

A Descrição densa do Direito - uma introdução à teoria dos sistemas operacionais fechados de Niklas Luhmann

Klaus A. Ziegert

O propósito deste artigo é dar uma visão geral sobre os conceitos orientadores e os objetivos de uma metodologia específica, chamada teoria social dos sistemas de Niklas Luhmann. Para marcar sua abordagem radicalmente diferenciada e para separá-la das teses estruturalistas e normativas das primeiras teorias de sistemas¹, e do que ele chamou de “sociologia empírica” em suas numerosas réplicas a críticas², Luhmann inicialmente chamou sua abordagem de método funcional³, depois de “método comparativo”⁴ e posteriormente de teoria social dos sistemas e, finalmente, de forma mais precisa, de teoria dos sistemas operacionais fechados. É neste estágio posterior que o trabalho de Luhmann foi mais amplamente reconhecido e rotulado por outros de “teoria autopoietica”⁵. Luhmann, entretanto, não se importava muito com a nomenclatura atribuída à sua abordagem e ele ocasionalmente usa outros nomes em seu profuso trabalho. A indiferença de Luhmann quanto à nomenclatura da abordagem – a qual ele coloca de forma honesta e deliberada dentro da sociologia muito mais que dentro da teoria jurídica ou da filosofia social, marca uma questão importante frequentemente desconsiderada quando o trabalho é grosseiramente categorizado como uma tentativa forçada de ser a “grande teoria”. Nós mostramos aqui que Luhmann não estava interessado na construção teórica em si, mas no potencial esclarecedor da metodologia sociológica⁶. Então, sua abordagem pode ser melhor compreendida como uma metodologia sociológica para uma construção teórica. Neste viés metodológico, a abordagem de Luhmann está mais relacionada à *teoria de base* do que à teoria sociológica⁷ convencional ou à filosofia social. Além disso, a abordagem da teoria de base desconsidera as distinções entre a construção teórica e a metodologia, e aproxima tradições de pesquisa bem diferentes, especialmente aquelas do pragmatismo americano, e consequentemente coloca mais ênfase na prática da pesquisa do que na construção da teoria sociológica.

Klaus A. Ziegert

Nós iniciaremos esta visão geral fazendo algumas rápidas observações bibliográficas que podem ser úteis para o entendimento da abordagem (seção 1) e então, prosseguiremos contextualizando o cenário da abordagem de Luhmann (seção 2). A seguir traçaremos as linhas gerais dos conceitos teóricos que são gerados por esta abordagem, os quais nos levarão a um mapa conceitual das leis da sociedade (seção 3). Em suma, a metodologia de Luhmann e sua aplicabilidade na pesquisa sócio-jurídica se apresentarão como questões cruciais para o entendimento dos objetivos da teoria dos sistemas sociais (seção 4).

1. NIKLAS LUHMANN EM CONTEXTO

Talvez não seja tão importante que o advogado Niklas Luhmann (1927-1998) tenha seguido sua carreira acadêmica como sociólogo. Entretanto, é notável o fato dele ter se tornado um *teórico eminente* na sociologia da língua germânica de sua época e até o presente⁸. Isto nos faz lembrar outros advogados que se tornaram sociólogos eminentes especialmente por seus extensos trabalhos teóricos. Eles são Max Weber (1864-1922), e atualmente menos conhecidos mas igualmente ilustres pensadores Leon Petrazycki (1867-1931), Theodor Geiger (1891-1952), Georg Gurvitch (1894-1965) e – talvez uma surpresa nesta lista – Gunnar Myrdal (1898 -1987)⁹. Todos eles foram advogados especializados e tinham habilidades advocatícias específicas de criar conceitos práticos e concatená-los ecleticamente de forma que pudessem melhor se encaixar em uma rede de referências complexa, e ainda, consistente, que não era necessariamente nem sociologia nem direito. Dessa forma, todos ajudaram a sociologia a legitimar e condensar um aparato teórico que propiciou um uso mais consistente e preciso dos termos e da terminologia sociológica. Ao fazer isto eles evitaram o limitado empirismo socio-antropológico, o positivismo sociológico, e a fixação normativa neo-Marxista sobre as externalidades sociais. Acima de tudo, estes pensadores encararam a sociologia como uma missão de esclarecimento implacável e destemida que empurrou ambas as teorias do direito e da sociologia para além de suas fronteiras e doutrinas de conhecimento reconhecidas.¹⁰

Como será demonstrado aqui, a metodologia e o esboço teórico amplo de Luhmann fornecerão argumentos sagazes à sociologia por longo tempo, enquanto que o comprometimento de Habermas com um tipo específico de sociedade (sociedade ocidental democrática pós-industrial ou mesmo pós-moderna) se apóia em projeções idealistas originárias de um modelo histórico específico de sociedade e é limitado pela historicidade dos tópicos e temas do século XIX.

Há, ainda, um toque de isolamento nas abordagens não ortodoxas desses eruditos. Este isolamento se estende para além da mera rebelião contra as tradições do Direito e da Sociologia. E, ultrapassa a falta de socialização profissional básica no campo de sua obra tardia (sociologia),

o que acarreta a falta de uma rede estabelecida de colegas e colaboradores com mentalidade semelhante, que é um dos aspectos mais importantes da socialização profissional básica. O isolamento é acima de tudo o resultado de uma mente determinada, em grande medida autodidata e, conseqüentemente, com uma busca seletiva e eclética de conhecimento fora da estrutura institucional de uma disciplina específica. Previsivelmente, Luhmann ressalta que desde os primeiros anos de sua juventude ele sempre aprendeu mais, e de forma diferente, do que lhe era solicitado por seus professores.¹¹ Ele estudou direito porque ele entendia que Direito ajudava a “trazer ordem ao caos” – uma preocupação verdadeiramente sensível na Alemanha caótica do pós-guerra. Devido ao apelo para se “alcançar algo prático”, ele entrou no serviço administrativo do tribunal em sua terra natal, Lüneburg (estado da Baixa Saxônia), como um juiz de carreira, apenas para ser coadjuvante nas tarefas do governo do estado que envolviam o afastamento de ex-oficiais nacionais-socialistas do serviço público da Alemanha pós-guerra.¹² Entretanto, ele ficou absorvido com os estudos das estruturas bizantinas de organizações burocráticas e agarrou a oportunidade de uma bolsa de estudos para aprofundar seus estudos sobre organizações na Universidade de Harvard nos Estados Unidos. Lá ele encontrou Talcott Parsons. Apesar de Luhmann já ter desenvolvido sua grade metodológica e ter feito pouco uso dos conceitos de Parsons sobre a Teoria dos Sistemas, à época de seu encontro com Parsons, Luhmann se sentiu inspirado e desafiado pela teoria sociológica inovadora e desbravadora deste.¹³ Quando retornou para a Alemanha, Luhmann se especializou em estudos administrativos e pesquisa sobre organizações como professor e pesquisador na Universidade de Administração (Verwaltungshochschule) em Speyer (estado de Rhineland-Palatinate), e seus escritos pouco convencionais sobre organizações formais começou a ter influência.

O que estava por vir não era uma carreira típica de um cientista social. Com a força de suas publicações e a atenção sobre ele debruçada, Luhmann escalou rapidamente para o topo da carreira acadêmica (como “Dr. habil.” ou “Privatdozent”, qualificado como professor catedrático) em Sociologia na Universidade de Münster, 1967–1969) e no período de um ano assumiu a cadeira de Sociologia (Universidade de Bielefeld, 1968). Ele ocupou esta posição até sua aposentadoria como Professor Emérito em 1993. Mas ele se manteve à parte de seus colegas no departamento de Sociologia e o seu envolvimento com as tarefas rotineiras da universidade foi superficial. É importante ressaltar que sua abordagem e estilo de trabalho permaneceram imutáveis ao longo do tempo:

- ✓ solitário, um pesquisador teórico quase solipsista;
- ✓ conhecimento extenso e enciclopédico de textos, e um ecletismo convicto na seleção de conceitos e definições teóricas não somente dentre as humanidades,

mas também no direito, na teologia, nas ciências sociais e ciências naturais, inclusive nas áreas de cibernética, biologia, bioquímica e neurologia;

- ✓ uso de referências bizarras e misteriosas e notas de rodapé controversas;
- ✓ argumentação sistemática e inequívoca com controle perfeito da consistência de conceitos utilizados;
- ✓ retórica habilidosa e grande criatividade para cunhar novas palavras com um senso refinado para palavras sonoras, que se tornam atraentes quando associadas às palavras gregas, latinas ou inglesas;¹⁴
- ✓ radicalização irritante e/ou sensibilizadora de conceitos para provocar controvérsias e contra-argumentos;
- ✓ exemplos e evidências anedóticas, os quais poderiam ter sido retirados de casos-cenários exagerados dos textos introdutórios do direito civil;
- ✓ uma capacidade inesgotável de pensar através de hipóteses e de formular todas as possíveis conseqüências com detalhes conceituais refinados.

O resultado é, à primeira vista, uma sociologia com o sentido de jurisprudência, particularmente um registro e indexação extensos de todo fenômeno observável em áreas bem definidas e específicas com o auxílio de conceitos utilizados de forma precisa. Este tipo de descrição ideográfica e específica de determinadas áreas dos fenômenos sociais nos leva de volta a um tempo em que a jurisprudência era ainda compreendida como uma teoria da sociedade,¹⁵ especialmente na jurisprudência do Direito romano.¹⁶ A abordagem científica é aqui a observação rigorosa do que pode ser encontrado na área mapeada e na construção de conceitos aplicáveis universalmente. O objetivo não é tanto “construir uma teoria” mas produzir “boa ciência”. Então, a preocupação primeira de Luhmann está focada na adequação perfeita entre o fenômeno observado e os conceitos¹⁷ que o capturam. Gerar abstrações por si mesmas nunca foi o objetivo de Luhmann. Então, pode-se concluir que a busca metodológica de Luhmann por uma explicação científica universal da sociedade era efetivamente orientada pela experiência jurisprudencial da importância prática dos conceitos apropriados.

Mas Luhmann não parou por aí. Ele continuou a construir a teoria social dos sistemas tendo como fundação esta experiência jurisprudencial e a transformou em uma teoria sociológica universal. Ele não fez isto porque a sociologia estava à disposição e oferecia várias teorias e métodos de pesquisa. Luhmann desenvolveu a teoria social dos sistemas, a partir de 1962 e pelo resto da sua vida, pois a sociedade estava lá e pedia por explicações práticas as quais a sociologia não foi capaz de fornecer. Luhmann analisou as limitações da sociologia convencional enquanto mapeava a sociedade com a teoria de sistemas. Conseqüentemente, a teoria de sistemas operacionais fechados é, no sentido metodológico, uma descrição densa (conceitualmente rica), universal da sociedade.

Sob a perspectiva metodológica, pode-se entender porque Luhmann teve coragem – Luhmann costumava dizer diretamente: “teimosia” (*Bockigkeit*) – para construir seus conceitos teóricos a partir de uma base independente de qualquer convenção escolástica; porque ele não receava os dogmas sociológicos os quais anunciam uma confiabilidade metodológica, mas que na verdade apenas a simulam; porque ele podia, ou melhor: tinha que “voar acima das nuvens”¹⁸ e, ainda assim não perder sua orientação de oposição implacável à não-contextualidade da análise de variáveis quantitativas por um lado, e, por outro, o labirinto da arbitrariedade pós-estruturalista ou da moralidade filosófica-idealista; porque ele podia abraçar diferentes posições teóricas as quais pareciam estar opostas entre si, e porque ele chegou a essas posições muito antes que outros conseguissem cobrir a distância entre elas. A jurisprudência de Luhmann enquanto uma descrição sociológica é construtivista, universal e empírica. Ela é competente para comentar sobre tudo e interromper toda a complacência do pensamento sociológico aceito.

É claro por tudo o que tem sido dito até o momento que a observação do sistema jurídico e a prática jurídica é o terreno original de Luhmann. Isto não quer dizer que a teoria social dos sistemas é modelada em cima do direito. Mas podemos observar pela vasta produção de Luhmann que seu conhecimento profundo da prática jurídica e suas observações precisas das formas peculiares da comunicação jurídica são resultado da sua socialização profissional como advogado. Esta experiência lhe permitiu descrever e conceitualizar o sistema jurídico de forma mais densa e rica em conteúdo do que se estivesse em outros lugares no qual presenciásemos operações do sistema social.¹⁹ Quantitativamente, podemos dizer que comparativamente poucos títulos da profusa lista de publicações de Luhmann são exclusivamente dedicados ao sistema jurídico,²⁰ e eles diminuem proporcionalmente ao longo do tempo com sua crescente obra. Luhmann não pensava que lidar com o sistema jurídico garantia uma sociologia especial, e muito menos uma disciplina especial como a sociologia do direito, além disso, ele não tinha contatos específicos com a sociologia do direito institucionalizada na Alemanha e internacionalmente.²¹ Entretanto, isto apenas confirma a afirmação de que, como um empírico, Luhmann fazia descrições de áreas específicas da sociedade. Seu entendimento compreensivo e especial do sistema jurídico resultou não apenas em uma descrição densa e particular dos sistemas jurídicos, mas também forneceu uma base empírica sólida para a observação comparativa de outros sistemas sociais.

Assim o status e a importância do texto final e definitivo de Luhmann sobre o direito²², devido a sua morte prematura em 1998, é um indicador fundamental da sua abordagem.

Neste trabalho o círculo jurisprudencial amplo de uma conceitualização universal de sociedade

Klaus A. Ziegert

é fechado: a explicação do sistema jurídico segue conclusivamente a partir da teoria universal e da observação do sistema jurídico fornece uma teoria universal com uma textura de conceitos densa e complexa que se adequa à textura complexa dos fenômenos jurídicos. Densidade conceitual é a forma primordial para esse esquema de observação o qual sustenta que qualquer observação sociológica exata requer um trabalho conceitual ainda mais rigoroso. Apenas este tipo de abordagem emite argumentos teóricos robustos e científicos.²³

2. A BUSCA POR UMA TEORIA DO DIREITO SOCIOLÓGICA

Niklas Luhmann é manifestamente o mais radical, certamente o mais ambicioso propagador de uma observação científica e uma descrição do direito. Luhmann explicitou respostas a perguntas, tais como, como o direito pode ser observado e descrito como um fenômeno. Mas essas respostas não são simples e os sociólogos não devem esperar respostas simples. Acima de tudo, essas respostas não podem ser encontradas na teoria do direito ou na doutrina do direito, nem na doutrina sociológica. Por isso Luhmann amplia a filosofia da ciência e trabalha um conceito unitário de conhecimento científico com a teoria da evolução e a teoria das diferenças como a ligação essencial entre a ciência natural convencional e as abordagens das ciências sociais. Muitos leitores, especialmente advogados e sociólogos do direito são desafiados por essa abordagem científica com uma base bastante ampla, que foi introduzida com a exposição sarcástica peculiar de Luhmann e seu estilo singular de escrita.²⁴ Dificuldades de compreensão sobejam até mesmo se os leitores entendem e podem ler os textos em alemão original. As traduções evidenciam as dificuldades que se tem em acompanhar o desenvolvimento da busca de Luhmann por uma ciência irrefutavelmente esclarecedora.²⁵ Uma ciência intransigente requer uma linguagem inflexível, e aqui, salta aos olhos, o orgulho de Luhmann por ter os conceitos de jurisprudência refinadamente ajustados. Tanto a jurisprudência quanto o estilo lingüístico acadêmico da língua alemã possibilitam jogar com as palavras, modificando palavras e significados, simplesmente inventando novas palavras ou preenchendo velhas palavras com um novo significado provocativo.²⁶ Obviamente, tudo isto ajuda a distinguir a adequação conceitual das afirmações. Mas também exige dos leitores que fiquem alertas e pensem por si mesmos. Evidentemente, Luhmann oferece mais do que apenas uma teoria geral dentro do paradigma convencional dedutivista da ciência natural. De forma bastante peculiar ele se movimenta em direção – em termos metodológicos – a uma descrição densa da sociedade²⁷, inclusive do seu direito. Tal descrição densa da sociedade é complexa porque a sociedade é complexa e é “densa” pois persegue conceitual e situacionalmente cada detalhe do que aconteceu ou acontece na sociedade quando efetivamente isto acontece. Sua objeção à sociologia empírica era, na verdade, apenas com relação a um ramo específico, mesmo que amplamente difundido, da pesquisa empírica: análise quantitativa das variáveis. Ele tentou, com relutância, se distanciar de um outro tipo de pesquisa empírica, outro ramo: a descrição rica em conteúdo e densa utilizada sistematicamen-

te na pesquisa empírica qualitativa.²⁸ Na versão de Luhmann o trabalho conceitual básico é muito mais denso e entrelaçado do que imaginado pelos pragmáticos, essencialmente uma versão conceitualmente frágil da teoria de base.²⁹ Ao longo do seu desenvolvimento desde a investigação programática³⁰ até o mapeamento meticuloso³¹, Luhmann pode ter utilizado nomes diferentes para sua abordagem, mas ele delineou sua estratégia metodológica logo no início de seu trabalho e persistiu meticulosamente com ela ao longo de todo o seu trabalho, sem deixar espaço para surpresas.³²

Sua estratégia metodológica pode ser resumida da seguinte forma:

1. As coisas, ou como Luhmann prefere dizer, as “situações” (Sachverhalte) e o “mundo” livre estão aí e/ou acontecem.
2. As situações e o mundo não são nem óbvios nem auto-explicativos.
3. Eles podem ser cientificamente observados e explicados, e isto pode resultar em diferentes pontos de vista de diferentes observadores. Mas os fenômenos não são “produzidos” pelos observadores, e os observadores podem alcançar uma compreensão intersubjetiva do que as coisas “significam”.
4. A teoria que é a priori e profética (prenunciadora) não é útil (razoável) para dar explicações. A observação e a explicação científicas têm que acontecer empiricamente e através de uma base sólida de conceitos teóricos sobre observações precisas.
5. Uma base mais sólida e observações mais apuradas somente são possíveis através de uma abordagem comparativa.
6. Quando comparadas, as características mais distintas dos fenômenos são suas funções e não suas formas.
7. O aspecto mais importante das funções não é que elas são satisfeitas ou o fato de que elas existem, mas que elas são possíveis.
8. As possibilidades são contingentes. Se algo (que existe/acontece) é possível, é também possível de forma diferente (equivalentes funcionais). O fato, por si só, de que algo acontece, por exemplo, ação social, não permite inferências com relação a “porque” isto aconteceu.
9. Se algo é possível, sua manifestação pode ser comparada em diferentes cenários.
10. A arbitrariedade na escolha dos pontos de referência para as comparações pode ser limitada (observações podem ser “condensadas”) através da observação de equivalentes funcionais e como eles são gerados.

Klaus A. Ziegert

11. A boa teoria (observação precisa, rica em conteúdo, construção cuidadosa de conceitos teóricos) deve ser capaz de responder a pergunta de “como” algo pode se tornar possível, por exemplo, a boa teoria deve ser capaz de responder a pergunta de como algo pode criar suas próprias fronteiras em relação ao ambiente.³³
 12. A observação e conceitualização de sistemas e operações de sistemas são meios de construir boa teoria, pois:
 13. 12.1) sistemas existem;
 14. sistemas criam suas próprias fronteiras em relação ao ambiente (autopoiesis);
 15. sistemas organizam, reproduzem e mantêm possibilidades e condições para outras possibilidades através de suas operações;
 16. As possibilidades que são fornecidas pelas operações dos sistemas são determinadas por suas funções.
 17. A teoria social dos sistemas é uma ciência boa pois:
 18. observa operações de sistemas complexas e reais;
 19. é limitada em sua seleção arbitrária de pontos de referência (“topoi”)* pelas estruturas das operações dos próprios sistemas que são reproduzidas, e, conseqüentemente, exibidas;
 20. pode localizar topoi empiricamente através do mapeamento da área /situacional.
 21. Sistemas sociais são o “campo de pesquisa” ou o local de pesquisa da teoria dos sistemas.
- Ciente do esforço metodológico subjacente à utilização de Luhmann da teoria dos sistemas e da escolha estratégica do conceito de “sistema” enquanto elemento chave, nos leva a refutar a suspeita de que a construção teórica de Luhmann é um mero exercício pelo interesse da construção teórica em si.

3. A TEORIA DE SISTEMAS OPERACIONAIS FECHADOS

Podemos iniciar, então, a partir da asserção de que assim como a abordagem de “entendimento” de Max Weber é essencialmente orientada pelo conceito de “tipo ideal” enquanto elemento metodológico chave³⁴, o conceito de “sistema” é o elemento metodológico chave da abordagem de Luhmann com relação à teoria dos sistemas operacionais fechados. Neste sentido, o conceito de sistema é tanto um conceito teórico quanto um ponto de partida metodológico. Sua conceitualização prossegue de forma diversa à abordagem de Weber e também em contraste

acentuado com o conceito de sistema de Talcott Parsons,³⁵ afirmando que um sistema não é o tipo ideal ou uma projeção normativa mas um local ou área de mapeamento sociológico que existe concretamente e, neste sentido, é real. Ao embasar sua teoria na realidade empírica dos sistemas Luhmann prepara a fundação tanto para uma descrição densa dos sistemas quanto para uma futura construção teórica. O conceito de sistema foi integralmente desenvolvido e amarrado metodologicamente e teoricamente por volta 1984.³⁶

Pelas razões expostas acima, podemos depreender que o sistema jurídico tem uma posição paradigmática na obra de Niklas Luhmann. Consequentemente, ao mapear o sistema jurídico, nós podemos gradativamente desembaraçar os complexos laços teóricos da teoria dos sistemas operativos fechados, obter uma descrição densa do Direito e chegar a termos com a metodologia de Luhmann e a teoria dos sistemas operacionais fechados.

3.1 MAPEAMENTO DO SISTEMA JURÍDICO

Pressupostos básicos³⁷

Para Luhmann a questão não é mais “como é possível a ordem a social?”

mas sim “como é que os sistemas sociais se tornam possíveis?”

O conceito de sistema substitui a idéia de sociedade³⁸, uma palavra sem utilidade no que concerne a teoria sociológica. Isto significa: pessoas?

nações? estados? países? Ao contrário da sociedade não-conceitualizada, sistemas podem ser definidos de forma precisa. São elementos constitutivos (finais) são suas operações. Sistemas emergem de operações desfocadas que se tornam focadas.

Por exemplo, o movimento muscular nervoso automático (operações do sistema orgânico) permitem ao bebê recém-nascido associar (operação da mente ou sistema pessoal) certos estados do seu corpo (sentir-se saciado, aquecido, seco, confortável etc.) a determinados movimentos que a mãe faz no ambiente do bebê (operações do sistema social). As operações desfocadas de associação se tornam progressivamente focadas com as primeiras operações do mesmo tipo através do padrão ou da repetição do estímulo externo: o bebê começa a distinguir conscientemente entre ambiente (mãe, comida, frio etc.) e o “eu” (o que significa mãe, comida, frio etc.). A mente (consciência) do bebê começa reproduzindo³⁹ e estabilizando as mesmas operações de associação. O resultado é um conceito próprio de mente – eu, em oposição ao ambiente, apenas uma máscara (“persona”) construída em relação ao que pode ser detectado (percebido) de como os outros indivíduos se apresentam enquanto pessoas. O sistema “mente” emerge através de operações sucessivas de associação, desenvolvendo uma distinção entre as operações em si e o que elas não podem operar (ambiente).

Klaus A. Ziegert

Em nosso exemplo, nós trabalhamos com três (tipos de) sistemas e suas (próprias) operações. Há a) o sistema orgânico (corpo) do bebê, b) o sistema pessoal emergente ⁴⁰ (mente) e c) o sistema social (comunicação expressiva entre o bebê e a mãe). As operações de cada sistema são determinadas por operações prévias às quais elas lhe restam suceder. Elas não podem ser determinadas por operações no ambiente ⁴¹. E cada sistema pode lidar com outros sistemas apenas enquanto parte de um ambiente indeterminável e “obscuro”.

O auto-direcionamento total das operações de um sistema é alcançado quando ele pode reproduzir todas as suas operações exclusivamente a partir de suas próprias operações (fechamento operacional) e, conseqüentemente, pode delinear uma fronteira clara entre suas operações e o ambiente. Isto acontece, por exemplo, com o corpo ao nascer quando o cordão umbilical é cortado, com a mente quando se estabelece a consciência plena (de 3 a 5 anos de idade) e com o sistema social quando a comunicação estabelecida faz “sentido” – o “entrelaçamento de emoções e linguagem” (Maturana). Assim, o fechamento operacional que ocorre não significa uma reclusão hermética do sistema em relação ao ambiente. É meramente a observação de que a única forma na qual os sistemas podem organizar suas operações é controlando suas próprias operações e recorrendo às operações anteriores. Por exemplo, o corpo humano (sistema orgânico) não pode sobreviver embaixo d’água, pois as operações metabólicas somente podem ocorrer com o processamento do oxigênio – mesmo se tecnicamente nós pudéssemos arriscadamente buscar viver debaixo d’água. A mente (sistema pessoal) não pode e não recorre às experiências de outras pessoas – mesmo se elas são extremamente interessantes e nós confiamos, arriscadamente, na comunicação (sistema social) para aproximar as experiências dos outros. E a comunicação (sistema social) não pode ser extensiva a “conversar com” as montanhas ou qualquer outra coisa no ambiente físico – mesmo se podemos falar sobre as montanhas e até tentarmos arriscadamente conversar com elas, por exemplo, nas religiões (sistemas sociais). Em todos esses casos tudo que se encontra além das fronteiras delineadas pelas operações do respectivo sistema, ex. o que pode ser operacionalmente fechado pelo sistema, está “ultra vires” das operações do sistema – ou permanece como adivinhação ou conjectura, as quais são ainda assim operações dos sistemas “geradores de significado” (o sistema social e o sistema pessoal respectivamente).

Nós temos visto que a *recursividade* assegura que os sistemas possam lidar seletivamente com situações focando nas seqüências de operações já prontas e disponíveis, as quais o sistema utilizou anteriormente e sobre as quais o sistema tem controle exclusivo. Ao reproduzir recorrentemente tais operações o sistema se reproduz, ou ao se reproduzir exclusivamente com as seqüências de operações as quais ele utilizou anteriormente, o sistema não apenas se torna auto-referenciado, mas também cria seus elementos através de seus próprios elementos (autopoiesis).

Visto de outra forma, nós podemos dizer que as operações necessariamente auto-reprodutivas dos sistemas são alcançadas quando o sistema se fecha com relação ao ambiente – não busca recurso nele. Então, o *fechamento operacional* significa apenas que para operarem e manterem-se operando os sistemas têm apenas que colocar em jogo suas próprias operações. Fechamento operacional não significa que os sistemas operam no vácuo, ou que os sistemas não respondem às pressões, estímulos ou irritações geradas pelo ambiente ou, por exemplo, por outros sistemas.

Traduzido nos termos das operações do sistema social (comunicação), a *normatividade* se apresenta como uma forma comunicativa de fechamento operacional.

A normatividade propicia uma seleção precisa das operações possíveis e reduz o número de operações possíveis para apenas algumas poucas e distintas que são operacionáveis. Este fechamento operacional é alcançado através da comunicação de projeções significativas de estados futuros. Todas as outras referências podem ser ignoradas. Neste sentido as *projeções normativas*, artificialmente mantidas, são eficazes na manutenção das operações ao longo do tempo, pois elas ignoram toda a complexidade das outras possibilidades (ex. são contra factuais) e atingem seu objetivo através deste efeito redutivo.⁴² É a estrutura das projeções normativas enquanto operações de sistemas (comunicação) que faz com que elas possam ser mantidas mesmo se o que foi projetado não se materialize. As *expectativas normativas*, assim como as operações de fechamento em geral, são operações que, por um lado, facilitam que operações futuras sejam possíveis de qualquer forma mas, por outro, incorrem na redução da complexidade. O instrumento operacional alternativo seria a comunicação das *expectativas cognitivas*, ou seja, as projeções que sinalizam a prontidão (abertura) para o ajuste (“aprendizagem”) diante das contradições (“tentativa e erro”). Simplificando, a alternativa está entre comunicar normas e aprender. Ambas são formas *factuais* de comunicação.⁴³ Além disso, as operações comunicativas das expectativas promovem uma conexão entre o sistema social (comunicação) e os sistemas pessoais (mentes). Através desta *conexão estrutural* as operações estritamente separadas de cada sistema podem se tornar alinhadas entre si e se ajudarem mutuamente em uma *relação parasitária* de sistemas sociais e sistemas pessoais, na qual cada sistema pode usar a complexidade do outro sistema para operar em sua própria autopoiesis. Desta forma, as expectativas normativas que são comunicadas na sociedade – são normativamente realizadas através das expectativas que são, assim como as idéias, os pensamentos ou mesmo fantasias, internalizadas na consciência das mentes das pessoas.

Aqui também, e sempre que as operações dos sistemas são consideradas, não há um caminho direto das operações de um sistema para as operações de outro sistema, por exemplo como o

Klaus A. Ziegert

reflexo de um espelho. As operações de cada sistema acontecem ou não acontecem, mas quando elas acontecem, elas sempre acontecem apenas nos termos de cada sistema.

Então, uma primeira conclusão é que as operações de comunicação e suas reproduções sucessivas do próprio sistema constituem o sistema social. Qualquer desenvolvimento futuro, por exemplo num sentido histórico ou evolucionário, é um desenvolvimento *dentro* do sistema social. Em outras palavras, para desenvolver novas possibilidades de comunicação, o sistema social pode fornecer um ambiente dentro do sistema em relação ao qual outros sistemas podem ser fixados. Os subsistemas operam tendo o sistema social enquanto seu ambiente. Por exemplo, uma sociedade tribal⁴⁴ de nômades é geralmente organizada de forma segmentada, em pequenos grupos (hordas), para haver uma cooperação mais rápida e flexível. Dentro das hordas, os nômades são diferenciados funcionalmente em famílias tendo ou não outros membros da horda associados (solteiros, na maioria homens adultos). A função das famílias não é cooperar com outras famílias mas lidar com a vida diária de forma contínua, tanto em relação à reprodução biológica (sistemas orgânicos)⁴⁵ quanto em relação à reprodução do sistema social (comunicação como efeito da socialização e controle social).⁴⁶ Portanto, as famílias são um subsistema funcional do sistema social que realizam suas funções através da segmentação. Todas as famílias em todo o mundo têm a mesma função, apesar de suas formas muito variadas (ampliada, “nuclear”, endogâmica, exogâmica, monogâmica, poligâmica, heterossexual, homossexual etc.). Todas reproduzem a sociedade como um todo nas operações de cada uma delas. No entanto, a horda e, podemos dizer, também, a sociedade estão no ambiente da família, no qual as famílias delineiam os conceitos significativos de “nós” e “eles” sempre que considerarmos que as famílias são famílias da sociedade e surgem através da diferenciação das operações do sistema social como um todo.

Então, uma outra conclusão é que a diferenciação de (sub) sistemas funcionais dentro do sistema social resultam de *operações seletivas* as quais criam e depois fixam significados especiais que agem como foco para uma futura comunicação (especializada) e atuam contra as pressões das complexidades do ambiente. Luhmann sugere que os sistemas sociais alcançam isso fechando e delimitando operacionalmente (normativamente) a comunicação de referências a três dimensões do significado⁴⁷:

- a) referências à dimensão factual do significado (ex. coisas e contextos no ambiente),
- b) referências à dimensão temporal do significado (ex. passado, futuro, a certa distância), e
- c) referências à dimensão social do significado (ex. os outros e suas experiências e ações). À

medida que a complexidade do sistema social aumenta, principalmente através de suas próprias operações de diferenciações em subsistemas, a separação das referências a essas três dimensões se torna mais acentuada pelas operações do sistema social em sistemas especiais (diferenciados funcionalmente) para aumentar a seletividade da comunicação (o sistema social).

Por exemplo, a preferência por referências à dimensão factual permite fixar *conceitos de pessoas*, ex. como os outros se apresentam, valores; ex. pontos de preferência para uma ação realizada por outros, ou *papéis*, ex. aspectos do escopo das atividades dos outros. A comunicação dos conceitos de pessoas especifica a função de famílias (ex. o sistema família, veja discussão acima), sua socialização e operações de controle social relacionando conduta a conceitos significativos de pessoas (por exemplo, o que significa se comportar como um homem, mulher, criança, herói, santo etc.). A comunicação de valores especifica a função de sistemas políticos, inclusive religiões ao comprometer e unir coletivamente os outros a valores escolhidos. A comunicação dos conceitos de papéis especifica os procedimentos da organização do trabalho, ex. no comércio, profissões, indústrias etc. e permite trocar a estrutura social de uma sociedade de status (na qual os conceitos de pessoas são comunicados acima de tudo) para uma sociedade de “classe” (na qual a comunicação dos conceitos de papel permite um aumento enorme da comunicação ex. “sociedade de massa”). Por outro lado, a comunicação usando referências à dimensão social do significado especifica a proteção contra a complexidade das relações sociais e contra o efeito da não confiabilidade dos indivíduos.⁴⁸ Ela oferece, na forma das instituições, uma alternativa para as “pessoas reais” que seja mais generalizada normativamente e mais confiável – por exemplo, os juízes de um tribunal (devem), dentre suas obrigações institucionais, ouvir todos os casos todo o tempo e (devem) decidir destemidamente e sem favorecimento. Finalmente, comunicação usando referências à dimensão temporal do significado especifica a proteção contra a abertura do tempo – ninguém sabe sobre o futuro ao certo. A comunicação que é resistente ao futuro fornece através das normas uma alternativa mais confiável e generalizada em relação ao “futuro real”.⁴⁹ Uma norma permite assentir certa previsão do futuro – um sinal de limite de velocidade significa: todos os motoristas respeitarão certa velocidade – que não pode estar errada (“inoportuna”) mesmo se o futuro previsto não se materializar (motoristas raramente dirigem exatamente na velocidade exigida). Enquanto a norma não pode garantir que o futuro projetado se materialize, ela pode, por outro lado, justificar a conduta retrospectivamente (ex. depois de um acidente) ou permite litígio (ex. depois de um machucado ou “delito”). Então, duas observações são importantes aqui:

- a) as normas “imunizam” contra a imprevisibilidade do futuro, mas não podem controlar o futuro, e

Klaus A. Ziegert

- b) o efeito funcional das normas não é a projeção de um futuro ideal,⁵⁰ mas a projeção de uma alternativa “gerenciada” com relação a um futuro imprevisível através de uma operação de comunicação extremamente seletiva.

Theodor Geiger se aproximou deste conceito de norma enquanto organização de operações de seleção. Em sua sociologia do direito “jurídico-realista” ele formulou, de forma tipicamente positivista, que a norma é um “modelo para a coordenação da conduta: $s \rightarrow c$; ... um relacionamento firme entre s e c , no qual s significa uma situação definida s , e c uma determinada conduta c que é esperada”.⁵¹ Entretanto, ao tentar explicar o resultado da aderência do seu modelo ele se perdeu no labirinto do paradigma da ação social e seus sujeitos, afirmando, ao mesmo tempo em que o fez Parsons, que a “integração” social era o objetivo funcional das normas (uma referência à dimensão social). Somente o ato de entender a sociedade como um instrumento de redução da complexidade através de operações de comunicação, por sua vez bastante complexas, revela a diferenciação refinadamente sintonizada de formas especiais de comunicação nas quais as normas são variações eficazes das formas de fechamento operacional. O resultado da aderência das normas é alcançado em relação ao tempo e não em relação à dimensão social (integração). As normas aderem ao tempo não às pessoas. Isto explica porque as normas em sua grande maioria não são impostas ou como a não-conformidade às normas continua não sendo questionada. Como regra, as normas são mantidas lado a lado, mesmo quando elas se contradizem ou são conflitantes, com custos sociais freqüentes e consideráveis. A demarcação das normas quanto à aderência ao tempo também explica porque o sistema jurídico como um sistema de comunicação especial (funcional) tem a fixação das normas como sua única função e porque ele alcança esta função através da diferenciação da tomada de decisão e não através da imposição. O sistema jurídico é o sistema imune da sociedade (um sistema dentro do sistema social) o qual a protege contra a imprevisibilidade de um futuro em aberto.⁵²

O SISTEMA JURÍDICO PASSO A PASSO

1. O sistema social (sociedade ou sistema social) é a unidade autopoietica de toda comunicação humana. Ao lidar com seu ambiente complexo (tudo externo às operações de comunicação), o sistema social seletivamente aumenta sua própria complexidade, diferenciando (especializando) operações de comunicação que, por sua vez e enquanto sistemas operacionais fechados, criam seus (próprios) ambientes dentro da sociedade com a comunicação da sociedade.
2. Direito é direito da sociedade e sociedade sempre teve direito. Uma prática especializada

(comunicação) de tomada de decisão jurídica de observadores secundários da sociedade (conselheiros, chefes, assembleias deliberativas, autoridades políticas e do judiciário, padres, administradores, juízes etc.) pode sempre se referir – normativamente – à *tradição* como nos primórdios do direito.⁵³

3. O fechamento operacional (recursividade) acontece quando os tomadores de decisão baseiam suas decisões no direito conforme as decisões iniciais (decisões jurídicas). O *direito positivo* é uma comunicação jurídica operacionalmente fechada que fundamenta as decisões jurídicas – normativamente – exclusivamente nas comunicações jurídicas firmadas inicialmente (decisões, documentos legais, textos jurídicos). Historicamente este é um desenvolvimento relativamente tardio e acontece apenas em condições históricas específicas da sociedade europeia.
4. A (única) função de uma comunicação jurídica especializada (direito) é o aprimoramento da seletividade das expectativas normativas na sociedade em relação à dimensão do tempo (fixação da expectativa normativa).⁵⁴ Esse aprimoramento é praticamente alcançado quando se utiliza a seletividade das próprias operações do sistema jurídico para endossar projeções específicas de normas que, enquanto direito “válido”, imunizam contra a abertura do futuro.
5. O direito é sempre criado e nunca “fundado”. As operações de tomadas de decisão jurídicas precisam reproduzir continuamente (e consistentemente) a seletividade da comunicação jurídica e, conseqüentemente, acrescentar comunicação normativa (distinções, regras, princípios, leis, estatutos, códigos) ao processo. Isto não pode ser “fundado” nos ambientes do sistema jurídico nem do sistema social e eles não existiriam de forma alguma na sociedade (o sistema social) sem as operações do sistema jurídico.
6. Todas as comunicações jurídicas (normas jurídicas, documentos jurídicos, tomadas de decisão jurídicas e suas conseqüências) devem ser entendidas nos termos dessa produção auto-criada de um “valor agregado” intrínseco (*Eigenwertproduktion*) gerado pelas operações do sistema jurídico e somente do sistema jurídico.⁵⁵
7. Conseqüentemente, o direito é um (sub) sistema funcional do sistema social que atua como um sistema imunizador do sistema social.⁵⁶ No caso de uma perturbação ou deficiência das expectativas normativas - decepções, culpas, reclamações, contradições, conflitos, impasses, acidentes, ou seja: “casos e controvérsias” – a sociedade oferece uma “solução substituta” através das operações do sistema jurídico, observando o sistema jurídico no que se refere às conseqüências da perturbação para o próprio sistema jurídico. Em cada caso as conseqüências são (outras) operações jurídicas (decisão, nova legislação, mudanças jurídicas).

8. A função de um sistema imune (fixação das expectativas normativas) é alcançado através do fechamento operacional auto-direcionado do sistema jurídico. Todas as suposições de uma engenharia social através do direito (Roscoe Pound) ou orientação social através do direito, as quais são amplamente veiculados na literatura da sociologia do direito, desconsideram a diferenciação específica da comunicação jurídica em relação à dimensão temporal (aderir ao tempo não às pessoas) e ao fato de que, por demarcação, as operações legais somente podem “controlar” operações legais, mas não a conduta nem o comportamento em seu ambiente. Neste sentido estrito, todo o postulado jurídico normativo sobre o comportamento em “conformidade com a norma” é acrático, ex. projetar um desempenho que eles não podem “dirigir” ou controlar.⁵⁷ Outros sistemas (inclusive os sistemas pessoais) podem ser estimulados ou provocados pelas operações do sistema legal, mas suas operações permanecem “ultra vires” em relação à comunicação jurídica.⁵⁸
9. Embora a unidade do sistema jurídico seja constituída pelo uso de auto-referências cada vez mais consistentes e complexas, esta identidade do sistema pode ser operada apenas dentro do sistema enquanto um mistério (“ponto cego”) representada por um símbolo.⁵⁹ Internamente, o sistema jurídico representa sua unidade, ex. o paradoxo da sua unidade auto-gerada e a evidência do seu fechamento operacional bem sucedido através do símbolo de “validade legal”.
10. O empenho autopoiético da comunicação jurídica é um esforço a uma diferenciação interna do sistema jurídico, refletida no “apetite voraz dos advogados por proposições legais” (Ehrlich), ou simplesmente na proliferação dos “casos”. Isto também é uma indicação de que a comunicação jurídica não se preocupa com as pessoas, mas com a fixação das expectativas normativas, refletidas na (auto-) observação dos casos (decisões) enquanto operações do sistema.⁶⁰ Em consonância com esse requisito funcional, o comando de “tratamento igualitário” se traduz no direito em tratamento igualitário aos casos (não pessoas), ex. tratando casos iguais de forma semelhante e casos diferentes de formas diferentes. A (auto-) observação dos casos é um mecanismo de aprendizagem para o sistema jurídico que conduz sua diferenciação a níveis mais elevados de complexidade interna (ex. uma melhor seletividade com respeito à complexidade encontrada no ambiente do sistema legal). No entanto, as referências nestas operações de “aprendizagem” ainda permanecem auto-referenciadas no direito e não no ambiente. Este último apenas fornece a motivação para a diferenciação internalizada como “fatos”. Entretanto, os fatos também são, indubitavelmente, construções (operações) do sistema jurídico e não uma materialização do ambiente no sistema jurídico, como qualquer observação externa (científica) dos procedimentos do tribunal e do tratamento de evidências pode demonstrar. A observação do ambiente - os fatos do caso - também é uma operação do sistema jurídico.

11. Há uma correlação óbvia entre o aumento da complexidade deste tipo de “direito dos advogados” e o aumento da complexidade no sistema social (“sociedade”) no todo e nos outros sistemas sociais (economia, política, sistema, ciência etc.) Esta relação pode ser chamada de parasitária. Quanto mais expectativas normativas são reproduzidas nesses outros sistemas, como uma condição para sua diferenciação (fechamento operacional), mais pressão é colocada no sistema jurídico (ex. mais casos) para tomar decisões seletivamente, as quais, na verdade, “mudam o direito”. Por sua vez, essas decisões legais motivam outros sistemas a re-alinharem sua reprodução de expectativas normativas.
12. Esta dualidade da seleção da norma jurídica e projeção da norma social pode ser chamada de *modalidade dúplice* do direito ou desempenho dúplice do direito.⁶¹ A atividade das operações de tomada de decisão diferencia um *sistema de tomada de decisão* específico dentro do sistema jurídico. Este último é que seduz a doutrina jurídica, teoria jurídica e depois a educação jurídica a assumir que o direito é domínio exclusivo dos advogados e que as proposições jurídicas e os textos são “o direito”. Esta visão interna subestima a relação seletiva da tomada de decisão jurídica e as operações associadas com a reflexividade normativa, ex. as expectativas normativas das expectativas normativas, que fundam as estruturas de significado na sociedade que são a outra forma de direito ao qual a tomada de decisão jurídica responde. Por outro lado, embora, o “centro de gravidade do direito” possa muito bem “ser encontrado na sociedade”⁶² (e não em proposições jurídicas ou no “direito dos livros”), seu fechamento operacional é somente alcançado com a tomada de decisão jurídica no sistema de tomada de decisão.
13. Um aumento substancial das operações do sistema de tomada de decisão nos sistemas jurídicos avançados, testemunhado, por exemplo no Direito Romano e nos primórdios do direito comum europeu, está indiretamente amarrado ao “enrijecimento” das fronteiras do sistema jurídico de tomada de decisão. Isto significa que o crescente refinamento das distinções utilizadas na decisão de casos produz um crescente refinamento na distinção fundamental entre o que é o direito (o que pertence à unidade do sistema jurídico; o que constitui a unidade do sistema jurídico) e o que não é o direito. Neste processo, tal refinamento nos leva a uma distinção binária precisa que permite que apenas dois valores sejam utilizados na comunicação jurídica: direito e não-direito. Esta distinção básica ocorre simultaneamente em todas as operações jurídicas como uma codificação e fornece indícios para identificar as operações jurídicas em comparação com as operações que não são.⁶³ Um código binário rígido é a indicação de que o fechamento operacional da tomada de decisão jurídica é um *direito positivo*, tal como encontrado desde o início, e de forma exemplar, no direito comum inglês. Comparativamente, as organizações jurídicas no continente europeu e em outros lugares lutam há muito tempo e ainda continuam a

lutar com o problema de valores terceiros – direito, não-direito e X. Exemplos históricos de valores terceiros são direito divino, igualdade, natureza, razão, o credo americano (a constituição), o estado, o partido Comunista, o interesse nacional. Embora seja politicamente conveniente para o sistema jurídico operar códigos com três ou mais valores, a seletividade das operações jurídicas é claramente reduzida e, por sua vez, a força da tomada de decisão jurídica é diminuída. Isto significa, principalmente, que a estabilização das expectativas normativas na sociedade é mantida ou revertida, conforme o caso, por mecanismos que vinculam as pessoas (através do status, nomenclatura, “ligações escusas” – corrupção) muito mais do que o tempo. Ou seja, é a “regra do homem” se impondo à do direito.

14. A “rigidez” do código binário restrito das operações jurídicas para tornar as decisões mais consistentes, com vistas também a futuras decisões, foi desde cedo reconhecida no desenvolvimento dos sistemas jurídicos de tomada de decisão, e algumas tentativas foram feitas para “suavizar” as conseqüências desagradáveis das decisões jurídicas. Consequentemente, o direito Romano complementa a tomada de decisão jurídica ordinária com um direito pretoriano bastante discricionário, que permite que um terceiro valor como “igualdade” seja adotado pelas operações jurídicas. Da mesma forma, o direito comum inglês desenvolve um ramo da “igualdade” de tomada de decisão que não se submete à rigidez do código binário da tomada de decisão jurídica. Entretanto, comprovadamente a operação de um terceiro valor, a “igualdade”, não resiste à forte tração centrífugadora do sistema jurídico de tomada de decisão ao longo do tempo e reina apenas como mais uma forma de tomada de decisão, mesmo que arcaica e peculiar no direito comum inglês. O mesmo desenvolvimento pode ser observado em tentativas mais recentes para “suavizar” a rigidez do código binário das operações jurídicas, por exemplo, arranjos de decisões informais, como nos tribunais industriais ou centros de justiça comunitária. Também aqui os procedimentos e decisões estão se tornando cada vez mais “legalizados”, o que é indicado por um número crescente de advogados que participam dos processos de tomada de decisão, e principalmente quando as apelações se encontram em instâncias ordinárias mais elevadas.⁶⁴
15. A rigidez do código jurídico binário pode ser também inaceitável em culturas nas quais os valores tradicionais (controle familiar e social) de harmonia, subordinação e aquiescência hierárquica são difundidos nas operações do sistema social.⁶⁵ Consequentemente, direito na Ásia, particularmente na China, Coréia, Japão e Vietnã, nunca se tornou um direito positivo, apesar da codificação dos textos jurídicos ter acontecido relativamente cedo, principalmente no direito penal na China e no Vietnã, e das tentativas de modernização

do direito que aconteceram com a importação dos códigos civil e penal europeu para o Japão, China e Vietnã nos séculos XIX e XX. É importante admitir que hoje as operações jurídicas especialmente na China e, em um ambiente político diferente como o do Japão, são codificadas com um terceiro valor (a ordem dos partidos políticos e a ordem da elite tradicional respectivamente). Isto denota a redução da força de uma decisão jurídica em favor de “arranjos informais”,⁶⁶ a falta de uma diferenciação funcional completa das operações do sistema social como um todo, ao mesmo tempo em que preserva um alto nível de estabilidade das estruturas sociais.

16. No que se refere ao direito, uma alternativa mais bem sucedida para lidar com as consequências da rigidez do código binário e principalmente com o direito positivo é a diferenciação interna dos mecanismos que “mobilizam” as mudanças jurídicas sem perda de seletividade e consistência por parte das operações jurídicas. Tais mecanismos são predominantemente *programas e procedimentos*.⁶⁷ Isto significa que os sistemas jurídicos de tomada de decisão aprendem a distinguir as operações de codificação (reprodução da unidade dos sistemas jurídicos, ex. especificamente quando “quaestio juris” é solicitado) das operações de programação que fornecem uma “semântica adicional para gerar novos pontos de vista”.⁶⁸
17. As formas mais proeminentes para programar operações jurídicas são os programas legislativos (leis, estatutos, códigos) e procedimentos jurídicos. Embora os programas sejam referências normativas generalizadas (expectativas) em relação à dimensão factual⁶⁹, sua seleção pelas operações jurídicas é significativamente aprimorada no sistema jurídico de forma a servir aos critérios do tempo para as operações jurídicas. Esta sensibilidade para a dimensão temporal é refletida no fato de que os sistemas jurídicos operam programas exclusivamente condicionais⁷⁰. Programas condicionais podem mobilizar (gerar procedimentos) operações jurídicas em uma combinação típica de fechamento operacional (referências ao código binário) e abertura cognitiva (referências à seqüência associada) na forma de “se x então y, z e ã”⁷¹. Veja em uma perspectiva temporal, o programa condicional fornece a certeza/consistência das operações legais ao colocar a condição no presente e vinculá-la a futuras consequências para a operação jurídica (no futuro presente). Futuro futuros (por vir) são “ultra vires” para as operações jurídicas e, conseqüentemente, fora da jurisdição do sistema jurídico. Assim, os programas orientados por metas – os preferidos no sistema político e também na medicina (“terapia”) – não tem utilidade para as operações jurídicas, pois sua projeção (especulativa) das operações no futuro do futuro é extremamente aberta e inaceitável como base para uma operação jurídica, por exemplo, a decisão. O direito não especula sobre o futuro, ele vincula o

tempo e, conseqüentemente, o futuro do presente. Acima de tudo, foi o desenvolvimento da distinção entre o código binário e os programas e a combinação de fechamento e abertura operacional para contingências futuras na forma de programas condicionais que impulsionou a evolução do direito para um nível muito mais elevado de complexidade interna. Isto, por sua vez, aumentou significativamente o interesse da comunicação jurídica pelo sistema social e outros sistemas (sub-sistemas funcionais e também sistemas 18. Embora os programas legislativos tenham se desenvolvido de forma considerável a ponto dos sistemas políticos, e aqui acima de tudo os governos, colocarem pressão no sistema jurídico, eles são frequentemente utilizados para deslocar os problemas políticos para o sistema jurídico para ganhar tempo. Eles podem ou não motivar (“instigar”) a comunicação jurídica a processar mudanças jurídicas. A mudança jurídica somente pode ser efetuada pelas operações jurídicas e seu programa está sujeito à revisão jurídica e não ao poder político (comunicação política). Apesar de todos os contra-exemplos,⁷² a legislação (programas legislativos) não pode comandar as operações jurídicas. Ou melhor, a tração centrífuga do sistema jurídico de tomada de decisão coloca as operações seletivas de decisão jurídica (tribunais) em seu centro e relega a legislação à periferia do sistema jurídico. Como não há comunicação *entre* o sistema político e o sistema jurídico (mas apenas comunicação nos respectivos sistemas), não pode haver uma *relação hierárquica* entre os sistemas e apenas uma *relação funcional* co-evolucionária. Esta relação é controlada separadamente pelas operações de cada sistema. Ex. As intenções políticas no programa legislativo estão sujeitas ao filtro das operações jurídicas “irritadoras**” que estão na periferia e das operações seletivas que estão no centro do sistema jurídico.⁷³

19. A forma assimétrica e altamente seletiva dos programas condicionais (fechamento operacional e abertura cognitiva) é recorrente sob a forma dos *procedimentos jurídicos*. Os procedimentos são organizados na forma de um episódio temporalmente bem definido⁷⁴. Estes episódios iniciam com a apresentação de uma petição/reivindicação e termina com uma decisão. A comunicação jurídica alcança o fechamento operacional ao controlar os aspectos temporais deste episódio (início e término), e a abertura cognitiva ao permitir que qualquer assunto seja exposto no tribunal e todos os seus aspectos apresentados, contanto que o assunto satisfaça aos critérios do caso.

Ao organizar os processos dos casos na forma de episódios formalmente controlados, a comunicação jurídica fica aberta para “aprender”, ex. retirar informações (“uma diferença que faz a diferença” [Bateson]) das operações redundantes do procedimento caso a caso. A codificação binária fornece a atribuição de comunicação ao valor direito ou não-direito, mas se mantém aberta à comunicação nos processos. Essa tensão produz a incerteza episódica dos processos jurídicos, através da qual a comunicação jurídica se

alimenta. Os processos utilizam a incerteza como um “meio para sua própria autopoiesis”⁷⁵. A abertura dos processos enseja contribuições dos participantes e motiva a participação ao oferecer perspectivas de alternativas e oportunidades, mas não resultados, além disso, propicia e recebe o reconhecimento dos participantes através da participação deles na comunicação. “No final, [participantes] são prisioneiros de sua própria participação no processo, com pouca perspectiva para desafiar a legitimidade do processo ex post-facto.”⁷⁶

20. A observação da estrutura do processo jurídico permite enxergar a argumentação jurídica e o raciocínio jurídico sob uma perspectiva diferente, especificamente em relação à abertura do processo jurídico que está no centro das operações seletivas do sistema de tomada de decisão jurídica.⁷⁷ A argumentação jurídica e o raciocínio jurídico não seguem uma “lógica jurídica” específica⁷⁸, mas sim a estrutura seletiva da redundância e da variedade dos termos jurídicos, principalmente, na comunicação nos tribunais como a autopoiesis do sistema jurídico. A redundância dos termos jurídicos confirma e condensa o seu uso na comunicação jurídica, a variação (distinção) abre caminho para novos termos jurídicos e principalmente para as mudanças jurídicas sob a proteção tanto do controle formal dos processos jurídicos quanto do fechamento operacional no que tange o código binário. Considerando-se a argumentação jurídica e o raciocínio jurídico como operações jurídicas contíguas (operações dentro dos processos dentro do código binário do sistema de tomada de decisão dentro do sistema jurídico), essas são altamente seletivas (produtivas) pois são operacionalmente fechadas. Neste sentido, a variação dos termos jurídicos é circunspeta e crescente, construída sobre as camadas de referências internalizadas, relativas à situação externa ao sistema jurídico. Por exemplo, a distinção entre direito “formal” e “substantivo” pode ser compreendida como uma distinção entre auto-referências da comunicação jurídica (formal) e outras referências (substantivas), ao mesmo tempo em que permanecem efetivamente como operações jurídicas. Da mesma forma, os conceitos de “interesses” ou “costumes” permitem que outras referências sejam incorporadas na argumentação jurídica e no raciocínio jurídico. pessoais), os quais têm o sistema social como seu ambiente.
21. Portanto, a profissão do direito e seu estilo de comunicação compartilham das operações jurídicas no centro do sistema de tomada de decisão e são centralmente importantes para o funcionamento do sistema jurídico. Em determinados casos históricos, como o Direito Romano e o direito comum inglês, o fato de que os advogados são de um grupo social específico (aristocracia) é a plataforma de lançamento para a diferenciação de um sistema operacional fechado e o desenvolvimento de um código binário restrito que acrescenta autoridade, legitimidade e validade ao desenvolvimento do sistema de tomada de decisão.

Mesmo nos regimes modernos comuns do direito é manifesta a função dos advogados como facilitadores da comunicação jurídica, principalmente nos processos, nos tribunais, bem como em seu controle profissional, e particular, do sistema jurídico.

Esta importante função da advocacia não é nitidamente visível em outros regimes jurídicos nos quais há diferentes organizações dos papéis dos principais funcionários públicos na área jurídica. Por exemplo, a falta de integração política na Europa continental medieval gera uma dominância de acadêmicos do direito na Europa continental. Já nos países da Europa Nórdica a dominância de integração política, bem como na China e Japão, gera uma predominância do papel dos legisladores e administradores na comunicação jurídica. Para finalizar, os papéis jurídicos especializados estão, de forma geral, ausentes nos regimes de direito religioso como no direito islâmico, no direito canônico ou no direito hindu. A importância central da advocacia é ainda ofuscada por ideologias jurídicas promovidas por outros funcionários públicos do direito. Por exemplo, a doutrina jurídica das fontes do direito no direito da Europa continental, especialmente na França, e também em todos os outros regimes de “direito civil”, inclusive o direito nórdico, permite que os tomadores de decisões jurídicas trabalhem com suposições que vinculam textos jurídicos (código, legislação). Isto incrementa a produção de textos jurídicos (idealmente contínuos), especialmente de códigos jurídicos e interpretações lógico-jurídicas desses textos (dedução a partir dos princípios), pelos tomadores de decisão e reduz a importância do papel dos advogados. O raciocínio jurídico e a argumentação jurídica são aqui projetados normativamente dentro da interpretação dos códigos e textos. No entanto, também nesses regimes jurídicos, não obstante o status ideológico elevado dos códigos e da legislação ou mesmo de determinado “direito divino” utilizado pelos juízes de carreira, a autopoiesis do sistema jurídico acontece apenas através da operação seletiva de redundância e da variedade dos termos jurídicos nos tribunais. Isto se torna mais evidente, pelo menos no contexto europeu, com a integração europeia e o papel importante dos tribunais europeus (Corte Europeia de Luxemburgo, Corte Europeia de Direito Humanos em Estrasburgo, etc.) neste processo histórico, o qual se reflete no processo de direito global através das decisões nos tribunais.

22. A observação das operações jurídicas, inclusive a auto-observação e auto-descrição na doutrina jurídica, na teoria jurídica e, no raciocínio jurídico e na argumentação jurídica sustentam a descoberta mencionada acima (ponto 18) de que o sistema de tomada de decisão jurídica, assim como a organização em outros sistemas funcionais,⁷⁹ é organizado sob a forma de centro e periferia, e não hierarquicamente, tendo os tribunais e a comunicação episódica dos processos no centro da comunicação jurídica. Com relação à dinâmica evolucionária da seleção e da variação, a comunicação jurídica é fixada a partir

do centro de forma a alcançar uma seletividade elevada combinada com consistência e certeza, mas aberta para a comunicação “cognitiva” através do filtro em sua periferia. Operações típicas na periferia são, como vimos acima, a legislação, doutrina jurídica, teoria jurídica (inclusive teorias jurídicas reflexivas como estudos críticos jurídicos, jurisprudência sociológica, realismo jurídico, jurisprudência feminista etc.) Eles também incluem operações jurídicas “à sombra do direito” como os contratos, testamentos, mediação, arbitragem, negociação, decisões administrativamente delegadas e desvios da justiça criminal tais como deliberação de família e desonra da comunidade. Tal individuação histórica em sistemas concêntricos de tomada de decisão jurídica (organizações jurídicas, regimes jurídicos) é resultado da diferenciação do sistema jurídico global (sistema jurídico) que produz dessa forma um ambiente no qual os diferentes regimes jurídicos/ organizações (direito francês, direito japonês, direito judaico etc.) podem tratar uns aos outros tanto em separado como conjuntamente.⁸⁰ Historicamente, a comunicação jurídica tem sido mais ampla na periferia do que nas referências ao sistema de tomada de decisão “local” no centro, o que permitiu que todos os regimes aprendessem uns com os outros ou pelo menos trocassem idéias para a sua construção a partir de outros regimes jurídicos. Assim como o sistema social é delimitado pela comunicação global dos seres humanos em sua totalidade, mas é reproduzido localmente, nós precisamos admitir que também o sistema jurídico é um sistema global delimitado pela comunicação jurídica que é reproduzida localmente. Neste sentido o direito internacional e suas instituições são apenas um “cliente” local do sistema jurídico global e não seu ápice hierárquico, pois ele contribui para a autopoiesis do sistema jurídico (global) apenas tanto ou tão pouco quanto outros clientes locais com seus processos em tribunais locais.

23. A evolução do direito, então, é o gerenciamento autopoietico de sua complexidade interna em desenvolvimento. Nesta perspectiva, o princípio de “justiça” é apenas uma outra possibilidade, juntamente com o princípio de validade jurídica, de se referir à unidade do sistema jurídico. Justiça, assim como a validade, não é um “terceiro valor” para codificar as operações jurídicas (ex. direito/não-direito/justiça?), mas uma fórmula para a contingência dos produtos (sociais) das operações jurídicas, ex. uma fórmula para outras referências (igualdade, interesses),⁸¹ deixando intacto o fechamento operacional que é alcançado com o código binário, que, por sua vez, opera correlatos internos de “justiça” (justiça processual, certeza/consistência da decisão).
24. Da mesma forma, questões relativas à justiça social são externalizadas onde elas não podem ser operadas enquanto termos jurídicos, e são remetidas à *periferia do sistema jurídico*. É importante ressaltar que, embora tais questões (operações) cruciais, expressas

em diferentes estágios e em diferentes momentos da história, busquem se distanciar do direito *tal como sua operação é percebida*, elas ainda são operações que acontecem no sistema jurídico e são, conseqüentemente, operações do sistema jurídico. Dependendo de quão virulentas sejam as irritações* que o sistema jurídico inflija a si mesmo, essas comunicações podem ou não levar a níveis de maior diferenciação e/ou maior complexidade do sistema jurídico. Entretanto, o mais importante é que esses movimentos essenciais mostram que o sistema jurídico possibilita as irritações* para consigo mesmo enquanto formas de operações do sistema jurídico, e o sistema reage a essas irritações* apenas como formas de operações do sistema jurídico.

25. A impossibilidade de comunicação *entre* os sistemas e as correlações aparentes historicamente variadas entre o sistema jurídico e outros sistemas sociais demandam uma observação mais precisa sobre como tais relações se tornam possíveis e que forma elas adquirem. Nós mencionamos anteriormente a co-existência parasitária do sistema pessoal com o sistema orgânico e sua conexão estrutural na mente dos seres humanos,⁸² ou a *conexão estrutural* de sistemas pessoais com o sistema social com o auxílio do mecanismo das expectativas normativas. A co-evolução dos sistemas sociais, especificamente a co-evolução do sistema jurídico com o sistema econômico e o sistema político, parece ocorrer da mesma forma que a *conexão estrutural*. Isto quer dizer que cada sistema ajusta suas próprias operações conforme o desempenho de outro(s) sistema(s). Obviamente isto só pode ocorrer se os respectivos sistemas alcançaram não somente o fechamento operacional (código binário para o sistema jurídico), mas, também, um nível de complexidade interna relativamente elevado.

Entretanto, uma vez que os sistemas sociais estejam suficientemente diferenciados (desenvolvidos), eles podem utilizar a complexidade de outro sistema para operar sua própria autopoiesis e se co-desenvolverem parasiticamente na complexidade um do outro. Por definição esta autopoiesis só pode ser alcançada se as operações do próprio sistema reproduzirem as futuras operações do sistema.

26. No desenvolvimento do direito (europeu) duas relações parasíticas são particularmente evidenciadas: a co-evolução do direito e da economia e a co-evolução do direito e da política (estado).⁸³
27. A conexão estrutural do direito com a economia é evidente em mecanismos tais como o contrato e a propriedade, que com ambos os sistemas aprimora sua autopoiesis – mais mudanças no sistema econômico, mais casos no sistema jurídico – ao usufruir da complexidade do outro sistema. Apesar da relação ser clara no direito comum inglês, o direito privado é, em geral, identificado como o mais dinâmico em seu desempenho dentro do

sistema jurídico, criando mais irritações* para o próprio sistema jurídico do que outros desempenhos (por exemplo, o direito criminal) e em contraste às irritações* causadas externamente (por exemplo, pela legislação do bem-estar social).

Um papel dinâmico semelhante ao do “direito econômico” (direito privado) se manifesta em alguns regimes recentes de direito de transição na Europa Oriental e na Ásia Oriental, mas é restringido por dificuldades em alcançar o fechamento operacional das operações jurídicas devido à falta ou ao desenvolvimento insuficiente do direito positivo.

28. Uma outra conexão estrutural resultante é aquela do direito e política, especialmente na forma de estado e direito. O instrumento aqui é a constituição, a qual tem em seu viés político as operações do estado e em seu viés jurídico as operações do direito no desempenho ideológico do direito constitucional. Aqui também é perceptível que o alinhamento parasitário só possa ocorrer em um estágio avançado de diferenciação de ambos os sistemas. Isto explica a ocorrência histórica comparativamente tardia desta conexão em contraste com a conexão do direito com a economia e a conexão fundamental para o desenvolvimento da economia monetária. Historicamente a forma da conexão estrutural do direito com o estado nas suas formas respectivamente avançadas é conceitualizada como o *império da lei* em direito comum, e direito de estado (état de loi, Rechtsstaat) no direito da Europa Continental, internalizando as diferentes ideologias jurídicas às fontes do direito.⁸⁴ Sob a forma de *conexão estrutural* o conceito de império da lei tem um conceito funcional claro e não é apenas uma fabricação ideológica da jurisprudência e da teoria jurídica. O império da lei indica um ponto irreversível no desenvolvimento da autopoiesis do sistema político e do sistema jurídico respectivamente. Por outro lado, a dimensão funcional do império da lei não exige a “soberania” dos estados para ser operacional. “Soberania” nunca foi a questão na autopoiesis do sistema político em contraste com a questão de como as decisões podem ser tomadas numa interação coletiva. Neste sentido, o império da lei pode ocorrer em um nível mais alto do poder do estado, e não fica ameaçado pela crescente internacionalização da comunicação política (e “perda de soberania” dos estados nacionais), nem pela crescente diferenciação do direito internacional.
29. As conseqüências mais incisivas da conexão estrutural do direito com a política no que tange o império da lei são os aumentos na diferenciação interna da tomada de decisão jurídica, especificamente a *independência dos juizes (tribunais)* e, como seu reverso, a proibição da negação da justiça. Com o acesso garantido ao poder do estado e com a monopolização da violência na coerção do estado, o fechamento operacional do sistema jurídico é acentuado pela independência dos juizes com relação ao exercício do poder político (do estado) e uma *irresponsabilidade institucionalizada* dos juizes. Isto significa que os juizes não têm que temer as conseqüências das suas decisões à medida que são

responsáveis pela correção formal (procedimental) de suas decisões. Isto corrobora, mais uma vez, a distinção característica entre os tratamentos diferenciados das auto-referências (correção formal das decisões) e de outras referências (conseqüências sociais das decisões) nas operações jurídicas. O preço da independência dos sistemas de tomada de decisão com relação à decisão política é a acentuação da especialidade funcional da tomada de decisão jurídica, conceitualizada normativamente como o princípio de proibição da negação da justiça. (ex. O direito de ser ouvido no tribunal). Isto significa que a tomada de decisão jurídica é compulsória uma vez que os processos tenham iniciado e os juízes têm que encontrar uma decisão independente de quão difícil ou “impossível” seja o caso apresentado.

30. A especialização funcional do sistema jurídico enquanto um sistema global de comunicação jurídica faz com que o direito seja único ao vincular um futuro em aberto e, também, em fazer com que ele se vincule à idéia de que uma decisão seja tomada. Não há equivalente funcional com um nível tão elevado de seletividade para se estabelecer significado no sistema social, e isto explica o crescente interesse da comunicação jurídica na complexidade sempre crescente da sociedade global.

4. A PESQUISA SOCIO-JURÍDICA

A aceitação da abordagem de Luhmann no campo da pesquisa sócio-jurídica tem sido, no melhor das hipóteses, instável. Isto não nos surpreende dada as dificuldades delineadas anteriormente e devido ao fato de que a teoria dos sistemas operacionais fechados não se tornou um paradigma amplamente aceito para a teoria sociológica na sociologia geral. Aqui as diversas denominações da teoria da ação social, inclusive a interação simbólica e várias abordagens etnometodológicas e o conceito do século XIX de ator humano individual como “sujeito” e “átomo” indivisível da sociedade construída por atores e ação social, inclusive ação comunicativa, ainda são paradigmas dominantes apesar do impasse aparente em fornecer explicações robustas para padrões muito mais complexos de relações sociais e condições.⁸⁵ O acolhimento, de longe, mais exitoso da abordagem de Luhmann aconteceu na teoria jurídica⁸⁶, principalmente, através do trabalho de Gunther Teubner. Acima de tudo, foi a obra volumosa de Teubner que promoveu os conceitos de direito reflexivo e direito auto-poiético e levou aos acadêmicos do direito e da sociologia jurídica, especialmente nos países de língua inglesa, os conceitos de autopoiesis e fechamento operacional do direito.⁸⁷ Fica claro, a partir do uso criativo que Teubner faz da abordagem de Luhmann, que nós estamos lidando aqui com teoria jurídica reflexiva e não pesquisa sócio-jurídica, ex. a construção de argumentos de Teubner é uma série de operações jurídicas. Como tal eles são, nos termos de Luhmann, uma transferência de topoi e de temas para a periferia do sistema jurídico devido à irritação* do próprio

sistema jurídico para com novos argumentos e termos. Esta é uma utilização possível da abordagem de Luhmann, que deliberadamente exclui, e precisa excluir, a força fundamental desta abordagem enquanto uma metodologia científica.

Se considerarmos este aspecto metodológico, é evidente que a abordagem de Luhmann, ao acompanhar os últimos desenvolvimentos da ciência da filosofia, a qual não pode mais separar fenômenos do mundo da “natureza” e fenômenos do mundo das “humanidades”, é o mais poderoso modelo de pesquisa devido ao seu entendimento da sociedade e seu direito como um processo de um único mundo. A suposição da auto-descrição das operações dos sistemas sociais sugere uma riqueza de dados que podem ser manuseados ao se adotar a metodologia da “teoria de base” de Luhmann, dando expressão às estruturas profundas das operações dos sistemas sociais. A conceitualização avançada dessas estruturas na teoria elaborada por Luhmann pode ajudar a evitar suposições de certa forma ingênuas da pesquisa indutiva e, ainda, retêm a “consistência” discursiva da elaboração da teoria qualitativa no que concerne a testagem, confirmação e condensação dos conceitos utilizados na construção da teoria sociológica.⁸⁸

A “melhor colocação” da abordagem da teoria dos sistemas operacionalmente fechados se encontra na análise da perspectiva global emergente em voga no direito hoje. Embora seja necessário coragem para falar de um (único) sistema jurídico face a um impressionante leque de sistemas jurídicos, organizações jurídicas e comunicações jurídicas no mundo, este parece ser um argumento robusto – o qual pode ser testado – de que estes últimos são apenas operações históricas locais de um sistema funcional que opera de forma tão extensa quanto a sociedade global se comunica. Ao mesmo tempo, e apesar da cobertura macro-sociológica, esta abordagem torna possível iniciar uma pesquisa de baixo para cima, e olhar o direito nas irritações* que ele imputa às famílias, aos negócios/empresas, aos partidos políticos; ou olhar a prática dos advogados separando o que é “jurídico” e protegendo o direito contra a contaminação do “lixo social”. De forma ainda mais precisa, esta abordagem torna possível acompanhar a decisão jurídica desde os estágios iniciais da argumentação jurídica até o “*quaestio juris*” vital e o raciocínio jurídico como um esforço de construção e a seleção da variedade indispensável das operações jurídicas.

Mais importante ainda, esta abordagem possibilita traçar a evolução e globalização do direito enquanto condicionado por e condicionando a individualização dos seres humanos e seus direitos e a correspondente quebra das estruturas sociais profundamente familiarizadas e enraizadas. Ao fazê-lo, o mapeamento sociológico do direito da sociedade retoma novamente o tema da sociologia do direito de Ehrlich, “direito vivo”, – mas o resultado já não é tão otimista. A principal força impulsionadora do direito da sociedade é o fato de que a sociedade não pode conhecer seu futuro e de que as decisões jurídicas prometem certeza ao vincular o futuro da sociedade ao presente. Em

Klaus A. Ziegert

uma sociedade absolutamente complexa isto significa apenas que nada na sociedade pode acontecer sem o direito e que mesmo com o direito não se pode garantir uma administração bem sucedida do futuro da sociedade.

Artigo encomendado pelos editores
Traduzido de Vienna Working Papers on Legal Theory,
Political Philosophy, and Applied Ethics, No. 25, Viena, Austria.

NOTAS

1. A teoria “clássica” dos sistemas é associada acima com o nome de Talcott Parsons (1902-1979) e seu trabalho fundamental para a moderna teoria da sociologia. Sobre o compromisso do trabalho de Luhmann com Parsons veja N Luhmann, ‘Warum AGIL?’ (Why AGIL?), 40-1 Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 127-139 e abaixo.
2. Veja, por exemplo, N Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (Society’s law, Frankfurt, Suhrkamp, 1993) páginas 18,31,41,45,46,149.
3. Veja, por exemplo, N Luhmann, Funktion und Kausalität (Function and causality), 14 Kölner Zeitschrift f. Soziologie & Sozialpsychologie 1962, 617-644, citado na re-impressão de N. Luhmann, Soziologische Aufklärung (Opladen, Westdeutscher Verlag, 1970, 9-30) página 9.
4. Veja, por exemplo, N Luhmann, Funktionale Methode und Systemtheorie (Functional method and systems theory) , 15 Soziale Welt 1964, 1-25, citado da re-impressão de N. Luhmann, Soziologische Aufklärung (Opladen, Westdeutscher Verlag, 1970, 31-53) página 9.
5. Luhmann estava de certa forma intrigado com a atenção exagerada que uma única palavra “autopoiesis” provocou (do Grego “auto-criação” mas também implicando auto-referência); o tempo todo ele utilizava os conceitos que sustentavam a autopoiesis (recursividade, auto-referência) apenas como “nós” de uma intrincada rede de conceitos teóricos. Luhmann enfatiza que na característica de rede da construção teórica nenhum conceito em particular é mais importante, bem como nenhuma característica específica de sua abordagem.
6. Veja a coleção dos seus primeiros ensaios sociológicos sob o título “esclarecimento sociológico”, os quais tiveram um impacto significativo na sociologia quando da sua primeira aparição (Niklas Luhmann, Soziologische Aufklärung, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1967; id., Soziologische Aufklärung 2, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1975, 1982; id., Soziologische Aufklärung 3, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1981; id., Soziologische Aufklärung 4, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987; id., Soziologische Aufklärung 5, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1990). Então, é desnecessário dizer que Luhmann não influenciou explicitamente os trabalhos dos primeiros sociólogos dedicados à sociologia do direito.
7. Para maiores detalhes veja a discussão desta relação na seção 2.
8. Rótulos deste tipo são, obviamente, questionáveis e podem ser, acima de tudo, prematuros, uma vez que o segundo mais eminente teórico da sociologia da língua germânica, Jürgen Habermas, ainda está trabalhando e é muito mais aceito e suas obras são muito mais publicadas do que as de Luhmann.
9. O vencedor do prêmio Nobel de Economia Política, Gunnar Myrdal teve sua socialização profissional

inicialmente no Direito. Ele teve contatos próximos com a escola sueca de Realismo Jurídico em Uppsala. Sua brilhante e ainda relevante análise sócio-jurídica sobre raça na sociedade americana, publicada em 1944, ainda não teve muita atenção da Sociologia do Direito, mas pode ser vista como um extenso mapeamento jurídico-realista da sociedade americana. Veja G. Myrdal, *An American Dilemma. The Negro Problem and Modern Democracy* (New York, Harper & Brothers, 1944; new edition New Brunswick, Transaction Publishers, 1996). No entanto, a grande realização política de Myrdal é certamente a autoria, junto com sua esposa, Alva Myrdal, do “Modelo Sueco” da sociedade moderna do Bem-Estar. O grande alcance do trabalho de Myrdal é uma indicação clara da praticidade de uma conceituação teórica proficiente, que é reiterada na abordagem de Luhmann sobre “razões práticas”; veja entrevista com Pierre Guibentif em Bielefeld 1991, publicada primeiramente (em francês) em A-J Arnaud & P. Guibentif, eds. *Niklas Luhmann, Observateur du droit* (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 5 Droit et société 1993, pp.187-229); na versão original em alemão P Guibentif, ‘Niklas Luhmann und die Rechtssoziologie: Gespräch mit Niklas Luhmann, Bielefeld, 7.1. 1991’, 21-1 *Zeitschrift f. Rechtssoziologie* 2000, 217-245 at 220ff.

10. Esta missão de “esclarecimento sociológico” (veja nota de rodapé 6) pode ser identificada também como uma causa que penetra profundamente nos trabalhos de sociologia do direito, a começar com o ímpeto anti-metafísico dos primeiros Realistas Jurídicos tanto nos EUA quanto na Escandinávia oriundos mais da filosofia prática do que da sociologia. A diferença é que os teóricos da sociologia do direito, inclusive representantes famosos como Eugen Ehrlich (veja detalhes abaixo) na Áustria, Roscoe Pound e Karl Llewellyn nos EUA e Karl Olivecrona e Alf Ross na Escandinávia, não pretendiam uma teoria geral da sociologia, e permaneceram dentro dos limites da teoria jurídica reflexiva; veja também a discussão sobre as teorias jurídicas reflexivas abaixo na seção 3.
11. O próprio Luhmann não nos dá nenhuma pista em seus escritos. As observações biográficas devem ser recolhidas a partir entrevistas com ele e comunicados/notas publicadas. Com relação às entrevistas veja, por exemplo, I. Breuer 1992, P Guibentif 2000 e a coleção de entrevistas com Luhmann feitas por D Baecker & G Stanitzek, *Niklas Luhmann, Archimedes und wir* (NL, Archimedes and we; Berlin, Merve Verlag, 1987). Quanto às notas, principalmente nos últimos anos, veja os obtuários e as notas pessoais quando da morte de Luhmann em 1998, por exemplo, B Hornung, ‘In memoriam Niklas Luhmann 1927-1998, 78/79 *ISA Bulletin* 1999, 24-26; W. Krawietz, ‘In memoriam Niklas Luhmann (1927-1998)’, 3-1 *Associations* 1999, 3-10; O Rammstedt, ‘Niklas Luhmann – eine persönliche Erinnerung’ (NL – a personal note), 2 *Soziologie* 1999, 110-114; e a coleção de observações pessoais em Th Bardmann & D Baecker, eds., “Gibt es eigentlich den Berliner Zoo noch?” *Erinnerungen an Niklas Luhmann* (“Actually, does the Berlin zoo still exist?” *Memories of Niklas Luhmann*; Konstanz, UVK Universitätsverlag Konstanz, 1999) e em R Stichweh, *Niklas Luhmann – Wirkungen eines Theoretikers* (NL – the practical effects of a theoretician; Bielefeld, Transcript, 1999).
12. Além de sua competência, a qual ele obviamente aplicou às suas tarefas, foi sua juventude, acima de tudo, que o qualificou para o trabalho: ele foi convocado como “FlakHelfer” (soldado auxiliar de ataque anti-aéreo) nos estágios finais da guerra, e fez parte do primeiro grupo de advogados que teve sua educação em Direito integralmente realizada na Alemanha pós-guerra e, conseqüentemente, não estava envolvido com nenhum serviço do regime nazista.
13. O marco referencial da teoria sociológica moderna é indubitavelmente a teoria da ação social de Talcott Parsons (com E Shils, *Towards a General Theory of Action*, 1962). De fato, a razão para estruturar uma teoria dos sistemas de forma diferente (e com mais consistência científica) que a de Parsons pode ser considerada a linha guia principal do trabalho de Luhmann. Se reconhecer-

mos o foco de Luhmann dentro da filosofia da ciência e na avaliação da força explanatória comparativa de uma teoria, podemos facilmente ver que o desenvolvimento de seus conceitos teóricos é muito mais consistente e sistemático do que observadores críticos estão preparados para admitir quando insistem em uma troca de paradigma (“volta auto-poiética”) no trabalho de Luhmann desde 1980, e especialmente com a publicação de seu maior trabalho “Soziale Systeme” (Social systems, Frankfurt, Suhrkamp, 1984). O argumento é que Luhmann opera com dois paradigmas de pesquisa diferentes, antes e depois da “virada”. Contrapondo a essas assertivas podemos mostrar que o objetivo de Luhmann de superar as imperfeições da abordagem de Parsons leva-o a abraçar novos conceitos, aqueles que melhor se encaixam conceitualmente, sempre que apresentados; como o conceito de “autopoiésis” dos neuro-biólogos Maturana e Varela (por volta de 1976) em lugar de “autonomia” e de “auto-referência”, e subsequentemente de “sistema operacional fechado” em vez de “ambiente/ sistema aberto” e “comunicação” em vez de “ação social”, sem nunca mudar seu paradigma fundamental dos sistemas sociais. Veja também G Kiss, Grundzüge und Entwicklung der Luhmannschen Systemtheorie (Fundamental principles and development of Luhmann’s systems theory; Stuttgart, Enke, 1990) em 1f. Kiss também fornece uma excelente visão comparativa dos ganhos da força explanatória da abordagem de Luhmann em relação aos conceitos de Parsons.

14. Apesar de Luhmann falar inglês (francês e italiano) fluentemente, depois de um ano em Harvard, e não ter dificuldades em palestrar e apresentar trabalhos utilizando um inglês irretocável, o fato dele nunca ter escrito pessoalmente nenhuma publicação importante em inglês, evidencia a descrição, acima, de alguém que é extremamente cuidadoso com as palavras. Mesmo suas contribuições para o seminário de Parsons foram escritas em alemão. (publicadas como ‘Funktion und Kausalität’ [Função e causalidade] 1962, re-editadas em N Luhmann, Soziologische Aufklärung, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1970, pp.9-30) e Luhmann apresentou-as oralmente em inglês (P Guibentif, 2000 at 224). Por outro lado, ele era muito crítico com relação aos seus tradutores para o inglês e até mesmo vetou traduções para o inglês que não lhe eram satisfatórias.
15. Há aqui uma notável semelhança com a abordagem de Vilhelm Aubert (1922-1988), o proeminente sociólogo-advogado norueguês que, assim como Luhmann, se voltou inicialmente para o Direito devido à sua promessa de soluções práticas e mais tarde à sociologia por sua promessa de esclarecimento sociológico. Aubert descreveu o Direito como “uma ciência social primária” (Aubert & Coward 1986). Aubert, como Luhmann, também critica a sociologia do direito por sua falta de conceitos e aplicações práticas. Entretanto, ao orientar sua abordagem pela tradição pragmática norte-americana, como muitos sociólogos nórdicos da época (1945 – 1968), a teoria sociológica Aubert permaneceu moderada e decididamente algo entre o empirismo puro e uma grande teoria. Sua notoriedade na Noruega e em outros países nórdicos se deve mais ao seu papel intelectual relevante como um organizador, facilitador e promotor; veja uma avaliação da contribuição de Aubert para a sociologia em, R Kalleberg, ‘The Most Important Task of Sociology is to Strengthen and Defend Rationality in Public Discourse: On the Sociology of Vilhelm Aubert’, 43-4 Acta Sociologica 2000, 399-411.
16. Veja, por exemplo, Ulpian que tinha uma fórmula adequada para esta abordagem com sua definição “jurisprudencia est divinarum atque humanorum rerum notitia, justis atque injustis scientia” (jurisprudência é a ciência de todas as coisas percebidas divinas ou humanas sejam elas justas ou injustas). Na verdade, Luhmann relata que devido ao seu apelo metodológico universalista, os textos do Direito Romano eram, juntamente com o direito comparativo, as únicas áreas da sua educação jurídica das quais ele se lembra como intelectualmente recompensadoras e estimulantes e que seus professores, os famosos alemães, Pringsheim e Wieacker, autoridades em Direito Romano, permaneceram como influência orientadora (como mentores) de seu trabalho desde então (P Guibentif 2000 at 219).

17. O fato da palavra “conceito” (do latim *capere* = pegar, tomar) ser em si a descrição de uma alavanca, uma alça a qual se tem ou precisa-se para entender algo ou algo necessário para “dominar” as coisas, não escapou aos primeiros cientistas sociais, antes da sociologia ser estabelecida enquanto uma disciplina acadêmica. Veja, por exemplo, G. Finnbogason, *Hugurog heimur* (A mente e o mundo à nossa volta; Reykjavik: Bokabud Sigfusar Eymundssona, 1912) em 29, provavelmente posterior aos pragmáticos americanos William James e C.S. Peirce, veja J. Hauksson, ‘Mentality is Half of Perception: Gudmundur Finnbogason - Icelandic Pioneer in Sociology’, 43-4 *Acta Sociologica* 2000, 307-315 em: 308. Muitas línguas usam palavras com a mesma conotação de “lidar/tratar” quando na verdade a referência é “entender” (veja, por exemplo, alemão: *Begriff/begreifen*; francês: *comprendre*; sueco, e também semelhante em dinamarquês e norueguês: *begrepp/begripa*, *gripa*, islandês: *hugtak* [de *hugur* ‘mente’ e *tak* ‘tomar’]; russo: *ponjatje/ponimat*; etc.)
18. Veja N Luhmann, *Soziale Systeme* (Frankfurt, Suhrkamp, 1984) em 13; id. *Social Systems* 1995 no prefácio em 50 (l). Neste contexto, Luhmann se referiu à necessidade de abstração como uma medida contra as armadilhas do “óbvio” e do “familiar”.
19. Por exemplo, a observação e conceitualização da “argumentação jurídica” de Luhmann como sendo a questão mais obscura e profunda do sistema jurídico é única na teoria do direito, e seria impossível de ser concebido por um sociólogo. A primeira versão definitiva de 1985 permaneceu inédita (sendo publicada postumamente como N Luhmann, *Die Rückgabe des zwölften Kamels: Zum Sinn einer soziologischen Analyse des Rechts* (O retorno do décimo segundo camelo. Como a análise sociológica do direito pode fazer sentido) 21-1 *Zeitschrift f. Rechtssoziologie* 3-60. pp.35-45 e pareceu, consideravelmente mais densa, na versão inglesa (N Luhmann, ‘Legal Argumentation: An Analysis of Its Form’, in: 58-3 *Modern Law Review*, 1985, 285-298, após a integração de uma versão re-trabalhada do conceito (e a redundância e variância dos seus conceitos corolários) como um capítulo em N Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt, Suhrkap, 1993), pp.338-406.
20. Veja N Luhmann 1974 b; 1979; 1981; 1983; 1985; 1986 a; 1986 b; 1988 a; 1988b; 1989; 1990; 1991; 1993; 1995. *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung* (Law and Automation in the Public Service. A Study in Administrative Science; Berlin, Duncker & Humblot, 1966); id., *Legitimation durch Verfahren* (Neuwied/Berlin, Luchterhand, 1969; segunda edição. 1975; Re-impressão Frankfurt, Suhrkamp, 1983); id., *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (Legal system and legal doctrine, Stuttgart: Kohlhammer, 1974); id., *Rechtssoziologie* (Sociology of law; Reinbek, Rowohlt, 1974; segunda edição revisada Opladen, Westdeutscher Verlag, 1983; tradução para o inglês. *A Sociological Theory of Law*, London/Boston: Routledge & Kegan Paul, 1985); id., ‘Selbstreflexion des Rechtssystems: Rechtstheorie em gesellschaftlicher Perspektive’ (Self-reflexion of the legal system: legal theory in respect of society) 10 *Rechtstheorie* 1979, 159-185; id., *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (Differentiation of law. Essays on sociology of law and legal theory; Frankfurt: Suhrkamp, 1981); id., ‘Die Einheit der Rechtsordnung’ (The unity of the legal system), 14 *Rechtstheorie*, 1983, 129-154; id., ‘Einige Probleme mit »reflexivem Recht«’ (Some problems with ‘reflexive law’), 6 *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1985, 1-18; id., *Die soziologische Beobachtung des Rechts* (The sociological observation of law; Frankfurt; Metzner, 1986); id., ‘Die Codierung des Rechtssystems’ (The coding of the legal system), 17 *Rechtstheorie* 1986, 171-203; id., ‘Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts’ (Positivity as self-determination of law), 19 *Rechtstheorie* 1988, 11-27; id., ‘The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History’, 15 *Journal of Law and Society* 1988, 153-165; id., ‘Law as a Social System’, 83 *Northwestern Law Review* 1989, 136150; id., ‘Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem (The

position of the courts in the legal system), 21 *Rechtstheorie* 1990, 459-473; id., 'Steuerung durch Recht? Einige klarstellende Bemerkungen' (Social guidance by law? Some clarifying comments), 12 *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1991, 142-146; id., *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt, Suhrkamp, 1993; versão inglesa por K A Ziegert, *Society's Law* (Sydney, Faculty of Law Notes, 2000); id., 'Legal Argumentation: An Analysis of Its Form', em: 58-3 *Modern Law Review* 1995, 285-298.

21. Isto é coerente com sua abstinência de compromissos institucionais e organizacionais. Por outro lado, ele raramente recusou convites para ser o palestrante principal ou debatedor em conferências e oficinas, até que sua saúde se deteriorou rapidamente e lhe tornou difícil as viagens aéreas por volta de 1996. Ele também apoiou e orientou vigorosamente o envolvimento de sociólogos em pesquisas inter-disciplinares comparativas sobre o direito, por exemplo no Zentrum für interdisziplinäre Forschung (Centro de Pesquisa Inter-disciplinares) na universidade de Bielefeld e no Instituto Max-Planck de Direito Comparativo em Hamburgo (1976-1982).
22. Citado em N Luhmann 1993; publicações posteriores sobre o Direito ou traduções ou ensaios publicados e editados postumamente; veja nota de rodapé 20 acima. O seu trabalho inicial em Sociologia do Direito (N Luhmann, *Rechtssoziologie*, 2 volumes (Sociology of law, Reinbek, Rowohlt, 1972)) também tem esta significância dado o seu trabalho em sociologia geral. Aqui ele já expõe de forma mais clara e decidida, comparando com outros escritos da época, a observação da autopoietica dos sistemas operacionais (em 1:133). Isto refuta uma crença amplamente difundida de "mudança de paradigma" no trabalho de Luhmann quando ele substitui seu conceito de sistema auto-referencial pelo conceito de autopoiesis.
23. Bem como o faz o erudito da sociologia inglesa W G Runciman em sua apreciação sobre o futuro da sociologia no "próximo século"; veja W G Runciman, 'Sociology at the Millennium: Are We Living through a Paradigm Shift?' Tônica principal do Årsmöte för Sveriges Sociologförbund [Encontro Anual da Associação de Sociologia da Suécia], Stockholm, 28 de janeiro de 2000.
24. Veja a seção anterior para uma descrição do estilo de Luhmann.
25. Devido a falta de disponibilidade de traduções da maior parte da obra de Luhmann; veja o comentário dele na entrevista com Pierre Guibentif in Bielefeld 1991 (P. Guibentif 2000, op.cit.). Luhmann explica a escassez de traduções devido a grande complexidade intelectual, o trabalho e o tempo longo gastos na tradução de um texto teórico alemão para outras línguas, os quais têm certamente outras tradições teóricas. Assim, para ele a falta de "capacidade intelectual excedente" na maioria das culturas, é acima de tudo o que dificulta que os acadêmicos de alguns países (França, EUA e Inglaterra) mais do que em outros (Itália, Japão e Espanha) assumam o trabalho exigente e pouco recompensador da tradução (em 238).
26. Luhmann comenta sobre as vantagens específicas da lingual alemã – e da dificuldade com o inglês: "Traduzir... para o inglês multiplica as dificuldades pois o inglês, diferentemente do alemão, não permite que se transforme obscuridade em clareza combinando-as em uma única palavra. Da perspectiva do inglês, o alemão é uma língua obscura, ambígua e confusa. Mas quando o imperativo maior é rigor e precisão faz sentido permitir que as ambigüidades persistam, até mesmo criá-las deliberadamente, para indicar que no presente contexto distinções ou especificações futuras não são importantes em N Luhmann, *Social Systems* (Stanford, Stanford University Press, 1995) em XXXVIII.
27. Veja C Geertz, 'Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture', em C Geertz, *The Interpretation of Culture* (New York, Basic Books, 1973), pp.3-30. Veja também, no comentário sobre o extraordinário sociólogo político e positivista Stein Rokkan, Lars Mjøset, "Stein Rokkan's Thick Comparisons", em: 43 *Acta Sociologica* 2000, 381-397. Veja também nota 28 para maiores detalhes sobre a abordagem de Rokkan.

28. É interessante notar que a realização involuntária e semelhante de um mapeamento qualitativo pode ser vista na obra do renomado sociólogo político Stein Rokkan, ao longo da sua vida, a qual se desenvolve a partir de uma metodologia quantitativa fragmentada, através da análise difusa de variáveis até alcançar a estrutura conceitual para fazer “comparações densas” na sociologia política. Veja Lars Mjøset, Stein Rokkan’s Thick Comparisons, em: 43 Acta Sociologica, 2000, 381-397. Portanto, o exemplo de Rokkan pode ser considerado um guia para classificar a metodologia de Luhmann dentro da mesma categoria. Devemos, entretanto, verificar que as unidades de observação são os sistemas e suas operações, e não “pessoas” ou “ações sociais” os quais são utilizados de forma mais ou menos ponderada pela maioria dos paradigmas dominantes da teoria sociológica; veja mais detalhes abaixo.
 29. Veja particularmente B. Glaser & A. Strauss, The Discovery of Grounded Theory (New York, Aldine de Gruyter, 1967); A. Strauss & J. Corbin, Strauss, Basics of Qualitative Research. Grounded Theory Procedures and Techniques (Newbury Park/London/New Delhi, Sage Publications, 1990); A. Strauss & J. Corbin, ‘Grounded Theory Methodology. An Overview’, em: N K Denzin & Y S Lincoln, eds., Strategies of Qualitative Inquiry (Thousand Oaks/London/New Delhi: Sage Publications, 1998) pp. 158-183 e a discussão mais detalhada abaixo na seção 4.
 30. Veja a coleção dos primeiros ensaios (1962-1968) em N Luhmann, Soziologische Aufklärung (Opladen, Westdeutscher Verlag, 1970)
 31. Veja a série de livros sobre sistemas funcionais começando com o mapa conceitual em N Luhmann, Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie (Frankfurt, Suhrkamp, 1984; Engl. edition: Social Systems, Stanford University Press, Stanford, 1995), id., Die Wirtschaft der Gesellschaft (Society’s economy; Frankfurt, Suhrkamp, 1988), id. Die Wissenschaft der Gesellschaft (Society’s science, Frankfurt, Suhrkamp, 1990), id., Das Recht der Gesellschaft (Society’s law, veja nota 9), id. Die Kunst der Gesellschaft (Society’s fine art, Frankfurt, Suhrkamp, 1995), id. Die Religion der Gesellschaft (posthumously, Society’s religion, Frankfurt, Suhrkamp, 2000), id. Die Politik der Gesellschaft (posthumously, Society’s politics, Frankfurt, Suhrkamp, 2000) e terminando com sua brilhante análise investigativa da sociedade no contexto da sociedade global em N Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft (Society’s society; Frankfurt, Suhrkamp, 1997).
 32. Veja a sustentação desta afirmação feita por G Kiss, 1990, em 4.
 33. Veja N Luhmann, 1993 em 15.
- * N.T. - Os *topoi* são lugares comuns que as pessoas utilizam como ponto de partida de uma argumentação. A função dos *topoi* no Direito é permitir a superação das antinomias. Diante delas utiliza-se dos *topoi* para conferir aceitabilidade da escolha. In “Comunicação docente e o uso dos *topoi*”, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp> - Lúcio Ronaldo Pereira Ribeiro.
34. Max Weber está aqui construindo sobre a metodologia de Ferdinand Tönnies (1855-1936) que foi a mais importante influência, no início da sociologia, enquanto uma disciplina acadêmica específica e aqui especialmente Emile Durkheim (1858-1917). Durkheim valeu-se enormemente de Tönnies’ “Gemeinschaft und Gesellschaft” (Community and society, Leipzig 1877).
 35. Talcott Parsons desenvolveu sua teoria da ação social e seu conceito de sistema da ação social como um sistema (ideal-típico, normativo) se embasando muito nos conceitos teóricos de Max Weber (cujas aulas em Heidelberg ele participou como aluno) que considera que a sociedade está fundamentada principalmente na interação social. Neste sentido ambos os teóricos contribuíram significativamente para a influência dominante do paradigma sociológico da ação social como algo definitivo, um elemento não redutível da sociedade, paradigma ainda dominante na área. Luhmann rejeita este paradigma dizendo que o conceito de ação social da sociologia convencional é muito impreciso e insignificante para ser usado como conceito teórico (ação social requer simplificação

pois esconde a concatenação das referências que eventualmente levam à ação (ou não) e de volta à referência (ou outras referências); veja Luhmann 1984 em 228f) e o substitui por comunicação como sendo operações do sistema social. Veja também G Kiss 1990 (nota 13) em 2 e 28ff.

36. A data é marcada pela publicação da sua principal obra “Soziale Systeme” (sistemas sociais) com o subtítulo programático “Grundriss einer allgemeinen Theorie” (Princípios fundamentais de uma teoria geral), veja acima nota 10. Muitos críticos vêem neste trabalho “a virada auto-poética” de Luhmann, sugerindo uma certa traição à sua abordagem inicial. Entretanto, a única diferença nesta abordagem é, como colocado acima, o movimento metodologicamente deliberado do conceito de sistema para o centro das observações sociológicas e da construção de uma teoria sociológica. Para a exploração sistemática deste passo metodológico veja a lista de publicações na nota 35 que acompanha o mapeamento em N. Luhmann, 1984.
37. Pois, conceitos a seguir aparecem em todas as publicações de Luhmann, nesta seção as referências são dadas apenas quando uma citação/argumento específico é feito. A introdução mais sistemática a estes conceitos pode ser encontrada em Luhmann, *Soziale Systeme*, 1984; id. *Social Systems*, Stanford, Stanford University Press, 1995.
38. Consequentemente, nós usaremos o termo “sociedade” daqui por diante significando “sistema social” no sentido mais abrangente da comunicação humana (sociedade global, sociedade tribal etc.).
39. Note que “repetição” em seu sentido estrito não é possível, pois as operações dos sistemas “levam tempo”, são irreversíveis e podem ocorrer apenas no presente. Isto significa que passado e futuro são sempre operações no presente com o efeito de reconstrução do passado ou de construção (projeção) do futuro através das operações no presente.
40. Luhmann intercambiava “sistema pessoal” e “sistema psíquico” (alemão: *psychisches System*) – em inglês talvez seja melhor: sistema psicológico – considerando-se o conceito de uma dualidade de sistemas geradores de significado (sistemas pessoais conjugados e sistemas sociais) mais do que o de uma unidade, sem significância, de um indivíduo (“sujeito”). Com isso, ele menospreza a teoria sociológica orientada pelo indivíduo/sujeito, bem como a teoria sociológica orientada pela ação social, colocando-as como simplificações de processos e operações muito mais complexas dos sistemas pessoais (mentes) e dos sistemas sociais (comunicação) respectivamente. Para maior aprofundamento na literatura científica veja G Kiss, 1990, em 24 ff. e especificamente a referência à co-evolução do corpo (cérebro), mente e sociedade nos seres humanos como resultado da diferenciação de animais especiais com “cérebros desenvolvidos”.
41. Não há, é claro, nenhum ambiente tal que “opera” ou no qual as operações são organizáveis. Os sistemas estão relacionados aos seus ambientes exclusivamente pelas operações dos sistemas; veja N Luhmann, 1984, em 146. Este argumento nos leva a um outro argumento (contra Darwin) de que não há “seleção natural” como tal no processo de evolução pois não há natureza que seleciona, mas apenas sistemas (os quais operam seletivamente).
42. E não, por exemplo, através da transformação da projeção em realidade. Tal realidade pode ou não acontecer, mas não é controlada pelas projeções em nenhum caso. Esta observação é importante para entender o conceito de norma de Luhmann como uma operação comunicativa com uma “recusa interna para aprender”, designada para ser imune à necessidade de ajuste. Para uma futura diferenciação de comunicação normativa para além da forma das normas veja também instituições, conceito de pessoas e papéis discutidos abaixo nesta seção.
43. Consequentemente, a distinção frequentemente utilizada entre uma esfera “normativa” de “dever” (normas) e uma esfera factual de “ser” (fatos) não tem solidez na observação sociológica, e é apenas uma outra projeção (normativa), principalmente na religião, e a partir daí no direito e na jurisprudência.

44. Veja nota 38 acima com relação ao uso do termo de “sociedade”.
45. Isto inclui além de produzir filhos, cuidar “do corpo” dos jovens e velhos, bem-estar físico através de relações sexuais e íntimas, etc.
46. Isto inclui, acima de tudo, a constituição de significados nas relações íntimas de uma forma duradoura.
47. Veja N Luhmann, *Soziale Systeme* (1984) em 114ff.
48. Também pela complexidade do jogo entre os sistemas orgânicos, pessoais e sociais – devido às suas necessidades e interesses os indivíduos nem sempre, ou melhor, raramente se apresentam para estabelecer uma comunicação, o que faria com que a comunicação neste nível cessasse por completo.
49. Este efeito “contra-factual” do fechamento normativo foi mencionado acima como uma demarcação da norma e não como padrão.
50. Isto pode ser o efeito da comunicação de valores nos sistemas políticos e religiões, veja acima nesta seção.
51. Veja Th Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts* (Neuwied, Luchterhand, 1964) em 49.
52. Veja N Luhmann, 1993, em 566.
53. Veja N Luhmann, 1993, em 138. O exemplo de uma transição bem sucedida da tradição para o direito positivo é o direito ordinário inglês e as regras de precedência. (*stare decisis*).
54. Veja N Luhmann, 1993, em 132.
55. Esta observação vem de encontro a qualquer conceito do “pluralismo jurídico” ou “alternativas ao direito” ou, no mínimo, requer um exame minucioso e uma observação mais precisa do fenômeno descrito como tal. Precisamos assumir que mesmo que tais mecanismos de tomada de decisão normativa não sejam vistos como direito eles ou são relativos ao direito, ex. “o direito vivo” de Eugen Ehrlich ou o “direito intuitivo” de Leon Petrazycki, ou operam na “sombra do direito”, ex. mediação e arbitragem, ou são alguma outra coisa, ex. controle social. Por outro lado, a observação de Ehrlich sobre o “direito vivo” não foi uma descoberta do “pluralismo jurídico”, mas um mecanismo pedagógico para alertar os advogados que eles estavam perdendo partes importantes da operação do direito se eles não considerassem as expectativas normativas básicas da sociedade em suas decisões jurídicas (operações jurídicas); para maiores detalhes veja K A Ziegert, Introduction, em: E. Ehrlich, *The Fundamental Principles of a Sociology of Law* (New Brunswick, Transaction Publishers, 2001).
56. Veja nota 55 acima.
57. Acrático, orig. em grego- filosofia moral que significa “falta de (auto-)disciplina”; é utilizado por Luhmann para indicar um déficit estrutural de controle (ex. a construção do “pecado” nas organizações religiosas para combater o demônio ou satã) veja em relação às operações jurídicas dos tribunais locais - K A Ziegert, *Courts and the Self-Concept of Law: The Mapping of the Environment by Courts of First Instance*, em: 14 *Sydney Law Review* 1992, 196-229.
58. Esta observação é condizente com o conceito (biológico) de sistema imune no que o sistema imune também não pode combater as causas do distúrbio (que acontecem dentro do sistema!) no ambiente do sistema, mas lida com elas em seus próprios termos uma vez que elas tenham sido diagnosticadas como distúrbios no sistema.
59. O exemplo mais claro deste paradoxo são as religiões (sistema de crenças religiosas), as quais acabam com o aparente “ponto cego” da identidade auto-criada através do símbolo auto-dedutivo de “Deus”.

60. Veja N Luhmann, 1993, em 271 e 375f.
61. Veja N Luhmann, 1993, em 147ff. Provavelmente é esta relação entre a reflexividade normativa da sociedade e a função dos advogados de formulá-la conforme as normas de tomada de decisão que Ehrlich tentou capturar em seu conceito de “direito vivo”. Veja K A Ziegert, “Debatt med Lund om moral, politik och rätt: The Double Modality of Law and Swedish Sociology of Law”, em: H Hydén, Rättsociologi – då och nu (Sociology of law – then and now, Lund, Sociologiska Institutionen, 1997, pp.95-104).
62. Esta é a formulação clássica de Eugen Ehrlich e deve ser ressaltado, novamente, que não foi um conceito “pluralista” inocente de “direito e sociedade”, mas uma explicação das dificuldades que os advogados têm em entender e operar o direito da sociedade. O antônimo “direito nos livros” é de Roscoe Pound, não de Ehrlich e devemos suspeitar que ele também não entendeu a unidade dinâmica do direito vivo e do direito dos advogados que Ehrlich conceitualizou.
63. Tal seqüestro e codificação acontece tipicamente nos escritórios dos advogados ou nos tribunais de primeira instância, onde as expectativas são frequentemente direcionadas para o sistema jurídico que não pode ser processado. Veja, para estudos, K A Ziegert, Courts and the Self-Concept of Law, nota 57, acima.
64. Já foi anteriormente ressaltado, nota 55, que as últimas ondas de “alternativas ao direito” e (arbitragem e mediação) não podem ser consideradas como alternativas ao direito nas sociedades modernas, pois elas são operações na periferia do sistema jurídico de tomada de decisão e são, neste sentido, subsidiadas por operações jurídicas.
65. Veja N Luhmann, 1993, em 191.
66. Informalidade aqui sinaliza os atalhos tradicionais de grupos de interesses comuns ou clientelismo de (controle social) sob o véu de estruturas jurídicas formais, veja ponto 13 acima. Mas isto é apenas uma outra forma de dizer que a rigidez do direito formal é evitado em favor de um conceito pessoal de solução de conflito (“livrar a cara”).
67. Veja N Luhmann, 1993, em 189ff.
68. Ibid. em 189.
69. Ex. Semelhante aos conceitos de pessoa, papéis e valores. Veja acima as referências às premissas básicas para a discussão da noção das dimensões de significado.
70. Ao contrário, por exemplo, dos programas orientados por meta (teológico, final, utilitário). Na literatura há um debate sobre até que ponto o direito pode operar outros tipos de sistemas. Por exemplo, a literatura da política jurídica argumenta que o direito pode operar programas orientados por meta como, ex. a legislação “básica” na Suécia (ramlagstiftning). Entretanto, uma investigação mais detalhada, especialmente, das operações jurídicas que estão efetivamente envolvidas, revelará que tais afirmações são muitas vagas e que outros tipos de programas são, na melhor das hipóteses, baseados em programas condicionais; veja N Luhmann, 1993, em 84 e 195ff.
71. Veja a observação de Th. Geiger acima de que as normas são, de fato, programas condicionais (s->c), que ofuscam uma relação ainda mais complexa entre as normas (expectativas normativas) e as condutas (possíveis).
72. Da “política do judiciário” às “tramas do capitalismo” estes exemplos tentam mostrar a unidade ou mesmo a congruência das operações políticas e jurídicas. Para um exemplo mais empiricamente embasado, veja a última onda de “direito e ordem” e “política de cunha”, especialmente nos EUA e na Austrália onde os governos procuram apelar a pequenos grupos de seu eleitorado restringendo a independência discricionária dos juizes através dos programas legislativos (“three strikes” *).

sentenças mandamentais [mandatory sentencing], sentenças que variam de acordo com a gravidade da ofensa [grid sentencing], declarações de perdas da vítima [victim impact statements], etc.).

73. Assim, a atividade excessiva da legislação estadual e a emissão massiva de decretos normativos (“documentos normativos”) em países nos quais o direito positivo não está integralmente desenvolvido, como a China, não está acarretando, e nem pode acarretar uma efetividade maior do direito, apesar do acesso direto ao “centro” (tribunais) devido à abertura (três valores) da codificação das operações jurídicas nesse país. Tais esforços para uma mudança jurídica são dissipados devido à abertura da codificação e à falta de definição (falta de diferenciação) de um centro de tomada de decisão (baixa ou nenhuma funcionalidade dos tribunais). Parece que no Japão, onde a diferenciação dos tribunais é mais clara (e a funcionalidade dos tribunais é maior), um efeito muito semelhante (dissipação da mudança jurídica) acontece quando se atrasa ou dilui a legislação da reforma do direito (“crítico”).

* N.T. “Three strikes” são estatutos criados por governos estaduais nos Estados Unidos os quais requerem que os tribunais do estado estipulem um período mandamental e prolongado de encarceramento às pessoas que foram condenadas por crime de “ofensa grave” em três ocasiões diferentes.

** N.T. O autor utiliza a palavra “irritating” – algo que causa desconforto, provoca, irrita.

74. Veja N Luhmann, 1993, em 208ff.

75. Ibid. em 209.

76. Ibid.

77. Veja N Luhmann, 1993 em 338ff.

78. Esta é outra observação que anteriormente motivou Eugen Ehrlich a analisar a prática jurídica socialmente ao invés de trabalhar com paradigmas da teoria jurídica praticada e da doutrina jurídica; veja E Ehrlich, *Die juristische Logik* (The juridical logic, Tübingen: Mohr & Siebeck 1918).

79. Especificamente, o sistema econômico com bancos centrais ao centro e o sistema político com a organização do estado ao centro.

80. Uma analogia (não utilizada por Luhmann) pode ser vista no recente desenvolvimento da tecnologia da informação e das redes de informação, nas quais a rede é o sistema e as entradas/saídas são feitas pelos sistemas clientes, os quais podem ser futuramente distinguidos, de acordo com sua estrutura, como “clientes pequenos” e “clientes grandes”.

81. Veja discussão sobre a distinção entre auto-referências e outras referências da comunicação jurídica acima no ponto 20.

*N.T. O autor utiliza a palavra “irritation” – irritação, provocação, desconforto.

82. Veja acima na seção sobre pressuposições básicas da teoria dos sistemas.

83. Veja N. Luhmann, 1993 em 459 ff.

* N.T. O autor utiliza a palavra “irritations” – irritações, provocações, desconfortos.

84. Veja a discussão acima no ponto 21.

85. Veja G Kiss, 1990, em 3ff.

86. Para detalhes sobre o acolhimento da abordagem de Luhmann fora da sociologia, inclusive no

direito e na teoria do direito, veja H de Berg e J F K Schmidt, eds., *Rezeption und Reflexion: Zur Resonanz der Systemtheorie Niklas Luhmanns ausserhalb der Soziologie (Reception and reflexion: on the resonance of NL's systems theory outside sociology, Frankfurt, Suhrkamp, 2000).*

87. Veja especialmente em inglês, dentre outras publicações em alemão, G Teubner, 'Substantive and Reflexive Elements in Modern Law', em: 17-2 *Law and Society Review*, 1983, 239-286; id ed., *Dilemmas of Law in the Welfare State* (Berlin, de Gruyter 1986); id., ed., *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society* (Berlin, de Gruyter, 1988) e *ibid.*, 'The Evolution of Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society', pp.217-241; id., 'How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law', em 23-5 *Law and Society Review*, 1989, 727-757; id. 'The King's Many Bodies: the Self-Destruction of Law's Hierarchy' em: 31-4 *Law and Society Review*, 1997, 763-787; id., ed., *Global Law Without a State* (Aldershot, Dartmouth Gower, 1997); id., 'Legal Irritants: Good Faith in British Law or how Unifying Law Ends up in New Divergences' em: 61 *Modern Law Review* 1998, 11-32.

* N.T. O autor utilize a expressão "self-irritation" – provocação, desconforto, irritação causado a si próprio.

88. Para detalhes sobre as tentativas de aplicação na pesquisa sócio-jurídica empírica, veja: K A Ziegert, 'The Swedish Prohibition of Corporal Punishment. A Preliminary Report', em: 45-4 *Journal of Marriage and the Family* 1983, 917-927; id., *Law and the 'Symmetrical Family': Claims and Control of Women* (Siegen, *Historische Mobilität Discussion Papers* 80, 1988); id., 'Legal Impact in Australia and Sweden: the Diffuse Law Concept' (Paper given at the 25th Law and Society Association Annual Meeting 1989); id.; *The Social Construction of Sexuality: the Concept of Pornography as an Instrument of Social Control* (Trabalho apresentado no Encontro Anual da Sociedade Australiana de Direito 1989). Id. 'Courts and the Self-Concept of Law. The Mapping of the Environment by Courts of First Instance', veja nota 57, id. 'The Complex Court-Room Communication Scheme: Towards a Transnational and Transcultural Inventory for Measuring Legal Impact. Observations from Australian, Danish, German and Swedish Courts' (Trabalho apresentado no Encontro Anual de Direito e Sociedade 1994); id. 'The Cultural Differentiation of Legal Systems: a Theory Design for the Assessment of Legal Change in Post-Communist Societies', em: *European Journal of Law* 1995, *Transactions of the 17th World Congress of the Intl. Assoc of Philosophy of Law Vol IV*, pp.253-272.

* N.T. O autor utiliza a palavra "irritation" – irritação, provocação, desconforto.

RESUMO

O propósito deste artigo é dar uma visão geral sobre os conceitos orientadores e os objetivos de uma metodologia específica chamada teoria social dos sistemas de Niklas Luhmann.

Palavras-chave: descrição densa – sistemas sociais, Niklas Luhmann

ABSTRACT

The aim of this paper is to give a general view on main concepts and the objectives of the Theory of Social Systems conceived by Niklas Luhmann.

Keywords: deep description – social systems – Niklas Luhmann