

“COMUNICAÇÃO” INTERSISTÊMICA: A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO ENQUANTO OPERAÇÃO DE ABERTURA COGNITIVA DO SISTEMA JURÍDICO

João Glicério de Oliveira Filho¹

Rodrigo Castro Nascimento²

Juliana Maria da Costa Pinto Dias Nascimento³

Resumo: O presente trabalho busca enfrentar a dificuldade da comunicação intersistêmica, com base na teoria dos sistemas desenvolvida por Niklas Luhmann, de modo a analisar o funcionamento do fechamento dos sistemas sociais autopoieticos. Além disso, é abordada a possibilidade de abertura cognitiva do sistema jurídico, mediante captação de informações prestadas por outros sistemas sociais. Por fim, analisa-se a modulação dos efeitos da decisão, enquanto operação realizada pelo Judiciário, como forma de abertura cognitiva do sistema jurídico, propondo-se que a modulação dos efeitos da decisão poderá se valer da observação intersistêmica, a fim de se buscar alcançar a satisfação de mais de um sistema social, na operação que o sistema jurídico realizar.

Palavras-chave: Sistemas sociais. Comunicação intersistêmica. Modulação dos efeitos da decisão. Observação intersistêmica.

Abstract: This paper seeks to face the difficulty of intersystemic communication, based on the systems theory developed by Niklas Luhmann, in order to analyze the functioning of the closure of autopoietic social systems. In addition, the possibility of cognitive opening of the legal system is addressed, by capturing information provided by other social systems. Finally, the modulation of the effects of the decision is analyzed, as an operation carried out by the Judiciary, as a form of cognitive opening of the legal system, proposing that the modulation of the effects of the decision can take advantage of the intersystemic observation, in order to seek achieve the satisfaction of more than one social system, in the operation that the legal system performs.

Keywords: Social systems. Intersystemic communication. Modulation of the effects of the decision. Intersystem observation.

1 INTRODUÇÃO

A modulação dos efeitos da decisão mostra-se possível quando estiver configurado, em sede de controle concentrado de constitucionalidade o interesse social. Em muitos casos, apesar de determinada norma jurídica ser considerada como inconstitucional, permitir os efeitos retroativos da sua invalidade pode significar a criação de novos problemas sociais.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogado. Professor de Direito Comercial na Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

² Doutorando e Mestre em Direito pela UFBA. Pós-graduado em Direito Tributário pelo IBET. Professor da UNIFACS e UNIJORGE.

³ Mestre em Direito pela UCSal. Pós-graduada em Direito pela Faculdade Baiana de Direito. Professora da UNIFACS.

Ao realizar o controle concentrado de constitucionalidade o Judiciário, em muitos casos, acaba realizando a análise de diversos aspectos (jurídicos, econômicos, políticos, morais).

O que vem se observando é que o direito brasileiro vem evoluindo como um sistema que possui diversas regulamentações, mas que detém uma grande insatisfação, sob o enfoque da efetividade e concretude das suas normas jurídicas.

Com essa problemática se questiona: qual o motivo de o sistema jurídico, que se configura como um sistema social, se mostrar inefetivo e de pouca concretude em diversos ramos (ambiental, proteção de dados, penal, eleitoral)?

Talvez a resposta ao problema não esteja sendo encontrada pois a investigação que está sendo realizada pelos observadores do direito, seja limitada.

Seria possível o sistema jurídico conseguir agradar os diversos âmbitos sociais, como por exemplo: a política, a ecologia e a economia? Além disso, é possível afirmar que há uma comunicação direta entre o sistema jurídico com todos os outros sistemas sociais? Por fim, a modulação de efeitos seria uma forma de fazer com que o sistema jurídico se comunique com outros sistemas? Caso positivo, de que forma?

É sobre esses questionamentos que o presente trabalho se debruça, tendo como objetivo central a análise acerca da possibilidade da comunicação entre os diversos sistemas sociais, sob o enfoque da teoria dos sistemas desenvolvida por Niklas Luhmann.

Busca-se analisar se havendo a possibilidade da comunicação intersistêmica, a modulação dos efeitos da decisão seria uma forma de se utilizar dessa comunicação, a fim de concretização e satisfação não apenas do sistema jurídico, mas de outros sistemas sociais.

No segundo capítulo analisa-se os tipos de observações que devem ser realizadas em uma investigação sistêmica, bem como qual a relevância da comunicação nas interações sociais no que tange às expectativas, satisfações e frustrações que existem diante da operação de um sistema social em relação ao outro.

No terceiro capítulo busca-se analisar a dificuldade de comunicação entre um sistema social e os outros, buscando-se explicar de que maneira um sistema social se mostra como autopoietico e fechado, no que tange à sua operacionalização comunicativa.

No último capítulo se busca demonstrar de que forma a modulação dos efeitos da decisão pode possibilitar uma comunicação intersistêmica, através da observação

intersistêmica, demonstrando-se de que maneira se pode manifestar a abertura de um sistema social sob o aspecto cognitivo.

A presente pesquisa é predominantemente bibliográfica, através de análise doutrinária relativa ao tema. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, uma vez que as conclusões são provenientes do raciocínio lógico das informações coletadas, que levou à conclusão dos problemas de pesquisa.

2 OBSERVAÇÕES E EXPECTATIVAS NAS INTERAÇÕES SOCIAIS

Entrou em vigor no dia 04 de agosto do ano de 2022 a Lei nº 14.434/2022, que altera a Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, para instituir o piso salarial nacional do Enfermeiro, do Técnico de Enfermagem, do Auxiliar de Enfermagem e da Parteira. O piso salarial nacional foi fixado em R\$ 4.750 para os enfermeiros, 70% desse valor para os técnicos de enfermagem e 50% para os auxiliares de enfermagem e parteiras, passando a valer tanto para os contratados sob o regime da CLT, quanto para os servidores da União, estados, municípios, suas autarquias e fundações.⁴

Um mês após a referida lei ter entrado em vigor, o Supremo Tribunal Federal, proferiu, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) número 7222, promovida pela Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços, decisão monocrática deferindo a medida liminar requerida, suspendendo por sessenta dias a eficácia da Lei nº 14.434/2022.

A decisão proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, destacou a importância e valorização que se deve conferir à classe dos profissionais de enfermagem, mas sinalizou acerca dos impactos negativos da adoção do aludido piso salarial, por parte da lei, objeto da ADI.

O Ministro Barroso vislumbrou um risco concreto na piora da prestação do serviço de saúde em todos os âmbitos (hospitais, Sistema Único de Saúde, entre outros), além da possibilidade de haver uma demissão em massa, de acordo com o quanto exposto pelos envolvidos e redução de oferta nos leitos.

⁴ BRASIL. LEI Nº 14.434, DE 4 DE AGOSTO DE 2022: Altera a Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, para instituir o piso salarial nacional do Enfermeiro, do Técnico de Enfermagem, do Auxiliar de Enfermagem e da Parteira. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14434.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

O Ministro também observou a questão das desigualdades regionais do Brasil, sendo que com a mencionada Lei em vigor, haverá prejuízos mais acentuados nas unidades federativas mais carentes, regiões que se mostram com uma maior defasagem entre a média salarial atualmente praticada e os pisos definidos por lei.⁵

Ocorre que a referida decisão foi proferida após um mês de vigência da Lei nº 14.434/2022, dessa forma, diversos estabelecimentos que prestam serviços de saúde e que contam com algum profissional de enfermagem que se encaixem na norma, cumpriram com o piso salarial.

A partir dessa noção, vários questionamentos surgem, como por exemplo: com a suspensão da lei, estes estabelecimentos que haviam se adequado à lei, irão deixar de aplicá-la? Caso positivo, um empregado ou servidor, que recebeu o valor do piso salarial, que era maior do que o que recebia antes do advento da norma, sofrerá, com a decisão do STF, uma diminuição salarial vedada pelo artigo 7º, inciso VI da Constituição Federal? Há nesse caso que se falar em direito adquirido?

Levando-se em consideração que a teoria da nulidade é a regra adotada pelo Controle Concentrado de Constitucionalidade no Brasil, caso a ADI nº 7222 fosse julgada improcedente⁶, o empregador ou o Estado deveriam realizar o pagamento proporcional, para aquelas pessoas que deixaram de receber o valor do piso salarial que era maior do que a remuneração que recebiam, no período em que houve a suspensão da aludida lei?

O fato em análise toca em diversos temas sociais, como por exemplo: direito, saúde, economia, política. O que se espera é que o Judiciário, no final das contas, profira uma decisão eficaz e efetiva, que haja uma decisão que seja correta sob o enfoque do direito, da saúde, da economia, da política, da moral. Entretanto, isso seria possível?

É possível que o Judiciário, inserido no sistema jurídico, consiga agradar a todos os outros sistemas sociais (exemplo: econômico, político)? É possível ele se mostrar efetivo em todos os sistemas sociais?

Veja-se o caso do direito de proteção aos dados pessoais, o qual possui a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei Nº 13.709/2018). Por mais que a mesma tenha entrado em

⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF referenda liminar que suspendeu piso salarial da enfermagem.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=494297&ori=1>. Acesso em: 20 nov. 2022.

⁶ Nesse caso, pela teoria da nulidade, a Lei nº 14.434/2022 iria ser considerada como inconstitucional, e, portanto, inválida, desde o seu “nascimento”.

vigor no ano de 2020, se observa que antes dela, outras normas jurídicas já previam a proteção de dados pessoais, como por exemplo: o Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), e ainda assim não se mostraram efetivos no combate ao vazamento de dados pessoais, o que traz uma desconfiança de se o Judiciário, agora com a LGPD, conseguirá combater o vazamento de dados.

Outro exemplo é o direito ambiental, o qual conta com diversos instrumentos legais de combate à degradação ambiental, contudo, não se está mostrando efetivo, haja vista a carência da proteção ambiental.

Se vislumbra no Brasil uma sociedade que possui diversas normas jurídicas positivadas, mas que têm pouca concretização nas suas finalidades.⁷

Talvez o problema da falta de concretização das normas não esteja apenas em relação a efetividade, talvez a grande questão esteja relacionada na dificuldade em que o sistema jurídico encontre em se comunicar com os outros sistemas sociais (econômico, político, ambiental, dentre outros) e vice-versa, ou seja, o problema da dificuldade na comunicação intersistêmica, objeto do presente estudo.

“... a observação do mundo do ponto de vista jurídico permite ver que a regulação jurídica tem efetividade em algumas situações concretas e em outras, ainda que idênticas, não tem. E ao tentar seguir-se a pista do porquê da inefetividade da regulação jurídica, a observação não consegue ver senão a aleatoriedade, a contingência, a indeterminação e a complexidade.”⁸

Apesar da investigação, voltada para as questões da efetividade e concretização das normas, ser importante, ela se mostra insuficiente e limitada, pois se pauta na análise do mundo sob o enfoque das distinções, se configurando como uma observação de primeira ordem. a qual é limitada apenas à realidade do observador, o que gera uma trivialização da realidade, pois “esse observador tem sua estrutura cognitiva operante somente a partir da seleção entre causas e efeitos (diferenciação causal-explicativa)”⁹

Percebe-se, portanto, que a observação de primeira ordem, apesar de ser importante, é insuficiente. Sendo assim, se faz necessária a observação de segunda ordem, a qual irá observar a observação realizada pela observação de primeira ordem, ou seja, observa “as distinções utilizadas na observação de primeira ordem.”¹⁰

⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 33.

⁸ *Ibidem*. p. 34.

⁹ *Ibidem*. p. 41.

¹⁰ *Ibidem*. p. 39.

Enquanto a observação de primeira ordem se utiliza das distinções, a observação de segunda ordem analisa tais distinções e traz consigo a ideia de contingência, ou seja, os acontecimentos sempre podem, ou podiam ser diferentes do que serão ou do que foram, respectivamente.

A contingência, no âmbito dos sistemas sociais, traz consigo as diversas possibilidades do que pode ou poderia ser. Em uma interação entre sujeitos, há diversas possibilidades que essas pessoas podem tomar, diversas condutas, escolhas, todas disponíveis em uma interação.

Entretanto, na interação entre pessoas há uma dupla contingência, pois cada caminho tomado por determinado indivíduo na interação, faz com que o outro indivíduo tenha uma reação de acordo com novas possibilidades que estavam disponíveis ou que a partir de agora se mostraram disponíveis. Essa dupla contingência faz com que cada sujeito observe “no outro o que ele próprio entende (e só o que ele seleciona) como necessário para a continuidade (ou encerramento) da interação¹¹.”

Essa ideia de dupla contingência, na qual a conduta escolhida por uma pessoa faz com que a outra selecione qual caminho irá selecionar, faz surgir expectativas e frustrações, que uma pessoa constrói acerca de outra, dentro de uma interação social. Indo além, a dupla contingência gera a expectativa da expectativa, uma vez que o sujeito, muitas vezes, espera que o outro sujeito espere algo dele.

A título de exemplo, imagine-se dois sujeitos: X e Y. X prestou um serviço para Y e este não adimpliu com o pagamento do serviço. A pessoa X tem a expectativa de que se propor uma demanda judicial em face da pessoa Y, esta irá contestar a ação, ou seja, o sujeito X tem uma expectativa de Y, sendo que se X tiver a conduta de processar Y e este não contestar a ação, irá frustrar a mencionada expectativa. Contudo, X, quando prestou o serviço na casa de Y, pode ter tido a expectativa de que Y sabia que se não pagasse, X iria processá-lo (expectativa da expectativa). De acordo com Niklas Luhmann

o comportamento do outro não poder ser tomado como fato determinado, ele tem que ser expectável em sua seletividade, como seleção entre outras possibilidades do outro. Essa seletividade, porém, é comandada pelas estruturas de expectativas do outro. Para encontrar soluções bem integráveis, confiáveis, é necessário que se possa ter expectativas não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro. Para o controle de uma complexão de interações sociais não é apenas necessário que cada um experimente, mas também que cada um possa ter uma expectativa sobre a

¹¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 45.

expectativa que outro tem dele. Sob as condições da dupla contingência, portanto, todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma no nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro. Na área de integração entre esses dois planos é que deve ser localizada a função normativo – e assim também do direito.¹²

As expectativas, podem, portanto, gerar uma satisfação ou uma frustração, sendo que as expectativas de comunicação, quando são divididas entre as pessoas, pode gerar uma ordem de repetição que se reproduz, fazendo nascer estruturas sociais de comunicação.¹³

Essas estruturas sociais de comunicação aparecem como os sistemas sociais, como por exemplo o sistema ambiental (expectativa ambiental), o sistema econômico (expectativa do consumo) e o sistema jurídico (expectativas de controle das próprias expectativas).¹⁴

Nesse ponto, se faz necessário abordar, ainda que resumidamente, a teoria dos sistemas sociais desenvolvida por Luhmann, deixando claro, desde já que para ele a sociedade é composta pela comunicação entre os seres humanos¹⁵ “que nela circunda de várias formas, nos diversos subsistemas funcionais (direito, economia, política, ética, mídia, religião, arte, ciência, educação etc).”¹⁶

3 FECHAMENTO SISTÊMICO: DIFICULDADE NA COMUNICAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS SOCIAIS

A teoria dos sistemas segundo Luhman, é o ponto de partida para se entender mais acerca da dificuldade na comunicação intersistêmica.¹⁷ Cumpre aqui advertir que o objetivo não será o de esgotar com a teoria desenvolvida pelo referido pensador, mas sim de apresentar um breve resumo a fim de o leitor ter uma noção dos sistemas sociais e a dificuldade que existe na sua comunicação.

¹² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito 1**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 47-48.

¹³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 33.

¹⁴ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁵ LUHMANN, Niklas. “el análisis social se ocupa unicamente de la comunicación.” **Sociologia del riesgo**. Guadalajara: Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 1992. p. 40.

¹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Imunologia: mudança no paradigma autopoietico?**. Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica. Vol. 6, nº3, setembro-dezembro, 2014.p. 590.

¹⁷ Acerca da teoria dos sistemas, vide LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito 1**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 167-238.

Assim como os organismos vivos possuem sistemas, a sociedade também os detém. Sendo assim, o direito, a economia, o ecológico, a política, a moral, são sistemas sociais constituídos de comunicação. O importante aqui é compreender que cada um desses sistemas seguem uma determinada lógica interna própria, um código binário. Cada sistema social produz informações de acordo com a sua codificação própria.

A lógica interna do sistema jurídico, ou seja, o seu código binário se configura como o que é lícito e o que é ilícito. Já o código binário do sistema econômico é o lucro e o prejuízo; no que se refere ao sistema ambiental, o seu código binário é sustentável não sustentável; o código binário do sistema da moral é o certo e o errado.¹⁸

Percebe-se que cada um dos sistemas sociais possuem o seu próprio código binário, a sua própria lógica interna, essa comunicação especializada que cada sistema social possui, faz com que ele possua uma identidade própria, pois se distingue do ambiente, lhe conferindo autonomia.

Quando se fala em identidade, se está querendo trabalhar com a ideia de distinção, pois o que identifica o sistema jurídico é exatamente a ideia de que o código binário que ele irá desenvolver, é único, se distingue com qualquer outro sistema, ou seja, se distingue do ambiente. Essa distinção é que confere a sua identidade.¹⁹

É importante registrar que “quando se distingue algo de outra coisa, descrevem-se *objetos*. Se, ao contrário, distingue-se algo de um contraconceito determinado (e não de outro), são descritos *conceitos*. Só se chega à formação de um conceito quando se podem distinguir distinções.”²⁰

¹⁸ Observe-se que as vezes um sistema social pode apresentar mais de um código, em sua análise acerca do sistema político, Wálber Carneiro deixa claro que o sistema político, por exemplo, possui três diferentes códigos, sendo que o “primeiro situado no ‘público’ (um espaço público estruturado), se reproduz sob a forma conservação/progresso. Movimentos sociais, organizações políticas partidárias e não-partidárias propõe para a política programas que visam manter, restaurar (conservação) ou modificar (progresso) a ordem jurídica através da política. Uma opinião pública media o trânsito desses programas ... que opera sob o código da situação/oposição... Por fim, conectados por um direito público constitucional, encontraremos a administração pública e a legislação, que operam, sob o código da vinculação/discricionariedade.” CARNEIRO, Wálber Araujo. **Democracia e Constituição: entre a nostalgia do antigo e os desafios da modernidade complexa. Estado & Constituição: o sequestro da democracia.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2020. p 52.

¹⁹ “a teoria dos sistemas obviamente trabalha com a distinção que lhe serve de linha mestra, ou seja, a distinção entre sistema e ambiente, e ela tem de indicar sempre a referência de sistema em relação ao qual a alguma outra coisa será vista como ambiente. Se se considerar a capacidade de autodescrição de sistemas, inevitavelmente se chegará à diferença entre a autodescrição do sistema jurídico e sua descrição externa.” LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 20. Tradução por Saulo Krieger e Tradução das citações em latim por Alexandre Agnolon.

²⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 22. Tradução por Saulo Krieger e Tradução das citações em latim por Alexandre Agnolon.

A comunicação especializada do sistema jurídico, é só dele, pois só ele que irá operacionalizar sob o código binário principal: lícito/ilícito. O fato dessa comunicação só ser produzida por este sistema distinto (e com isso identificado), faz com que o sistema consiga permanecer isolado e com isso, reproduzir a sua comunicação em seu interior.

Por conta disso, os sistemas sociais são descritos como sistemas autopoieticos, uma vez que cada um, dentro da sua comunicação especializada, detém o seu próprio código binário, fazendo com que ele produza as distinções e características da sua unidade, ou seja, cada sistema é autopoietico pois através da sua operacionalização, ele se autoproduz.²¹

Acerca do sistema autopoietico, Willis Santiago Guerra Filho traz a seguinte contribuição:

*Sistema autopoietico é aquele dotado de organização autopoietica, onde há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização, pela relação reiterativa circular ('recursiva') entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente mas sim por sua própria organização, formada por seus elementos.*²²

Analisando o aspecto interno dos sistemas, pode-se perceber que as suas operações se mostram fechadas, ou seja, não há a possibilidade, por exemplo, do sistema jurídico apresentar uma comunicação especializada, na qual se utiliza do código binário relativo ao lucro/prejuízo, ou à sustentabilidade/não sustentabilidade, ou ao progressismo/conservadorismo, pois estes códigos operacionais não são seus.

Caso o sistema jurídico se utilizasse do código binário do sistema econômico para realizar as suas operações internas, ele iria entrar em colapso e não seria mais o sistema jurídico, pois não iria mais se distinguir do sistema econômico, perdendo assim a sua identidade.

A título ilustrativo, observe-se os sistemas existentes no corpo humano. Cada um deles operacionaliza de acordo com o seu próprio código binário. O sistema cardiovascular, por exemplo, tem como operação a movimentação sanguínea, transportando assim, o oxigênio e nutrientes para determinadas partes do corpo humano. Já o sistema respiratório, busca absorver o oxigênio do ar e eliminar o gás carbônico.

²¹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 25. Tradução por Saulo Krieger e Tradução das citações em latim por Alexandre Agnolon.

²² GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Imunologia: mudança no paradigma autopoietico?**. Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica. Vol. 6, nº3, setembro-dezembro, 2014.p. 591.

Cada um destes dois sistemas do corpo humano possui uma forma própria (e distinta) de operacionalizar, sendo essa operação fechada. Observe-se que a sobrevivência dos mencionados sistemas, necessita desse fechamento operacional. Imagine os pulmões recebendo, ao invés de oxigênio, sangue, ele entraria em colapso e poderia gerar a morte do corpo humano.

Essa é a ideia nos sistemas sociais, para que não entrem em colapso, eles necessitam operacionalizar e produzir comunicação de acordo com o seu código binário, o qual lhe identifica e especializa a comunicação.²³

A ideia de autopoiese permite que os sistemas sociais se mantenham vivos e com a sua identidade salvaguardada. Por serem autopoieticos, os sistemas sociais tem a capacidade de autoconstrução como complexidade comunicacional estruturada, nesse caso os sistemas sociais possuem a capacidade de autorreprodução.²⁴ De acordo com Leonel Rocha e Guilherme Azevedo

a partir da distinção sistema/ambiente, que, reintroduzida, organiza conjuntos de operações comunicativas orientadas por este jogo entre autorreferência/heterorreferência. A manutenção de limites e fronteiras de sentido é a manutenção do sistema, da conservação de diferença entre sistema e ambiente, portanto, da produção de autopoiese.²⁵

Os sistemas sociais são, portanto, fechados, no que tange à realização da sua operação comunicacional, uma vez que necessitam desse fechamento para sobreviverem e permanecerem com a sua identidade, sendo através da sua operacionalização fechada que eles produzem e se reproduzem.

A noção de autonomia dos sistemas sociais se liga a essa ideia de que o sistema se autorreproduz através dos seus próprios elementos, configurando assim o seu fechamento operacional.

²³ Nesse sentido, Luhmann aduz que: “O ambiente do sistema jurídico interno à sociedade aparece como altamente complexo, e a consequência disso é o sistema jurídico fazer referência a si mesmo: a uma autonomia que lhe é própria, a limites autodeterminados, a um código próprio e a um filtro altamente seletivo, cuja ampliação poderia pôr em risco o sistema ou mesmo dissolver o caráter determinável de suas estruturas.” LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 20. Tradução por Saulo Krieger e Tradução das citações em latim por Alexandre Agnolon.

²⁴ ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. **Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermeneutica e Teoria do Direito. 4(2): 193-213, julho-dezembro. São Leopoldo: Unisinos, 2012. p. 200.

²⁵ *Ibidem, loc. cit.*

Interessante analisar que entre os sistemas sociais não há hierarquia, ou seja, não há que se pensar em um sistema se sobrepondo ao outro²⁶, uma vez que nenhuma operação ou função exercida por determinado sistema, predomina em relação à função exercida pelo outro, o que aumenta a noção de contingência e de complexidade na sociedade.²⁷

Apesar de o fechamento operacional sistêmico ser algo necessário para a sua sobrevivência, ele acaba se tornando o principal fator da dificuldade na comunicação intersistêmica. Se o sistema jurídico é fechado, como fazer com que o mesmo capte o que ocorre no ambiente?²⁸ O seu fechamento tem relação com a sua (re)produção de comunicação.

Essa noção de fechamento operacional de cada sistema social torna difícil uma comunicação direta entre eles.²⁹ Sendo assim, o sistema jurídico não consegue se comunicar diretamente com o sistema econômico, pois ambos detêm códigos distintos, sendo assim, quando o sistema jurídico emite uma informação sob o código lícito/ilícito, o sistema econômico não irá captar a informação dessa forma, pois não possui o mesmo código de tradução da informação.³⁰

Há uma dificuldade na comunicação intersistêmica, uma vez que a comunicação produzida em determinado sistema se apresenta em forma de ruído no ambiente, o que faz com que o outro sistema não consiga dar continuidade à atividade praticada, pois o seu modo de operacionalizar e produzir informação é diferente (por conta da sua identidade).

A título ilustrativo, imagine a discussão acerca da legalização/proibição do aborto, ou a discussão acerca da licitude/ilicitude da medida executiva que determina a prisão civil do executado em determinado processo judicial. O sistema jurídico irá produzir e reproduzir, através de sua operação, informações baseadas no seu código binário.

²⁶ “Nessa perspectiva, a relação entre sistemas jurídico e político é horizontal-funcional, portanto, não mais vertical-hierárquica. Nesse novo contexto, sem seus fundamentos políticos e morais, o sistema jurídico precisa de critérios internos não apenas para a aplicação do direito, mas também para a legiferação.” NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018. p. 67.

²⁷ ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. **Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. 4(2): 193-213, julho-dezembro. São Leopoldo: Unisinos, 2012. p. 210.

²⁸ O ambiente se configura como o local externo ao sistema que se está observando, onde há a presença dos outros sistemas.

²⁹ ROCHA, Leonel Severo; WEYERMÜLLER, André Rafael. **Comunicação ecológica por Niklas Luhmann**. Novos Estudos Jurídicos, v. 19, n. 1, p. 232-262, 2014. p. 240.

³⁰ Nesse sentido, Marcelo Neves leciona que “o sistema jurídico pode assimilar os *fatores* do ambiente de acordo com seus próprios critérios, mas não ser influenciado diretamente por esses fatores.” NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018. p. 48.

A partir do momento que o sistema jurídico produz comunicação, o ambiente pode captar tal informação, contudo, em forma de ruído. Os outros sistemas sociais poderão até ouvir o ruído, mas nenhum irá entender a informação, sob o aspecto de lícito/ilícito. O sistema ambiental, por exemplo, não irá conseguir traduzir esse ruído, o sistema econômico também não. Isso não significa dizer que há uma impossibilidade de entendimento desse ruído por eles, mas que o entendimento será distinto do entendimento do sistema jurídico, por implicarem em códigos operacionais distintos.

Apesar de não haver a comunicação direta entre os sistemas sociais, pode-se afirmar que cada sistema social tem aptidão para captar determinados ruídos que lhe são interessantes, contudo, esses ruídos serão traduzidos a partir da utilização do seu código binário, ou seja, através da sua operação, o sistema traduz o que ele capta no ambiente, aquilo que ele filtra e seleciona.³¹

Com isso, se o sistema ambiental operacionaliza comunicações referentes a poluição que uma empresa de plástico está causando em determinado rio, essa informação surge no ambiente, que é o local externo ao sistema ambiental, em forma de ruído. Sendo assim, o sistema jurídico, caso ache esse ruído interessante, irá traduzi-lo (operação comunicacional) através do seu código binário lícito/ilícito.³²

Percebe-se que sob o aspecto da operação comunicacional interna, os sistemas sociais são fechados. Tendo isso em vista, O judiciário seria capaz de realizar operações que envolvessem essa comunicação? Há possibilidade de comunicação intersistêmica? O próximo tópico irá analisar essas questões.³³

³¹ No caso do sistema jurídico, Luhmann aduz que “isso não significa que o direito surge a partir de si mesmo, sem um estímulo externo; mas sim que só se torna direito aquilo que passa pelo filtro de um processo e através dele possa ser reconhecido. Nesse mesmo sentido, a diferenciação do direito não quer dizer que o direito não tem nada a ver com as outras estruturas, regulamentações e formas de comunicação social e estaria como que solto no ar; mas tão-só que agora o direito está mais conseqüentemente adequado à sua função específica de estabelecer a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, aceitando dos outros âmbitos funcionais apenas aquelas vinculações e aqueles estímulos que sejam essenciais para essa função especial.” LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 19.

³² Nesse sentido Rafael Simioni ensina que: “A comunicação produzida pelo direito é uma comunicação tão-somente jurídica. Para o ambiente, isto é, do ponto de vista dos demais sistemas da sociedade, a comunicação jurídica é observada apenas como uma interferência, um ruído mal sintonizado, nas comunicações específicas de cada sistema funcionalmente diferenciado. Cada sistema da sociedade só observa o que a sua própria estrutura lhe permite observar. Cada sistema só vê o que pode ver”. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 75.

³³ NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018. p. 47.

4 A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL ENQUANTO OPERAÇÃO COGNITIVA DE OBSERVAÇÃO INTERSISTÊMICA

Ao analisar a questão da comunicação intersistêmica, observa-se que em relação à abertura cognitiva dos sistemas sociais, os sistemas sociais conseguem, dentro da tradução permitida pela sua própria lógica interna, captar as informações, em forma de ruídos que se manifestam no ambiente (local externo ao sistema que esteja sob análise).

A conclusão lógica que se faz é a de que cada sistema consegue entender apenas o que a sua própria estrutura consegue observar, de forma que apenas um observador de segunda ordem consegue observar o que os sistemas sociais não conseguem, e não sabem que não conseguem, enxergar, uma vez que, de acordo com o quanto exposto acima, essa observação observa as distinções realizadas pelos sistemas.³⁴

Observe-se que os ruídos que surgem no ambiente se atrelam a ideia de ressonância, a qual designa a inter-relação entre o sistema e o meio ambiente, se definindo como “os distúrbios (ou as reações comunicativas) produzidos pelo meio ambiente da sociedade. Essa ressonância é improvável e escassa, ocorrendo em casos específicos, apenas.”³⁵

As vezes um ruído pode não ter um significado para determinado sistema, e para outro se configurar como uma informação relevante.

Contudo, para que ocorram ressonâncias em determinado sistema social, é preciso compreender que ela ocorrerá com base nas próprias estruturas deste sistema, conforme o quanto exposto acima.³⁶ Portanto, deve-se deixar claro que os sistemas influenciam uns aos outros, sem que com isso percam a sua respectiva autonomia.

Dentro da ideia de comunicação intersistêmica, Luhman traz a ideia de acoplamento estrutural, que ocorre, em resumo, quando dois sistemas autônomos compartilham um ou alguns elementos de sentido, os quais se configuram como comunicações.³⁷

A título de exemplo se tem a empresa. Qualquer modificação realizada pelo sistema jurídico na noção de empresa, irá produzir ressonância no sistema econômico e vice-versa.

³⁴ NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018. p. 47.

³⁵ ROCHA, Leonel Severo; WEYERMÜLLER, André Rafael. **Comunicação ecológica por Niklas Luhmann**. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 1, p. 232-262, 2014. p. 245.

³⁶ LUHMANN, Niklas. **Comunicazione ecologica: Può la società moderna affrontare le minacce ecologiche?**. Milano: Franco Angeli, 1989, p. 145-147.

³⁷ Sobre acoplamento estrutural, vide: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Universidad Iberoamericana, 2005. p. 507-566

Contudo, a resposta da economia à estas mudanças podem satisfazer ou frustrar as expectativas do sistema jurídico ao produzir essas irritações.³⁸

Além disso, se fala também nos chamados meios de comunicação simbolicamente generalizados (MCSG), os quais, de acordo com Wálber Carneiro:

garantem um acoplamento ‘maleável’ entre diferentes formas de comunicação social que operam em diferentes ‘horizontes de sentido’. Assim, as diferentes formas de tensão entre os âmbitos organizados e espontâneos da sociedade complexa são estabilizadas, em um primeiro momento, mediante tais acoplamentos. Todavia, a generalidade dos MCSG exigirá desdobramentos comunicacionais que, uma vez ocorrendo, acabarão revelando as variações de sentido assumidas nos diferentes horizontes do social (dissenso), embora a recursividade ao ‘pressuposto consensual’ se mantenha viva em todas as operações comunicacionais posteriores.³⁹

No que se refere a ressonância, observa-se que uma decisão judicial, pode produzir ressonância no sistema econômico, ou no político, ou no ecológico, sendo que essa decisão poderá satisfazer um, dois ou todos estes sistemas, contudo, porá frustrar ou até prejudicar um, alguns ou todos eles.

Não é algo proposital no sentido de que a decisão proferida por um sistema social irá buscar prejudicar o outro sistema, mas é o resultado do seu fechamento interno, o qual pressupõe uma operação comunicacional, formada a partir do seu código binário, pois ele se autoproduz, e sendo assim, é comum à sua dificuldade de se comunicar com o ambiente.

As comunicações intersistêmicas implicam, conforme Rafael Simioni explica, na

Existência de um meio de comunicação capaz de decodificar as informações produzidas por um sistema para que possam ser entendidas pelo outro. É necessário, portanto, observar a diferenciação funcional especificada pelo código da abertura cognitiva do sistema que produz a informação (para a realimentação) e o código da abertura cognitiva do outro sistema que deve assimilar a informação.⁴⁰

Os elementos de sentido que possibilitam o acoplamento estrutural entre os sistemas, significam comunicações, as quais se configuram como meio (informação) e forma (informação/compreensão) e possibilitam a observação intersistêmica.

³⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 82.

³⁹ CARNEIRO, Wálber Araujo. **Os direitos fundamentais da constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global**. Revista Direito Mackenzie, v. 12, n. 1, 2018. p. 147-148.

⁴⁰ *Ibidem*. p. 91.

No início do presente trabalho foi abordado acerca da ADI nº 7222, a qual visa invalidar a Lei nº 14.434/2022. Foi dito que a mencionada lei entrou em vigor e um mês depois de produzir seus efeitos foi suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, o que gerou as seguintes questões:

a) Com a suspensão da Lei, estes estabelecimentos que haviam se adequado à lei, irão deixar de aplicá-la? Caso positivo, um empregado ou servidor, que recebeu o valor do piso salarial, que era maior do que o que recebia antes do advento da norma, sofrerá, com a decisão do STF, uma diminuição salarial vedada pelo artigo 7º, inciso VI da Constituição Federal? Há nesse caso que se falar em direito adquirido?

b) Levando-se em consideração que a teoria da nulidade é a regra adotada pelo Controle Concentrado de Constitucionalidade no Brasil, caso a ADI nº 7222 fosse julgada improcedente, o empregador ou o Estado deveriam realizar o pagamento proporcional, para aquelas pessoas que deixaram de receber o valor do piso salarial que era maior do que a remuneração que recebiam?

Nesses casos uma solução para a Suprema Corte é a de modular os efeitos da sua decisão, instrumento processual que é utilizado nas Ações de Controle de Constitucionalidade Concentrado.

A modulação de efeitos da decisão se mostra como uma forma de abertura cognitiva do sistema jurídico, uma vez que ao modular os efeitos da decisão judicial, o Judiciário busca, em muitos casos, causar menos danos ao Estado ou a determinado grupo de pessoas (coletividade).

Isso ocorre porque em regra as ações de controle concentrado que entendem pela inconstitucionalidade de determinada norma, seguem a teoria da nulidade. Portanto, a princípio os efeitos das decisões judiciais, desse controle de constitucionalidade, é *ex tunc*, pois a norma é considerada inconstitucional desde o seu nascimento. A modulação permite que em alguns casos, os efeitos da decisão judicial sejam restringidos, ou que ela só possua eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Interessante observar que os requisitos para que haja a modulação dos efeitos da decisão é a configuração do caso em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social⁴¹, sendo ambos conceitos indeterminados.

Sendo assim, o interesse social pode se configurar como interesse de qualquer um dos sistemas sociais (econômico, político, ecológico). O ideal é que a Corte Suprema, ao modular os efeitos de sua decisão, realize uma comunicação intersistêmica, se utilizando das noções de observação intersistêmica.

No que tange à observação intersistêmica, o Judiciário, o qual está inserido no sistema jurídico, deve observar o ambiente, a fim de identificar os elementos de sentido que se encontram nele e que repercutem no sistema jurídico, “sob condições e limites determinados pela própria estrutura do sistema observador, isto é, sob as condições e limites autodeterminados pela sua própria experiência no ambiente.”⁴² (no caso, o jurídico)

De acordo com o quanto exposto acima, cada sistema social capta no ambiente os ruídos e filtra aqueles que lhe são interessantes (os selecionados), a fim de reconstruir assim a sua realidade interna e com isso possibilitar uma decisão.

Assim, quando o Judiciário analisa os interesses sociais em questão, a fim de analisar se irá ou não modular os efeitos da sua decisão, ele capta as realidades dos demais sistemas sociais (político, religioso, ecológico) e através do seu filtro, ele cria com as informações absorvidas no ambiente, a sua própria realidade, a realidade jurídica.⁴³

O Judiciário cria a sua própria realidade “a partir da qual ele pode observar o complexo comunicativo do ambiente”.⁴⁴

Nesse caso, a observação intersistêmica surge como uma boa forma de o STF realizar a modulação de efeitos, sendo influenciado por outros sistemas sociais através dos ruídos provocados por estes no ambiente e filtrado pela Suprema Corte, a fim de alimentar a sua própria realidade jurídica.

É importante ter em mente que por mais que o Judiciário possa realizar a observação intersistêmica, de modo a levar em consideração as informações expedidas pelos outros

⁴¹ BRASIL. **Lei nº 9.868/1999: Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 02.12.2022.

⁴² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade.** Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 82.

⁴³ *Ibidem, loc cit.*

⁴⁴ *Ibidem, loc cit.*

sistemas, não se deve perder de vista que essas comunicações realizadas pelo ambiente, sofrerá uma limitação, vez que ao entrarem no sistema jurídico, irão se submeter à sua operação comunicacional, sendo traduzidas de acordo com a lógica interna da realidade jurídica.

Esse fato justifica o motivo das possíveis frustrações às expectativas dos sistemas sociais diante das decisões judiciais, e diante do posicionamento da Suprema Corte no controle dos efeitos destas decisões.

Entretanto, é possível afirmar que há, de fato, uma comunicação intersistêmica? Quando o Judiciário realiza a modulação dos efeitos, pode-se até falar em uma observação intersistêmica, mas isso necessariamente significaria uma comunicação entre sistemas?

A ressonância permite que o sistema social selecione, se irrite e traduza as informações do ambiente de acordo com o seu código binário, ou seja, quando um sistema econômico produz informações, o sistema jurídico, caso seja interessante para ele, irá traduzir essa informação de acordo com o seu código lícito/não lícito, não irá captar a informação exatamente como ela foi produzida pelo sistema econômico.

O sistema que absorve o ruído no ambiente, capta a informação de acordo com o entendimento do seu código binário, ou seja, o código do sistema traz uma limitação à sua cognição acerca da informação emitida pelo ambiente.

Dessa forma, pode-se afirmar que há uma comunicação intersistêmica existente entre os sistemas sociais, ou apenas uma observação voltada a uma cognição limitada que cada sistema, individualmente, possui perante o ambiente?

A abertura cognitiva de cada sistema autônomo, permite que o mesmo seja um sistema observador do ambiente, ele capta informações do ambiente em forma de ruídos e traduz dentro da sua operacionalização interna, a qual é fechada. Essa tradução é realizada dentro da sua lógica, no caso do sistema do direito, dentro da sua lógica binária (direito/não direito, lícito/ilícito).

Caso surja no ambiente um ruído produzido pelo sistema ecológico, o sistema do direito capta esse som, e o decodifica através do seu código binário (direito/não direito), para que assim consiga compreender a comunicação, mas essa compreensão é realizada dentro da sua lógica e sistema operacional.

Por isso que nem sempre algo que representa uma situação positiva para o sistema ecológico, pode representar ao sistema jurídico, ou ao sistema econômico, uma situação negativa, pois a forma de tradução, decodificação e captação da informação/comunicação posta no ambiente, representa informações distintas para cada sistema autônomo.

Caso essas informações fossem similares entre dois ou mais sistemas, estes não seriam autônomos, pois teriam a mesma codificação binária, portanto, a mesma decodificação/captação das informações do ambiente, o que destruiria com a sua autonomia a qual se dá, exatamente, pela distinção na sua operacionalização.

O código binário do sistema jurídico é distinto do ecológico e por isso que eles são autônomos, a sua distinção que os torna únicos, mas que permite afirmar que a observação intersistêmica não foge de um isolamento recíproco, fora de controle e cego, o qual permite o sistema apenas captar a ideia dos ruídos do ambiente, sob a sua lógica operacional, ou seja, através do seu filtro, pautado em seu código binário.

Entretanto, não há uma garantia de que o sistema econômico, ao captar a comunicação emitida pelo sistema jurídico, lançada no ambiente, irá se preocupar com o lado positivo correspondente ao "lícito", pois essa codificação não faz parte do sistema econômico, este possui como codificação binária o lucro/prejuízo.

A presente pesquisa entende que há na observação intersistêmica a possibilidade de uma comunicação intersistêmica, mas com ela surgem as seguintes questões: como fazer para motivar os outros sistemas a captarem o programa jurídico e levarem em consideração o seu lado positivo relacionado à legalidade, ou seja, como fazer para que outros sistemas demonstrem, em sua operacionalização, uma importância com o lado "lícito", sem que isso não implique em uma descaracterização da sua autonomia enquanto sistema?

O sistema econômico, que possui como código binário operacional a ideia de lucro/prejuízo, poderá levar o sistema jurídico em consideração quando estiver operacionalizando a fim de produzir comunicação para o ambiente social? Caso positivo, como fazer para que o sistema econômico se sinta motivado a escolher pela licitude em sua operação, que é o lado positivo do código binário do sistema jurídico?

Em primeiro lugar, é possível afirmar que um sistema jurídico social, poderá levar o outro em consideração na sua operacionalização. Rafael Simioni deixa claro essa possibilidade, ao abordar com a codificação secundária.⁴⁵ De acordo com o mencionado autor:

A codificação secundária, portanto, é a utilização, por um sistema social, de um código operacional externo, isto é, um código operacional de um outro sistema social acoplado estruturalmente, como meio para produzir interferências intersistêmicas. A codificação secundária então cria o acoplamento estrutural, que garante a simultaneidade da ressonância intersistêmica: qualquer modificação (variação) operacional da economia sobre formas de gestão da propriedade ou do contrato provocam mudanças nas operações do direito, e qualquer mudança na gestão jurídica da propriedade ou do contato provocam mudanças nas operações da economia. Uma mudança pelo direito na Constituição Federal (interpretação jurisprudencial, por exemplo) também provoca mudanças nas operações da política, e mudanças provocadas pela política (modificação da legislação) provocam mudanças nas operações do direito.⁴⁶

Através da comunicação secundária, determinado sistema consegue utilizar, de modo principal o seu código binário, e de modo secundário, o código operacional de outro sistema social, sem que com isso perca a sua autonomia, uma vez que enquanto a utilização do seu código binário seja utilizada de modo principal, a distinção na operacionalização interna com os outros sistemas fica mantida, permanecendo assim com a sua identidade.

Por mais que haja a possibilidade de comunicação intersistêmica, através da utilização de códigos secundários, isso não significa que existirá uma sincronização entre os sistemas⁴⁷, de forma que a contingência, não deixa de estar presente, o que dificulta a previsão de que o sistema econômico, por exemplo, irá preferir optar, nas operações que envolvam o lucro, a licitude do sistema jurídico, ou que o sistema jurídico irá preferir, diante do caminho que leve a licitude, a sustentabilidade de determinado ecossistema.

Por mais que a comunicação intersistêmica exista, há uma dificuldade grande, causada pela contingência, no que se refere à motivação de um sistema, na utilização dos lados positivos dos códigos secundários dos demais sistemas sociais.

O presente trabalho entende que ainda não há uma solução definitiva para esse problema. No que se refere à utilização do sistema jurídico pelos demais sistemas sociais, o máximo que se pode chegar é em técnicas operacionais que busquem aumentar as

⁴⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 108

⁴⁶ *Ibidem*, *loc cit.*

⁴⁷ *Ibidem*. p. 109.

probabilidades para que estes sistemas se sintam motivados a optarem, na produção de sua respectiva comunicação, pela licitude.

Um fenômeno que contribui para o aumento dessas possibilidades na escolha de indicação de valores positivos do sistema jurídico, é o abordado por Rafael Simioni, denominado de código de preferência, o qual busca “autocolocar” o lado positivo do código binário de determinado sistema como preferência, através de postulados que escondem paradoxos.⁴⁸

...é verdade uma comunicação verdadeira, é justo ser justo, etc. A assimetria produzida por essas codificações, isto é, essa generalização simbólica, é o que possibilita o ‘autocolocamento’ ou a auto-indicação da referência às comunicações subsequentes no valor positivo do código, subtraindo-se o risco de facultar, na sua comunicação, o ‘não’, isto é, o valor negativo da forma. Isso explica por que se ama o amor, o dinheiro para fazer mais dinheiro, a verdade pela verdade, o poder por poder, etc. Essa motivação para a auto-indicação do lado positivo do código – e não do negativo – ocorre porque o próprio código designa um paradoxo.⁴⁹

Além dessa técnica, Simioni também trabalha com a chamada “política de opções”, a qual “seria uma regulamentação jurídica que, ao invés de pretender regular o subsistema alvo através de imposições e controle coativo, ofereceria alternativas ou opções possíveis. Isso resultaria em uma política jurídica flexível e adaptável a uma variedade de situações.”⁵⁰

Contudo, mesmo com técnicas que busquem aumentar a probabilidade de utilização do lado positivo de determinado sistema, a contingência impede que haja uma garantia que os demais sistemas se utilizem, por exemplo, da licitude (lado positivo do código binário do sistema jurídico).

O sistema econômico pode ser motivado a utilizar a licitude, o que não significa que ele irá utilizar. A opção primária sempre será pautada no seu código binário interno (lucro/prejuízo), caso contrário esse sistema entraria em colapso e deixaria de existir. A sua autonomia e identidade necessitam que ele mantenha uma distinção da sua codificação binária em relação aos outros sistemas sociais. Então, entre o lucro e a licitude, o sistema econômico irá optar pela utilização do lucro, uma vez que sua operacionalização interna se utiliza primariamente dessa codificação.

⁴⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 102.

⁴⁹ *Ibidem*, *loc cit.*

⁵⁰ *Ibidem*. p. 110.

O problema da contingência é percebido em outras formas de comunicação intersistêmica também. Os sistemas de organização, os quais buscam, nas organizações, a tomada de decisões, também esbarram no problema da contingência⁵¹.

O sistema é composto por elementos (que é a unidade indecomponível) e pela relação (estrutura). A complexidade sistêmica (“complexidade interna”) consiste justamente no aumento de elementos e/ou de suas relações entre si. Dita complexidade não está dada ontologicamente, senão que é aquela definida como suficiente pelo próprio sistema, e, portanto, é contingente. O elemento é definido de modo não ontológico, mas funciona.⁵²

Nesse sistema, as organizações se apresentam como formas de acoplamento estrutural entre os demais sistemas sociais. “E, nessas condições, as organizações podem produzir decisões conectadas à orientação funcional dos sistemas funcionais da sociedade.”⁵³

Imagine-se que uma empresa deseja construir um shopping center em determinado terreno, sendo necessário: analisar a possibilidade jurídica da construção, ou seja, se a mesma está eivada de licitude, dispondo de todas as autorizações legais.

Além disso, se faz necessário se analisar em qual terreno o shopping será construído, sendo necessário um estudo ambiental do terreno a fim de saber se é viável a construção naquele local e se o mesmo não representará nenhum dano ambiental que represente uma significativa degradação ambiental.

Também será observado as questões econômicas, a fim de saber se haverá capital suficiente para a construção do shopping, podendo ser feito um estudo acerca dos prejuízos do investimento e do lucro que ele possa vir a trazer no futuro.

⁵¹ Acerca do problema relacionado à contingência: “Traduzido para sistemas psíquicos ou sociais, o problema da dupla contingência se transforma no dilema que Ego não sabe como Alter reagirá em resposta a uma dada atuação do Ego. Alter e Ego dispõem de várias alternativas de atuação. Um sistema social, ou um indivíduo, tende a interpretar o problema da contingência, isto é, da variedade de alternativas de atuação como um grau de liberdade: liberdade de escolher entre várias alternativas de atuação. No papel de observador de um outro indivíduo ou sistema social, o problema da contingência se coloca totalmente diferente, a liberdade de escolha do sistema se transforma para o observador desse sistema em fonte de inseguranças e surpresas. A existência e o relacionamento das contingências dos diversos sistemas ao seu redor constituem para o sistema focal a complexidade do seu meio. Para poder enfrentar essa complexidade no seu meio, o sistema é obrigado a corresponder com a elaboração de estruturas complexas, que por sua vez, podem aumentar a contingência do sistema e assim iniciar um processo evolutivo.” MATHIS, Armin. **O conceito de sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em: <<http://anpocs.com/index.php/encontros/papers/22-encontro-anual-da-anpocs/gt-20/gt19-16/5173-amathis-o-conceito/file>> Acesso em: 10 mai. 2023.

⁵² MOURA, Bruno de Oliveira; MACHADO, Fabio Guedes de Paula; CAETANO, Matheus Almeida. **O Direito sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em: <<https://sociologiajuridica.net/o-direito-sob-a-perspectiva-da-teoria-dos-sistemas-de-niklas-luhmann/>> Acesso em: 10 mai. 2023.

⁵³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 108

É analisado também aspectos técnicos, a fim de ter ciência de qual o público alvo que o shopping deseja alcançar, se o shopping vai conseguir atender ao seu público, se estará localizado em um lugar acessível, etc.

Então, os donos do projeto terão que contratar pessoas especialistas em diversas áreas, de diversos seguimentos: jurídico, econômico, engenharia, técnicos, cada um exercendo um papel distinto, dentro do sistema da organização. Percebe-se que esse sistema criado por essa organização se torna um meio para que os sistemas sociais se comuniquem.

Aqui não há a descaracterização dos sistemas sociais, então, nas tomadas de decisão, não se fala em uma única decisão jurídico-econômico-científico-ecológico-técnico.

Será uma decisão econômica para depois ser científica, para depois ser jurídica, para depois ser ecológica..., ainda que se estabeleça outra ordem temporal. Há sempre a necessidade de tempo para a assimilação das informações produzidas pelos sistemas com vistas a uma decisão, que é sempre uma articulação entre os diversos lados das formas (códigos binários) acoplados à estrutura da organização. Por isso, a decisão organizacional será ou econômica, ou jurídica, ou científica ou ecológica. Somente o tempo permite calibrar qual dos valores dos códigos envolvidos na decisão será indicado pela decisão organizacional.⁵⁴

Entretanto, aqui também surge o problema da dupla contingência, sendo que não se tem como prever que em tomadas de três decisões, por exemplo: uma jurídica, outra econômica e outra ecológica, serão observados todos os lados positivos das codificações destes e dos demais sistemas (de forma secundária).

Dessa forma, percebe-se que apesar de haver um fechamento dos sistemas sociais, em relação à sua operacionalidade interna comunicacional, há também uma abertura cognitiva que permite que o sistema jurídico capte, e observe os outros sistemas sociais do ambiente, de acordo com o seu próprio código binário e sua própria realidade social, o que o torna único, distinto e identificável no ambiente.

A comunicação intersistêmica se mostra possível, principalmente quando se aborda a técnica da codificação secundária, contudo, a dupla contingência impede que haja uma garantia de que o lado positivo do sistema, utilizado de modo secundário, será utilizado em determinada operação.

Entretanto, conforme visto anteriormente, é possível haver um incentivo à motivação acerca da utilização do lado positivo, o que pode ser um caminho para uma

⁵⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 114-115.

comunicação intersistêmica mais aprofundada e tomadas de decisões que englobem cada vez mais sistemas sociais.

5 CONCLUSÃO

O fato de os sistemas sociais operacionalizarem comunicativamente de acordo com a sua lógica interna individual (código binário), se autorreproduzindo sob uma lógica autopoietica, lhe impede de operacionalizar, internamente, com o código de outro sistema, sem que isso signifique o seu colapso, o que explica a afirmação de que o fechamento interno de um sistema social, garante a sua distinção e sobrevivência diante do ambiente.

Esse fato dificulta uma comunicação entre o sistema jurídico e os outros sistemas e impossibilita uma comunicação direta entre os sistemas sociais, mas justifica o motivo pelo qual a comunicação intersistêmica se mostra tão difícil e porque este sistema, nas tomadas de decisões judiciais, muitas vezes desagrada/frustra os outros sistemas sociais, como por exemplo: o econômico, ecológico ou político.

Entretanto, o fato de existir um fechamento operacional em cada um dos sistemas sociais, não significa dizer que não haja uma comunicação intersistêmica entre eles, mas que a mesma é difícil e muitas vezes improvável.

A abertura sistêmica pode se dá através da ressonância, de forma que um sistema, quando emite uma informação, ela surja em forma de ruído no ambiente, sendo assim, cada sistema social, através de uma “autoirritação” e seletividade, pode buscar traduzi-la de acordo com o seu código binário próprio, permitindo assim a comunicação, ainda que limitada.

A modulação dos efeitos da decisão surge como uma possibilidade de operação de abertura cognitiva do sistema jurídico, uma vez que o Judiciário, ao modular os efeitos, poderá, através da observação intersistêmica, analisar o interesse social e com isso “captar” as informações emitidas pelos outros sistemas em forma de ruídos, buscando traduzi-los sob a forma do lícito/não lícito (código binário do sistema jurídico), promovendo assim, uma comunicação intersistêmica.

Contudo, mesmo realizando a observação intersistêmica para possibilitar a comunicação entre o sistema jurídico e o ambiente, ainda assim as decisões judiciais poderão gerar tanto satisfações quanto frustrações aos demais sistemas sociais.

A teoria do sistema desenvolvida por Niklas Luhmann não fornece as soluções para a falta de concretude das normas jurídicas, contudo, a mesma traz consigo a ideia de que o investigador pode observar o observador (observação de 2ª ordem) e a identificar as possíveis fontes do problema que é a dificuldade na comunicação intersistêmica e as diversas frustrações que um sistema social possui, diante da operação comunicativa produzida pelo outro.

A possibilidade de uma comunicação intersistêmica é uma realidade, sendo que ela pode ser percebida na observação intersistêmica, nos sistemas de organização e em outros métodos de comunicação, como por exemplo nos sistemas de interação e movimentos de protesto.

A ressonância e interferência intersistêmica também surgem como formas da comunicação entre os sistemas sociais e aqui cabe destacar a possibilidade de utilização do código secundário de outro sistema social na operação comunicacional por parte de outro sistema.

Contudo, esse fato gera problemas causado pela contingência, a qual impede que haja uma garantia acerca da utilização por determinado sistema social, do lado positivo do código de outro sistema.

Porém, existem técnicas que buscam um aumento da probabilidade dessa motivação, a fim de que as operações comunicacionais utilizem e conciliem os lados positivos dos diversos sistemas sociais.

O desenvolvimento dessas técnicas, e a criação de novas, colabora para que as novas decisões judiciais ou legislativas se importem cada vez mais com outros sistemas sociais, buscando efetivar os lados positivos dos seus códigos binários.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 9.868/1999: Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 02 dez. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.434, de 4 de agosto de 2022: Altera a Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, para instituir o piso salarial nacional do Enfermeiro, do Técnico de Enfermagem, do Auxiliar de Enfermagem e da Parteira. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14434.htm>. Acesso em: 20. nov. 2022.

CARNEIRO, Wálber Araujo. **Democracia e Constituição: entre a nostalgia do antigo e os desafios da modernidade complexa. Estado & Constituição: o sequestro da democracia.** Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2020.

_____. **Os direitos fundamentais da constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global.** Revista Direito Mackenzie, v. 12, n. 1, 2018.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Imunologia: mudança no paradigma autopoietico?.** Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica. Vol. 6, nº 3, setembro-dezembro, 2014.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad.** Universidad Iberoamericana, 2005.

_____. **Comunicazione ecologica: Può la società moderna affrontare le minacce ecologiche?** Milano: Franco Angeli, 1989.

_____. **O direito da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2016. Tradução por Saulo Krieger e Tradução das citações em latim por Alexandre Agnolon.

_____. **Sociologia del riesgo.** Guadalajara: Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 1992.

_____. **Sociologia do Direito I.** Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do Direito II.** Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

MATHIS, Armin. **O conceito de sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.** Disponível em: <<http://anpocs.com/index.php/encontros/papers/22-encontro-anual-da-anpocs/gt-20/gt19-16/5173-amathis-o-conceito/file>> Acesso em: 10.05.2023.

MOURA, Bruno de Oliveira; MACHADO, Fabio Guedes de Paula; CAETANO, Matheus Almeida. O Direito sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Disponível

em: <<https://sociologiajuridica.net/o-direito-sob-a-perspectiva-da-teoria-dos-sistemas-de-niklas-luhmann/>> Acesso em: 10.05.2023.

ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. **Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. 4(2): 193-213, julho-dezembro. São Leopoldo: Unisinos, 2012.

ROCHA, Leonel Severo; WEYERMÜLLER, André Rafael. **Comunicação ecológica por Niklas Luhmann.** Novos Estudos Jurídicos, v. 19, n. 1, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF referenda liminar que suspendeu piso salarial da enfermagem.** Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=494297&ori=1>>. Acesso em: 20 Nov. 2022.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade.** Curitiba: Juruá Editora, 2006.