

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 23/05/2013

All'indirizzo <http://w.diritto.it/docs/35077-o-direito-na-teoria-de-luhmann>

Autore: Thaísa Haber Faleiros

O direito na teoria de luhmann

O DIREITO NA TEORIA DE LUHMANN

Thaís Haber Faleiros

RESUMO

O presente artigo procura analisar as concepções de Niklas Luhmann acerca da definição de Direito e de suas implicações na Sociedade Moderna. Grande parte do texto se vale das análises feitas em duas de suas obras, quais sejam, *Sociologia do Direito* e *O Direito da Sociedade*, pontuadas por excertos trazidos do artigo "*Operacional Closure and structural coupling: the differentiation of the legal system*", publicado na Cardozo Law Review. De se notar que, embora as duas primeiras estejam separadas por um lapso temporal de cerca de vinte anos, a segunda somente incorpora outros aspectos à teoria inicialmente desenhada, não havendo contraposição entre as novas referências e o desenho inicial das idéias do autor acerca do sistema jurídico, a não ser por conta de algumas pequenas ressalvas. Como o intuito do trabalho era fazer uma revisão da literatura e o levantamento do "estado da arte", o trabalho se abstém de fazer considerações demasiadamente crítico-valorativas ao trabalho do autor.

1. INTRODUÇÃO

Com as necessárias delimitações, a análise do Direito não é senão a aplicação ao estudo de um sistema social específico (o próprio Direito) dos métodos e elementos teóricos elaborados por Luhmann em sua teoria da sociedade. Assim como com sua obra, Luhmann intenta suprir ou responder ao que percebe como déficit teórico da Sociologia, também considera insatisfatório o estado atual da Sociologia Jurídica¹. Dentre as múltiplas causas, destaca a falta de interesse que mostram os sociólogos por esse âmbito que, a seu ver, deve-se a dois motivos básicos (LUHMANN, 1983, p.1): complexidade conceitual alcançada pelo Direito, com a qual não pode contar facilmente um leigo; e a dificuldade objetiva de isolar empiricamente, como um fenômeno específico, a realidade jurídica que impregna direta ou indiretamente todos os âmbitos sociais. Ambos os problemas levam a duas consequências: o primeiro deixa na mão dos juristas a elaboração da Sociologia do Direito e o segundo enseja a renúncia à análise sociológica

¹ Nesse sentido ver as primeiras epígrafes de *Sociologia do Direito*.

global do Direito e sua substituição pelo estudo de temas muito concretos (LUHMANN, 1983, p. 2).

O estudo do Direito realizado em suas obras pretende suprir essa lacuna.

Para não fugir aos propósitos desse artigo² - que são os de **apresentar em traços gerais a Teoria do Direito de Luhmann** -, serão analisadas, basicamente, as seguintes obras³: *Sociologia do Direito* e *o Direito da Sociedade* cujas abordagens se darão dentro dos seguintes parâmetros.

A primeira obra se refere ao Direito a partir de uma perspectiva global, ahistórica, entendido como uma função necessária a qualquer tipo de sociedade: a generalização congruente de expectativas de conduta.

A segunda dá ênfase às peculiaridades que apresenta o Direito das sociedades modernas, caracterizado pelas “mudanças” que trazem à tona o novo “paradigma autopoietico”.

Entretanto, como reserva-se um tópico específico para tratar do conceito de “acoplamento estrutural” necessário se fez incluir no presente as considerações de Luhmann feitas em “Operational Clousure and Structural Coupling: the differentiation of the legal system”, publicado na Cardoso Law Review.

2. UMA ANÁLISE FUNCIONAL DO DIREITO. A GENERALIZAÇÃO CONGRUENTE DE EXPECTATIVAS

2.1. Ponto de referência da análise: complexidade, contingência.

Para que se possa introduzir a noção de "expectativa" e ressaltar a importância dessa categoria na Teoria do Direito de Luhmann, é necessário entender duas das idéias principais de sua construção teórica: os conceitos de complexidade e contingência, ambos indispensáveis também para se elucidar o conceito de sociedade.

² Artigo que vem comprovar a realização dos “Estudos Orientados”, substituindo uma disciplina optativa do curso de Doutorado, perfazendo um total de 4 créditos.

³ Inicialmente, no projeto dos “Estudos Orientados”, estabeleceu-se que seria feita a leitura das seguintes obras. “Legitimação pelo Procedimento”, “A restituição do décimo segundo camelo”, ambas de Luhmann e “Modernidade, Tempo e Direito” de Cristiano Paixão. Entretanto, no decorrer dos estudos, entendeu-se mais oportuno, no âmbito do tema proposto, analisar, em substituição à primeira, a obra “Sociologia do Direito”, fazendo-se apenas incursões na “Legitimação pelo Procedimento” e a exclusão das outras duas obras, incluindo-se a obra “O Direito da Sociedade”, tendo em vista a modificação do enfoque inicial da tese.

Na citação seguinte, podemos verificar a importância da correta compreensão dessas duas categorias:

O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através do seu organismo. Desta forma, o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conceito evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes da esperadas (...) Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos. (LUHMANN, 1983, p. 45-46).

Nesse mundo complexo e contingente existem outros seres humanos que também se vêem diante de um mundo complexo e contingente. Assim, diz Luhmann, esses seres humanos "se inserem no campo de minha visão como um 'alter ego', como fontes eu-idênticas da experimentação e da ação originiais" (1983, p. 46). Está instaurada aí, a chamada dupla-contingência, outro conceito a ser elucidado.

Luhmann a descreve como:

As possibilidades atualizadas por outros homens também se apresentam a mim, também são minhas possibilidades (...) As possibilidades me são apresentadas na medida em que os outros a experimentam, sem podê-las atualizar totalmente como experimentações propriamente suas. Com isso adquiro a chance de absorver as perspectivas dos outros, ou de utilizá-las no lugar das minhas, de ver através dos olhos dos outros, de deixar que me relatem algo, e dessa forma ampliar meu próprio horizonte de expectativas sem um maior gasto de tempo (LUHMANN, 1983, p. 46-47).

A origem dos sistemas sociais, segundo Luhmann, dar-se-á a partir da solução do problema da dupla contingência mediante a formação de estruturas (expectativas compartilhadas), que permitem aos indivíduos se orientarem e encontrarem parâmetros para as relações intersubjetivas no meio do enorme campo de possibilidades que se abrem em cada relação. Os sistemas permitem coordenar as ações mediante o estabelecimento de um horizonte comum de expectativas de conduta, reduzindo a complexidade do mundo pela restrição do número de possibilidades que esse oferece.

O sistema filtra a complexidade do seu meio. Ou seja, dentre esse número ilimitado de relações entre elementos, apenas as que aparecem estruturadas são relevantes para o sistema. Dessa forma, as estruturas proporcionam o passo de complexidade não-estruturada para complexidade estruturada, ou seja, reduzida, manejável.

Portanto, as estruturas servem para tornar previsíveis as comunicações que se sigam de cada comunicação dentro do sistema. Assim, podemos dizer que as estruturas sociais se compõem de expectativas: cada partícipe sabe o que se espera dele e o que se pode esperar dos demais.

Mas as estruturas de expectativas, à medida que tratam de coordenar comportamentos, hão de construir-se de forma mais complexa para incluir não só a conduta alheia senão também o caráter seletivo da mesma. Essa seletividade está guiada por suas próprias expectativas e isso implica na necessidade de poder esperar as expectativas alheias. O expectante há de aprender não só a incorporar a conduta alheia, senão as expectativas alheias.

Nas próprias palavras de Luhmann,

Frente à contingência simples erigem-se estruturas estabilizadas de expectativas, mais ou menos imunes a desapontamentos - colocando as perspectivas de à noite segue-se o dia, que amanhã a casa ainda estará de pé, que a colheita está garantida, que as crianças crescerão... Frente à dupla contingência necessita-se de outras estruturas de expectativas, de construção muito mais complicada e condicionada (...) 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 expectativa que o outro tem* dele. (LUHMANN, 1983, p. 47-48)

Podemos dizer então que a complexidade supõe o excesso de possibilidades e seleciona-se, fixando-se como estrutura em um número mais reduzido de possibilidades. Ante a contingência ou previsão da possível frustração de uma expectativa, inclui-se em sua estrutura a resposta desta em caso de não coincidência. Basicamente, trata-se da decisão de sua manutenção ou mudança, ou seja, ante o problema da dupla contingência ou da necessidade de coordenar as expectativas, essas se estruturam não como expectativas de conduta, senão como expectativas de expectativas.

Para Luhmann:

O comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas (LUHMANN, 1983, p. 109).

A estabilidade do sistema, portanto, deve-se ao entrelaçamento dessas expectativas, ou seja, as expectativas estruturantes não podem ter caráter meramente individual, mas devem ser generalizadas.

Essa segurança que torna esperável o comportamento próprio e alheio sob pautas comuns não seria possível sem o Direito, pois é ele que permite a generalização dessas expectativas de expectativas, dando-lhes um alcance que vai além do tempo, da situação e dos partícipes de cada inter-relação particular. (LUHMANN, 1983, p. 109)

2.2 Estruturas de expectativas. Expectativas normativas e cognitivas

A partir do momento em que se sustenta que as estruturas dos sistemas sociais consistem em expectativas de expectativas, deve-se esperar, tanto a sua realização quanto a sua frustração. Segundo Luhmann, duas são as possibilidades apresentadas pela sociedade como reação a desapontamentos de expectativas.

Dependendo de qual dessas duas orientações predomina, podemos falar em *expectativas cognitivas*, com que sua frustração serve como uma nova fonte de conhecimento e adaptação de uma nova expectativa; essa substitui a anterior; ou em *expectativas normativas*, aquelas que, embora possam ser frustradas, mantêm-se.

A diferença está na estratégia de resposta do sistema que pode optar entre a modificação ou a manutenção da expectativa.

Ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride (LUHMANN, 1983, p. 56)⁴.

2.3. A dimensão temporal das expectativas: o conceito de norma

⁴ Para ilustrar essa diferença, Luhmann diz que “no caso de esperar-se uma nova secretária, por exemplo, a situação contém componentes de expectativas cognitivas e também normativas. Que ela seja jovem, bonita, loura, só se pode esperar, quando muito, ao nível cognitivo. Nesse sentido é necessária a adaptação no caso de desapontamentos, não fazendo questão de cabelo louro, ou exigindo que os cabelos sejam tingidos, etc. Por outro lado, espera-se normativamente que ela apresente determinadas capacidades de trabalho. Ocorrendo desapontamento nesse ponto, não se tem a sensação de que a expectativa estava errada. A expectativa é mantida, e a discrepância é atribuída ao ator” (LUHMANN, 1983, p. 56).

A distinção entre expectativas cognitivas ou normativas é uma distinção entre “ser” e “dever ser”, entre aquelas que aprendem (*lernen*) e aquelas que não (*nicht-lernen*), ou melhor dizendo, entre “conhecimento” e “norma”.

Como “símbolo do dever ser (...) as normas são expectativas de comportamentos estabilizadas em termos contrafáticos” (LUHMANN, 1983, p. 57).

Portanto, a diferença entre expectativas normativas e cognitivas não reside em uma espécie de oposição “objetiva ou lógica, entre ser e dever ser” (LUHMANN, 1983, p. 57). O fundamental é analisar a função dessa diferença que consiste na colocação à disposição do sistema de duas modalidades distintas de expectativas, embora opostas, funcionalmente equivalentes. Em ambos os casos, trata-se de possibilitar uma solução ao problema da frustração: com ajuda dessa diferença pode a sociedade estabelecer um compromisso entre as necessidades de adaptação à realidade e de constância da expectativa.

Elas institucionalizarão seus membros por uma adaptação da expectativa à realidade de ação, se predominar o interesse na adaptação. Elas deslocarão as expectativas ao nível normativo quando forem vitais a segurança e a integração social das expectativas. (LUHMANN, 1983, p. 57-58).

Portanto, depreende-se que Luhmann atribui à norma a função de uma estrutura que permite estabilizar expectativas de conduta e mantê-las, inclusive quando frustradas: a norma é um tipo de estruturação temporal das expectativas. As normas só aparecem quando se contempla a possibilidade de que se atue conforme o que se espera ou de forma desviada.

Essa diferença entre expectativas cognitivas e normativas é, para Luhmann, um atributo evolutivo e não uma estrutura “a priori” (LUHMANN, 1983, p.58) da realidade. A diferenciação nasce somente como resposta do sistema ante um problema.

O sistema social, ao fixar uma expectativa como normativa, há de incluir nela a forma de superação das frustrações. Somente se se dotam as expectativas normativas de formas de canalização de frustrações é possível seu estabelecimento contrafático (LUHMANN, 1983, p. 65-66).

Assim, a função das expectativas normativas é a de colocar, no lugar da conduta esperada (se esta não se apresenta) uma conduta do expectante que pode se apresentar sob diversas formas, como por exemplo, através da *sanção* que representa o reconhecimento expresso da norma.

Portanto, as normas, especialmente as normas jurídicas, definem-se mediante o fato de terem à disposição o recurso à sanção no caso de descumprimento. Nas palavras de Luhmann,

é necessário considerar-se que a experimentação normativa só se constitui a partir da precisão de possíveis comportamentos no caso de desapontamentos. É preciso que seja determinável se, e quando, será possível manter as expectativas frente a desapontamentos (1983, p. 67-68).

A função da norma é sempre a de possibilitar a manutenção da expectativa no futuro, apesar dos fatos discrepantes. “Uma expectativa constantemente desapontada, sem poder manifestar-se, esvai-se. Ela é imperceptivelmente desaprendida e, finalmente, seu próprio sujeito não mais acredita nela” (LUHMANN, 1983, p. 71).

Isso não supõe que Luhmann negue a possibilidade de mudança das expectativas normativas. O que ele afirma é precisamente que a utilização, como explicação da frustração de expectativas normativas contrárias à norma violada conduz à mudança desta, ou que, quando menos, põe em grave perigo sua manutenção e, de fato, a mudança normativa pode produzir-se por essa causa: pela existência de projeções normativas opostas ou concorrentes.

2.4. A dimensão social das expectativas: a institucionalização

As normas são expectativas que se mantêm no futuro por estarem dotadas de uma certa resistência frente a possíveis frustrações. Esse mecanismo, descrito no item anterior traduz-se na *dimensão temporal* das expectativas.

Ocorre, contudo, que não é pelo fato de ser uma expectativa fixada contrafaticamente que ela é norma do sistema social. Para isso é também necessário fixarem-se limites, sem os quais, não seria possível tolerar as contínuas frustrações. Assim, a manutenção de uma expectativa que resulta freqüentemente frustrada exige a colocação à disposição desta de mecanismos que lhe permitam superar as frustrações.

Luhmann denomina esses mecanismos de “institucionalização de expectativas comportamentais” (1983, p.77). Com esse conceito se delineia “o grau em que as expectativas podem estar apoiadas sobre expectativas de expectativas supostas em terceiros” (1983, p. 77).

Uma expectativa estará generalizada na *dimensão social* se puder ser presumida como consensual. Podemos perceber, portanto, que análogo ao conceito de “norma”, definido como uma expectativa fixada de forma que se mantenha ainda que no caso de frustração, a “institucionalização” não é senão uma expectativa à qual se pode atribuir consenso: uma expectativa generalizada socialmente.

A institucionalização, segundo Luhmann, é uma forma encontrada pela sociologia para um abrandamento dos problemas decorrentes dos conflitos entre a diversidade das expectativas normativas (LUHMANN, 1983, p. 77).

Por meio da institucionalização, protegem-se determinadas expectativas não, necessária e unicamente, dotando-as de consenso, mas supondo-o, ou seja, o caráter específico da institucionalização não reside, em Luhmann, nem na coação social, nem na ampliação do consenso efetivo, nem na fixação normativa das expectativas. Sua função se baseia na repartição necessária entre a carga da conduta e a do risco: a institucionalização concede a certas projeções normativas mais possibilidades que a outros e assim “aquele cujas expectativas sejam contrárias à instituição terá contra si o peso de uma auto-evidência presumida”(1983, p. 77).

Na dimensão social, não se coloca o problema da frustração e suas possibilidades de neutralização como na dimensão temporal, mas, em última análise a função de ambos os mecanismos é a mesma: a estabilização de expectativas de expectativas de conduta, sendo que o primeiro as estabiliza temporalmente, enquanto o segundo, que se refere também a expectativas não generalizadas temporalmente, o faz em um âmbito diferente: as generaliza socialmente.

Em suas palavras:

As instituições se fundamentam, então, não na concordância fática de determináveis manifestações de opiniões, mas sim no sucesso ao superestimá-las. Sua continuidade está garantida enquanto quase todos suponham que quase todos concordem, e possivelmente até mesmo enquanto quase todos suponham que quase todos suponham que quase todos concordem”. (LUHMANN, 1983. p. 84).

Com a crescente diferenciação da sociedade, o problema se faz maior: cresce o número de expectativas e estas já não são, em grande medida, comuns a todos, pois temos expectativas referidas a papéis concretos que se mostram distintos entre quem espera, quem atua e terceiros de fora dessa relação.

Para solucionar esse problema, Luhmann se socorre de mecanismos utilizados historicamente pelo direito para sua institucionalização: o contrato como figura de auto-

vinculação; a formação de grupos de referência a cujas expectativas se concede relevância (juízes, legisladores, etc); e a institucionalização da institucionalização em papéis com esta função específica (procedimentos).

A figura do contrato seria um equivalente funcional que reduz a complexidade e procura bases claras para a ação comum, com a especificidade de que submete a configuração de tais comprometimentos às declarações explícitas dos participantes, usando a concordância dos parceiros contratuais como o anteparo contra o arbítrio. Essa forma de institucionalização de expectativas, produto do desenvolvimento evolutivo da sociedade, permite supor o consenso de terceiros a expectativas fixadas arbitrariamente pelas partes em temas nos quais os terceiros não tenham intervindo nem sequer conhecem. Mas, de fato, a institucionalização do contrato e sua conversão em um instrumento jurídico de primeira magnitude não se poderia garantir com a suposição do consenso de terceiros abstratos ou anônimos. Assim, “uma outra solução para as dificuldades de uma institucionalização demasiadamente concreta e variante consiste na limitação daqueles terceiros cuja participação seja considerada relevante” (LUHMANN, 1983, p. 90). Melhor dizendo, a evolução do direito levou à formação de papéis e subsistemas (procedimentos) com a função específica de decidir sobre o direito com efeitos vinculantes para toda a sociedade. Assim, as expectativas dos terceiros não se referem mais só às expectativas de “Ego” e “Alter”, mas também a procedimento institucionalizador em que um “grupo de referência” (os juízes, principalmente) determinará qual a conduta que cabe esperar normativamente.

O papel do juiz aparece como uma espécie de representante dos terceiros anônimos a quem compete decidir o que é aquilo que os terceiros esperam que expectativas hão de considerar-se protegidas pelo consenso.

A institucionalização de papéis - juízes, legisladores, etc - e de subsistemas - procedimentos - com a função de institucionalizar expectativas normativas é um mecanismo reflexivo, posto que se institucionaliza uma forma de institucionalização de expectativas de conduta de forma similar ao que sucede com a dimensão temporal com a normação da normação.

2.5 A dimensão material/prática: os princípios de identificação

A necessidade de uma certa resistência ante o fato frustrante (dimensão temporal) e a necessidade de obter consenso (dimensão social) reduzem, de início, o campo das expectativas material ou objetivamente possíveis.

As expectativas mais importantes para a vida social são, como se assinalou, não as simples expectativas, o poder esperar sucessos ou condutas, senão as expectativas de expectativas: “Ego” há de poder esperar as expectativas alheias, há de poder conhecê-las e participar delas se quiser que sua conduta e suas próprias expectativas possam coordenar-se na ação social. As expectativas de expectativas só são possíveis “através da mediação de um mundo em comum, no qual estão igualmente fundamentadas todas as expectativas” (LUHMANN, 1983, p. 94).

Se, como diz Luhmann, as expectativas de expectativas são as principais, como conhecer as expectativas alheias? Como participar definitivamente da consciência alheia? A resposta de Luhmann é o conceito de sentido. Para ele, o mundo

ordena o acesso seletivo a outras possibilidades de experiência, é nessa medida que ele possui um sentido. Dessa forma, o sentido serve como síntese, intersubjetivamente acessível de uma multiplicidade de experiências possíveis (LUHMANN, 1983, p. 94).

As sínteses de sentido necessitam que se tenha presente de forma concreta e consciente, em todo momento e para qualquer fato, a expectativa de expectativa. Generalizar materialmente uma expectativa quer dizer fixar um ponto ou pontos de referência abstratos, na base dos quais poder estabelecer, de forma concreta, a expectativa. Esse ponto ou pontos de referência abstratos dotam a expectativa de uma certa indiferença ante sucessos atuais e concretos.

Assim, a dimensão material/prática se refere ao conteúdo das expectativas e sua generalização supõe a abstração de pontos de referência, de princípios de identificação sobre os quais deve basear a expectativa. Se se estabelecesse o conteúdo das expectativas de forma muito concreta, grande número de fatos dispareiam com ela e a colocariam em perigo. Se, ao contrário, a identificação se refere a tipos de princípios de identificação genéricos ou abstratos, não seria qualquer fato que colocaria em perigo a expectativa, ou quando menos não questionaria o princípio de identificação abstrato do qual esta se teria sido deduzida. A abstração do ponto de referência permite manter, em consequência, uma certa constância das expectativas.

Se, por exemplo, toma-se como princípio de identificação uma pessoa e, baseando-se nela, formam-se expectativas, a frustração de uma dessas expectativas não

exigirá o abandono do ponto de referência. Esses tipos abstratos, princípios de identificação, sínteses ou conexões de sentido funcionam “*como regras geradoras das diversas expectativas*” e “[...] a identificação de complexões de expectativas em termos de sentido possibilita, ainda, a conservação e a reativação de expectativas, sedimentando-as como acervo cultural” (LUHMANN, 1983, p. 97-98).

Luhmann traça quatro princípios de identificação com distintos graus de abstração. São eles pessoas, papéis, programas e valores. Do grau de abstração do princípio de referência dependem as possibilidades de fixação das expectativas concretas que podem aparecer de forma mais ou menos abstrata, generalizadas ou não temporalmente - como indiferenciadas, cognitivas ou normativas - e protegidas ou não pela suposição de consenso, ou seja, generalizadas socialmente. A questão reside em determinar “em que plano da abstração está o ponto focal, relativamente invariante da formação de sentido, através do qual a complexão de expectativas é identificada e o processamento das experiências que se seguirão é regulado”⁵.

Integrar as expectativas de forma muito concreta supõe estar exposto a contínuas frustrações. Mas o caso contrário resulta também problemático: de um “valor” podem extrair-se grande número de expectativas, inclusive contraditórias entre si, pois comportam um alto grau de indiferença frente aos fatos. Segundo Luhmann, as expectativas normativas hão de fixar-se a um nível intermediário de abstração, de forma que não estejam excessivamente sujeitas a frustrações por sua fixação muito concreta, nem resulte impossível sua identificação, por sua abstrata fixação.

Conforme mencionado, os quatro princípios de identificação apresentam diversos graus de abstração desde o mais concreto: as pessoas, ao mais abstrato: os valores. Mas, os quatro princípios de que Luhmann fala são fruto da evolução, ou seja, só

⁵ Luhmann coloca um exemplo que pode servir para ilustrar o funcionamento dessas sínteses ou conexões de sentido e as consequências que se derivam da fixação das expectativas concretas a diferentes níveis de generalização ou abstração. Se se toma como princípio de identificação para fixar expectativas acerca do funcionamento do serviço de correio a pessoa do carteiro ou o papel do carteiro, as frustrações que se podem produzir incidirão de diversas formas nas expectativas futuras segundo o princípio de identificação do qual derivem e, por isso, será necessário saber qual o ponto de eleger para qual expectativa. Eu posso esperar que chegue a correspondência, que chegue pela manhã, ou, de forma mais concreta, às nove em ponto, que o traga o carteiro “João”, que chegue em boas condições, que não esteja aberta, que se deposite na caixinha, etc. Algumas dessas ações podem esperar-se com base no “papel” do carteiro e/ou com base na pessoa concreta que é “João”. Se “João” se embriaga com freqüência e eu fixo como ponto de identificação um “papel”, os costumes pessoais de “João” não me levarão a abandonar as expectativas acerca do bom funcionamento genérico do serviço de correios. Em suma, o contexto das expectativas será independente da pessoa do carteiro que me traga a correspondência. Se, ao contrário, fixo as expectativas na “pessoa” de “João” eu não poderia esperar que o serviço funcione, pois os defeitos de “João” me farão desconfiar do funcionamento do serviço. (1983, p. 98).

em sistemas complexos pode se verificar a separação entre papéis e pessoas e entre valores, normas e fins.

Por pessoas não entende Luhmann os sistemas psíquicos ou o homem em sua totalidade, senão uma construção do sistema social para poder ordenar expectativas de conduta que só podem atuar dessa forma, atribuindo-as à especificidade de um sistema psíquico (LUHMANN, 1983, p. 97). É a forma mediante a qual o sistema social ou os outros sistemas psíquicos, observam a um sistema psíquico, inclusive a forma sob a qual esse sistema se observa a si mesmo. A pessoa como princípio de identificação é essencialmente importante nos pequenos grupos de interação e está baseado na própria auto-representação da pessoa. As expectativas que adotam esse ponto de referência, baseado na unidade de uma pessoa individual, são dificilmente generalizáveis na dimensão social, pois o conhecimento de uma pessoa não permite nem se fixar expectativas sobre outra pessoa, nem que aqueles que não a conheçam criem expectativas sobre sua conduta ou expectativas⁶.

A segunda possibilidade, um pouco mais abstrata, de integrar expectativas reside na formação de papéis. As expectativas assim fixadas podem prescindir do caráter concreto da pessoa que desempenha um determinado papel.

Por papel entende Luhmann uma face de expectativas cuja extensão se delimita pelo fato de que, ainda sendo atuadas por uma pessoa, não estão coligadas estavelmente a determinados homens, senão que podem ser assumidas por diversos sujeitos intercambiáveis e ocupam sempre só uma parcela do atuar de uma pessoa concreta⁷.

Segundo Luhmann, a garantia dos papéis reside em sua institucionalização. As expectativas baseadas em um papel podem supor-se que concordam com as expectativas de terceiros que se orientam, como as minhas, ao papel e não à pessoa concreta. De fato, a separação entre os princípios de identificação “pessoas” e “papel” é produto da evolução social e só na sociedade moderna aparecem de forma suficientemente diferenciada.

As expectativas podem também estar baseadas não na unidade do ator (pessoa) dentro de um papel, mas sim em regras decisórias verbalmente fixadas, cuja aplicação está garantida pela institucionalização. Essas regras são denominadas programas porque

⁶ Cita como exemplo aquele que durante certo tempo firmou-se como operário que produz acima das normas, ou como um convidado divertido, como desportista excepcional, etc e por isso de tal forma que o ressalte pessoalmente, tornando-o incomparável, sem comprometer os outros a essa mesma norma.

⁷ Cita como exemplo os moradores de uma montanha, por se conhecerem pessoalmente, esperam ajuda recíproca no caso de uma avalanche; espera-se de um bombeiro que ele salve vidas num caso de incêndio ou outra catástrofe.

as condições de sua aplicabilidade permitem esperar certas ações e os efeitos dessas ações. O fato de que regra esteja aprovada institucionalmente supõe a aprovação da conduta conforme à regra.

Podem diferenciar-se dois tipos básicos de programas: de fins e os condicionais. Nos primeiros, fixam-se os efeitos que se esperam e não se assinala concretamente a atuação que conduz a eles, senão que se considera correta qualquer ação que con leve os efeitos fixados pela regra. Os segundos, característicos na linguagem jurídica, fixam certas causas como produtoras de determinados efeitos com um esquema que estabelece que se se dão determinadas condições há de se produzir um efeito também determinado.

Nos programas finais, podem estabelecer-se, secundariamente, subprogramas condicionais que fixem condições adicionais e nos programas condicionais a fixação das condições e dos efeitos pode incluir, também, programas de fins.

Já a generalização material que se produz, tomando como ponto de referência um valor, é a que se coloca a maior nível de abstração. Os valores apenas permitem especificar condutas ou expectativas e, ainda quando são facilmente institucionalizáveis, aportam pouca ajuda para a fixação de expectativas.

Os valores aparecem como pontos de vista para a preferência de ações, mas se tratam de ações indeterminadas.

2.6 A função do direito: a generalização congruente de expectativas de conduta

No intuito de resumir todo o exposto com relação às três dimensões de sentido, Luhmann diz que

o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas. Na *dimensão temporal* essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização. Frente à crescente complexidade social isso pressupõe uma diferenciação entre expectativas cognitivas (disposição à assimilação) e normativas, além da disponibilidade de mecanismos eficientes para o processamento de desapontamentos, frustrações. Na *dimensão social* essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja, apoiadas sobre o consenso esperado a partir de terceiros. Dada a crescente complexidade social isso exige cada vez mais suposições fictícias do consenso e também a institucionalização do ato de institucionalizar através de papéis especiais. Na *dimensão prática* essas estruturas de expectativas podem ser fixadas externamente através de um sentido idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas. Dada a crescente

complexidade social isso exige uma diferenciação de diversos planos de abstração. Para podermos dispor de um conceito mais amplo sobre as necessidades dessas três dimensões, falaremos a seguir da *generalização de expectativas comportamentais* [...] (LUHMANN, 1983, p. 109-110).

O conceito de generalização supõe a superação, em cada uma das dimensões, das descontinuidades existentes e a eliminação dos riscos ou perigos típicos de cada dimensão. Generalização é a “imunização simbólica das expectativas contra outras possibilidades; sua função apóia o necessário processo de redução ao possibilitar uma *indiferença inofensiva*” (LUHMANN, 1983, p. 110).

Os mecanismos de generalização em cada uma das dimensões são de natureza diversa. Na dimensão temporal a generalização se consegue fixando expectativas no tempo, assegurando-lhes duração apesar das frustrações. Para superar essas frustrações e permitir a manutenção das expectativas existem diversos mecanismos equivalentes, dependendo de quais são os expectadores e quais são suas expectativas.

Na dimensão social, o problema que se coloca é outro, já não se trata de proporcionar duração às expectativas, senão consenso. As expectativas estão generalizadas socialmente quando, apesar da existência de indivíduos que não as compartilham, se lhes supõem consenso. Os mecanismos generalizadores, nessa dimensão, têm a função específica de repartir um consenso que é, de fato, limitado.

Na dimensão material, generalizam-se os conteúdos, os temas nos quais se baseiam as expectativas. Para isso se obtêm pontos de referência suficientemente abstratos para garantir às expectativas uma certa identidade apesar de sua diversidade material.

A própria existência das três dimensões limita, em certo grau, as possibilidades de compatibilização das expectativas. Não é qualquer conteúdo que pode se normatizar: quanto mais concreto é o conteúdo de uma expectativa, mais sujeita está esta a frustrações e mais difícil é sua institucionalização. Os mecanismos de generalização das três dimensões são muito heterogêneos e não atuam de forma coordenada por “natureza”. “Nesse caso, que corresponde à concepção do direito natural, não seria possível qualquer desenvolvimento do direito” (LUHMANN, 1983, p. 110). A heterogeneidade desses mecanismos faz com que nas diversas dimensões se generalizem expectativas incompatíveis e que estas se obstaculizem umas a outras.

Essa incongruência entre os mecanismos das distintas dimensões e, em consequência, a generalização de expectativas não compatíveis “formam um problema

estrutural de qualquer sociedade, e é face a esse problema que o direito constitui sua função social" (LUHMANN, 1983, p. 110) .

A incongruência dos mecanismos de generalização pode superar-se graças à existência em cada dimensão de várias soluções funcionalmente equivalentes. Existe, portanto, um número relativamente alto de possibilidades de combinação e isso permite uma seleção dos mecanismos compatíveis nas três dimensões.

Se se entende as expectativas comportamentais generalizadas congruentemente como o direito de um sistema social, 'o direito é concebido funcional e seletivamente – ou seja, não através da constância de uma dada qualidade original do 'dever ser', nem através de um determinado mecanismo fático, por exemplo, a 'sanção estatal' (LUHMANN, 1983, p. 115).

Esses elementos aparecem no direito, mas não definem sua essência. O direito não é um ordenamento coativo, senão uma forma de facilitar (alívio) e possibilitar expectativas mediante generalizações congruentes que diminuem o risco, sempre presente em expectativas que se fixam como resistentes aos fatos, de frustração ou imunizam simbolicamente o expectante contra os efeitos dessa.

A coação do direito reside na obrigatoriedade de selecionar expectativas, a qual pode motivar a imposição de determinados comportamentos.

Nesse sentido, a evolução do direito nada mais é do que a seleção de formas de generalização nas três dimensões cada vez mais adequadas e compatíveis entre si.

Ou seja, o direito não nasce em um momento histórico determinado, senão, segundo a definição luhmanniana, está presente em qualquer sociedade, pois do ponto de vista da generalização congruente, em toda sociedade há direito. Assim, a variável evolutiva do mesmo não reside em uma mudança de função, ou quando mesmo em sua função básica, senão nos mecanismos historicamente selecionados para levar a cabo essa função.

3. A EVOLUÇÃO DO DIREITO

No primeiro capítulo da Sociologia do Direito, Luhmann trata do tema jurídico demonstrando a relação existente entre a formação do direito e a complexidade e contingência do mundo. Conceitua o direito a partir da função que desempenha na sociedade: redução da complexidade ante o problema da dupla contingência social. Assim, o direito seria estrutura da sociedade que tem por função a generalização

congruente de expectativas de conduta, a partir de uma perspectiva prevalentemente estática ou atemporal.

Essa definição do direito mediante sua função e não por meio das formas ou estruturas das que se vale para desempenhá-la, assim como a consideração da função como necessária para a existência da própria sociedade leva Luhmann a concluir que existe direito em toda sociedade⁸.

No terceiro capítulo da *Sociologia do Direito*, Luhmann analisa alguns dos traços distintivos das estruturas jurídicas que se foram desenvolvendo nas sociedades de acordo com o grau de complexidade dessas.

Os tipos de sociedade dos quais Luhmann fala classificam-se de acordo com o princípio utilizado para a diferenciação interna dos subsistemas. Dado que os princípios de diferenciação são três, este é o número de tipos de sociedades: as arcaicas, diferenciadas segmentariamente; as das altas culturas pré-modernas, diferenciadas hierarquicamente; e a moderna, diferenciada funcionalmente. Para classificar o estágio evolutivo de suas correspondentes estruturas jurídicas, identificadas sempre mediante a ampla determinação de sua função, Luhmann utiliza como critério a existência ou não nessas sociedades de procedimentos de decisão jurídica e se estes se limitam à aplicação do direito ou incluem também sua criação. Temos também, nesse caso, três possibilidades que se correspondem aos modelos de sociedade: o direito das sociedades arcaicas que carece de procedimentos jurídicos institucionalizados; o direito das sociedades pré-modernas que desenvolveram procedimentos de aplicação do direito; e o direito positivo da sociedade moderna. Ao se ocupar de comparar normas ou instituições, em cada tipo de sociedade, utiliza-se como constante, a função jurídica de generalização de expectativas normativas e como variáveis as formas estruturais das quais se reveste. A única fixação estrutural que se realiza, com a finalidade de separar e agrupar as diversas épocas, é a existência ou não dos procedimentos decisórios assinalados e do caráter normativo das expectativas.

Como a análise de Luhmann a respeito é muito detalhada e nele se maneja abundante bibliografia, não é possível realizar nessa sede uma exposição ampla dos diversos exemplos que sai colocando de relevo nas páginas dedicadas a esta questão e com os que intenta destacar as notáveis diferenças existentes entre as soluções estruturais

⁸ A afirmação de Luhmann tem de ser entendida a partir de sua concepção funcional do direito. Se a generalização congruente de expectativas é uma função necessária em toda sociedade para superar o problema da “dupla contingência”, não pode haver uma sociedade na qual não se resolva de alguma forma esse problema.

selecionadas e estabilizadas e cada sociedade. Portanto, selecionamos alguns casos especialmente significativos para compreender o enfoque do autor.

3.1. O Direito das Sociedades Arcaicas

As sociedades arcaicas se caracterizariam pela utilização do parentesco como princípio primário de formação da sociedade. Nelas, existiriam diversas formas de se resolver controvérsias, mas em nenhum caso se institucionalizariam competências para a tomada de decisões vinculantes fora do âmbito parental que marca os próprios limites da sociedade. A extremada obviedade e ausência de alternativas dessas sociedades impedem selecionar critérios de validade próprios e específicos do direito, como por exemplo as condições sob as quais os costumes ou as ordens possam ser reconhecidas como direito⁹.

Expectativas normativas e cognitivas podem ser diferenciadas com certa claridade graças, em geral, à disponibilidade ao recurso da força física na forma de vinganças de sangue ou similares. O direito se forma diretamente, sob uma frustração, com a própria reação do frustrado disposto a vingar-se utilizando a força física (LUHMANN, 1983, 186). A principal função é sempre a manutenção da expectativa e não a realização de condutas. Materialmente, as expectativas dessas sociedades são concretas e desprovidas de exceções ou variações. Essa falta de alternativas, que é própria não só das expectativas normativas senão da ordem social em seu conjunto, faz que esta se veja como a única possível, querida por Deus e, portanto, santificada (LUHMANN, 1983, p. 188).

Essa sacralização do direito não faz senão reforçar sua imutabilidade e sua condição de necessário. As normas vinculam os homens e os deuses e, dessa forma, protegem a sociedade do medo ante ao imprevisto, mascarando a contingência que a própria sociedade não pode assumir por carecer da complexidade requerida e apresentando sua ordem como a única possível. Essas características de falta de complexidade e de ausência de alternativas constituem o principal problema evolutivo dessas sociedades ao impedir, em grande medida, a criação de variedade e com isso as possibilidades de mudança e de aumento de complexidade. Dentre as condições estruturais que se pode ter como ponto de partida para possibilitar o posterior desenvolvimento dessas sociedades primitivas, Luhmann destaca a criação de diversos

⁹ A inexistência de critérios de validade se explica pela falta de problematização do direito nessas sociedades e por sua não diferenciação frente a expectativas normativas não jurídicas.

tipos de procedimentos, no começo sem a função direta da tomada de decisões vinculantes; a formalização e ritualização de alguns direitos¹⁰ e, especificamente, o desenvolvimento econômico com a criação de economias monetárias. Tudo isso possibilita a aparição de disputas legais entre indivíduos pertencentes a diversos grupos e que, por isso, não podem se resolver já dentro do grupo de parentesco e sem necessidade de decisões vinculantes. O aumento do número e a tipologia dos conflitos exigem a criação de procedimentos decisórios e a distinção material entre o direito civil e o direito penal¹¹, algo impensável em sociedades patriarcais que resolvam seus conflitos mediante a auto-vingança. A disparidade de conflitos faz aumentar também o grau de abstração das expectativas o que, com o auxílio da bíblia, permite um considerável aumento da complexidade do direito.

3.2. O Direito das Sociedades das Culturas Pré-modernas

As mudanças globais no seio da sociedade e, em particular as que se produzem no sistema econômico são, para Luhmann, determinantes para o aumento da complexidade material do direito, mas igualmente relevantes são, em sua opinião, as mudanças políticas, pois delas depende a institucionalização dos procedimentos.

A primeira característica das sociedades que Luhmann denomina “altas culturas” ou pré-modernas é sua insuficiente diferenciação funcional interna. De fato, existem diversos âmbitos funcionais, como o religioso, o econômico e o político, etc. cujos papéis se justificam mediante a função que desempenham. No entanto, seu âmbito de atuação, afeta só tangencialmente ou só em casos excepcionais à vida diária. Nessas sociedades, pouco a pouco, e de forma mais ou menos independente das funções e das instituições religiosas, os centros políticos vão adquirindo o primado social e se vai desenvolvendo uma forma de domínio hierárquica ou piramidal.

¹⁰ Luhmann estabelece uma clara distinção entre o conceito de procedimento e de “rito”, ainda aceitando a existência de comportamentos rituais em todo procedimento. Um ritual se caracterizaria, na opinião de Luhmann, pela fixação de ações que se sucedem concatenadamente sem que tenha nelas possibilidade alguma de escolha. Graças a isso, conseguir-se-ia impedir a expressão e o reforço dos sentimentos de medo e insegurança e se reprimiriam outros, como a agressividade. Ao contrário, os procedimentos se caracterizariam pela incerteza de seu final e de suas consequências e pela abertura das alternativas de conduta e de sua estrutura motivacional, incerteza e abertura que são eliminadas no próprio procedimento. A respeito, ver: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*.

¹¹ Luhmann assinala como, em diversas culturas jurídicas, como a China, a aparição de procedimentos levou a que estes se especializassem quase exclusivamente na aplicação do direito penal, enquanto nas culturas mediterrâneas e sobretudo em Roma, a evolução foi mais lenta e chegou a criar-se um “direito privado político” (o “direito civil”), em que participam os cidadãos enquanto cidadãos (LUHMANN, 1983. p. 165).

Essa nova estruturação piramidal da sociedade consegue apresentar-se e institucionalizar-se por sua vez como uma ordem natural e, por isso, carente de alternativas. Institucionalizam-se estruturas que fundamentam diferenças de hierarquia e se protegem mediante mecanismos secundários de tipo simbólico como, por exemplo, as diversas formas de comunicação entre iguais, por um lado, e entre membros de diversas classes, por outro; os trabalhos se dividem tendo em conta essa diferença de hierarquia e as atividades dos poderosos não só diferem, como suas normas e seus âmbitos de liberdade, das dos inferiores, senão que são ademais consideradas como as mais importantes; assimetritzam-se a comunicação e entre inferiores e superiores se estabelece em termos de ordem e obediência; e se mantém um alto grau de congruência dentro de cada status.

Nesse marco social relativamente complexo aparece um novo tipo de direito caracterizado fundamentalmente, como já se assinalara, pela existência de procedimentos, e seus correspondentes papéis, com a função de decidir e com o poder suficiente para impor ou executar suas decisões. O conjunto de expectativas normativas que fazem parte do direito podem reconhecer-se como resultado de pleitos ante aos tribunais e a absorção de frustrações se conduz também à vida judicial (LUHMANN, 1983, p. 171). O desenvolvimento do direito passa, assim, a depender do desenvolvimento de sistemas processuais complexos: da institucionalização de procedimentos judiciais.

Em primeiro lugar, para que se possa diferenciar um procedimento como um sistema de interação autônomo é necessário um alto grau de diferenciação da política e em concreto do poder ou domínio político. O juiz há de ser mais poderoso que as partes litigantes e ademais há de aparecer como neutro ou como capaz de adotar decisões independentes, pois a incerteza sobre o resultado do processo é parte essencial de sua estrutura.

A personalidade do juiz há de ser excluída como fator decisinal assim como também os papéis extraprocessuais desempenhados pelas partes e isso se simboliza mediante o princípio de “imparcialidade do juiz”. Essa objetividade é um resultado do processo evolutivo e, em um primeiro momento, não teve a importância de que hoje se reveste. Por trás de um direito arcaico baseado na vingança privada, a subjetividade do juiz era facilmente aceitável, sem ser visto como algo independente do procedimento. Somente quando o procedimento é também uma forma de representação do direito resulta possível a exigência de objetividade por parte do juiz.

Aparecem conceitos jurídicos (aumenta-se o grau de abstração do direito em forma de programas de decisão que determinam as condições sob as quais uma decisão é ou não correta) com funções instrumentais, e inclusive o rol de “juristas”, e se criam culturas jurídicas que permitem um maior domínio do material normativo, mas cuja validade se separa da própria validade das normas. A elaboração conceitual do direito pelos juristas permite também a separação das questões de fato e as questões de direito e falar em propriedade de “aplicação do direito” (LUHMANN, 1983, p. 181).

Aliado a isso, tem-se a idéia da invariabilidade dos fundamentos do direito: as normas jurídicas mais importantes, ainda quando hajam sido criadas mediante legislação, não estão institucionalizadas como passíveis de mudança mediante decisão. No procedimento, decide-se a que pretensão dar-se-lhe-á razão, mas não se decide sobre a norma. Ao poder político não se pode conceder a função de criação do direito, ao arbítrio total, senão que se apresenta como vinculado ele mesmo ao direito, como protetor e garante do direito e não como responsável por seu estabelecimento ou por sua mudança contínua.

Uma grande parte do direito se considera invariável e excluída, portanto, da livre decisão do legislador. A validade do direito e alguns de seus traços essenciais se consideram verdadeiros e, dessa forma, as expectativas normativas passam a ser tratadas com estilo cognitivo. Ainda que não exista uma total separação entre ambos os âmbitos, o verdadeiro aparece como verdadeiro por natureza e por isso como imutável.

A distinção entre normas variáveis e normas invariáveis é possível graças a uma distinção entre direito natural e direito que se eleva na base de uma decisão ou direito positivo. Essa distinção, inexistente nas sociedades arcaicas, permite aumentar o grau de variação do direito precisamente através do estabelecimento de limites para a mudança: é possível modificar o direito porque há um direito que não pode ser modificado. Com isso, admite-se a mudança sem ter que assumir a total responsabilidade dessa mudança e sem abandonar a idéia de segurança ínsita na inamovibilidade do direito.

A possibilidade da mudança das normas, ou de algumas normas, obriga a buscar critérios de seleção. Se a norma é produto de uma seleção, como ou por quê se selecionou? Essa é a função que, segundo Luhmann, cumpre a idéia ou o princípio de justiça¹². Esse simboliza a unidade do direito e, portanto, a congruência da generalização

¹² Luhmann utiliza um conceito de justiça que pouco, ou nada, tem a ver com as definições ao uso desse termo. A Justiça em Luhmann é um predicado intrsistêmico que se refere à congruência interna do sistema ou à sua adequada complexidade. Não é, portanto, um critério aplicável às decisões, ou normas concretas, que para Luhmann são corretas ou incorretas e não justas ou injustas; nem tampouco é um parâmetro que

das expectativas normativas. Mas, com isso, estão assentadas as bases que permitiriam avançar um passo a mais nesse desenvolvimento do direito e que conduziram a um sistema jurídico como o atual que se caracteriza, conforme se verá a seguir, por sua total positivação e diferenciação funcional.

3.3 O direito da sociedade moderna: a positividade do Direito

Se se retoma a distinção central, introduzida em itens anteriores, entre expectativas normativas e expectativas cognitivas, veremos que Luhmann centra essa distinção estrutural na existência de duas diversas estratégias das quais pode dispor um sistema para combinar os interesses contrapostos de “constância de expectativas” e “adaptação à realidade”. Trata-se de analisar a possibilidade de fixar expectativas normativas e, por isso, não dispostas a aprender a partir da realidade ou adaptar-se a ela, de forma que aprendam com a realidade e se adaptem a ela, ou seja, a possibilidade de que dispõem as sociedades modernas de institucionalizar o direito de forma que combine a invariabilidade com a variabilidade, a segurança das expectativas e sua mudança. A expressão “positividade do direito” se refere a essa mudança na dimensão de generalização congruente de expectativas normativas, reintroduzindo o problema da contingência na própria estrutura das normas.

As mudanças que supõem a positivação do direito não teriam sido possíveis se no transcurso da evolução do direito não se tivessem tido certos avanços pré-adaptativos. Mas tão ou mais importantes foram para a evolução do direito as mudanças produzidas em outros sistemas que levaram a um aumento da complexidade social e submeteram o direito a novas exigências que se não podiam cumprir com as estruturas próprias do direito pré-moderno. O rol de Luhmann põe em relevo os principais pressupostos internos e externos do direito positivo¹³, dentre os quais se destacam, junto aos que foram mencionados anteriormente, os seguintes:

- a) A aceitação de um direito parcialmente mutável devido à fixação de um sistema hierárquico de fontes que proporciona certa cobertura, em forma de fundamento

possa aplicar-se ao sistema jurídico que cumpra determinados requisitos de justiça material ou realize determinados valores morais. Um sistema jurídico seria, em consequência, justo se cumpre sua função social, se suas expectativas estão generalizadas congruentemente nas três dimensões de sentido.

¹³ Esse item do trabalho se centra na exposição que Luhmann realiza na Sociologia do Direito, portanto, sem ainda se referir a teoria autopoietica. No entanto, o direito das sociedades modernas, ou direito positivo está diferenciado como um subsistema social com um código próprio e é, portanto, um sistema autopoietico. De qualquer forma, a referência explícita ao paradigma autopoietico se dará no item 3.4. do presente artigo.

de validez, às mudanças produzidas que se mantenham no âmbito do compatível com as normas superiores. Essa seria uma espécie de função latente desempenhada pelo Direito Natural, pois foi precisamente a sua fixação como imutável o que permitiu certas mudanças no direito vigente. A própria existência de dois tipos de direito abre o caminho à contingência de um deles e, ainda quando esse se mantenha durante muito tempo sob a proteção do Direito Natural, esse é já um passo frente à positivação não só de seu estabelecimento, senão também de sua validez.

b) A diferenciação interna do sistema político é outra das condições evolutivas do direito. O êxito da positivação do direito reside, no que diz respeito ao sistema político, “no princípio da não vinculação” (LUHMANN, 1983, p. 199). Para isso é necessário que se separem fortemente a “pessoa” e o “papel” do legislador, de forma que a mudança do direito se atribua ao “cargo” e não à “pessoa”, o que se consegue outorgando personalidade jurídica ao Estado¹⁴; por outro lado, há que distinguir a desobediência do direito dos desejos de mudança, de forma que esses não se contemplem como um ato de insurreição contra o direito vigente, e isso exige canalizar essas mudanças à esfera política e valorá-los segundo a capacidade do sistema político suportar ou não essas mudanças. Em resumo, Luhmann apresenta como condições políticas das mudanças no sistema jurídico: “a formação de procedimentos” (LUHMANN, 1983, p. 201).

c) Essas mudanças no sistema político teriam sido insuficientes para sustentar por si só todo o peso da positividade. Assim, Luhmann atribui, como condição de mudança, a aparição de novos problemas que não podem ser já resolvidos com ajuda do direito até então cultivado pela dogmática jurídica. Esse novo âmbito decisional está representado, principalmente, pela aparição de novos institutos jurídicos e de fenômenos sociais necessitados de regulação, como os problemas de integração entre a família e a econômica ou a economia e a política e principalmente, pelas mudanças que representam o nascimento dos novos âmbitos do direito público.

Para Luhmann, um direito se caracteriza como positivo quando foi estabelecido e se rege por força de uma decisão (LUHMANN, 1985, p. 10). Isso não significa que o direito nasça da produção do legislador ou que o legislador ou o juiz prescindam dos valores ou normas sociais não justificados. Para ele, o elemento que define o direito positivo não é essa decisão legislativa, não é a mera existência de um direito “posto”,

¹⁴ A atribuição de personalidade jurídica ao Estado permite a atribuição a esse da responsabilidade pelo estabelecimento do direito positivo, assim como por sua mudança e por sua manutenção.

senão o atribuir a validez do direito, sua força vinculante¹⁵, através da decisão. Isso permite, ademais conceber o direito como uma seleção entre outras possibilidades, ou seja, as possibilidades excluídas não desaparecem e se mantêm como possibilidades de mudança e a normação se converte em um mecanismo reflexivo.

A positividade permite conjugar expectativas normativas e cognitivas, a não aprendizagem com a aprendizagem, separando temporalmente ambas estratégias. A positivação do direito é a resposta do sistema jurídico a um problema produzido pela estabilização de um novo tipo de diferenciação social: a diferenciação funcional dos diversos subsistemas que faz aumentar a complexidade da sociedade e, com isso, aumenta também a necessidade de selecionar dentre as possibilidades abertas pelos subsistemas que podem resultar excessivas e incompatíveis entre si e, por isso, há de reforçar-se esse particular mecanismo seletivo em que consiste o direito.

É nesse sentido que Luhmann afirma que “a diferenciação funcional do sistema social e a positividade do direito convergem nesse traço básico de complexidade e contingência superdimensionadas - uma sobrecarga que a sociedade se auto-impõe e que desencadeia processos seletivos internos ao sistema”(LUHMANN, 1983, p. 237).

3.4 O Direito como um sistema auto-referencial e autopoietico

A incorporação do paradigma da autopoiese¹⁶ em sua teoria, faz com que Luhmann passe a descrever o direito positivo moderno como um sistema parcial, assim como outros sistemas parciais (política, economia, ciência, sistema educacional, etc) que compõem uma sociedade.

A partir dessa mudança paradigmática, Luhmann se valerá de novos (mas não contraditórios) conceitos analíticos que irão refinar seu instrumental analítico e teórico. Para se chegar a essa constatação, basta verificar alguns pontos em comum entre as idéias desenvolvidas desenvolvidas na *Sociologia do Direito* e as realizadas mais de vinte anos mais tarde em *O Direito da Sociedade*.

O direito, caracterizado enquanto sistema autopoietico que compõe uma sociedade funcionalmente diferenciada é um sistema auto-referencial, no sentido de que

¹⁵ O conceito de validez em Luhmann é sinônimo de “força vinculante” e em nenhum caso se entende como fundamentação externa do direito. Deve se ter em conta que se trata de “validez por força de uma decisão” e que essa se baseia na contingência da decisão e portanto em uma validez temporal.

¹⁶ Conceito foi desenvolvido inicialmente pelos neurobiólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, que por sua vez buscaram a base do conceito de homeostase - capacidade dos organismos de manterem sua harmonia independentemente das condições externas.

produz e reproduz não apenas suas estruturas, mas seus próprios elementos constituintes a partir de seus próprios elementos e mediante operações recursivamente fechadas. Essa "clausura operacional" faz com que os sistemas só possam operar dentro de seus próprios limites e nunca fora deles, não podendo importar de seu entorno as estruturas e os elementos que os compõem. De se ressaltar que que clausura operacional não implica isolamento ou indiferença em relação ao seu entorno¹⁷. O sistema é uma forma composta por dois lados: o sistema e o entorno, de modo que este não é excluído, mas pressuposto pelo sistema. E o sistema justamente se delimita como tal por diferenciar-se do entorno mediante a realização de operações recursivamente fechadas, a partir das quais é capaz de produzir seus componentes extraídos da sua própria rede interna de componentes.

A aplicação desse esquema geral na descrição dos sistemas sociais e, mais especificamente, do sistema jurídico, permitirá descrevê-lo como um sistema que, não podendo importar seus componentes (elementos e estruturas) do exterior (entorno intra-social – sociedade e demais subsistemas funcionais; entorno extra-social – o homem enquanto síntese de sistema psíquico e sistema vivo), terá de produzi-los por si mesmo, mediante operações recursivamente fechadas.

Assim, como já se disse acima, a sociedade é o entorno/ambiente intra-social do direito. Mas há também o entorno extra-social que abrange tanto o homem (síntese se sistema psíquico e sistema vivo) e o mundo com seus fenômenos físicos e biológicos. Assim conforme ressalta Luhmann,

el sistema jurídico, para insistir en este punto decisivo, es un subsistema del sistema de la sociedad. La sociedad no es, por lo tanto, sólo el entorno del sistema jurídico. Ella es en parte más – en la medida en que incluye las operaciones del sistema jurídico; y en parte menos, - en la medida en que el sistema del derecho tiene que ver también con el entorno de la sociedad: realidades físicas y mentales de los seres humanos; fenómenos físicos, químicos y biológicos que el sistema jurídico declare relevantes (s.d., p. 37).

Neste ponto Luhmann tem a oportunidade de esclarecer que em sua teoria o homem não é uma realidade indiferente para o direito, mas é parte da forma que tem por lado interno o direito. Portanto, pode-se utilizar essa argumentação como resposta às críticas que enfatizam o caráter desumanizador de um direito autopoietico, já que este

¹⁷ Em o "Direito da Sociedade" Luhmann aponta que é um equívoco imaginar o fato de a sociedade se tornar entorno do direito acarreta o isolamento ou a ruptura deste em relação àquela (s.d., p. 18 e 66). Em "Closure & Structural Coupling" Luhmann enfatiza "to repeat again and again this trivial point, closure does not mean empirical isolation. Closure is a highly selective, improbable, artificial achievement - not in this sense of intentional design, but as outcome of evolution" (1992, p. 1431)

estaria estruturalmente acoplado aos sistemas psíquicos mediante o mecanismo da linguagem¹⁸.

A base da teoria de Luhmanna está na diferença sistema/entorno. O primeiro não exclui o segundo, mas , ao contrário, pressupõe sua existencia como o outro lado da forma que ele mesmo compõe. Autopoiese significativa sistema que se produz e reproduz por si mesmo, a partir de seus elementos num regime de clausura operacional. Como ressalta Luhmann,

la diferenciación de um sistema jurídico operativamente clausurado se lleva a efecto por medio de la referencia recursiva de operaciones jurídicas com operaciones jurídicas. El sistema opera, como todo sistema autopoietico, em contíguo contacto consigo mismo (s.d., p. 39).

As operações por meio das quais o sistema jurídico produz e reproduz seus elementos não podem ser outra coisa senão comunicação, só que de tipo especial: a comunicação jurídica. Esta se diferencia dos demais tipos de comunicação social por se oritar com base em um código binário que, no caso do direito se revela pela fórmula "direito/não-direito". Desse modo, a definição do código do direito é essencial ao processamento de expectativas normativas mediante sua estabilização contrafática em caso de frustração. Verifica-se, assim, que o código e a função do direito estão interligados e são fundamentais à sua clausura operacional e diferenciação sistêmico-social.

A codificação binária da comunicação jurídica será compreendida por Luhmann como a forma estrutural que garante a própria autopoiese do sistema, pois, ao instituir um valor positivo (direito) e um valor negativo (não-direito), o código permite ao sistema jurídico classificar as condutas como estando de acordo ou em desacordo com o direito, reduzindo situações altamente complexas que se encontram em seu entorno (LUHMANN, s.d. p. 145).

Entretanto, se, por um lado, o código, a partir do esquema binário direito/não-direito (que exclui terceiros valores), permite a diferenciação funcional do sistema jurídico, por outro, ele será caracterizado por uma rigidez que impede a adaptação do sistema ao entorno. Por isso ele se valerá dos "programas" (leis, regramentos e demais

¹⁸ Luhmann ressalta que "no nos obstinamos en la absurdidad de afirmar que haya derecho sin sociedad, sin hombres, sin las condiciones físico-químicas de nuestro planeta. Únicamente afirmamos que el sistema produce las relaciones con dicho entorno a partir de sus propios esfuerzos, a partir de la efectuación de sus propias operaciones" (LUHMANN, s.d., p. 54).

premissas de decisão do direito). São eles, que estabelecem as regras de adjudicação dos valores que compõem o código (LUHMANN, 1993, p. 150). Eles fixam as condições concretas de correção na atribuição de tais valores (LUHMANN, s.d., p. 146-147) permitindo, por exemplo, que num dado litígio se indique quem ostenta expectativas conforme o direito e quem não as ostenta. É por isso que Luhmann dirá que código e programas são momentos da autopoiése do sistema e não entidades existentes por si só (LUHMANN, s.d., p. 147). Ao complementar a codificação mediante o preenchimento de seu conteúdo (LUHMANN, s.d., p. 60), o programa, terá uma função essencial no que se refere à possibilidade de abertura cognitiva do sistema, pois é ele que determina quais aspectos do sistema teriam que processar cognições e em que ocasiões isso aconteceria.

O direito é, nesse contexto, um subsistema dotado de clausura normativa e abertura cognitiva. Luhmann dirá que o programa condicional é justamente a forma típica de combinar clausura normativa e abertura cognitiva, pois

*este programa condicional exige que las reglas normativas de la decisión (que se justifican solo al interior del derecho) se formulen de tal manera que sea posible una deducción a partir de los hechos – los que determinan cognitivamente: si está presente la realidad **a**, entonces la decisión **x** es conforme el derecho, si no, no (s.d., p. 60).*

Assim, diferenciado da sociedade a partir de seu código binário, cujos valores são direito/não-direito, e valendo-se de programas condicionais do tipo “se/então” (LUHMANN, s.d. 151-160), o sistema jurídico está apto a desempenhar sua função de estabilização contrafática de expectativas normativas, função essa que ele exerce de forma exclusiva a partir da aplicação programática dos valores de seu código e que o caracteriza enquanto subsistema funcional da sociedade moderna.

Verifica-se que Luhmann coloca em dúvida a função integradora do direito (s.d. p. 93) para ter sua função reduzida à pura e simples estabilização contrafática de expectativas (s.d. p. 103-104). Nem por isso ele deixa de ter uma clara pretensão regulatória, já que somente consegue obter a estabilização de expectativas normativas por meio da regulação da generalização congruente das mesmas nas dimensões temporal, social e material de sentido. Luhmann ressalta, entretanto, que a função do direito, entendida como estabilização de expectativas normativas, ultrapassa a simples regulação de conflitos (s.d., p. 103-104). Luhmann admite que, embora não seja capaz de assegurar que todas as expectativas normativas por ele protegida sejam satisfeitas,

el derecho debe tener altas posibilidades de que se imponga, ya que de outro modo más bien uno se doblegaría ante los hechos. Las cosas no pueden suceder de tal manera que a la persona cuyas expectativas de derecho se frustraran, se le confortara con solo decirle: sin embargo usted se mantuvo en la expectativa correcta. Debe suceder algo a favor de una imposición real o compensatoria de su derecho (s.d. 103-104).

Assim. o direito terá que, de alguma forma, impor-se e, nesse sentido, regular os conflitos de expectativa, indicando quais expectativas têm um respaldo social e quais não, senão, “ao invés da generalização de normas, produzir-se-ia então uma generalização da frustração”(s.d. 103-104).

3.4.1 Acoplamentos estruturais

Conforme já exposto, é numa sociedade acêntrica e caracterizada pela sua diferenciação funcional, que o direito deve desenvolver sua função de generalização congruente de expectativas normativas. Para tanto, o sistema jurídico se utiliza de seu código binário (direito/não direito)¹⁹ e de programas condicionais que permitem adjudicar concretamente os dois valores do código. Entretanto, para desenvolver sua função específica, o direito deve supor a existência de seu entorno intra-social e também extra-social, sendo capaz de relacionar-se com este, conciliando auto-referência e referência externa, pois, do contrário, os pressupostos da teoria da autopoiese caem por terra.

Desta forma, tem-se à frente a questão de se entender como o direito realiza “intervenções” no seu entorno e sobretudo nos demais subsistemas auto-referenciais e autopoieticos, tais como a política, a economia, a ciência. Luhmann observa que o direito, ao conjugar função e prestação, deve funcionar como uma espécie de sistema imunizador da sociedade (s.d., p. 121), muito embora não possa ter ascendência sobre os demais. Então como se faz a conciliação entre a regulação jurídica com clausura auto-referencial dos demais sistemas autopoieticos? Com outras palavras, se para Luhmann, o direito não faz sentido como elemento socialmente integrador da sociedade, como pode pretender regulá-la, pois, em função da autonomia que decorre do perfil auto-referencial dos sistemas autopoieticos, fica excluída a possibilidade de regulação direta de um

¹⁹ Segundo Luhmann “ the code is simply a rule of attribution and connection. If the question arises whether something is legal or illegal, the communication belongs to the legal system, and if not then not”. (1992, p. 1428).

sistema sobre outro? Isso não implicaria sobrepor referência externa à auto-referência? Ou seja, da mesma forma que os sistemas político ou econômico não podem controlar o sistema jurídico, também este não pode controlar os demais sistemas. A autopoiese sistêmica é incompatível com a sobreposição do código de um determinado sistema sobre outro.

Na Teoria Geral dos Sistemas abertos essa questão era tratada em termos de *input/output*, de modo que havia uma cadeia causal a partir da qual o sistema se relacionava com seu entorno. Um tal esquema não é compatível com a teoria dos sistemas autopoieticos, pois esta renuncia a qualquer idéia de uma causalidade subjacente e sub-determinate do sistema pelo entorno, ou seja, não admite que se conceba uma interferência direta do entorno dentro do sistema, pois ele é essencialmente auto-referencial.

Luhmann procura fornecer uma solução para essa problemática sem comprometer os pressupostos teóricos fundamentais da teoria.

Para analisar as relações entre sistema e entorno, Luhmann se vale do conceito de **acoplamento estrutural**, mediante o qual será possível verificar como o direito, entendido como subsistema autopoietico e auto-referencial, é capaz de intervir noutros subsistemas funcionais. Afirma que:

The structural coupling of system and environment does not contribute operations (or any other components) for reproduction of the systems. It is simply the specific form in which the system presupposes specific states or changes in its environment and relies on them (1992, p. 1432).

O acoplamento estrutural não permite determinação do sistema pelo entorno, mas simples irritação ou perturbação de um pelo outro. Ele permite que os sistema e entorno se pressuponham, sem se determinar reciprocamente. Nesse sentido, o acoplamento estrutural simplesmente produz irritações que são construções internas dos sistemas autopoieticos. A partir de tais irritações os sistemas são capazes de se abrir cognitivamente ao seu entorno, sem que com isso seja afetada sua clausura operacional. O acoplamento estrutural permite que o sistema reaja às irritações, aceitando-as ou as rechaçando, de modo que torna possível que o sistema se equilibre e se estabiliza de forma adaptativa perante seu entorno. É, portanto, um mecanismo que permite conciliar auto-referência e inter-relação sistêmica.

Na sociedade moderna, a autonomia funcional dos diversos sistemas acarreta a necessidade de novas formas de acoplamento estrutural para garantir a inter-relação entre os sistemas.

Ao analisar as relações do sistema jurídico com os sistemas econômico e político, Luhmann ressalta que o sistema econômico utiliza-se do código da propriedade (ter/ não ter). Já as consequências jurídicas de uma transação econômica, são totalmente distintas, pois serão produzidas por uma rede operacional recursiva que própria do sistema jurídico.²⁰ Por isso há a necessidade do acoplamento estrutural entre eles, o que se dará por meio do contrato.

Nesse sentido, o acoplamento estrutural entre direito e economia, ao permitir a irritação recíproca desses dois sistemas, possibilita que o direito não fique simplesmente encapsulado em si mesmo sem poder influenciar seu entorno.

Luhmann entende que no que tange à relação entre subsistema jurídico e político, ocorre algo similar que, na sociedade funcionalmente diferenciada, aparece sob a forma das modernas constituições. Para ele,

The constitution serves the dual function of including and excluding reciprocal perturbations of plitical and legal operations. Its tws sided form of including and excluding influence maintains the separation of the systems and allows for separate autopoietic reproduction without any confusing overlap. I also characterizes the ways in wich the legal system (and on the other side, the political system) avoids isolation (which means entropy) and constructs on its internal screen what can serve within the system as information.(1992, p. 1437).

Desse modo, as constituições modernas seriam formas de acoplamento estrutural entre esses dois sistemas que, na modernidade desenvolvem funções distintas. A Constituição separa os sistemas ao mesmo tempo em que lhes acopla estruturalmente, ou seja, os distingue ao mesmo tempo em não os isola (LUHMANN, 1992, p. 1437).

Portanto, pode-se dizer que o conceito de acoplamento estrutural é que torna factível a descrição dos sistemas como fechados normativamente e abertos cognitivamente. É mediante o o recurso ao conceito de acoplamento estrutural que a teoria dos sistemas sociais autopoieticos tenta obter a solução para o paradoxo da auto-referência no que se refere à capacidade regulatória do direito.

²⁰ "Moderns concepts of property and contract do not integrate or even de-differentiate the legal and economic systems. As mechanisms of structural cooupling, they organize the reciprocal irritation of these systems and influence, in the long run, the natural drift of structural developments in both systems (LUHMANN, 1992, p. 1436).

4. CONCLUSÃO

Se “do ponto de vista de uma epistemologia geral, a obra de Niklas Luhmann inscreve-se no seio de uma história que se move no sentido do abandono da soberania do sujeito na ordem do pensamento” (RABAULT, In: LUHMANN, 2004, p.352) e a esse respeito é acusada de anti-humanista, no que se refere às implicações jurídicas que engendra, pode-se dizer que se trata de uma ousada tentativa de buscar novas respostas para antigas questões.

Portanto, se esse enfoque teórico merece críticas, não se pode negar que sua postura proporciona um rico debate sobre o direito e, de forma mais ampla, da sociedade. Ademais, as críticas mais freqüentes que recebe são, na sua maioria, de cunho ideológico e não científico, atribuindo-lhe a marca do conservadorismo. A elas Luhmann responde, argumentando que questões valorativas desse naipe estão, para ele, fora do âmbito do subsistema da ciência, que apenas entende o código de “verdade” e “não-verdade”. Aquele que valora e desconfia, não atua como um cientista, mas, antes, como um “crente”.

5. BIBLIOGRAFIA

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Tradução por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. I e II.

_____. *El derecho de la sociedad*. Tradução provisória para o espanhol por Javier Torres Nafarrate. Mimeografado, [s.d.].

RABAULT, Hugues. A Contribuição epistemológica do pensamento de Niklas Luhmann: um crepúsculo para o Aufklärung? In: *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.