

EPISTEMOLOGIA CONSTRUTIVISTA, SISTEMA E DIREITO¹

CONSTRUCTIVIST EPISTEMOLOGY, SYSTEM AND
LAW

EPISTEMOLOGÍA CONSTRUCTIVISTA, SISTEMA Y
DERECHO

SUMÁRIO:

Introdução; 1. Realidade e construtivismo radical; 2. Cibernética e construtivismo como epistemologia: autorreferencialidade, observação e direito; 3. Epistemologia construtivista, autopoiese e direito; Considerações finais; Referências.

RESUMO:

O presente artigo tem por objetivo realizar um resgate reflexivo das bases da epistemologia construtivista que informa algumas das mais importantes concepções sistêmicas do Direito na contemporaneidade. Nesse sentido, certas concepções teóricas desenvolvidas no âmbito da epistemologia construtivista, tais como realidade, observação, observação de segunda ordem, autopoiese e sistema serão abordadas a partir das respectivas teorias que as forjaram em diferentes áreas, como a cibernética, a física e a biologia teórica. A partir daí, busca-se apresentar a recepção de tais categorias no âmbito das teorias sistêmicas do Direito. Defende-se que o resgate conceitual destas bases teóricas pode servir para o incremento de futuras autodescrições do sistema jurídico, uma vez que auxiliam o observador do Direito na revisita das próprias teorias que o informa, alargando, assim, os limites de

Como citar este artigo:

BARRETO, Ricardo.

Epistemologia
construtivista, sistema
e direito. Argumenta

Journal Law,
Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 34, 2021,
p. 513-531.

Data da submissão:

19/04/2020

Data da aprovação:

08/03/2021

seu próprio horizonte epistemológico. Quanto à metodologia, buscou-se, a partir de uma revisão bibliográfica, estabelecer uma observação a partir do conhecimento partilhado pelo diálogo interdisciplinar.

ABSTRACT:

This article aims to carry out a reflexive rescue of the bases of constructivist epistemology that informs some of the most important systemic conceptions of Law in contemporary times. In this sense, certain theoretical conceptions developed within the framework of constructivist epistemology, such as reality, observation, second-order observation, autopoiesis and system will be approached from the respective theories that forged them in different areas, such as cybernetics, physics and theoretical biology. Thereafter, we seek to present the reception of these categories within the scope of systemic theories of law. It is argued that the conceptual rescue of these theoretical bases can serve to increase future self-descriptions of the legal system, since they assist the Law observer in revisiting the very theories that inform him, thus widening the limits of his own epistemological horizon. As for the methodology, we sought, based on a bibliographic review, to establish a observation based on the knowledge shared by the interdisciplinary dialogue.

RESUMEN:

El propósito de este artículo es realizar un rescate reflexivo de las bases de la epistemología constructivista que informa algunas de las concepciones sistémicas del Derecho más importantes en la época contemporánea. En este sentido, ciertas concepciones teóricas desarrolladas en el marco de la epistemología constructivista, como la realidad, la observación, la observación de segundo orden, la autopoiesis y el sistema, serán abordadas desde las respectivas teorías que las forjaron en diferentes áreas, como la cibernética, la física y la biología teórica. A partir de ahí, buscamos presentar la recepción de tales categorías dentro del ámbito de las teorías sistémicas del derecho. Se argumenta que el rescate conceptual de estas bases teóricas puede servir para incrementar las autodescripciones futuras del sistema jurídico, ya que ayudan al observador del Derecho a revisar las propias teorías que lo informan, ampliando así los límites de su propio horizonte epistemológico. En lo que se refiere a la metodología, se

intentó, a partir de una revisión bibliográfica, establecer una observación a partir de lo conocimiento compartido por el diálogo interdisciplinario.

PALAVRAS-CHAVE:

Construtivismo; Sistema; Direito.

KEYWORDS:

Constructivism; System; Law.

PALABRAS CLAVE:

Constructivismo; Sistema; Derecho.

INTRODUÇÃO

Reflexões sistêmicas sobre o Direito na contemporaneidade – nomeadamente aquelas observações da dogmática jurídica forjadas na perspectiva autopoiética de Niklas Luhmann – partem de uma epistemologia construtivista cujas bases, curiosamente, muitas vezes restam silentes. Diante disso, o objetivo do presente ensaio é resgatar certos aspectos da epistemologia construtivista que influenciou a formação do pensamento jurídico-sistêmico, tais como as concepções de realidade, de observação e de sistema, apontando aspectos de sua recepção pela teoria jurídica contemporânea.

Dito de modo mais específico, certas descrições sistêmicas do Direito hoje são geralmente elaboradas a partir de um complexo instrumental interdisciplinar, cujas bases se situam em autores recepcionados por vezes de modo inquestionado pela teoria jurídica. Uma inquestionada recepção pode, por conseguinte, sugerir apenas um aparente alcance e sofisticação teórica de certas reflexões, mascarando suas reais limitações. A cibernética, a epistemologia e a biologia teórica, em autores como Heinz von Foerster, Norbert Wiener, Humberto Maturana e Francisco Varela, constituem uma complexa base teórica para reflexões jurídicas, o que justifica o resgate de algumas categorias informadoras da teoria jurídica.

Entendemos, pois, que o resgate conceitual destas bases teóricas pode servir para o incremento de futuras autodescrições do sistema jurídico. Nesse aspecto, fechamento e abertura sistêmicas, mais que meras

categorias constitutivas de reflexões autopoieticas, pressupõem as próprias bases de uma observação que contempla a constante necessidade de revisitar seus próprios limites para estender a linha de seu horizonte epistemológico. Quanto à metodologia, buscou-se, a partir de uma revisão bibliográfica, estabelecer uma observação a partir do conhecimento partilhado pelo diálogo interdisciplinar.

O texto encontra-se dividido em três capítulos. No primeiro, intitulado “Realidade e Construtivismo Radical” (1), buscamos problematizar o conceito de realidade à luz do construtivismo radical, perspectiva segundo a qual a realidade é o que existe apenas no plano das próprias operações do sistema. Por conseguinte, em “Cibernética e Construtivismo como Epistemologia: autorreferencialidade, observação e direito” (2), apresentamos algumas bases teóricas da cibernética, com ênfase na repercussão dos conceitos de autorreferencialidade e observação no sistema jurídico. Por fim, em “Epistemologia Construtivista, Autopoiese e Direito” (3), procuramos apresentar a recepção dos estímulos da epistemologia construtivista na teoria jurídica contemporânea, com ênfase na ideia de autopoiese e linguagem.

1. REALIDADE E CONSTRUTIVISMO RADICAL

A passagem da Modernidade para a Contemporaneidade é marcada por uma ruptura com o esquema cartesiano, o que ocorre, de modo mais enfático, no âmbito das ciências naturais. Conforme Luis A. Oliveira (1995, p. 2), “do ponto de vista da constituição de uma visão-de-mundo renovada, trata-se da substituição de todo um plexo de categorias usualmente empregadas na elaboração e operação do que concebemos por realidade”. Contudo, tal perspectiva perpassou o âmbito das ciências naturais, chegando às ciências sociais aplicadas e, entre estas, ao Direito.

Para Edgar Morin, nossas visões de mundo são, em verdade, “traduções do mundo”. Ou seja, trata-se de descrições do mundo operadas pela linguagem que acabam por construir diferentes realidades. A realidade, vista sob essa ótica, é traduzida em representações, noções, ideias e, posteriormente, em teorias. Por isso, para Morin (2004, p. 10), não existe diferença intrínseca alguma entre alucinação e percepção, sendo tal diferença fundada unicamente na intercomunicação humana. Note-se que a concepção moriniana de realidade não se distancia do pensamento fic-

cional de Philip K. Dick (apud WILLIAMS, 1986, p. 167), segundo o qual quando duas pessoas dividem o mesmo sonho, não se trata mais de uma ilusão: a prova fundamental que distingue a realidade da imaginação é o *consensus gentium*, o fato que outra pessoa ou muitas outras vêem a mesma coisa que eu vejo. Isto é *idios kosmos*, o sonho privado, oposto ao sonho que dividimos, o *koinos kosmos*. O que é novo, no nosso tempo, é isto: começamos a ver a qualidade plástica e vibrátil do mundo comum, e isto nos dá medo, porque mostra a insubstancialidade, e nós estamos começando a ver que a qualidade da imaginação não é meramente fumaça. Como a ficção científica, uma terceira realidade está emergindo entre ficção e realidade.

O conceito de realidade – problema não apenas literário dickeano, mas problema filosófico por excelência – passa, pois, a ser reconstruído no âmbito de uma epistemologia construtivista que vem encontrando larga recepção em teorias jurídicas contemporâneas. Nesse cenário foram, possivelmente, Niklas Luhmann (2002) e Gunther Teubner (1989) os juristas que maior diálogo travaram com os partidários de referida epistemologia. Luhmann, em certo momento de sua obra, chega mesmo a sustentar a ideia de um conhecimento como construção fundado em um “construtivismo radical”. Mas, o que seria isso?

Pode-se compreender tal ideia a partir da seguinte pergunta de Luhmann (1997, p. 93): “como é possível o conhecimento, apesar de ele não ter, independente dele mesmo, nenhum acesso à realidade exterior a ele?”. Com efeito, à luz do construtivismo radical, teremos a seguinte constatação como resposta:

o conhecimento só é possível porque não tem nenhum acesso à realidade exterior a ele. Um cérebro, por exemplo, só pode produzir informações porque é codificado de modo indiferente em relação ao ambiente, ou seja, opera encerrado na rede recursiva das próprias operações (LUHMANN, 1997, p. 93).

Dito de outro modo, “tudo o que o sistema, no nível de suas operações, contempla como realidade é construção do sistema mesmo”, explica García Amado (2004, p. 324). Equivale a dizer que a realidade é o que existe apenas no plano das próprias operações do sistema. Ou seja, trata-se da realidade do sistema, pois não significa afirmar que não seja pos-

sível a existência de realidades outras que não aquela do próprio sistema. É o que sublinha, por exemplo, García Amado (2004, p. 309), ao afirmar que “cada elemento da realidade deve ser atribuído ao sistema ou ao seu meio, colocado dentro ou fora do sistema de acordo com um esquema disjuntivo (ou dentro ou fora)”.

Contudo, em que manancial epistemológico bebem autores como Luhmann e o importante jurista espanhol (García Amado)? Pode-se, de certo, encontrar na biologia teórica do chileno Humberto Maturana uma ideia de realidade singularmente problematizada a partir da linguagem e da noção de observador. Maturana irá mostrar, nesse sentido, como a existência de algo (ou alguém) depende de um observador, o que é assinalado “colocando a objetividade entre parentêses”. E o que seria “colocar a objetividade entre parênteses”? Maturana (2001, p. 33) responde, afirmando que

vivemos em uma linguagem de objetos; falamos de objetos. Isto eu não posso desfazer, não posso nem quero negar, porque é esta linguagem de objetos que uso para explicar. Mas reconheço, sim, que não tenho nenhum fundamento para supor que possa fazer referência a seres que existiriam independentemente de mim. Reconheço que a existência depende do que eu faço. Ponho a objetividade entre parênteses para indicar isto, e ao mesmo tempo aceito que tenho que explicar o objeto, tenho que explicar como surge o objeto. Uso uma linguagem de objetos, falo em uma linguagem de substantivos. Se vocês quiserem colocar isto de outra forma: falo do observador, da experiência, da linguagem; todos são seres, entes. Falo deles, lido com seres.

Existe, porém, para Maturana, também uma “objetividade sem parênteses”, cujo caminho explicativo demanda um escutar no explicar, fazendo-se referência a entes que existem independentemente de nós, tais como a energia, a consciência e mesmo Deus. Maturana (2001, pp. 33-34) vai dizer então que a realidade é uma “proposição explicativa”, de modo que quando se está na “objetividade sem parênteses”, a verdade não aparecerá como uma proposição explicativa. E isso propicia, àquele que a acessa, uma posição de privilégio, isto é, um acesso privilegiado à uma determinada realidade. Trata-se de uma forma de não compartilhamento de experiências – e, em última análise, de não compartilhamento de sen-

tido. Contudo, no caminho da objetividade entre parênteses, a situação é bastante diferente:

é diferente porque não posso pretender um acesso privilegiado no explicar, pois sei que, como ser humano, como ser vivo, não posso distinguir entre ilusão e percepção. Desse modo, qualquer afirmação minha é válida no contexto das coerências que a constituem como válida (MATURANA ROMESÍN, 2001, p. 35).

Embora tal concepção da realidade pareça reduzir a complexidade explicativa que é inerente ao conceito de realidade, não se pode ignorar que, segundo Maturana, há tantas realidades quanto domínios explicativos, embora toda(o)s sejam igualmente legítima(o)s. E, havendo tantas realidades legítimas, se há discordâncias entre nós e outra pessoa, por exemplo, vale dizer que essa outra pessoa apenas está num domínio de realidade diferente do nosso, diz Maturana (2001, p. 37, grifamos). Mais à frente veremos como esta concepção de realidade repercute na teoria jurídica.

2. CIBERNÉTICA E CONSTRUTIVISMO COMO EPISTEMOLOGIA: AUTORREFERENCIALIDADE, OBSERVAÇÃO E DIREITO

Compartilhando em certos aspectos o sentido das reflexões de Maturana, podemos também encontrar Heinz von Foerster (1911-2002), renomado físico vienense. Trata-se de um importante pensador que transitou por vasta gama de conhecimentos, influenciando um sem-número de pensadores: linguistas, filósofos, biólogos, sociólogos, físicos, matemáticos e também juristas. Reconhecido por Norbert Wiener² como figura influente no desenvolvimento de noções chaves e fecundas da Cibernética, von Foerster desenvolve um arcabouço conceitual-reflexivo de significativo alcance epistemológico, transcendendo a Cibernética e alcançando as Ciências Sociais.

Contudo, antes de adentrarmos no pensamento de von Foerster, cabe apontarmos brevemente alguns aspectos do desenvolvimento da Cibernética. Com efeito, foi Norbert Wiener (1973) quem realizou, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, pesquisas que eram espécies de ramificações da denominada “Teoria das Mensagens”. Wiener ocupou-se não só com a transmissão de mensagens no campo da engenharia elétrica, mas também

com o estudo da linguagem, com o desenvolvimento de máquinas (computadores) e outros autômatos³.

Wiener, conjuntamente com W. Ross Ashby (1970), Heinz von Foerster (2006), Gregory Bateson (1972), e outros pensadores de diferentes áreas, consolidou, entre os anos 1940-1950, este verdadeiro emaranhado de ideias alcunhado de Cibernética. Para Wiener (1973, p. 17), o objetivo “da Cibernética é o de desenvolver uma linguagem e técnicas que nos capacitem, de fato, a haver-nos com o problema do controle e da comunicação em geral”. Não obstante, Wiener e seus companheiros de pesquisa foram além, desvelando a ligação entre a Cibernética (vista como ciência da auto-regulação), a teoria da informação (tanto no humano como na máquina) e o cálculo de probabilidades. Assim, a Cibernética erigia, à época, uma complexa trama inter/transdisciplinar de conhecimentos, que passaria a seduzir pensadores de diferentes áreas. Pois com von Foerster não foi diferente.

Isso fica bastante claro em interessante esboço biográfico elaborado por Marcelo Pakman (2006, p. 17). Pakman nos mostra como von Foerster teve, desde jovem, influências as mais diversas em sua formação: em família, fora iniciado na Filosofia, notadamente no idealismo alemão, empreendendo desde cedo leituras de Immanuel Kant e Arthur Schopenhauer. Por conseguinte, na década de 1930, von Foerster aproxima-se do Círculo de Viena, vindo a ser aluno de Moritz Schlick, um dos principais mentores desse movimento intelectual. Foi lá que von Foerster conheceu o *Tractatus Logico-Philosophicus* (2015) de Wittgenstein, filósofo com o qual inclusive possuía certos laços de parentesco. A partir daí, influenciado por Wittgenstein, von Foerster passa a se interessar pela articulação entre ciência, lógica e filosofia, detendo-se, sobretudo, na problemática da linguagem e da epistemologia.

Para von Foerster (1982, p. 191), o construtivismo é, em si mesmo, uma epistemologia – daí poder-se falar em uma “epistemologia da epistemologia”, ou, melhor, uma epistemologia que dê conta de si mesma. Entretanto, para von Foerster o construtivismo tem algumas dificuldades básicas, que devem ser enfrentadas. Podem-se destacar, dentre elas, três: a ideia de causalidade, de autorreferência e a noção de realidade. A causalidade, segundo von Foerster, é uma estratégia explicativa própria de nossa cultura ocidental. Analisando as bases da noção de causalidade, o

autor remonta à Aristóteles, onde tal noção encontra concordância com o silogismo que os gregos denominaram “Barbara”, o qual tem a seguinte e conhecida forma:

 Todos os homens são mortais (primeira premissa)

 Sócrates é homem (segunda premissa)

 Sócrates é mortal (conclusão) (VON FOERSTER, 1982, pp. 197-198).

Conforme von Foerster, essa é a forma como se argumenta a ideia de causalidade. Nesse silogismo, a primeira premissa toma a posição de lei natural, no terreno da física ou das ciências naturais. Por conseguinte, o caso de Sócrates, que se verifica ser um homem. Sendo que segundo a lei natural todos os homens são mortais, logo, Sócrates é mortal. Esta é a estrutura da causalidade. Porém, von Foerster problematiza tal estrutura, mostrando como “aceitamos cegamente”, por exemplo, a primeira premissa, sem maiores questionamentos. Isso sem falar que se nega, na argumentação habitual do modo da causalidade, o fato de que ela pode referir-se a si mesma. Um exemplo de causalidade circular: “a” é a causa de “b” e “b” é a causa de “a”. Von Foerster (1982, pp. 198-199) apresenta o rechaço que esse tipo de causalidade sofre, por contrariar a argumentação e a racionalidade. Todavia, os obstáculos podem ser ainda maiores se “apertarmos essa circularidade”, propondo um estado de coisas onde, por exemplo, “a” seja a causa de “a”.

A partir daí, pode-se falar em autorreferência. Heinz von Foerster (1982, p. 200) explica como geralmente se sustenta que “assertivas autorreferenciais” levam-nos a paradoxos, os quais são negados pelos discursos científicos por força da regra aristotélica que sustenta que as proposições devem ser verdadeiras ou falsas, não dando margem, portanto, a uma terceira possibilidade (*tertium non datum*).

Conforme von Foerster, algo autorreferencial tem que dar conta de si mesmo – sendo esta, por si mesma, uma assertiva autorreferencial. Exemplificativamente, o físico vienense (1982, pp. 200-201) fornece um caso típico da natureza paradoxal da autorreferência e também de uma situação autorreferencial na qual surgem condições estáveis. Primeiro exemplo: em uma pequena vila há um barbeiro. O barbeiro barbeia as pessoas, contudo, apenas aquelas pessoas que não barbeiam a si mesmas – até porque

não faria muito sentido um barbeiro barbear alguém que, por si próprio, barbeia-se... Aí surge, então, a questão: o que o barbeiro faz consigo mesmo? Se ele não se barbeia, deveria o fazer, porque é uma das pessoas que não se barbeiam por si próprias. Porém, quando ele se barbeia, é uma das pessoas que se barbeiam a si mesmas e, conseqüentemente, não deveriam barbear-se a si mesmas. Von Foerster (1982, p. 201) conclui, assim, que a condição do não-barbear produz a condição do barbear, e a condição do barbear produz a condição do não-barbear.

Outro interessante exemplo do autor é o de uma assertiva autorreferencial incompleta: “Esta sentença tem... letras”⁴. Aqui o problema é preencher o espaço com o número que faça com que esta assertiva seja verdadeira. Von Foerster dá apenas uma solução, deixando que seus leitores busquem, por si próprios, uma segunda solução, se assim o quiserem. A primeira solução dada por von Foerster é 31⁵. Tais soluções são chamadas valores de eigen (eigen-values), expressão alemã que significa “si mesmo”. Trata-se do valor que satisfaz a assertiva autorreferencial, produzindo estabilidade (VON FOERSTER, 1982, p. 202).

Por fim, entre as dificuldades básicas que o construtivismo deve enfrentar, põe-se a questão da realidade – questão por nós aludida anteriormente no pensamento de Maturana. Para von Foerster, a noção de realidade remonta à Platão (2011), notadamente ao célebre livro sétimo da República. Trata-se do famoso “mito da caverna”, que segundo o físico vienense (1982, p. 202), vem sendo equivocadamente utilizado para demonstrar que o que vemos não é a realidade, senão apenas as “sombras” de outra coisa.

Para von Foerster (1996, p. 64), a metáfora platônica da caverna serve para demonstrar que temos, isso sim, “diferentes realidades de diferentes realidades e, desde logo, se alguém estivesse tratando de descrever a ‘realidade’, esse propósito já perderia o sentido”. Decerto, a metáfora vem sendo lida de forma equivocada. Esquece-se – ou põe-se de lado – geralmente, a passagem da obra platônica onde o homem volta à caverna e senta-se em seu antigo lugar. Uma vez lá, conta-nos Platão, se tal homem passasse a emitir opiniões sobre as sombras (por ter saído da caverna e conhecido ‘outra realidade’), possivelmente não ririam dele? E se alguém tentasse libertá-los e conduzi-los à região da luz, isto é, se houvesse a chance para tal, não o matariam? “Com toda segurança” – afirma Glauco, no diálogo

proposto por Platão. Isso leva von Foerster a concluir, jocosamente, que o antigo ditado “Em terra de cego o caolho é rei” é uma metáfora bastante equivocada. Sustenta, pois, que “no país dos cegos, o caolho iria parar diretamente num hospital psiquiátrico, porque vê as coisas de modo diferente das demais. Creio que é isto o que Sócrates quis dizer, e não que a realidade é a sombra de alguma outra coisa” (VON FOERSTER, 1996, p. 65).

Von Foerster irá sustentar, nesse contexto, que a realidade pode ser observada como uma invenção, permitida pela linguagem. Afirma-se, em regra, que a linguagem é a representação do mundo. Para von Foerster (1996, p. 65) é justamente o contrário: “o mundo é uma imagem da linguagem. A linguagem vem primeiro; o mundo é uma consequência dela”.

Por conseguinte, em diálogo com a biologia teórica de Maturana, von Foerster irá propor sua teoria da observação buscando, inicialmente, uma proposição de Maturana, batizada pelo físico vienense de “Teorema Número 1 de Humberto Maturana”: “Tudo o que é dito é dito por um observador” (VON FOERSTER, 2006, p. 89, ver também MATURANA ROMESÍN, 1995, p. 165). Agrega-se, aí, uma proposição, denominada pelo próprio von Foerster de “Corolário Número 1 de Heinz von Foerster”: “Tudo o que é dito é dito a um observador” (VON FOERSTER, 2006, p. 89). Com efeito, há um entrelaçamento entre as duas proposições que, segundo von Foerster, estabelecem uma conexão não trivial entre três conceitos: primeiro, o conceito de observador, capaz de fazer descrições; o segundo conceito, a linguagem. O teorema número 1 e o corolário número 1 conectam dois observadores através da linguagem. Somente assim estabelece-se o terceiro conceito: a sociedade. Tratam-se, conforme von Foerster (2006, p. 90), de três conceitos conectados de modo triádico: “primeiro, os observadores; segundo, a linguagem que usam; e terceiro, a sociedade que formam ao usar essa linguagem”.

Von Foerster entende que os problemas centrais pelos quais atravessamos na atualidade são, indubitavelmente, problemas sociais. Segundo o autor (2006, p. 90), servimo-nos, para enfrentar tais problemas, de um aparato conceitual gigantesco destinado a resolver problemas, que evoluiu com nossa cultura ocidental, mas se apresenta de modo contraproducente não apenas para resolver, mas também essencialmente para perceber problemas sociais. Neste ponto reside o que von Foerster denominou de

“ponto cego”: não vemos que não vemos; e, logo, algo que não pode ser explicado, não pode ser visto.

Trata-se, em outras palavras, de uma disfunção de segunda ordem (VON FOERSTER, 1996, p. 60). No plano da teoria dos sistemas de Luhmann – fundada a partir da epistemologia construtivista de von Foerster e do cálculo matemático da forma de George Spencer-Brown (1979) – sustenta-se que “um observador poderá constatar que existem outros observadores no ambiente. Mas ele só poderá fazer esta constatação quando ele diferenciar estes observadores daquilo que eles observam” (LUHMANN, 1997, p. 96).

Nesse sentido, a problemática do ponto cego aparece a partir do momento que se faz possível uma observação de segunda ordem. As armadilhas que surgem a partir daí podem ser desfeitas se considerarmos que estamos operando a partir de conceitos que podem ser aplicados recursivamente a si mesmos. Um bom exemplo trazido por von Foerster é o da (construção de uma) teoria. Para este autor, uma teoria tem que explicar a si mesma, de modo que “se se escreve uma teoria sobre o cérebro, esta tem que explicar seu próprio processo de escritura” (VON FOERSTER, 1996, p. 61). E, como se sabe, Luhmann levou tal recomendação de Foerster bastante a sério ao elaborar sua teorização sistêmica.

Além do que foi observado, podemos apresentar brevemente estímulos da obra de von Foerster que abrem um interessante campo para a reflexão jurídica. Referimo-nos ao profícuo diálogo que o físico vienense travou com John L. Austin (1962). Von Foerster mostra como a linguagem, observada desde o ponto de vista léxico, é um sistema fechado, pois ao perguntar pelo significado de uma palavra, obteremos palavras – um exemplo é o dicionário, onde ao buscar o significado de uma palavra, recebe-se uma explicação – por meio de palavras – que nos levam a outras palavras... Foi Austin quem detectou, segundo von Foerster, uma família peculiar de expressões, em nossa linguagem, que dizem o que fazem, ou, talvez, devêssemos dizer, fazem o que dizem. Exemplo: um ônibus lotado de passageiros; sem querer, um passageiro pisa no pé de outro. De modo cortês, o passageiro desastrado afirma “desculpe-me”. Para von Foerster (2006, pp. 167-168), a magia dessa expressão é que é uma desculpa. Foi por isso que Austin as denominou de “expressões executivas”.

Nesse sentido, expressões bastante comuns no Direito, como “pro-

meto”, “declaro”, “cumpra-se”, podem ser consideradas expressões executivas. Como dito antes a respeito dos eigen-values, há certa autorreferencialidade em tais expressões executivas, pois estas, ao serem proferidas, produzem estabilidade. E, como sustenta von Foerster (2006, p. 168), ao trazermos o conceito de Austin, podemos estar propriamente a falar de uma “expressão-Eigen”. Neste ponto, abre-se uma interessante ponte entre linguagem, poder e Direito, pois a “executividade” de tais expressões no campo jurídico, devem-se, entre outros fatores, à normatividade.

3. EPISTEMOLOGIA CONTRUTIVISTA, AUTOPOIESE E DIREITO

Por fim, vale observar brevemente como tais concepções reaparecem trabalhadas no contexto da teoria jurídica contemporânea. Nesse caso, consideramos, especialmente, a teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann – não desconsiderando aqui, naturalmente, suas derivações (ROCHA, 2005; NEVES, 1992, por exemplo). Trata-se de uma perspectiva segundo a qual a crescente complexidade da comunicação humana dá origem, segundo explica António Manuel Hespanha (2009, p. 213), “à progressiva diferenciação dos sistemas comunicacionais que dão sentido às acções humanas, criando, assim, vários níveis de sentido (ou de valores) (morais, políticos, jurídicos, económicos) (Ausdifferenzierung)”.

Nesta perspectiva, o Direito não adquire sua realidade por uma “idealidade estável”, vai dizer Luhmann, mas sim por operações que produzem e reproduzem o sentido específico do Direito. Pode-se, deste modo, partir do pressuposto de que estas observações devem sempre pertencer ao sistema do Direito. É isto, diz Luhmann (2002, pp. 96-97), o que afirma a tese do “fechamento operativo” ou, em termos epistemológicos, o chamado “construtivismo operativo”.

Este fechamento não pressupõe uma clausura absoluta, mas um fechamento a nível das próprias operações, com abertura cognitiva ao ambiente. É o que sugere o conceito de autopoiese, buscado por Luhmann na biologia teórica de Maturana (2002, p. 100): “a inovação que introduz o conceito de autopoiese é a transferência de representação da constituição auto-referencial levando-a ao nível das operações mais elementares do sistema e, desta forma, para tudo o que o sistema opera como unidade”. Trata-se de conceito apto a explicar não apenas a abertura e o fechamento sistêmicos, mas mesmo a reprodução dos elementos constitutivos de cada

sistema (a saber, as comunicações, no caso de sistemas sociais).

Segundo García Amado (2004, pp. 334-335), o sistema jurídico é auto-referencial, autopoiético, construindo seus elementos a partir de seus próprios elementos, de modo que todas as suas operações, processos e mesmo a sua própria identidade estão assentados sobre tais elementos. É a presença simultânea do código binário (*recht/unrecht*) e dos programas que permite ao sistema ser ao mesmo tempo aberto e fechado, ou seja: normativamente fechado, mas cognitivamente aberto.

Inspirado na biologia teórica de Maturana, Luhmann vai tecer uma concepção de observação enlaçada à ideia de comunicação. Para o jus-sociólogo alemão, a observação também deve ser considerada uma operação do sistema jurídico. Nesse aspecto, a operação básica do sistema implica numa observação, de modo que a comunicação só se realizará no momento em que a operação se distinga entre informação, ato de participar a comunicação e ato de entender a comunicação (LUHMANN, 2002, p. 107).

Logo, poderíamos perguntar: e ao operar, como o sistema jurídico pode conhecer a realidade? García Amado (2004, pp. 323-324) responde tal questão em interessantes termos, observando que não há sistema algum que possua uma perspectiva privilegiada sobre a realidade – nem mesmo o Direito... –, ou seja, uma perspectiva privilegiada sobre os demais sistemas. E isso se deve ao fato de que nenhum sistema pode sair de seu próprio código e de suas diferenças constitutivas. Ademais, se cada sistema conhece apenas por intermédio de seu código interno, terá que aceitar que a realidade em si é incognoscível. Deste modo, concluirá, tudo o que o sistema, no nível de suas próprias operações, contempla como realidade, é uma construção do próprio sistema.

Surge, pois, neste contexto, o problema do ponto cego (*von Foerster*). Nesse caso, primeiramente é necessário resgatar (no próprio conceito de observação) a concepção de “observação de segunda ordem”. Vale dizer que uma observação que permita conceituações mais exigentes (Ciência do Direito, por exemplo) somente é possível ao nível da observação de segunda ordem, ou seja, ao nível da observação da observação. É o que explica Celso Campilongo (2006, p. 18), afirmando que “as observações distinguem-se em observações de primeira ordem (observação de objetos) e de segunda ordem (observação de observadores)”, arrematando:

“observar é construir”. Por conseguinte, quanto ao ponto cego, pode-se dizer que o sistema jurídico opera com base na distinção lícito/ilícito. “Mas não pode”, diz Campilongo (2006, pp. 18-19), “a cada operação, indagar se a diferenciação entre lícito e ilícito é ou não ilícita. Esse é seu ponto de partida (...). De modo paradoxal: o ponto cego não vê que não vê essa distinção”.

Sobre a relação, anteriormente aludida, entre construtivismo sistêmico e linguagem, vale observar que a linguagem jurídica cria, socialmente, o mundo jurídico. É o que entende, por exemplo, Leonel Severo Rocha (2005, p. 33), para quem a linguagem “normal” dos juristas, dependendo de seu agir em relação aos fins, pode ser dividida em: “a) Linguagem do Legislador: Constituinte e Ordinário; b) Linguagem dos Órgãos Jurisdicionais e Administrativos: Juiz e Funcionários; c) Linguagem das Partes nos Processos de Decisão: Partidos Políticos, Promotores, Advogados”. Pode-se dizer, assim, que os operadores do direito transitam e constituem seu ofício em uma linguagem própria, que cria um modo de comunicação igualmente próprio: a comunicação jurídica.

Paulo Ferreira da Cunha (2008, p. 19), por sua vez, problematizando a relação entre Direito e linguagem, também irá mostrar como “o Direito baseia-se sobre bases comuns comunicativas, e ele próprio surge de um consenso social e políticos sobre matérias que devem ter um mínimo denominador comum em que a mutação social e política não deve interferir a todo o momento”. O Direito, visto sob essa ótica, pode ser compreendido como um complexo fenômeno linguístico criador de “realidades” (jurídico-sociais). Realidades estas habilmente manejadas por operadores do direito que dizem o que vale e o que não vale para o sistema. Daí, para Luhmann (1997, p. 46), ser preciso “escolher referências para o sistema. A realidade só se revela ao nível da observação de segunda ordem, na observação de observadores”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este breve resgate das bases epistemológicas que orientam as concepções sistêmico-autopoiéticas do Direito pode ser de grande importância nestes tempos em que análises sistêmicas do Direito se multiplicam vertiginosamente. O instrumental teórico que constitui não apenas a concepção luhmanniana do Direito, mas suas diferentes derivações, carrega

uma grande complexidade para ser ignorado. Nesse aspecto, a observação do instrumental epistemológico-construtivista, tal como realizamos neste curto ensaio, pode servir de auxílio na sempre necessária revisita das noções sistêmicas que informam a teoria jurídica comporânea.

Nesse sentido, entendemos que a epistemologia construtivista forjada por Heinz von Foerster em diálogo com diferentes autores (como Maturana, por exemplo), pode trazer pontos fortes para o incremento da reflexão jurídica. Entre estes pontos, destacamos três: i) a ideia de um conhecimento de base construtivista que se encontra apto a desvelar e reconhecer seu caráter inventivo; nessa ótica, o mundo, tal qual o conhecemos, seria uma invenção pela qual somos responsáveis ao adotarmos tal postura construtivista; ii) a indicação e problematização dos chamados “conceitos de segunda ordem” (observação da observação; conhecimento do conhecimento; etc;), abrindo, assim, um campo profícuo para a reflexão (sistêmica) do Direito; e iii) a demonstração de como, equivocadamente, estamos buscando as propriedades da realidade “fora”, em vez de buscá-las “dentro” (do sistema). Por tudo isso, invocando aqui o saudoso António Manuel Hespanha (2009, pp. 217-218), “estes pontos de vista são muito sugestivos para a análise do direito, na medida em que, correspondendo a intuições dos juristas, lhes dão um rigor de formulação elevado”.

REFERÊNCIAS

ASHBY, W. Ross. **Uma Introdução à Cibernética**. São Paulo: Perspectiva, 1970.

AUSTIN, John L. **How to Do Things with Words**. Clarendon: Oxford, 1962.

BATESON, Gregory. **Steps to an Ecology of Mind**. University Chicago Press, 1972.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem”: sobre fantasmas vivos e a observação do Direito como sistema diferenciado. In: DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves e Revisão Técnica de Celso F. Campilongo e Carolina Cadavid. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Comunicação & Direito: Semiótica, Literatura e Norma**. Coleção Direito & Arte: Porto Alegre: Livraria do Advoga-

do, 2008.

GARCÍA AMADO, Juan António. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean e LOPES JÚNIOR, Dalmir. **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

HESPANHA, António Manuel. **O Caleidoscópio do Direito**. O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje. 2ª Ed., reelaborada. Coimbra: Almedina, 2009.

LUHMANN, Niklas. Conhecimento como construção. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. **Niklas Luhmann: a Nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: UFRGS, Ed. da Universidade, 1997.

_____. **El Derecho de la Sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidade Iberoamericana/Colección Teoria Social, 2002.

_____. Por que uma “Teoria dos Sistemas”? In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. **Niklas Luhmann: a Nova Teoria dos Sistemas**. Porto Alegre: UFRGS, Ed. da Universidade, 1997.

MATURANA ROMESÍN, Humberto e VARELA, Francisco. **A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas do entendimento humano**. Tradução de J. P. dos Santos. São Paulo: Editorial Psy II, 1995.

_____. **Cognição, Ciência e Vida Cotidiana**. Trad. de Cristina Magro e Victor Paredes. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2001.

MORIN, Edgar. La Epistemología de la Complejidad. In: **Gazeta de Antropología**, Universidad de Granada, 2004, 20, art. 02. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10481/7253>. Acesso em: 15 de setembro de 2019.

NEVES, Marcelo. Da Autopoiese à Alopoiese do Direito. In: **Anuário do Mestrado em Direito**, n. 5. Recife, pp. 273-298, 1992.

OLIVEIRA, Luis Alberto. A Natureza Inacabada: Caos, Acaso, Tempo. In: **Contribuição ao Simpósio “A Crise da Razão”**. Rio de Janeiro: FURNARTE, 1995.

PAKMAN, Marcelo. Introducción. In: VON FOERSTER, Heinz. **Las Semillas de la Cibernética**. Obras Escogidas. Edición de Marcelo Pakman e Presentación de Carlos Sluzki. Barcelona: Gedisa Editorial, 2006.

PASK, Gordon. **Uma Introdução à Cibernética**. Prefácio de Warren S. McCulloch [M.I.T.]. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1970.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2ª ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Trad. e prefácio de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

VON FOERSTER, Heinz. A Constructivist Epistemology. In: FREY, L, et al. **Structures and Cognitive Processes** – Cahier N. 3, Proceedings of the 2nd and 3rd Advanced Courses in Genetic Epistemology, organized by the Foundation Archives Jean Piaget in 1980 and 1981. Genève: Foundations Archives Jean Piaget, 1982.

_____. **Las Semillas de la Cibernética**. Obras Escogidas. Edición de Marcelo Pakman e Presentación de Carlos Sluzki. Barcelona: Gedisa Editorial, 2006.

_____. Visão e Conhecimento: disfunções de segunda ordem. In: SCHNITMAN, Dora Fried (Organizadora). **Novos Paradigmas, Cultura e Subjetividade**. Tradução de Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artmed, 1996.

WIENER, Norbert. **Cibernética e Sociedade**. O uso humano de seres humanos. 4ª edição. São Paulo: Cultrix, 1973.

WILLIAMS, Paul. **Only Apparently Real: the World of Philip K. Dick**. New York: Arbor House Pub. Co., 1986.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico-Filosófico. Investigações Filosóficas**. Trad. e prefácio de M. S. Lourenço. Introd de Bertrand Russell. Comentários de Tiago de Oliveira. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

'Notas de fim'

1 Ao Prof. Dr. Leonel Severo Rocha, em sinal de sincera gratidão, pelos tempos de orientação no âmbito da Iniciação Científica na UNISINOS, RS (2005-2009).

2 Norbert Wiener (1894-1963) foi Professor de Matemática do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (M.I.T.), sendo considerado por muitos teóricos o “pai da Cibernética”.

3 Conforme Gordon Pask, autômato, “abstractamente, é um conjunto de regras que estabelecem uma correspondência entre símbolos que constituem estímulos, e outros símbolos a que chamamos respostas. Correntemente também se chama autômato a qualquer dispositivo físico que materialize essas regras”. (PASK, 1970, p. 227).

4 “This sentence has.....letters”.

5 Explicando: “If you fill in thirty-one, then ‘this sentence has thirty-one letters’ has indeed 31 letters”. (Tradução livre: Se você preenche com trinta e uma, então a frase “esta sentença tem trinta e uma letras” indubitavelmente tem 31 letras) (VON FOERSTER, 1982, p. 202).

