

O direito na obra de Niklas Luhmann

Etapas de uma evolução teórica

Pierre Guibentif

ISCTE, Instituto Superior das Ciências
do Trabalho e da Empresa

Niklas Luhmann formou-se inicialmente em direito. Antes de iniciar uma carreira de sociólogo, trabalhou vários anos como jurista na administração pública e, mais tarde, como investigador em temas jurídicos num instituto de ciências administrativas. Este percurso (I) explica que o direito tenha ocupado um lugar destacado nas suas reflexões teóricas. Mais, toda a sua teoria geral da sociedade é marcada pelo facto de o direito ter sido um dos seus principais objectos ao qual foi aplicada. Reveste, logo, particular interesse, na abordagem deste autor, a análise da sua conceptualização do direito (II). Esta, no entanto, evolui consideravelmente ao longo dos anos. Uma evolução que revela o carácter dinâmico do pensamento de Luhmann, uma característica que tende a ficar ocultada pela amplitude da obra e o rigor da argumentação. Ao dar conta desta evolução, somos também conduzidos a reflectir, em termos mais gerais, sobre o estatuto das diferenças entre os trabalhos de um mesmo autor, uma

questão que tem sido nalguma medida negligenciada, talvez sob a pressão das necessidades do ensino. A discussão da obra de Luhmann constitui uma boa oportunidade de a aprofundar (III).

I

Recordemos¹, em primeiro lugar, que Luhmann iniciou a sua carreira de sociólogo relativamente tarde. Depois da licenciatura em direito, em 1949, trabalhou primeiro, durante cerca de dez anos, na administração pública, sucessivamente nos serviços de um tribunal administrativo (onde participou na reorganização do sistema de referência das sentenças) e no Ministério da Educação e Cultura da Baixa Saxónia (onde tratou de pedidos de indemnização consecutivos ao período nazi). Já nessa fase, no entanto, estava interessado, mais do que nesta actividade administrativa em si, na reflexão mais abstracta sobre o fenómeno administrativo em geral, uma reflexão, aliás, de inquestionável pertinência numa altura em que se tratava de reconstruir o Estado alemão depois da Segunda Guerra mundial. Este interesse concretizou-se, por um lado, em contribuições para uma revista de ciência administrativa e, mais discretamente, no desenvolvimento de um ficheiro de trabalho, organizando os seus apontamentos de reflexão, os seus mais tarde famosos *Zettelkästen*.

¹ Poderão encontrar-se informações mais detalhadas no volume André-Jean Arnaud; Pierre Guibentif (orgs.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, nomeadamente na entrevista a Niklas Luhmann "Itinéraire d'un auteur, itinéraire d'une discipline", entretanto também publicada na sua formulação original em alemão, na revista *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2000, pp. 217-245.

A qualidade deste trabalho analítico chamou a atenção de dois professores que tiveram um papel determinante na entrada de Luhmann no mundo das ciências sociais. Carl Hermann Ule convidou-o para o Instituto Superior de Ciências Administrativas de Speyer, onde trabalhou durante cinco anos como investigador. Por sua vez, Helmut Schelsky animou-o a doutorar-se para poder ingressar na universidade e convidou-o, poucos anos depois de Luhmann ter cumprido estas provas, para a Universidade de Bielefeld, em 1969.

Com a preocupação de se situar num contexto intelectual suficientemente aberto, Luhmann posicionou-se explicitamente, logo nestes anos de transição da administração para a investigação, como sociólogo. Não quis limitar-se a estudar de fora a actividade jurídica e administrativa. Quis estudá-la no âmbito de um quadro conceptual à partida mais abrangente. Como se sabe, esta estratégia intelectual inspirou-se nomeadamente em Talcott Parsons, junto de quem Luhmann estudou durante alguns meses no início dos anos da década de 60. Afirmou-se na lição inaugural que proferiu no início da sua carreira professoral, em Münster em 1967, e que intitulou “Iluminismo sociológico”², assim como, nomeadamente, pela sua participação, em 1968, no congresso da Associação alemã de sociologia, onde apresentou a conferência que esteve na base do debate que travou pouco mais tarde com Jürgen Habermas³.

Ao longo desta transição continuou, no entanto, a dedicar-se em particular a temas jurídicos. Vários conceitos essenciais para o seu futuro trabalho teórico surgi-

² Ver a tradução deste texto no presente volume.

³ Sobre este debate, ver a contribuição de José Manuel Santos, no presente volume.

ram no contexto da elaboração de um estudo sobre os direitos fundamentais⁴. A obra que mais polémica suscitou, consagrando-o como um dos autores de referência na sociologia alemã, foi *Legitimação pelo procedimento*⁵, dedicada às estruturas das actividades políticas, administrativas e judiciais nas sociedades modernas.

A partir destes anos, afirmou-se claramente como teórico generalista, publicando os sucessivos volumes intitulados *Iluminismo sociológico*. Não deixou, porém, de se interessar pelo direito, que reconhecia como um elemento autónomo da realidade social. Esta autonomia explica o seu empenho no desenvolvimento de uma subdisciplina da sociologia, a sociologia do direito. Produziu o que se poderia qualificar de manual teórico desta disciplina, o seu livro *Rechtssoziologie*⁶, e participou no lançamento da revista alemã de sociologia do direito, a *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, na qual publicou vários artigos. Quando, mais tarde, empreendeu a sua linha de trabalhos sobre os vários sistemas sociais, iniciada pelo livro introdutório *Soziale Systeme*⁷, dedicou um volume próprio ao direito, *Das Recht der Gesellschaft (O Direito da Sociedade)*⁸, ao lado dos volumes sobre a economia, a ciência, a arte, a política, a religião, o sistema educativo e a sociedade em si.

⁴ Cf. Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlim, Duncker & Humblot, 1965.

⁵ IDEM, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt/Neuwied, Luchterhand, 1969.

⁶ IDEM, *Rechtssoziologie*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1972.

⁷ IDEM, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1984.

⁸ IDEM, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993. Acaba de se publicar uma tradução inglesa desta obra: *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

II

Niklas Luhmann publicou numerosos livros sobre o direito⁹, entre os quais se destacam os dois que acabam de ser referidos; a *Sociologia do Direito* e *O Direito da Sociedade*. A *Sociologia do Direito* retoma e sistematiza reflexões que surgem ao longo de várias das obras anteriores, em particular *Grundrechte als Institution (Direitos fundamentais como instituição)* e *Legitimation durch Verfahren (Legitimação pelo Procedimento)*. Em 1981, organizou uma colectânea de artigos sobre o direito, *Ausdifferenzierung des Rechts (A diferenciação do direito)*¹⁰. Ao reunir este conjunto de artigos, assinalou implicitamente que os seus trabalhos recentes o conduziram a uma reapreciação em profundidade do fenómeno jurídico. Este passo qualitativo foi anunciado de maneira mais explícita em 1983. Com efeito, reeditou-se nesse ano a *Sociologia do Direito*¹¹ e Luhmann, embora sem querer rever o texto no seu conjunto, redigiu um novo capítulo final. Existem, desta maneira, duas conclusões diferentes deste livro, uma de 1972 – “Perguntas para a teoria do direito” – e outra de 1983 – “Sistema do direito e teoria do direito”. Caso único, salvo erro, na sua obra, Niklas Luhmann explicita aqui uma evolução, ao permitir uma comparação linear entre dois momentos do seu pensamento. Mais tarde, Luhmann publicou ainda numerosos textos sobre o direito, documentando uma evolução que não parou até à sua morte. Entre estes, o livro *O Direito da Soci-*

⁹ Ver a bibliografia das obras de Luhmann sobre o direito em A.-J. Arnaud; P. Guibentif (orgs.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, op. cit., pp. 241 ss (que careceria agora de ser actualizada).

¹⁰ N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981.

¹¹ IDEM, *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1983².

idade retoma várias das ideias lançadas nos restantes artigos sobre este mesmo tema, mas o propósito principal do livro é contribuir para uma comparação entre sistemas sociais e para o desenvolvimento de uma teoria geral dos sistemas sociais.

Antes de abordar as concepções do direito defendidas por Luhmann nestas obras, convém sublinhar a evolução das suas motivações teóricas. Existe, convém recordá-lo, uma inegável continuidade: a sua preocupação central é o melhor entendimento da sociedade moderna, o que passa por uma conceptualização apropriada da sua característica principal: a diferenciação funcional. Evoluem, em contrapartida, as finalidades mais concretas do seu trabalho académico. Uma evolução no sentido de um progressivo distanciamento, poderia dizer-se, em relação às práticas sociais e, talvez, de um certo desencanto. Nas obras dos anos 60, exprime a vontade de contribuir para um conhecimento da diferenciação funcional que possa, directamente, favorecer um melhor funcionamento dos sistemas sociais. Mais tarde, afirma-se cada vez mais céptico quanto a qualquer utilidade directa. Dá cada vez mais importância à finalidade primária do trabalho: conseguir uma teoria dos sistemas sociais. As esperanças anteriores transformam-se numa aposta: que esta teoria dos sistemas sociais, alcançando uma existência própria, se torne numa das instâncias onde a sociedade contemporânea, radicalmente diferenciada, possa reencontrar uma visão global de si própria. Mas uma visão entre outras, apenas uma visão, e cujos efeitos são imprevisíveis.

A primeira finalidade exprime-se da maneira mais clara em 1965. Em *Direitos fundamentais como instituição*, Luhmann verifica primeiro que o “pensamento estatal” (*Staatsdenken*), isto é, o pensamento dos que exercem responsabilidades no Estado ou são formados nesta perspec-

tiva, se fechou face aos desenvolvimentos das ciências sociais e, nesta circunstância, afirma que

«uma análise dos direitos fundamentais com os meios da teoria estrutural-funcionalista dos sistemas poderia fertilizar a dogmática dos direitos fundamentais»¹²

Em conclusão desta mesma obra, faz um balanço das possíveis utilizações da teoria estrutural-funcionalista pela dogmática jurídica, introduzido nos seguintes termos:

«(...) contradiria a intenção fundadora da nossa pesquisa aceitar aqui qualquer fusão. O aparelho conceptual da investigação sociológica, orientado para a descoberta e a comparação sistémica, tem outras tarefas do que o aparelho conceptual da dogmática, que deve facilitar e tornar previsível a tomada de decisão.

Recusar uma harmonia sem qualquer desnivelamento (*stufenlose*) não significa, no entanto, recusar qualquer contacto. Quem vê a complementaridade das tarefas da sociologia e da dogmática, promoverá estes contactos. São a própria especificação da função científica e a autonomia dos aparelhos conceptuais que, aqui como no caso de qualquer diferenciação, tornam os contactos possíveis e lhes dão o seu sentido»¹³

Esta atitude ainda se exprime na conclusão da *Sociologia do Direito* de 1972, cujo próprio título, “Perguntas para a teoria do direito”, sugere um relacionamento directo entre as abordagens:

«A ciência do direito – nisto reside a diferença com a sociologia – é uma ciência da decisão. Daí que possa

¹² IDEM, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, op. cit., p. 13.

¹³ *Ibidem*, p. 205.

retirar da sociologia uma ajuda imediata para a decisão apenas em constelações particulares, atípicas. Mas pode, pela cooperação com a sociologia, ser conduzida a reflectir a sua própria selectividade, e a entender as suas próprias decisões de princípio como resultando de uma escolha significativa (*sinnvolle*) entre outras possibilidades»¹⁴

Já em *O Direito da Sociedade* (1993), afirma em termos muito mais categóricos a separação entre as disciplinas:

«Com a determinação do objecto, dá-se também, num contexto científico pluralista, a possibilidade, ou até a probabilidade de diferentes teorias, e mais ainda diferentes disciplinas, determinarem o seu objecto de maneira diferente e, por isso, não poderem comunicar umas com as outras. Falam então, mesmo que utilizem a mesma palavra – no nosso caso ‘direito’ – em coisas diferentes. Poderão então encher-se páginas e páginas com-‘debates’ (*Auseinandersetzungen*), mas sem nenhum resultado, a não ser eventualmente a melhoria das suas próprias armas. Não se fala a mesma língua (*Man redet aneinander vorbei*)»¹⁵

Poucas linhas mais adiante, no entanto, volta a uma apreciação mais optimista:

«Talvez haja hoje um entendimento mínimo sobre o seguinte: que não vale a pena discutir sobre a ‘natureza’ ou a essência do direito, mas que a questão interessante é a das fronteiras do direito»¹⁶

¹⁴ IDEM, *Rechtssoziologie*, 1972, p. 355.

¹⁵ IDEM, *Das Recht der Gesellschaft*, op. cit., p. 14.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 14 s.

A estas duas finalidades correspondem duas problemáticas diferentes. Quando se trata ainda de contribuir para a percepção que os próprios juristas têm do seu trabalho, Luhmann procura dar conta do que, numa perspectiva sociológica, se revelou como a principal particularidade do direito moderno, a sua positividade. Considera relevante, para a própria prática do direito, entender em que consiste, quais são as funções, quais são as condições de manutenção desta positividade. E, para fundamentar esta reflexão, procura reconstituir o processo histórico que conduziu a esta positividade, isto é a *positivização* do direito (A). Já quando o objectivo é contribuir para uma teoria geral dos sistemas sociais, trata-se, através da observação do direito, de perceber melhor em que consiste um sistema social diferenciado, e o que distingue, entre outros sistemas, o sistema jurídico. Empreende este trabalho mobilizando o conceito de *autopoiesis* dos sistemas e mostrando como, num processo autopoietico, se produz a distinção entre o que é jurídico e o que não o é (B). São assim identificados os dois conceitos que, sucessivamente, vão dominar a reflexão de Luhmann sobre o direito.

A - A positivização do direito

O tema da positivização do direito surge nos primeiros trabalhos sociológicos de Niklas Luhmann. Como outros sociólogos da modernidade, de Weber a Parsons, admite que o direito desempenha nesta um papel essencial. A característica do direito *moderno*, que considera poder relacionar directamente com as características da sociedade *moderna*, é a sua *positividade*.

Esta ideia central exprime-se no título de um artigo publicado em 1970: “A positividade do direito enquanto

condição da sociedade moderna”. É trabalhada, também, em vários textos desta época. Depois de alusões mais breves, nomeadamente no livro *Direitos fundamentais como instituição*, uma primeira exposição deste tema é proposta no artigo “Direito positivo e ideologia”, publicado em 1967, precisamente no ano em que também publica o texto programático “Iluminismo sociológico” (*Soziologische Aufklärung*). Um capítulo de *Legitimação pelo procedimento* é lhe expressamente dedicado. Mais significativamente, todo o livro *Sociologia do Direito* (1972) é organizado em função desta problemática. A primeira parte desta obra¹⁷, conceptual e histórica, culmina com a discussão do processo de “positivização”; a segunda trata dos aspectos actuais e das potencialidades do direito positivo.

A reflexão de Luhmann sobre a positividade (*Positivität*) do direito, assim como sobre a evolução que conduziu a esta forma de direito, a positivização (*Positivierung*), apoia-se numa constatação simples. E parte da força da argumentação de Luhmann deve-se à maneira pregnante com que formula esta constatação:

«Com efeito, baseamos a solidez da validade já não numa validade superior mais sólida, mas, precisamente ao contrário, num princípio de variabilidade: o facto de que algo pode ser alterado é o fundamento de toda estabilidade e, logo, de toda validade»¹⁸

¹⁷ A primeira edição da *Rechtssoziologie* de 1972 (Rowohlt) era dividida em dois volumes, individualizando materialmente as duas partes aqui referidas (divisão também adaptada pela tradução brasileira de 1983 e 1985, baseada no texto alemão de 1972). Esta grande divisão perdeu visibilidade na reedição de 1983 (Westdeutscher Verlag) que consiste num volume único.

¹⁸ IDEM, “Positives Recht und Ideologie”, in *Soziologische Aufklärung 1*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1970, p. 180.

«O direito vale como positivo não apenas quando a experiência jurídica (*Rechtserleben*) tem um acto histórico de legislação na memória – no pensamento jurídico tradicional, a historicidade do direito pode servir precisamente de símbolo da sua inalterabilidade – mas apenas quando o direito é vivido como valendo por força desta decisão, como escolhido entre várias possibilidades e, desta maneira, como alterável»¹⁹

Esta constatação, a partir da qual Luhmann vai desenvolver a teoria da positividade que procurarei sintetizar a seguir, merece, em si, dois comentários. Primeiro, trata-se de um ponto de partida *empírico*. Quer-se dar conta de experiências que “todos nós” podemos fazer: por um lado, a experiência da validade (a lei adoptada deverá, em princípio, ser cumprida); por outro lado, a da alterabilidade da lei (sabemos que várias alternativas estiveram em discussão; sabemos que, num futuro que poderá ser próximo, a lei poderá ser substituída por outra). Poderá pôr-se este ponto de partida em causa neste mesmo plano empírico, em particular em dois aspectos: existirão pessoas que não têm uma experiência de procedimentos legislativos que lhes permita reconstituir facilmente a noção de alternativas, ou de alterabilidade; a percepção da validade poderá relacionar-se menos com a antecipação de uma alteração do que com outras razões (a pura legalidade? o reconhecimento da legitimidade de quem decidiu?). Teremos, no entanto, que reconhecer que, embora susceptível de ser relativizado, este ponto de partida não carece de pertinência: os que não têm experiência da legislação são os que têm menos capacidade de intervenção nas dinâmicas sociais; os outros motivos em que poderíamos pensar em abstracto poder-nos-ão aparecer como mais questionáveis ainda do que o sugerido por Luhmann.

¹⁹ IDEM, *Rechtssoziologie*, 1972, p. 209.

Segundo comentário: o conceito de positividade de Luhmann aproxima-se do conceito usual em ciência jurídica, mas existem diferenças importantes. Os principais pontos comuns são a referência à lei “posta” (*gesetztes Recht*) e a noção de decisão, isto é, o acto pelo qual a lei (ou a sentença) foi estatuída. O elemento mais importante na definição de Luhmann, a “alterabilidade” do direito positivo, também se encontra nas definições do direito positivo de autores de teoria ou filosofia do direito, onde não ocupa, no entanto, uma posição tão central. Assim, Bobbio²⁰ menciona a “antítese imutabilidade/mutabilidade” para distinguir o direito natural do direito positivo. Existem, no entanto, várias diferenças entre os argumentos de Bobbio e de Luhmann. A mais importante é que Bobbio se refere à evolução lenta das leis humanas no tempo pela mudança dos costumes, e não ao facto da possibilidade de alteração do direito por uma decisão actual. A problemática visada também não é a mesma: Bobbio recorda a oposição entre direito positivo e direito natural, enquanto Luhmann, como veremos mais adiante, pretende distinguir o direito positivo, moderno, de formas mais arcaicas do direito. Finalmente, poderá sustentar-se, embora esta diferença não seja tão óbvia, que Bobbio visa uma característica intrínseca do direito, enquanto Luhmann pretende ter em conta uma experiência subjectiva que têm os destinatários do direito. Por sua vez, Latorre²¹ opõe o estudo do direito positivo ao trabalho de reforma do direito, o que sugere uma definição do direito positivo (*lex lata*) por oposição à *lex ferenda*. Aqui também, a diferença reside no ponto de vista adoptado. Torres refere-se à relação entre os juristas

²⁰ Norberto Bobbio, *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*, São Paulo, Ícone, 1995, p. 22.

²¹ Angel Latorre, *Introdução ao direito*, Coimbra, Livraria Almedina, 1974, p. 152.

e o direito, enquanto Luhmann utiliza uma noção mais vasta de experiência jurídica.

A partir da breve definição acima citada, convém, em primeiro lugar, precisar, em si, a noção de positividade do direito proposta por Luhmann (a). Em segundo lugar, Luhmann relaciona o direito positivizado com a sociedade moderna, numa lógica funcionalista (b). Em terceiro lugar, no plano de uma discussão mais específica, examina vários factores que considera como tendo contribuído para que o direito possa cumprir a sua função (c).

(a) Como ficou dito, o direito positivo é o direito reconhecido como válido porque alterável. Nesta definição, a noção que carece de ser especificada é a de validade. Embora exista uma definição jurídica aparentemente simples desta noção (facto de uma norma ter carácter vinculativo, por oposição a uma norma abrogada, ou nula porque padecendo de um vício formal), Luhmann tem a preocupação de dar às suas reflexões, neste ponto crucial, bases propriamente sociológicas. Estas são-lhe fornecidas por dois raciocínios distintos.

Um primeiro consiste em dotar-se de um conceito que vai permitir uma nova definição abstracta da noção de validade, sem referência a noções jurídicas. Trata-se do conceito de “expectativa normativa”. Neste raciocínio, Luhmann parte de uma concepção interaccionista das relações sociais. Poderemos falar de interacção social quando o comportamento de uma pessoa (*ego*) é orientado pela ideia que tem do comportamento do outro (*alter*), e pela noção de que este comportamento de *alter*, por sua vez, também é orientado pela ideia que *alter* tem do comportamento de *ego*. Na formação das suas intenções de acção, *ego*, a todo momento, vai, simultaneamente, formar um certo projecto de comportamento e antecipar comportamentos de *alter*, nomeadamente comportamentos

que irão reagir ao seu próprio comportamento, ou comportamentos aos quais considera que será necessário ele, *ego*, reagir. Ou seja, a interacção social pressupõe que os intervenientes tenham determinadas *expectativas*, isto é, imagens antecipadas do que vai acontecer. Luhmann propõe distribuir estas expectativas em duas categorias, em função do desenrolar posterior da interacção. O que vai acontecer poderá, ou não, corresponder às expectativas dos intervenientes. Quem tinha uma determinada expectativa, verificando que os factos não lhe corresponderam, pode ter duas reacções: pode mante-la (se se reencontrar numa situação semelhante, voltará a esperar da parte dos outros o que esperou desta vez, embora tenha agora feito uma experiência decepcionante); ou pode abandoná-la (se se reencontrar numa situação semelhante, não voltará a abordá-la com a mesma antecipação). Expectativas que estaríamos dispostos a rever em função das nossas experiências são chamadas *cognitivas*; expectativas que queremos manter são chamadas *normativas*²².

Este raciocínio parte, nomeadamente, de dois pressupostos que merecem ser explicitados. Um primeiro é que podem existir *expectativas conscientemente diferenciadas*, isto é: suficientemente detalhadas e estáveis nos seus elementos para que possa ter lugar uma comparação entre o *esperado* e o que se experienciou. Convirá admitir que nem sempre abordamos uma situação com tais antecipações claras. Deve, no entanto, reconhecer-se – este é o ponto de partida da sociologia funcionalista – que a vida social seria difícil, ou melhor dizer, que não se

²² Ver o capítulo II. 2. de *Rechtssoziologie*, 1972 (pp. 40 ss). Luhmann já tinha abordado este tema em “Normen in soziologischer Perspektive”, *Soziale Welt*, 20 (1969), pp. 28-48, texto que não reeditou, em alemão, em livros posteriores, provavelmente por considerar suficiente a reformulação de 1972.

poderia falar em vida social, se não dispuséssemos pelo menos de algumas possibilidades de antecipar os comportamentos dos outros. Assim, por exemplo, a comunicação verbal, componente essencial da vida social, assenta num vasto conjunto de expectativas que poderíamos qualificar de semânticas: para referir um exemplo trivial, se alguém diz “Olha, um gato!” teremos a expectativa clara de encontrar, olhando para onde olha quem falou, de ver um gato.

O segundo pressuposto é que, tratando-se de expectativas conscientemente diferenciadas, saberemos, *a priori*, qual será a nossa reacção em caso de não correspondência entre estas e a realidade. Isto verifica-se em certos contextos institucionalizados. Assim, na actividade científica, formulam-se hipóteses que são, tipicamente, expectativas cognitivas (um enunciado explícito do que se espera, associado à predisposição em reformulá-lo se a experiência não o confirmar). Diferentemente, um regulamento administrativo fundamentará, nos que participam na sua aplicação, expectativas tipicamente normativas, das quais os envolvidos sabem que serão mantidas, mesmo que, em certas circunstâncias, tenham sido decepcionadas. O superior hierárquico que verifica um incumprimento por parte de um subordinado esperará que, da próxima vez, a tarefa seja cumprida. Poder-se-ia, considerando estes dois exemplos, admitir que a nitidez com a qual Luhmann opõe estas duas figuras tem a ver com a experiência concreta que fazia, precisamente nestes anos, da diferença entre a actividade administrativa a que se tinha dedicado no início da sua carreira e a actividade científica, na qual se envolveu a partir do início dos anos 60. É questionável que, em contextos menos estruturados (vida de família, encontros ocasionais, actividade de grupos de pessoas conhecidas, etc.), as expectativas tenham um estatuto tão

claro. No entanto, deveremos também reconhecer que, na medida em que se formularão expectativas algo especificadas, também se lhes dará alguma relevância (para quê enunciar uma perspectiva de futuro para a esquecer logo que não for correspondida?). Esta relevância poderá variar consideravelmente, mas teremos provavelmente que admitir que esta variação se deixará caracterizar adequadamente num contínuo entre os dois tipos identificados por Luhmann. Empiricamente, encontraremos várias modalidades de expectativas, entre as normativas puras (não as abandonamos, quaisquer que sejam as decepções) e as cognitivas puras (reformuladas com naturalidade em caso de decepção): expectativas que estávamos à partida dispostos a abandonar, mas cuja reformulação nos “custa” (a nossa equipa preferida não ganhou o jogo; a criança, afinal, está com febre); expectativas de que não queríamos abdicar, mas que se revelam na realidade mais maleáveis de que nós próprios esperávamos (não esperávamos tal atitude da parte de um amigo, mas acabamos por continuar a tratá-lo como amigo apesar desta decepção). Ou seja, a distinção de Luhmann talvez não permita delimitar dois universos claramente delimitados de expectativas, mas permite, sim, avançar na análise das várias modalidades das nossas expectativas.

Recorrendo a estes conceitos, dir-se-á, numa primeira abordagem, que uma regra é válida quando corresponde, na perspectiva de quem a conhece, a uma expectativa normativa. Isto é: esta pessoa, mesmo que se passe outra coisa, vai continuar a pensar que, no futuro, acontecerá o que a norma enuncia. Aprofundando a análise das situações nas quais recorreremos à noção de validade, no entanto, verificaremos que se acrescenta uma dimensão social a esta primeira definição. Dizer que uma regra é válida implica não só que uma pessoa deriva desta regra

uma expectativa de que não pretende abdicar, mas também que esta pessoa espera que outras pessoas derivarão uma mesma expectativa e que estão também dispostas a mantê-la. Ou seja: a pessoa que fala em validade de uma regra espera normativamente que esta regra corresponda, para as outras pessoas, a uma expectativa normativa. Afirmar que uma regra vale é afirmar que *os outros devem* considerá-la como uma regra *obrigatória*.

Estes dois planos de expectativas normativas deixam-se distinguir quando se pode distinguir, para retomar uma linguagem de juristas, a forma do conteúdo (deixarei aqui aberta a questão de saber se outros mecanismos poderão permitir um desdobramento equivalente das expectativas). Isto aplica-se tanto no direito como noutros campos sociais. No direito, porque existem múltiplos enunciados que revestem a mesma forma de lei, podemos separar a noção abstracta, segundo a qual a lei tem que ser cumprida, da noção mais concreta segunda a qual um determinado comportamento deve ser adoptado. Mas verifica-se algo similar nos jogos: estes são organizados por “regras”. Quem participa num jogo tem, por um lado, a noção abstracta de “ter que cumprir as regras” e de que apenas poderão jogar com ele os que “reconhecem as regras”, e terá, por outro lado, determinadas expectativas normativas concretas, que poderão, ou não, pertencer ao conjunto das regras. Em tais contextos (jogo, legislação), a forma de uma regra (a sua pertença “às regras do jogo”, “à lei”) significa, para o seu destinatário, não apenas que ele próprio poderá basear expectativas normativas nesta regra, mas também que outros (parceiros, adversários, espectadores) terão a mesma expectativa.

A separação entre forma e conteúdo, no entanto, representa na realidade apenas uma primeira condição para a validade. A segunda condição torna-se óbvia se ima-

ginarmos a seguinte situação: existe um conjunto identificado de regras, mas, empiricamente, pode constatar-se que são poucos os que as cumprem, ou muitos os que manifestam que as suas expectativas são outras. Quem testemunha uma tal situação desistirá naturalmente de atribuir um sentido normativo à forma comum das regras que muitos outros ignoram. Formulando agora esta condição pela positiva, dir-se-á que as condições concretas da validade de um conjunto de regras consistem, por um lado, no revestimento por parte dessas regras de uma forma comum que facilite a sua identificação como regras a cumprir, mas também, por outro lado, que as regras que revestem esta forma, numa certa proporção, sejam manifestamente reconhecidas por uma certa proporção de pessoas, uma experiência necessária para que uma pessoa dê à forma destas regras o sentido de “regras que os outros também reconhecem”. Para designar esta situação de aparente adesão de muitos outros a uma regra, que fundamenta a adesão de uma pessoa a determinadas regras, Luhmann fala em *legitimidade*, dando à palavra um sentido algo distinto do que lhe dão outros autores, em particular Jürgen Habermas²³.

Podemos agora voltar à definição do direito positivo defendida por Luhmann. Pressupõe, em primeiro lugar, uma determinada “forma”. Referimo-nos a um conjunto de regras identificado como conjunto – a ordem jurídica – ao qual podem ser atribuídas determinadas características. Uma característica essencial é que todos podem derivar das regras que pertencem a esta ordem expectati-

²³ Cf. P. Guibentif, “La légitimité des mouvements sociaux. Un exercice conceptuel dans le prolongement de Habermas et Luhmann”, in Michel Coutu; Guy Rocher (dirs.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Québec, Presses de l'Université Laval [no prelo].

vas normativas, podendo considerar – aqui é que está o ponto crucial – que os outros vão fazer o mesmo. Até aí, não fizemos mais que propor mais uma definição, um tanto mais abstracta do que outras, do que é uma ordem jurídica. É sobretudo uma definição mais prudente do que muitas outras. Com efeito, até aqui, o raciocínio apenas teve em conta as expectativas de pessoas observadas ou, como talvez convenha melhor dizer, imaginadas a título experimental. Admite-se que um grande número de pessoas estará disposto a esperar determinados eventos, com a convicção de que muitos outros esperam o mesmo. Não se falou em comportamentos. Podem admitir-se desvios, até em proporções significativas. E não se falou em convicções. Pode-se estar à espera de algum evento previsto pela lei, e saber que muitos outros também o esperam, sem ter razões substanciais de desejar este evento.

Nesta base, Luhmann procura caracterizar a ordem jurídica moderna. Distingue-se pelo facto de se poder alterar os seus conteúdos e as expectativas que neles se apoiam. Isto é, a pessoa que, num determinado momento, retira de uma regra jurídica uma expectativa normativa, sabendo que os outros poderão ter a mesma expectativa normativa, também sabe, desde já, que a regra poderá, no futuro, ser alterada e que isto levará todos, ela incluída, a alterar as suas expectativas normativas. Ou ainda, visto numa perspectiva objectiva, pode, em qualquer momento, alterar-se uma regra de tal maneira que, efectivamente, as expectativas normativas da população acompanhem esta alteração. Noutras palavras, o direito positivizado permite produzir novas expectativas normativas e alterar as que em certo momento vigoram.

(b) Na discussão geral das relações entre direito positivo e sociedade moderna, Luhmann propõe um argumento circular: o direito positivo torna a sociedade

moderna possível; mas, inversamente, a sociedade moderna fornece as condições necessárias ao direito positivo. O primeiro termo desta argumentação é mais valorizado (veja-se o título do artigo já referido, de 1970, assim como, precisamente, as primeiras linhas do capítulo “Positivização do direito” na *Sociologia do direito*, 1972). Talvez, por um lado, porque quer mostrar aos seus novos colegas sociólogos a importância que há em incluir o direito no âmbito de observação da sociologia e, por outro lado, porque quer sugerir aos seus (antigos?) colegas juristas o que está em jogo na sua prática, para além de interpretar leis, produzir contratos e regulamentos, gerir litígios, etc.

Luhmann retoma neste ponto a tese que domina toda a sua obra: a sociedade moderna caracteriza-se pela sua diferenciação funcional. Apenas se pode entendê-la se se reconhecer que nela vários âmbitos de actividade se diferenciaram, cada um com características próprias e desempenhando uma função específica necessária à reprodução da sociedade no seu conjunto. Em termos breves, poder-se-á dizer que as necessidades normativas de uma sociedade assim diferenciada se tornaram completamente imprevisíveis. Com efeito, por um lado, a diferenciação dos vários sistemas tornou possível, no seio de cada um deles, novas alternativas de acção (exemplos: a diferenciação do dinheiro torna possível actividades económicas mais diversificadas do que nas economias tradicionais; a diferenciação do sistema político favorece a contraposição de projectos políticos em competição, etc.). Luhmann fala neste ponto de “sobreprodução de possibilidades”²⁴. Por outro lado, dado que cada sistema evolui segundo a sua lógica própria, podem surgir dificuldades na conciliação entre os seus desenvolvimentos respectivos (Luhmann cita

²⁴ N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, 1972, p. 191.

nomeadamente o exemplo de constatações científicas que colidem com objectivos políticos ou económicos²⁵). Num tal contexto, é indispensável poder criar novas normas, para novas actividades, e face a novas possibilidades de incompatibilidade entre diversas actividades. Daí a necessidade do direito positivizado, isto é, sempre mutável.

Directamente na linha deste argumento, sustenta que o passo determinante no sentido de um direito plenamente positivizado, isto é, valendo porque mutável, se deu com a produção, ao longo do século XIX, de legislação em novos domínios, tais como o trabalho ou o alojamento²⁶. A codificação do direito privado, no início desse mesmo século, teria sido, antes de mais, uma experiência de sistematização de normas já reconhecidas. A este propósito, Luhmann qualifica de ainda imperfeito o conceito de direito positivo de Hegel, que não deixa no entanto de qualificar de passo importante no processo de positivização²⁷.

Inversamente, a diferenciação funcional torna possível a positivização, em particular por um processo: a diferenciação do sistema político. Com efeito, o sistema político moderno, com a sua capacidade de produzir decisões vinculativas, poderá assumir, entre as suas funções, a de produzir o direito positivo de que a sociedade, na sua globalidade, carece.

Convém registar um ponto conceptual importante. Nos trabalhos aqui discutidos, o direito necessário para a sociedade moderna é expressamente qualificado de *estrutura* social, e não de *sistema* (veja-se o título da parte III da *Rechtssoziologie*, 1972: “O direito como estrutura da sociedade”). E estabelece-se um vínculo privilegiado

²⁵ Cf. *Ibidem*.

²⁶ Cf. *Ibidem*, p. 201.

²⁷ Cf. *Ibidem*, p. 195.

entre este direito-estrutura e um sistema social em particular, o sistema político. Esta arquitectura teórica será revista em profundidade nos anos seguintes, com a qualificação do direito como sistema social, entre um amplo leque de outros sistemas sociais, tendo com todos estes relações de uma comparável complexidade.

A circularidade do argumento que se acaba de sintetizar pode causar alguma perplexidade: como pode surgir esta sociedade moderna, que necessita de um direito positivizado, que, por sua vez, apenas se pode desenvolver numa sociedade...moderna. Esta circularidade desfaz-se com a tomada em conta de vários processos históricos que teriam, na perspectiva de Luhmann, favorecido a positivização do direito. Na transição para a modernidade, a sociedade teria, desta forma, encontrado um direito quase positivizado, estando assim reunidas condições favoráveis para uma co-evolução de um tipo de direito e de um tipo de sociedade que se correspondem um ao outro. Este componente no raciocínio de Luhmann conduz aos fenómenos que, para além da diferenciação funcional (que poderá, no entanto, ser relacionada com alguns deles), favorecem a positivização do direito. Entre estes, pode distinguir-se entre processos históricos e mecanismos que continuam a actuar hoje em dia. Esta distinção justifica-se na medida em que os processos históricos são causas possíveis, enquanto os mecanismos contemporâneos podem ser abordados como devendo a sua manutenção às funções que desempenham na manutenção da positividade do direito (perspectiva “funcional-estruturalista”: a noção da função orienta a interpretação das estruturas observadas²⁸).

²⁸ Sobre a diferença, no entendimento de Luhmann, entre a sua perspectiva funcional-estruturalista e a perspectiva estrutural-funcionalista de Parsons, ver nomeadamente: IDEM, “Soziologische Aufklärung”, in *Soziologische Aufklärung I*, op. cit., p. 78; *Legitimation durch Verfahren*, op. cit., p. 39 e 41.

Os processos históricos relevantes, discutidos brevemente na *Rechtssoziologie*, são principalmente:

- A “jurisdição com propósito de manutenção da ordem”: as compilações de leis sob a iniciativa de monarcas que queriam unificar a prática dos tribunais no seu reinado e preservar os tribunais de influências locais (p. 193).
- A recepção do direito romano que possibilitou a discussão de conteúdos normativos sem referência directa a um contexto social e que favoreceu o surgimento de uma noção de validade distinta da vigência óbvia dos costumes (p. 196).
- Os esforços, desde a Idade Média até ao Iluminismo, em determinar uma hierarquia entre “direito divino, natural e positivo” (p. 197), que condiziu progressivamente à noção abstracta de validade.
- A oposição, na Idade Média, entre direito antigo e direito novo. Inicialmente formulada para justificar a aplicação do direito antigo, teria criado as categorias necessárias para pensar a ordem inversa, privilegiando o direito novo (p. 198).
- Os rituais que se desenvolveram na Idade Média para dar solenidade a novos compromissos (p. 199).
- Finalmente – e aqui reencontramos claramente o processo de diferenciação funcional, em particular do sistema político – o surgimento de processos de decisão política complexa, nos quais já não se trata apenas de cumprir a vontade do soberano mas de formular objectivos políticos. Seria no contexto de tais processos que se teria progressivamente aprendido a distinguir entre, por um lado, infrações, a considerar como gestos de resistência ao soberano, aos quais se reage por uma revalorização das normas postas em causa, e, por outro lado, a oposição contra a legislação, susceptível de ser interpretada como candidata ao fundamento de uma legislação alternativa (p. 200 s).

Estes vários processos históricos concorreram, em particular, em delimitar um universo identificável de leis (compilações, recepção das codificações romanas), em problematizar, ou seja, fazer surgir, a noção da sua validade (debate sobre as fontes divinas e humanas do direito), e em relativizar a noção de imutabilidade do direito.

(c) Luhmann dedica exposições mais extensas aos mecanismos que contribuem actualmente para a manutenção da positividade do direito. Distingue aqui dois aspectos. Por um lado, manter a positividade significa garantir que se mantenha, na população, apesar das alterações dos conteúdos jurídicos, uma experiência de validade da norma jurídica (I). Por outro lado – aspecto que será tratado aqui mais sumariamente —, a positividade exige que o direito, pelas suas características intrínsecas, possa ser facilmente alterado (II). Distinguir estes dois aspectos não significa que se deva presumir que mecanismos específicos serão dedicados a cada um²⁹. Luhmann não procura estabelecer aqui relações bi-unívocas entre funções e mecanismos. Uma vez identificada, a função inspira várias possíveis interpretações das estruturas.

(I) Quanto à manutenção das experiências de validade, a tese mais conhecida é exposta em *Legitimação*

²⁹ Para uma boa ilustração desta maneira de relacionar funções e estruturas, ver IDEM, *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1970, p. 138, onde «variabilidade e capacidade de aprendizagem no domínio das expectativas normativas» são ambas relacionadas com «coacção física e (...) programação condicional». Luhmann, de alguma maneira, adopta perante os fenómenos sociais que observa uma atitude semelhante à que atribui às pessoas que observa: estas não podem conhecer os motivos daqueles com quem interagem e, logo, operam na base de interpretações mistas. Luhmann não pretende conhecer funções que seriam unicamente e intrinsecamente atribuídas a determinadas estruturas; logo, trabalha a partir da hipótese de um misto de funções.

*pelo procedimento*³⁰. Nesta obra, como já foi acima assinalado, Luhmann utiliza um conceito particular de legitimidade. Não se interessa pelos motivos substanciais que se pode ter em aderir a determinadas regras ou decisões, mas sim pelas aparências de adesão que proporcionam determinados comportamentos, aparências que contribuem para a orientação dos comportamentos dos outros. A aceitação de uma norma não se prenderia com argumentos de fundo. Resultaria da composição de várias experiências, todas elas favorecidas pelo procedimento: de conformidade e aparente adesão de outras pessoas; do isolamento a que uma pessoa ficaria votada se adoptasse uma atitude de contestação; do facto de a decisão ter sido tomada por outros e não dizer directamente respeito à pessoa que assiste de longe ao procedimento, etc. Esta aceitação sem motivo de fundo que Luhmann chama legitimidade é um dos possíveis sustento sociológicos da positividade do direito: a experiência de uma norma jurídica poder ser produzida por decisão e sempre poder ser alterada surge na participação em sucessivos procedimentos jurídicos, no assistir de longe a numerosos processos jurídicos e no conhecimento que se tem do facto de um sem número de procedimentos jurídicos (decisões em tribunais e parlamentos) terem lugar com a aparente aceitação dos que participam e dos que assistem.

Este mecanismo é favorecido pela distinção entre procedimentos legislativos e procedimentos judiciais. Por um lado, reservar as decisões individuais para procedimentos posteriores facilita a aceitação dos resultados de

³⁰ Ver também IDEM, *Rechtssoziologie*, 1972 / 1985, p. 218 / 18, pp. 259 / 61 ss; uma formulação muito sintética do modelo da legitimação pelo procedimento também se encontra em IDEM, *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, op. cit., p. 133.

um procedimento em que são discutidas as regras abstractas. Inversamente, a discussão dos casos particulares é facilitada pelo facto de várias questões poderem ser consideradas como resolvidas e insusceptíveis de nova discussão, por já terem sido tratadas noutra sede.

Desta maneira, a positividade do direito derivaria da experiência que temos dos “procedimentos”. Resta, no entanto, captar melhor esta realidade dos procedimentos. Aqui, voltamos a encontrar um argumento à primeira vista circular: procedimentos são encadeamentos de situações, que percebemos como ligadas umas com as outras devido a determinadas estruturas. A primeira estrutura referida é...o próprio direito positivo: «normas jurídicas gerais, valendo para muitos procedimentos jurídicos»³¹. E, no entanto, não estamos num simples círculo fechado (o procedimento produz direito positivo que, por sua vez, produz o procedimento). Para já, porque, como se diz na própria citação, contemplam-se aqui regras aplicáveis também noutros procedimentos. Logo, a percepção da sua positividade não depende apenas do que se está a passar num procedimento em particular. A experiência da maneira como identificaram e estruturaram eficazmente outros processos contribui para os reconhecer como estrutura do procedimento em que estamos actualmente envolvidos. Para além, disto, Luhmann acrescenta a este factor vários outros, sem relação directa com o direito: os rituais de abertura de momentos processuais³², os dispositivos materiais da sua identificação e delimitação (refere o exemplo sugestivo de um restaurante transformado em local de voto, transformação imediatamente perceptível “até pelo pessoal de limpeza”: mesas deslocadas, cabinas, cartazes, etc.³³),

³¹ IDEM, *Legitimation durch Verfahren*, op. cit., p. 42 / 40.

³² Cf. *Ibidem*, p. 39 / 38.

³³ Cf. *Ibidem*, p. 43 / 40.

ou, ainda, o facto de cada processo dar lugar à uma “história” própria.

Um segundo mecanismo de garantia da positividade é a estreita relação entre o direito positivo e a possibilidade do uso da força para a sua execução. O argumento inicial, neste ponto, é simples:

«Só pelo meio de um poder que tenha como base [os meios da coacção física] pode o direito atingir esta margem de variabilidade e esta independência interna em relação a instituições concretas preexistentes que possibilitam a positivização»³⁴

Luhmann pretende, no entanto, distanciar-se do modelo convencional segundo o qual a coacção aumentaria a probabilidade das regras jurídicas serem cumpridas. Pretende mostrar que duas evoluções estão relacionadas: as possibilidades cada vez mais sofisticadas de usar a força simultaneamente são facilitadas pela positivização do direito e contribuem para esta. É na primeira parte deste modelo que incide principalmente a sua reflexão (é lícito admitir que a segunda é mais óbvia). Podem encontrar-se em particular dois raciocínios.

Por um lado, a capacidade de constrangimento de uma autoridade torna-se mais fácil de se perceber e, logo, é mais intimidante, em virtude do mecanismo da decisão, nomeadamente a decisão jurídica. Este raciocínio parte de um pressuposto sociológico em que Luhmann insiste em vários trabalhos dessa época: para compreender processos sociais, temos que ter em conta o facto de os

³⁴ IDEM, *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, op. cit., p. 139.

motivos de acção de uma pessoa *não* serem acessíveis aos outros³⁵. Logo, em situações concretas, cada um tem que actuar na base de presunções sobre estes motivos, que terá que construir a partir dos indícios que a situação lhe fornece. Uma decisão, quando formulada em termos condicionais (tal comportamento, ou, inversamente, o não cumprimento de tal ordem, terá como consequência a aplicação de tal medida de coacção) facilita esta reconstrução hipotética, por parte de uma pessoa, dos motivos de outras pessoas. Se vir alguém abster-se de um comportamento proibido, ou executar um comportamento ordenado por uma tal decisão, poderá presumir que esta atitude se deve à decisão. Se, para além disto, como indivíduo moderno, tem a noção de que se obedece a uma decisão porque existe uma razão de obedecer, poderá presumir que esta atitude de obediência se deve, ou ao reconhecimento de “boas razões” da decisão, ou porque se receou o uso da força. Esta última presunção, segundo a qual as atitudes dos outros de conformidade às decisões da autoridade se deve ao receio que os outros tem da força, dá, por assim dizer, força à noção de força da autoridade³⁶.

Por outro lado, a questão da efectividade da força susceptível de ser mobilizada para a execução do direito coloca-se em termos novos no contexto das nossas ordens jurídicas modernas complexas, que se aplicam a sociedades complexas³⁷. Com efeito, no contexto de uma sociedade

³⁵ Ver nomeadamente IDEM, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, op. cit., p. 134; IDEM, “Normen in soziologischer Perspektive”, *Soziale Welt*, 20 (1969), p. 28.

³⁶ Existe alguma complementaridade entre esta teoria do efeito da força pelo efeito do direito e as reflexões de Michel Foucault sobre as relações fluidas entre as medidas de coacção fortes (prisão) e as medidas mais “suaves” (acompanhamento social) tecidas em *Vigiar e Punir*, Petrópolis, Vozes, 1977.

³⁷ Este raciocínio é desenvolvido em particular em Luhmann, *Rechtssoziologie*, pp. 272 ss / 75 ss.

complexa, ninguém pode ter uma visão de conjunto sobre os casos de aplicação do direito e sobre as reacções das autoridades. Neste ponto, Luhmann inverte radicalmente a abordagem do fenómeno bem conhecido da criminologia e da sociologia do direito, a saber a “cifra negra”³⁸ (a aproximar do conceito de “pirâmide da litigiosidade”³⁹). Numa interpretação funcionalista⁴⁰, considera que a opacidade causada por estruturas sociais complexas – não é possível conhecer todos os ramos do direito e acompanhar as medidas da sua implementação – favorece a experiência de validade do direito, na medida em que apenas resta ao cidadão comum presumir que, nos domínios dos quais não temos experiência directa, a autoridade intervém efectivamente cada vez que isto é necessário.

Para o leitor de hoje, este raciocínio não pode deixar de levantar alguma dúvida. A complexidade da sociedade poderá também contribuir para o sentimento de insegurança⁴¹. O próprio Luhmann tem a intuição deste fenómeno:

³⁸ Cf. Jorge de Figueiredo Dias; Manuel da Costa Andrade, *Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra Ed., 1984

³⁹ Boaventura de Sousa Santos; Maria Manuel Leitão Marques; João Pedroso; Pedro Lopes Ferreira, *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*, Porto/Coimbra/Lisboa, Afrontamento / CES / CEJ, 1996, p. 50.

⁴⁰ N. Luhmann, “Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie”, *Ausdifferenzierung des Rechts*, op. cit., p. 275.

⁴¹ Sobre as representações sociais da complexidade social, segundo as posições sociais, ver P. Guibentif, “A comunicação jurídica no quotidiano lisboeta. Proposta de abordagem empírica à diferenciação funcional”, *Forum Sociológico*, nº 5/6 (II série), 2001, pp. 129-161 e Guibentif et al., *Comunicação Social e Representações do Crime*, Lisboa, CEJ, 2002. As conclusões destes trabalhos poderiam ser sintetizadas da maneira seguinte: para poder aproveitar o potencial de redução da complexidade das sociedades modernas, é necessário ter alguma experiência concreta da diferenciação social, participando nos seus mecanismos. Para quem fica de fora destes mecanismos, esta complexidade torna-se opacidade e fonte de insegurança.

«A necessidade de segurança jurídica – bem como o próprio tema – apenas surge como consequência da positivização do direito, isto é, como consequência do facto de o indivíduo se poder sentir ameaçado, já não apenas por comportamentos não autorizados, mas também por alterações do direito, ou seja, por comportamentos autorizados»⁴²

Outro factor de positivização tratado com algum pormenor por Luhmann é a reformulação do direito em termos de programa condicional, factor ao qual dá um relevo equivalente ao que dá à coacção física⁴³. Quanto a este fenómeno, deve notar-se que o seu estatuto nos textos aqui analisados não é fácil de determinar. Luhmann relaciona-o explicitamente com dois aspectos da positividade: “capacidade de aprendizagem” e “variabilidade estrutural”. O primeiro aspecto prende-se directamente com a questão da validade, cujos factores sociológicos procuramos aqui inventariar (a positivização do direito significa que os destinatários estão dispostos a aceitar alterações dos conteúdos jurídicos, ou seja, aprender novos conteúdos). O segundo diz respeito a outra característica: a facilidade com a qual o direito, pelas suas próprias características técnicas, se deixa alterar. Face aos argu-

⁴² Luhmann, *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, op. cit., p. 143; no mesmo sentido, IDEM, *Rechtssoziologie*, 1972 / 1985, p. 253 / 54 s.

⁴³ A distinção entre programação condicional e programação finalizada, na discussão das características do direito positivo, surge já em IDEM, “Positives Recht und Ideologie”, in *Soziologische Aufklärung I*, op. cit., p. 191; ver também IDEM, *Zweckbegriff und Systemrationalität. Ueber die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1968, p. 99 ss. O tema é desenvolvido em termos muito semelhantes em IDEM, *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, p. 138 s. e no capítulo IV.3. da *Rechtssoziologie*, 1972, pp. 227 ss.

mentos que Luhmann constrói à volta da programação condicional, poderá sustentar-se que, em definitivo, relaciona-a mais estreitamente com a variabilidade do que com a validade. E, no entanto, são também sugeridas ideias que têm a ver com o tema da validade.

Quanto a este, pode retirar-se das exposições de Luhmann dois raciocínios. Um baseia-se na ideia segundo a qual a figura da norma condicional constituiria um mecanismo que tornaria “sustentáveis” as incertezas⁴⁴ quanto aos comportamentos dos outros e à efectiva aplicação de uma sanção em caso de comportamentos desviantes. Face ao futuro próximo, deixamos de ter que estar abertos a qualquer hipótese. Esta incerteza indiferenciada transforma-se em duas alternativas que nos vão permitir qualificar os acontecimentos: corresponderá o comportamento à norma ou não? Na negativa, haverá uma sanção ou não? Será que este “aliviar” da incerteza pode favorecer uma aprendizagem da validade das normas? Luhmann, neste preciso ponto, não é explícito⁴⁵. Poderia sustentar-se que esta estruturação da experiência pode favorecer a construção de uma experiência de validade, isto é, de cumprimento generalizado de uma determinada norma, da seguinte maneira. Admite-se que, face a um desenrolar concreto dos acontecimentos que sempre terá aspectos opacos ou indefinidos, uma pessoa preferirá, segundo o pressuposto luhmanniano de tendência para a conformidade, testemunhar um cumprimento da regra e não um desvio. Ou seja, admite-se – numa linguagem sociológica mais usual – uma tendência em produzir uma realidade de conformidade. Graças à pro-

⁴⁴ Cf. IDEM, *Rechtssoziologie*, 1972 / 1985, p. 229 / 29.

⁴⁵ Remeto o leitor interessado para a leitura de IDEM, *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, pp. 140-143 e *Rechtssoziologie*, 1972 / 1985, pp. 229-230 / 29-30.

gramação condicional, uma tal construção de uma realidade de conformidade já não tem que se fazer de raiz, eventualmente perturbada, ou até impedida, por alguma sensação de decepção ou de indignação. Poderá elaborar-se através do “jogo” que consiste, face a um acontecimento que poderia configurar um acto contrário à norma, ou a uma aparente ausência de reacção por parte da autoridade, em procurar, alternativamente, reconsiderar a qualificação inicial do acto observado (pensando bem, não era tão grave) ou a apreciação que se fez da reacção (O que me pareceu uma não reacção ou uma reacção demasiado mansa talvez tenha escondido uma reacção muito mais incisiva)⁴⁶. Posso até, eventualmente, deixar em aberto esta alternativa. Nos três casos, uma percepção que se poderia ter transformado numa experiência de transgressão, tornou-se numa experiência – fraca talvez, mas suficiente – de validade.

A programação condicional poderá favorecer a experiência de validade através de outro mecanismo, ao qual Luhmann dedica mais atenção. Este tipo de programação tem consequências no plano da avaliação das decisões tomadas e dos seus efeitos. Em princípio, face a uma decisão tomada em aplicação de uma norma condicional, examinar-se-á em primeira linha se as condições enunciadas eram realmente cumpridas; sendo o caso, examinar-se-á se a decisão foi efectivamente cumprida. Nada, na própria norma condicional, nos compromete em ir além destes dois passos e, em particular, em apreciar as con-

⁴⁶ Em apoio a este raciocínio, poder-se-ia também recorrer à teoria da “redução da dissonância cognitiva” elaborada em psicologia social. Quanto à interpretação dos factos, ver Théodore Ivainer, *L'interprétation des faits en droit. Essai de mise en perspective cybernétique des “lumières du magistrat”*, Paris, L.G.D.J., 1988, que, no entanto, se centrava no raciocínio dos juristas.

sequências mais longínquas das normas. Diferente seria a avaliação de uma medida tomada em aplicação de um programa “finalizado”, definido por alguma finalidade. Uma avaliação orientada por finalidades é mais complexa e mais susceptível de revelar desvios ou insuficiências, que poderão “roer” a legitimidade da instância que tomou a decisão. Uma avaliação baseada numa norma condicional tem mais hipótese de ter um resultado positivo. Em relação a esta diferença, Luhmann chama a atenção para as virtualidades, nas sociedades modernas, da separação entre esfera política e esfera judicial, funcionando a primeira por programação finalizada, a segunda por programação condicional. Evita que o Estado seja submetido em todas as suas actividades às mesmas exigências de apreciação. Separa um âmbito de acções mais limitadas e previsíveis, às quais será mais fácil de dar aparências de efectividade (a actividade dos tribunais e de certos sectores da administração), e um âmbito de actividades mais variadas e flexíveis, mas exigindo um maior esforço na demonstração da sua eficácia (o âmbito político).

Temos aqui mais um ponto em relação ao qual Luhmann propõe uma imagem que se afasta de experiências mais recentes. Também neste ponto, no entanto, alude aos desenvolvimentos que entretanto se verificaram, assinalando em particular a dificuldade que poderá haver, a longo prazo, em não contemplar os efeitos diferidos das leis. Evoca até a possibilidade de se desenvolverem procedimentos específicos de decisão finalizadas sobre a aplicação de normas condicionais⁴⁷. Antecipava assim a proliferação de procedimentos avaliativos à qual se assiste hoje em dia. Estávamos ainda no início dos anos 70, ainda alguns anos antes do surgimento do tema dos efeitos

⁴⁷ Cf. N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, 1972 / 1985, p. 234 / 33 ss.

perversos das leis e, pouco mais tarde, com fortíssimas afinidades com este, do tema da crise do Estado-providência.

Finalmente, para terminar este ponto, sem, no entanto, pretender ter tratado exhaustivamente os possíveis factores de produção de experiências de validade abordados por Luhmann, lembremos este factor referido nas próprias definições iniciais do fenómeno: aceita-se o direito positivo no seu estado actual, em parte, porque se sabe que é susceptível de ser alterado⁴⁸.

(II) Quanto ao tema da variabilidade, lembremos que Luhmann insiste nas virtualidades da programação condicional: facilitaria consideravelmente o trabalho de elaboração legislativa, ao impor à partida a distinção entre condições e dispositivo, sugerindo assim a formulação tanto de alterações das condições como de alterações do dispositivo⁴⁹.

O principal mecanismo é a distinção entre a legislação e a actividade dos tribunais. Esta distinção lida, poder-se-ia dizer, com esta característica paradoxal do direito positivo, estabilizado, porque susceptível de ser alterado. Os tribunais devem aplicar o direito como válido actualmente, sem contemplar a sua evolução no tempo, ou

⁴⁸ Luhmann mantém-se num plano de discussão interpretativa destes fenómenos (embora apoiando-se em numerosas referências a trabalhos empíricos nos campos da sociologia, ciência da administração, psicologia social, etc.). Seria no entanto perfeitamente possível, a partir deste modelo bastante pormenorizado, construir um questionário, referindo-se de preferência a determinados textos legais, e convidar as pessoas questionadas a indicar os motivos da sua adesão / da adesão de outras pessoas, propondo um leque de argumentos, tais como: “porque está de acordo”, “porque quer evitar uma multa”, “porque pensa que não vai vigorar muito tempo”, etc. Diferenças nas respostas, entre categorias sociais, entre países, poderiam oferecer um valioso material para aprofundar, com bases empíricas, a questão do lugar do direito positivo nas nossas sociedades.

⁴⁹ Cf. *Ibidem*, 1972, p. 230.

seja, proporcionam a experiência de um direito estável. Nesta perspectiva, não podem ter em conta eventuais situações de inefectividade; não se preocuparão com eventuais efeitos imprevistos das suas sentenças, etc. Por sua vez, as instâncias legislativas abordam o direito como susceptível de ser alterado. Nesta perspectiva, poderão tomar em consideração todo o universo de reacção à lei que os tribunais tiveram que ignorar.

Um terceiro fenómeno que Luhmann relaciona em particular com a variabilidade do direito é a sua “reflexividade”⁵⁰. O direito regulamenta-se a si próprio. Esta regulamentação prevê, em particular, as modalidades de alteração da lei, isto é, a variabilidade do direito. A diferença entre normas substanciais e normas de procedimento é mais uma forma de lidar com a característica paradoxal do direito, estabilizado porque variável. Sempre que se empreende a alteração de determinadas normas, isto é feito na base de outras normas, processuais, as quais, durante o processo de revisão do direito substancial, não serão alteradas. Pela maneira como o direito define os processos da sua alteração, há sempre, por definição, um conjunto de normas que se mantém estável, garantindo melhores condições de variabilidade às restantes.

Para concluir a apresentação desta etapa do pensamento de Luhmann sobre o direito, deve insistir-se na atitude de Luhmann face aos fenómenos observados. Não é uma atitude de pura produção de conhecimento. Luhmann também exprime, muito claramente, uma valoração, e uma valoração muito positiva do fenómeno da positivização. Um fragmento particularmente claro neste sentido, retirado de um dos primeiros textos onde desenvolve o tema, é o seguinte:

⁵⁰ Ver nomeadamente IDEM, “Reflexive Mechanismen”, in *Soziologische Aufklärung 1*, op. cit., em particular p. 96; IDEM, “Positives Recht und Ideologie”, in *Soziologische Aufklärung 1*, op. cit., pp. 184 ss.

«A complexidade do que pode, desta maneira, ser formulado em normas e os resultados que se podem obter, com uma razoável previsibilidade (*ziemlich zuverlässig*), é espantosa e admirável, mesmo que o aparato esteja a gemer, debaixo da complexidade secundária das suas normas, e a reivindicar alívio»⁵¹

A convicção de Luhmann é que a sociedade do seu tempo necessita do direito positivo e que, logo, o direito actual tem que se tornar plenamente positivo. Neste sentido, parece-lhe que, em particular, a teoria do direito (nomeadamente pela sua maneira de insistir na noção de hierarquia das leis) não está à altura de um direito plenamente positivizado. A sua ambição é de contribuir para a necessária renovação desta teoria, através de uma nova teoria sociológica do direito:

«Um estilo tão instável e oportunista do direito requer um elevado grau de abstracção do controlo do pensamento e de transparência das estruturas e relacionamentos – exigência que, actualmente, não são cumpridas, de longe, nem pela ciência do direito nem pela sociologia. Devem ser identificados quais os problemas que devem ser solucionados nos sistemas sociais de uma sociedade moderna, quais as soluções funcionalmente equivalentes que são alcançáveis e como as soluções podem interferir umas com as outras ou até se bloquear umas às outras. Para isto, a dogmática jurídica deveria ser ligada a uma sociologia dos sistemas suficientemente elaborada»⁵²

É nesta perspectiva que a *Sociologia do Direito*, na sua edição de 1972, se conclui com o capítulo intitulado: “Perguntas à teoria do direito”⁵³. Capítulo que desaparece

⁵¹ IDEM, “Reflexive Mechanismen”, in *Soziologische Aufklärung I*, op. cit., p. 96.

⁵² IDEM, *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, op. cit., p. 146.

⁵³ E não à “sociologia do direito”, como se escreve erradamente na tradução brasileira.

na reedição de 1983. Para entender o alcance desta alteração temos que abordar a etapa seguinte na evolução do pensamento de Luhmann sobre o direito.

B – A autopoiesis do direito

A teoria de Niklas Luhmann nunca deixou de evoluir. O próprio autor costuma insistir na continuidade deste processo. Tratava-se, desde o início, de desenvolver uma teoria que desse adequadamente conta da sociedade moderna, e este objectivo manteve-se ao longo do tempo⁵⁴. O seu método de trabalho – as famosas “caixas de fichas”⁵⁵ – favorece esta continuidade: os novos conceitos elaboram-se em boa parte numa reflexão sobre a sua possível inserção no universo complexo de conceitos preexistentes. Luhmann reconhece, no entanto, uma reorientação mais radical, para não falar de uma ruptura, entre o fim dos anos 70 e os primeiros anos de 80, qualificando este momento de “mudança de paradigma”⁵⁶. Passa a reorganizar toda a sua conceptualização dos sistemas sociais à volta do conceito de “autopoiesis”.

Nos estudos sobre o direito que se seguem à *Rechtssoziologie*, Luhmann dá uma importância crescente ao tema da unidade do direito. Tem a convicção de que

⁵⁴ Neste sentido, ver em particular o prefácio de *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1997, pp. 11 ss.

⁵⁵ Sobre estas, ver as duas entrevistas incluídas em Arnaud; Guibentif, (orgs.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, op. cit.

⁵⁶ Esta expressão é utilizada no prefácio da nova edição da *Rechtssoziologie*, de 1983, p. VII e, sobretudo, no título da introdução a *Soziale Systeme* (1984): “Mudança de paradigma na teoria dos sistemas”. No ano anterior, Luhmann tinha publicado um artigo com o mesmo título numa revista búlgara e numa revista italiana, artigo que refere num breve texto de introdução à tradução italiana da *Soziologische Aufklärung*, que data também de 1983.

esta unidade é necessária ao desempenho das funções do direito. Mas ao mesmo tempo, vê-a como desafiada pelo crescimento e pela compartimentação da matéria jurídica⁵⁷. Procurando dar conta do que, apesar destes fenómenos, garante uma certa unidade real ao direito, é conduzido a dar uma importância crescente à noção de sistema jurídico (recorde-se que, até aí, o direito era abordado como uma estrutura social). No esforço de desenvolver um conceito de sistema jurídico que se distinga do que utilizam os teóricos do direito, vai, nomeadamente passando por uma discussão crítica da noção de justiça (em alemão: *Gerechtigkeit*), identificar como um dos mecanismos garantindo esta unidade, a distinção entre *Recht* e *Unrecht*, uma terminologia em alemão algo ambivalente, que, no contexto dos artigos dessa época, ainda pode ser lido como remetendo para a oposição justo / injusto⁵⁸. Em artigos de meados dos anos 70, afirma-se também a ideia segundo a qual o “sistema jurídico” é constituído pelo conjunto das comunicações sobre o direito, abordado quer positivamente, quer negativamente (em comunicações que têm como tema a maneira de contornar ou de infringir o direito)⁵⁹.

A estas reflexões sobre o direito correspondem, nestes mesmos anos, trabalhos mais gerais sobre os sistemas

⁵⁷ Cf. N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, 1972 / 1985., p. 268 / 71; “Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft”, in *Ausdifferenzierung des Rechts*, op. cit., p. 401.

⁵⁸ Cf. IDEM, “Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft”, in *Ausdifferenzierung des Rechts*, op. cit., pp. 386 e 411; 1974a, p. 21. É também em 1974 que Luhmann fala da distinção “conservador / progressivo” como “código” do sistema político: Cf. IDEM, “Der politische Code: ‘Konservativ’ und ‘progressiv’ in systemtheoretischer Sicht”, in *Soziologische Aufklärung 3*, op. cit., pp. 267-286.

⁵⁹ Cf. IDEM, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, Kohlhammer, 1974, p. 52; IDEM, “Ausdifferenzierung des Rechtssystems”, in *Ausdifferenzierung des Rechts*, op. cit., p. 37.

sociais, nos quais Luhmann dá conta de uma preocupação em completar um instrumentário conceptual que lhe parece ainda insuficiente. Na busca de formulações mais adequadas do seu modelo de sistema social vai encontrar o conceito de “autopoiesis” proposto por Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela, conceito que cita pela primeira vez, salvo erro, em 1980⁶⁰.

Precisamente na fase em que empreende a reformulação da sua teoria, 1981,—Luhmann publica a recolha de artigos *Ausdifferenzierung des Rechts*. Este volume reúne trabalhos originalmente publicados entre 1965 e 1980, isto é, todos anteriores à recepção do conceito de autopoiesis, mas alguns anteriores, outros posteriores à reconceptualização do direito como sistema social. O título poderia assim merecer duas leituras: textos sobre a diferenciação do direito nas sociedades modernas; textos dando conta da diferenciação do conceito de sistema jurídico no pensamento de Luhmann. Poder-se-ia também sustentar que Luhmann quis reunir neste livro um conjunto de textos que, apesar desta evolução, tinham ainda uma certa unidade, antecipando uma ruptura mais profunda e sinalizando assim o fim de uma etapa.

Luhmann considera o modelo elaborado a partir do conceito de autopoiesis como suficientemente consistente para poder iniciar a redacção da parte principal da sua obra, uma sociologia da sociedade moderna, abordada a partir dos seus sistemas funcionalmente diferenciados. Trabalho que, como se sabe, iniciou com

*Soziale Systeme*⁶¹, discussão geral do conceito de sistema social, seguido de um conjunto de obras dedicadas

⁶⁰ Cf. IDEM, “Theoretische Orientierung der Politik”, in *Soziologische Aufklärung 3*, op. cit., p. 291.

⁶¹ IDEM, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1984.

a vários sistemas funcionalmente diferenciados: a economia (1988), a ciência (1990), o direito (1993), a arte (1995), e concluída por um trabalho sobre a própria sociedade⁶², tal como se experiencia a si própria principalmente através dos sistemas funcionalmente diferenciados que a compõem.

O principal texto sobre o direito publicado depois da “mudança de paradigma” é o volume que se insere na série de trabalhos que se acaba de referir⁶³. Publica também, no entanto, numerosos artigos sobre este mesmo tema antes e depois deste livro.

Tem crescido consideravelmente, nestes últimos anos, a bibliografia sobre a teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann, nomeadamente a sua aplicação ao direito⁶⁴,

⁶² IDEM, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1997.

⁶³ IDEM, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993.

⁶⁴ Ver em particular François Ost, “Le droit comme pur système”, in Pierre Bouretz (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Éditions Esprit, 1991, pp. 139-162; João Pissarra Esteves, “Apresentação”, in Niklas Luhmann, *A improbabilidade da comunicação*, Lisboa, Vega, 1992, pp. 5-38; José Engrácia Antunes, “Prefácio”, in Gunther Teubner, *O direito como sistema autopoietico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993; Juan António Garcia Amado, “La société et le droit chez Niklas Luhmann”, in A.-J. Arnaud; P. Guibentif (orgs.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, op. cit., pp. 101-145; A.-J. Arnaud; Fariñas Dulce, *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III/ Boletín Oficial del Estado, 1996; Jean Clam, *Droit et société dans la sociologie de Niklas Luhmann. Fondés en contigence*, Paris, PUF, 1997; Evaristo Prieto Navarro, “La teoría de sistemas de Niklas Luhmann y el derecho”, in Juan António Garcia Amado (dir.), *El derecho en la teoría social*, Madrid, Dykinson, 2001; P. Guibentif, “A comunicação jurídica no quotidiano lisboeta. Proposta de abordagem empírica à diferenciação funcional”, *Forum Sociológico*, nº 5/ 6 (II série), 2001, pp. 129-161; Michael King; Chris Thornhill, *Niklas Luhmann's theory of Politics and Law*, Basingstoke/New York, Palgrave, 2003; Jiri Priban; David Nelken (eds.), *Law's New Boundaries*, Aldershot, Ashgate, 2001.

pelo que me cingirei aqui a uma exposição sucinta, em cinco pontos⁶⁵:

- Luhmann define a sociedade como composta por *comunicações*. Isto é, quer distinguir claramente os factos sociais, comunicacionais, dos factos de consciência, do foro individual e psicológico. O raciocínio subjacente a esta opção é que os factos de consciência nunca podem ser apropriadamente conhecidos pelos outros indivíduos e que, logo, não podem fundamentar uma actividade social. Esta, pelo contrário, necessita de mecanismos que sejam tão independentes quanto possível das consciências das pessoas envolvidas.
- Para caracterizar esta realidade da sociedade-comunicação, Luhmann utiliza o conceito de autopoiesis. Qualquer acto de comunicação produz-se pelo facto de responder a outro acto de comunicação, e possibilita, por sua vez, comunicações futuras. A sociedade não é mais que o conjunto das comunicações actuais, que, pelo seu acontecer, a reproduzem, isto é, actualizam o facto de a comunicação poder permanentemente produzir comunicação. Com este conceito, Luhmann pretende escapar às concepções que se poderiam qualificar de substancialistas das realidades sociais. Não existe uma sociedade como uma vasta entidade que, por assim dizer, pairaria sobre indivíduos que incluiria. Apenas existe o que acontece agora. Mas o que acontece agora tem uma virtualidade de conexão com o imediatamente anterior e o imediatamente posterior que faz existir, aqui e agora, algo mais que os actos momentâneos.

⁶⁵ Para referências precisas aos trabalhos de Luhmann que abordam estes cinco pontos, ver P. Guibentif, “A comunicação jurídica no quotidiano lisboeta. Proposta de abordagem empírica à diferenciação funcional”, *Forum Sociológico*, nº 5/6 (II série), 2001, pp. 129-161.

- Na sociedade, isto é, no universo das comunicações, fazem-se e desfazem-se em permanência agrupamentos de comunicação dotados de uma unidade; uns mais efêmeros, outros mais estáveis.

Entre estes, Luhmann distingue três categorias. Os que considera como característicos das sociedades modernas, e aos quais dedica, logo, mais atenção, são os sistemas sociais funcionalmente diferenciados. Ao longo do seu percurso, Luhmann identificou, entre estes, a política, a economia, a ciência, a religião, o direito, a arte, o sistema educativo, o sistema de tratamento de doenças. Trata-se de universos de comunicação que têm em particular duas características: evoluíram no sentido de cumprirem uma função muito específica; e estendem-se a toda a sociedade-mundo. Uma segunda categoria de sistemas sociais são as organizações. O seu estatuto na obra Luhmann é notável. Iniciou a sua carreira universitária com um doutoramento sobre o fenómeno organizacional⁶⁶, que inspirou profundamente os seus primeiros trabalhos de sociologia dos sistemas sociais. Durante anos, as organizações passam claramente para o segundo plano, embora Luhmann as refira ocasionalmente como elementos de grande importância num modelo completo da realidade social⁶⁷. Nos seus últimos anos de vida, volta a abordar este tema, finalizando um livro que será publicado já depois da sua morte: *Organisation und Entscheidung* (2002)⁶⁸. As

⁶⁶ Cf. N. Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlim, Duncker & Humblot (Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 20), 1964.

⁶⁷ Um exemplo: IDEM, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, op. cit., pp. 73 ss.

⁶⁸ De assinalar neste contexto, em 1994, uma quinta edição de *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, com um novo “epílogo”.

organizações, ao contrário dos sistemas funcionalmente diferenciados, definem-se pelas suas limitações espaciais, materiais e pessoais, e estas limitações são mais relevantes na sua definição do que eventuais funções específicas, que podem evoluir ou diversificar-se. Nas sociedades modernas, sistemas funcionais e organizações completam-se. A diferenciação da economia e do sistema educativo possibilitou o surgimento de organizações com meios humanos e materiais consideráveis. Estas, por sua vez, sustentam materialmente o funcionamento dos sistemas funcionais. No caso do direito, trata-se dos tribunais, dos parlamentos, das profissões jurídicas, etc. Uma terceira categoria de sistemas sociais que Luhmann evoca frequentemente, mas aos quais dedicou apenas poucos textos, são as interações. São sistemas sociais efémeros, que se podem tecer tanto no quotidiano do funcionamento das organizações e dos sistemas funcionais, como fora deste. Além destas três categorias Luhmann procura, através dos conceitos de autopoiesis e de diferenciação social, reconceptualizar a própria sociedade, isto é, o universo da totalidade das comunicações, que tem, assim entendida, um âmbito necessariamente planetário.

- Face à diversidade dos sistemas sociais, a principal interrogação da teoria dos sistemas auto-poiéticos incide nos mecanismos pelos quais se mantém a unidade de cada um destes sistemas. Ou, por outras palavras, como se mantém a autopoiesis de cada sistema, considerando, como ficou exposto no segundo ponto, que cada sistema existe pela maneira como, no imediato, comunicações acontecem como resultando de anteriores e gerando posteriores, relacionando-se umas com as outras, sendo esta relação simultaneamente possibilitada por e constitutiva de uma determinada característica. Mencio-

nar-se-á aqui apenas dois mecanismos possibilitadores de autopoiesis, que se podem considerar como os mais importantes. Um é, na terminologia de Luhmann, o «código binário». Observa este mecanismo, em particular, nos sistemas funcionalmente diferenciados e na sociedade em geral. Um sistema funcionalmente diferenciado é constituído pelo conjunto das comunicações que fazem intervir uma determinada distinção, distinção que (1) dinamiza a autopoiesis, na medida em que a invocação de um termo convida a responder pelo outro termo, (2) identifica o sistema, pois a distinção é diferente para cada sistema diferenciado, (3) existe, é reproduzida, é estabilizada no tempo, pelo facto de intervir nas comunicações que geram um determinado sistema. Entre estes códigos binários, recordar-se-ão em particular as oposições seguintes: ter / não ter (economia), verdadeiro / falso (ciência), conseguido / não conseguido (arte), e *recht* / *unrecht*, de acordo com o direito / contrário ao direito (direito). Um outro mecanismo é a auto-observação, através da qual, nas operações de um sistema, se pode fazer a diferença entre o que pertence ao próprio sistema (operações da mesma natureza) e o que lhe é exterior. É a este ponto que Luhmann dedicou os seus últimos e mais ambiciosos esforços teóricos. Trata-se, resumidamente, de dar conta desta contradição: os sistemas sociais existem e subsistem, o que significa que conseguiram estabelecer mecanismos efectivos de auto-observação; mas, por outro lado, a auto-observação é impossível, porque um observador nunca se pode observar a si próprio. Existe aqui um paradoxo; logo, entender a realidade social significa entender como se conseguem reduzir paradoxos.

- Os sistemas sociais, assim entendidos, são universos de comunicações formados pelo facto de certas comunicações identificarem outras como pertencendo ao mesmo

universo por mobilizarem a mesma distinção, isto é, propondo uma mensagem que faz sentido. O que não se baseia nesta distinção não faz sentido. Na terminologia *sistemista*, será qualificado de ruído, ou de irritação. Mais uma vez, a teoria conduz aqui a uma modelização que é contradita pela realidade e que obriga a um raciocínio complementar. Com efeito, podemos verificar que existe algum grau de articulação entre, por exemplo, os sistemas jurídico, político e económico. Face a estes fenómenos, a teoria dos sistemas constrói o conceito de “acoplamento estrutural” (*strukturelle Kopplung*; *structural coupling*)⁶⁹. Admite-se que, embora os acontecimentos de um determinado sistema não sejam directamente relevantes para um outro sistema, este vai desenvolver, no processo de evolução da sociedade, mecanismos facilitando uma atenção focalizada para determinados aspectos do outro sistema e, por assim dizer, uma tradução entre os dois sistemas. Luhmann interpreta neste sentido a importância de diversos conceitos jurídicos, que considera dever-se ao facto de serem também relevantes noutros sistemas, facilitando assim a articulação estrutural do direito com estes sistemas. Analisa neste sentido, em particular, os conceitos de constituição (articulação com o sistema político) e de interesse (articulação com o sistema económico).

III

Tendo sumariamente apresentado as duas conceptualizações desenvolvidas sucessivamente por

⁶⁹ Sobre este conceito, ver nomeadamente Edmundo Balsemão Pires, “Diferenciação funcional e unidade política da sociedade. A partir da obra de N. Luhmann”, *Revista Filosófica de Coimbra*, n.º 23 (2003), pp. 139 ss.

Luhmann, trata-se agora de apreciar pontos comuns e diferenças (A), e de nos interrogarmos sobre o significado que pode ter para a recepção teórica do trabalho deste autor a transição conceptual observada (B).

A - Elementos de comparação

Examinaremos aqui sucessivamente os pontos comuns entre as duas conceptualizações (a) e algumas diferenças particularmente significativas (b).

(a) A constante mais patente é o lugar central do tema da diferenciação funcional na argumentação de Luhmann. Para além disto, encontram-se em vários lugares nos trabalhos anteriores à “mudança de paradigma” motivos que se aproximam de conceitos que serão elaborados depois desta transição, mas que ainda não são aprofundados. Assim, a “reflexividade” dos sistemas, discutida nos anos 60-70⁷⁰, evoca a noção de auto-observação desenvolvida mais tarde. Várias formulações sobre a realidade do direito na *Rechtssoziologie* poderiam ser descrições concretas dos processos autopoieticos. Um exemplo: «O critério (da positividade) reside na experiência jurídica actual tal como se processa em permanência»⁷¹. A noção de opacidade, na perspectiva de uma pessoa, dos motivos das outras pessoas anuncia a distinção entre sistemas psíquicos e sistemas sociais. Inversamente, vários conceitos centrais da primeira etapa são retomados na segunda etapa; em primeira linha os de expectativas normativas⁷² e de

⁷⁰ Cf. N. Luhmann, “Reflexive Mechanismen”, in *Soziologische Aufklärung 1*, op. cit., pp. 92-112; IDEM, *Sociologia do Direito*, op. cit., vols. 1 e 2, pp. 217 ss.

⁷¹ *Ibidem*, p. 209: «im laufend aktuellen Rechtserleben».

⁷² Cf. IDEM, *Das Recht der Gesellschaft*, op. cit., pp. 131 ss.

positividade⁷³. Apesar destas afinidades entre as teorizações das duas fases, no entanto, existe em regra geral um certo desfasamento. É este desfasamento que se trata agora de medir mais precisamente.

(b) Uma primeira diferença reside na delimitação do objecto “direito”. Quanto à primeira fase, a definição seguinte, retirada da *Rechtssoziologie*, é particularmente clara:

«Vamos designar expectativas de comportamento congruentes e generalizadas como o *direito* de um sistema social. O direito fornece congruência selectiva e forma desta maneira uma estrutura de sistemas sociais»⁷⁴

O direito, desta maneira, é constituído por um conjunto de expectativas normativas de comportamento. Já no início do que designamos aqui a segunda fase, o direito é definido nos termos seguintes:

«O sistema jurídico de uma sociedade é constituído pela totalidade das comunicações sociais que são formuladas com referência para o direito»

Antes, expectativas que devem ser produzidas, que podem ser tidas em conta em determinados comportamentos. Depois, determinados comportamentos: comunicações sobre o direito.

Esta diferença no que poderíamos chamar a matéria-prima para a qual remete o conceito de direito prende-se directamente com a qualificação mais abstracta que merece o direito nas duas fases. Recordemos que, na

⁷³ Cf. *Ibidem*, pp. 38 ss. Ver o índice temático de *Das Recht der Gesellschaft*.

⁷⁴ IDEM, *Rechtssoziologie*, p. 99.

primeira fase, o direito é uma estrutura (as expectativas nas quais se pode apoiar o funcionamento de um determinado sistema social). Na segunda fase, é um sistema social próprio, constituído, como todos os sistemas sociais, por comunicações.

A segunda definição capta uma realidade de alguma forma mais ampla, ou, dito por outras palavras, remete para algo de mais completo, mais directamente observável: não apenas uma “expectativa”, que necessita de comportamentos concretos (de formulação, de reacção a outros comportamentos) para se actualizar, mas uma comunicação, isto é, o próprio acto na qual a expectativa se actualiza. Na conceptualização da segunda fase, aliás, a noção que intervém aqui em primeira linha é a noção de código binário “de acordo com o direito / contrário ao direito”. Através do conceito de comunicação jurídica reúne-se assim numa unidade dois fenómenos que, na primeira fase, eram pensados separadamente, o acto (a comunicação) e a expectativa normativa, tratando-se, no entanto, de um tipo particular de expectativa, que se fundamenta especificamente no direito positivo (referência a algo que correspondeu ou não a esta expectativa).

O preço da unidade acto comunicacional / expectativa estabelecida, por assim dizer, é o estabelecimento de uma divisória na qual os trabalhos da primeira fase não insistiam: a diferença entre sistemas sociais e sistemas psíquicos. Ao observar as comunicações, nomeadamente jurídicas, Luhmann pretende fazer abstracção das pessoas. Verifica-se assim uma clara deslocação da tónica, nas exposições de Luhmann, entre a primeira fase, na qual se refere frequentemente às pessoas e às suas experiências, e a segunda, na qual se refere a acontecimentos comunicacionais.

Identificada esta mudança, pode perguntar-se qual é o equivalente, na segunda fase, à noção de experiência, central na primeira fase. Um possível candidato é a noção de “horizonte da comunicação”⁷⁵: comunicação é selecção e, ao seleccionar, está sempre a reproduzir, embora implicitamente, as alternativas não seleccionadas. O que dá a sua “espessura” ao que actualmente acontece, não são recordações ou motivações de pessoas envolvidas no acontecimento, é o que não aconteceu (exemplo: uma determinada reforma legislativa optou por uma solução, em detrimento de outras).

Uma reconstituição mais precisa do que corresponderia na segunda fase, segundo este raciocínio, à experiência do direito positivo referida na segunda fase, exige que se tenha em conta a diferença, claramente enunciada na segunda fase⁷⁶, entre o sistema jurídico e o sistema político. Na primeira fase, Luhmann fala da positividade como correspondendo à experiência da alterabilidade do direito. Esta definição é enunciada num contexto em que se fala de legislação (ver *supra* secção I), pelo que se associa a noção de alterabilidade do direito à noção de reforma legislativa. A noção de reforma legislativa, no entanto, não se deixa relacionar com o binómio “de acordo com o direito / contrário ao direito”. Para reencontrar o direito, no sentido mais preciso do termo, temos, aplicando a conceptualização elaborada por Luhmann na segunda fase, que distinguir o jurídico do político. Com efeito, face a uma determinada lei, podem evocar-se dois leques de alternativas. Por um lado, uma lei actualmente em vigor pode ser confrontada com os

⁷⁵ IDEM, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, op. cit., p. 194.

⁷⁶ Ver em particular, IDEM, *Das Recht der Gesellschaft*, op. cit., pp. 417 ss.

projectos de leis, recentemente rejeitados, ou actualmente em preparação, que actualizam o que se poderia qualificar de “oposições” face à lei. O código binário que está em jogo é assimilável, embora possa carecer de algum ajustamento, ao código “governo / oposição” que identifica o sistema político⁷⁷. Por outro lado, a lei actualmente em vigor destina-se a ser confrontada com situações concretas, às quais terá que ser aplicada. Em muitos casos, esta aplicação não conduzirá a soluções unívocas, mas obrigará a confrontar várias interpretações. Estas várias interpretações são confrontadas em discussões nas quais está em causa a conformidade / não conformidade em relação ao texto legal. Aqui reencontramos a codificação jurídica.

A experiência jurídica da primeira fase é, desta maneira, substituída por uma conceptualização mais subtil. Pode eventualmente admitir-se uma “experiência subjectiva”, uma “consciência do direito” na perspectiva do indivíduo⁷⁸. Esta, no entanto, não tem relevância directa para a actividade social. Relevante para a actividade social são dois “horizontes de comunicação”, isto é, a possibilidade, objectivada em comunicações, de se distinguir entre várias alternativas legislativas e entre várias interpretações da lei actualmente em vigor. O segundo horizonte de comunicação poderia ser qualificado, se se quisesse adoptar uma terminologia que faça a ponte entre as duas fases de Luhmann, de “experiência social do direito”.

⁷⁷ Ajustamento eventualmente concebível se um governo actual quer alterar uma lei adoptada por um governo anterior, sustentado por partidos actualmente na oposição. Nesta situação, o governo se “opõe” ao *status quo* jurídico estabelecido por um “governo” anterior. Mas a “reforma” é uma iniciativa do governo, face à qual a oposição vai tentar resistir. O binómio luhmanniano pode também, portanto, ser aplicado linearmente.

⁷⁸ Para uma conceptualização da experiência como pano de fundo dos sistemas sociais, ver IDEM, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, op. cit., pp. 161 s.

Pode assim dizer-se que o conceito de comunicação jurídica, em primeiro lugar, capta de uma maneira mais condensada a realidade social do que anteriores conceptualizações, que distinguiam, por um lado, experiência e acção e, por outro lado, diferentes indivíduos. Em segundo lugar, permite lidar com a diferenciação entre sistemas psíquicos e sociais, e entre o sistema jurídico e o sistema político.

Uma diferença de outra ordem entre as duas conceptualizações diz respeito ao que se poderia chamar o seu tema dominante. Com o conceito de positivização do direito, Luhmann pretendia dar conta de uma evolução secular. Quis mostrar como formas antigas de direito são progressivamente substituídas pelo direito positivo, necessário a uma sociedade funcionalmente diferenciada. Com o conceito de autopoiesis do direito pretende, fundamentalmente, dar conta do funcionamento actual das sociedades funcionalmente diferenciadas. Esta mudança temática tem, nomeadamente, duas implicações. Por um lado, a questão das causas que conduziram à formação do direito moderno passa para um lugar secundário. Por outro lado, são marginalizadas, na exposição de Luhmann, as outras formas do direito. Aliás, a própria palavra direito, que, na *Rechtssoziologie*, ainda tem um sentido amplo, e que carece, para designar o direito moderno, de ser incorporada na expressão “direito positivo”, mais tarde designa implicitamente apenas o direito moderno, o “Direito da Sociedade” (moderna, como é óbvio). Trata-se, no entanto, apenas de uma ambivalência, nos trabalhos de Luhmann na sua segunda fase, do termo “direito”. O termo que designa mais precisamente o seu objecto de estudo é o termo “sistema jurídico”. E, ao falar de sistema jurídico, assume que não existe nas sociedades anteriores formas de direito que alcançam o modo muito peculiar de auto-

nomia que Luhmann qualifica de autopoiesis. À volta deste tema central, não deixa de abordar a evolução que conduziu a este sistema⁷⁹, nem de aludir, embora mais brevemente, ao facto de o sistema jurídico não ser hoje nem a única, nem a última forma concebível do direito. Veja-se, a este respeito, a frase final de *Das Recht der Gesellschaft*:

«Pode perfeitamente ser que a actual posição destacada do sistema jurídico e a dependência da própria sociedade e da maior parte dos seus sistemas funcionais no funcionamento do código jurídico não seja mais do que uma anomalia europeia, que, com a evolução de uma sociedade-mundo, vai enfraquecer»⁸⁰

A tonalidade desta última citação evidencia também uma outra diferença entre as duas fases aqui discutidas. Recorde-se que, nos textos contemporâneos da *Rechtssoziologie*, Luhmann afirma claramente uma posição normativa: a positividade do direito é necessária a um progresso valorizado positivamente e o próprio Niklas Luhmann pretende contribuir para uma melhor positivização do direito. Nos últimos anos, já não encontramos afirmações voluntaristas, mas antes cepticismo, quando não preocupação face às evoluções em curso. A sua contribuição limita-se a participar num esforço de melhor entender estas evoluções⁸¹. O que, dada a complexidade da sociedade contemporânea, não é pouco.

⁷⁹ Cf. IDEM, *Das Recht der Gesellschaft*, op. cit., pp. 239 ss.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 585 s.

⁸¹ Um texto particularmente pessimista quanto à possível contribuição do investigador para a prática é a conclusão de *Organisation und Entscheidung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 2000.

Para terminar este ponto, deve abordar-se ainda as diferenças entre as duas fases aqui delimitadas que dizem respeito às modalidades do trabalho teórico. Em termos sintéticos, assiste-se a uma integração e sofisticação do aparelho conceptual, acompanhada de uma progressiva alteração do estatuto das referências empíricas. Ilustrarei esta evolução a partir da relação entre direito (positivo) e procedimentos, discutida por Luhmann nas duas fases consideradas.

Na primeira fase, o ponto de partida do raciocínio é um dado histórico: o desenvolvimento paralelo de um tipo de direito (experimentado como mutável) e de um tipo de procedimento (assente em papéis diferenciados e ele próprio constituído em instância diferenciada de experiência). Para Luhmann, trata-se de interpretar a relação entre os dois fenómenos (como acabei de recordar: na perspectiva de contribuir para um melhor aproveitamento destes dois dispositivos). Poder-se-á reconstituir o modo de construção desta interpretação nos termos seguintes. Luhmann aplica à realidade observada dois esquemas interpretativos gerais, que considera como complementares. Um é a noção de função: fenómenos que adquiriram alguma estabilidade num determinado contexto histórico podem ser presumidos como contribuindo para o funcionamento efectivo da sociedade deste tempo. Intervém aqui uma tese mais específica: um desenvolvimento funcional de ordem superior é a diferenciação funcional da sociedade (que permitiu o progresso); nesta circunstância, um fenómeno que se mantém deverá ser abordado à luz da questão: qual o seu contributo para a diferenciação funcional? O outro esquema interpretativo é o modelo da interacção como experiência de dupla contingência (*ego* nunca sabe precisamente o que *alter* vai fazer, com que motivações, sabendo no entanto que *alter* vai antecipar

ou reagir ao comportamento de ego, mas, também, sem saber precisamente o que vai ser e que motivações terá)⁸². Estes dois esquemas interpretativos vão orientar a formulação de um relato dos factos observados, procurando dar plausibilidade à noção de um estreito relacionamento entre eles: procedimentos criam as condições necessárias para que cada um possa interpretar os comportamentos dos outros como sendo de aceitação das regras procedimentais e de progressiva adesão às questões substanciais em discussão (pelas condições que criam para as interações); sendo possível interpretar desta maneira o efeito dos procedimentos, é plausível que a generalização deste mecanismo se prenda com a necessidade de multiplicar experiências de validade social (legitimidade na terminologia de Luhmann) do direito positivo. Ou seja: os esquemas interpretativos dão um rumo geral a uma exposição que elabora uma formulação mais específica do modelo a partir da descrição dos fenómenos observados.

Na segunda fase, a teoria de Luhmann funciona de maneira muito diferente. Em primeiro lugar, os dois esquemas interpretativos são substituídos por um único conceito: a autopoiesis dos sistemas sociais. Este modelo fundamenta a seguinte abordagem da realidade: se eu posso observar um fenómeno social (inteligível para mim observador, que sabe que não é apenas uma criação do meu espírito, mas algo que se impõe a outros, é que – formu-

⁸² De realçar que Luhmann, ao adoptar este ponto de partida, combina as duas grandes correntes sociológicas que dominam os anos 60: o funcionalismo e o interaccionismo. Se são notórias as afinidades da sua teoria com a de Talcott Parsons, não se costuma dar a devida atenção às referências que faz ao interaccionismo. Revelando um posicionamento quase equidistante, ver a nota em pé de página 2 em IDEM, *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, op. cit., p. 114, com referências à Mead e Parsons.

lação sofisticada do facto desta consistência da realidade social ser independente das interpretações do sociólogo – há autopoiesis. Trata-se, a partir daí, de recolher elementos de observação que ilustrem e, eventualmente, possam alimentar a noção que se têm da autopoiesis. Neste trabalho, Luhmann socorre-se de quantidade de noções directamente derivadas do conceito de autopoiesis, tais como, por exemplo, a de código binário e a de programa (estrutura que facilita a aplicação do código binário e cria eventualmente condições para a auto-observação deste processo). Este modelo permite estabelecer uma relação significativa entre, nomeadamente, comunicações concretas debatendo da validade de determinadas pretensões, rotinas procedimentais, práticas argumentativas, etc. Aqui, o relacionamento entre os fenómenos observados não é já construído por assim dizer *ad hoc*, a partir de uma orientação geral; é derivado directamente e precisamente do modelo e, eventualmente, confirmado pelos factos.

O resultado desta evolução deixa-se facilmente enunciar nos próprios termos da teoria dos sistemas. Por um lado, os conceitos adquiriram autonomia. São eles que produzem o sistema do seu relacionamento. Será que isto implica um fechamento da teoria ? Pelo contrário, na medida em que se continua a confrontar os modelos conceptuais com a realidade, modelos suficientemente precisos para que possam surgir claras discrepâncias em relação aos factos, discrepâncias que estimularão o desenvolvimento de novos conceitos. O exemplo mais óbvio de um tal desenvolvimento é o conceito de acoplamento estrutural.

B - Elementos de interpretação

O trabalho sobre clássicos da sociologia, em muitos casos, tende em evidenciar “a teoria” (no singular) dos

autores, procurando reconstituir *um* sistema de conceitos coerente, correspondendo a *uma* problemática. Este procedimento pode justificar-se pela necessidade de comparar autores, comparação que é facilitada pela equação “um autor = uma teoria”, ou por inserir-se num trabalho temático no qual interessa principalmente uma parte mais específica da obra do autor, cuja exposição será naturalmente privilegiada. Porém, a leitura atenta de obras que foram produzidas ao longo de várias décadas revela, não raras vezes, alterações nas conceptualizações. Uma vez mais visíveis (o “Jovem Marx”; a viragem ético-hermenêutica de Foucault), ou até sublinhadas pelo próprio autor (o *linguistic turn* de Habermas), outras vezes mais discretas (a emergência do conceito de campo em Bourdieu) ou tratadas como fazendo obviamente parte do desenvolvimento da teoria (Parsons).

Quaisquer que sejam as justificações práticas e circunstanciais que podem existir de fazer abstracção destas evoluções, relegá-las sistematicamente para o segundo plano significaria um grave empobrecimento do pensamento sociológico. Em abstracto, podem invocar-se três razões pelas quais estas evoluções devem imperativamente ser contempladas tanto no ensino como no momento de referir um autor em relação a um determinado tema.

A primeira é que, ignorando as evoluções, se corre o risco de relacionar conceitos em versões não contemporâneas, isto é, que não são relacionadas pelo próprio autor. Os desajustamentos que daí advêm poderão conduzir o comentarista ou a reajustamentos que deturpam os conceitos originais, ou a críticas quanto a incoerências dos modelos analisados que existem efectivamente no material reunido, mas não no pensamento que o autor elaborou concretamente em determinada altura.

Uma segunda razão parece, à primeira vista, relacionar-se mais directamente com o ensino, mas tem um alcance muito mais amplo. Neste tempo em que é consensual a exigência da aprendizagem ao longo da vida, seria estranho que as personalidades modelares apresentadas aos alunos sejam identificadas com um pensamento imobilizado. Impõe-se, pedagogicamente, mostrar como estes autores evoluíram, lidando com as circunstâncias em que trabalharam, aprendendo com as realidades encontradas e reflectindo sobre a experiência do seu próprio trabalho em curso. Esta análise pode levar o aluno ou o investigador individual a uma reflexão individual sobre o seu processo de aprendizagem e sobre a construção do seu percurso de trabalho. Mas também pode alimentar uma reflexão colectiva sobre as condições de desenvolvimento de uma disciplina.

A terceira razão prende-se com as características da realidade social que observamos. Tornou-se num lugar comum afirmar que esta realidade se transforma num ritmo cada vez mais rápido (uma afirmação que mereceria, aliás, ser devidamente justificada e especificada). Nestas circunstâncias, o nosso pensamento tem, necessariamente, que acompanhar esta evolução. Um observador do nosso tempo que o quisesse abordar com *uma* teoria, eventualmente um pouco retocada no decorrer dos anos, condenar-se-ia a uma rápida perda de contacto com o real. E, de facto, as evoluções teóricas que podemos observar nos autores que mais marcaram os debates recentes têm a ver com evoluções sociais, face às quais procuraram reagir. Uma discussão cuidadosa destas evoluções teóricas poderá não só permitir aproveitar melhor os elementos teóricos mais recentes e, por hipótese, mais imediatamente úteis. Também nos pode dar a ocasião de desenvolver métodos de trabalho teórico simultaneamente adequados a uma reali-

dade em mutação e dotados de um grau suficiente de reflexividade para que possamos continuar, apesar destas mutações, a produzir para nós próprios ferramentas de pensamento.

A evolução teórica de Luhmann que se acaba de reconstituir permite ilustrar estas afirmações. Não retomarei aqui a primeira razão – a necessidade de reconstituir os conceitos prioritariamente no contexto da etapa intelectual em que foram elaborados – pois toda a exposição anterior o deveria ter ilustrado. Vale a pena, em contrapartida, reflectirmos sobre as leituras acima propostas à luz das duas outras razões.

Tivemos a oportunidade de ver como uma teoria pode evoluir por uma dinâmica interna. Ao precisar os conceitos e as relações entre estes, Luhmann conseguiu alterar a relação entre a teoria e a realidade observada, possibilitando novas dinâmicas internas à teoria e confrontações mais frutíferas entre esta e a realidade. Este fenómeno mereceria ser aprofundado em relação ao segundo motivo dos que se acabam de invocar. Poderá inspirar reflexões sobre os factores susceptíveis de favorecer um tal desenvolvimento interno das nossas categorias sociológicas. Alguns podem ser desde já brevemente assinalados:

- A importância que Luhmann concede ao trabalho teórico como um âmbito próprio do trabalho científico, reflectindo-o não apenas nos seus aspectos mais abstractos (a teoria como instância de auto-observação de determinados sistemas), mas também nos seus aspectos mais técnicos (atenção para com as distinções, construção dos textos, noção dos vários possíveis estatutos dos textos (exploratórios ou apresentando versões mais acabadas). Uma reflexão que é estimulada pela experiência do trabalho teórico em vários domínios, nomea-

damente a comparação entre a teoria do direito e a teoria da ciência.

- O instrumento de trabalho de que Luhmann se dota, as “caixas de fichas”, que lhe forneceram condições materiais para gerir os seus conceitos com um mínimo de desperdício e para os relacionar segundo configurações menos previsíveis.
- Num plano mais abstracto, a maneira como procura, a partir dos anos 80, já não tanto escrever enquanto autor, mas antes fazer o possível para que “a teoria dos sistemas” se faça através dos seus textos. Utilizando as suas caixas de fichas, aliás, Luhmann faz a experiência concreta desta teoria que se pensa a si própria. Mas também pode verificar como os conceitos – que, aliás, muitas vezes retoma de outros autores – são, por sua vez, reutilizados por outros e funcionam eficazmente na escrita destes outros autores⁸³. É, assim, não apenas por uma questão de estilo que Luhmann refere nos seus textos a teoria como “sujeito” do trabalho de que dá conta.

A evolução teórica descrita também se deixa relacionar com evoluções históricas das quais Luhmann procura dar conta, o que permite ilustrar o terceiro motivo evocado. Assim, a passagem da positivização do direito, que ainda evoca em primeira linha, de leis susceptíveis de serem revistas, para a autopoiesis do direito, que realça os vínculos entre actos jurídicos sucessivos, deixa-se relacionar com os efeitos da globalização sobre o direito e com o peso crescente do pensamento jurídico anglo-saxónico na cultura jurídica. A separação mais nítida entre o sistema político e o sistema jurídico pode relacionar-se, nomeadamente,

⁸³ Ver nomeadamente Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System*, op. cit.

com a experiência do protagonismo crescente dos tribunais nos nossos espaços públicos. O cuidado em melhor captar simultaneamente a possibilidade e a improbabilidade de articulações entre sistemas pode relacionar-se com a experiência da distância que observa, nos anos mais recentes, entre os vários sistemas sociais, distância que o levou a abandonar completamente a visão parsoniana de uma sociedade que tenderia para a integração e a insistir nos riscos inerentes à diferenciação funcional. É precisamente face a estes riscos que sente urgência em melhor estabelecer uma teoria, também ela autopoietica, que possa, simultaneamente, garantir a si própria um fundamento e manter-se aberta às transformações da realidade, pelo menos enquanto houver uma sociedade, isto é, possibilidades elementares de comunicação.

Poder-se-ia avançar ainda uma terceira explicação para a evolução do pensamento de Luhmann. Poder-se-ia relacioná-la também, simplesmente, com a complexidade da realidade social e o tempo necessário, seja qual for o grau de redução desta complexidade que se conseguir, para a percorrer com o necessário rigor. Neste sentido, poder-se-ia interpretar as evoluções no pensamento não apenas como impostas por *alterações* da realidade, mas como dando conta de momentos sucessivos na trajetória do pensador à volta desta realidade.

Com vimos, Luhmann trata sucessivamente as “experiências jurídicas”, tal como podem ser nalguma medida generalizadas num determinado país e numa determinada época, e a “comunicação jurídica” tal como se identifica em todo o domínio do sistema jurídico, isto é, à escala da sociedade-mundo. Desta maneira, Luhmann, depois de se centrar num plano de realidade intermédio que poderíamos chamar a cultura jurídica (pensando em primeira linha na cultura jurídica alemã), afasta-se deste

plano para, por um lado, subir ao plano da sociedade-mundo (reflectindo nomeadamente as relações entre sistemas sociais funcionalmente diferenciados) e, por outro lado, descendo até à escala das comunicações, que procura captar independentemente das acções às quais as costumamos associar e dos indivíduos que levariam a cabo estas acções.

Não há, para Luhmann, motivo de recuar atrás da conceptualização elaborada na segunda fase. Em contrapartida, a quantidade de observações e intuições que tecem o seu trabalho na primeira fase remetem para realidades que o próprio Luhmann relegou por algum tempo para o segundo plano, mas não esqueceu. Neste sentido, os seus últimos escritos podem ser lidos como a continuação de um percurso que aceitou necessitar de uma vida inteira para visitar – e não completamente— a sociedade. E revisitar certos dos seus aspectos mais essenciais. Exemplo disto são as reflexões sobre a evolução que concluem *Die Politik der Gesellschaft*. Mais directamente relevantes para a sociologia do direito é o regresso ao tema das organizações em *Organisation und Entscheidung*. Neste livro formula de maneira particularmente clara a necessidade de se pensar a realidade de fenómenos como a ciência e o direito no cruzamento entre sistemas funcionalmente diferenciados a âmbito mundial, mas existindo apenas no plano improvável da comunicação, e as organizações, sistemas mais precários na sua definição comunicacional mas ganhando a sua consistência no seu enraizamento pessoal e local. Este percurso cíclico à volta do social revela-se ainda mais claramente no regresso ao indivíduo nas últimas obras. O tema já tinha sido abordado em *Grundrechte als Institution* e na conclusão de *Legitimation durch Verfahren*. Nos anos que se seguiram, no entanto, os indivíduos foram explicitamente excluídos

da sociedade, terreno de trabalho prioritário da teoria dos sistemas sociais. O indivíduo regressa na reflexão de Luhmann nos anos 90, repensado nomeadamente a partir da noção de acoplamento estrutural entre sistemas sociais. E abre a Luhmann novas pistas de reflexão sobre o papel do direito entre indivíduos, por um lado, sistemas e organizações, por outro, e sobre a importância da diferenciação social, e do direito que nela se reproduz, para os *Einzelmenschen*, uma reflexão que o leva a formular o seu prognóstico mais pessimista:

«O pior cenário imaginável seria que a sociedade do próximo século aceitasse o meta-código de inclusão / exclusão. E isto significaria que certos seres humanos seriam pessoas, e outros, apenas indivíduos; que alguns serão incluídos nos sistemas funcionais através das suas carreiras (exitosas ou não) e que outros serão excluídos destes sistemas, tornando-se corpos procurando sobreviver até ao dia seguinte; que certos serão emancipados enquanto pessoas, outros enquanto corpos»⁸⁴

Infelizmente, aqui também, a própria realidade evoluiu num sentido que obrigou Luhmann a realçar um problema que adquire novas proporções. Mas o que faz a força do diagnóstico não é apenas a pertinência da constatação actual, é também a acuidade de palavras que se forjaram em quarenta anos de um longo périplo inquieto por regiões muito diversas da sociedade-mundo.

⁸⁴ N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, op. cit., p. 26.

Bibliografia

Antunes, José Engrácia, “Prefácio”, in Gunther Teunber (1989/1993), pp. II-XXXII.

Arnaud, André-Jean, **Guibentif**, Pierre (orgs.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence (Coleção “Droit et Société”), 1993.

Arnaud, André-Jean, **Fariñas Dulce**, *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III/Boletín Oficial del Estado, 1996.

Bobbio, Norberto, *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*, São Paulo, Ícone, 1995.

Clam, Jean, *Droit et société dans la sociologie de Niklas Luhmann. Fondés en contingence*, Paris, PUF, 1997.

Dias, Jorge de Figueiredo, **Andrade**, Manuel da Costa, *Criminologia — O homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra Ed., 1984.

Esteves, João Pissara, “Apresentação”, in Niklas Luhmann, *A improbabilidade da comunicação*, Lisboa, Vega, 1992, pp. 5-38.

Foucault, Michel, *Vigiar e Punir*, Petrópolis, Vozes, 1977 (publ. orig. em francês *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975).

Garcia Amado, Juan António, “La société et le droit chez Niklas Luhmann”, in André-Jean Arnaud; Pierre Guibentif (orgs.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, pp. 101-145.

Guibentif, Pierre, “A comunicação jurídica no quotidiano lisboeta. Proposta de abordagem empírica à diferenciação funcional”, *Forum Sociológico*, nº 5/6 (II série), 2001, pp. 129-161.

– (no prelo), “La légitimité des mouvements sociaux. Un exercice conceptuel dans le prolongement de Habermas et Luhmann”, in Michel Coutu; Guy Rocher (dir.), *La légitimité de l'État et du droit. Autour de Max Weber*, Québec, Presses de l'Université Laval.

– com Vanda **Gorjão** e Rita **Cheta**, *Comunicação Social e Representações do Crime*, Lisboa, CEJ, 2002.

Ivainer, Théodore, *L'interprétation des faits en droit. Essai de mise en perspective cybernétique des “lumières du magistrat”*, Paris, L.G.D.J., 1988.

King, Michael, **Thornhill**, Chris, *Niklas Luhmann's theory of Politics and Law*, Basingstoke/New York, Palgrave, 2003.

Latorre, Angel, *Introdução ao direito*, Coimbra, Livraria Almedina, 1974.

Luhmann, Niklas, “Ausdifferenzierung des Rechtssystems”, in *Ausdifferenzierung des Rechts*, op. cit., pp. 35-52 [publ. orig.: *Rechtstheorie*, 7 (1976), pp. 121 ss; trad. ingl.: “The Autonomy of the Legal System”, in IDEM, *Differentiation of Society*, 1982, pp. 122-137).

– “Der politische Code: ‘Konservativ’ und ‘progressiv’ in systemtheoretischer Sicht”, in IDEM, *Soziologische Aufklärung 3*, op. cit., pp. 267-286 [publ. orig.: *Zeitschrift für Politik*, 21 (1974), pp. 253-271; trad. ingl. ingl.: “The Political Code”, in IDEM, *Differentiation of Society*, 1982, pp. 166-189).

- “Die Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft”, in IDEM, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Francoforte, Suhrkamp, 1981, pp. 113-154 [publ. orig.: Rüdiger Lautmann; Werner Maihofer; Helmut Schelsky (orgs.), *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft, Jahrbuch für Rechtstheorie und Rechtssoziologie* 1, Düsseldorf, Bertelsmann, 1970, pp. 175-202].
- “Epilog”, in IDEM, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994⁵, pp. 398-405.
- “Funktionale Methode und Systemtheorie”, in IDEM, *Soziologische Aufklärung 1*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1970, pp. 31-53 [publ. orig.: *Soziale Welt*, 15 (1964), pp. 1-25].
- “Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft”, in IDEM, *Ausdifferenzierung des Rechts*, op. cit., pp. 374-418 [publ. orig.: *Rechtstheorie*, 4 (1973), pp. 131-167].
- “Globalisation ou société du monde: comment concevoir la société moderne?”, in D. Kalogeropoulos (dir.), *Regards sur la complexité sociale et l'ordre légal à la fin du XXème siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 7-31 [em inglês: “Globalization of World Society. How to Conceive of Modern Society?”, *International Review of Sociology*, 7, 1 (1997)].
- “Normen in soziologischer Perspektive”, *Soziale Welt*, 20 (1969), pp. 28-48 [trad. ital.: “Le norme nella prospettiva sociologica”, in A. Giansanti; V. Pocar (dirs.), *Le teorie funzionali del diritto*, Milano, Unicopli, 1981, pp. 51-83].
- “Positives Recht und Ideologie”, in IDEM, *Soziologische Aufklärung 1*, op. cit, pp. 178-203 [publ. orig.: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 53 (1967),

pp. 531-571; trad. ingl.: in *Differentiation of Society*, 1982, pp. 90-121].

– “Reflexive Mechanismen”, in IDEM, *Soziologische Aufklärung 1*, op. cit., pp. 92-112 [publ. orig.: *Soziale Welt*, 17 (1966), pp. 1-23].

– “Soziologische Aufklärung”, in IDEM, *Soziologische Aufklärung 1*, op. cit., pp. 66-91 [publ. orig.: *Soziale Welt*, 18 (1967), pp. 97-123].

– “Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie”, in IDEM, *Ausdifferenzierung des Rechts*, op. cit., pp. 241-272 [publ. orig. in Hans Albert; Niklas Luhmann; Werner Maihofer; Ota Weinberger (orgs.), *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 2*, 1972, pp. 255-276].

– “Theoretische Orientierung der Politik”, in *Soziologische Aufklärung 3*, op. cit., pp. 287-292 [conferência proferida no congresso ‘Sapere e Potere’, Genua, Novembro de 1980].

– “Was ist Kommunikation?”, in *Soziologische Aufklärung 6 – Die Soziologie und der Mensch*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1995, pp. 113-124 [publ. orig.: 1987].

– *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981 [recolha de textos publicados desde 1965; existe uma tradução italiana].

– *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993 [acaba de se publicar uma tradução em inglês desta obra: *Law as a Social System*, Oxford, Oxford University Press, 2004].

– *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1997.

– *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlim, Duncker & Humblot (Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 20), 1964.

- *Grundrechte als Institution.–Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlim, Duncker & Humblot, 1965.
 - *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt/Neuwied, Luchterhand, 1969 [trad. bras.: *Legitimação pelo Procedimento*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980].
 - *Organisation und Entscheidung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 2000.
 - *Rechtssoziologie*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, 1972 [2ª ed.: Opladen, Westdeutscher Verlag, 1983; trad. bras. da 1ª ed.: *Sociologia do Direito*, São Paulo, Tempo Brasileiro, 1983 (vol. 1) e 1985 (vol. 2)].
 - *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, Kohlhammer, 1974.
 - *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, Suhrkamp, 1984.
 - *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1970 [trad. cast.: *Ilustración sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1973; trad. ital.: *Illuminismo sociologico*, Milano, Il Saggiatore, 1983].
 - *Soziologische Aufklärung 6*
 - *Die Soziologie und der Mensch*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1995.
 - *Zweckbegriff und Systemrationalität.–Ueber die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1968 [reed. Francoforte, Suhrkamp, 1973; trad. esp.: Madrid, Editora Nacional, 1983].
- Ost**, François, “Le droit comme pur système”, in Pierre Bouretz(dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Éditions Esprit, 1991, pp. 139-162 [publ. orig. in *Archives de Philosophie du droit*, vol. 31 (1986)].

Pires, Edmundo Balsemão, “Diferenciação funcional e unidade política da sociedade. A partir da obra de N.

Luhmann”, *Revista Filosófica de Coimbra*, nº 23 (2003), pp. 69-155.

Priban, Jiri, **Nelken**, David (eds.), *Law’s New Boundaries*, Aldershot, Ashgate, 2001.

Prieto Navarro, Evaristo, “La teoría de sistemas de Niklas Luhmann y el derecho”, in Juan António Garcia Amado (dir.), *El derecho en la teoría social*, Madrid, Dykinson, 2001.

Santos, Boaventura de Sousa; **Marques**, Maria Manuel Leitão; **Pedroso**, João; **Ferreira**, Pedro Lopes, *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*, Porto/Coimbra/Lisboa, Afrontamento / CES / CEJ, 1996.

Teubner, Gunther, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989 [trad. port.: *O direito como sistema autopoietico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993].

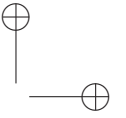
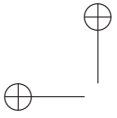
**O PENSAMENTO DE
NIKLAS LUHMANN**



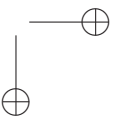
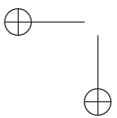
**José Manuel Santos
(Org.)**

2005

www.lusosofia.net



LUSO Sofia:PRESS



JOSÉ MANUEL SANTOS

O Pensamento de Niklas Luhmann

UNIVERSIDADE DA BEIRA INTERIOR

Colecção - TA PRAGMATA
Direcção: José Manuel Santos

Design da Capa: Jorge Bacelar
Desenho da Capa: Luis Herberto
Edição e Execução Gráfica: Serviços Gráficos da Universidade da Beira Interior
Tiragem: 500 exemplares
Covilhã, 2005
Depósito Legal N.º 235660/05
ISBN – 972-8790-46-5

Os textos de Niklas Luhmann foram extraídos e traduzidos da 6ª edição da obra *Soziologische Aufklärung 1*.
ISBN 3-531-11161-2 (original)
Copyright © 1970, 1991 Westdeutscher Verlag GmbH, Opladen.

Os direitos de tradução dos textos de Niklas Luhmann para a língua portuguesa foram cedidos por: © VS Verlag für Sozialwissenschaften GmbH, Wiesbaden, 2005.

Copyright da tradução: © Universidade da Beira Interior, 2005.

Tradução: Artur Morão

Apoio:

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR

Índice

Apresentação, José Manuel Santos 7

I. Dois artigos de Niklas Luhmann

Niklas Luhmann, *Iluminismo sociológico* 19

Niklas Luhmann, *Sociologia como teoria dos sistemas sociais* 71

II. Sobre Niklas Luhmann

José Manuel Santos, *A complexidade do mundo* 123

Mário Vieira de Carvalho, *Série, alea e autopoiesis* .. 165

Pierre Guibentif, *O direito na obra de Niklas Luhmann. Etapas de uma evolução teórica* 185

Edmundo Balsemão Pires, *O pensamento de Niklas Luhmann como teoria crítica da moral* 253

João Pissarra Esteves, *Legitimação pelo procedimento e deslegitimação da opinião pública* 281

João Carlos Correia, *Entre o sistema e o mundo da vida: um lugar para a estranheza na análise sistémica do jornalismo* 321

Rudolf Stichweh, *The Present State of Sociological Systems Theory* 347

