

A VALIDADE DA NORMA E O FECHAMENTO OPERATIVO DO SISTEMA EM KELSEN E LUHMANN

NORM'S VALIDITY AND SYSTEM'S OPERATIONAL CLOSURE IN KELSEN AND LUHMANN

*Celso Fernandes Campilongo*¹
USP/PUC-SP

*Ane Elisa Perez*²
PUC-SP

Resumo

O artigo analisa, do ponto de vista das diferenças e semelhanças, os temas da validade da norma e do fechamento operativo do sistema nas teorias de Hans Kelsen e de Niklas Luhmann; os motivos pelos quais a validade da norma tem relevância para as duas teorias e sob quais perspectivas a validade é tratada numa teoria e noutra. E, ainda, examina por qual razão o tema do fechamento operativo do sistema tem relevância para a Teoria dos Sistemas e que importância tem na teoria positivista. O artigo se desenvolve sob uma pesquisa doutrinária e uma análise crítica a respeito das duas teorias.

Palavras-Chave:

Luhmann. Kelsen. Validade da Norma. Fechamento operativo do sistema

Abstract

This article analyzes, over the differences and resemblances point of view, norm's validity and system's operational closure in Hans Kelsen and Niklas Luhmann's theories; the reasons why the validity of the norm is relevant to both theories and under which perspectives it's validity is treated in one theory and in the other. Also why the system's operational closure is relevant to Systems' Theory and if it is as important as in the Positive Law Theory. This article was based on books of authorities' research and a critical analysis of both theories.

Keywords:

Luhmann. Kelsen. Norm's Validity. System's operational closure

1 INTRODUÇÃO

¹ Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (1980). Mestrado (1987) e doutorado (1991) em Direito pela Universidade de São Paulo. Livre-docente (1999) pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Titularidade (2011) pela Faculdade de Direito da USP. Atualmente é professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, professor doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Vice-Diretor eleito da Faculdade de Direito da USP

² Mestrado em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC (em curso). Especialista em Direito Administrativo Contratual pela Fundação Getúlio Vargas - FGV (2010). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1994).

Em razão da constante comparação da teoria luhmanniana com a Teoria Positivista kelseniana, e considerando que Niklas Luhmann foi um dos grandes questionadores das teorias que o precederam, e em vista dos pontos de encontro entre as duas teorias – pois os dois teóricos trazem, no bojo de seus estudos, pontos em comum, especialmente quando rechaçam tanto as análises ontológicas do Direito quanto aquelas consideradas metafísicas e as concepções jusnaturalistas – não obstante exista entre a Teoria Pura do Direito (com sua primeira edição, em 1934) e a Teoria dos Sistemas (com a primeira edição do livro *O Direito da Sociedade*, em 1993) um interregno histórico de mais de cinquenta anos –, este artigo visa comparar dois elementos considerados fulcrais para os autores nas suas respectivas teorias – a “validade da norma” como fundamento do sistema jurídico para Hans Kelsen, e o “fechamento operativo do sistema jurídico” como ponto de existência e manutenção do sistema jurídico, por Luhmann.

A ideia deste artigo é mais do que apresentar as características de cada um destes temas (validade da norma e fechamento operativo do sistema), mas, e principalmente, entender por que o tema da “validade das normas” é o sustentáculo da Teoria Pura do Direito e aspecto relativamente secundário na teoria luhmanniana e, ao contrário, por qual motivo o tema do “fechamento operativo do sistema” é a base da Teoria dos Sistemas e elemento subsidiário para Kelsen.

Sob estes enfoques, portanto, traçam-se neste artigo os aspectos coincidentes e colidentes entre autores, no que toca os dois temas, a partir da premissa de que os dois teóricos pretenderam, com suas obras, produzir teorias autolimitadas à descrição dos fenômenos jurídicos.

Para isso, partiremos da premissa de que a introdução da ideia de sistemas na teoria jurídica (por ambos autores – e cada um à sua maneira) traz, inegavelmente, uma revolução no estudo do direito enquanto ciência, afinal, como bem explanado por De Giorgi:

com sua obra, Kelsen, conclui o quadro de referência da epistemologia clássica, mas abre, ao mesmo tempo, um novo âmbito de problemas em torno dos quais se desenvolverá a reflexão futura sobre o direito positivo. Ele representa o ponto mais alto da consciência jurídica positivista ligada à afirmação do princípio da positividade do direito e à conquista teórica da autonomia da categoria jurídica e, ao mesmo tempo, o ponto de partida da reflexão teórica sobre o direito, ligada à estabilização do sistema jurídico, como contingência normativa continuamente reproduzível (GIORGI, 2017, p. 83).

Dessa forma, o artigo pretende tão somente analisar os pontos de contato entre as duas teorias, diferenciando-as e comparando-as, sob o prisma do recorte feito pelos conceitos de “validade da norma” e “fechamento operativo do sistema”.

2 A VALIDADE DA NORMA COMO ELEMENTO ESTRUTURANTE DA TEORIA PURA DO DIREITO

A teoria kelseniana, como se sabe, constrói-se com base no isolamento do Direito como objeto de estudo, criando, assim, uma teoria do direito como ciência, pela qual o único objeto que importa para a pesquisa é o próprio Direito. Ou seja, abandonando-se a ideia do estudo do Direito com base nos fatos sociais (como fez Ehrlich, contemporaneamente a Kelsen), na moral e demais ramos não pertencentes ao próprio direito (a psicologia, a sociologia, a política etc), Kelsen informa que o que importa no estudo do Direito é a norma. Para o teórico positivista, a ciência do Direito deve trabalhar com a normatividade jurídica como objeto da sua pesquisa.

O positivista, então, entendendo o Direito como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regula a conduta humana, indaga: o que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas?; por que uma ordem normativa determinada integra um sistema?; por que uma norma vale e o que constitui seu fundamento de validade? (KELSEN, 2009, p. 215).

A partir daí, Kelsen constrói sua teoria sobre o fundamento da validade normativa. Com isso, estabelece alguns *standards* que devem fundamentar sua teoria. Um deles é que o fundamento da validade da norma não está atrelado ao mundo do *ser* (dos fatos), mas que o fundamento da validade de uma norma só pode ser outra norma, nas palavras de Kelsen: “figurativamente designada como norma superior” (KELSEN, 2009, p. 215). Com base nisso, o filósofo estabelece na sua teoria que a norma válida é aquela que está alicerçada por uma norma superior válida e que foi emitida por uma autoridade competente, que, assim, o é também em razão de uma norma superior que lhe dá este poder em razão de cadeia de procedimentos.

Porém, conforme ressalta, “a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável” (KELSEN, 2009, p.217). Por isso, a norma das normas – a que confere a validade de todo o sistema jurídico – é a norma superior a todas, ou seja, a norma fundamental, da qual sequer se pode buscar um fundamento de sua validade, mas tão apenas pressupor sua validade (o que Kelsen chamou de tipo dinâmico de cadeia normativa).

Com isso, Kelsen estabelece outro *standard* que dá fundamento à sua teoria: a ideia de sistema. Um sistema de normas (uma ordem normativa), fechado, onde a norma fundamental (pressuposta) é fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, o que confere validade comum ao que chama de sistema de normas. Aqui, Kelsen faz outra distinção importante para entender sua teoria da validade normativa: o tipo estático do sistema de normas e o tipo dinâmico do sistema de normas (GIANFORMAGGIO, 1994, 47-79).

Pelo primeiro (tipo estático), todas as normas do ordenamento estariam contidas no conteúdo da norma pressuposta (fundamental). A norma pressuposta forneceria não apenas o fundamento de validade, como o *conteúdo* de validade das normas dela deduzidas por uma operação lógica. Como disse Kelsen, sobre ela poderia fundar-se uma ordem compreensiva moral (KELSEN, 2009, p. 218). Para Kelsen, porém, a norma fundamental somente poderia exercer esse papel se fosse “uma norma imediatamente evidente”, o que, no seu entender, é impossível (pois teria que se dizer que a norma estaria posta por um supra-humano ou por costumes), o que nos imporia a condução por meio do comando desta autoridade ou dos costumes (LOSANO, 1992).

E o que se verifica, segundo Kelsen, é que a norma fundamental só pode fornecer o fundamento de validade das normas (da ordem normativa) sobre ela criadas – e não o conteúdo de validade das normas sobre ela fundadas. Ou seja, ela apenas tem uma relação de validação formal com as demais normas, sem, por óbvio, determinar seu conteúdo: é o que denomina de *sistema dinâmico* de normas. A fundamentação da validade das normas (no sistema) é, assim, um princípio dinâmico, pelo qual a norma fundamental pressuposta apenas tem por conteúdo um fator produtor de normas, concedendo poder a uma autoridade legisladora.

Por isso, Kelsen apresenta um sistema de normas como ordem jurídica de caráter dinâmico, que dá espaço para a variabilidade das normas. Quer dizer, em razão do caráter dinâmico o sistema de normas é variável do ponto de vista de conteúdo. Porém, não o é no que toca a sua forma – ou seja, não se admite ir além da moldura do quadro normativo (CELANO, 1999).

Diante disso, qualquer que seja o seu conteúdo, uma norma jurídica é válida e assim será mesmo que seu conteúdo contrarie o de outra norma pertencente, ou seja, subsumida a outra norma fundamental que a valide. E esta é a lógica do processo de criação do direito positivo, donde se diz que a norma é válida porque atende a uma norma superior, que ao final atende a uma norma pressuposta, fundamental.

Sendo, porém, a norma fundamental (pressuposta) o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a um determinado sistema jurídico, é fato que esta é que dá unidade ao sistema em face da pluralidade de normas (KELSEN, 2009, p.228). Por meio deste conceito, de validade da norma com base na norma superior, fundamental e que gera a unidade do sistema, Kelsen estrutura sua teoria e constrói, então, os argumentos sobre a escolha das normas que se contradizem, a revogação da norma fundamental que põe em questão o aspecto temporal da validade da norma (que pode se dar por ela própria ou pela extinção da norma que a valida). Estabelece também a relação entre norma válida e eficácia da norma, visto que, para Kelsen, a

norma deixa de ser válida se deixa de ser eficaz, mas a eficácia nunca é fundamento para a validade da norma. Ou seja, o jogo da ciência do direito para Kelsen é o jogo da moldura das normas, e não o jogo da eficácia das normas. O Direito, por assim dizer, exerce o papel de definir e impor os limites da moldura normativa. Por isso, quando o aplicador do Direito excede esses limites, abandona a criatividade inerente à interpretação autêntica e adentra o campo da arbitrariedade.

Dito de outra forma, por esses motivos é que a validade da norma garante a estrutura escalonada e piramidal da ordem jurídica – fundamento da Teoria Pura do Direito – construída com pretensões a explicar o Direito como ciência, a partir do conceito da construção de um “sistema jurídico de um único princípio; e construir tal sistema sem sair do âmbito jurídico, explicando o direito apenas com o direito” e, assim, da concepção de um “sistema jurídico interno, concebido como um conjunto de normas jurídicas de vários níveis, unificadas por um nexo de delegação de validade” (LOSANO, 2010, pp. 51 e 65).

Validade, na visão de Kelsen, é sinônimo de força vinculante e obrigatória da norma: norma que cria norma por meio de norma. Daí se poderia pensar: para Luhmann, então, a validade deve ser tão ou mais importante do que para Kelsen, uma vez que, na teoria autopoietica, comunicação jurídica enlaça comunicação jurídica pretérita à futura, nas operações recursivas do sistema. A validade também pode ser a garantia da manutenção do sistema jurídico como sistema.

Sim, a Teoria dos Sistemas se importa com a questão da validade. Mas não especificamente com a “validade da norma”. E o motivo dessa assimetria reside no modo como Luhmann estrutura sua teoria e, no nosso entender, por força da finalidade de se resolver as duas inconsistências que se podem encontrar na teoria positivista. Vejamos.

3 A (DES)IMPORTÂNCIA DA VALIDADE DA NORMA NA TEORIA DOS SISTEMAS

É fato que Hans Kelsen parte do axioma da separação absoluta entre o mundo do *ser* e o do *dever-ser*, de forma a sustentar dois pilares conceituais da sua teoria: a norma fundamental, como norma pressuposta; e o conceito de norma válida (que decorre de outra norma superior válida).

Como se sabe, o “calcanhar de Aquiles” da teoria kelseniana é justamente explicar a absoluta separação do mundo do ser com o mundo do dever-ser, tratando do sistema jurídico, metodologicamente, como algo hermético para o mundo do ser, enquanto ciência. Por isso, o sistema opera apenas internamente, por meio da construção, como se disse acima, da validade das

normas, que garante a estrutura escalonada e verticalizada da ordem jurídica. Tanto assim que, ao relacionar a validade com a eficácia, reconhecendo que esta está inserida do mundo do *ser*, Kelsen não conseguiu separá-la totalmente do tema da eficácia da norma, reconhecendo que uma norma, quando deixa de ser eficaz, torna-se também inválida (KELSEN, 2009, p. 236).

A Teoria dos Sistemas, por seu turno, estabelece outro tipo de metodologia para se construir. O tema da validade, aqui, adquire características e função distintas daquelas traçadas na teoria kelseniana. Não há que se dizer, portanto, que a validade não é um tema de importância na teoria dos sistemas luhmanniana. Mas tão somente que adquire outros contornos. Isso porque Luhmann se preocupa menos com critérios formais e estruturais que o teórico positivista.

Um exemplo disso é o fato de que a verticalidade na validação das normas é um critério básico para Kelsen. Para a teoria dos sistemas, a hierarquia não guarda grande importância. Isso fica claro no artigo escrito por Luhmann, publicado em 1990, onde deixa patenteado que as constituições modernas dividem as normas jurídicas em dois grandes grupos – as normas constitucionais e as outras. Por isso, o centro do Direito estaria ocupado pelas normas constitucionais, e, na periferia, estariam as demais normas. Centro e periferia não cumprem, aqui, papel de vértice e base de estrutura escalonada, mas sim de espaço de operações funcionalizadas e diferenciadas. Assim, Luhmann sustenta que a validade hipotética de uma norma fundamental (como construída por Kelsen) já não satisfaz, porque, no seu entender, deve-se analisar mais de perto quais requisitos um texto parcialmente autológico deve cumprir em um sistema autorreferencial e operativamente fechado.

Por isso, a teoria luhmanniana, ao contrário do que se supõe e ao contrário do que se pode deduzir – face ao conceito da autopoiese – não concede protagonismo à noção de fundamento de validade da norma como faz a Teoria Pura do Direito. Lida com a validade, porém, em outro contexto, de outra forma: a uma, porque não trabalha com o conceito de sistema fechado [há aqui o que a teoria denomina de abertura cognitiva do sistema – que permite ao sistema processar as irritações que capta da sociedade, até porque o sistema jurídico, para Luhmann, é um subsistema da sociedade, do que decorre que “não há direito fora da sociedade, mas apenas direito na sociedade” (GONÇALVES e BÔAS FILHO, 2013, p. 106)]; a duas, porque a Teoria dos Sistemas não labora com a ideia do escalonamento das normas – donde uma norma superior dá validade a uma norma inferior, tendo por origem uma norma fundamental – tampouco com a ideia de norma fundamental pressuposta. Isso porque a teoria dos sistemas luhmanniana se preocupa com a sobrevivência e eficácia do sistema jurídico, pensando neste como uma forma de simplificação e codificação da complexidade que colhe da sociedade (do

ambiente) por meio da comunicação, ou seja, há nesta aderência ao mundo do *ser* – justamente de forma a resolver as questões não solucionadas (ou mal solucionadas) pela Teoria Pura do Direito.

Não obstante, Luhmann entende que a validade é, também, condição de unidade do sistema. Mas concentra-se na validade como sendo uma validade do Direito e não da norma, pois explica a validade não como condição estruturante do sistema jurídico (como faz Kelsen), mas como símbolo da unidade do sistema, sendo este um dos elementos de uma estruturação maior que permite o funcionamento do sistema do Direito como subsistema da sociedade: o fechamento operativo do sistema.

Há de se fazer aqui um parêntese para deixar claro que Luhmann destaca a validade como símbolo porque essa não é visível, já que adquire significado específico de validade apenas no momento da escolha do observador, uma vez que está em constante modificação com o resto do sistema e fundamenta seu funcionamento com base em um controle exercido por ele mesmo em seu Fechamento Operativo. Como Luhmann disse: não se trata do símbolo de uma ‘existência específica’ ao longo da qual se dá o acontecer jurídico. Na verdade, é um símbolo da estabilidade dinâmica do sistema, que se manifesta na recursão e na antecipação no passado e no futuro. A validade de amanhã é, mantendo-se a função simbólica, outra validade, pois, hoje, algo se decidirá (LUHMANN, 2016, p. 143).

Assim equivocam-se os que entendem que o tema da validade para Luhmann aproxima-se do tema da validade para Kelsen (exceto pela unidade de cada sistema), a partir da concepção de que o conceito de validade permitiria articular sistematicamente os conceitos de legitimidade e eficácia, constituindo ele próprio uma redução da relação desses três elementos a um de seus termos, numa direção similar ao positivismo de Kelsen (QUINTANA, 2006, p. 48).

Para melhor elucidação da distinção aqui traçada formula-se o quadro abaixo:

Quadro 1 – Validade para Kelsen e Luhmann

Kelsen	Luhmann
1. Teoria construída sobre o fundamento da validade normativa. A validade é essencial à teoria kelseniana.	1. Teoria de Luhmann não concede protagonismo à validade da norma. Validade não é norma, é forma de negação de outras possibilidades.
2. Fundamento da validade de uma norma está ligado a uma norma superior que confere validade e unidade a todo o sistema normativo.	2. Não trabalha com a ideia do escalonamento de normas para construir a validade da norma inferior.

3. Eficácia não é fundamento para a validade da norma.	3. Validade é simbolização factual do dever ser.
4. Validade como sinônimo de força vinculante e obrigatória da norma.	4. Validade como símbolo da unidade do sistema sem qualquer valor intrínseco: memória do sistema

Por isso, abaixo se explica por que, para Luhmann, a centralidade da sua teoria esta na concepção do que chama de “fechamento operativo do sistema”, mediante uma “abertura cognitiva” do mesmo. Lembrando sempre, por óbvio, que Luhmann construiu a teoria dos sistemas (que, destaca-se, não se aplica apenas ao Direito, mas também à política, à economia, à ciência etc.) mais de cinquenta anos após a Teoria Pura do Direito, num contexto histórico completamente distinto, com a completa instituição do que se chama Estado Social.

4 O FECHAMENTO OPERATIVO DO SISTEMA DO DIREITO E A ABERTURA COGNITIVA COMO BASE DA TEORIA LUHMANNIANA

Como acima colocado, com o aumento da complexidade das relações sociais, com a transformação da sociedade numa sociedade muito mais multifacetada, com vários atores sociais e com o advento do Estado Social, Niklas Luhmann surge com uma crítica às teorias do Direito construídas com bases históricas, jusnaturalistas e mesmo aquela alicerçada por Kelsen, porque todas essas, no seu entender, já não comportavam mais a alta complexidade do mundo contemporâneo, pós-grandes guerras e diante das grandes transformações tecnológicas.

Diante disso, construiu uma teoria denominada de Teoria dos Sistemas, pela qual a diferenciação funcional existente na sociedade (em razão de sua complexidade, informação, variabilidade e incremento incessante de novas possibilidades de comunicação), cria subsistemas funcionais que possuem, cada qual, seus códigos binários. Tais subsistemas “concorrem entre si e apenas detêm primazia e validade universal perante seus respectivos sistemas” (GONÇALVES e BÔAS FILHO, 2013, p. 111), sendo, assim, mantidos mediante seu fechamento operacional e sua abertura cognitiva, pois é salutar que não se isolem totalmente de seu ambiente, visto que as “regras normativas de decisão (que se justificam apenas no interior do direito) se formulem de tal maneira que seja possível uma dedução a partir dos fatos – os que determinam cognitivamente: se está presente a realidade “a”, então a decisão “x” é conforme o direito” (GONÇALVES e BÔAS FILHO, 2013, p. 112).

Por isso, diz-se que a teoria luhmanniana não faz com que o Direito seja absolutamente alienado da realidade. Por meio da comunicação, faz seleção de determinadas expectativas sociais (advindas da sociedade, do seu ambiente), seleciona e inclui algumas dentro do sistema e contingencia outras para conter as frustrações.

Dessa forma, o que garante a operação do sistema, de maneira autopoiética, mediante uma diferenciação do seu ambiente, é o fechamento. E, segundo Luhmann, o que garante a unidade e o fechamento do sistema é a conexão entre código e função (e não, ao contrário da teoria positivista, o fundamento de validade da norma em outra norma superior, em sequenciamento piramidal de validação). Como todo sistema que se encarrega de uma função, o Direito, como sistema, dispõe de um símbolo – da validade – que se incumbe de gerar a unidade do sistema operação a operação.

Vale lembrar que o código é uma regra de duplicação que relaciona qualquer entidade que caia em seu campo de aplicação a uma entidade correspondente. Com base na comunicação, o código é sempre baseado num esquema binário, que, no caso do Direito, distingue o lícito do ilícito. Com base no código é que se pode chegar à diferenciação de um sistema autopoiético.

Considerando, porém, que o Direito opera no âmbito dessa distinção, o sistema funciona de forma a estabilizar as expectativas normativas pela regulação de suas generalizações temporais, objetivas e sociais. O Direito torna possível saber quais expectativas encontrarão aprovação social e quais não. Essa é a função do Direito.

O símbolo da validade é uma função operativa do sistema. Por isso, Luhmann destina à validade a importância que lhe dá: trata da validade do Direito (e não da norma) como uma função operativa do sistema (LUHMANN, 2016, pp. 51-164). Nesse trabalho, Luhmann trata de elemento estruturante da teoria – o fechamento operativo do sistema.

Para Luhmann, portanto, o sistema do Direito dispõe de um símbolo que gera a unidade do sistema na alternância de suas operações, que consiste numa função operativa indispensável para a produção de referências recursivas, ou seja, este “símbolo conserva e reproduz unidade do sistema no âmbito da diversidade de suas operações”. E completa: “no sistema do Direito, a isso se chega pelo símbolo da validade jurídica” (LUHMANN, 2016, p. 132).

Luhmann explica que a validade jurídica é um símbolo sem qualquer valor intrínseco (assim como o código), ou seja, não confere qualidade a uma lei, a uma sentença ou a um contrato. A validade, aqui, como símbolo que confere unidade do sistema em razão da diversidade de suas operações, funciona apenas como aceitação da comunicação – a aceitação da autopoiése das comunicações do sistema do direito. Em outras palavras, generalização simbólica obtida pela validade assegura maior probabilidade de sucesso da comunicação jurídica.

Para sustentar sua tese, Luhmann explicita que o conceito de validade que não se sustenta em normas é mais apropriado para lidar com as discrepâncias de complexidade entre sistema e decisão, visto que é fato inevitável a legitimidade se basear em ficção jurídica a que se possa depois condicionar (LUHMANN, 2016, p. 134).

Nessa linha é que Luhmann afirma que nenhum argumento (seja lei, contrato, testamento ou uma decisão jurídica provida de força legal) é capaz de alterar o símbolo da validade do Direito, ou seja, é capaz de mudar o Direito vigente. Argumento algum pode conferir validade a novos direitos e obrigações. Com isso, a validade faz com que a argumentação jurídica se restrinja ao Direito filtrado pelo Direito e não possa, assim, resvalar nos preconceitos morais ou de outra ordem (LUHMANN, 2016, p. 451).

Assim, para o teórico, essa concepção da validade como símbolo da unidade do Direito substitui a pergunta pelas fontes do Direito e, assim, o ponto de partida para todas as teorias “positivistas” (LUHMANN, 2016, p. 134). Interessante sobre este tema o estudo de Luhmann apresentado no artigo “La Dottrina Giuridica Delle Fonti Del Diritto”, onde alega que, para o uso jurisprudencial das fontes do Direito, na época em que escreveu o estudo, a questão central deveria consistir no seguinte: estabelecer se se deve continuar a pressupor uma pluralidade de fontes jurídicas diversas (apontadas por Luhmann no curso do referido texto) e se essa dogmática de múltiplos tipos pode ser estabilizada no nível da teoria do direito e da sociologia, uma vez que esta pluralidade pode ampliar a liberdade de escolha do juiz e, na medida em que houve a positivação do direito, esse atributo foi deslocado para a própria norma, o que faz com que o auxílio dogmático se torne supérfluo, sendo que o juiz pode alterar a lei se, dentro das figuras de argumentação à sua disposição, ele busca por razões convincentes (LUHMANN, 2016, pp. 243-262).

Resolve-se, assim, a questão da falta de referência para o que a teoria kelseniana chama de norma fundamental pressuposta, cuja origem (sua pressuposição) nunca chegou a ser adequadamente explicada pelo positivista.

Dessa forma, na medida em que Luhmann transfere a observação destinada à diferenciação para o nível operativo, a validade do direito, como símbolo, torna-se tão apenas a realização da transição de um direito para outro direito, sem que se tenha, por isso, a conotação que se lhe empresta Kelsen: de elemento estrutural a dar suporte a sua teoria multinível.

Por isso, Kelsen certamente trata da validade como elemento essencial à sua teoria e Luhmann trata do fechamento operativo do sistema como o tema macro da teoria do sistema, enlevando a validade do direito (não da norma) como uma função, um aspecto dentro da análise das operações. O simbolismo da validade estabiliza uma orientação comunicativa, cria

informação e indica o valor positivo: o direito válido. Não se anula a contingência do direito, mas se oferece a vantagem de vinculá-la à orientação do meio simbolicamente generalizado da validade. Completa Luhmann:

Dessa forma, a validade não é norma, mas forma. Como forma, o símbolo da validade marca a diferença de dois lados: validade e não validade. A validade é, no conceitual de George Spencer Brown, o lado interno da forma, e a não validade é seu lado externo. O sistema requer tempo para passar de um lado da forma para o outro - do estatuto da validade para o da não validade e o inverso, do da observação e da descrição de que as normas são válidas. Em todo caso, a forma existe somente como forma de dois lados, sem que um lado possa existir sem o outro, e ambas as designações - a positiva e a negativa - são resultado de operações internas ao sistema e estão relacionadas com estados internos. (LUHMANN, 2016, p. 140)

Para Luhmann, forma é a distinção que se aplica a todos os casos em que se observa a condensação e enrijecimento das relações entre os elementos que se podem considerar mais independentes entre eles (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 85). O código lícito/ilícito é a forma do meio simbólico que circula pelo sistema jurídico: a validade.

Diante disso, a validade do Direito é um símbolo que enlaça as operações do sistema, que, ao invés de se validar pontualmente, o faz recursivamente, ou seja, recorrendo sempre ao direito vigente, operação a operação, na autopoiese do sistema e que, para isso, exige a compreensão do que vem a ser explicado pela teoria luhmanniana como fechamento operativo do sistema - requisito de existência do sistema do direito como subsistema da sociedade.

5 A (DES)IMPORTÂNCIA DO TEMA DO FECHAMENTO OPERATIVO DO SISTEMA NA TERORIA KELSENIANA

Embora se reconheça a distinção metodológica entre as propostas kelseniana e luhmanniana, é fato que a Teoria Pura do Direito é construída sob a consideração de construir o Direito dentro de um sistema fechado, e que se autorreproduz, visto que Kelsen considera que:

É, com efeito, uma característica muito significativa do direito o ele regular sua própria produção e aplicação. A produção das normas jurídicas gerais, isto é, o processo legislativo, é regulado pela Constituição, e as leis formais ou processuais, por seu turno, tomam à sua conta regular a aplicação das leis materiais pelos tribunais e autoridades administrativas. Por isso, os atos de produção e de aplicação (que como veremos, também é ela própria produção) do Direito, que representam o processo jurídico enquanto formam o conteúdo das normas jurídicas, enquanto são determinados por normas jurídicas. Desta forma, também a teoria dinâmica do Direito é dirigida a normas jurídicas, a saber, àquelas normas que regulam a produção e a aplicação do Direito. (KELSEN, 2009, p. 80)

Na teoria luhmanniana, não obstante se estruture sob o princípio do fechamento operativo do sistema, é fato que os sistemas são cognitivamente abertos, o que permite, por meio de programas condicionais, a variação do sistema jurídico, sofrendo as irritações e fazendo a seleção do que se observa na sociedade, ou seja, fora do sistema jurídico, nos fatos.

Diante disso, Luhmann construiu sua teoria para explicar os motivos (os sistemas devem ser capazes de mudar e organizar suas estruturas a partir de suas referências internas, produzir seus elementos e determinar suas próprias operações) pelos quais os sistemas (na verdade, os subsistemas) devem operar fechados. De outro modo, porém, sob pena de cair nas amarras do positivismo, construiu a tese de que o fechamento operativo não implica isolamento do sistema em relação ao seu ambiente e que, embora sendo um subsistema funcional, autopoietico e que não pode importar do exterior seus elementos, devendo produzi-los mediante operações recursivamente fechadas (GONÇALVES e BÔAS FILHO, 2013, p. 69), é fato que não afastou a possibilidade da inter-relação do subsistema do direito com os demais subsistemas, que também são operativamente fechados.

A construção da tese do fechamento operativo do sistema carrega, por assim dizer, a tese da abertura cognitiva do sistema, e vice-versa. Faz-se tão importante a explicação sobre a condição essencial do fechamento operativo do sistema, quanto se faz a construção de variabilidade jurídica em razão de eventos incontroláveis e contingência.

Já tivemos oportunidade de sustentar – quando abordamos a leitura equivocada que se faz do “fechamento operativo do sistema”, como sendo um purismo, um isolamento e uma estabilidade – que, “na verdade, a afirmação de que a sociedade é um sistema operativamente fechado nada tem a ver com estas ideias. Antes representa o oposto. O fechamento operativo é condição para a abertura cognitiva do sistema e estratégia de convivência com a instabilidade” (DE GIORGI *apud* Campilongo, 2006, p. 14).

Não por outro motivo, Kelsen se importou menos na sua Teoria Pura do Direito em discorrer sobre a importância do fechamento operativo do sistema jurídico. Adotou como pressuposto e jamais considerou metodologicamente relevante qualquer tipo de relação do sistema jurídico com o mundo do *ser*, como ocorre com a construção teórica luhmanniana, embora a distinção *dever-ser* e *ser* já não seja mobilizada pela teoria dos sistemas.

Não é demais dizer que Kelsen construiu o arquétipo do que se chamaria sistema jurídico. Em sua obra, refere-se várias vezes ao que chama de sistema de normas, voltando-se ao direito positivo como objeto da ciência jurídica. Mario G. Losano afirma a este respeito:

Hans Kelsen considera que todo o material jurídico positivo, presente numa certa sociedade, numa certa época do seu desenvolvimento histórico, é organizado num

sistema unitário. Em outros termos, Hans Kelsen assere que existe uma ordem, um sistema no interior do material jurídico positivo. (LOSANO, 2010, p. 46)

Também não escapou a De Giorgi o tema da formulação do sistema jurídico na teoria kelseniana:

O sistema jurídico apresenta-se, assim, como um universo de qualificações normativas cuja ciência e unidade são estabelecidas pelas relações formais de sua produção, indiferente, como dever-ser, em relação às instâncias materiais própria do ser. Um universo que mantém a separação e deriva sua autonomia do seu interior, das raízes hipotético-relativas sobre as quais se apoia sua estrutura. (DE GIORGI, 2017, p. 84)

Com isso, se quer dizer que Kelsen, afastando-se de toda e qualquer manifestação do mundo do *ser* e considerando tão apenas o ingresso no mundo jurídico de uma comunicação prévia com previsão geral e abstrata condicionalmente imputada a consequências previstas pelo próprio direito, que o conceito de sistema fechado, que se autorreproduz, já vislumbrava apenas um caminho na construção da teoria jurídica – a das operações internas, e unicamente internas, no sistema jurídico como fator de produção do Direito.

Não se pode esquecer que Kelsen analisa tão somente duas hipóteses em que o sistema formal kelseniano depara-se com a realidade (há, nestes casos, uma ponte entre o *ser* e *dever-ser*): a revolução e o costume. A primeira consiste na “modificação ilegítima da Constituição” (KELSEN, 2009, p. 223). Já a segunda é o que denomina fato “extra-sistêmico normativo”, sendo que Kelsen atribui força derogatória ao costume (norma negativa) pelo desuso, que Kelsen chama na Teoria Pura do Direito de *desuetudo* (KELSEN, 2009, pp. 238-9).

A linearidade com que Kelsen aborda esses dois pontos de contato entre o mundo do *ser* e do *dever ser* é suficiente para abonar sua premissa maior: a de que o sistema normativo, por dizer, o sistema jurídico, é primordialmente construído de norma que é validada por uma norma superior e que se valida por uma norma fundamental.

O Quadro seguinte, como se fez acima, resume as distinções do tema do fechamento operativo do sistema para os dois teóricos:

Quadro 2 – Fechamento Operativo para Kelsen e Luhmann

Kelsen	Luhmann
1. Teoria baseada na ideia de fechamento do sistema normativo, ou seja, na separação absoluta entre o mundo do <i>ser</i> e o do <i>dever-ser</i> .	1. Teoria baseada na diferença que existe entre sistema e ambiente. Os sistemas são, assim, operativamente fechados e cognitivamente abertos.

2. Constrói a ideia de um sistema de normas fechado, no qual a norma fundamental é a fonte comum de validade de todas as demais.	2. Fechamento operativo não implica isolamento do sistema em relação ao seu ambiente.
3. Adota uma postura estrutural, hierarquizante e de descrição normativa.	3. Adota um caminho funcional, sem vértice operacional e comunicacional.
4. Objeto do estudo do Direito é a descrição da norma e do conjunto de normas.	4. Direito como sistema autopoietico, ou seja, como um sistema que produz seus próprios elementos.

Por isso, conforme acima dito, temos que Kelsen se preocupou menos em definir a importância do tema do fechamento operativo do sistema, porque desprezava a ideia de que o sistema do Direito pudesse operar fora dele mesmo – em contato com o mundo do *ser*, comunicando-se com qualquer outro sistema ou com os fatos da sociedade – muito embora não tenha conseguido superar a fragilidade desta desconexão quando da abordagem da eficácia da norma.

6 CONCLUSÃO

Partindo-se da proposta deste artigo, então, podemos concluir, por primeiro, que tanto Kelsen quanto Luhmann trazem como importante ponto de encontro de suas teorias a ideia de “sistema” como evolução no estudo do Direito como ciência. Os dois teóricos tratam do Direito dentro da concepção de sistema.

Para Kelsen, porém, o objeto do estudo do Direito como ciência é a norma, ou a descrição normativa da “existência específica” e do “fundamento de validade” da técnica que organiza e regula a conduta humana. Assim, constrói sua teoria sob o “fundamento da validade” normativa, considerando que o fundamento da validade de uma norma somente pode se dar em outra norma, hierarquicamente superior, também válida.

Ademais, o positivista confere limites ao sistema. Na cadeia hierárquica observada por Kelsen, a norma fundamental, que é pressuposta, é a norma que confere validade e unidade a todo o sistema normativo – que se caracteriza como dinâmico, ou seja, a norma fundamental, ao contrário do que muitos pensam, só fornece fundamento de validade (validação formal) às demais normas do sistema, e não fornece conteúdo de validade.

Por essa razão, entende Kelsen, o sistema tem capacidade de variação. Caso contrário, as normas do sistema estariam subsumidas à norma fundamental de forma estática, com o risco de os operadores terem margem para recorrer a valores morais e metafísicos.

Desta forma, Kelsen criou, metodologicamente, um sistema jurídico que é interno, concebido como um conjunto de normas jurídicas de diversos níveis, unificadas por um nexo procedimental de delegação de validade.

Não obstante, Luhmann trate da validade como um símbolo que atribui unidade ao sistema, fato é que estrutura sua teoria, em termos de método, de maneira diversa daquela concebida por Kelsen. Vale dizer, assim, que o tema da validade, para Luhmann, tem peso significativo para a concepção da sua teoria. Porém, a validade não tem, para o teórico sistêmico, a mesma nuclearidade que tem para Kelsen.

Sendo um dos elementos a conferir unidade ao sistema jurídico, na teoria luhmanniana, a validade é atributo do sistema, do Direito, e não da norma ou do ordenamento, sendo, assim, atributo que permite o funcionamento do sistema do Direito como subsistema da sociedade, sob o fechamento operativo do Direito. É, por isso, um símbolo da estabilização dinâmica do sistema, sendo símbolo porque se manifesta sempre no presente da operação comunicativa, na recursão ou recursividade do passado e na antecipação no futuro, gerando unidade, assim, operação a operação (dentro do sistema).

A validade, portanto, na teoria dos sistemas de Luhmann, é um símbolo sem qualquer valor intrínseco porque não confere qualidade às suas operações, mas apenas unidade ao sistema em razão da diversidade de suas operações.

Dessa forma, não se pode entender o que é validade do sistema jurídico, para Luhmann, sem entendê-la dentro do contexto do fechamento operativo do sistema e da diferenciação funcional que estabilizam “meios de comunicação generalizados simbolicamente”, como o direito válido. Porque o sistema do Direito (bem como os demais sistemas) existe como subsistema dentro do sistema social, isolado por meio da diferenciação funcional e com seu código e função próprios. Esses sistemas se diferenciam fechando-se operacionalmente para que apenas a informação selecionada – de acordo com o que já é operado no sistema – possa ser absorvida.

Daí o conceito de abertura cognitiva, ou seja, o Direito, por meio da comunicação, faz a seleção de determinadas expectativas sociais, incluindo algumas dentro do sistema, e contingência outras, para conter as frustrações.

Disso, uma semelhança e uma distinção importantes e evidentes entre as teorias kelseniana e luhmanniana: enquanto as duas se estruturam para operar o Direito dentro do

próprio sistema do Direito (fechamento operativo), a teoria luhmanniana concebe uma forma de tratamento e construção (dentro do sistema) dos fatos sociais, enquanto que a teoria kelseniana, mediante o fechamento hermético, não considera os fatos (o ser) para as operações do sistema jurídico.

Kelsen adota postura estrutural, hierarquizante e de descrição normativa (voltada para a identificação interna e fechada da “existência específica da norma” e do encadeamento de seu “fundamento de validade”). Luhmann, ao revés, opta por caminho funcional, sem vértice, operacional e comunicacional (preocupado em encontrar símbolo que estabilize aquilo que, por definição, é contingente e variável – o sistema jurídico –, e, por isso mesmo, sensível às “irritações” provenientes do ambiente. Mas existem pontos de convergência no tratamento que ambos conferem ao tema “validade”. Reconhecem seu caráter “global” e “generalizado”: atributo do sistema. Como imperativo “despsicologizado”, impessoal e anônimo, a existência específica da norma, é dizer, sua validade, é autônoma e independe de fatores externos à normatividade para preservar sua existência, para Kelsen. Analogamente, para o sistêmico Luhmann, por outros caminhos, a aceitação da validade do sistema jurídico também não depende de situação concreta em que se desenvolve: a generalização simbólica do Direito válido apenas reforça a probabilidade de sucesso da comunicação jurídica.

Vale palavra conclusiva a respeito do conceito de validade em Luhmann. Em conhecido ensaio sobre as normas de uma perspectiva sociológica, Luhmann reafirma que, para as ciências que tem por objeto o comportamento humano, a distinção entre “ser” e “dever ser” não faz sentido (Luhmann, 1981, p. 51). Deveres jurídicos não decorrem nem derivam de determinações lógicas, conceituais ou hierárquicas. Sua base reside na infungibilidade funcional desse tipo de comunicação. Normas lidam com expectativas de expectativas, na intrincada forma “luhmanniana”, que combina Teoria dos Sistemas com Teoria da Comunicação. Operam “abreviação simbólica” que procura *estabilizar* expectativas. Outra coisa é a *mudança* ou *alterabilidade* das normas. Como combinar estabilidade e variação? Regular a contingência não se restringe à estabilização de expectativas normativas; implica deitar atenção sobre a validade das normas. O “desvio” da norma ou sua modificação sempre são possíveis. As normas válidas oferecem tratamento e limitação temporal a essas situações (Luhmann, 1981, pp. 59-60).

A própria “unidade do ordenamento jurídico”, dessa perspectiva, não é mais explicada por um suposto “fundamento” valorativo, pelo uso da violência ou pela norma “fundamental”. O sistema jurídico constrói sua unidade a partir do conjunto de questões que é capaz de formular e responder. Distinguir entre aquilo que está em conformidade com o direito daquilo que não está, passa a ser o motor da explicação funcionalista. Validade, positividade e unidade do sistema

jurídico são redescritas, então, como aquisições evolutivas de uma sociedade diferenciada funcionalmente.

Luhmann diferencia normatividade de validade. Validade não é a contingência no nível das expectativas normativas de expectativas. Não é, meramente, regra de solução lógica de conflitos normativos. É categoria útil, simultaneamente, à Sociologia e à Teoria do Direito. Sociologicamente, a validade regula a contingência, isto é, a questão das “outras possibilidades” normativas: validade social. Em termos jurídicos, a validade oferece suporte para o enfrentamento comunicativo da seletividade e da decisão. Nos dois casos – “sócio jurídico” e “jus-teorético” –, a validade está relacionada a problemas: questões e respostas. O tema da variabilidade do direito está sempre acoplado ao binário “problema/solução” (Luhmann, 2013, pp. 38-62 da tradução; pp. 86-139 do original).

Para a Teoria dos Sistemas, a unidade do ordenamento não reside no lado positivo das normas válidas. Ao contrário, numa sociedade funcionalmente diferenciada, o ordenamento promove a unidade da diferença entre comportamento conforme e não conforme. Nisso se revela a validade: “uma simbolização factual do dever ser, isto é, da normatividade do direito” (De Giorgi, 2016, p. 112). A contingência dos comportamentos, quanto maior a complexidade social, exige níveis de validade compatíveis com a variabilidade das normas. O que faz a validade? Fixa na temporalidade das normas aquilo que pode ser diverso: nega outras possibilidades, regula a contingência e encadeia as oportunidades de variação. Daí se entender a unidade do ordenamento jurídico como a unidade da diferença entre conforme e não conforme ao direito, ou seja, “a unidade de luz e sombra” (Luhmann, 2013, p. 38 da tradução; p. 86 do original), e não apenas o lado positivo das normas válidas.

A validade não é derivação do uso legítimo da violência. Também não é projeção do conceito de norma. Nem se explica, pela Teoria dos Sistemas, por hierarquias naturais ou formais de regras. É apenas institucionalização da forma de tratamento da contingência. Nas palavras de Luhmann: “com o conceito de validade, queremos indicar não contingência no nível das expectativas normativas de expectativas, que não exclui uma contingência futura no nível de experiências e ações reais, mas as leva em conta” (Luhmann, 2013, p. 46 da tradução; pp. 105-106 do original). Validade jurídica é indicativo da disponibilidade do direito para sua renovação constante. A contingência das normas exige do sistema jurídico regulação por meio da validade ou invalidade. Contingência não se confunde com acaso. O sistema jurídico é contingente na medida em que suas estruturas deixam sempre em aberto um leque de possibilidades: decisão como escolha entre alternativas. O “non liquet” é faceta importante de dois aspectos do sistema jurídico: de um lado, da validade das ficções conceituais e do material (normas) da dogmática

jurídica; de outro, da convivência do direito com elevada complexidade. Entre a contingência da sociedade e a contingência das normas está a não contingência da obrigação de decidir com base no símbolo da validade.

O tema “validade do direito” deixa transparecer percurso teórico nem sempre claramente apresentado por Luhmann: o das possibilidades da Teoria do Direito extrair lições importantes de uma Sociologia Jurídica teórica. Luhmann associa validade a contingência. Contingência, por seu turno, é elemento constitutivo do sistema social. Validade, nos termos apresentados por Luhmann, diversamente da Teoria do Direito tradicional, não é mera rejeição da arbitrariedade ou da aleatoriedade. Não se busca na construção de Luhmann – e, nesse particular, sua diferença com a concepção de validade de Kelsen, por exemplo, é enorme, diferentemente daquilo que imagina parte da doutrina (identificando aproximações entre Kelsen e Luhmann, Carreres, 2006, pp. 58, 70, 72; mostrando semelhanças e diferenças entre os autores: Araújo, 2018; França, 2001; Dos Anjos, 2008) –, o conceito formal ou o fundamento de existência da norma.

A perspectiva sistêmica sobre a validade está orientada para decisões que reagem a problemas. O sistema jurídico oferece limitações de sentido à resolução de questões. Assim, o problema jurídico-decisório é reconduzido ao sistema social. Consistência, adequação, fechamento operativo, abertura cognitiva, operação, função, código, meio de comunicação, programas, unidade do ordenamento, positividade do direito e organizações, por exemplo, são pensados em razão da reação a problemas. É desse conjunto de referências que Luhmann edifica seu conceito de validade, bastante contrastante com aquele de Kelsen.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANJOS, R. F. *Validade das normas jurídicas: considerações a partir das teorias de Kelsen e Luhmann*. www.conteudojuridico.com.br, 2008.

ARAÚJO, Felipe Antônio. Sistema, norma e justiça nas teorias de Hans Kelsen e Niklas Luhmann, Revista Jus Navegandi, 2008.

CARRERES, J. A. *Kelsen y Luhmann*, in J. A. RAMOS PASCUA e M. A. RODILLA GONZÁLEZ organizadores. *El positivismo jurídico a examen. Estudios em homenaje a JOSÉ DELGADO PINTO*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2006.

CELANO, B. *La teoria del diritto di Hans Kelsen*. Bologna: Il Mulino, 1999.

CORSI, G.; ESPOSITO, E; BARALDI, C. *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*.

Tradução de Miguel Romero Pérez; Carlos Villalobos e Javier Torres Nafarrate. Universidad Iberoamericana. ed. [S.l.]: [s.n.], 1996.

FRANÇA, V. R. *Anotações ao conceito de validade em Hans Kelsen e Niklas Luhmann*. Revista FARN, Natal, v.1, n.1, pp. 132-152, 2001.

GIANFORMAGGIO, L. *Estudios sobre Kelsen*. México: Fontamara, 1994.

GIORGI, R. D. *Direito, Tempo e Memória*. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GIORGI, R. D. *A investigação sociológica do direito na Teoria dos Sistemas*. *Direito UnB*, agosto 2016, v. 02, n. 02, pp. 103-119.

GIORGI, R. D. *Ciência do Direito e Legitimação: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann*. Tradução de Pedro Jimenez Cortisano. Curitiba: Juruá, 2017.

GONÇALVES, G. L.; BÔAS FILHO, O. V. *Teoria dos Sistemas Sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013.

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LOSANO, M. G. *Teoría pura del derecho. Evolución y puntos cruciales*. Bogotá: Temis, 1992.

LOSANO, M. G. *Sistema e Estrutura no Direito, volume 2: o Século XX*. Tradução de Luca Lambertini. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LUHMANN, N. *Le norme nella prospettiva sociologica*, in A. GIASANTI e V. POCAR organizadores, *La teoria funzionale del Diritto*. Milano: Unicopli, 1981.

LUHMANN, N. *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*. *Rechtshistorisches Journal*, v. IX, p. 176 a 220, 1990.

LUHMANN, N. *Kontingenz und Recht*. Frankfurt am Main: Surkhamp, 2013. Tradução não publicada para o português de Pythagoras de Carvalho, 2016, “*Contingência e direito*”.

LUHMANN, N. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, N. *La Differenziazione del Diritto*. Milano: Il Mulino, 1990.

QUINTANA, Ó. M. *Carácter Y Proyección de la Filosofía del Derecho en el Pensamiento Contemporáneo*. Bogotá: [s.n.], 2006.