmann. In: *Revista Sociedade e Estado*. vol. 28. n. 3. setembro/dezembro 2013, p. 716.

concepção de sistema social aberto de Parsons, que enfatiza a troca de elementos (energia, pessoas, informação) entre os sistemas, em Luhmann encontramos uma mudança radical de perspectiva que considera, a exemplo dos organismos vivos, que os “sistemas sociais operam [...] fechados sobre sua própria base operativa, diferenciando-se de todo o resto e, portanto, criando seu próprio limite de operação” (p. 79). Ao mesmo tempo, “o fechamento é a condição da abertura do sistema ao ambiente: o sistema só é capaz de estar atento e responder à causalidade externa por meio das operações que ele próprio desenvolveu” (p. 79). As diferenças entre sistema e entorno, o fechamento operacional e a autorreferência são processos definidores dos sistemas sociais.”

Oportuna, ainda, esta outra análise, feita por Gotthard Bechmann e Nico Stehr<sup>9</sup> “os sistemas se formam ao se distinguirem do ambiente, no qual esses eventos e operações ocorrem, e que não pode ser integrado a suas estruturas internas. Contrastando com seu mentor anterior Talcott Parsons, que definia sistemas por meio da presença de normas e padrões de valores partilhados coletivamente, Luhmann parte de um conceito de sistema formado de maneira estritamente relacional. Sua noção assenta-se na ideia de que uma fronteira constitutiva que permite a distinção entre dentro e fora. Cada operação de um sistema (no caso de sistemas sociais: cada comunicação) (re)produz essa fronteira encaixando-se numa rede de futuras operações, na qual, simultaneamente, ele ganha sua própria unidade/identidade.”

Adotadas estas premissas e feitos estes registros históricos, é possível verificar, desde logo, a característica principal da teoria dos sistemas adotadas por Luhmann: distinção entre sistema e ambiente.

## DISTINÇÃO ENTRE SISTEMA E AMBIENTE

---

<sup>9</sup> “Niklas Luhmann”, publicado na revista *Tempo Social, Rev. Sociol. USP*, São Paulo, 13(2): 185-200, novembro de 2001, p. 190.



Um conceito fundamental da teoria dos sistemas é, para Luhmann, a absoluta distinção entre sistema e ambiente. Essa afirmação levou o autor a definir que a sociedade não se confunde com as pessoas, pois estas são pertencentes ao ambiente, sendo que a sociedade consiste em um sistema autopoiético baseado na comunicação.

Esta definição de que a sociedade não se confunde com as pessoas chegou a gerar críticas à teoria do sistema, uma vez que seria uma leitura não humanista, o que, parece-nos ser uma leitura equivocada, tendo sido este ponto bem esclarecido por Marcelo Neves<sup>10</sup>, um dos grandes conhecedores do autor no Brasil. De acordo com ele: “[...] quando Luhmann afirma que o homem é um problema para a sociedade e a sociedade é um problema para o homem, ele assume um ‘anti-humanismo metodológico’, ao qual, como afirmou um de seus discípulos por ocasião de sua morte, subjaz, de certa maneira, um grande respeito pelo homem, ou seja, um ‘humanismo ético’. [...] É evidente que não pode haver sociedade (pois não pode haver comunicação) sem que haja o homem. O homem é uma condição de possibilidade da comunicação e da sociedade. A sociedade depende do homem como condição ambiental para existir. Assim como o homem precisa de determinadas condições atmosféricas para viver, sem que a atmosfera seja parte do homem. [...] ou seja, a sociedade e homem são interdependentes, mas se diferenciam um do outro.”

Valemo-nos novamente de Gotthard Bechmann e Nico Stehr<sup>11</sup> para destacar que “A sociedade não tem o caráter de sujeito – nem mesmo no sentido enfático transcendental, como uma condição da possibilidade de ideias subjacentes definitivas ou de mecanismos de qualidades humanas. Não é um endereço

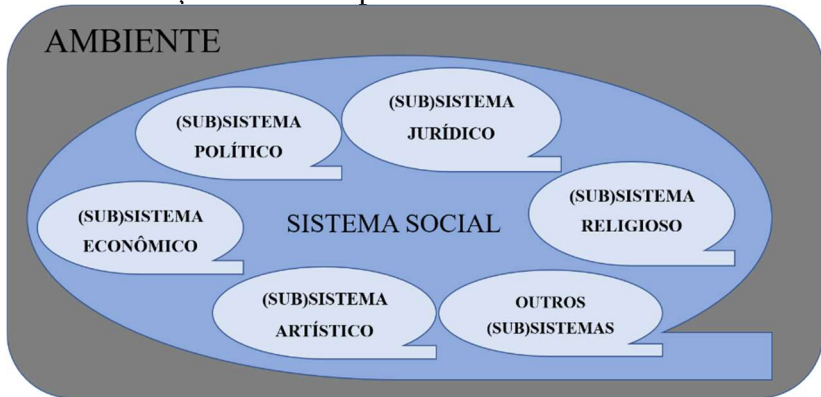
---

<sup>10</sup> Entrevista publicada na revista *Plural*, Sociologia USP, São Paulo, 11: 121-133, 2º sem., 2004. p. 121.

<sup>11</sup> “Niklas Luhmann”, publicado na *Revista Tempo Social*, Rev. Sociol. USP, São Paulo, 13(2): 185-200, novembro de 2001, p. 192.

para apelos humanos de ação, e certamente não um lugar para reivindicar igualdade e justiça em nome de um sujeito autônomo. A sociedade é a redução comunicativa definitiva possível que separa o indeterminado do que é determinável, ou o que é processável da complexidade improcessável.”.

A distinção entre ambiente e os sistemas que os integra é usualmente exposta em forma gráfica, conforme pode se observar da ilustração elaborada pelas autoras do trabalho:



Identificado, portanto, este recorte, cumpre destacar o que, para Luhmann caracteriza a sociedade ou o sistema social.

## SOCIEDADE É COMUNICAÇÃO

Outro avanço na teoria dos sistemas idealizada por Luhmann refere-se ao fato de que somente existe uma sociedade e esta é mundial, deixando de lado conceitos tão caros naquele momento (e arrefecidos atualmente) relacionados a fronteiras e guetos.

Sociedade (*Gesellschaft*) pode ser definida nos seguintes moldes “A sociedade é um tipo particular de sistema social. É um sistema social que compreende internamente todas as comunicações. Conseqüentemente, não há comunicação fora da sociedade. [...] Ao contrário do que afirma a sociologia tradicional, a sociedade, como sistema, não tem como elementos próprios

indivíduos, relações entre indivíduos ou papéis, mas sim comunicações. Além disso, os limites da sociedade não são territoriais, mas os limites da comunicação. Os homens, considerados sistemas psíquicos e seus corpos orgânicos, encontram-se no ambiente da sociedade. Com eles, a sociedade interage como sistemas que integram o ambiente.”<sup>12</sup>

Com essa definição de sociedade, Luhmann não apenas reconfigura o objeto da Sociologia, vai além: avança na tarefa de redesenhar a própria Sociologia e seus parâmetros de cientificidade.

A Teoria da Sociedade é aquela que “[...] Fornece uma autodescrição da sociedade a partir da perspectiva da ciência. Trata-se de uma perspectiva interna da sociedade que tematiza a mesma sociedade. Sendo produto de um sistema parcial auto-poietico, a teoria da sociedade não ‘reflete’ nenhuma realidade objetiva; em vez disso, produz uma perspectiva particular sobre a mesma sociedade, entre outras produzidas em outros sistemas sociais. Em virtude de sua cientificidade, a descrição sociológica se diferencia das demais porque pode incluir o observador. A sociologia sabe que sua descrição da sociedade é um produto interno da própria sociedade. Precisamente por isso, a sociologia pode refletir sobre as condições estruturais de tal descrição.”<sup>13</sup>

Observe-se que aqui está se tratando da teoria dos sistemas de forma geral e não especificamente do Direito que possui as características específicas de cada subsistema (ou sistema parcial), mas que, ainda assim, não deixa de atender a um conceito geral ou supranacional de Direito em muitos princípios envolvidos e que acabam sendo internalizados pelos países.

## A AUTOPOIESE: ORIGEM E CONCEITO

Antes de adentrar na temática acerca da Teoria dos

---

<sup>12</sup> “*Sociedad*”. Verbete. In: *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*, p. 154.

<sup>13</sup> “*Sociedad*”. Verbete. In: *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*, p. 154.

Sistemas de Luhmann, é preciso discorrer acerca de sua abordagem sobre a autopoiese, ou *autopoiesis*, um termo originalmente grego que significa “criação própria” (auto – própria; poiesis – criação).

A autopoiese, em verdade, foi um termo utilizado na biologia para explicar e designar a capacidade de alguns animais em procriar por si mesmos como um organismo autossuficiente, mais especificamente nos estudos dos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varella, nos quais se inspirou o sociólogo e jurista Niklas Luhmann para propor a sua teoria dos sistemas sociais.

Nesse sentido, “Na teoria de Luhmann a noção de sistema é central. E é no conceito de sistema desenvolvido pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varella que o autor vai se inspirar para propor uma teoria dos sistemas sociais e uma teoria da sociedade contemporânea. Para Maturana e Varella, os organismos vivos, tal como um vegetal, um animal ou uma bactéria são sistemas fechados, autorreferenciados e autopoieticos. Isso não quer dizer que “tais sistemas são isolados, incomunicáveis, insensíveis, imutáveis, mas sim que as ‘partes’ ou os ‘elementos’ de tais sistemas interagem uns com os outros e somente entre si”. Daí a ideia de fechamento operacional dos sistemas.”<sup>14</sup>

E, em que pese tal inspiração, Luhmann não pretendeu dar a autopoiese, no campo das ciências sociais, a mesma orientação dada no campo das ciências biológicas. Em verdade, o conceito de autopoiese ganhou nova roupagem, uma outra dimensão quando Luhmann se dirige às sociedades como sistemas de comunicação autopoieticamente organizados, com margem a uma reelaboração do conteúdo da autopoiese. Portanto, é muito mais que uma analogia em relação ao conceito original no

---

<sup>14</sup> MELO JÚNIOR, Luis Cláudio Moreira. A Teoria dos Sistemas Sociais em Niklas Luhmann. In: *Revista Sociedade e Estado*. vol. 28. n. 3. Setembro/Dezembro/2013. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/sociedade/article/view/5845/5290>. Acesso em: 20 maio 2021.

campo da biologia.

Desta forma, em respeito aos limites e contornos do presente trabalho e consequente impossibilidade de esgotar o tema, é importante destacar que Niklas Luhmann aplicou o conceito da autopoiese a seus estudos de sociologia, no sentido de que existem, no ambiente, vários sistemas menores dentro de um sistema maior, o sistema social. E ainda, observou Luhmann que, a “Teoria dos Sistemas foi se constituindo em um sistema de auto observação, recursivo, circular, autopoietico, dotado de uma dinâmica intelectual própria e fascinante, [...]”<sup>15</sup>

Luhmann, então, passa a explicar os sistemas sociais, seu funcionamento e desenvolvimento, os seus processos e operações, sempre vislumbrando a evolução desses sistemas a partir de seus próprios movimentos e características, de sua autoprodução.

Nesse modelo de sistema as estruturas são autoconstruídas, tudo funciona dentro de uma estrutura já existente e auto-organizada. Não há sentido para os sistemas fora de si mesmos. O sentido da lógica autopoietica é o estabelecimento de limites entre o sistema e o ambiente, daí a sua seletividade em relação a impulsos e estímulos externos, sempre nos limites que a sua própria atividade admite. Cada sistema se limita em si, é sempre seu próprio instrumento. O que, de fato, tem relevância é a afinidade entre os elementos que a integram e a sua interação, a sua operação.

Conforme Willis Santiago Guerra Filho, “Sistema autopoietico é aquele dotado de organização autopoietica, em que há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização pela relação reiterativa (“recursiva”) entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente, mas sim

---

<sup>15</sup> MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. In: *Tempo Social – Revista de Sociologia*. USP. São Paulo, v. 18, n.1, p. 351-373, junho.2006, p. 356.

por sua própria organização, isto é, pelo relacionamento entre seus elementos. Essa autonomia do sistema tem por condição sua clausura, quer dizer, a circunstância de o sistema ser ‘fechado’, do ponto de vista de sua organização, não havendo ‘entradas’ (*inputs*) e ‘saídas’ (*outputs*) para o ambiente, pois os elementos interagem no e através dele, que é ‘como o agente que conecta as extremidades do sistema (como se fosse uma gigantesca sinapse) e o mantém fechado, autopoietico’.”<sup>16</sup>

Outro ponto importante a se ater, é que mesmo dentro desse sistema maior que é o sistema social, os subsistemas, que também são autopoieticos, fechados, não tomam os demais subsistemas como sistemas, mas sim como meio. Tudo que não compõe um determinado sistema é meio e não os influencia, a não ser pelos estímulos que recebem respeitando a seletividade imposta por cada sistema.

Sendo assim, pela Teoria dos Sistemas de Luhmann, nenhum sistema adota elementos de outro sistema para desenvolver suas próprias operações e alterar suas estruturas, não há essa troca, já que esse comportamento provocaria a descaracterização do sistema que se abre, o qual seria confundido com o ambiente.<sup>17</sup>

## O SISTEMA FECHADO E O SISTEMA ABERTO

Conecta-se com o conceito de autopoiese apresentado por Luhmann a constatação de que, ainda que o sistema seja autopoietico, que se apresente fechado e autossuficiente, é um sistema que tem como função agir para resolver conflitos e dirimir complexidades do ambiente. Para isso, este sistema precisa se abrir, de certa forma, a receber “irritações”, “ruídos”, “perturbações”, estímulos externos para desenvolver a dinâmica de sua

---

<sup>16</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>17</sup> DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 155

operação, mas respeitando os limites de sua originalidade, sem alterar suas estruturas, moldando tais estímulos para que se integrem aos seus processos. E, por isso, essa abertura é seletiva e o sistema é quem define quais desses estímulos serão absorvidos e utilizados para integrar suas operações e proporcionar a resolução das citadas complexidades.

O autor também reflete que o sistema é autorreferente e autopoietico ao afirmar: “Quanto maior a ênfase da teoria dos sistemas no fechamento operativo de sistemas autopoieticos, é de modo mais urgente que se coloca a questão de como as relações entre o sistema e seu ambiente se forma sob essa condição, pois nem a realidade, nem a relevância causal do ambiente são negados (se assim não fosse, não se poderia nem falar em diferença, diferenciação, etc). Fechamento operativo significa tão somente que a autopoiese do sistema pode ser executada unicamente com suas próprias operações e que a unidade do sistema pode ser reproduzida somente com as operações do próprio sistema, e, no sentido inverso, o sistema não pode operar em seu ambiente; portanto, não pode se ligar a seu ambiente usando as próprias operações do sistema.”<sup>18</sup>

A exemplo do sistema jurídico, podemos fazer um paralelo que esclarece bem a teoria dos sistemas, já que este não recebe em sua operação elementos externos de outros sistemas como a moral e a política, sob pena de se estabelecer um cenário permanente de discussões sobre tais conteúdos. Contudo, o direito pode assimilar, ou seja, pode receber os “estímulos” desses outros sistemas, como, por exemplo, absorver valores morais e transformá-los em elementos jurídicos e assim seguir na sua operação e responder ao meio ambiente na medida de sua necessidade.<sup>19</sup>

O sistema, então, opera e produz a si mesmo num

---

<sup>18</sup> *O Direito da sociedade*, São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 589.

<sup>19</sup> DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 155.

movimento que o leva a evolução, nessa dinâmica o sistema atende, dentro dos seus limites, o meio ambiente e suas complexidades.

Os sistemas, portanto, são autônomos em relação às suas operações, e nesse ciclo de operações é que identificam o que é relevante e o que é indiferente em relação aos citados estímulos externos para as suas operações e, conseqüentemente, transformam suas estruturas sem a influência de nenhuma operação externa, sem a criação e nem invenção de novos procedimentos, o que há, em verdade, é a “produção de um novo contexto” a partir desses estímulos trazidos à sua operação interna se utilizando das mesmas condições elementares.<sup>20</sup>

Assim é que, num processo interno os sistemas seguem elaborando suas operações e a partir disso percebendo e detectando quais “irritações” e “perturbações”, como estímulos externos, são importantes e/ou indiferentes para o processo, já que não há indicação de que o sistema deva se ater a todo e qualquer estímulo externo.<sup>21</sup> Enfim, um sistema operacionalmente fechado se abre cognitivamente, no limite de seus interesses e de sua autorreferência, tornando possível a resposta ao meio ambiente e seus enredamentos.<sup>22</sup>

## O DIREITO COMO SUBSISTEMA AUTOPOIÉTICO

O subsistema do Direito, segundo a teoria de Luhmann, não difere dos demais subsistemas sociais, tais como o

---

<sup>20</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 2 ed. São Paulo: Ed. Vozes, 2010, p. 122.

<sup>21</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 2 ed. São Paulo: Ed. Vozes, 2010, p. 120.

<sup>22</sup> ALFERES, Eduardo Henrique. *Autopoiese do Direito*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/autopoiese-do-direito/>. Acesso em: 15Maio2021. “Luhmann denomina de “dupla contingência dos sistemas” o fato de eles operarem de maneira fechada normativamente e ao mesmo tempo operam de maneira aberta cognitivamente, “na qual a assimetria entre o sistema e seu ambiente os força a uma recíproca adaptação e mudanças”



econômico, o político o religioso etc., que compõem o sistema social, pois sua origem e principais características e pressupostos que foram expostos acima o enquadram como um sistema autopoietico.

Sem o intuito de esgotar a amplitude do tema, far-se-á uma breve análise sobre a autopoiese do sistema jurídico, fundado no pensamento de Niklas Luhmann, mediante apresentação dos principais pontos relacionados ao assunto, tais como: o surgimento do sistema jurídico autopoietico, o acoplamento estrutural, o fechamento operacional e a abertura cognitiva do sistema, a funcionalidade do sistema jurídico, o código binário lícito/ilícito (*Recht/Unrecht*), e os principais elementos que compõem o sistema em testilha.

Alberto Febbrajo e Fernando Rister de Souza Lima, esclarecerem que “Conceitualmente, o direito autopoietico apresenta-se como superação de uma conexão hierárquica do ordenamento jurídico que autoritariamente atribuir limites às suas possibilidades de mudanças (e numa perspectiva hierárquica só pode mudar as normas se tal mudança permanecer entre os limites postos pelas normas superiores).”<sup>23</sup>.

Rudolf Stichweh, citado por Willis Santiago Guerra Filho, ao tratar do surgimento do sistema jurídico autopoietico, destaca que: “De importância decisiva, neste contexto, é a consumação, no sistema do Direito, da evolução ocorrida no sistema da ciência, o qual, como o primeiro, no início da era moderna, encontrava-se “alopoieticamente” orientado para um conhecimento transmitido pelas mais diversas fontes, não-científicas. A passagem para um sistema autopoietico dá-se quando a ciência se estrutura no sentido de permitir a constante aquisição de novos conhecimentos, por ela mesma produzidos, em vez de ter como objetivo a manutenção de um conhecimento transmitido

---

<sup>23</sup> FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Souza. Autopoiese. In: Enciclopedia Jurídica da PUCSP. Disponível em: >>>; Acesso em: 29 maio 2021, n.p.

tradicionalmente.”<sup>24</sup>.

Esclarecendo a observação acima, apresenta-se brevemente o conceito de alopoiese, abordado por Marcelo Neves, “Derivado etimologicamente do grego alo (‘um outro’, ‘diferente’) + poiesis (‘produção’, ‘criação’), a palavra designa a (re) reprodução do sistema por critérios, programasse códigos de seu meio ambiente.”<sup>25</sup>.

Deste modo o sistema alopoiético, de acordo com o referido autor é determinado “por injunções diretas do mundo exterior, perdendo em significado a própria diferença entre sistema e meio ambiente. Por outro lado, bloqueio alopoiético do sistema é incompatível com a capacidade de reciclagem (abertura cognitiva) e, por conseguinte, com a própria noção de referência ao meio ambiente como interrupção da interdependência dos componentes sistêmicos.”<sup>26</sup>.

Ou seja, um sistema alopoiético é aquele cuja evolução e alteração decorrente de influência direta do meio ambiente, constituindo-se em verdadeiro sistema aberto, o que se mostra oposto à ideia de evidente e necessária separação entre sistema e meio ambiente, defendida por Luhmann, que torna o subsistema jurídico um sistema fechado, cuja abordagem será realizada adiante.

Conclui-se, portanto, que o sistema jurídico luhmanniano não é fundado em princípios (teorias tradicionais alopoiéticas do Direito) e também não se confunde com o sistema jurídico proposto por Kelsen, segundo o qual a Ciência do Direito tem por objeto a norma (dever-ser prescritivo), sendo a proposição jurídica (dever-ser descritivo) a construção que se obtém por

---

<sup>24</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 215-216.

<sup>25</sup> NEVES, Marcelo. Da autopoiese à alopoiese do Direito. In: PERNANBUCO, Universidade Federal de. *Anuário do Mestrado em Direito*. n. 5. Recife-PE, 1992, pp. Disponível em: [https://www.academia.edu/40641713/Da\\_Autopoiese\\_%C3%A0\\_Alopoiese\\_do\\_Direito](https://www.academia.edu/40641713/Da_Autopoiese_%C3%A0_Alopoiese_do_Direito). Acesso em: 01 jun. 2021. p. 287.

<sup>26</sup> Idem, p. 287.

meio do estudo da norma, podendo-se, a seu respeito, a partir de um exame lógico-formal, afirmar a veracidade ou não, sendo que o critério lógico para se conferir unidade ao sistema seria a norma hipotética fundamental.

E é nesse contexto que Luhmann, diferentemente de Kelsen, identifica como sendo a comunicação o elemento identificador da sociedade e faz com que se reflita também no sub-sistema do Direito, possibilitando a introdução de novos elementos exteriores para a solução dos conflitos indicando serem os tribunais (e não a norma hipotética fundamental) o elemento de fechamento do sistema.

Ambos os teóricos são positivistas, mas a teoria dos sistemas de Luhmann apresenta instrumentos que pretendem lidar e fazer construir a solução para questões mais complexas que a modernidade apresenta.

## DA FUNCIONALIDADE DO SISTEMA JURÍDICO AUTO-POIÉTICO

Willis Santiago Guerra Filho, afirma que “O sistema jurídico aparece como um dos “sistemas funcionais”, do sistema social global, com a tarefa de reduzir a complexidade do ambiente, absorvendo a contingência do comportamento social, ao garantir certa congruência entre as expectativas de como os indivíduos vão comportar-se e a generalização dessas expectativas pela imunização do perigo de decepcionarem-se.”<sup>27</sup>.

Nos dizeres de Luhmann, o sistema jurídico representa uma generalização, que “gera uma imunização simbólica das expectativas contra outras possibilidade; sua função apoia o necessário processo de redução ao possibilitar uma *indiferença inofensiva*.”<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 212.

<sup>28</sup> LUHMANN, Niklas, *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 110.

Para cumprir essa função de imunização mencionada nos trechos acima, o Direito deve se voltar, para a garantia da segurança e estabilidade do sistema social global, mediante atendimento das expectativas normativas, através de sua estabilização contrafática. Esta estabilidade contrafática de expectativas consiste na indicação de quais expectativas devem ser mantidas contrafaticamente em caso de frustração.<sup>29</sup>

Contudo, é imprescindível compreender que esta imunização não se faz a partir da “[...] negação dos conflitos, isto é, *contra* os conflitos, e sim *com* os conflitos, assim como os sistemas vivos se imunizam das doenças com os seus germes.”<sup>30</sup>

Ou seja, a função do sistema jurídico não é impedir o surgimento e ocorrência de conflitos, mas sim, possibilitar a resolução dos mesmos a partir da ação de sua estrutura interna, de modo que, para que se justifique a sua existência é imprescindível a existência de conflitos.

Esses conflitos, representam *irritações* do meio ambiente ao sistema jurídico e, a partir do surgimento dos mesmos, o sistema jurídico inicia uma complexa atividade interna de estabilização das expectativas normativas, que consiste em sua função. Para que o sistema jurídico possa atender essa função, é necessária a análise de seu código binário lícito/ilícito (*Recht/Unrecht*), que será abordado adiante.

Outro aspecto relevante acerca da funcionalidade do sistema jurídico é apresentado por Celso Fernandes Campilongo, que ao tratar da funcionalidade do sistema jurídico faz importante observação acerca da autonomia e infungibilidade das funções do sistema jurídico, ao discorrer que “[...] o sistema jurídico, ao aplicar a lei, garante expectativas normativas de legitimação das decisões políticas (ou de titulares de direitos legalmente garantidos). Insista-se: isso não significa submissão do

---

<sup>29</sup> Cf. GONÇALVES, Guilherme Leite. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p.110.

<sup>30</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 212-213.

direito à política ou vice-versa. Com as tarefas dos sistemas são infungíveis, o sistema jurídico vê a política em termos jurídicos e o sistema político, vê o direito em termos políticos.”<sup>31</sup>.

As *irritações* acima mencionadas não são capazes de permitir a influência do meio ambiente no interior do sistema, uma vez que, com o surgimento do conflito, o sistema jurídico inicia uma espécie de filtragem e o submete à codificação binária, para atingir seu objetivo de estabilização das expectativas normativas.

Constata-se que o sistema jurídico autopoietico possui a função de garantir a estabilização das expectativas normativas, através de um procedimento interno, sem influência do meio ambiente, demonstrando a diferenciação entre sistema e ambiente, já discutida neste trabalho, que possibilita o seu fechamento operacional.

A característica da funcionalidade do subsistema jurídico luhmanniano é comum em todos os demais subsistemas que compõem o sistema, tendo cada um daqueles uma função específica e exclusiva, não podendo ser exercida por outro subsistema.

## O CÓDIGO BINÁRIO DO SISTEMA JURÍDICO AUTOPOIÉTICO: LÍCITO/ILÍCITO (*RECHT/UNRECHT*)

Como dito acima, juntamente com a especificação da função do direito, para caracterizar o sistema jurídico como um sistema social autopoietico, faz-se necessária a codificação binária, que, segundo Guilherme Leite Gonçalves, “se obtém mediante um esquemativo que fornece um valor positivo (lícito/*Recht*) e um negativo (ilícito/*Unrecht*).”<sup>32</sup>.

De acordo com o mesmo autor e também com Celso

---

<sup>31</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico de decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 156.

<sup>32</sup> Cf. GONÇALVES, Guilherme Leite. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p.109.

Fernandes Campilongo, existe certa discussão acerca da correta tradução do código binário *Recht/Unrecht*, que em algumas obras é apresentada como legal/ilegal, em outras como direito/não direito, mas, destaca que, no Brasil, prevalece as expressões lícito/ilícito<sup>33</sup>.

De todo modo, tem-se que esta codificação binária “[...] permite ao sistema jurídico classificar as condutas como estando de acordo ou em desacordo com o direito. Trata-se de um esquema bivalente do qual o direito se vale para estruturar suas operações de distingui-las de outros assuntos, uma vez que, por meio do código, o sistema pode reduzir a uma condição biestabilidade (entenda-se por tal a possibilidade de os sistemas desenvolverem suas operações a partir de apenas dois estados: positivo/negativo) situações altamente complexas que se encontram em seu ambiente.”<sup>34</sup>.

Celso Fernandes Campilongo, ao discorrer sobre o código binário lícito/ilícito, esclarece que e ele “apenas operacionaliza a reprodução do sistema jurídico em um valor intrínseco: a legalidade.”. A operação realizada pelo código binário, consiste em uma atividade interna do sistema que distingue, neste caso, entenda-se como indicação ou seleção, se a irritação apresentada deve ser considerada como correta ou não de acordo com o código.<sup>35</sup>.

O sistema jurídico, a partir do código binário lícito/ilícito, através de uma série de procedimentos internos, sem influência do meio ambiente externo, busca definir se uma determinada irritação é lícita ou ilícita, o que possibilita o seu fechamento operacional, objeto do próximo tópico.

---

<sup>33</sup> Idem. p. 109 e CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico de decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 159.

<sup>34</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 110-111.

<sup>35</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico de decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 159.

## DO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL, FECHAMENTO OPERACIONAL E ABERTURA COGNITIVA

Para Luhmann, toda alteração ou evolução do sistema jurídico deverá pautar-se na *autopoiesis*, isto é, ela deve ocorrer somente em decorrência das operações internas que se realizam dentro do próprio sistema, pois “Não há determinação das estruturas de fora do sistema. Os acoplamentos estruturais não determinam os estados do sistema, mas sua função consiste, isso sim, em abastecer de uma permanente irritação (perturbação, para Maturana) no sistema; ou então, do ponto de vista do sistema, trata-se da constante capacidade de ressonância: a ressonância do sistema se ativa incessantemente, mediante os acoplamentos estruturais.”<sup>36</sup>

Ademais, o “conceito-chave é o fechamento operacional (*operative Geschlossenheit*) do sistema jurídico (como de qualquer outro sistema). O direito define sua validade e autodetermina seus conteúdos. Autocria-se e se auto-reproduz com elementos por ele definidos. Em seguida, se auto-observa e se autodescreve, não sendo possível estabelecer relações causais entre o sistema jurídico e seu ambiente, isto é, com sistemas que funcionam de forma diferente. O direito é limite, instrumento e meta dele mesmo.”<sup>37</sup>

A partir do acoplamento estrutural e do fechamento operacional do sistema jurídico, que têm como fio condutor a *autopoiesis*, permite-se a sua evolução a partir de si mesmo, através de mudanças em suas estruturas, se recriando e garantindo a sua estabilidade.

Sobre o assunto, Willis Santiago Guerra Filho afirma que “O sistema jurídico, enquanto autopoietico, é fechado, logo, demarca seu próprio limite, autoreferencialmente, na

---

<sup>36</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011, pp. 136-137.

<sup>37</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 154)

complexidade própria do meio ambiente, mostrando o que dele faz parte, seus elementos, que ele e só ele, enquanto autônomo, produz, ao conferir-lhes qualidade normativa (=validade) e significado jurídico às comunicações que nele, pela relação entre seus elementos, acontecem. No processo evolucionário de diferenciação e reprodução do Direito, a teorização sobre o sistema, i.e., sua estrutura cognitiva, é introduzida no sistema, conferindo-lhe a capacidade de auto-observar-se e, com isso, seu caráter autopoietico, pois é pela auto-observação que controla operações de auto-produção.”<sup>38</sup>.

O mesmo autor discorre acerca da autonomia do direito, como sendo resultado da soma da autoprodução de suas normas e da autoconstituição de figuras jurídico-dogmáticas que permitem reformular uma problemática extrajurídica em termos especificamente jurídicos. “Esta autonomia significa, na verdade, que o sistema jurídico funciona com um código próprio, sem necessidade de recorrer a critérios fornecidos por algum daqueles outros sistemas, aos quais, no entanto, o sistema jurídico se acopla, através de *procedimentos* desenvolvidos em seu seio, procedimentos de reprodução jurídica, de natureza legislativa, administrativa, contratual e, principalmente, judicial.”<sup>39</sup>.

Vale lembrar que, tanto o processo de reformulação de uma problemática jurídica em termos jurídicos (autoconstituição) quanto o processo de autoprodução de normas baseiam-se em elementos internos do sistema jurídico, que asseguram a sua autonomia e fechamento operacional.

Entretanto, deve-se ponderar que, assim como ocorre com todos os teóricos que estudam a ciência jurídica, a teoria de Luhmann encontra forte oposição, especialmente, no que diz respeito à característica do fechamento do sistema.

Com o intuito de defender a sua teoria autopoietica de

---

<sup>38</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 215.

<sup>39</sup> Idem. p. 219 e p. 224.



que o sistema jurídico é um sistema fechado, Luhmann trata da diferenciação que deve ser feita entre código e o programa. Isto porque, ao promover o fechamento operacional do sistema a partir do uso da codificação binária apresentada acima, surge o paradoxo, no que tange à necessidade de uma adequada valoração do que deve ser considerado lícito e do que deve ser considerado ilícito<sup>40</sup>.

Segundo Celso Fernandes Campilongo, “Os programas de decisão são as regras que indicam a alocação concreta e fatural do valor considerado “correto” pelo código”. O código é insubstituível. Os programas, ao contrário, podem ser substituídos. Para Luhmann, essa diferenciação entre código e programa pode ser entendida da seguinte forma: os valores do sistema podem ser definidos no plano dos códigos; no plano dos programas, ao contrário, não é possível decidir questões de natureza valorativa.”<sup>41</sup>.

Nota-se que os programas permitem o contrabalanceamento da rigidez e da invariabilidade dos códigos, permitindo a correta valoração dos códigos, quando a operacionalização realizada nos sistemas jurídicos autopoieticos. Além disso “o programa terá uma função essencial no que se refere à possibilidade de abertura cognitiva do sistema, pois é ele que determina quais aspectos do sistema teriam que processar cognições e em que ocasiões isso aconteceria.”<sup>42</sup>.

Ressalte-se que, “A autopoiese é incompatível com a sobreposição do código de um determinado sistema sobre o outro, pois isso impediria que o sistema que sofre a intervenção ou bloqueio de outro efetive seu fechamento operacional e,

---

<sup>40</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 111.

<sup>41</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico de decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 160.

<sup>42</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 111.

consequentemente, seja capaz de construir sua identidade.”<sup>43</sup>.

Por tal motivo, Luhmann conclui que o sistema autopoiético do direito é um subsistema operacionalmente (normativamente) fechado e cognitivamente aberto, haja vista que, não pode se isolar cognitivamente de seu ambiente.

Assim, Luhmann consegue, ao menos aparentemente, solucionar a perturbação à sua teoria de que o direito, assim como outros subsistemas sociais, é um sistema autopoiético.

## DO PODER JUDICIÁRIO COMO CENTRO DO SISTEMA JURÍDICO

De acordo com Willis Santiago Guerra Filho, “Por ser o Judiciário a única unidade que opera apenas com elementos do próprio sistema jurídico – o qual, ao prever a proibição do *non liquet*, força-o a sempre dar um enquadramento jurídico a quaisquer fatos ou comportamentos que sejam levados perante ele – postula-se que essa unidade ocuparia o centro do sistema jurídico, ficando tudo o mais em sua periferia, inclusive o Legislativo, em uma região fronteira com o sistema político. “Esta autonomia significa, na verdade, que o sistema jurídico funciona com um código próprio, sem necessidade de recorrer a critérios fornecidos por algum daqueles outros sistemas, aos quais, no entanto, o sistema jurídico se acopla, através de *procedimentos* desenvolvidos em seu seio, procedimentos de reprodução jurídica, de natureza legislativa, administrativa, contratual e, principalmente, judicial.”<sup>44</sup>

Vale lembrar que não há que se falar em relação de subordinação hierárquica do Poder Judiciário ao Poder Legislativo, pois nem todas as decisões judiciais são pautadas em leis pré-existentes, fazendo com que o julgador assumira a posição de

---

<sup>43</sup> Idem. p. 135.

<sup>44</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 223.

criador de direitos, quando se vê obrigado a selecionar o código a ser adotado, em situações não previstas pelo legislador.

Como observado acima, um outro ponto que merece destaque é o de que em algumas situações, a autonomia do sistema pode exigir uma abertura cognitiva, que no caso do sistema jurídico, se efetiva com a aplicação da doutrina, “que não é apenas responsável pela sofisticação da hermenêutica jurídica, como fornece interpretações passíveis de serem adotadas pelo Judiciário e, assim, introduzidas no sistema jurídico normativo.”<sup>45</sup>

Ainda sobre a doutrina, ela é considerada como uma “unidade cognitiva”, que é “[...] essencialmente necessária para a auto-poiese dos sistemas sociais, uma vez que ela é responsável por sua auto-observação (é isso, por exemplo, que diferencia sistemas sociais de sistemas biológicos ou químicos) e, para reconhecimento de elementos que são desse sistema específico, e não de outro, localizado em seu meio ambiente.”<sup>46</sup>

Veja-se que o uso de doutrinas para a aplicação do código lícito/ilícito pelos tribunais, nada mais representa, senão a abertura cognitiva do sistema jurídico autopoietico de Luhmann, uma vez que, a estabilização das expectativas normativas se concretiza a partir de uma operação interna, sem acarretar a abertura operacional do sistema.

Deste modo, apesar de considerar essa abertura cognitiva, mantém-se o fechamento operacional do sistema jurídico autopoietico de Luhmann, haja vista que o Poder Judiciário ao decidir as *irritações*, na mais realiza do que produzir o direito, isto porque, “Luhmann rejeita a visão do Judiciário como simples executor das leis e admite, sem nenhum constrangimento, como Kelsen, a criação judicial do direito.”<sup>47</sup>

No mesmo sentido, Guilherme Leite Gonçalves, esclarece que “[...] as decisões emanadas dos tribunais não são

---

<sup>45</sup> Idem.

<sup>46</sup> Idem. p. 231

<sup>47</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico de decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 162.

simples aplicação, e sim criação do direito, ou seja, não são elas apenas um mero reconhecimento de direitos já estabelecidos na legislação, mas, contrariamente, operações constitutivas de direito, isto porque, segundo Luhmann, as decisões não estão pre-determinadas por um passo que possa ser identificado em instâncias programatórias preexistentes, como a lei ou os contratos. As decisões estão voltadas ao futuro com a pretensão de determiná-lo, ainda que este seja contingente.”<sup>48</sup>

Ao concordar com a ideia de que os tribunais se encontram no centro do sistema jurídico autopoietico de Luhmann, Celso Fernandes Campilongo, esclarece que “A periferia do sistema jurídico é composta, fundamentalmente, pela produção de leis e contratos. Aqui a passagem do não direito ao direito, e vice-versa, ocorre de modo mais intenso.”<sup>49</sup>

Posto isto, verifica-se que o Poder Judiciário ocupa posição de suma importância e destaque dentro do sistema jurídico autopoietico de Luhmann, a ponto de Willis Santiago Guerra Filho defender que “[...] o Judiciário deve assumir, na atualidade, a posição mais destacada, dentre os demais Poderes estatais, na produção do Direito.”<sup>50</sup>

## O SISTEMA AUTOPOIÉTICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA, A EFETIVIDADE DO DIREITO E A TEORIA DOS PRECEDENTES

Encerrada uma breve explanação acerca dos principais aspectos determinantes da natureza autopoietica do sistema jurídico, de acordo com os ensinamentos de Luhmann, passa-se a

---

<sup>48</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 130.

<sup>49</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico de decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169.

<sup>50</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 227.

analisar se a sua teoria dos sistemas é compatível com a realidade nacional.

Como mencionado na parte introdutória deste trabalho, a partir dos estudos realizados por suas autoras, mostra-se possível a vinculação do conhecimento teórico objeto da pesquisa, com a temática abordada nas suas áreas de pesquisa no doutoramento, quais sejam: o acesso à Justiça, a efetividade do Direito e a teoria dos precedentes no Direito Processual Civil.

Como já mencionado anteriormente, não há qualquer pretensão de esgotar a temática abordada, mas, vislumbrou-se a oportunidade de se tentar a conjugação das temáticas abordadas nas subáreas de pesquisa das autoras com a teoria dos sistemas de Luhmann.

## O ACESSO À JUSTIÇA E A AUTOPOIESE DO DIREITO

Com base nos ensinamentos de Willis Santiago Guerra Filho, tem-se que “[...] a Constituição se revela como grande responsável pelo acoplamento estrutural entre os (sub)sistemas jurídico e político, jurisdicizando relações políticas e mediatizando juridicamente interferências da política no direito, ao condicionar transformações nas estruturas de poder a procedimentos de mutação previstos constitucionalmente. Os direitos fundamentais tornam-se assim, o que há de mais importante a ser consagrado na Constituição de um Estado Democrático, com sua multidimensionalidade, enquanto direitos de liberdade, direitos a prestações (os direitos sociais), direitos à participação na formação da vontade política estatal, direitos de natureza processual.”<sup>51</sup>.

A partir da ideia básica de que a Constituição é o principal instrumento de acoplamento estrutural entre os subsistemas jurídico e político, fazendo com que seja conferida importância

---

<sup>51</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 220-221.

extrema à importância à efetivação dos direitos fundamentais previstos em seu texto, bem como pelo fato de a teoria luhmanniana colocar o Poder Judiciário no centro do sistema jurídico, vislumbra-se a possibilidade de se relacionar a teoria autopoietica do Direito ao direito ao acesso à Justiça, dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Isto porque, consoante destacado acima, no sistema jurídico autopoietico, é vedada o *non liquet*, que acarreta o dever inescusável dos tribunais de processar e julgar todo e qualquer conflito, independentemente de haver previsão legal para fundamentação da decisão judicial.

No ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que a proibição do *non liquet*, encontra-se prevista no texto do inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal que, dispõe que: “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, configurando o denominado princípio da inafastabilidade da jurisdição, que fundamenta o direito fundamental ao acesso à Justiça.

Portanto, no ordenamento jurídico brasileiro é possível identificar a centralização do sistema jurídico no Poder Judiciário, a quem compete promover a estabilidade das expectativas normativas, não havendo margem para deixar de julgar sob fundamento de inexistência de leis que regulamentem o objeto do conflito.

Deve-se considerar que, no Brasil, a inafastabilidade da jurisdição também pode ser identificada no art. 126, do Código de Processo Civil, que dispõe que: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei”, no mesmo sentido, destaque-se o contido no art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que prevê que: “Quanto a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”.

Entretanto, há de considerar a possibilidade de não haver solução mesmo após a observância dos dispositivos legais acima

mencionados, neste sentido, partindo-se da ideia de um sistema jurídico autopoietico, seria possível a promoção de uma abertura cognitiva, no sentido de, como dito acima, o julgador de utilizar da doutrina.

Contanto que a função do sistema jurídico, que é a estabilização das expectativas normativas se concretize, sem permitir a sua abertura operacional, pode-se concluir que se está diante de um sistema autopoietico.

Há que se ressaltar que, no contexto da Constituição Federal de 1988, a concepção de acesso à justiça não é mais aquela limitada ao conceito de acesso ao Poder Judiciário, pois, de acordo com Ada Pellegrini Grinover, o texto constitucional não assegura apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas, também uma justiça imparcial, com fundamento na igualdade, no contraditório, na qual todos possam defender seus interesses.<sup>52</sup>

Sobre essa mudança de paradigma, Dierle Nunes e Ludmila Teixeira esclarecem que “A noção de acesso à justiça que se vem defendendo transcende a ideia de reivindicação ao acesso a um sistema de direitos já dado. O que se pretende é expor à crítica os arranjos institucionais, o corporativismo, as construções dogmáticas, que *falam em nome* do acesso, mas que só viabilizam a sensação eventual de pertença a um sistema político rígido, cujo rol incluídos e excluídos já vem pré-determinado.”<sup>53</sup>

Isabela Medeiros defende que a compreensão do direito ao acesso à justiça em sua concepção ampliada é a que mais se amolda aos anseios do Estado Contemporâneo, pois, através dela a ideia de acesso à justiça se confunde com a ideia de acesso ao próprio Direito. Ampliando ainda mais a importância do direito ao acesso à justiça, a autora frisa que “[...] o Direito e, portanto, o acesso ao Direito, volta-se ao seu maior potencial: a inclusão

---

<sup>52</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

<sup>53</sup> NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 79.

social através da efetivação dos direitos fundamentais.”<sup>54</sup>

A ideia de direito fundamental ao acesso à Justiça aqui defendido, coaduna perfeitamente com a ideia de um Poder Judiciário “criador de direitos”, como destacado acima.

Pode-se concluir que, a ideia de ampliação do conceito e alcance do direito ao acesso à Justiça é compatível com um sistema jurídico autopoiético que possui um Poder Judiciário, que ocupa o centro do sistema jurídico autopoiético, com competência e legitimidade para, de fato, criar direitos, ao passo que promove a estabilização das expectativas normativas, ao solucionar as irritações que podem surgir, por meio de operacionalização interna, sem se deixar influenciar por agentes do meio ambiente externo.

## EFETIVIDADE DO DIREITO E A AUTOPOIESE

Pensando a efetividade do direito a partir da Teoria dos Sistemas de Luhmann, e a partir, principalmente, da sua característica de sistema autopoiético, autossuficiente, auto organizado e auto produtivo, e ainda, tendo em conta o formalismo jurídico, o pensamento jurídico clássico que imperou por muito tempo no Direito Brasileiro e a sua superação em evolução, podemos estabelecer um paralelo entre a Teoria dos Sistemas de Luhmann e a alteração na cultura jurídica pós-positivista, esta vivida principalmente no último quarto do século XX.

Nesse sentido, leciona Luís Roberto Barroso, “Essa constitucionalização do Direito, potencializada por algumas características associadas ao contexto filosófico do pós-positivismo – centralidade da ideia de dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, desenvolvimento de nova hermenêutica, normatividade dos princípios, abertura do sistema, teoria da argumentação-, tem tornado o debate jurídico atual

---

<sup>54</sup> MEDEIROS, Isabela. *Assistência jurídica gratuita: cidadania e emancipação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 19.



extremamente rico e instigante. Nele têm-se colocado temas que definirão o futuro da Constituição, dentre os quais: o papel do Estado e suas potencialidades como agente de transformação e de promoção dos direitos fundamentais; a legitimidade da jurisdição constitucional e da judicialização do debate acerca de determinadas políticas públicas; a natureza substantiva ou procedimental da democracia e o conteúdo das normas constitucionais que a concretizam, para citar alguns exemplos.”<sup>55</sup>

Isso quer dizer, conforme as novas manifestações do constitucionalismo no embalo de novos contextos sociais, que é possível visualizar o funcionamento e a operação do direito dentro do sistema jurídico por meio de seus elementos, uma busca mais intensa pelos “estímulos externos”, uma maior consideração e uma seleção mais assertiva sobre as “irritações” e “perturbações” do meio, possibilitando a alteração do direito sem alteração concreta do texto constitucional, por exemplo, mas por sua interpretação acompanhando as evidentes mudanças sociais, trazendo tais “estímulos” externos ao sistema jurídico para que opere internamente as alterações necessárias e as externalize, devolvendo ao meio as respostas aos seus problemas.

Ou seja, vem ocorrendo o reconhecimento de que nem sempre o ordenamento jurídico tem a solução, e nesse sentido, também leciona Luís Roberto Barroso: “Ao longo do século XX, consolidou-se a convicção de que: a) o Direito é, frequentemente, não a expressão de uma justiça imanente, mas de interesses que se tornam dominantes em um dado momento e lugar; e b) em uma grande quantidade de situações, a solução para os problemas jurídicos não se encontrará pré-pronta no ordenamento jurídico. Ela terá de ser construída argumentativamente pelo intérprete, com recurso a elementos externos ao sistema normativo. Ele terá de legitimar suas decisões em valores morais

---

<sup>55</sup>BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 100.

e em fins políticos legítimos. (grifo nosso).<sup>56</sup>.

E mais, assim como na teoria de Luhmann, o sistema não perde sua importância e nem passa a funcionar de outra forma, mas reconhece em estímulos externos a forma de mover suas estruturas e operar de forma mais eficiente, o que a cultura do pós positivismo vem fazendo pelo Direito: “O pós-positivismo não retira a importância da lei, mas parte do pressuposto de que o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais do que isso, que a justiça pode estar além dela.”<sup>57</sup>

E decorrente dessa evolução, dessas novas formas de seleção e consideração dos novos contextos sociais na aplicação da norma jurídica e, conseqüentemente, buscando mais efetividade do direito, é crescente também a atribuição de importância a jurisprudência: “O Direito contemporâneo, nos países romano-germânicos, inclusive e destacadamente no Brasil, vem atribuindo importância crescente à jurisprudência e, especialmente, à jurisprudência constitucional, que alguns autores já vêm reconhecendo como fonte formal do Direito.”<sup>58</sup>.

Nesse contexto, o Direito contemporâneo vem, também nessa esteira de importância da jurisprudência e seus precedentes, alterando a forma de interpretação das normas jurídicas e sua conseqüente aplicação, tendo em conta a aplicação de princípios, numa postura mais ativa e construtiva do aplicador do Direito, fazendo uma “leitura moral”, como defende Dworkin, o que não deixa de ser, conforme a teoria dos sistemas de Luhmann, utilizar-se daqueles “estímulos” para a sua fundamentação e formação de entendimento.

Nesse sentido, “Assim, a Constituição e seu sistema de

---

<sup>56</sup> Idem. p.. 297.

<sup>57</sup>BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020 - pág. 297

<sup>58</sup>BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020 - pág. 69

direitos fundamentais, incorporam princípios morais, com os quais a legislação infraconstitucional e as decisões judiciais devem ser compatíveis. Daí advogar Dworkin uma leitura moral da Constituição, “que coloque a moralidade política no coração do direito constitucional.” Tal concepção pressupõe que o aplicador do Direito assumira uma postura ativa e construtiva, caracterizada pelo esforço de interpretar o sistema de princípios como um todo corrente e harmônico dotado de integridade.

A integridade a que se refere Dworkin significa sobretudo uma atitude interpretativa do Direito que busca integrar cada decisão em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio que os haja norteado. Ao contrário da hermenêutica tradicional, baseada fortemente no método subsuntivo, numa aplicação mecânica das regras legais identificadas pelo juiz ao caso concreto, o modelo construtivo de Dworkin propõe a inserção dos princípios, ao lado das regras, como fonte de Direito.”<sup>59</sup>

Por fim, é importante destacar, que o paralelo entre a teoria de Luhmann e a evolução da aplicação do Direito demonstra a relevância desse processo de busca por mais efetividade na aplicação da norma jurídica e para a operação do Sistema Jurídico. Logo, quando se fala em novas formas de interpretação, da utilização de princípios, da evolução dos contextos sociais, da jurisprudência e seus precedentes, entre outros, falamos no contexto da seleção de estímulos a que se refere Luhmann, considerando todos esses “dados” como fatores importantes para a operação do Direito e resolução de conflitos.

Trata-se, portanto, da evolução da interpretação, com objetivo de reconstruir o Direito de forma dinâmica, já que a realidade social caminha e essa necessidade é manifesta em seus

---

<sup>59</sup> BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização – 2 ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pág. 85

contextos e à medida que o tempo passa.<sup>60</sup>

## ANÁLISE DA TEORIA DOS PRECEDENTES PREVISTA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS DE LUHMANN

Conforme exposto anteriormente, o sistema do Direito, para Luhmann é operacionalmente fechado e apenas em razão do acoplamento estrutural assimila outros elementos em seu sistema, não havendo qualquer hierarquia entre os diversos subsistemas.

E, seguindo esse raciocínio, Celso Campilongo<sup>61</sup> nos explica o seguinte: “Gradativamente, a velha cosmologia da estratificação vai sendo substituída em diversos sistemas sociais. No sistema jurídico, isso implica superação do modelo de subordinação do julgador ao legislador. A primeira característica operacional da mudança é dada pela introdução da proibição de denegação da justiça (*non liquet*). Os Tribunais são obrigados a decidir. Aparentemente, a obrigação de decidir conforme a lei parece reforçar a posição hierárquica do legislador sobre o juiz. Porém, ao ter que decidir tudo – inclusive aquilo que não esteja total ou parcialmente regulado pelo legislador -, a obrigação de decidir expande notavelmente a liberdade do julgador”.

Os tribunais e o dever de decidir, para Luhmann, são o centro do sistema jurídico, ainda que reconheça que a produção de leis e elaboração de contratos também orbitem o sistema jurídico, poder-se-ia dizer que são periféricos (em sua função) pois a grande questão do sistema jurídico é decidir o que é lícito ou ilícito, cabendo aos tribunais essa tarefa.

E esse sistema tem aplicação direta nas decisões a serem

---

<sup>60</sup> TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional – 11 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 188/189. V

<sup>61</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico de decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 162.

<sup>61</sup> Idem. p. 169. p. 162.

proferidas no processo, conforme bem destacam Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas: “Aquele que tem que decidir só se pode valer de padrão orientador de decidir que tenha nascido fora do sistema se este sistema tiver assumido: em seus princípios, nas regras de direito positivo, na doutrina. Parece que essa penetração de elementos que, por sua natureza, não são jurídicos, no sistema se dá por uma espécie de consenso, o que legitima que seja levado em conta no processo decisório. A segurança nasce, pois, para a sociedade, na medida em que se sabe que, por mais criativa que seja a decisão, esta (nos casos em que ela precisa ser construída a partir de elementos do sistema, porque não se encontra pronta no repertório de solução) só pode estar apoiada em elementos internos ao sistema (ainda que criativamente manejados, mas racionalmente manejados), o que faz com que se saiba de antemão que se conta com uma gama ilimitada (=dentro das expectativas) de decisões possíveis. [...] Por isso é que se pode realmente ver no direito um sistema autopoietico, nessa medida: é um sistema que se autoproduz, onde há a retroalimentação”.<sup>62</sup>

E é nesse ponto que a teoria de Luhmann sobre o sistema jurídico ganhou expressão no Código de Processo Civil Brasileiro em razão do destaque e força que se conferiu às decisões exaradas pelos tribunais, sendo que há trechos da obra em que o próprio autor<sup>63</sup> menciona, ainda que no contexto de outro ordenamento jurídico, os precedentes ao tratar dos *hard cases* e da impossibilidade de os tribunais deixarem de decidir: “Os tribunais não podem se apoiar no direito vigente inquestionável, mas devem criar, postular e pressupor esse direito sem chegar à garantia de que, para além da força jurídica da decisão do caso, a decisão possa valer também como programa de decisão. Precisamente por isso foi instituída a *ratio decidendi* de um precedente para o caso de uma vinculação ter sido desenvolvida.”

---

<sup>62</sup> *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*, 6 ed., São Paulo, 2019, p. 68-70.

<sup>63</sup> *O direito da sociedade*, São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 419-420.

O Código de Processo Civil reafirmou e trouxe novas técnicas para que os tribunais possam proferir decisões partindo de casos individuais, mas que passam a ter caráter genérico, aplicando-se a tantos casos forem similares aquele julgado como paradigma, construindo o que se convencionou chamar de teoria dos precedentes.

O art. 927, do CPC apresenta, de forma mais estruturada, o tipo de decisão que deve ser observada necessariamente pelos tribunais e que os habilita a serem chamados de “precedentes”.

Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha definem as referências do art. 927 como “microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios”: “Há, enfim, um microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, formado pelo procedimento de criação de súmula vinculante, pelo incidente de arguição de inconstitucionalidade em tribunal, pelo incidente de Assunção de competência e pelo julgamento de casos repetitivos. Suas respectivas normas intercomunicam-se e formam um microsistema. Para que se formem precedentes obrigatórios, devem ser aplicadas as normas que compõem esse microsistema [...]”<sup>64</sup>

Quando se utiliza a expressão “precedentes” no Direito Brasileiro não é incomum que se traga o conceito ou o questionamento no sentido de ter o CPC adotado o sistema de *common law*, com o que não se pode concordar de forma absoluta, sendo oportuno destacar novamente os conceitos trazidos por Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas<sup>65</sup>: “Nos sistemas de *civil law*, normalmente precedentes tem seu valor num conjunto de outras decisões no mesmo sentido, que demonstram haver um certo grau de consenso a respeito da matéria decidida. Excepcionalmente, no *civil law*, faz-se menção a uma decisão judicial, qualificando-a como um precedente. Isso ocorre no Código de Processo Civil

---

<sup>64</sup> *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 691.

<sup>65</sup> Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores, 6ª ed., São Paulo, 2019, p. 124-125.

de 2015, que, neste particular, foge um pouco à tradição do *civil law*, criando situações em que apenas um precedente (o primeiro) deve ser respeitado, sob pena de reclamação. [...] evidentemente, de um jeito ou de outro, de forma mais ou menos expressa, a ideia de que o respeito aos precedentes é necessário liga-se à noção de sistema.”

Os precedentes judiciais são incorporados de maneira definitiva pelo sistema processual com vistas a obter o respeito a estas decisões e, com isso, evitar a divergência de decisões para casos idênticos, o que poderia desacreditar o Poder Judiciário, sendo uma expressão do princípio da isonomia<sup>66</sup>.

Da forma como foram introjetados pelo CPC os precedentes podem ser indicados como sendo fontes do Direito, de modo que sempre que houver uma situação que atraia a aplicação do precedente, este deve ser aplicado indistintamente, trazendo a estabilidade necessária para o sistema, conforme destacado por Rodrigo Barioni, “[...] a produção de decisões que permitam estabelecer maior previsibilidade na pauta de conduta desejada, com clareza das permissões, proibições e o modo de exercer direitos e cumprir obrigações, pode ser apontada como a função mais importante dos precedentes judiciais.”<sup>67</sup>

A nosso ver, portanto, a valorização dos tribunais,

---

<sup>66</sup> “Sem desconsiderar o necessário esforço de uniformização da jurisprudência, a qual deve ser mantida estável, íntegra e coerente (art. 926 do CPC/2015), a recomendar sejam consideradas as decisões anteriormente proferidas, cumpre ter presente, à luz do sistema introduzido pelo Código de Processo Civil, que precedentes em sentido estrito, dotados de observância obrigatória – eficácia normativa forte -, constam do elenco do art. 927 daquele diploma, quais sejam “I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; [e] V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.” (SL 1424, Rel.: Min. Luiz Fux, DJE 28.01.2021).

<sup>67</sup> “Precedentes no direito brasileiro: desafios e perspectivas”, RePro vol. 310/2020, p. 265-291, Dez/2020, DTR\2020\14342.

através dos precedentes com potencial vinculante, confirma a concepção do sistema apresentada por Luhmann em que os Tribunais são o centro desse sistema e fazem o seu fechamento.

## CONCLUSÃO

No alcance natural deste trabalho, respeitando os seus limites e contornos, foram colocados os principais pontos dessa teoria desenvolvida pelo sociólogo e jurista Niklas Luhmann, que inspirado nas ciências biológicas, mais especificamente nos estudos dos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela sobre a autorreprodução de certos organismos, trouxe para a sociologia e mais tarde para o direito, o Sistema Autopoiético.

A Teoria dos Sistemas de Luhmann, essencialmente, dissecou o processo autopoiético e o aplica às relações entre o meio ambiente, o sistema social como um sistema macro e diversos subsistemas independentes funcionando sob o comando da autopoiese.

Portanto, o que se percebeu é que Luhmann, inspirado pelas experiências biológicas com seres vivos que se autorreproduzem por si mesmos, desenvolveu, com bastante independência, a sua teoria dos sistemas, não sob a égide de uma simples analogia, mas com contornos mais sofisticados, digamos, em um contexto de reelaboração do conceito de autopoiese, para a compreensão da sociologia e depois partindo para a teoria jurídica e, conseqüentemente, para o Direito, um dos subsistemas que compõem o conjunto de sistemas menores dentro do sistema social.

Luhmann, então, passa a elucidar o funcionamento do sistema social e dos subsistemas, seu desenvolvimento, os seus processos e operações, sempre vislumbrando a evolução destes a partir de seus próprios elementos, movimentos e características, de sua autossuficiência, autorreprodução, autorreferência e auto-organização. Não há influências do ambiente, ou seja, o



sistema social, bem como os subsistemas (moral, ética, política, economia, direito etc.) se autocriam e funcionam em um fechamento operacional, com plena autonomia.

Contudo, ainda que autônomos e fechados operacionalmente, características chave do sistema autopoietico, há, também, a abertura cognitiva, pela qual o sistema social e os subsistemas se abrem cognitivamente para receber “estímulos”, “perturbações” externas para elaboração de respostas às complexidades apresentadas pelo meio. Tais “estímulos” e “perturbações” são recebidos e trazidos à operação interna num processo de acoplamento estrutural, pelo qual são transformados e absorvidos como elementos próprios, integrando a operação estrutural interna.

Nesse contexto, se coloca o sistema jurídico autopoietico, um dos subsistemas cuja função é garantir a estabilização das expectativas normativas por intermédio de um procedimento próprio, fechado, sem qualquer interferência direta do ambiente.

E para caracterizar o sistema jurídico com um sistema social autopoietico, faz-se necessária a codificação binária, esta que permite a classificação de condutas que se mostram conforme ou contra o direito, num esquema bivalente que permite que as suas operações se distingam dos demais subsistemas, possibilitando que cada sistema se baste em si.

De posse de todas essas informações sobre o funcionamento do sistema social, subsistemas e ambiente, todos independentes e autossuficientes, foi possível fazer paralelos entre o nosso sistema jurídico e a teoria de Luhmann, demonstrando como o Direito, como um subsistema, pode operar suas estruturas utilizando-se de seus elementos próprios e dos estímulos do meio e devolver a este, como fonte de soluções, as respostas para suas complexidades, como, por exemplo, em relação ao acesso à justiça, à efetividade do direito e ao bom uso dos precedentes.

Nesse passo, em primeiro, verificou-se que tendo como principal instrumento de acoplamento estrutural entre os

subsistemas jurídico e político, a Constituição Federal, a qual traz consigo a relevante prioridade de defesa de direitos fundamentais, e ainda, pelo fato de que a teoria dos sistemas de Luhmann coloca o Poder Judiciário como centro do sistema jurídico, foi possível fazer um paralelo entre a autopoiese desse sistema e do Direito com o acesso à justiça no contexto de nosso ordenamento jurídico.

O referido paralelo se justificou, principalmente, pelo fato de que no sistema jurídico autopoietico é vedada a *non liquet*, o dever inescusável dos tribunais de processar e julgar todos os conflitos, ainda que sem previsão legal para a fundamentação da decisão judicial. E ainda, no ordenamento jurídico brasileiro é possível identificar a centralização do sistema jurídico no Poder Judiciário, a quem compete promover a estabilidade das expectativas normativas.

Há, então, a clara possibilidade de não se encontrar solução dentro do ordenamento jurídico, e, por isso, assumindo o conceito de um sistema jurídico autopoietico, é possível, também, reconhecer a abertura desse sistema de forma cognitiva, abrindo-se o sistema para a utilização da doutrina como “estímulo” externo para oferecer soluções aos conflitos. Concluindo-se que a ampliação do conceito e alcance do direito ao acesso à justiça é compatível com um sistema jurídico autopoietico.

De outro prisma, verificou-se que a partir da Teoria dos Sistemas de Luhmann, e a partir, principalmente, da sua característica de sistema autopoietico, autossuficiente, auto-organizado e autoprodutivo, e ainda, tendo em conta o formalismo jurídico, o pensamento jurídico clássico que imperou por muito tempo no Direito Brasileiro e a sua superação em evolução, podemos estabelecer um paralelo entre a Teoria dos Sistemas de Luhmann e a alteração na cultura jurídica pós-positivista.

Verificou-se, então, que conforme as novas manifestações do constitucionalismo frente a novos contextos sociais, que é possível visualizar o funcionamento e a operação do direito

dentro do sistema jurídico por meio de seus elementos, uma busca mais intensa pelos “estímulos externos”, uma maior consideração e uma seleção mais assertiva sobre as “irritações” e “perturbações” do meio, possibilitando a alteração do direito.

Assim é que, partindo-se da premissa que é possível alterar a forma de interpretação das normas jurídicas e sua consequente aplicação, o uso de princípios, jurisprudência e seus precedentes, numa postura mais ativa e construtiva do aplicador do Direito, pode, também, ser uma manifestação do sistema jurídico se abrindo cognitivamente para alcançar mais efetividade na aplicação da norma jurídica e um maior alcance de soluções para os conflitos que a ele se apresentam.

E, por fim, seguindo a mesma lógica, a teoria de Luhmann sobre o sistema jurídico ganhou expressão no Processo Civil Brasileiro, tendo em conta em especial as decisões exaradas pelos tribunais, o novo Código de Processo Civil trouxe consigo novas técnicas para que os tribunais profiram suas decisões partindo de casos individuais, mas que passam a ter caráter genérico, aplicando-se a tantos casos forem similares aquele julgado como paradigma, construindo o que se convencionou chamar de teoria dos precedentes.

A valorização dos tribunais, através dos precedentes com potencial vinculante, nesse contexto, confirma a concepção do sistema apresentada por Luhmann em que os tribunais são o centro desse sistema e fazem o seu fechamento.

Por fim, é de se considerar a importância dos estudos de Luhmann e a sua Teoria dos Sistemas para o aprimoramento do pensamento, reflexão e, também, para a operação do Direito.



## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (orgs.). *Dicionário de Cultura Jurídica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- ALFERES, Eduardo Henrique. *Autopoiese do Direito*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/autopoiese-do-direito/>. Acesso em: 15 maio 2021.
- ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*, 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BARIONI, Rodrigo. Precedentes no direito brasileiro: desafios e perspectivas. In: *Revista de Processo*. vol. 310/2020. pp. 265-291, Dez/2020, DTR\2020\14342.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BECHMANN, Gotthard; STEHR, Nico. Niklas Luhmann. In: *Revista Tempo Social*, Rev. Sociol. USP, São Paulo, 13(2): 185-200, novembro de 2001
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BRASIL. *Código de Processo Civil – Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 29 maio 2021.
- \_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20.abr. 2021.
- \_\_\_\_\_. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-)

- lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 20. abr. 2021.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *SL 1424*. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: em 02 jun. 2021.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico de decisão judicial*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010,
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CLAM, Jean. *A autopoiese no Direito*. Disponível em: [https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ultimo\\_-\\_a\\_autopoiese\\_no\\_direito\\_-\\_parte\\_jean\\_clam\\_-\\_terceiro\\_capitulox.pdf](https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/ultimo_-_a_autopoiese_no_direito_-_parte_jean_clam_-_terceiro_capitulox.pdf). Acesso em: 29 maio 2021.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado e Comentado*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Souza. Auto-poiese. In: *Enciclopedia Jurídica da PUCSP*. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbeta/152/edicao-1/autopoiese>. Acesso em: 29 maio 2021, n.p.
- CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*. México: Iteso, 1996.
- GONÇALVES, Guilherme Leite. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

- \_\_\_\_\_. *A autopoiese do Direito na sociedade informacional: introdução a uma Teoria Social Sistêmica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- LUHMANN, Niklas. *A Constituição como aquisição evolutiva*. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/plugin-file.php/5613248/mod\\_resource/content/1/SE-MIN%C3%81RIO%2011.%20LUHMANN.%20A%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20como%20aquisi%C3%A7%C3%A3o%20evolutiva.pdf](https://edisciplinas.usp.br/plugin-file.php/5613248/mod_resource/content/1/SE-MIN%C3%81RIO%2011.%20LUHMANN.%20A%20constitui%C3%A7%C3%A3o%20como%20aquisi%C3%A7%C3%A3o%20evolutiva.pdf). Acesso em: 25 maio 2021.
- \_\_\_\_\_. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 2 ed. São Paulo: Ed. Vozes, 2010.
- \_\_\_\_\_. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.
- LUHMANN, NIKLAS. (verbete) ROCHA, Leonel Severo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.
- MEDEIROS, Isabela. *Assistência jurídica gratuita: cidadania e emancipação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. In: *Tempo Social – Revista de Sociologia*. USP. São Paulo, v. 18, n.1, p. 351-373, junho.2006
- MELO JÚNIOR, Luis Cláudio Moreira. A Teoria dos Sistemas Sociais em Niklas Luhmann. In: *Revista Sociedade e Estado*. vol. 28. n. 3. Setembro/Dezembro/2013. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/sociedade/article/view/5845/5290>. Acesso em: 20 maio 2021.
- NEVES, Marcelo. Da autopoiese à alopoiese do Direito. In: PERNANBUCO, Universidade Federal de. *Anuário do*

*Mestrado em Direito*. n. 5. Recife-PE, 1992, pp. Disponível em: [https://www.academia.edu/40641713/Da\\_Autoipoiense\\_%C3%A0\\_Alopoiense\\_do\\_Direito](https://www.academia.edu/40641713/Da_Autoipoiense_%C3%A0_Alopoiense_do_Direito). Acesso em: 01 jun. 2021.

\_\_\_\_\_. Entrevista publicada na Revista Plural, In: *Revista Plural*. Sociologia USP, São Paulo, 11: 121-133, 2º sem., 2014.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2013.

RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. *Niklas Luhmann: a sociedade como sistema*. Porto Alegre: Edipucrs, 2012.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.