

A função do direito, de Kelsen a Luhmann: a questão da separação entre direito e Sociedade

Luiz Octávio Villela de Viana Bandeira*

Resumo

O presente ensaio tenta identificar a importância do aspecto funcional do Direito no pensamento de Hans Kelsen e Niklas Luhmann, e qual o papel desempenhado por tais percepções nas relações entre Direito e Sociedade. Hans Kelsen não ataca diretamente a questão em sua mais célebre obra, a *Teoria Pura do Direito*, mas tal omissão pode ser entendida como uma consequência natural do Estado Liberal, garantido justamente pela separação metodológica entre Política e Direito. Niklas Luhmann, por sua vez, não concebe o Direito como algo diferente da Sociedade, mas antes uma das formas específicas que essa utiliza-se para se descrever, na condição de sistema que compreende internamente todos os tipos comunicacionais. Um dos elementos de sua diferenciação é o aspecto funcional que lhe é próprio: promover a generalização congruente das expectativas normativas.

Palavras-chave: Função do Direito. Teoria Pura do Direito. Teoria dos Sistemas.

A função social na Teoria Pura do Direito de Kelsen: laconicidade reveladora?

Aquele que pretende estudar o livro *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, na tentativa de encontrar o que o autor entende por função social do Direito, muito provavelmente irá decepcionar-se. Isso porque Hans Kelsen dedica-se diretamente ao assunto em poucas linhas, quando diz:

Só através do fato de a ordem normativa se inserir, como conteúdo das representações do indivíduo cuja conduta ela regula, no processo causal, no fluxo de causas e efeitos, é que esta ordem preenche sua função social.¹

* Advogado. Bacharel e Mestrando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

Tal passagem, inserida no sub-capítulo intitulado *o problema da liberdade*, pode ser entendida da seguinte forma: as normas servem para induzir os homens à conduta por essas determinadas, e essa é sua função social.

Entretanto, ainda que o argumento possa parecer demasiado simples, não podemos cair na ingenuidade apressada de dizer que a *Teoria Pura do Direito* não tem como plano de fundo uma função para o Direito na Sociedade, uma vez que a própria ausência de enfrentamento mais aprofundado a respeito do tema pode revelar qual é a função a que teoria se destina. Ainda que Kelsen não tenha dedicado muitas palavras ao tema da função do Direito em sua mais célebre obra, tal fato não nos autoriza concluir que o autor simplesmente ignore a sua existência, ou que renegue ao tema qualquer importância, mas sim que talvez tal assunto não tenha uma especial importância na concepção científica de Kelsen.

Podemos tomar a falta de enfrentamento profundo no assunto como um forte indício de que, talvez, a função do Direito não tenha papel relevante na “ciência normativa” proposta por Kelsen, cuja “pureza” proclamada é a separação entre o Direito e as demais ciências sociais que alegadamente turbavam o cientista jurídico em sua tarefa única: analisar as normas como verdadeiro objeto de sua ciência. Para

tanto, Kelsen desenvolve o conceito de “imputabilidade”, em contraposição ao conceito de “casualidade”, para identificar o cerne das chamadas ciências normativas, que incluem notadamente o Direito, e distingui-las das demais ciências, quer sejam naturais ou sociais.

É importante notar que Kelsen nunca negou que o Direito possa ser objeto de uma apreciação científica pautada pelo critério da casualidade. Esse seria o caso das ciências sociais, notadamente a Sociologia, em suas investigações acerca de como o Direito, na sua qualidade de *específica técnica social*, influenciaria no comportamento das pessoas sujeitas a tal ordem. Entretanto, tal tarefa não é a do cientista jurídico, segundo seu entendimento, e sim do cientista social, misteres que o autor cuida bem de separar. Nesse ponto, reside o mais forte cavalo de batalha da teoria kelseniana: a metodologia científica de análise do objeto, no caso, o Direito.

Diante disso – e ainda analisando somente o pequeno trecho constante na *Teoria Pura do Direito* – nota-se claramente que Kelsen diz que o direito *pode* se inserir no *processo causal* das condutas humanas (e não no *processo de imputação*, próprio da ciência do Direito), de modo que tal tipo de apreciação, ainda que válida, seria estranha à atividade do cientista normativo.

Antes de adentrar na análise de outros comentadores que se debruçaram sobre o significado de uma “quase ausência” de função do Direito na *Teoria Pura do Direito*, é interessante ainda ver o que o próprio Hans Kelsen, ainda que em outros textos, teria dito a respeito da função social do Direito. Talvez o texto mais elucidativo escrito pelo próprio Kelsen relacionado ao tema seja o artigo intitulado “*O Direito como técnica social específica*”, publicado pela primeira vez em *The University of Chicago Law Review*, em dezembro de 1941, e hoje constante na coletânea intitulada *O que é justiça*.²

Kelsen, logo no início do texto, apresenta sua concepção de Sociedade, ao dizer que essa “é a convivência ordenada ou, mais exatamente, a Sociedade é ordenamento da convivência entre indivíduos”.³ Dessa forma, para o autor, a própria Sociedade seria identificada pela existência de ordenações recíprocas entre indivíduos, visto que dentre os modos que tal ordem pode ser exercida o Direito encontra especial destaque e características próprias. Autores como Manuel Atienza, em obra editada pela primeira vez em 1985, assume que dentro do conhecimento jurídico existe um certo acordo em determinar que “o Direito é uma forma de ordenar a conduta humana, e isso necessariamente está ligado à identificação da função do

Direito. Contudo, o autor vê desacordo em se determinar qual é exatamente o sentido dessa ordenação”.⁴

A resposta que vem de Kelsen é que a ordem é exercida na medida em que em relação ao sujeito sempre pende uma promessa de castigo ou de prêmio, com destaque especial ao primeiro modo de sanção, diante de sua capacidade de verdadeiramente persuadir o cumprimento da conduta desejada por determinada ordem.

Note-se que ainda não se está a falar unicamente do Direito como única ordem a regular o comportamento dos indivíduos em uma Sociedade, sendo que, novamente, nesse campo, entram outras técnicas normativas como a moral ou a religião. Contudo, ainda que religião, por exemplo, também possa ser identificada como uma técnica social – e talvez mais eficaz que o Direito, como o próprio autor alude⁵ – a necessidade de que o indivíduo creia na sanção de caráter transcendental faz com essa não tenha o caráter geral e organizado de ordenação da Sociedade. Assim, o caráter de generalidade da aplicação da sanção dentro de uma Sociedade talvez seja o ponto-chave na diferenciação do Direito em relação aos demais modelos normativos.

Dessa forma, o que, afinal, para Kelsen, faria com que o Direito possa ser realmente denominado “Direito”? O que há no Direito que o distingue

dos demais modos de organização da conduta na Sociedade. Em um trecho, que vale a transcrição integral, Kelsen faz a si a pergunta sobre o que identifica e une as variadas ordens denominadas jurídicas encontradas ao redor do mundo por meio dos tempos, para então chegar a sua conclusão de que o Direito é uma técnica social específica, que consiste na coerção sancionada pela ordem e socialmente organizada:

O que o assim-chamado Direito dos antigos babilônicos tem em comum com o – igualmente assim chamado – Direito que prevalece hoje nos Estados Unidos? O que pode a ordem social de uma tribo negra, sob liderança de um chefe despótico, ter em comum com a constituição da República suíça? Ainda assim, há um elemento comum que justifica essa terminologia, que permite à palavra ‘Direito’ surgir como expressão de um conceito com um significado social muito importante. Pois a palavra refere-se à técnica social específica de uma ordem coercitiva, que, apesar das enormes diferenças entre o Direito da antiga Babilônica e dos Estados Unidos de hoje, entre o Direito dos *ashantis* da África Ocidental e o Direito da Suíça, na Europa, é essencialmente a mesma para todos esses povos que diferem tão amplamente em tempo, lugar e cultura – a técnica social que consiste em ocasionar a conduta social desejada dos homens por meio da ameaça de coerção no caso de conduta contrária.⁶

Após concluir que a sanção socialmente organizada é o que identifica o Direito como tal, e o separa de outras ordens coativas, Kelsen ainda alude que a imposição de sanções aos indi-

víduos que não cumprem as condutas determinadas pela ordem poderia ser visto como uma espécie de contradição. Tal vício estaria representado no dado de que o Direito impõe sanções – manifestadas em condutas humanas, mas levadas a cabo em nome da ordem social – que representam justamente as condutas que pretende coibir. Assim, por vezes, o Direito impõe restrição de liberdade a alguém justamente por ter restringido a liberdade de outrem, impõe a privação da morte para aquele que causou a morte de outro membro da Sociedade, e, assim, sucessivamente. Entretanto, ele assevera que a contradição do Direito nesse aspecto é somente aparente. E nesse ponto vem o argumento – tão curioso como revelador – de que

[...] o Direito é, com certeza, um ordenamento para a promoção da paz, no sentido de que proíbe o uso da força em relações entre os membros da comunidade.⁷

Em termos mais técnicos, dentro da sua ciência de imputação, o autor resume que

[...] o Direito é uma ordem segundo a qual o uso da força é proibido apenas como delito, isto é, como condição, mas é permitido como sanção, isto é, como consequência.⁸

Diante disso, para Kelsen, o Direito teria como função social a promoção da paz, justamente por organizar a força. Por organização da força pode-se entender que a força, na verdade, é

retirada das mãos do indivíduo e posta sobre o controle da comunidade, e somente essa, em um verdadeiro monopólio de seu uso.

Não se pode negar que identificar a *paz* como a função social do Direito para Kelsen possa soar com uma certa estranheza. Afinal, o autor é mundialmente conhecido por seu cientificismo e sua metodologia, a tal ponto que afirmar que a função social do Direito é a “paz” pareceria muito ingênuo para Kelsen, tanto quanto seria afirmar que sua função é a “Justiça”, o “bem comum” e os “bons valores cristãos”, entre outras. Mas, nesse ponto, devemos fazer uma dupla ressalva, para evitar más interpretações. Dizer que a função do Direito, para Kelsen, é a paz, significa dizer inicialmente que tal “paz” será feita por meio da organização das condutas humanas, de modo que não há qualquer contradição entre o trecho encontrado na *Teoria Pura do Direito* e no artigo que ora está a se analisar. Em segundo lugar, a paz, para Kelsen, de modo algum pode ser entendida como uma ausência de utilização da força, mas, sim, que tal força é relativizada, uma vez que o monopólio está centrado na coletividade e não no indivíduo. Tem-se, assim, uma paz relativa, e não absoluta, por assim dizer.⁹

Ainda que Kelsen admita que o Direito possa ser usado para a promoção da paz, não é possível afirmar que

o autor encontre em tal promoção sua função última ou perfeita. Em outras palavras, ele admite que o Direito é limitado como instrumento de promoção de paz, que somente será alcançada em caráter relativo.

Uma questão que merece menção neste trabalho – embora não se pretenda a exaustão do tema, por não ser este o nosso escopo – é que ideia de Kelsen de que a paz social absoluta é algo que jamais poderá ser alcançado incompatibiliza sua Teoria Pura com o que as teorias Marxistas entendem sobre o Direito. Sabe-se que Kelsen tomou parte em diversos confrontos intelectuais com estudiosos jurídicos da União Soviética em meados do Século XX, quer os denominados normativos – notadamente Reisner, Vischiny, Golunskii e Strogovitch – ou antinormativos – Stuchka e Paschukhanis –,¹⁰ divisão essa que se baseia no critério sobre em que medida tais autores identificavam Direito como um sistema de normas, ou somente um sistema de relações sociais, o que negaria seu caráter normativo.

Diante da grande importância do modelo de governo adotado pela União Soviética no Século XX – que efetivamente tornou-se um dos pólos da bipolaridade ideológica mundial no pós-guerra –, muitas foram as comparações entre a ciência jurídica defendida por Kelsen e as teorias jurídicas soviéticas, inclusive com várias tentativas

de harmonização de ambas. Não por acaso, o autor fez um grande esforço para tentar identificar a incompatibilidade total com a teoria marxista, uma vez que, além de artigos esparsos, escreveu ao menos dois livros especificamente relacionados ao tema, denominados *A Teoria Política do Bolchevismo*,¹¹ escrito em 1948, e *A Teoria do Direito Comunista*,¹² de 1955.

De volta à questão sobre a impossibilidade de o Direito resolver absolutamente o problema da violência e de conflitos dentro de uma Sociedade, é por tal caminho que o próprio autor pretende distanciar-se totalmente das teorias marxistas, ou pelo menos de sua interpretação sobre tais teorias. Kelsen entende que a doutrina do socialismo marxista prevê, em última análise, que a Sociedade será conduzida a um momento em que as relações não seriam regulamentadas por ordens coercitivas. Dessa forma, figuras como Estado ou Direito somente seriam instrumentos, por assim dizer, de como a classe burguesa mantém seu domínio sobre a classe que não tem titularidade dos meios de produção. O Direito, em suma, seria uma das formas ideológicas que compõe a superestrutura.

Kelsen é extremamente cético sobre a possibilidade de existir, ainda que em um futuro incerto, uma Sociedade que prescindia de qualquer ordem de caráter coercitivo. De certa forma, o

autor chega até ser irônico ao indagar-se por que será que, até o momento, tal ordem ainda não foi concebida, já que com certeza agradaria a todos:

Se fosse possível à mente humana estabelecer o conteúdo de uma ordem social que pudesse contar com a obediência voluntária de todos os sujeitos – porque corresponderia à natureza do homem e suas relações recíprocas exigiriam apenas o que eles desejassem –, uma ordem que faria todos felizes e, portanto, uma ordem justa, então seria difícil compreender por que tal ordem ainda não foi realizada.¹³

Assim, em resumo, vemos que o próprio Kelsen identifica que a característica de utopia de uma Sociedade que se desenvolva normalmente sem a necessidade de uma ordem coercitiva, ainda que mínima, afasta totalmente a compatibilidade entre as duas teorias. Podemos arriscar que para o autor nenhuma Sociedade pode se desenvolver sem um aparato de coerção das condutas recíprocas – uma vez que esse praticamente é o seu conceito de *Sociedade* –, e tal ordem coercitiva é exercida na Sociedade moderna, sobretudo, pelo Direito.

Entretanto, não é somente na função que o Direito exerce para a Sociedade em que reside a incompatibilidade entre o positivismo kelseniano e o marxismo. Em verdade, a própria concepção de ciência – e isso implica em dizer no *objeto* da ciência – já demonstra a não adequação entre as

duas teorias. A ciência do Direito de Kelsen, que tem como objeto analisar a norma jurídica,¹⁴ por meio de um processo de imputação, não tem como sobreviver dentro de uma concepção marxista de Sociedade. Um marxista necessariamente veria com estranheza a concepção de Direito de Kelsen, quase que como uma ciência solta em um espaço sem materialidade, quando na verdade deveria ser situada devidamente nas relações materiais de existência, subordinando-se à economia, e em parte notável da superestrutura. Em importante artigo sobre o tema, intitulado “*Marx e Kelsen*”, Orlando Gomes analisa com extrema precisão os pontos essenciais das duas teorias, passando também pelos juristas soviéticos, para chegar à conclusão de que ambas as teorias são incompatíveis, não somente no que diz respeito à função, mas, sobretudo, no que diz respeito ao conceito de ciência. Em lapidares trechos o autor indica:

A tese fundamental do marxismo em relação ao Direito é a de que as relações jurídicas não podem ser compreendidas nem em si mesmas, nem na chamada evolução do espírito, humano, tese esta de que o normatismo kelseniano é a antítese aberta e declarada. [...] Evidente que quem considera o Direito como elemento da superestrutura não pode admitir que seu objeto não seja real, isto é, fatos sociais, e não formas. Esse agnosticismo da teoria de Kelsen, que se traduz no indiferentismo para com a essência ideológica do Direito, é incompatível com a posição marxista.¹⁵

O positivismo kelseniano e o liberalismo

Na exposição feita até o momento, viu-se que por motivos próprios da ciência produzida por Kelsen, o tema da função do Direito não encontra grande espaço na teoria positivista por ele desenvolvida. Tal fato fica ainda mais evidente em suas comparações com o marxismo, que não admite uma análise do Direito que não esteja cientificamente ligada à economia. Por outro lado, muitos são os autores que vêem na ciência kelseniana, justamente por não se preocupar com a função do Direito, e sim com o Direito tal como é, o ambiente próprio para o desenvolvimento do liberalismo, embora esse não seja o fim declarado pelo autor.

Para seguirmos adiante, cabe em breves linhas uma retomada dos sinais marcante do positivismo, que foi o principal paradigma da ciência jurídica do Século XX. Realmente, é impossível negar que ainda no Século XXI essa consegue manter-se como ponto de partida de discussões, embora alvo de ataques constantes e nos sentidos mais variados ao longo deste período de tempo, como já vimos.

Inegavelmente, a rigidez metológica proposta pela teoria kelseniana é seu principal atributo, e possivelmente a causa de sua permanência até os dias de hoje. Em feliz metáfora,

inaugurada por Norberto Bobbio, pode-se dizer que a construção metodológica da Teoria Pura do Direito tem um duplo foco e constrói um verdadeiro *castelo*, em que é possível demarcar perfeitamente o que está dentro e o que está fora de seu território. Kelsen propõe-se a estudar o que está dentro (o Direito, notadamente por meio das normas que são seu “esquema de interpretação”¹⁶), de modo que as paredes do *castelo* (metodologia) são reforçadas para manter a separação.

O rigor metodológico, que inegavelmente apresenta um avanço na abordagem sobre a ciência do Direito, por outro lado também representa um certo “desconforto” para alguns pontos de vista. A mais comum das críticas – muito comum ainda nos dias de hoje, diga-se de passagem – é que a Teoria Pura do Direito teria contribuído, justificado e legitimado as atividades de regimes absolutistas no início do Século XX, notadamente o fascismo italiano e o nazismo alemão. Não foram poucos os autores, tanto na literatura jurídica como na filosófica ou política, que após verificarem as atrocidades cometidas em tais regimes, direcionaram suas condenações ao positivismo dizendo que, dentro da postura normativa pregada por tal doutrina, tais agressões seriam plenamente legitimadas. Afinal, segundo Kelsen, “todo e qualquer conteúdo

pode ser Direito”,¹⁷ de modo que condutas desumanas – somente possível em regimes como aqueles – seriam aceitas pela Teoria Pura do Direito. Embora o próprio Kelsen, em prefácio escrito em 1934,¹⁸ tenha identificado e previsto tais tipos de ataque, é possível dizer que o positivismo leva suas marcas e cicatrizes ao longo do tempo, de modo que os argumentos jurídicos lastreados unicamente em uma teoria positivista são – no mínimo – visto com reservas pelo que adotam teorias auto proclamadas de humanistas.

Em resumo do estado de desenvolvimento crítico do positivismo, é possível dizer que a pureza metodológica – que necessariamente apresenta-se como a já aludida “quase ausência de função social do Direito” – teria como consequência a total despreocupação com a matéria do direito – ou a própria “justiça” do Direito –, de modo que é possível verificar que esse é o principal argumento da “vulgata” kelseniana. Muitos foram os ataques ao positivismo no sentido de que esse teria ajudado a sustentar Estados tirânicos que o próprio conceito de “direito positivo” perde um pouco sua identificação. O rigor metodológico proposto quase que se confunde com o “rigor das normas”, uma vez que o positivismo, por definição, é aquele direito que pode ser mudado em seu conteúdo, por meio de um decisão, em contrapo-

sição a vertentes que concebem (em maior ou menor grau) a existência de um direito natural, que, também por definição, é aquele que naturalmente não muda, por ser eternamente norma, imutável e sempre presente na humanidade. Por mais contraditório que parece, as críticas ao positivismo fizeram com que esse se assemelhasse a um Direito que não muda, por sua rigidez, quando na verdade o que ocorre é justamente o contrário.

Entretanto, se a ausência de função social na Teoria Pura do Direito é entendida por alguns como livre passagem para a tirania, outros veem em tal metodologia como a consequência natural de um Estado Liberal. Dentre tais autores destacam-se Philippe Nonet e Philip Selznick que, em obra intitulada *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*, publicada inicialmente nos Estados Unidos em 1978,¹⁹ traçam a evolução do que eles chamam de Direito Repressivo para o Direito Responsivo, passando pelo Direito Autônomo, no qual as características do positivismo são identificadas como componentes do Estado Liberal. Em suma, a função social do positivismo em um Estado Liberal seria traçar a aplicação jurídica necessária e sem a qual esse não se desenvolveria em sua plenitude.

Em breve síntese do conteúdo da obra, os autores identificam três fa-

ses evolutivas do Direito na história moderna, as quais são denominadas como Direito Repressivo, Direito Autônomo e Direito Responsivo. Tais modelos jurídicos podem ser associados respectivamente a três modelos de Estado: Estado Absolutista, Estado Liberal e Estado Social. O fator de ligação histórica entre os períodos seria uma marcha determinada pela busca da legitimidade, tema que era muito discutido à época em que a obra fora escrita, influenciada notadamente pelo cenário pós-guerra, e impulsionado pelas demandas de movimentos sociais. Assim, a mudança de um período para outro representaria um ganho de legitimidade, entendida como uma justificativa para a obediência, que, por seu turno, envolve a obtenção de adesão da Sociedade.

O ponto de partida é o Estado Absolutista – com o seu Direito Repressivo – em que há uma grande sobreposição entre Direito e Política, de maneira em que a vontade do “Rei” confundia-se com a vontade da “Lei”. Em tal época, era possível identificar plenamente o Direito como subproduto da Política, sem uma nítida separação dogmática entre tais sistemas. O cenário absolutista não permitia com que a burguesia ascendente – sobretudo no período anterior ao Século XVIII – pudesse impor suas demandas sociais, uma vez que não integravam

a formação hegemônica do poder, de modo que pouco suporte recebia das instituições vigentes. A atuação política, que se identificava com a atuação jurídica, era o mecanismo repressor das demandas de tal classe social.

Somente por meio das revoluções burguesas – em reação direta ao Estado Absolutista – é que a proposta de separação entre as instâncias políticas e jurídicas como modo de impor limites à primeira ganhou corpo. A metodologia positivista kelseniana representa o arremate final ao modelo proposto por tais revoluções, com o refinamento encontrado em sua Teoria Pura do Direito. Nesse ponto, é possível identificar que a aparente ausência de função social no positivismo encobre seu verdadeiro plano de fundo, que é a separação total entre o Direito e outras instâncias (ou ciências, como quer Kelsen) como resguardo do Estado Liberal.

Para tornar clara tal ligação, Selznick e Nonet tentam traçar as principais características do modelo jurídico liberal,²⁰ que podem ser resumidas com a seguinte abordagem. Em primeiro lugar – e em posição destacada – o modelo jurídico em questão apresenta separação rígida entre Direito e Política, no sentido de separação metodológica entre esses. Por trás dessa separação temos de um lado uma escolha metodológica, que pretende conhecer o objeto e traçar sua operação

diferenciada. A separação metodológica tem a vantagem de desonerar o aplicador do Direito de fundamentar suas decisões em qualquer justificativa além da própria norma, tornando desnecessário – e cientificamente reprovável – entrar em cogitações sociológicas e políticas. Se tal fato aparentemente diminui o poder do juiz, os autores defendem que é justamente tal característica que permite ao Direito ser forte o suficiente para impor limites às vontades Políticas. Quando o modelo jurídico liberal demarca a diferença entre Direito e Política, encara-se a “Lei” como limitadora da vontade do “Rei”.

O enfoque centrado na norma jurídica, advindo da separação metodológica entre o Direito e a Política, além de ser uma desoneração na justificativa para a decisão, também pode ser vista como uma desoneração do magistrado em relação às consequências sociais de suas decisões. Em outras palavras, uma vez que a decisão observou a norma e o procedimento adequado, a preocupação do magistrado com a consequência da aplicação da norma não é bem-vinda para o modelo liberal. Desse modo, o descontentamento social deveria ser canalizado para sua instância própria, que é naturalmente o debate político, no qual são fixados os procedimentos para a elaboração de regras que vinculem a todos.

Partindo dessa ideia, também é identificável no modelo jurídico liberal o apreço pela racionalidade formal e regularidade procedimental na obra em comento, o que de certa forma já é identificada por Max Weber no início do Século XX, que via na Sociedade moderna – sobretudo no Direito – a preponderância das ações com racionalidade formal. Em relação ao pensamento weberiano no Direito, Manuel Atienza indica que dentre os sociólogos que veem no Direito um fator de mudança social, Weber contrapõe-se à teoria marxista acima já aludida, pelo otimismo em relação à racionalização do Direito. Marx, por outro lado, enxerga que tal racionalidade, em que a liberdade e a igualdade são postas apenas em sentido formal e abstrato, serve apenas para gerar a opressão em favor da classe dominante. Eis a sintetização do autor espanhol:

Todos los clásicos de la teoría sobre la evolución social del Derecho (Saint-Simon, Comte, Marx, Spencer, Maine, Durkheim, Max Weber...) sostuvieron alguna teoría sobre la evolución social del Derecho cuyo sentido, naturalmente, no siempre es coincidente. Para Marx, por ejemplo, cada modo de producción genera un diferente tipo de Estado y de Derecho; el Derecho moderno de la sociedad capitalista tiene como base la libertad e igualdad de los sujetos, pero en un sentido formal y abstrato, de manera que se trata, en realidad, de un Derecho que refleja y, en cierto modo, genera desigualdad y opresión. Para Max Weber, por el contrario, El desar-

rollo del Derecho se explica a partir del Idea de la racionalización, que alcanz su punto culminante en las modernas Sociedad occidentales; el Derecho moderno se caracteriza concretamente por ser expression de una racioanalidad de tipo formal que el valora em términos esencialmente positivos.²¹

A passagem do Direito Autoritário para o Direito Autônomo, segundo Selnick e Nonet, representou um ganho de legitimidade. Contudo, a eventual passagem do Direito Autônomo para o Direito Responsivo, como analisado na década de 1970, também deve-se de certa forma à insuficiência de legitimidade que foi causada pelas próprias características do Direito Liberal, e que outrora foram tão importantes no primeiro estágio. Dessa forma, as características que fizeram com que o Direito Autônomo ganhasse legitimidade em relação ao Direito Repressivo, hoje são as fontes do enfraquecimento de legitimidade do próprio modelo. Os autores analisam que a racionalidade formal pregada pelo positivismo, se um dia teve a função de proteção, hoje gera um descontentamento social que demanda a maior materialidade do Direito ao responder às questões que lhe são postas. O fundamento formal do Direito parece não mais satisfazer. Propalar que uma sentença é legítima, ou que um processo político é legítimo, por ter observado as regras formais não mais o conferem legitimidade como antes.

Não é por menos que no ramo do conhecimento jurídico surgiram ao longo dos últimos anos – notadamente após a segunda guerra mundial – correntes de pensamento que, no fundo, pretendem dar um enfoque material ao Direito ao invés de um enfoque formal. Não há como negar que teorias com um fundo jusnaturalista – não que o sejam ao extremo – ganharam força justamente por contestar, ou ao menos dar uma roupagem material ao positivismo pregado na Teoria Pura do Direito. Entretanto, também não podemos dizer que o Direito Responsivo de Selznick e Nonet tenha ganhado corpo no início do Século XXI, sendo que, quando muito, é possível afirmar que estamos em um período de transição, mas que ainda apresenta o positivismo como paradigma.

Luhmann e o Direito – Função como identificação de um sistema

De tudo que foi exposto até o momento, viu-se que o positivismo kelseniano foi um dos grandes paradigmas da ciência jurídica do Século XX – se não o maior. Também foi dito que o positivismo sofreu diversas e contraditórias análises ao longo desse período, de modo que uns o colocam do lado de Estados totalitários (notadamente o fascista e o nazista), enquanto ou-

tros o colocam como corolário de uma receita feita para sustentar o Estado Liberal. Juntamente com as diversas interpretações sociais da Teoria Pura do Direito, estão ainda presentes as críticas acima apontadas, de que tal teoria se distancia, por conta de seu formalismo, de uma necessária e crescente legitimidade social. Em outras palavras, o formalismo jurídico não atende a uma demanda material da Sociedade.

Essa breve retomada de argumentos tem como objetivo sintetizar para o leitor algo importante a respeito de tais correntes de pensamento, que pode ser resumido da seguinte forma: cientificamente, o *Direito* não se confunde com a *Sociedade* que ele pretende controlar. Assim, se para Kelsen, o Direito é uma específica técnica social que detém o monopólio da violência justamente para evitá-la, alcançando assim a aludida “paz” – ainda que imperfeita –, não há como negar que metodologicamente há uma separação entre o Direito e a Sociedade. Essa conclusão também pode ser extraída do próprio motivo que levou Kelsen a elaborar a Teoria Pura do Direito, uma vez que ele queria separar a ciência jurídica da ciência social (ainda que ele tivesse o objetivo de analisar a influência do Direito em uma dada Sociedade), sendo que a primeira analisaria a Sociedade com

sua metodologia própria, que não serviria à análise jurídica.

Do mesmo modo, os críticos do formalismo positivista também enxergam duas realidades: uma é a jurídica e a outra é a social. O formalismo levaria a uma “cegueira” do Direito em relação à Sociedade que é ordenada por esse, o qual teria novas demandas não satisfeitas pelo formalismo jurídico.

Diante dessa questão, cabe nesse momento indicar as contribuições da *Teoria dos Sistemas* de Niklas Luhmann para o debate da ciência jurídica, notadamente sobre o enfoque da *função do Direito*.

Inicialmente, é possível afirmar que, à semelhança de Kelsen, a teoria construída por Luhmann tem como ponto marcante uma metodologia fortemente construída e definitivamente coerente em seus fundamentos. Entretanto, não podemos também apreçar-nos em dizer que tais teorias possam ser consideradas totalmente antagônicas entre si. Ao contrário, é possível dizer, como em vários momentos o próprio Luhmann reconhece, que a teoria positivista de Kelsen tem importantíssimas e necessárias observações, sobretudo no reconhecimento de que o Direito apresenta uma diferenciação em relação a outras ciências. Tal diferenciação, para Luhmann, deve ser vista como uma *diferença comunicacional*.

A questão a respeito da diferença comunicacional entre sistemas já nos serve como um primeiro ponto para identificar a diferença metodológica entre as duas teorias, o que nos ajudará a explicar a questão da função do Direito de modo mais aclarado. A título de exemplificação, é possível dizer que Kelsen identifica a Sociedade de um modo muito mais próximo de concepções habituais sobre o tema. Ele diz que “a Sociedade é a convivência ordenada ou, mais exatamente, a Sociedade é o ordenamento da convivência de indivíduos”.²² Com isso, ele sequer indica que o Direito seja a única forma de ordenação entre indivíduos, mais sim que o conjunto de indivíduos que vive sob uma determinada regulamentação, que poderia ser moral, religiosa, ou outra forma, pode ser chamada de *Sociedade*. Como dito acima, o Direito seria aquela espécie de ordenamento que incide sobre a Sociedade com a característica da coercibilidade ordenada, sendo essa a especificidade da normatividade jurídica. Diante disso, diz-se inclusive que Kelsen não pressupõe nenhuma teoria da Sociedade para apresentar sua teoria normativa, e nesse ponto reside especificamente a sua pureza metodológica.

Luhmann, por sua vez, não prescinde de elaborar uma teoria sociológica para analisar o Direito, e, ao

fazê-lo, escapa totalmente – e até contra-intuitivamente – de descrições tradicionais da Sociedade, ao entender que essa seria identificada por processos comunicacionais. Assim, para Luhmann, Sociedade seria sinônimo de comunicação. Para ser mais exato, a Sociedade seria um tipo particular de sistema social, aquele que compreenderia internamente todas as comunicações. Ao fazer tal constatação, Luhmann deliberadamente pretende afastar-se daquilo que ele chama de obstáculo ao conhecimento conceitual sobre o objeto Sociedade, manifestados em ideias como a de que a Sociedade poderia ser entendida simplesmente por homens concretos (e pelas relações entre os seres); de que a Sociedade se estabelece por meio de um consenso entre seres humanos; de que as Sociedades são unidades regionais (territorialmente delimitadas); e que, por fim, as Sociedades podem ser observadas exteriormente como grupo de seres humanos e como territórios.²³ Diversamente, a Sociedade, como sistema, não teria elementos próprios aos indivíduos, relações entre indivíduos e papéis sociais. Essa seria apenas comunicação. Os limites da Sociedade não seriam, portanto, territoriais, mas sim limites de comunicação.

Contudo, não é propriamente no conceito de Sociedade que reside a explicação do núcleo de sua teoria, mas

sim na sua construção acerca dos sistemas sociais (visto que a Sociedade seria um tipo de sistema social, ao lado do Direito e da Economia, entre outros). Sem adentrar detalhadamente na teoria do sistema de Luhmann – o que seria tarefa inconcebível neste pontual artigo – é possível sinteticamente dizer que um dado sistema social existe na medida em que adquire *diferenciação social*, ou seja, quando é possível distingui-lo do *ambiente*. Assim, o que faz com um sistema seja diferenciado do ambiente é dispor de *fechamento operacional*, o que se dá essencialmente pela utilização de um *código* próprio e de uma *função* específica.

No que concerne ao Direito, é possível afirmar que seu código próprio se dá pela distinção entre lícito/ilícito,²⁴ de modo que tal dualidade faz com que o Direito comunique sua realidade. Ademais, o Direito – como os demais sistemas sociais – diferencia-se do ambiente por operar em referência a si mesmo, quer dizer, observa a realidade por meio de autorreferência, e somente reproduz sua comunicação própria (*autopoiesis*). Em outras palavras – e aqui encontramos um ponto de contato entre a teoria de Luhmann e a teoria de Kelsen – o Direito seria um sistema que reproduz normas, e tais normas reproduzem normas, e assim por diante. Em última análise, poderíamos dizer que Kelsen também

considera o Direito como um sistema autopoético, o que, entretanto, não nos autorizaria dizer que fechamento operativo luhmanniano equiparasse à pureza metodológica kelseniana,²⁵ uma vez que o ponto de partida de Luhmann não é formal, mas sim operativo e funcional.

Dessa forma, ao contrário de Kelsen, Luhmann aborda diretamente a questão da *função* do Direito ao analisá-lo como sistema. Em verdade, segundo a teoria dos sistemas utilizada por Luhmann, a análise da *função* de um sistema é necessária – junto com outros critérios – para saber se há efetivamente diferenciação entre esse e o ambiente. A questão da *função* dos sistemas sociais teria o papel de *reduzir a complexidade social*, uma vez que representaria uma “simplificação” da Sociedade.

Para Luhmann, o Direito teria a função – e somente ele teria essa função – de promover a generalização congruente de expectativas normativas,²⁶ ou, em outras palavras, a manutenção de expectativas apesar do desapontamento (contrafactual).²⁷ Assim, a função da comunicação jurídica seria de lidar com expectativas contrariadas pelos fatos, o que faz com que o Direito, por assim dizer, tenha a especialização de lidar com frustrações. Em um exemplo para aclarar a questão da frustração, poderíamos ci-

tar o caso de um indivíduo que é credor, mas que não recebe a prestação que lhe é devida no tempo ou no modo estabelecido no contrato celebrado. Tal sujeito frustra-se com a mora do devedor, e irá recorrer ao judiciário para que o crédito seja pago. Ele não se “adaptou” diante dos fatos (mora do devedor), ou seja, ficou frustrado, e irá buscar no Direito enquanto sistema social para garantir a expectativa de adimplemento.

Assim, o Direito não se refere a qualquer expectativa normativa, mas somente àquelas que tenham a característica de *congruência* e *generalização*. Será congruente quando compatibilizada dentro de certos limites estruturais, e será generalizada quando seu critério de compreensão não seja somente individual ou subjetivo.²⁸ É exatamente o que ocorre no exemplo descrito anteriormente. O direito positivo, instituições, processo judicial, enfim, encarregasse da congruência de sua expectativa, e a generalização é obtida pelo consenso, ainda que fictício²⁹ segundo concepção Luhmanniana.³⁰

Nesse ponto, podemos claramente identificar que a concepção luhmanniana de *função* do Direito distancia-se totalmente da concepção kelseniana, que, a grosso modo, enxerga a função do Direito na manutenção da paz para a Sociedade – ainda que relativa

– alcançada pelo monopólio da força. Como já visto, Kelsen admite que o Direito é limitado como instrumento de promoção de paz, que essa somente será alcançada relativamente por meio dele. Luhmann, ao contrário, é muito cético em relação a qualquer possibilidade de obtenção de um consenso ou de uma adesão na Sociedade, ainda que o Direito utilize a força para tentar mantê-la precariamente. Esse definitivamente não é o seu enfoque sobre o tema. Muito pelo contrário, a decisão jurídica pode sim levar a novos litígios, que serão condições para novos litígios e assim sucessivamente. A cadeia infundável de litígios – que para a linguagem kelseniana promoverão novas manifestações de força do Direito – pode ser facilmente verificada na experiência jurídica cotidiana. Assim, a decretação de um divórcio, considerada como a resposta do Direito a uma dada situação, é a fonte de novas situações, tais como a questão da guarda do filho ou da indenização por dano moral, que novamente demandarão novas manifestações do Direito. Adotando-se o entendimento Luhmanniano sobre a função do Direito, cada resposta do Direito criará nos indivíduos novas expectativas normativas, que também seguirão em um encadeamento infundável.

Explicitadas tais pontuações referentes à teoria dos sistemas de Luh-

mann, cabe retomar a questão suscitada no início deste capítulo, acerca da distinção entre Direito e Sociedade, e como tal consideração teria efeito na concepção de função do Direito. Seguindo lições de Raffaele de Giorgi, em artigo intitulado “*Luhmann e a Teoria Jurídica dos anos 1970*”, é possível afirmar que a ciência jurídica de tal época, sobretudo a alemã, não conseguia por seus esforços resolver alguns problemas centrais, causados em parte pela maturação e pelas reflexões em torno do positivismo. Dentre tais problemas destaca-se o *da relação, como se dizia, ou melhor, da diferença entre Direito e Sociedade*, embora não fosse o único,³¹ mas é o que importa para nossas conclusões. É relevante notar que foi nesse momento histórico em que Luhmann começa a desenvolver sua *teoria dos sistemas*, embora ainda não contasse com todos os refinamentos alcançados em períodos posteriores. Entretanto, partindo do problema não resolvido na década de 1970, Luhmann pretende conceber uma resposta para o problema da distinção entre Direito e Sociedade. Para tanto, ele assume uma perspectiva completamente diferente daquela sobre a qual estavam embasadas a teoria do direito e a sociologia do direito dos anos de 1970.³²

O autor italiano traça as seguintes críticas ao raciocínio empregado

pela ciência jurídica da década de 1970, para concluir que as premissas da sociologia do direito, como era empregada, não eram plausíveis, uma vez que a distinção entre Sociedade e Direito era fonte de paradoxos incontornáveis:

Nos anos 1970 se dizia que somente com uma elevada sensibilidade do sistema jurídico às pressões sociais o direito poderia desenvolver a função de progresso e transformação da Sociedade. Na prática buscava-se alargar sempre mais os espaços da experiência expostos à intervenção do direito. Depois tomou consciência do paradoxo dessas pretensões e passou-se a exigir uma intervenção seletiva do direito, porque a seletividade do direito produzia marginalidade; a pressão social, por seu lado, empurrava na direção da inclusão de quem estivesse seletivamente excluído. Depois de haver maltratado dessa maneira o direito, retomaram-se as tentativas do seu redimensionamento. A palavra de ordem foi: *Entrechtlichung*. Essa ideia de uma separação entre o direito e Sociedade e da conseqüente socialidade do direito é a forma atualizada de uma linha de análise que caracterizou as origens da sociologia do direito e que se encontra claramente formulada nos clássicos.³³

Realmente, para Luhmann, e em contraposição ao ponto de partida da teoria sociológica daquele tempo, não haveria sentido na expressão “Direito e Sociedade”, pois essa pressupõe que as duas coisas sejam distintas. Assim, entender que os dois sejam distintos faz com que seja possível que um tenha impacto no outro, ou que talvez exista uma relação hierárquica entre

um e outro. Um debate análogo foi noticiado acima, envolvendo a relação entre Direito e Economia. Vimos que, a rigor, é difícil tentar compatibilizar a teoria marxista ortodoxa – que, em última análise, entende que as relações econômicas formatam a Sociedade –, com a teoria kelseniana, que prega a separação metodológica da ciência jurídica.

Não devemos ignorar que Kelsen também admite a separação entre Direito e Sociedade de uma forma tradicional. Dessa forma, quando ele diz que o Direito é ordenamento que conduz as condutas em uma Sociedade, necessariamente está subentendido que um terá impacto causal no outro, ainda que, no que se refere somente à metodologia científica, o Direito tenha de ser visto somente pelo prisma da imputação.

O que a teoria dos sistemas se propõe a criticar é justamente tal concepção da Teoria do Direito, que pretende analisar um objeto, mas, em verdade, não é diferente do objeto que analisa. A Teoria do Direito, em verdade, representaria uma instância reflexiva do sistema jurídico, mas que se encontra dentro dele. Nesse ponto, temos um total afastamento da metodologia kelseniana, que partindo de uma teoria do conhecimento, pretende analisar um objeto – o Direito – mas que não permite ao “cientista kelseniano”

identificar-se com o próprio objeto. A ciência do Direito seria algo diferente do Direito em si mesmo, algo que a teoria dos sistemas refuta.

Dessa maneira, Luhmann entende que não há o menor sentido em se cotejar a prevalência sobre um ou outro (quer seja entre Direito, Sociedade ou Economia), porque impacto pressupõe justamente a diferença. Sociedade é comunicação tanto quanto o Direito o é. Particularmente, na Sociedade, atual o Direito é uma forma específica de comunicação, que não pode ter impacto – leia-se, tomar o lugar em um processo comunicativo – em outros sistemas. O Direito modifica o próprio Direito em um processo autorreferencial, autopoético, com código próprio e diferenciado funcionalmente. Ele é uma das maneiras que a Sociedade usa para se descrever. Isso faz com que uma série de outras questões clássicas da teoria jurídica deixem de ter sentido. Afinal, o que seria a transformação da Sociedade? Bastaria vontade jurídica ou política para mudar a Sociedade? Luhmann, portanto, rebate a ideia tradicional de que o Direito possa transformar outros sistemas, sobretudo a Sociedade.

Um claro exemplo que pode servir para aclarar tais argumentos pode ser visto na seguinte indagação: Direito à Saúde ou à Educação faz com que as

pessoas sejam saudáveis ou educadas? A resposta é negativa, porquanto a comunicação dos sistemas de saúde e de educação não podem ser suplantados simplesmente pela comunicação jurídica. Em suma, o Direito, em relação a tais temas, somente pode fazer o que ele faz: manter as expectativas normativas, apesar da frustração.

Conclusão

O presente artigo pretendeu demonstrar que Kelsen, na *Teoria Pura do Direito*, não conferiu grande atenção à questão da função do Direito para a Sociedade por motivos coerentes à própria ciência que ele propôs. Assim, o cientista do Direito deveria analisar seu objeto com uma metodologia própria (imputação), o que não significa dizer que o Direito não possa ser analisado por critérios de causalidade, mas tal tarefa seria de interesse de outras ciências, tais como a Sociologia. Dessa forma, a ciência de Kelsen pretende analisar um objeto, que com ele não se confunde, mas somente o analisa, mediante critérios próprios.

Kelsen enxerga verdadeiramente o Direito como algo diferente da Sociedade (ainda que admita que aquele não exista sem essa), na medida em que organizaria as condutas recíprocas entre indivíduos. A “paz”, a que alude Kelsen, seria aquele estado na

Sociedade em que o Direito evitaria a violência entre indivíduos justamente por deter o monopólio da violência. Nesse ponto, o Direito entraria no processo causal nas relações entre indivíduos, e essa seria sua função.

Não se nega, portanto, que Kelsen separa o cientista de seu objeto, quer seja o cientista normativo, quer seja o cientista social. Ele não concebe que a própria ciência possa ser também o Direito, questão que Luhmann rebate ao entender que as instâncias reflexivas do Direito também seriam componentes desse sistema social. A distinção entre objeto e sujeito não é definida metodologicamente, como existe no plano de fundo da *Teoria Pura do Direito*. A título de curiosidade, com essas afirmações conseguimos compreender a frase de Paulo Barros Carvalho, em prefácio do livro de Celso Fernandes Campilongo sobre o Tema (*Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*),³⁴ ao versar sobre o estudo do fato social, que em um primeiro momento pode parecer enigmática: “estão presentes nessa atividade tanto a objetivação do sujeito como a subjetivação do objeto, em pleno relacionamento dialético.”

Luhmann, ao dirimir a ideia de que a Sociedade seria o conjunto total dos fatos sociais ou dos seres humanos, e identificá-la como um sistema

universal da comunicação, atrai para dentro dessa também o Direito, posto que esse seria um dos tipos de comunicação, com diferenciação funcional e operativa em relação a seu ambiente. Perde-se, portanto, o sentido de tentar identificar qual seria a função, no sentido de impacto, do Direito na Sociedade, uma vez que o Direito somente poderia reproduzir sua própria comunicação.

Dessa forma, em arremate, a função do Direito, para Luhmann, não teria um objetivo de conservação ou transformação da Sociedade, o que o distancia da concepção Kelseniana do conceito do Direito (ainda que oculta). Ele desempenharia sua concepção comunicativa de manutenção das expectativas ao longo do tempo, e essa é uma função que o Direito não desempenha para ele mesmo – mas só ele desempenha –, mas para a Sociedade com um todo, e com a totalidade dos sistemas comunicacionais.

The Function of Law, Kelsen to Luhmann: the issue of separating the right and Society

Abstract

This paper attempts to identify the importance of the functional aspect of the Law in the thoughts of Hans Kelsen and Niklas Luhmann, and the role played by such perceptions in the relationship between Law and Society. Hans Kelsen does not address directly the question in his most famous work, the Pure Theory of Law, but this omission can be understood as an outgrowth of the Liberal State, guaranteed precisely by the methodological separation between Law and Politics. Niklas Luhmann, on the other hand, does not conceive Law as something different from Society, but one of the specific ways that Society uses to describe itself, on the condition of a system that includes internally all types of communication. One of the features of its differentiation is its functional aspect: to promote the consistent generalization of normative expectations.

Keywords: Function of law. Pure theory of law. Systems theory.

Notas

- ¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 105.
- ² KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

- ³ Idem, p. 223
- ⁴ ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*. México D.F.: Fontamara, 1998, p. 51.
- ⁵ Idem, p. 227.
- ⁶ KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001, p. 230.
- ⁷ Idem, p. 231.
- ⁸ Idem, p. 232.
- ⁹ KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001, p. 232.
- ¹⁰ O elenco de tais autores e a classificação de suas teorias é encontrado no artigo denominado “Marx e Kelsen”, em GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 67
- ¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Política do Bolchevismo*. Trad. M. T. Miranda, Rio de Janeiro: Livraria Clássica Brasileira. 1958.
- ¹² *The Communist Theory of Law*. Nova York: Frederick Praeger, 1955. Apud KELSEN, Hans. *O que é Justiça ...* p. 394
- ¹³ KELSEN, Hans. *O que é justiça...* p. 234
- ¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura...* p. 04.
- ¹⁵ GOMES, Orlando. Op. cit. p. 65 e 79
- ¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura...* p. 04
- ¹⁷ Idem, p. 221
- ¹⁸ Idem, VIII e IX.
- ¹⁹ NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Trad. de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- ²⁰ NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. Idem, p. 99.
- ²¹ ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2007, p. 166.
- ²² KELSEN, Hans. *O que é Justiça...* op. cit. p. 225.
- ²³ LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. Trad. de Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder Editorial, 2006, p. 11-12
- ²⁴ LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Trad. de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 173 e ss.

- ²⁵ CAMPILONGO, Celso. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 167.
- ²⁶ CAMPILONGO, Celso. *Política...*, p. 19.
- ²⁷ LUHMANN, Niklas. *Law as...*, p. 14.
- ²⁸ CAMPILONGO, Celso. *Política...* Idem.
- ²⁹ Idem.
- ³⁰ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- ³¹ CAMPILONGO, Celso. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 178.
- ³² LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 185.
- ³³ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 183.
- ³⁴ CAMPILONGO, Celso. *Política...*, p. 7.
- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *O que é Justiça?* Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. *Teoria Política do Bolchevismo*. Trad. de Marília Tereza Miranda. Rio de Janeiro: Livraria Clássica Brasileira, 1958.
- LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Trad. de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- _____. *La sociedad de la sociedad*. Trad. de Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Herder Editorial, 2006.
- _____. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980.
- NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Trad. de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Trad. de Regis Barbosa; Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2009.

Referências

ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2007.

_____. *Introducción al Derecho*. México D.F.: Fontamara, 1998.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito*. Trad. de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Revisor Técnico: CICCO, Cláudio de; SANTOS, Maria Celeste C. J. Brasília: Pólis, 1989.