

A perspectiva sistêmica na sociologia do direito

Luhmann e Teubner

Marcelo Pereira de Mello

Introdução

O objetivo deste artigo é analisar de maneira crítica as contribuições teóricas de Niklas Luhmann e Gunther Teubner para a sociologia do direito. Em termos gerais, este estudo pressupõe a existência de diferenças, mas sobretudo de continuidades entre as teorias desses autores, o que constitui a primeira hipótese do trabalho, ou seja, a de que podemos falar em uma *perspectiva sistêmica* na sociologia do direito. O ponto de partida dessa reflexão será uma revisão dos conceitos fundamentais de ambos os autores: os conceitos elementares da sociologia de Luhmann, a partir dos quais ele desenvolve seu modelo teórico para a análise do direito, e que será, posteriormente, reinterpretado por Teubner na definição de seu direito reflexivo.

A segunda hipótese é de que os conceitos desenvolvidos pela sociologia de Luhmann e por Teubner ocupam um lugar singular na trajetória da sociologia do direito. Luhmann, na medida em que problematiza as teses tradicionais dessa disciplina, aspira, assumidamente, a uma teoria sociológica que supere os impasses da Teoria dos Sistemas de Talcott Parsons, mas que também possa suplantar a crítica fenomenológica à sociologia parsoniana, baseada na afirmação da importância do sujeito na dinâmica da ação social. Em ruptura explícita com os paradigmas sociológicos subjetivistas, Luhmann irá deslocar o foco de sua teoria sistêmica das questões relativas às

interpretações e aos acordos cognitivos entre os indivíduos para a análise e o desenvolvimento dos códigos sistêmicos em si, e das comunicações possíveis a partir deles.

Teubner, por seu turno, procura incorporar à teoria dos sistemas de Luhmann o conceito de reflexividade, com o qual explica o processo de interação entre fatores externos (pressões sociais) e internos (formalismo jurídico) na configuração dos sistemas jurídicos contemporâneos.

No que se refere à sociologia do direito, Luhmann e Teubner rejeitam frontalmente as abordagens tradicionais, que consideram escapistas diante do problema fundamental da relação entre a sociedade e o direito (cf. Luhmann, 1983, pp. 36-37; Teubner, 1996, pp. 20-22). As evasivas da sociologia do direito manifestam-se, segundo Luhmann, de pelo menos três modos tradicionais: 1) quando as teorias desviam sua atenção do direito para o *jurista*, por exemplo, numa abordagem na qual o enfoque recai sobre o papel e a profissão do jurista, e não exatamente sobre o objeto e o método do direito; 2) quando tentam deduzir o direito das decisões e do comportamento de pequenos grupos e órgãos colegiados de juízes (tribunais, por exemplo); ou, ainda, 3) quando se restringem simplesmente ao conjunto das opiniões que os diversos grupos e indivíduos têm a respeito do direito. Em todas essas abordagens do fenômeno jurídico, afirma, é o próprio direito que desaparece da sociologia do direito (cf. Luhmann, 1983, pp. 9-12). O autor propõe, então, que o fenômeno essencial que caracteriza o direito na sociedade industrial moderna, e que, justamente, tem escapado às diversas perspectivas da sociologia do direito, é a *positividade* do direito (cf. *Idem*, p. 34). Por *positividade* entende-se aqui o processo legislativo que, no século XIX, concebeu de forma inédita que a modificação do direito é parte integrante do próprio direito e imanente a ele. Ou seja, ao contrário da suposição sociológica tradicional de que a *positividade* é um constructo da ortodoxia jurídica, e que esta, por sua vez, é simplesmente o resultado das condições sociais gerais, na realidade a positividade significa que o direito passa a ser visto pela legislação como modificável em princípio (cf. *Idem*, p. 34). Na formulação de Luhmann, pela primeira vez na História, somente condições legalmente fixadas na legislação podem fundamentar objeções contra a vigência e a validade das leis (cf. *Idem*, p. 35).

Teubner adota alguns dos princípios do modelo de Luhmann, avança a discussão sobre a *autopoiesis* do sistema jurídico e assume o desafio de aplicar a teoria sistêmica ao estudo empírico dos fenômenos jurídicos, assim definidos pelo modelo, nas sociedades contemporâneas. Como se demons-

trará, esse autor realiza um esforço apreciável para dotar a teoria sistêmica de sujeitos, ou seja, ele entende que o direito deve ser analisado como resultado da interação entre fatores sistêmicos do próprio direito e as pressões políticas pela incorporação de elementos de justiça material. Esse processo é bem descrito na análise que Teubner faz do processo de *juridificação* das relações sociais nas sociedades contemporâneas.

À guisa de conclusão, oferecemos uma apreciação crítica da Teoria Sistêmica do Direito (TSD), que reintroduz na discussão sobre os fenômenos jurídicos as questões associadas à cognição e à interpretação subjetiva. Veremos como o próprio Humberto Maturana – inspirador de Luhmann e de Teubner no transplante conceitual que fazem da *autopoiesis*, da biologia para o direito – formula uma importante observação nesse sentido.

A teoria sistêmica de Luhmann: conceitos fundamentais

A concepção sistêmica, segundo a proposta de Luhmann, pretende explicar os padrões recursivos das interações entre os atores sociais, os quais formam sistemas de comunicação que, na realidade, constituem a própria natureza das sociedades. O autor propõe uma mudança no foco da análise sociológica contemporânea, que para ele está sustentada no que denomina *corpus mysticum* do sujeito. Critica, ainda, o fato de todas as perspectivas sociológicas contemporâneas tomarem a ação social como um objeto em si da análise da sociedade. Dessa maneira, o autor pretende *desconstruir* um dos pilares centrais das sociologias contemporâneas: a idéia de que a unidade elementar da análise sociológica são as ações sociais como construção de sujeitos, entendidos como atores sociais. Luhmann acena com o seguinte paradoxo para problematizar essa concepção “tradicional”: “Pode-se ainda dizer, naturalmente, que os seres humanos agem. Mas desde que isso sempre ocorre em situações, a questão que permanece é se e em que extensão a ação deve ser atribuída ao ser humano individual ou à situação” (Luhmann, 1995, p. xliii).

Luhmann acha que as teorias sociológicas contemporâneas focaram mal o objeto de suas reflexões porque herdaram das teorias racionalistas do século XVIII o conceito de universal, ou seja, a preocupação em descobrir os componentes elementares e ao mesmo tempo gerais da vida em sociedade. Essas teorias racionalistas, a seu tempo, represaram uma concepção mais antiga do que a própria idéia de sistemas, que era a idéia de conceber os fenômenos como constituídos de um *todo* e de suas partes. O problema dessa tradição racionalista, afirma, é que o *todo* tinha que ser entendido num duplo sentido:

como unidade e como totalidade de suas partes. A partir disso, podia-se dizer que o *todo* é a totalidade de suas partes ou, então, que é mais que uma simples soma de suas partes. Procurar por universais a partir do particular, tentar definir toda a humanidade a partir de um só homem, fez com que os sociólogos fossem buscar nos conceitos de razão, moral social e outros *apriorismos*, tais como o conceito de educação ou, ainda, o conceito de Estado, os supostos universais estruturantes dos processos de socialização. Todavia, critica Luhmann, do ponto de vista formal isso não explica como o *todo*, na medida em que é composto de suas partes e de alguma coisa mais, pode ser apresentado como unidade no nível das partes (cf. *Idem*, p. 5).

1. Associadas a esses conceitos, as noções de “sistemas abertos” e “sistemas fechados” complementam a descrição teórica do modelo. Os “sistemas fechados”, afirma, constituem um caso limite: são sistemas para os quais o ambiente não exerce influência ou ela se dá por canais muito específicos (cf. Luhmann, 1995, p. 6). No caso dos sistemas sociais, que sua teoria procura explicar, eles constituem “sistemas abertos”.

Luhmann propõe a superação desse paradigma do *todo* e da *parte* por um novo modelo, estruturado a partir da clivagem *sistema e ambiente*¹. Em vez da dicotomia *todo/parte*, o autor propõe a idéia de diferenciação sistêmica (*system differentiation*), que nada mais seria que a repetição da diferença sistema/ambiente, dentro do sistema. Um sistema diferenciado, afirma, não é aquele composto por um número extenso de partes e pelas relações entre elas, mas aquele que encerra um número significativo de diferenciações sistema/ambiente em suas operações. Cada uma dessas diferenciações, em cada corte considerado, reproduz a integridade da clivagem sistema/ambiente (cf. *Idem*, p. 6). Em resumo, a diferenciação sistêmica nada mais é que a repetição do código do sistema dentro do sistema (cf. *Idem*, p. 18).

Destarte, o sentido de homogeneidade, que na teoria sociológica tradicional é retirado da noção universal do *todo* e da *parte*, ou, em termos sociológicos, das noções de indivíduo e sociedade, deve ser substituído, segundo a proposta do autor, por um sentido de homogeneidade retirado da reprodução da clivagem sistema/ambiente ao longo do processo de diferenciação subsistêmica (cf. *Idem*, p. 7).

Na teoria desenvolvida por Luhmann, a existência de sistemas é assumida como factual e, além disso, como auto-referencial. Como afirma o autor, o conceito de sistema refere-se a alguma coisa que é em realidade um sistema e que, nesse sentido, assume a responsabilidade de explicar a realidade e testar suas afirmações (cf. *Idem*, pp. 12-14). Ele destaca que alguns sistemas possuem a capacidade de estabelecer relações internas com seus próprios elementos constitutivos e de diferenciá-las das relações que mantêm com o ambiente. No limite, entretanto, não há sistema sem ambiente nem ambientes estruturados que não possam ser percebidos por sua organização sistêmica. Os sistemas estão orientados pelos seus ambientes não apenas de maneira ocasional e por adaptação, mas também estruturalmente – não

podem, na realidade, existir sem um ambiente. Eles se constituem e se conservam como tais ao criar e manter a diferença de seus ambientes, e seus limites com o ambiente servem para regular essa diferença. Sem a diferença com o ambiente não haveria a auto-referência, porque ela é a premissa funcional das operações auto-referenciadas (cf. *Idem*, p. 14).

Em termos genéricos, essa concepção de sistemas auto-referenciados será utilizada posteriormente por Luhmann e por Teubner para explicar o “sistema legal”. Segundo Luhmann (1986, p. 112), partindo-se da estrutura geral da teoria da sociedade como um sistema social funcionalmente diferenciado, o sistema legal deve ser entendido como um de seus subsistemas funcionais. Tal sistema, afirma, constitui a si próprio a partir de suas funções, determinadas no nível do sistema societário. Os arranjos função/sistema requerem total autonomia funcional porque nenhum outro sistema desempenhará as mesmas funções que aquele. Nesse sentido, a autonomia não é um objetivo perseguido pelo sistema, mas uma necessidade fática (cf. *Idem*, p. 112). No caso específico do sistema legal, todas as suas unidades elementares, os atos legais, bem como a unidade do sistema como um todo, são ativadas a partir do que o autor chama de redução de complexidades. A partir desse processo, os sistemas submetem os estímulos do ambiente a seus padrões próprios de entendimento e processamento sistêmico.

Luhmann absorve, nessa passagem, o conceito de *autopoiesis* desenvolvido por Maturana e Varela (1980), para afirmar que os subsistemas funcionais da sociedade são sempre auto-referenciais, ou seja, produzem e reproduzem a si próprios. Eles constituem seus componentes pelo arranjo próprio desses componentes, o que constitui propriamente sua unidade e, portanto, seu fechamento *autopoietico*. A extensão do conceito de auto-referência do nível agregado da estrutura para o nível dos elementos do sistema constitui, segundo Luhmann, a mais importante contribuição da teoria de Maturana e Varela para o entendimento de todo esse processo (cf. Luhmann, 1995).

No entanto, a idéia de que o sistema legal constitui um sistema fechado não deve obscurecer o fato de que todo sistema mantém conexões com seu ambiente. Luhmann formula essa concepção da seguinte maneira: o sistema legal é aberto porque é fechado e é fechado porque é aberto. Não se trata de um simples jogo de palavras. O autor, com esse paradoxo, quer expressar a forma particular do relacionamento entre o sistema legal e o ambiente societário. Como afirma, o sistema legal tem seu componente e sua forma própria de expressão: a norma; e seu modo próprio de operação, o código

lícito e ilícito. Pode haver influência política na legislação, mas somente a lei pode modificar a lei. Somente dentro do sistema legal a mudança das normas legais pode ser percebida como mudança da lei (cf. Luhmann, 1986, p. 113). Ao que acrescenta: é sempre uma norma que decide quais fatos têm relevância legal ou não. Nesse sentido, o sistema legal é um sistema normativamente fechado.

Ao mesmo tempo, o sistema jurídico é “cognitivamente aberto”, o quer dizer que é estimulado pelas informações do ambiente. No caso específico do sistema legal, ele retira parte de sua dinâmica própria do processamento que realiza, segundo seu código, dos estímulos dos demais subsistemas sociais: político, econômico, educacional, moral etc. Na verdade, a fricção entre os subsistemas auto-referenciados e o ambiente é o que produz informação. Isso não seria possível, no entanto, se o sistema legal fosse apenas um sistema de normas e o ambiente fosse apenas cognição. Luhmann (1986, p. 114) enfatiza, então, que o sistema legal não é um sistema normativo no sentido de seus componentes serem os conteúdos das normas, ou no sentido ainda de “determinarem” o funcionamento do ambiente, mas sim um sistema de operações legais que usa sua auto-referência normativa para reproduzir a si próprio e para selecionar informações do meio. O autor chama de dupla contingência dos sistemas o fato de eles operarem de maneira *normativamente fechada*, o que requer relações simétricas entre seus componentes, na medida em que um elemento dá sustentação ao outro e vice-versa, e, ao mesmo tempo, operarem de maneira *cognitivamente aberta*, na qual a assimetria entre o sistema e seu ambiente os força a uma recíproca adaptação e mudança. Os sistemas legais, afirma, apresentam uma maneira especial de resolver esse problema ao combinar disposições normativas e cognitivas, e estabelecer *condicionalidades* para a introdução no sistema dos estímulos do ambiente. Nesse sentido, as normas legais, diferentemente das concepções de Kelsen e Durkheim, não derivam de uma ordem legal factual nem de uma norma fundamental, mas são “programas de *condicionalidades*” para a introdução no sistema dos estímulos [informações] do ambiente (cf. *Idem*, pp. 115-119). O sistema legal, enfatiza o autor, não determina o conteúdo das decisões legais, nem logicamente nem por intermédio de procedimentos técnicos de uma hermenêutica jurídica. Ele opera como um sistema ao mesmo tempo “fechado normativamente”, o que garante sua manutenção e auto-reprodução, e “aberto cognitivamente”, no sentido de que está em contínua adaptação às exigências do ambiente.

Relativizando o sistema: Teubner e o conceito de historicidade e reflexividade do direito

O modelo analítico de Gunther Teubner para o entendimento do sistema jurídico caminha em dois sentidos aparentemente contrários: de um lado, o autor procura aprofundar a apropriação do modelo biológico da *autopoiesis* proposto por Maturana e Varela (1980) para explicar o sistema jurídico; de outro, procura incorporar variáveis historicistas (sociais e políticas) na explicação do fenômeno jurídico, especialmente no contexto do que chama de processo de “juridificação”. O enfrentamento dessa dupla problemática ocorre na obra de Teubner, creio, porque ele aceitou o desafio de confrontar os princípios da teoria sistêmica, desenvolvida com base nos trabalhos de Luhmann, com a realidade concreta dos sistemas jurídicos europeus, desenvolvidos no contexto do chamado *Welfare State*. Ao fim e ao cabo, o conceito de direito reflexivo surge como a contribuição mais significativa do autor à teoria sistêmica porque, como veremos, procura estabelecer as condições da comunicação sistema/ambiente, no caso concreto da interação entre sistema jurídico e subsistemas social, político e econômico.

O enfrentamento desse Jano bifronte, corporificado no duplo esforço para extrair todas as conseqüências da auto-referencialidade do sistema jurídico e, portanto, o aprofundamento da aplicação da noção de *autopoiesis* à compreensão do sistema jurídico, juntamente com a tentativa de explicação dos processos históricos dos sistemas legais de países europeus que desenvolveram o *Welfare State*, não é feito, contudo, sem que o autor incorra em algumas revisões à teoria sistêmica de Luhmann.

Teubner começa por redimensionar o próprio conceito de *autopoiesis*, desenvolvido por Maturana e Varela, e a própria definição dada por Luhmann, ao afirmar que esses autores trabalham com um conceito de *autopoiesis* caracterizado por uma “rigidez inflexível”, como um processo de tudo ou nada: o direito ou reproduz ou não reproduz a si próprio, não existindo algo como uma gradação no fenômeno da *autopoiesis*. “A meu ver, autonomia e *autopoiesis* deveriam antes ser entendidos como conceitos gradativos” (Teubner, 1989, p. 57).

Segundo Teubner, a auto-referência e a *autopoiesis* constituem critérios precisos para a caracterização dos sucessivos graus ou etapas de autonomia. Utilizando-se da definição de *autopoiesis* de Gerhart Roth (1987)², o autor afirma que um sistema se torna crescentemente auto-referencial quando a rede de seus componentes sofre modificações do seguinte tipo: maior *feedback*

² Citado em Teubner (1989).

entre seus componentes, plasticidade funcional e plasticidade estrutural, e constituição de novos componentes dentro da rede de componentes (cf. Teubner, 1989, p. 67). Um sistema jurídico torna-se autônomo, afirma, na medida em que consegue constituir seus elementos – ações, normas, processos, identidade – em ciclos auto-referenciais, só atingindo o termo pertinente de sua autonomia *autopoiética* quando os componentes do sistema, assim ciclicamente constituídos, se articulam, por sua vez, entre si, formando um “hiperciclo” (cf. *Idem*, pp. 58-67).

Nesse sentido, a auto-referência e a *autopoiesis* vêm dar origem a um novo e mais elaborado tipo de autonomia do sistema jurídico em virtude da constituição de relações circulares, autonomia que, de modo algum, exclui a existência de interdependências causais entre o sistema jurídico e o sistema social (cf. *Idem*, p. 56). Essa espécie de *autopoiesis* mitigada é pensada por Teubner a partir da distinção entre três elementos embutidos no processo de aumento cumulativo de relações circulares – o “hiperciclo” – e que fazem da *autopoiesis* um processo gradativo: a auto-observação, a autoconstituição e a auto-reprodução. Segundo o autor:

Uma coisa é um subsistema social observar os seus componentes (elementos, estruturas, processos, limites, identidade e meio envolvente) através de comunicação reflexiva (*auto-observação*); outra diferente é um sistema definir e colocar em operação por si só o conjunto dos componentes sistêmicos (*autoconstituição*); ainda uma outra coisa diferente é a capacidade de um sistema para se reproduzir a si mesmo através da produção (circular e recursiva) de novos elementos a partir de seus próprios elementos (*autopoiesis*) (*Idem*, p. 68).

De uma maneira geral, afirma o autor, o grau de autonomia dos subsistemas sociais é determinado por uma escala crescente que parte da satisfação da primeira linha de exigências, ou seja, da definição auto-referencial de seus componentes, passa pela incorporação e utilização operativa do sistema dessa auto-observação e, finalmente, pela articulação *hipercíclica* dos componentes sistêmicos autoconstituídos. Para evitar qualquer confusão com alguma teleologia, Teubner se apressa em dizer que esses complexos *hiperciclos* que constituem os processos de *autopoiesis* dos subsistemas sociais não evoluem de acordo com padrões predeterminados ou em direção à consecução de um fim particular: “As auto-observações surgem, por assim dizer, espontaneamente. Sempre que uma distinção é aplicada a fenômenos sociais, mais cedo ou mais tarde acaba também por ser aplicada a si mesma” (*Idem*, p. 68).

Nesse sentido, a chave para a compreensão da autonomia do sistema jurídico reside, segundo o autor, nessa relação tripartite de auto-observação, autoconstituição e auto-reprodução. Logo que a comunicação jurídica sobre a distinção básica lícito/ílicito comece a diferenciar-se da comunicação social geral, ela se torna inevitavelmente auto-referencial e é compelida a tematizar a si mesma, tendo por referência as categorias intrinsecamente jurídicas. De uma maneira geral, esse é o processo que conduz à emergência de “círculos auto-referenciais” no que respeita a atos jurídicos, normas jurídicas, processos jurídicos e dogmática jurídica, o que, por sua vez, implica uma maior autonomia do sistema jurídico. O sistema jurídico torna-se perfeitamente auto-reprodutivo, afirma, apenas quando seus componentes sistêmicos auto-referencialmente constituídos se encontram de tal modo imbricados que atos e normas jurídicas se produzem reciprocamente entre si, e o processo jurídico e a doutrina jurídica relacionam por seu turno essas inter-relações (cf. *Idem*, p. 71). Em sentido estrito, portanto, a autonomia jurídica abrange não apenas a capacidade do direito de criar seus próprios princípios, mas também de autoconstituição de ações, a *juridificação* dos processos e a criação de institutos “jurídico-doutrinários” (cf. *Idem*, p. 72).

Essa concepção de autonomia do direito difere de outras formuladas por três tradições da reflexão sociológica sobre o sistema jurídico. Por um lado, ela se diferencia da reflexão marxista sobre a relação base-superestrutura na determinação do fenômeno jurídico pelos sistemas socioeconômicos, em que a “relativa” autonomia do sistema jurídico estaria ainda assim determinada pelos interesses materiais em disputa pelas classes sociais. Por outro, também se particulariza das teses sociológicas mais tradicionais, que afirmam que o sistema jurídico, mesmo quando independente dos demais poderes constituídos, como nas democracias ocidentais, não são autônomos em relação ao conjunto das demandas socialmente constituídas. E, por fim, repele a explicação das teorias que procuram relacionar a autonomia do direito com um processo corporativista construído por advogados, juízes e especialistas, como na tradição de Watson³.

Contra os primeiros, os marxistas, e também contra as teorias sociológicas que de modo geral postulam a existência de nexos causais mecânicos entre os sistemas jurídico e social, Teubner argumenta que muito tempo foi perdido com o falso problema de se a constituição de um sistema jurídico *autopoietico* induz à criação de uma espécie de “autarquia do direito” ou se, ao contrário, o direito é dependente dos sistemas econômico e político, ou seja, não há uma independência causal entre esses elementos. Se-

³ A referência aqui é a Alan Watson, autor que desenvolveu a tese dos transplantes legais. Ver Watson (1974).

gundo Teubner, a autonomia jurídica reside no caráter circular da produção do direito, e não numa mera independência causal relativa ao meio envolvente. Isso, com efeito, não significa negar a existência de nexos causais entre os sistemas jurídicos e os demais subsistemas sociais. Apenas, afirma, em face da característica de circularidade da organização interna do sistema jurídico, os modelos de causalidade explicativos das influências externas respectivas tornam-se necessariamente mais complexos. Em vez de uma simples lógica causa-efeito, deve-se utilizar o que Teubner chama de lógica de “perturbação” (cf. *Idem*, p. 74). Nesse sentido, afirma, os fatores capazes de influenciar do exterior o direito devem ser descritos como um problema de influência externa sobre processos causais circulares internos (cf. *Idem*, p. 74).

Contra Alan Watson, que procura explicar a “autonomia” do direito como um processo gradativo de construção de um sistema legal baseado em normas jurídicas como representações dos valores sociais subjacentes, mas que se vão libertando simultaneamente desses mesmos valores, *autonomizando-se* a ponto de se poder “transplantar”⁴ ordens jurídicas similares em contextos sociais completamente diversos, Teubner afirma que a verdadeira razão para isso deve ser buscada no fenômeno da circularidade. Watson procura explicar esse processo invocando como o sujeitos dessa aparente vida própria do direito as elites profissionais jurídicas e a disseminação de uma cultura e de uma consciência dos juristas, o que Teubner afirma ser de somenos importância para o entendimento da autonomia do direito.

Em contraposição a esse tipo de hipótese, o autor afirma que os *standards* jurídicos, antes de representarem algum efeito de autonomização do direito em relação aos processos sociais, representam um fenômeno estrutural de auto-referência do direito. Ou, como afirma, esse fenômeno deve ser entendido em termos da relação entre auto-referência e formalidade: “se as normas são auto-referencialmente constituídas [...] elas tornam-se ‘formais’ no sentido de que (hetero-)referências para o meio social envolvente são eliminadas em favor de (auto-)referências para si mesmas” (*Idem*, pp. 83-84).

O modelo explicativo de Teubner é bastante enrobustecido com o desenvolvimento do conceito de reflexividade (*reflexivité*) ou, mais especificamente, direito reflexivo (cf. Teubner, 1996). Novamente, a preocupação do autor é dotar a teoria sistêmica e o conceito de *autopoiesis* de poder explicativo das configurações institucionais concretas (“empíricas”) do sistema jurídico. No caso específico, ele polemiza com as explicações correntes do fenô-

4. O termo “transplante legal (ou jurídico)” é uma idéia subjacente à perspectiva de autonomia do sistema jurídico, da qual Alan Watson é o representante principal.

meno da “materialização” do direito e seus efeitos no processo de *juridificação* das relações sociais no contexto do *Welfare State*. Ele renega especialmente a explicação, que atribui a Weber, de que o processo de materialização do direito estaria em descompasso, ou seja, seria um processo marginal à tendência histórica de racionalização e formalização das relações jurídicas⁵ da civilização ocidental.

A idéia de Teubner é produzir uma explicação para o fenômeno jurídico que esteja situada a um meio-termo entre as teorias sociológicas em sua opinião excessivamente sociocentradas, como as de Weber e as teorias marxistas inspiradas na distinção entre estrutura e superestrutura, e a teoria de Nonet e Selznick (2001 [1978]), especialmente o conceito de direito responsivo, com o qual os autores procuram explicar o mesmo processo, ou seja, as tendências antiformais do direito contemporâneo, só que a partir da crise interna do formalismo jurídico (cf. Teubner, 1996, p. 5). Essa clivagem entre elementos internos e externos ao direito, Teubner a estende, ainda, às teorias dos próprios Nonet e Selznick e às de Luhmann e Habermas. Enquanto os primeiros trabalham com variáveis internas ao sistema jurídico para explicar o fenômeno da materialização do direito, tais como estrutura conceitual e doutrinária, métodos de instrução, de procedimentos institucionais e modelos de participação, Luhmann e Habermas apóiam-se explicitamente em variáveis sociais externas. Luhmann, segundo essa interpretação, atribui as tendências de crise do direito formal a problemas de adaptação à diferenciação funcional da sociedade e aponta como solução uma maior autonomia do direito, uma abstração mais pronunciada dos conceitos jurídicos, maior auto-reflexão do sistema e um novo funcionalismo da doutrina. Habermas, ao contrário, considera que a racionalidade formal do direito está ligada a uma crise geral de legitimidade do capitalismo organizado. Para vencer essa crise, deve-se institucionalizar uma nova razão *comunicacional* da normatividade, para transformar as estruturas jurídicas da sociedade em geral (cf. Teubner, 1989).

Teubner propõe, então, que esses modelos, que são complementares – na medida em que Nonet e Selznick⁶ trabalham com variáveis “internas”, ao passo que Luhmann e Habermas operam com variáveis sociais “externas” –, ensejam o desenvolvimento de um novo tipo jurídico, “reflexivo”, capaz de sopesar e confrontar os limites internos da racionalidade formal do direito com as exigências estruturais e funcionais das sociedades pós-modernas. Embora bastante influenciado pelas idéias de Nonet e Selznick a respeito do direito responsivo, Teubner afirma que uma limitação importante desse con-

5. Mais adiante iremos discutir em particular essa que considero ser uma interpretação equivocadamente evolucionista e mecanicista da sociologia do direito de Max Weber, pelas razões em parte expostas na nossa interpretação dessa teoria.

6. Gunther Teubner (1996) apóia-se amplamente nas idéias de Philippe Nonet e Philip Selznick desenvolvidas em seu livro de 2001, *Law and Society in Transition*.

ceito é que ele não é capaz de distinguir sistematicamente racionalidade material e racionalidade reflexiva. Em seu lugar, o autor opta por um modelo que supõe três tipos de direito (formal, material e reflexivo) dimensionados por três níveis distintos (racionalidade interna, racionalidade normativa, racionalidade sistêmica). Dito simplificado, o modelo proposto por Teubner operaria de forma a identificar em cada momento concreto da evolução da sociedade uma configuração particular desses três tipos de direito. Segundo ele, o processo jurídico de reflexão define a autolimitação do direito, mas sempre dentro do contexto de seus vínculos com a realidade social. Segundo a perspectiva da *reflexividade* do direito, o sistema jurídico considera a si próprio como um sistema dentro de um ambiente, e reconhece os limites de sua capacidade de regulação dos outros sistemas sociais.

Continuidades e rupturas entre a teoria sistêmica e as sociologias do direito tradicionais

Está claro que a Teoria Sistêmica do Direito (TSD), subsumida em nosso trabalho nas teorias de Luhmann e Teubner, muda sensivelmente o foco das teorias sociológicas tradicionais sobre o direito, ancoradas nas teses fundamentais das teorias de Marx, Weber, Durkheim, e em uma enorme gama de teorias nelas inspiradas. A TSD problematiza especialmente a hipótese sociológica tradicional sobre a suposta determinação social, política e econômica (as ênfases variam) dos conteúdos do direito. Luhmann argumenta que “a sociologia do direito está interessada somente nas conexões entre variáveis legais e extralegais e, embora todas elas falem de unidade do sistema legal, esta unidade nunca é claramente percebida” (Luhmann, 1988, p. 13). Com bastante propriedade, Teubner (1996, p. 8) chama de positivistas todas essas teorias (inclusive as marxistas) que reduzem o direito ao simples reflexo das relações de poder, e suas respectivas estruturas sociais e econômicas de *base*.

Um dos elementos fundamentais para entendermos a mudança do enfoque das teorias sistêmicas do direito em relação às teorias sociológicas tradicionais está na compreensão da distinção entre independência, autonomia e *autopoiesis* do sistema jurídico.

Lawrence Friedman (1986, p. 14), um dos mais expressivos representantes da escola sociológica do direito, argumenta, por exemplo, que um dos problemas clássicos da sociologia do direito gravita em torno da questão da autonomia (ou da falta dela) do sistema jurídico. Sua posição a esse respeito é de

que se deve buscar uma explicação intermediária entre as interpretações que atribuem às forças sociais um poder de pressão irresistível ao sistema legal e, na posição oposta, as teorias sistêmicas que assumem que o sistema legal é autônomo, no sentido de que possui um conteúdo e uma lógica próprios e independentes de influências externas. Contra a idéia de autonomia do sistema jurídico, Friedman argumenta que a perspectiva de “insulamento” contra o mundo externo pode trazer, em termos práticos, uma série de inconveniências, como conservadorismo e resistências cegas a qualquer tipo de mudanças demandadas por grupos sociais, seus interesses legítimos e seus valores. Ainda que, em contrapartida, em seu aspecto positivo, o “insulamento” do sistema legal possa oferecer maiores garantias com respeito aos direitos humanos, das minorias e dos cidadãos contra o Estado. Friedman afirma que em vez de autonomia é mais adequado falar em “independência” do sistema legal, no sentido de que alguns segmentos desse sistema, por exemplo o poder judiciário, têm independência de ação quanto a guardarem relativa autonomia com respeito às pressões externas. Mas não se deve tomar “independência” por “autonomia” do sistema. O autor reforça, então, um dos argumentos sociológicos clássicos, o de que as sociedades, especialmente as democráticas ocidentais, são abertas a influências de setores do governo, da pressão de eleitores, da opinião pública, dos grupos de interesse etc. (cf. *Idem*, p. 17). Sua tese principal é a de que o conceito de “cultura legal”, ou seja, o conjunto das idéias, das atitudes e das crenças compartilhadas pelas pessoas acerca do sistema legal, é o mais adequado para a compreensão do incontornável processo de mediação entre o sistema legal e a organização social. É exemplifica: embora dois homens ou duas mulheres dificilmente possuam as mesmas atitudes e compreensão da lei e do direito, pode-se, com segurança, retirar tendências e correlações sistêmicas dessas atitudes de acordo com idade, sexo, renda, nacionalidade etc. Por fim, destaca que o conceito de autonomia do sistema jurídico no sentido da *autopoiesis* sem nada se diferencia daquilo que Weber definiu como racionalidade formal, uma das características inequívocas do direito ocidental contemporâneo (cf. *Idem*, pp. 16-17).

Em outra versão da crítica sociológica à Teoria Sistêmica do Direito (TSD), Richard Lempert (1988) confronta a idéia de *autopoiesis* com seu conceito de *autonomia legal*. Segundo o autor, *autopoiesis* e *autonomia legal* delimitam duas visões sobre o fenômeno da “autonomia” dos sistemas legais, que remetem às tradições anglo-americana e européia ocidental. A primeira, a visão “anglo-americana”, é fortemente influenciada por estudos empíricos sobre a maneira como o poder das leis se articula com outras fontes de

poder na sociedade. A segunda, afirma o autor, reflete o fato de que a perspectiva de autonomia do sistema legal na visão “continental” parte de uma “abstração” (o sistema legal como um subsistema dos sistemas sociais) “de uma abstração” (os sistemas sociais como análogos aos sistemas biológicos). Isso conduz à segunda diferença entre essas perspectivas, delimitada por Lempert, que é o fato de a sociologia do direito na tradição anglo-americana estar mais focada na análise de casos concretos e particulares de autonomias legais, conduzidos com rigor estatístico.

Na medida em que as sociedades estão organizadas em padrões socioeconômicos, a influência desses padrões na produção de nichos de autonomia no sistema legal pode ser reunida, segundo o pressuposto do autor, em séries estatísticas que permitem comparações e dispensam teleologias. Na versão “continental” – em nossos termos, sistêmica –, Lempert afirma que a concepção de *autopoiesis* pressupõe reconstituição cíclica constante, de acordo com as modificações do ambiente. Isso conduz a uma concepção “evolucionista” do sistema legal, mascarada pelo que os autores dessa corrente sistêmica chamam de adaptação.

Lempert critica ainda a versão renovada do funcionalismo sociológico embutida na concepção de *autopoiesis*, na medida em que o próprio Luhmann assegura que o sistema legal preenche uma função especial e única nas sociedades diferenciadas, ao mesmo tempo em que a realização da *autopoiesis* do direito em seu mais alto nível de autonomia⁷ apenas se daria em sociedades bastante diferenciadas do ponto de vista da especialização funcional de seus subsistemas. Finalmente, Lempert critica a idéia de Luhmann de que o sistema legal é cognitivamente aberto e normativamente fechado, afirmando que essa é uma formulação muito genérica e que não responde a questão fundamental para a sociologia do direito, a saber, as maneiras pelas quais mudanças normativas no sistema legal estão associadas às pressões sociais (cf. Lempert, 1988, p. 188).

Por todas essas razões, em vez de *autopoiesis*, Lempert prefere trabalhar com o que chama de *autonomia relativa* do sistema legal, em que a autonomia do direito é relativa ao grau de importância dos padrões internos de ação e de procedimento para a criação e a aplicação da lei *vis-à-vis* os padrões externos ao sistema jurídico de natureza política ou social. E conclui: a autonomia do Direito é mais bem ilustrada na aplicação da lei e no processo judicial do que na criação da lei e no processo legislativo.

7. Em Luhmann, mas sobretudo em Teubner, há uma compreensão de que a *autopoiesis* do direito se realiza em diferentes níveis ou graduações.

Continuidades

As críticas formuladas por Lawrence Friedman e Richard Lempert à teoria sistêmica são interessantes porque canalizam e expressam as idéias e as teses fundamentais da sociologia do direito mais fortemente ofendidas com as inovações teóricas dos trabalhos de Niklas Luhmann e Gunther Teubner. Ambos, curiosamente, Friedman e Lempert, reagem, por caminhos diferentes, da mesma forma à teoria sistêmica, quando a acusam de ser muito ambígua, incapaz de ser testada empiricamente e, na verdade, só estar afirmando o que já se sabe sobre o sistema jurídico, porém utilizando uma linguagem desnecessariamente complicada.

De algumas críticas é difícil discordar. Por exemplo, a afirmação de que a teoria de Luhmann incorpora vários dos pressupostos da teoria sistêmica de Talcott Parsons e que, portanto, fica sujeita ao arsenal de críticas já realizadas ao modelo parsoniano (cf. Nelken, 1988). As noções de sistema e subsistemas, especialização funcional, cibernética, redução de complexidades (Parsons chama isso de “pautas de desenvolvimento da ação”) em tudo se parecem aos conceitos parsonianos para explicar o sistema e a ação social. Com a ressalva de que Luhmann foi ainda mais radical do que o próprio Parsons na sua concepção de sistema, uma vez que, para ele, a unidade básica da análise sociológica, ou a unidade básica do sistema, são as comunicações e não as ações individuais pautadas pelos subsistemas, como na versão de Parsons. Nesse aspecto, Luhmann distancia-se ainda da sociologia compreensiva de Max Weber e das perspectivas fenomenológicas de maneira geral, que concebem a ação social como resultado do significado intersubjetivo atribuído interpretativamente pelos sujeitos da ação. Em Luhmann, a concepção de que os padrões recorrentes da ordem são dados pelos códigos da comunicação sistêmica é o que permite a incorporação à teoria desse autor do conceito biológico de *autopoiesis* utilizado para explicar os sistemas sociais e, posteriormente, o “subsistema legal”.

Um segundo tipo de crítica à TSD, condensada nos trabalhos de Friedman e Lempert, diz respeito ao caráter evolucionista de suas proposições. Essa crítica, parece-me, se aplica melhor a Teubner, pelas razões que descrevemos na breve introdução de sua teoria e que se relacionam com as noções de *reflexividade* e *historicidade*. Como vimos, esse autor assume como desafio a aplicação da noção de direito *autopoietico* em contextos reais e concretos, à maneira dos empiristas, e em seu trabalho *Droit et réflexivité* (1996) toma da seguinte forma o tema da *juridificação* e do *Welfare State* para a apli-

cação dos princípios da análise *autopoietica*: ele parte da interpretação da sociologia do direito de Max Weber, imputando-lhe um diagnóstico segundo o qual, para Weber, o direito contemporâneo (início do século XX) estaria experimentando um desenvolvimento marcado pela tensão entre duas tendências contraditórias: de um lado, o sistema jurídico reforça sua especialização “formal”, seu profissionalismo e sua sistematização interna, e, de outro, revivifica uma tendência de materialização caracterizada pela internalização de elementos éticos e morais e de postulados democráticos aos processos judiciais. Teubner, por seu turno, localiza nos sistemas e nas “redes” de proteção social construídos ao abrigo das políticas públicas de bem-estar social (*welfare*) – que, segundo o autor, estariam redefinindo os contornos institucionais do direito, bem como os conteúdos e os significados da lei – um exemplo empírico da tensão entre formalismo e materialização, característica do processo de *judicialização* analisado por vários autores. Desse ponto de vista, o processo de *judicialização* não é intrinsecamente bom ou ruim, mas incontornável porque relacionado ao fenômeno da crescente especialização funcional das sociedades e sua repercussão no sistema jurídico.

Do nosso ponto de vista, esse tipo de proposição respalda as críticas a respeito do evolucionismo da teoria sistêmica na medida em que esta postula um processo “progressivo”, “graduado”, em diversos “níveis de profundidade” do fenômeno da *autopoiesis*, alcançados segundo o correspondente avanço progressivo e integrado (“aberto” e “fechado”) do sistema jurídico com os demais subsistemas sociais. Por detrás da concepção da capacidade plena de auto-reprodução dos subsistemas sociais a partir do fenômeno da *autopoiesis*, há uma indisfarçável idéia de classificação das sociedades em complexas e simples a partir da profundidade e da extensão da especialização funcional observada em cada uma delas. Teubner acolhe a concepção de Luhmann de que as estruturas normativas (por exemplo, o direito e a moral) funcionam como mecanismos de variação, ao passo que a seleção e a estabilização do sistema são reforçadas simultaneamente pelas instituições de procedimento e pela abstração conceitual. A interação desses elementos produz certas configurações de evolução: direito arcaico, alta cultura jurídica e direito positivo (cf. Teubner, 1996, p. 10). Teubner ressalva a crítica de evolucionismo da teoria sistêmica ao dizer que o próprio Luhmann recusava algumas hipóteses centrais do evolucionismo clássico, como a linearidade, a necessidade e o progresso. Mas ele próprio não escapa de chamar de “versão minimalista da teoria da evolução” as hipóteses da perspectiva sistêmica (cf. *Idem*, p. 72).

O evolucionismo historicista de Teubner fica caracterizado ainda pela leitura que ele faz dos escritos de Max Weber sobre o direito. O ponto de partida correto dessa interpretação, na nossa opinião, é quando o autor atribui a Weber a caracterização de duas tendências contrárias de desenvolvimento do direito: por um lado, um processo progressivo de especialização formal, administrado de forma profissional e com incremento da sistematização interna; por outro, um processo em que o direito é exposto às exigências igualmente progressivas que o fazem incorporar elementos de justiça material, como conceitos de democratização e justiça social (cf. Teubner, 1989, p. 71). Entretanto, diferentemente do que Teubner diz (cf. *Idem*, p. 72), Weber não apresenta essa questão como um “paradoxo” no processo “evolutivo” do direito. Quando afirmava que o direito comercial europeu ocidental está eivado de princípios de justiça material, como confiança, credibilidade etc., Weber não estava dizendo que haveria uma tendência progressiva de formalização e racionalização do direito comercial, mas apenas reconhecendo a natureza da sua constituição, resultado da combinação de formalização e princípios de justiça material fixados pelos costumes dos negócios comerciais. Nada mais. Enfim, para Weber, a racionalização do Ocidente expressa no direito indicava um sentido, não um fim.

Rupturas

As críticas mais acerbas à teoria sistêmica não devem obscurecer, entretanto, as contribuições mais significativas desse modelo para a compreensão dos nexos entre o sistema jurídico e as relações sociais. Em primeiro lugar, a teoria sistêmica acrescenta, no mínimo, um aspecto novo à sociologia do direito, quando analisa a forma como o sistema jurídico cria realidades descortinadas pelo código lícito e ilícito com efeitos sensíveis nas comunicações dos indivíduos, ou seja, nas relações sociais. O direito, nessa perspectiva, não representa um “indicador externo” das moralidades sociais, como na expressão de Durkheim, ou um documento autenticado das relações de dominação entre as classes sociais, ou, ainda, um reflexo dos interesses estratégicos de grupos de qualquer natureza. Sem desconhecer esses aspectos, todos influentes no direito, ou qualquer outro estímulo do ambiente moral, político, artístico e científico da criação dos sistemas jurídicos, a teoria sistêmica problematiza a relação entre direito e sociedade a partir do direito. E isso significa contemplar a forma como o código binário essencial do sistema jurídico (lícito/ilícito) não apenas determina a recepção dos estí-

mulos do meio, mas, ao mesmo tempo, condiciona a expressão da comunicação e de seus conteúdos entre os agentes sociais.

Segundo Teubner, pode-se reconstruir os “modelos” da realidade social sobre os quais se apóiam as normas jurídicas, as decisões judiciais e as considerações doutrinárias do direito. Do ponto de vista da instrução das decisões jurídicas, prossegue, esses modelos servem de pano de fundo cognitivo, uma espécie de pré-compreensão do problema. Os modelos de contrato, de associação, de empreendimento etc. são, nesse sentido, construções especificamente jurídicas que se distanciam das formulações do senso comum, mas igualmente das formulações teóricas e científicas. Essa diferença reflete a condição essencial da resolução jurídica dos conflitos sociais: para isso, do ponto de vista normativo, o sistema jurídico deve constituir-se como uma realidade própria, um enclave de realidade entre realidades, no sentido fenomenológico. Da perspectiva da solução jurídica dos conflitos, o direito se crê um mundo à parte entre outros mundos igualmente seletivos da realidade e, por essa razão, o sistema jurídico negligencia inúmeros elementos que são percebidos como pertinentes e até mesmo relevantes para as esferas da vida política, social ou econômica (cf. *Idem*, p. 48).

O mesmo diz Luhmann a respeito da auto-reprodução do direito quando afirma que as pessoas, para serem clientes do sistema legal, precisam operar dentro dele, o que vale dizer que precisam conceber o problema de uma maneira jurídica, definir sua situação de acordo com a linguagem jurídica e se comprometer com os procedimentos e as formalidades próprias do *métier*. Para participar do sistema legal é preciso usar seu sistema referencial para dar sentido às suas demandas.

A partir das teorias de Teubner e Luhmann, da forma especial como concebem a interação dos subsistemas sociais e seus códigos – o que poderíamos chamar de fricções subsistêmicas –, podemos chegar à concepção de que não é apenas a realidade social de atores que produz o direito, mas o inverso também procede: o direito cria realidade social, no sentido de que o código lícito/ilícito ensaja que os atores sociais reordenem suas ações e expectativas conforme a lógica jurídica subjacente às interações. A teoria sistêmica, portanto, permite a compreensão de processos coletivos, empiricamente constatáveis, em que o centro da ação não está localizado em forças macro ou microsociológicas, mas no código sistêmico do direito.

Conclusão

Do nosso ponto de vista, o foco principal das vulnerabilidades epistemológicas da Teoria Sistemática do Direito (TSD), para usar uma das expressões dessa própria perspectiva teórica, é a “acoplagem estrutural” entre a epistemologia assumidamente positivista (“os sistemas existem”) de Luhmann, depois acrescida do conceito biológico da *autopoiesis*, e uma teoria historicista e *subjetivista* (com sujeitos), desenvolvida por Teubner. Como destacamos, a unidade básica para a compreensão dos sistemas sociais, de acordo com Luhmann, não são os sujeitos e suas situações, mas suas comunicações. Segundo esse autor, sujeitos, por exemplo indivíduos, têm interpretações diversificadas e personalizadas das situações, de tal maneira que é impossível subsumi-las em qualquer padrão que permita a compreensão de algo como uma ordem ou um sistema social. Daí que esse padrão sistêmico deva ser procurado na integridade das comunicações que os indivíduos realizam entre si, estas, sim, necessariamente padronizadas para a eficácia das interações. Teubner, embora pretenda assumir esse modelo sistêmico *luhmanniano*, insere um corpo estranho a essa teoria, que é a idéia de um desenvolvimento histórico (“progressivo”) do subsistema do direito empreendido por “sujeitos”: classes sociais, corporações de juristas, movimentos sociais etc., o que o autor chama de influência das variáveis “externas”. Isso está explícito no diagnóstico sobre o processo de *juridificação* das sociedades européias ocidentais, no qual o autor, sem um exame mais acurado dos conceitos relacionados ao tema⁸, identifica os regimes de *Welfare State*, ou “Estado social”, como momentos históricos de inflexão no processo de evolução *autopoietica* do direito.

O pressuposto teórico da “comunicação” como unidade básica do sistema social, conforme Luhmann, também merece alguma observação. Como propõe o autor, a comunicação é resultado da interação de Dois: na natureza, interação de dois indivíduos de uma mesma espécie; nas sociedades humanas, interação de dois sujeitos (atores sociais, por exemplo grupos ou indivíduos). A interação, mediada pela comunicação, é, portanto, resultado da existência de dois seres integrais e independentes. Contra esse pressuposto podemos argumentar que as noções de “Dois” e de “Um”, ou seja, a distinção matemática entre um e dois elementos é criação recursiva (cíclica, diria Teubner) da linguagem matemática. No universo social (dos sistemas sociais), a distinção entre as configurações do Dois e do Um é também uma distinção sociolinguística.

⁸ Teubner assume a existência dos sistemas de *Welfare State* como se indicassem uma realidade incontroversa. Na verdade, o conceito apresenta inúmeras formulações teóricas que modificam sensivelmente o escopo da ação e da compreensão das distintas experiências políticas, sociais e econômicas abrangidas sob o rótulo de “*Welfare State*”. A esse respeito, ver Mello (1995).

Em seu magistral estudo sobre a organização política dos índios sul-americanos, Pierre Clastres (1988) oferece um exemplo de muita sensibilidade a respeito de como as concepções do Um e dos múltiplos não se constituem independentemente da linguagem do mundo social e político. Entre os índios Guarani, que ele analisa detidamente, na reflexão que fazem sobre a infelicidade da condição humana e sobre a perda irreparável da “Terra sem mal”, corrompida pelos colonizadores, eles afirmam que o Um é a fonte da infelicidade e o lugar do nascimento do mal. A procura do Bem, na perspectiva dos Guarani, e o que eles consideravam como o antagonico ao Um, era o não-Um. Pierre Clastres acredita que por trás dessa equação aparentemente metafísica que iguala o Mal ao Um estaria outra equação, “mais secreta e de ordem política”, que afirmaria que o Um é o Estado (cf. *Idem*, pp. 150-151). Mas isso já seria um assunto de outra natureza.

O próprio Humberto Maturana (2001), que tanto serviu de inspiração a Luhmann e ao próprio Teubner, refaz, em trabalhos mais recentes sobre os fenômenos associados à cognição humana, o percurso da reflexão sobre a natureza do conhecimento tomando por base a linguagem, como constitutiva de todo o processo cognitivo. A linguagem, afirma, constitui não apenas o (objeto) observado, mas também o observador. E afirma: “O resultado desta constituição da linguagem é que nós, seres humanos, existimos como observadores na linguagem, e quaisquer distinções que façamos são operações na linguagem, em conformidade com circunstâncias que surgiram em nós na linguagem” (Maturana, 2001, p. 131).

E numa surpreendente aproximação à crítica fenomenológica de Edmund Husserl (1986) e Alfred Schutz (1977) ao empirismo, em posição muito distinta, portanto, do positivismo científico, Maturana afirma:

Ao assumirmos que a ciência, como domínio cognitivo constituído através da aplicação do critério de validação das explicações científicas, não lida com a verdade ou a realidade num sentido transcendente, mas apenas com a explicação da experiência humana no domínio das experiências humanas, muitas questões desaparecem ou perdem inteiramente seu caráter, e novas compreensões são possíveis (2001, p. 159).

Do nosso ponto de vista, a análise sistêmica de Luhmann e Teubner representa uma contribuição importante e original ao acervo teórico da sociologia do direito. Como procuramos demonstrar, ela problematiza a natureza dos vínculos postulados pela teoria sociológica tradicional entre a organização social e a organização do direito, e desfaz, com muita proprie-

dade, a hipótese clássica dessas teorias a respeito dos vínculos mecânicos entre os interesses materiais e políticos de grupos e classes sociais e a constituição do sistema jurídico. Em seu lugar, a teoria sistêmica propõe um sofisticado modelo que consegue, com rara competência, identificar movimentos especiais resultantes das “fricções” entre os subsistemas sociais: político, econômico e jurídico. A idéia da autonomia *autopoietica* do direito, despida de seus elementos mais biológicos, identifica um processo totalmente distinto daqueles observados e analisados exaustivamente pela sociologia tradicional, e que enfatizam a influência das variáveis macrosociológicas na constituição do direito. Em vez disso, a teoria sistêmica afirma uma dupla via na interação desses elementos, de forma que também o direito, isto é, o sistema jurídico *stricto sensu*, produz “realidade social”.

As possibilidades de aplicação da teoria sistêmica podem ser ampliadas, com efeito, se tomarmos seu acervo conceitual não como traduções de verdades essenciais, mas como recursos interpretativos da linguagem dos fenômenos jurídicos e de sua ação, de como esses fenômenos não apenas reagem aos estímulos externos (das realidades), mas, em seus signos próprios, constituem o “real”.

Referências Bibliográficas

- BOUCCOCK, Cary. (2000), *In the grip of freedom : law and Modernity in Max Weber*. Toronto, University of Toronto Press.
- CLASTRES, Pierre. (1988), *A sociedade contra o Estado*. Rio de Janeiro, Francisco Alves.
- COTTERRELL, Roger. (2001), “Is there a logic of Legal Transplants?”. In: NELKEN, D. & FEEST, Johannes (eds.). *Adapting legal cultures*. Oxford/Portland, Oregon, Hart Publishing.
- FREUND, Julien. (1987), *Sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro, Forense Universitária.
- FRIEDMAN, Lawrence M. (1986), “Legal Culture and the Welfare State”. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Dilemmas of law in the Welfare State*. Berlim/Nova York, Walter de Gruyter.
- HABERMAS, Jürgen. (1997), *Direito e democracia*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, v. I e II.
- HUSSERL, Edmund. (1986), *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*. México, Fondo de Cultura Económica.
- LEMPERT, Richard. (1988), “The Autonomy of Law: Two Visions Compared”. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Berlim/Nova York, Walter de Gruyter.

- LUHMANN, Niklas. (1983), *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro, Edições Tempo Brasileiro, v. I e II.
- _____. (1986), "The self-reproduction of law and its limits". In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Dilemmas of law in the Welfare State*. Berlim Nova York, Walter de Gruyter.
- _____. (1988), "The unity of legal system". In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Berlim Nova York, Walter de Gruyter.
- _____. (1995), *Social systems*. Stanford, California, Stanford University Press.
- _____. (2001), *Teoría política en el Estado de bienestar*. Madrid, Alianza Editorial.
- MARTINS, Maurício V. (2001), "É o direito um sistema autopoietico? Discutindo uma objeção oriunda do marxismo". In: MELLO, Marcelo P. (org.). *Justiça e sociedade: temas e perspectivas*. São Paulo, LTr.
- MATURANA, Humberto. (2001), *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Belo Horizonte, Editora da UFMG.
- MATURANA, Humberto & VARELA, Francisco J. (1980), *Autopoiesis and cognition*. Boston, Reidel.
- MELLO, Marcelo P. (1995), "Welfare State: crise do sistema, crise do paradigma e perspectivas pós-industriais". *Archétypon*, 4 (10), Rio de Janeiro.
- _____. (org.). (2001), *Justiça e sociedade: temas e perspectivas*. São Paulo, LTr.
- NELKEN, David. (1988), "Changing paradigms in the sociology of law". In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Berlim Nova York, Walter de Gruyter.
- NELKEN, David & FEEST, Johannes (eds.). (2001), *Adapting legal cultures*. Oxford Portland, Oregon, Hart Publishing.
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto. (1994), *A constitucionalização simbólica*. São Paulo, Editora Acadêmica.
- NONET, Phillippe & SELZNICK, Philip. (2001 [1978]), *Law and society in transition*. New Brunswick, New Jersey, Transaction Publishers.
- ROTH, Gerhard. (1987), *Die Entwicklung kognitiver Selbstreferentialität im menschlichen Gehirn*. Frankfurt, Suhrkamp.
- SCHUTZ, Alfred & LUCKMAN, Thomas. (1977). *Las estructuras del mundo de la vida*. Buenos Aires, Amorrortu Editors.
- TEUBNER, Gunther. (1986), *Dilemmas of law in the Welfare State*. Berlim Nova York, Walter de Gruyter.
- _____. (ed.). (1988), *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Berlim Nova York, Walter de Gruyter.
- _____. (1989), *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.
- _____. (1996), *Droit et réflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation*. Belgique, Bruylant.

- TRUBECK, David. (1972), "Max Weber on law and the rise of capitalism". *Wisconsin Law Review*, 3: 720-753.
- WATSON, A. (1974), *Legal transplants: an approach to comparative law*. Edimburg, Scottish Academic Press.
- WEBER, Max. (1991), *Economia e sociedade*. Brasília, Editora UnB, v. I.
- _____. (1999), *Economia e sociedade*, Brasília, Editora UnB, v. II.

Resumo

A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner

Este artigo se propõe a analisar de forma crítica as contribuições de Niklas Luhmann e Gunther Teubner para o desenvolvimento da Teoria Sistêmica do Direito (TSD). Sua hipótese principal é a de que os autores analisados convergem para uma crítica comum às teses fundamentais das teorias sociológicas clássicas que afirmam que o direito é um epifenômeno das relações sociais dos diversos agentes e seus interesses: indivíduos, classes, corporações, partido etc. A Teoria Sistêmica, ao contrário, afirma que o direito pode ser analisado como um subsistema social que, a partir da operação de um código próprio, imprime um sentido e um conteúdo às comunicações dos agentes da ação, de tal maneira que não apenas as relações sociais entre os agentes criam o direito, mas também o direito cria realidades orientadoras das ações dos agentes.

Palavras-chave: Direito; Teoria sociológica; Análise sistêmica; Subjetivismo; Historicismo; *Autopoiesis*.

Abstract

A systems approach to the sociology of law: Luhmann and Teubner

This article proposes a critical analysis of the contributions of Niklas Luhmann and Gunther Teubner to the development of the Systems Theory of Law (STL). Its main hypothesis is that the authors in question converge towards a shared critique of the basic theses of classical sociological theories, which assert that law is an epiphenomenon of the social relations of a variety of agents and their distinct interests: individuals, classes, corporations, parties, and so on. In contrast, Systems Theory claims that law can be analyzed as a social subsystem which, based on the operation of its own code, imprints a meaning and content to the communications of the action's agents. This not only means that law is created by social relations between agents, but that law also creates realities that guide the actions of agents.

Keywords: Law; Sociological theory; Systems analysis; Subjectivism; Historicism; *Autopoiesis*

Recebido em 6/8/2004
e aprovado em 23/10/
2004.

Marcelo Pereira de Mello é doutor em Ciência Política (IUPERJ), professor adjunto de Sociologia da Universidade Federal Fluminense (UFF) e do Programa de Sociologia e Direito (PPGSD/UFF). E-mail: mpmello@unisys.com.br.