

# O PROCESSO HISTÓRICO DE EVOLUÇÃO DO DIREITO NA SOCIOLOGIA DE NIKLAS LUHMANN

**Vladimir de Carvalho Luz**

Universidade Federal Fluminense.

E-mail: [vladimirluz@hotmail.com](mailto:vladimirluz@hotmail.com)

## RESUMO

O presente artigo analisa os elementos centrais da proposta teórica de Niklas Luhmann sobre o processo histórico de diferenciação estrutural do direito moderno no ocidente. Nesse sentido, num primeiro momento, realiza-se um breve inventário das influências da Sociologia funcionalista e seus desdobramentos no pensamento de Luhmann. Em um segundo momento, basicamente a partir de sua obra o Direito da Sociedade, tem-se como ponto de chegada do presente artigo a análise da ideia de evolução como categoria central para a Teoria dos Sistemas de Luhmann, a partir da qual, para este autor, a diferenciação estrutural do direito positivo poderia ser melhor entendida em seu processo histórico de variação.

Palavras-chave: teoria dos sistemas; evolução do direito; autopoiesis.

## ABSTRACT

This article analyzes the central elements of Niklas Luhmann's theoretical proposal on the historical process of structural differentiation of modern law in the West. In this sense, in a first moment, a brief inventory of the influences of the Functionalist Sociology and its unfoldings in Luhmann's thought is realized. In a second moment, basically from his work the Law of Society, we have as the conclusion of the present article the analysis of the idea of evolution as a central category for the Theory of Systems of Luhmann, from which, for this author, the structural differentiation of positive law could be better understood in its historical process of variation.

Key-words: theory of systems; evolution of Law; autopoiesis.

## INTRODUÇÃO

O processo de variação estrutural-funcional do direito é um tema fundamental na sociologia luhmanniana. Nessa perspectiva, o presente artigo busca identificar como se estabeleceu este processo histórico de variação à luz da interpretação sociológica de Luhmann exposta em duas obras: *Rechtssoziologie* (1972) e o *Das Recht der Gesellschaft* (1993).

Em um primeiro momento, são destacadas as influências da sociologia funcionalista de Luhmann na primeira fase de seu pensamento, passando pela apreciação de sua abordagem sobre o direito como estrutura presente na obra *Rechtssoziologie* (Sociologia do Direito). Num segundo momento, aprecia-se a questão da variação do direito à luz da fase final do pensamento de Luhmann, a partir da gramática da Teoria dos Sistemas presente em sua obra *Recht der Gesellschaft* (O Direito da sociedade). Neste ponto de chegada, destaca-se a forma como os elementos “variação”, “seleção” e “estabilização” do direito são interpretados por Luhmann a partir da categoria “evolução”.

## INFLUÊNCIAS DO PENSAMENTO SOCIOLÓGICO DE NIKLAS LUHMANN

### O funcionalismo de Talcott Parsons

O interregno que vai dos anos 70 aos 80 do século XX foi constitutivo na trajetória intelectual de Luhmann.

De formação jurídica ordinária, o referido autor ingressou inicialmente no campo da administração pública para, posteriormente, chegar ao âmbito teórico-especulativo da sociologia. Os interesses intelectuais de Luhmann tomaram um sentido decisivo quando o mesmo passou a ter contato com o pensamento de Talcott Parsons no interregno em que realizou estudos e pesquisas em Harvard. A sociologia funcionalista de Parsons, então, foi o primeiro influxo teórico fundamental que marcará a sua trajetória. Nesse sentido, como explica Esteves (2007):

Se quisermos arriscar uma caracterização geral da proposta teórica de Luhmann, podemos considerá-la na directa continuidade da Sociologia estrutural e funcional de Parsons; isto significa que ele toma essa proposta como ponto de partida, e apenas isso, para desenvolver um modelo intelectual próprio que, em múltiplos aspectos, se afasta da referência original. (2007, p.1)

Parsons seguiu e transcendeu o legado funcionalista já iniciado por Durkheim. Este autor estadunidense, fortemente marcado pela sociologia das instituições e pela análise econômica de seus contrerrâneos, reagiu, nos anos 60

do século XX, em face das teorias sociais individualistas e interacionistas. O foco de seu pensamento, a partir de então, passou a ser as estruturas sociais e suas funções, daí o seu principal interesse nos sistemas sociais e na organização formal-burocrática da sociedade.

Com a publicação de *A estrutura da ação social*, a tônica do pensamento de Parsons concentrou-se nas funções, na interação funcional dos sistemas sociais, o que ficou definitivamente em sua obra, de 1951, *O sistema social*. Elementos mais tarde inseridos na gramática luhmanniana, tais como “sistemas”, “dupla contingência”, “expectativas” e a preocupação com organização formal-burocrática, já eram presentes no pensamento parsoniano. No plano da epistemologia sociológica, o mérito de Parsons foi ter produzido uma grande síntese dos pontos de vista da tradição, notadamente em Durkheim e em Weber, dentro de um olhar pragmático típico da sociologia institucional e econômica do estilo norte-americano. Tal legado é bem caracterizado nas próprias palavras de Luhmann: “... Parsons encontrou motivos e material suficientes para uma teoria sociológica própria, que transcende o realismo normativo de Durkheim e o subjetivismo do sentido de Weber, localizando-se assim, logo de início, em um nível de abstração mais elevado” (LUHMANN *apud* AMADO, 2004, p. 30).

Tendo em conta este ponto de partida funcionalista, antes de se falar nas fa-

ses específicas de tematização da sociologia do direito e da utilização da noção de *autopoiesis*, é preciso indicar as linhas gerais a ideias gerais acerca da sociologia do direito e do direito como estrutura, em sua primeira fase, para, ao final, chegar nos elementos gerais de sua gramática transdisciplinar na *Systemtheorie*.

## O direito como estrutura funcional

Em Luhmann, múltiplos são os pontos de referência para a percepção do seu pensamento, sendo difícil uma visão linear do avanço global de suas ideias, ainda que existam, em seu núcleo, questões fundamentais sempre presentes. Para efeito do presente artigo, apenas como recurso didático, destacam-se duas fases para uma percepção prévia do pensamento de Luhmann: uma primeira, marcada pelo desenvolvimento e ruptura com o pensamento de Parsons na construção de uma sociologia do direito estrutural-funcionalista”, e outra, que se estende até o fim de sua vida, marcada pela incorporação radical da teoria geral da evolução da teoria biológica da *autopoiesis*.

No início dos anos 70, Luhmann elabora sua *Rechtssoziologie* (Sociologia do Direito). Tratou-se de um trabalho elaborado para ser um “manual” no momento em que se discutia a introdução da disciplina do direito no curso de sociologia. Aproveitando o fato de que deveria habitar-se no curso que ministrava em Münster, Luhmann escolheu o

tema da Sociologia do Direito, optando, naquele momento, em ter uma abordagem evolucionista, uma vez que muito demandaria incorporar, à época, a teoria geral dos sistemas. Naquele momento específico, Luhmann julgava quase insolúvel conjugar, numa perspectiva da sociologia do direito, uma abordagem evolucionista com o paradigma da teoria dos sistemas (LUHMANN, 2002, *passim*).

O ponto de partida desta fase teórica estava nos paradigmas anteriores da sociologia do direito. Apesar do direito ser uma das dimensões sociais mais importantes, era surpreendente o fato de que a temática pouco ocupava os sociólogos de então. Para Luhmann, a pergunta central era: por que a sociologia do direito era tão difícil para os sociólogos? A resposta estava na constatação de que as abordagens, via de regra, se esquivavam das questões epistemológicas centrais, ora abordando o direito pelo viés das profissões, ora a partir de pesquisas voltadas a pequenos grupos, ou, por fim, pelo fato de as pesquisas empreendidas deslocarem o foco do direito para a opinião sobre o direito. A conclusão de Luhmann foi que, apesar de o direito ter contribuído decisivamente para o aumento da complexidade da sociedade, a sociologia não havia construído uma abordagem igualmente compatível. Faltava uma teoria geral da complexidade capaz de conferir ao campo da sociologia do direito maior potencial interpretativo (LUHMANN,

2002, *passim*). Nesse sentido, logo no introito de sua Sociologia do Direito, a solução necessária para superar o panorama de insuficiências seria:

... ver e pesquisar o direito como estrutura e a sociedade como sistema em uma relação de interdependência recíproca. Essa relação possui também um aspecto temporal, além de material, levando, portanto, a uma teoria evolucionista da sociedade e do direito. A referência a esse teorema qualifica conceitos, teorias e pesquisas empíricas como jurídico-sociológicos. Nesse contexto as considerações a seguir encontram sua coerência e sua unidade. (Luhmann, 1983, p. 15)

Uma sociologia jurídica histórico-evolutiva, relacionando o direito como estrutura e a sociedade como sistema foi a linha de abordagem seguida, na tentativa de resgatar um elemento negligenciado até então: a positividade do direito como elemento central para entender a sociedade moderna. A partir deste ponto, Luhmann insere os elementos essenciais de sua sociologia evolutiva: complexidade, contingência e expectativas de expectativas.

Para Luhmann, o ser humano percebe o mundo como um mosaico de informações sensoriais que o remete a

um número imenso de possibilidade de julgamento. Porém, a percepção destas informações sempre será assimilada a partir do potencial limitado de uma cognição individual. Sensorialmente, sempre será difícil para um indivíduo julgar todas as múltiplas possibilidades e desdobramentos dos eventos possíveis ou prováveis. Neste ponto reside o problema existencial da convivência entre pessoas, qual seja, a vida coletiva está e sempre estará imersa na complexidade. A complexidade significa que “sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar” (LUHMANN, 1983, p. 45).

Ao lado da situação existencial da complexidade, há a contingência. A convivência humana, limitada sensorialmente em relação a antecipação de infinitos eventos, ao se situar na complexidade, terá que enfrentar um fato: há o risco concreto de se desapontar, de errar, sendo necessário assumir certa dose de risco. Em suma, a contingência é “o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas” (LUHMANN, *Idem*). A percepção limitada da complexidade, portanto, aumenta o risco ampliado de desapontamentos. Assim, desenvolvem-se estruturas para assimilar, absorver e controlar o problema da complexidade e da contingência.

O que fazem tais estruturas? Elas estabilizam expectativas em relação aos riscos de s do mundo circundante, não só no sentido de evitar desaponta-

mentos, mas de evitar que seja sempre necessário experimentar uma circunstância para moldar ou direcionar uma expectativa. Ocorre que o problema da contingência, quando visto diante da complexidade sensorial um “outro”, inserindo-se uma variável mais perturbadora ainda. O outro insere, portanto, os riscos de uma dupla contingência, que é a contingência do mundo social; ou seja, o risco se potencializa não apenas em função de minha capacidade limitada de ler as variáveis sensoriais dos eventos, mas, também, pelo fato de ser difícil saber como os outros (igualmente pelos de liberdade) experimentam tal realidade e que sobre ela também erigem expectativas. Uma forma de controle mínimo de desapontamento, portanto, deve ter no seu horizonte o problema da expectativas sobre expectativas. Um certo grau de estabilização de expectativas de expectativas, de um *ego* para com um *alter* é necessária para o trato social cotidiano, daí surgem as estruturas que buscam imunizar o risco das escolhas de forma minimamente congruente. Tais estruturas são os elementos internos dos sistemas sociais que, em conjunto, participam da redução global da complexidade. As estruturas, ao selecionarem o campo de opções de sentido da complexidade, aliviam o *ego* de ter que experimentar o perigo do risco do desapontamento. Aqui está o elo primordial do comportamento, o medo que leva os indivíduos

a optarem preferencialmente pelo sentido já previamente posto nas estruturas sociais, por isso a constituição de estruturas sociais seletivas de expectativas é, para Luhmann, uma necessidade vital (LUHMANN, 1983, p. 46, *passim*).

Existem dois níveis básicos de expectativas: a cognitiva e a normativa. Em nível cognitivo, o desapontamento é adaptado ou assimilado ao resultado oriundo dos fatos, enquanto, na esfera normativa, o desapontamento não muda a expectativa inicial. Luhmann cita um exemplo hipotético, no qual se espera que uma nova secretária tenha cabelos louros e seja jovem. Nessa situação, em caso de desapontamento, opera-se uma adaptação, bastando, por exemplo, que o cabelo da dita secretária seja tingido; por outro lado, quando se deseja que a mesma secretária seja eficiente, a expectativa se insere no campo normativo, o que implica dizer que na hipótese de desapontamento “não se tem a sensação que a expectativa estava errada”, mas sim o sujeito. Dessa diferença entre o cognitivo e o normativo surge a constatação de que o direito (normas) é um estabilizador das expectativas normativas que opera de maneira contrafática, ou seja, o sentido da norma vige mesmo quando o desapontamento se verifica no mundo dos fatos. O consenso sobre as expectativas pode, de forma crescente, ser institucionalizado e veiculado de forma congruente no campo social. (LUHMANN, 1983, p. 56-57)

Nesta abordagem, o direito seria um meio de alívio para o sujeito em face de inúmeras expectativas, pois o direito, como estrutura, pré-seleciona respostas a certas expectativas normativas, não sendo apenas um meio coativo. A seleção das expectativas normativas realizadas pelo direito age de forma congruente, cuja incidência varia de acordo com o grau evolutivo da limitação da complexidade (LUHMANN, 1983, p. 121).

### **Teoria dos Sistemas autopoieticos**

Após a demarcação de uma teoria sociológica do direito de fundo estrutural-funcionalista, Luhmann radicaliza a abordagem sistêmica na última fase do seu pensamento. A ideia de sistema, por suposto, parece ser o conceito-chave da teoria luhmanniana, mas, a sua inovadora ideia de Sistema não surge de maneira direta, tampouco está radicada na velha ideia de sistema social da tradição anterior, apesar de ela ter sido, de alguma forma, nitidamente influenciada pelo pensamento da sociologia norte-americana.

Pensar a sociedade, pela lente de Luhmann, significa pensar o problema da diferença constitutiva da sociedade (ou seja, o seu paradoxo de base) tendo por ponto de partida a noção de complexidade, a qual fornece uma gama infinita de possibilidades de eventos no bojo da vida interacional. Para Garcia Amado, o ponto inicial para a compreensão global do pensamento de Luhmann está em se perceber a refutação de qualquer

possibilidade apriorística ou qualquer pressuposto ontológico da sociedade, sendo que “o problema desencadeante da gênese e manutenção da ordem social é designado em Luhmann com dois conceitos estreitamente relacionados: complexidade e dupla contingência” (AMADO, 2004, p. 301).

Para Luhmann, a sociedade nada mais é do que um sistema, mas não um sistema como fora entendido no conjunto das teorias que lhe antecederam, uma vez que: “Al contrario de lo que afirma la sociología tradicional, la sociedad, em cuanto sistema, no tiene como elementos propios a los individuos, las relaciones entre individuos o los roles, sino comunicaciones. Además, los límites de la sociedad no son territoriales, sino los límites de la comunicación” (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p.154).

Tem-se, neste primeiro instante de determinação preliminar da sociedade como um sistema, uma dupla ruptura com a epistemologia anterior: primeiramente, a sociedade passa a ser apenas um tipo de sistema social, um tipo específico de sistema social que se particulariza por criar as condições para a redução de complexidade que constituem as premissas dos outros sistemas sociais; segundo, não é mais indivíduo ou os fatos que serão a base de formação da sociedade. Neste último aspecto, como defende Esteves, a viragem do pensamento sistêmico está justamente

na “desantropomorfização” do conceito de sociedade, que, além de não mais ser um organismo, também o homem deixa de lhe ser constituinte ou criador, estando este apenas no ambiente do sistema. O sistema da sociedade seria, então, “(o sistema de todos os subsistemas sociais constituídos ou a formar), como o universo de todas as comunicações possíveis” (ESTEVES, 2007, p. 8).

Nesta perspectiva, entra em cena, decisivamente, o paradoxo da diferença como elemento fundante da unidade do social visto como um sistema e não como uma totalidade normativa. Ou seja: para existir algo que possa ser dito como social, ou a sociedade (como um sistema), é preciso se estabelecer a diferença deste algo, entre si e o seu diferente (entorno, ambiente ou outros sistemas), e esta diferença só é possível quando a complexidade – que é o conjunto de todos os eventos possíveis – for reduzida por meio de operações próprias que se expressarão em comunicações.

Dizendo em termos luhmannianos: a sociedade, como sistema específico, só é possível quando há redução da complexidade em face dos eventos possíveis no entorno (complexidade). Em suma: algo só é algo quando se torna diferente do entorno, e essa diferença será sempre uma redução do campo de complexidade de base. Esse elemento fundante da própria sociedade como um sistema reduzido de significados, de redução da complexidade, só pode ser entendido

com a questão da dupla contingência. É a partir dela que se pode entender a origem da “ordem social”, o problema basal da redução de complexidade que se expressa, ao longo de uma evolução histórica, na forma de sistemas sociais diferenciados. Contingente, em oposição à complexidade, é “aquilo que não é nem necessário nem possível, senão meramente possível” (AMADO, 204, p. 302). No campo da complexidade humana, percebida sensorialmente por um campo infinitamente amplo de possibilidades, há sempre uma dupla perspectiva da contingência, ou seja: no mínimo, as possibilidades selecionadas no campo da complexidade dos eventos são reduzidas e selecionadas nas perspectivas de um *ego* e um *alter*.

Diante das possibilidades que emergem das significações possíveis da dupla contingência, surgem os sistemas com operações próprias, sendo estas decorrentes de estruturas aptas à generalização congruente das expectativas geradas pelos problemas da complexidade. A sociedade, portanto, é o sistema que se especifica por estabelecer as primeiras reduções de base da complexidade, a partir da qual os outros sistemas sociais realizarão novas reduções, selecionando, coordenando, e estabilizando, mediante formas próprias de comunicação, as expectativas a partir de suas estruturas. São as estruturas que fixam o sentido das operações com que o sistema se autoproduzirá, sendo

neste *locus* estrutural em que se opera a redução de complexidade (ROCHA, 1997, P. 31). Repita-se, mais uma vez, o ponto central da virada epistemológica da teoria social luhmanniana: a sociedade – que nada mais seria que um sistema redutor de complexidade que gera a condição de possibilidade de outros subsistemas sociais – constitui-se não por fatos, atos ou indivíduos, sujeitos históricos, mas por comunicação.

### **A VARIAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO: o uso do conceito de evolução pela Teoria dos Sistemas**

A ideia de evolução, ainda não clara teoricamente, já estava presente em seus traços elementares nas abordagens do século XVIII (Hume, Lord Krames e Ferguson), bem como na primeira metade do século XIX com a escola *histórica* do direito. Mesmo não havendo em tais momentos uma clareza da estrutura teórica do sentido do termo “evolução”, já era possível perceber as variáveis que se apresentam fundamentais em tal conceito, tais como: conquistas evolutivas não planejadas, desenvolvimento paulatino, estilos aleatórios e acumulação de sabedoria nos casos particulares. Contudo, ainda não havia uma abordagem teoricamente estruturada acerca da “evolução do direito”. Na bibliografia decorrente da escola histórica, por exemplo, apesar de se falar em evolução dos “institutos jurídicos”, também não havia precisão

epistemológica quanto ao termo “evolução” (LUHMANN, 2002, p. 302).

Diante de tal quadro de “insuficiências” epistemológicas, o Luhmann de *O Direito da sociedade* (1993), já francamente influenciado pela teoria geral da *autopoiesis*, propõem a utilização do “esquema” teórico elementar da teoria evolutiva de Darwin para a compreensão da mudança histórica do direito. Trata-se, em linhas gerais, de compreender a relação das seguintes variáveis estruturais: variação, seleção e estabilização. Essa escolha não é aleatória, ao contrário, corresponde à utilização de uma “das conquistas mais importantes do pensamento moderno” (LUHMANN, 2002, p. 302). Tal opção analítica se coloca, por suposto, como a mais acertada ao pensamento luhmanniano, cujo ponto central está em ser também uma teoria da diferença.

Essa menção explícita do pensamento de Darwin, numa perspectiva sistêmica e autopoietica, é o ponto culminante da apropriação luhmanniana do instrumental utilizado no campo das ciências biológicas. Aqui, evidentemente, não se trata de uma importação conceitual, nem de um paralelo ingênuo dos elementos da teoria da evolução biológica. Mesmo reconhecendo que o pensamento de Darwin é uma das maiores conquistas do pensamento moderno, Luhmann admite que o mesmo poderia ser melhorado, e que deve ser utilizado apenas como “teoria geral”, ou

seja, sendo viável a utilização ampla de sua gramática geral em vários campos, não se tratando de uma mera analogia. Sua escolha é assim justificada:

Preferimos esta teoria porque parte de un concepto teórico de la diferencia. Su tema no es la unidad de la historia como desarrollo de un principio hasta nuestro días, sino, más restringidamente, las condiciones de posibilidad de los cambios estructurales no planificados y la explicación de la diversidad (o la gradación de la complejidad). (LUHMANN, 2002, p.302)

A busca da teoria da evolução, em uma nova perspectiva, para o enfrentamento da mudança dos sistemas se deu, para De Giorgi, porque:

A ciência jurídica não pode enfrentar o problema da variabilidade estrutural do direito positivo porque não “tematizou” o acréscimo evolutivo implícito na positividade do direito e porque assentou premissas exteriores ao sistema jurídico para enfrentar o problema dos limites e do controle da variabilidade estrutural do direito. (2000, p. 185)

Ora, em face desses obstáculos epistemológicos, os elementos para uma análise evolutiva estrutural do direito como sistema autopoietico só poderiam ser razoavelmente descritos à luz da correlação das três variáveis evolutivas básicas: variação, seleção e estabilização. Essas são as três funções, ou dimensões da teoria da evolução biológica que, para Luhmann, são necessárias para se descrever, com maior acuidade, a mudança estrutural do direito ao longo do tempo.

Para um sistema social evolucionar, no sentido da teoria geral da evolução, será preciso observar três funções ou condições evolutivas: 1) a **variação** de um elemento da *autopoiesis* que até então era vigente intra-sistema, 2) a **seleção** interna da estrutura que torna possível a referida variação e se constitui como condição de reprodução deste e 3) a **estabilização** dinâmica do sistema pela possibilidade de ser reproduzida autopoieticamente a forma (estruturalmente determinada) que sofreu a mutação. Por ser uma dinâmica evolutiva, esses elementos são condicionantes, porém não necessários. Tal dinâmica significa, em suma, que a variação afeta os elementos do sistema, a seleção refere-se às estruturas, e a estabilização à unidade do sistema que se reproduz autopoieticamente.

Neste ponto, Luhmann confessa que não seria possível explicar exatamente se a evolução da sociedade se processa por esta dinâmica, sendo este um as-

pecto considerado pressuposto do seu pensamento. A questão nodal, então, seria saber se é possível dentro do sistema global da sociedade a presença de evoluções de outros subsistemas sociais; seria possível, enfim, se falar numa dinâmica evolutiva própria do sistema do direito? A resposta é sim. A clausura operativa dos sistemas não seria um óbice aos seus câmbios evolutivos ao longo do tempo, uma vez que a evolução é compreendida não como um processo linear, de acumulação, mas sim uma dinâmica da mudança estrutural não programada e brusca, para quais existiriam longos períodos de estabilização. Desta forma, uma análise histórica descritiva pode oferecer elementos que ratificam a compatibilidade da teoria dos sistemas com a teoria geral da evolução. A prova estaria na própria evolução do sistema do direito.

## **Direito arcaico e a função da escrita no processo evolutivo**

Para a teoria dos sistemas, a escrita é o ponto de partida para a fixação do sentido interno das estruturas do sistema jurídico. Por conseguinte, a escrita não foi o resultado de uma evolução, mas uma condição para o seu desenvolvimento. Com efeito, a escrita atingiu diretamente a história evolutiva do sistema jurídico por ser um meio singular de fixação, de acoplamento estrutural da memória social em seus vários subsistemas. Nas sociedades arcaicas,

indiferenciadas e ágrafas, tais estruturas eram fixadas de maneira frágil, uma vez que a memória social dependia da memória psíquica das pessoas. A escrita, portanto, para a evolução do direito, possibilitou um acoplamento estrutural entre a realidade física, psíquica e a social, daí a sua grande importância no aumento global da complexidade. Quando se fala em escrita, em termos luhmannianos, não se está falando em linguagem, mas no meio físico, visível, de registro, elemento que, na teoria dos sistemas, encontra-se no entorno do subsistema da comunicação. O grande mérito, então, da escrita foi o de facilitar o acesso a uma dada informação antes retida apenas na memória psíquica, dificultando o seu esquecimento.

A escrita, no mundo antigo, segundo Luhmann, passou a ser o meio físico que selecionava as situações de relevância social, ou seja, aquelas que deveriam fazer parte de uma memória acessível a todos, especialmente as situações de predição. Não será por mero acaso histórico, então, que na sociedade da Mesopotâmia antiga, a escrita cuneiforme era uma meio para registrar problemas de predição, de práticas de adivinhação. O direito, portanto, na aurora do seu processo evolutivo, situava-se no campo simbólico das situações de predição e de adivinhação das sociedades arcaicas, sendo, inclusive, elemento responsável pelo aumento de complexidade deste campo. O grande exemplo é o Có-

digo de Hammurabi. Nele havia registros de um tipo de informação não propriamente jurídica, mas um conjunto de proposições montadas na lógica de “se isto então aquilo”, que é, em essência, uma lógica divinatória. Assim com a arte divinatória, a lógica do campo jurídico tratava de ser um conjunto de asserções ligadas à predição de casos futuros.

A consequência imediata do uso da escrita foi a complexização do sistema do direito em suas estruturas internas. Houve, por consequência, o abandono do testemunho presencial, que era a forma arcaica como o direito capturava, pela repetição e pela memória psíquica, os seus comandos. Outra consequência visível foi que a escrita tornou mais disponível o modelo de conduta desviante, o qual poderia se perder na forma de conservação oral, mudando-se, como mencionou Assmann, do “domínio da repetição para o domínio da representação” (ASSMANN *apud* LUHMANN, 2002, p. 312).

Neste primeiro momento, a escrita não integrou o elemento da validade do direito, como ocorrerá em sociedades complexas, mas apenas trata da conservação mais eficaz que torna disponível um texto que passará a ser objeto de uma interpretação. A escrita levou, portanto, ao distanciamento temporal entre o evento e a uma situação contemporânea de um leitor que deve, invariavelmente, com maior ou menor espaço, interpretar o seu sentido, uma vez que o emissor originário não está ali presente.

Como condição do processo evolutivo, a escrita colocou, também, novos problemas para o mundo antigo. Um exemplo claro se deu na Grécia clássica, no conflito social entre direito natural e direito positivo, que nada mais foi que a tensão ocorrida com o uso da escrita como acoplamento estrutural do direito com os outros subsistemas sociais, como o da religião e o da política, ambos ainda em fase embrionária de diferenciação. Pode-se dizer que a escrita, mais que um “avanço”, representou em certo sentido uma catástrofe para as sociedades tradicionais-orais, pois estas necessitaram de uma adaptação abrupta de suas estruturas a um outro sentido de estabilidade. Este processo de crise a partir do uso da escrita, historicamente, ocorreu paralelamente à macro diferenciação das sociedades antigas segmentárias para sociedades estratificadas.

A escrita, por fim, para Luhmann, não foi produto da evolução do sistema do direito, mas o elemento que, na forma de acoplamento estrutural, fora decisivo no processo de sua diferenciação sistêmica. A escrita, ao contrário do que parece, não evitou os desenganos, tampouco aumentou a segurança jurídica, mas, e apenas, retirou o sentido que antes era presencial e fixou num meio físico, forçando um outro horizonte de sentido: a interpretação. Com a escrita se ampliam e ao mesmo tempo se reduzem a forma de acesso ao direito, passando en-

tão o direito a se diferenciar como forma (LUHMANN, 2002, p. 308, *passim*).

## A jurisprudência romana e a idade média

Qualquer manual de história do direito aponta o mundo romano como o momento singular de formação do pensamento jurídico ocidental, mas, como explicar tal fenômeno pela lente sociológica de Luhmann? Porque a jurisprudência romana foi o modelo exemplar de elevado grau de consciência jurídica e de complexidade normativa, modelo este que o sistema dos países da *civil law* foram tributários?

Do ponto de vista da evolução, a partir do fenômeno de *autopoiesis*, como explicar este processo? Para Luhmann, a partir do uso da técnica da escrita foi possível perceber a evolução tão especial do direito civil romano ao longo de dois mil anos, para o qual a separação entre texto e interpretação do texto era exemplar. Este é o ponto que fez do mundo romano uma referência evolutiva na diferenciação funcional do sistema jurídico, pois restou evidente em tal momento a ruptura decisiva com as formações sociais anteriores: o abandono dos testemunhos presenciais, tidos como elementos estruturais do direito, com o igual declínio dos argumentos *ad hoc* e *ad hominem*. Dessa forma, foi possível uma mudança estrutural no sistema do direito, mudança esta em que se estabilizaram conceitos

e regras especificamente jurídicas para tomar decisões jurídicas. (LUHMANN, 2002, p. 308, *passim*). Assim:

Más que en cualquier otra parte, es aquí donde se reconoce el proceso de diferenciación del sistema del derecho: en la forma de argumentación y en las restricciones formalistas y tradicionales. La especificación del modo, la manera en la que el derecho se refiere argumentativamente a los materiales jurídicos, es lo que constituye el verdadero portador de la evolución del sistema. (2002, p. 325)

Ou seja, Roma foi um exemplo histórico evolutivo em que se instaurou uma cultura de direito independentemente da moral e do senso comum, a partir das estruturas do próprio sistema do direito. O mundo romano chegou a um notável desenvolvimento e diferenciação das estruturas próprias do sistema jurídico que formou uma classe própria de peritos na lei, os juristas, figuras inicialmente ligadas à nobreza romana, figuras especializadas que não se faziam presentes nas formações sociais do oriente próximo ou em Atenas. Nesse sentido, Roma foi, de fato, uma primeira grande ruptura evolutiva do ponto de vista da diferenciação funcional do sistema jurídico ocidental.

Luhmann apresenta o caso emblemático do direito romano para evidenciar como se processaram as variáveis evolutivas utilizadas em sua Teoria dos Sistemas: variação, seleção e estabilização. Nesse caso, a evolução estrutural poderia ser assim descrita: a **variação** do elemento autopoiético da predição jurídica arcaica, via tradição oral, para uma memória estrutural via escrita, gerou, internamente, uma **seleção** estrutural dos elementos autopoiéticos do sistema capazes de produzir as demandas destas novas operações, ou seja, uma operação pautada na separação entre texto e interpretação pelo efeito da escrita, o que, do ponto de vista evolutivo, **estabilizou** o sistema jurídico em uma nova configuração jurídica, diferenciando-o formalmente dos outros subsistemas sociais.

Por isso o mundo romano, historicamente, dentro da lógica de uma teoria geral da evolução autopoiética, foi o contexto de fundação de um *modus operandi* exemplar para o campo do ocidental, no qual do sistema jurídico foi marcado abstrações conceituais, por fórmulas e máximas que até hoje se mostram como uma efetiva conquista evolutiva de diferenciação do sistema jurídico. Aí se estruturou o nascimento da dogmática jurídica ocidental que se estendeu, em seus traços constitutivos gerais, até a idade média.

Um segundo caso histórico de diferenciação e evolução do sistema do di-

reito se encontra na Idade Média. Para Luhmann, a evolução do sistema jurídico na Idade Média é muito intrincado, pois a invenção da imprensa, no referido período, além de possibilitar a maior sistematização jurídica (comentários e glosas) abre o caminho para a difusão de outros textos. De qualquer forma, a dogmática jurídica instituída pelos romanos passa a ter uma coerência sistêmica e conceitual. (LUHMANN, 2002, p. 334). Tratava-se, pois, de uma *ratio decidendi*, orientada pela *práxis* dos casos concretos. Esses construtos da dogmática jurídica, por conta de suas especificidades, é parte integrante do sistema do direito, levando, neste período, a uma grande estabilização do sistema jurídico que propiciará a base das transformações do período moderno.

## O direito moderno e sua variação estrutural

Para Luhmann, o sistema da política irritou profundamente o sistema do direito, notadamente nos períodos de codificações do século XIX. A marca evolutiva do sistema do direito na modernidade será, portanto, a sua positividade, ou seja: “somente existe direito que entra em vigor mediante o direito positivo” (2002, p. 342). Esse processo se deu tanto para os países da *Common Law* como os países de tradição continental, sendo que no primeiro caso a base de positividade será o precedente e, na segunda hipótese, a legislação.

Como visto, o processo moderno de evolução do direito na modernidade caracterizou-se pela crescente especificação funcional do sistema jurídico que teve, na ideia de positividade, o seu elemento central. A ideia de positividade esta presente nas duas fases do pensamento sociológico de Luhmann. Do ponto de vista histórico, a ideia de positividade gerou inúmeros conflitos, destacando-se a denominada separação entre direito e moral no bojo do processo de secularização que vai de Roma até o século XVIII. Outro processo moderno relevante foi a cisão entre o conceito normativo-cognitivo de verdade para o novo conceito científico de verdade. A ideia de verdade falseada e provisória da ciência impactou o sistema jurídico que não poderia, em suas estruturas diferenciadas, ter como instrumento as novas necessidades metodológicas do sistema da ciência.

Luhmann observa, também, uma outra diferenciação capital na evolução do sistema do direito na modernidade que não tinha sido muito destacada: a separação do direito das funções educativas. Dessa forma:

A função educadora do direito era objeto, particularmente, da filosofia do direito Grega; mas ela sempre foi exercida latentemente na simbolização do direito[...] A linguagem jurídica atual busca

outros objetivos. Ela não me-deia instrumentos de memorização ou de convencimento e não se presta, de nenhuma forma, à simples leitura ou audiência – somente à consulta na procura de formas específicas para a solução de problemas. (LUHMANN, 1985, p. 25)

A separação moderna entre a função operativa e educadora no sistema jurídico é percebida pela própria prática legislativa, uma vez que esta mesma prática pouco se vincula ao ensino especializado do direito. Esse processo evolutivo de diferenciação funcional explode com o antigo paradigma de direito natural, causando um notório desconforto em relação à justificativa material do direito, o que, por conta de seus avanços, não mais poderá ser justificado “por fora”, por princípio éticos de justiça.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da apreciação de duas obras fundamentais de Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie* (1972) e o *Das Recht der Gesellschaft* (1993), foi possível inventariar os elementos gerais sobre o processo histórico de diferenciação estrutural-funcional do sistema do direito. Ao longo da análise feita, compreendeu-se que a categoria “evolução” não é utilizada, na gramática luhmanniana, a partir de uma importação a-crítica das abordagens evolutivas das ciências bio-

lógicas ou do chamando “darwinismo social”. Neste sentido, para Luhmann, evolução não é uma categoria teleológica ou vinculada a uma filosofia da história marcada pela ideia de “progresso”. A mudança evolutiva dos sistemas sociais, portanto, não seria orientada apenas por causas internas, tampouco por uma “melhor adaptação” em relação ao entorno.

Com efeito, o signo “evolução” é utilizado por Luhmann como uma categoria interpretativa capaz de melhor descrever, num ambiente de complexidade, como foi possível o processo de diferenciação estrutural dos sistemas sociais em relação ao seu entorno, especificamente o sistema do direito. Neste processo de diferenciação do sistema do direito no ocidente, como se viu, há casos históricos emblemáticos, nos quais as mudanças estruturais ocorreram de forma visível. Os exemplos usados com destaque por Luhmann são: as sociedades arcaicas ou ágrafas, o advento da escrita, as formações gregas e romanas antigas e o processo moderno de positivação do direito.

Por fim, para Luhmann, o uso da categoria evolução seria a forma mais adequada para descrever o processo de variação, seleção e estabilização histórica das estruturas do sistema do direito em um ambiente de complexidade.

## REFERÊNCIAS

AMADO, Juan Antonio Garcia. A sociedade e o Direito na obra de

Niklas Luhmann, *In*: Arnaud. André-Jean; LOPES JÚNIOR, Dalmir. **Niklas Luhmann**: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 301-344.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glossário sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. México: Universidade Iberoamericana: Anthropos, 1996.

DE GIORGI, Raffaele. Luhmann e a teoria jurídica dos anos 70. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade moderna**. São Paulo: Max limonada, 2000, p.175-195.

ESTEVES, João Pissarra. Niklas Luhmann: uma apresentação. *in*, N. **Luhmann**, *A Improbabilidade da Comunicação*, Lisboa, Vega, 1993

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Narfarante. México: Universidad IberoAmericana, 2002 (Colección Teoria Social).

\_\_\_\_\_. Sociologia do Direito I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. Sociologia do Direito II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos de auto-observação. Percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM Editora, 1997.

## Vladimir de Carvalho Luz

Professor Adjunto do InEAC/UFF.  
Doutor em Direito pela UNISINOS,  
Mestre em Direito pela UFSC, Graduado em Direito pela UFBA.