

**O ENFOQUE SOCIOLÓGICO
DA TEORIA E PRÁTICA
DO DIREITO**

Niklas Luhmann
Prof. Emérito da Universidade de Bielefeld

Tradução de
Cristiano Paixão
Daniela Nicola e
Samantha Dobrowolski

- I -

Quando a sociologia empreendeu seu caminho histórico, encontrou a maioria dos campos de atividade humana ocupados por interpretações e teorias. Existiam inúmeras interpretações religiosas e dogmáticas bem elaboradas. Havia concepções morais e teorias éticas. Havia sido explicado o sentido da atuação econômica, em parte no contexto de racionalidade privada, em parte no meta-contexto de uma ordem econômica nacional e internacional cujo surgimento nos esmagava. Existiam teorias do Estado, propostas de ordenação político-constitucionais, uma pedagogia da “formação” e, “last but not least”, um grande número de conceitos de luta ideológica, surgidos em consequência da Revolução Francesa e da industrialização.

Neste mundo, não era fácil determinar o sentido de uma nova disciplina que se chamava sociologia. O relativismo histórico e político-ideológico pode apenas fazer surgir uma nova variante. Para a unidade da nova disciplina, teria sido mais conveniente definir seu objeto também como uma unidade, sem levar em conta todas as disciplinas que já tratavam do pensamento e atuação humanos. Desta forma surgiu, a “grosso modo”, um novo conceito de sociedade que não continuava a antiga tradição européia de uma “societas civilis”, tampouco o conceito de sociedade do século XIX, vinculado à economia. Isto teve de conduzir, conseqüentemente, a que todo o conhecimento, desde a escolástica até a teoria da relatividade, desde as interpretações da trindade até a genética de Mendel, e incluindo a própria sociologia como produto da sociedade, se colocassem nas mãos da sociologia¹. Inobstante, não existia nenhuma teoria e sobretudo, nenhuma metodologia empírica. Além disso, a sociologia, ao consumir uma pretensão desta índole, deveria ter reclamado uma espécie de soberania suprema no sistema das disciplinas científicas. Porém, este havia justamente substituído a ordem hierárquica que ainda predominava no século XVIII, se consolidando como uma justaposição estritamente horizontal; uma estrutura que a própria sociologia, enquanto imposta pela sociedade, deveria tornar aceita e explicada.

Não é de estranhar que, numa situação semelhante, as pretensões e as realizações tenham divergido profundamente. O fato de que esta situação teve um efeito estimulante e impulsionou grandes projetos, pode-se comprovar em autores que hoje figuram entre os clássicos da disciplina. Como tudo isto não possibilitou uma consolidação teórica, essa disciplina ainda hoje sofre as conseqüências que ela mesma originou. Empreendeu-se apenas um projeto de consolidação: a teoria do sistema geral da ação de Talcott Parsons. Esta teoria, contudo, exclui significativamente o problema ora tratado : segundo o qual os atores costumam já saber por que atuam, como atuam, podendo apoiar tal conhecimento em uma semântica elaborada que o oriente. A teoria de Parsons evita este problema -

¹ Acerca da crítica de semelhantes ambições, ver Friederich TENBRUCK, “Die unbewältigten Sozialwissenschaften”, Zeitschrift für Politik, 27, 1980, pp. 219-230; e “Emile Durkheim und Geburt der Gesellschaft aus dem Geist der Soziologie”, Zeitschrift für Soziologie, 10, 1980, pp. 333-350.

ao partir de uma análise dos componentes do **conceito** de ação - redescobrimo-o e reintegrando-o na teoria como “cultura”. Na realidade, trata-se de uma construção genial que, todavia, tem como preço sua redução a um aparato conceitual meramente analítico e, em última instância, o rebaixamento do problema a um dos componentes da ação.

Seja qual for a opinião sobre este intento: a sociologia tem que saber mais, de alguma maneira, que os próprios atores; seja por que relativize seu conhecimento como cultura, reduzindo-o a um fator, entre os outros determinadores da ação; seja por que se baseie em uma suspeita geral referente à motivação, não assumindo a convicção do ator com respeito ao sentido de sua atuação, mas sim racionalizando seu sentido, como efeito de socialização, de privações ou de necessidades de compensação². Também o estruturalismo, com sua “desconstrução” do indivíduo, elegeu este caminho³. A técnica empírica da análise de estruturas latentes é outra possibilidade⁴. Apesar de tudo, até agora não se conseguiu explicar a função **prática** das **supra-formas culturais**, surgidas em uma espécie de relação de **feedback** com os problemas de atribuição de sentido, e que encobrem - profissional ou literariamente - a ação. Existem - para que nos aproximemos de nosso tema - investigações a partir destes pontos, mas não há nenhuma **sociologia da teoria jurídica** satisfatória; e, sem ela, também não pode existir uma sociologia satisfatória do sistema jurídico que se espelhe nesta teoria.

- II -

Gostaria de mostrar que os novos desenvolvimentos relativos a uma teoria dos sistemas auto-referentes abrem novas perspectivas para esta problemática. Penso, sobretudo, na teoria dos sistemas “autopoieticos”⁵, que se reproduzem por meios próprios, ou nos “second order cybernetics”, que apontam para a união de auto-referência e observação⁶, ou também nas investigações que, por um lado, incluem os conhecidos paradoxos da auto-referência no cálculo lógico⁷, e, por outro, tratam-nos como fatos em sistemas empíricos⁸. Estas aventuras teóri-

² Acerca deste “principle of suspicion”, ver Philippe VAN PARIJS, *Evolutionary Explanation in the Social Science: An Emerging Paradigm*, Londres, 1981, p.129 e s., com a notável advertência de que, apesar de tudo, existe algo parecido a um “authoritative Self-Knowledge” do ator (p.130).

³ Acerca de sua relevância para a teoria jurídica (legal theory), ver Thomas C.HELLER, “Structuralism and Critique”, *Stanford Law Review*, 36, 1984, pp.127-198.

⁴ Acerca de uma variante sociológico-juridicamente significativa, ver agora Rolf ZIEGLER, “Norm, Sanktion, Rolle: Eine strukturelle Rekonstruktion soziologischer Begriffe”, *Kölner Zeitschrift für Sozialogie und Sozialpsychologie*, 36, 1984, no prelo.

⁵ Ver Humberto R. Maturana/Francisco J.VARELA, *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, Dordrecht, 1980; Francisco J.VARELA, *Principles of Biological Autonomy*, Nova York, 1979.

⁶ Ver Heinz von Foerster, *Observing Systems*, Seaside Cal.1981.

⁷ Acerca de “self-indication”, Francisco VARELA, “A Calculus for Self-Reference”, *International Journal of General Systems*, 2, 1975, pp.5-24.

⁸ Ver, por exemplo, Anthony WILDEN, *Systems and Structure: Essays in Communication and Exchange*, 2.ed., Londres, 1980; Yves BAREL, *La paradoxe el le système: Essai sur le fantastique social*, Grenoble, 1979. Ver também Douglas R. HOFSTADTER, GÖDEL, ESCHER, BACH, *An Eternal Golden Braid*, Hassocks, Sussex UK, 1979.

cas têm lugar em âmbitos de discussão interdisciplinar. A própria sociologia apenas se deu conta de sua existência⁹. As considerações que seguem, portanto, não podem se apoiar em um consenso estabelecido, nem no campo sociológico, nem no jurídico.

Tanto o sistema jurídico como o científico, e, dentro deste último, a disciplina específica da sociologia, hão de ser considerados, pois, como sistemas auto-referentes. Cada um destes sistemas constitui, por si mesmos, tudo aquilo que funciona como uma unidade para o sistema. Isto não se refere apenas à unidade do sistema, as suas estruturas e processos, mas também aos elementos que o constituem (autopoiesis). Para esta contínua produção e reprodução de unidade, são requeridas distinções que permitam indicar o que será utilizado como unidade e o que não será¹⁰. Tão logo a distinção mesma seja a indicadora, quer dizer, converta-se em objeto da mesma operação distintiva, surge um paradoxo¹¹. A unidade, que há de ser determinada somente mediante uma distinção, não pode distinguir-se da própria distinção. Isto equivaleria a pedir ao direito (ou não direito) a distinguir entre o que é direito e o que não é. Não obstante, é precisamente neste paradoxo que se baseiam todos os sistemas auto-referentes, não o convertendo, porém, em objeto de suas próprias operações. “**Summum ius, summa iniuria**”, poder-se-ia exclamar como grito desesperado - porém, precisamente no sentido de que este princípio não pode ser introduzido no sistema como diretiva, e, apesar disto, o sistema se baseia exatamente nele. O paradoxo não é nenhuma contradição e, por isso, tampouco a promessa de uma síntese da “dialética” conduz mais longe. O paradoxo não afirma: jurídico **igual** a antijurídico, mas sim, jurídico **por causa de** antijurídico¹². Este problema escapa a todo nivelamento lógico. Pode, entretanto, ser **desparadoxalizado** por meio da **codificação** sistemática.

Através da aceitação de um código binário (jurídico/antijurídico), o sistema obriga a si próprio a essa bifurcação, e somente reconhece as operações como pertencentes aos sistema, se elas obedecem a esta lei. Igual ao “jardín de los senderos que se bifurcan”, é, todavia, possível andar sobre ambas as trilhas ramificadas simultaneamente; porém, a noção do tempo necessária para isto não pode ser indicada no sistema e, um texto que se referisse a ela, haveria de ser, por sua vez, codifica-

⁸ Acerca do início de uma teoria dos sistemas sociais sobre estas bases, ver Niklas LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, 1984.

¹⁰ Fundamentamos esta tese de uma função básica de distinção e indicação (distinction, indication) em George SPENCER BROWN, *Laws of Form*, 2.ed., Nova York, 1972.

¹¹ A lógica de SPENCER BROWN exclui, entretanto, este caso, ou trata-o como anulação da distinção: sem embargo, ver VARELA, *ob.cit.* (1975), que o integra no cálculo como terceiro valor da “self-indication”.

¹² Da mesma forma o paradoxo era um tema central das tragédias gregas. Precisamente por defender seu direito (através da vingança, desobediência ou inocência), o herói cai no antijurídico. Intentou-se resolver este problema com ajuda da lógica, como se tratasse de evitar uma contradição no direito, e isto conduziu ao descobrimento da forma lógica do paradoxo (Epimenides).

do¹³. Entretanto, este significativo silêncio do paradoxo pode ser solucionado também de forma diferente; poder-se-ia, por assim dizer, solucioná-lo tecnicamente melhor mediante sua codificação. Se os sistemas se baseiam em uma diferença codificada (verdadeiro/falso, jurídico/antijurídico, ter/não ter), toda auto-referência teria lugar dentro destes códigos. Opera dentro deles como relação de negação, que excepciona terceiras possibilidades e contradições; precisamente este procedimento que estabelece o código não pode ser aplicado à unidade do próprio código. A não ser: por um observador.

- III -

Enquanto a teoria do direito e a dogmática jurídica estão comprometidas com a reprodução do sistema jurídico e, por conseguinte, hão de colaborar na anulação de seu paradoxo e na sua codificação, a sociologia pode observar e descrever o sistema baseado em seu paradoxo constituinte. Isto não a aproxima de um conhecimento superior. Pelo contrário, a sociologia aprende, exatamente, a partir desta forma de observação, já que, se ela mesma fosse teoria do direito, teria que aceitar uma anulação do paradoxo do sistema. A observação do paradoxo conduz a sociologia ao problema de como ela própria, enquanto ciência, poderia desparadoxalizar seu próprio paradoxo : o paradoxo de que existem teses que são falsas por que são verdadeiras. Um sistema não pode ter uma estrutura auto-referente sem se chocar com semelhantes problemas. Precisamente por essa razão, a observação *ab extra* oferece a vantagem de poder descrever outro sistema que não seja hermeticamente auto-referente.

A análise sociológica da atividade jurídica tem se aproximado desta problemática em alguns aspectos. O chamado “labeling approach” descreve, por exemplo, o comportamento de distinção e indicação da polícia com distinções (baseadas em teorias da profissão, organização ou classes) que transcendem a diferença entre jurídico e não jurídico; enquanto que a polícia baseia-se simplesmente no fato de que ladrões são ladrões e assassinos são assassinos. Em seguida, faremos uma colocação mais sistemática das teorias do labeling, da justiça de classe, do desigual acesso ao direito, etc. Neste contexto, reformular-se-á uma série de temas que gozam de larga tradição, tanto na teoria jurídica, como na sociologia.

Começemos com o velho problema da faticidade da validade normativa. Não seria equivocado, nem muito produtivo, afirmar, com Kelsen, que a ciência do direito se ocupa da validade das normas e a sociologia, pelo contrário, dos fatos¹⁴. A questão é como poder-se-ia tematizar esta diferença na sociologia. O que Kelsen já encontrou feito é a resposta de George Jellinek e Max Weber: a sociologia se ocupa da convicção fática da validade (legítima) das normas¹⁵. Com isto a relação resulta definida ou psicologizada de forma circular (ao que Kelsen se opõe com

¹³ Ver o texto de Jorge Luis BORGES, “El jardín de los senderos que se bifurcan” em: Ficciones, Madri, 1972.

¹⁴ Entre outras, em: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, Tübingen, 1922.

¹⁵ Ver somente George JELLINEK, Allgemeine Staatslehre, 3.ed., 6.reimpressão, Darmstadt, 1959, pp.333 e s.

razão). Esta situação da teoria, que paralisa toda a discussão sobre a “legitimidade” é superável, se se vê (como sociólogo) a qualidade normativa de uma comunicação na faticidade de uma expectativa contrafática¹⁶. Portanto, uma expectativa tem uma pretensão normativa, se sua comunicação promete que dita expectativa será mantida mesmo em caso de desilusão. Isto é somente a manifestação de uma intenção subjetiva. O direito se produz, então, pela seleção e generalização de semelhantes pretensões normativas. Estas são válidas ao serem aceitas por outros, ao perdurarem, ou seja, quando podem ser repetidas em outros casos e formalizadas de maneira geral e relativamente livre do contexto. A semântica do “dever” simboliza o resultado de semelhante processo de generalização.

Se se admite este conceito de norma, ele pode ser integrado em uma teoria da autopoiesis do sistema jurídico¹⁷. Autopoiesis significa que um sistema reproduz os elementos de que é constituído, em uma ordem hermético-recursiva, por meio de seus próprios elementos. Isto ocorre ou não, de um momento para outro; não existem meias tintas ou terceiras possibilidades. Neste sentido, a comunicação autopoietica do direito transmite, tanto na vida cotidiana como na prática organizada da decisão, a qualidade normativa da comunicação para a comunicação, e reproduz, com isso, a si mesma. Isto pode ser realizado segundo o código do direito, tanto através do símbolo comunicativo “jurídico”, como também por mediação do símbolo comunicativo “antijurídico” (mas não, por exemplo, através do símbolo comunicativo “útil”). A ambivalência contraditória assegura a universalidade do código; ele pode ser aplicado a todo comportamento humano e a todas as situações relevantes neste contexto, já que tudo é ou jurídico, ou antijurídico (mas não: um pouco jurídico).

O estrito hermetismo recursivo do sistema, que corresponde sociologicamente à diferenciação social de um sistema funcional para o direito, significa que não pode haver nem input normativo, nem output normativo. O direito não pode importar as normas jurídicas de uma ambiente social (não existe nenhum “direito natural”), tampouco pode dar normas a este ambiente (as normas jurídicas não podem valer como direito fora do direito). A normatividade é o modo interno de trabalhar do direito, e sua função social consiste, precisamente, em que cumpra a missão de disponibilidade e modificação do direito para a sociedade. Todo contato do sistema jurídico com o ambiente deve, portanto, utilizar uma forma diversa de expectativa. Toda orientação do direito com relação ao seu ambiente utiliza a cognição. Quer dizer, baseia-se em expectativas que se modificam em caso de desilusão. Em total contraposição com a atividade normativa, a atitude cognoscitiva está disposta a aprender. Pressupõe um esquema de aprendizagem que pré-determina com suficiente clareza o que entraria em jogo como expectativa substitutiva, ao não se cumprir uma expectativa. Na medida em que semelhantes esquemas de aprendizagem possam ser desenvolvidos, tam-

¹⁶ Ver Niklas LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 2.ed., Opladen, 1983, pp.40 e s.

¹⁷ Ver Niklas LUHMANN, *Rechtssoziologie*, cit., pp.254 e s.; LUHMANN, “Die Einheit des Rechtssystems”, *Rechtstheorie*, 14(1983), pp.129-154.

bém o direito poderá aprender e adaptar-se ao seu ambiente¹⁸.

Este conceito teórico possibilita a reformulação do paradoxo constituinte do direito: o sistema jurídico opera simultaneamente sob premissas normativas e cognoscitivas; está disposto a aprender e a não aprender, na medida de sua própria estrutura diferenciadora. É um sistema fechado e aberto: é fechado por que é aberto e aberto por que é fechado¹⁹. Abertura e não abertura não supõem nenhuma contradição, já que não estão definidas no sentido de uma mútua relação excludente; sua contradição, porém, situa o sistema sob exigências específicas de anulação de seu paradoxo. A questão se coloca desta forma: como pode o sistema combinar aprendizagem e não aprendizagem, no sentido de uma relação de mútuo incremento e, por meio disto, adaptar-se à evolução social.

- IV -

Para a recombinação contínua de reprodução fechada e orientação ambiental aberta, ou seja, de modelos normativos e cognoscitivos de expectativa, o sistema jurídico dispõe de duas formas de comunicação: decisões e argumentos. Decisões juridicamente vinculantes produzem-se quando o sistema jurídico utiliza a capacidade do sistema político de impor decisões coletivamente vinculantes, mesmo em caso de resistência. A integração da capacidade de aprendizagem se realiza aqui mediante programas de decisão, que adaptam sua aplicação às circunstâncias de uma situação concreta. Se isto não for suficiente, se prevê também a variabilidade dos programas de decisão, e se chega finalmente ao princípio da **positividade do direito**. O direito é válido, então, em razão de decisões que estabelecem sua validade. O próprio sistema jurídico há de acreditar nesta razão de validade. Em troca, a sociologia está em condições de remeter esta última a um paradoxo e tirar disto suas conclusões: o direito positivo é válido, **por que poderia ser modificado por uma decisão**; mesmo que neste momento ninguém pense nisto, ou ninguém possa iniciar um procedimento de modificação. Portanto, a validade se baseia na possibilidade de sua negação. Também é possível dizer em uma formulação teórico-sistemática em voga: o direito produz a possibilidade de sua eliminação, inibe esta possibilidade para o caso normal e desinibe esta inibição sob condições especiais (as quais, segundo o direito válido, podem também incluir “casualidades”).

A argumentação, mediante a qual se delimitam os espaços de decisão (qualquer que seja o seu nível) e se reduzem sem decisão os ônus da decisão, coloca problemas sistêmicos de outra índole. Também aqui se pode constatar uma diferença entre o critério sistêmico-interno e a observação sociológica. Dentro do sistema jurídico recomenda-se acreditar na possibilidade de fundamentação, ainda que não em determinadas razões. Como conceito global de

¹⁸ Neste caso, há que se observar que também a aprendizagem, como processo, é um acontecimento meramente sistêmico-interno, um momento da autopoiesis do sistema, já que o sistema não pode aprender fora de si mesmo. Ver Humberto MATURANA, “Reflexionen: Lernen oder ontogenitische Drift”. Delfin, I,II,(1983), pp.60-71.

¹⁹ Considerações semelhantes persegue de forma multifacética Edgar MORIN em: La Méthode, tomo I, Paris, 1977, tomo II, Paris, 1980.

todas as razões importantes resulta quase imprescindível a razão²⁰.

A partir de pontos de vista como o da “justiça de classes” ou da “técnica de trabalho jurídico insensível”, o estilo jurídico de argumentação tem sido criticado nas últimas décadas de forma veemente, porém superficial²¹. Uma observação sociológica, que trabalhe com a teoria sistêmica, elegerá um enfoque completamente distinto.

Seu ponto de partida será o seguinte problema: como é possível que os argumentos não se justaponham de forma isolada e sem nenhuma vinculação, mas sim, que se apoiem mutuamente, de maneira mais ou menos positiva ou negativa. Partindo da teoria da informação, esta relação de apoio pode ser chamada de **redundância**. Significa que o valor informativo (efeito surpresa) de um argumento diminuirá pelo fato de que já se conheça outro argumento²². O ordenamento dos argumentos evita - na medida em que se torna mais consistente -, o trabalho de informar-se e conduz, desta forma, à decisão. Uma redundância suficientemente densa é a condição prévia para que um argumento se substitua por outro com vistas a algumas conseqüências; também é, igualmente, condição prévia para que se capte o valor polêmico de um argumento e se possa continuar a polêmica como polêmica sobre argumentos. Somente a redundância pode, baseando-se na argumentação, determinar o que há para decidir: somente assim a decisão pode ter um resultado igualmente perceptível para todos os implicados. Se a redundância é demasiadamente escassa, sequer está assegurado que se imponha, apesar de toda a vontade de decidir e de todo o poder. Neste sentido está plenamente justificado contrapor argumentação e “decisionismo”.

Todavia, a redundância tem qualidades que o labor jurídico conhece ou desconhece. Sua estrutura é **simétrica**. Se um argumento diminui o valor informativo de outro, também ocorre o contrário. Se se argumenta com razões, é por que as razões fundamentam. Ademais, **a redundância aumenta nos casos polêmicos** e, como sabe qualquer terapeuta familiar, nos **casos patológicos**. De uma palavra surge outra, quase sem valor informativo para o observador. O interesse do sistema pelo processamento de casos jurídicos não pode, porém, ser interpretado simplesmente como interesse pelo aumento da redundância. O jurista profissionalmente comprometido há de **saber utilizar e diminuir a redundância ao mesmo tempo**. Deve saber reduzir e aumentar, simultaneamente, a insegurança, que surgiu pela dependência de informações ulteriores, e dirigi-la com base nelas.

²⁰ Precisamente os sociólogos, que tratam de fazer justiça ao seu objeto, reconhecerão este fato. Ver Helmut SCHELSKY, “Die juristische Rationalität”, em: Die Soziologen und das Recht, Opladen, 1980, pp.34-76.

²¹ O interesse pela filosofia prática e pela argumentação racional se renovou como reação, sobretudo, contra a crítica baseada em Marx. Ver, p. exe., Ralf DREIER, Recht-Moral Ideologie: Studien zur Rechtslehre, Frankfurt, 1981. Neste contexto de discussões é, talvez, Habermas o que mais se aproxime do paradoxo, ao inclinar-se para os dois lados.

²² Este conceito de redundância pressupõe uma diferença dos argumentos e se baseia nas relações entre eles. Outra forma de sua aplicação designa a igualdade dos elementos. Neste caso, a redundância se baseia nos elementos do próprio sistema, e se converte em entropia. Acerca da redundância no sentido aqui indicado, ver também Henri ATLAN, Entre le cristal et la fumée: Essai sur l’organisation du vivant, Paris, 1979.

Isto pode ser produzido de forma muito trivial e simples, se o jurista guardar para si a própria opinião com relação aos implicados²³. Uma forma mais desejada é a assimetria da redundância, utilizando-se a argumentação como busca de razões imparciais. As teorias da argumentação jurídica que, de início, definem a argumentação como um intento de fundamentação²⁴, obstaculizam as possibilidades de observação do sistema jurídico. Um sociólogo, como observador, reservar-se-á a questão referente à adjudicação, perguntando-se se as razões são eleitas como causa da fundamentação, ou se a fundamentação é eleita como causa das razões. O sociólogo averiguará como procede o jurista ao ter que aumentar e diminuir a redundância²⁵. O sociólogo observará o manejo do paradoxo do sistema.

Formas mais antigas da argumentação jurídica haviam pressuposto o direito como um conjunto de leis, idéias pré-concebidas, conceitos e “lugares-comuns”, intentando derivar deles a decisão sobre o caso. A argumentação teve que realizar a redução do aspecto concreto ao geral, tratando o arsenal de fundamentos como um fato incontestável. Hoje rechaça-se amplamente esta forma de argumentação como “jurisprudência dos conceitos” ou “jurisprudência analítica”. Foi substituída, ao menos na teoria, por um modo de interpretação mais pragmático, utilitarista, sócio-técnico, orientado para as conseqüências. As decisões devem ser justificadas pelos seus resultados, e a argumentação há de se originar nisto. Neste contexto, os resultados não são simplesmente fatos, mas diferenças. Depende da diferença que possa introduzir a decisão (ou a argumentação, ou a regra em que se apóia) em comparação com o que o caso seria sem ela. Desde que se impôs a “jurisprudência dos interesses”, considera-se de bom estilo jurídico argumentar-se com os resultados e com as conseqüências da decisão, e valorá-los. Esta forma de decisão e de argumentação não deixou de ser questionada²⁶, mas parece ser imprescindível, já que, sem ela, não seria possível atuar. A sociologia cons-

²³ Acerca do significado da manutenção da insegurança através da colocação da decisão no procedimento jurídico, ver Niklas LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, reimpressão, Frankfurt, 1983.

²⁴ Assim, por exemplo, Robert ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie juristischer Begründung*, Frankfurt, 1979, seguindo Habermas, e em concordância com o critério jurídico-teórico e jurídico-metodológico dominante.

²⁵ Ver Rüdiger LAUTMANN, *Justiz, die stille Gewalt: Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse*, Frankfurt, 1972.

²⁶ Ver Niklas LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974, pp.31 ss. e, no contexto de uma discussão sobre o sentido americano do liberalismo, Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass., 1978. A subseqüente discussão manteve o critério da orientação às conseqüências, mas tentou diferenciar. Ver sobretudo Gunther TEUBNER, “Folgenkontrolle und responsive Dogmatik”, *Rechtstheorie*, 6, 1975, pp.179-204; Thomas W. WALDE, *Juristische Folgenorientierung*, Königstein Ts., 1979; Gertrude LUBBEWOLF, *Rechtsfolgen und Realfolgen*, Freiburg, 1981; Hubert ROTTLEUTHNER, “Zur Methode einer folgenorientierten Rechtsanwendung”, em *Wissenschaften und Philosophie als Basis der Jurisprudenz*, Beiheft 13 do *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Wiesbaden, 1981, pp. 97-118; Winfried HASSEMER, *Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze*, Festschrift Helmut Coing, München, 1982, pp.492-524.

tatou, de início, com satisfação que, com a jurisprudência dos interesses e com a orientação para as conseqüências cresce também a demanda de conhecimento empírico, sociologicamente elaborado. Ao aumentar o distanciamento (inclusive com respeito a si mesma), a sociologia nota, desde logo, que dessa forma não é possível satisfazer a demanda. Quem poderá dizer, com a segurança necessária, se as conseqüências que não surgem imediatamente da decisão, produzir-se-ão realmente? Quem excluirá que se apresentem conseqüências inesperadas, que podem mudar a valoração da decisão “a posteriori”? Quem garantirá que a decisão mesma manter-se-á de forma constante? Estas perguntas pertencem ao repertório standard da teoria da decisão e da sociologia, e não podem ser ignoradas. Se o sistema jurídico, apesar de tudo, pratica a orientação para as conseqüências, fa-lo-á sem levar em conta estas reservas. Em muitos casos isolados, isto pode ser inócuo ou acertado. O princípio teórico de que toda justificação pode se concentrar, em última instância, apenas nas conseqüências, conduz, não obstante, ao paradoxo: o impossível é postulado como necessário²⁷.

Uma segunda reflexão assinala que o princípio de orientação para as conseqüências não pode ser generalizado. Ele deve ser reservado para a prática profissional do jurista, e para o trabalho de decisão organizado legislativa ou judicialmente. Se todo mundo se orientasse livremente pelas conseqüências, isto equivaleria a um destes **strange loops**²⁸, com os quais o paradoxo atrai a atenção sobre si. Para o consumidor jurídico cotidiano, as conseqüências dependem, em primeiro lugar, do fato de se ele é surpreendido ou não, se o adversário se decide ao pleito ou não, ou seja, se o sistema jurídico intervém ou não. Isto também pode ser formulado como o problema do **free rider**. A função do direito consistiria em excluir o **free riding**: o aproveitar-se da ordem sem obedecê-la. Seria um paradoxo introduzi-lo novamente no sistema jurídico como cálculo juridicamente justificado.

Como de costume, paradoxo não significa, aqui, impossibilidade no mundo real ou interrupção da reprodução autopoiética do sistema. Pelo contrário, é precisamente o tratamento do paradoxo, a auto-eliminação do paradoxo do sistema, o que interessa. Se a sociologia, a partir deste ponto de vista, pergunta pelas conseqüências desta crescente orientação para as conseqüências dentro do sistema jurídico, duas hipóteses se impõem: a diferença do sistema entre um trabalho profissionalmente organizado e seu “público” tornar-se-á mais aguda, e, ao mesmo tempo, produzir-se-á uma sobrecarga e insegurança para a prática jurídica que tem que manter esta diferenciação. Aparentemente, as antigas formas hierárquico-autoritárias da legislação e da jurisdição são substituídas a partir do alto por uma nova diferenciação, que pressupõe que o povo obedecerá às regras, enquanto que os juristas poderão modi-

²⁷ Observe-se que a necessidade do impossível implica uma inversão lógica da definição de contingência. Contingente é algo que não é nem necessário, nem impossível, e precisamente isto define, em última instância, a possibilidade da decisão.

²⁸ No sentido de HOFSTADTER, ob.cit.: “something in the system acts on the system as if it were outside”, p.691.

ficá-las de acordo com suas conseqüências²⁹.

- V -

Em relação ao mesmo sistema jurídico resulta que o paradoxo de sua auto-referência apresenta inexactidões na auto-observação, como as que se encontram, freqüentemente, nos esboços paradoxais de Maurits Escher. Funciona, no mais das vezes, mas também há elementos significativos que não permitem uma fixação unívoca. Duas tradições importantes do pensamento jurídico ocuparam-se deste problema; eu penso que a sociologia poderia começar uma terceira tradição.

Sob os auspícios do direito natural, foi colocado o problema da derrogação de um direito jusnaturalisticamente fundamentado. Analisaram-se casos como o do roubo por necessidade³⁰, o do interesse público pela conservação da ordem ou o da razão de Estado, nos quais teve que ser aceita uma infração do direito normalmente válido³¹. Os objetivos da construção vacilavam numa questão: se havia de se aceitar semelhantes casos como infração ao direito natural por razões convincentes, ou se seria possível fundamentá-los dentro do direito natural, por ex., como limitação da propriedade ou privilégio do poder estatal (*ius eminens*)³².

A tradição da antigüidade oferecia, ademais, a possibilidade de introduzir uma espécie de direito amortizador, por detrás do direito propriamente dito, com denominações como **aequitas**, equidade. Em todo caso, existia um confronto com o problema da deficiência lógica da ordem jurídica e, pelo menos em casos isolados, com a experiência de que o direito era evidentemente a causa de sua própria injustiça.

Com uma diferenciação do direito mais intensa e uma sistematização mais vigorosa de sua autonomia, este leque de ofertas de soluções parece haver perdido sua plausibilidade. Foi substituído, como se já se conhecesse Gödel, pela hipótese de que a unidade lógica do sistema não pode ser produzida de forma interna, mas **ab extra**. Este **ab extra** era, de início, a vontade e a especial providência divina³³.

Ao longo da secularização, este lugar foi ocupado pelo conceito de poder político (que se transladou paulatinamente desde a “potesta” à “potentia”

²⁹ A conseqüências similares, conduzem as discussões sobre a ética utilitarista. Ver, por exemplo, em J.J.C.SMART, An outline of a System of Utilitarian Ethics, em id. e Bernard WILLIAM, Utilitarianism.For and Against, Cambridge Engl., 1973, pp.2-74 (42 ss.).

³⁰ Ver P.J.MONTES, “precedentes doctrinales del “estado de necesidad” en las obras de nuestros antiguos teólogos y jurisconsultos”. La ciudad de Dios, 142 (1925), pp.260-274 e 352-361.

³¹ Ver Rodolfo DE MATTEL, “Il problema della Deroga e la “Ragión di Stato”, em Enrico CASTELLI (editor), Cristianesimo e Ragion di stato, Roma-Milano, 1953, pp.49-60.

³² A limitação ou a justificação específica parece ter sido, à primeira vista, a solução jurídica adequada; mas com ela, somente repetiu-se o problema da inexactidão. Havia que se imaginar a concepção jurídica de um carniceiro medieval, no caso de que aqueles que estavam convencidos de terem fome, se precipitassem sobre os mostradores de carne escolhendo as melhores partes.

³³ Introduzidos já nos séculos XVI e XVII através do conceito da legitimação imediata do poder político. A política como “esta especial providência divina” em Pedro BARBOSA HOMEN, Discurso de la jurídica e verdadera razón de estado (1629) cit. segundo Pierre MESNARD, “Barbosa Homen el la conception baroque de la Raison d’Etat”, em: CASTELLI (editor), ob.cit., pp.109-116 (113).

e à “vis”). Depois da derrocada da estrutura contratual do direito natural, que somente pôde justificar-se circularmente e não foi capaz de solucionar o problema do direito à resistência, restou apenas a possibilidade de reduzir a origem do direito à violência pura³⁴.

Kant sistematiza esta idéia³⁵. Desde então, tem-se aceitado a concepção de que a violência, sem ser juridicamente qualificável em sua origem, conduz, inobstante, ao estado legal - ou, para expressá-la em uma formulação mais recente: in “**ogni** violenza vi è un carattere di creazione giuridica”³⁶. Entretanto, a origem na violência não é compreendida como uma tese histórica que não tenha nada a ver com a atualidade. Se se interpretasse historicamente a tese da origem do direito na violência, isto conduziria somente à auto-referência, quer dizer, à concepção de que o direito, à medida em que se distanciasse de sua origem, deveria constituir-se em origem de si mesmo. Não obstante, a violência é um contínuo fenômeno secundário do direito, ainda que externo. A partir do ponto de vista do direito, que se utiliza da violência legal e não daquela contrária à lei, trata-se da externalização daquelas diferenças lógicas do direito, de forma a admitir o paradoxo constituinte. Diz-se assim: que o sistema jurídico pode superar toda classe de imprecisões, contradições estruturais, “lacunas”, etc., já que, ao final, o poder político apóia tudo o que se decide. A referência externa da violência é reintroduzida no sistema como ambigüidade. A ambigüidade é vertida nos textos, e com ajuda deles pode-se demonstrar que, no caso concreto, é todavia possível clarear algo. A “estrutura profunda” que produz as regras e os argumentos é, em última instância, o poder juridicamente condicionado. Já que -como no caso do paradoxo-tampouco se pode modificar este fato, somente resta a possibilidade de cuidar da cultura jurídica e envolver a violência com as filigranas de figuras idealizadas com esmero, de forma que, em circunstâncias normais, somente se chega a decisões pontuais que se qualificam ou desqualificam a si mesmas como violência. Por conseguinte, a vio-

³⁴ Uma fundamentação cuidadosa (qualquer outra suposição deveria reduzir a origem do direito ao direito mesmo, ou seja, argumentar de forma circular) em Simon-Nicolas-Henri LINGUET, *Théorie des loix civiles, ou Principes fondamentaux de la société*, 2 tomos, Londres, 1767, especialmente tomo I, pp.284 ss. Também uma das primeiras fundamentações sociológicas do direito: “c’est la société qui a produit les loix, et non les loix qui ont produit la Société” (p.230) e, como argumento contra a fundamentação circular do direito: “Toute règle commune suppose des rapports, et la decouverte de ses rapports, des conaissances; mas celle-ci, d’où naissent-elles?” (p.234).

³⁵ Com isto aceita, ao mesmo tempo, a colocação tradicional sob o título acertado “Vom zweideutigen Recht” (da justiça ambivalente). A equidade converte-se em um “direito sem coerção”, o estado de necessidade chega a ser uma “coerção sem direito”, e a problemática se reduz à imperfeição lógica do ordenamento jurídico, “já que essa ambigüidade se baseia no fato de que existem casos de direito duvidoso, para cuja decisão não se pode imputar a nenhum juiz”. Citações do apêndice da Introdução à teoria do direito, *Metaphysik der Sitten I*, segundo a edição de J.H.von KIRCHMANN, Leipzig, 1870, pp.35 ss. De forma sistemática, Kant deduz desta “ambigüidade” uma confusão das razões objetivas e subjetivas da prática jurídica. Este fato, por seu turno, baseia-se no pressuposto duvidoso de que exista um sujeito que sabe diferenciar se sua atuação é determinada de forma subjetiva ou objetiva, por coerção ou liberdade.

³⁶ Eligio RESTA, *L’ambiguo diritto*, Milano, 1984, p.10 (“ogni” sublinhado no original).

lência se disfarça de discricionarieidade, de conceito jurídico indeterminado, de eleição metodicamente incontrolável do método de interpretação, apenas devendo-se estar atentos à não admissão de demasiadas ambigüidades desta categoria³⁷. Em última instância, o jurista pode decidir sobre todos os assuntos jurídicos, ainda que nem sempre de maneira especificamente jurídica.

Tudo isto é certo, mas satisfaz a teoria? O fato de se centrar em um ponto de vista externo permite opiniões a favor e contra o direito. Se se está contra, classifica-se o critério externo como violência. Se se está a favor, denomina-se paz. Desta forma, alguém pode se enervar indefinidamente. Também se descreve, com acerto, a reproblemática da violência como arte do tratamento da ambigüidade. Ainda que não se queira renunciar a semelhantes enfoques, poder-se-á perguntar, contudo, se não seria possível uma ampla teoria que abarque muito mais.

O problema da auto-referência paradoxal apresenta muitas facetas que passam a se destacar segundo a teoria com base na qual está constituída a auto-referência; ou -dito de maneira mais geral- segundo seja observada. As duas teorias tratadas - ou seja, a teoria da derrogação e da violência- perceberam o paradoxo como contradição ou inexatidão, intentando sua anulação. A sociologia, muitas vezes teoricamente superficial, tende a interpretar o paradoxo -por exemplo, o equívoco da violência- culpando a sociedade por sua má configuração³⁸. Com uma teoria que considera a auto-referência como estrutura constituinte de sistemas, e trata, portanto, os paradoxos como um fenômeno real, se chega a pontos de partida completamente distintos. Neste caso, o amplo e muito evoluído repertório da análise teórico-sistêmica pode ser relacionado diretamente com o problema da unidade paradoxal do sistema jurídico. Se isto é assim, a teoria jurídica pode se integrar em um marco teórico mais geral que lhe facilita possibilidades de comparação. Observar, a partir deste ponto de vista, como um sistema ordena sua auto-referência, anula seu paradoxo, assimetriza sua simetria recursiva, faz com que **toda** solução deste problema apareça como contingente; inobstante, limita, ao mesmo tempo, como análise funcional, o enfoque a outras possibilidades, funcionalmente equivalentes. Então, haveria que perguntar: sob que condições específicas podem ser realizadas simultaneamente a abertura e a não abertura do sistema, existindo uma complexidade crescente? Ou, como se pode proteger, contra a recursividade, a transformação da redundância (simétrica) em fundamentações (assimétricas)? Ou, como é possível apresentar a unidade da diferença entre o jurídico e o não jurídico, ou entre o poder que estabelece o direito e o poder que o mantém (Benjamin) como inexatidões relativas no sistema, transformando-as, assim, em operações do sistema? Ou, que conseqüências podem ser esperadas em caso de fracasso? Ou,

³⁷ Ver Karl-Heinz LADEUR, "Abwägung" - ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts. Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus, Frankfurt, 1984.

³⁸ Não deveríamos esquecer que esta classe de sociologia deixa insatisfeitos a maioria dos sociólogos e que, portanto, se está realizando, no mais das vezes, investigação sem um marco teórico universal.

mais concretamente, que possibilidades têm os terroristas que se baseiam na especulação de Benjamin, segundo a qual o povo honra os atos violentos dos “grandes criminosos” com “admiração secreta”³⁹?

Aqui não podemos aprofundar semelhantes posicionamentos. Para terminar, há que mencionar, somente, a pouca importância que têm para o sistema jurídico. Também isto se deduz do enfoque teórico que apresentamos aqui. O problema não consiste no grande abismo que, pressupostamente, existe entre teoria (abstrata) e práxis (concreta). O problema surge diretamente da teoria dos sistemas autopoieticos. A ciência se reproduz como ciência, e não como direito. O direito se reproduz como direito, e não como ciência. A reprodução se realiza no âmbito dos acontecimentos fáticos elementares, no âmbito da comunicação de momento a momento. Isto requer um mínimo esforço estrutural, mas não, ou apenas em raras ocasiões, reflexão. Ao aumentar a complexidade, o direito pode desenvolver técnicas para correlacionar casos similares, reencontrar decisões prévias semelhantes, armazenar tópicos ou conceitualmente experiências convincentes; sobretudo, devido à formação das novas gerações, é capaz de desenvolver fórmulas de aprendizagem e dogmática mais sistematizadas, que podem englobar, cada vez mais, casos distintos num princípio. Finalmente, pode avaliar os esforços diferenciando a filosofia do direito ou a teoria jurídica, com ajuda das quais se reflete a unidade do sistema, apesar das necessárias distinções internas.

Tudo isto tem escassa importância para o renascimento diário do direito. Em casos isolados, a teoria pode prestar ajuda para a fundamentação da decisão. Far-se-á mais justiça a ela se se admitir que é ela própria que elege os casos para reproduzir-se como uma espécie de práxis peculiar. “What is necessary for the reproduction of theoretical practice”, a este resultado chega também a mesma teoria do direito, “is not control of the full run of legal outcomes, but rather continuing domination over paradigmatic or semiotically central events⁴⁰”. A própria teoria determina os casos adequados, já que é ela que, com ajuda das experiências dos casos, há de mudar em determinadas circunstâncias.

Se isto é válido para uma relação sistêmico-jurídica entre teoria e praxis, tanto mais será para as teorias produzidas pela sociologia ao realizar sua própria autopoiesis, as quais utiliza para observar o sistema jurídico. Neste caso, trata-se de uma investigação para possibilitar uma investigação ulterior, de verdades que podem ser transmitidas de modo que, num tratamento posterior, se convertam em verdades ou falsidades. O acoplamento institucional, na Universidade, da formação e reprodução de teorias, conduziu a avaliações equivocadas que precisam ser corrigidas urgentemente. E, precisamente a sociologia, que deveria conservar um sentido especial para as circunstâncias reais, haveria de compreender tal situação em primeiro lugar.

³⁹ Ver Walter BENJAMIN, “Zur Kritik der Gewalt”, em : *Gesammelte Schriften*, II, I, Frankfurt, 1977, pp.179-203 (183).

⁴⁰ Thomas HELLER, *ob.cit.* p.189.

Baseando-se nestes pressupostos, se pode prognosticar um bom futuro para uma colaboração mais estreita entre sociologia do direito e teoria jurídica. Ambas têm uma enorme necessidade de recuperação no que tange à teoria e à situação geral de discussão interdisciplinar. O conceito da teoria dos sistemas auto-referentes supõe uma oferta de discussão, não uma oferta de fusão. Teses como a constituição paradoxal e a anulação contingente do paradoxo, a abertura graças ao fechamento, a introdução da diferenciação entre sistema e ambiente, o acesso de realidade de um “second order cybernetics” graças à observação e outras, fundamentam-se exclusivamente na diferenciação. Não começam ou terminam a análise com a unidade, mas sim com a diferença. Baseiam-se, em última instância, numa hipótese, que toda lógica da reflexão há de pressupor: toda evolução e construção de uma complexidade mais rica pressupõe linhas divisórias e, somente desta forma, pode o mundo observar-se a si mesmo.