

## SOCIOLOGIAS DO DIREITO: HISTORICISMO, SUBJETIVISMO E TEORIA SISTÊMICA

Marcelo Pereira de Mello

### RESUMO

*O objetivo deste artigo é reconstituir criticamente o debate contemporâneo de duas das perspectivas mais proeminentes da Sociologia do Direito: o "historicismo racionalista", derivado dos estudos de Max Weber, e a teoria sistêmica de Niklas Luhmann e sua variação reflexiva em Gunther Teubner. Essas duas escolas sociológicas expressam perspectivas diferenciadas para a compreensão dos nexos entre o fenômeno jurídico e as relações sociais; a despeito de suas origens germânicas, influenciaram inúmeros pensadores na Inglaterra e nos EUA. De um lado, a perspectiva weberiana, inspiradora de uma infinidade de correntes empiristas, com enorme ascendência intelectual sobre a Sociologia anglo-americana, comprometida com a sistematização de informações recolhidas em fontes primárias, históricas e documentais; de outro lado, a combinação entre a teoria sistêmica de Luhmann e o conceito de "autopoiesis" tomado à Biologia, enseja uma vigorosa interpretação sociológica do Direito que, de maneira muito engenhosa, reconstrói os objetos do Direito e da Sociologia para explicar a natureza dos fenômenos sócio-jurídicos. No ensejo de discutirmos os modelos teóricos dessas perspectivas e testarmos-lhes os limites e as potencialidades para explicação dos problemas contemporâneos relativos ao Direito e à sociedade, explicitaremos as conexões entre as afirmações gerais dessas teorias e os pressupostos gerais de suas respectivas epistemologias.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *Sociologia do Direito; historicismo racionalista; teoria sistêmica.*

### I. INTRODUÇÃO

É objetivo deste artigo reconstituir criticamente o importante debate contemporâneo de duas das perspectivas mais proeminentes da Sociologia do Direito: uma, que poderíamos chamar de "historicismo racionalista", derivada dos estudos de Max Weber, e outra, a teoria sistêmica de Niklas Luhmann e sua variação reflexiva em Gunther Teubner. Essas duas escolas da tradição sociológica da Europa continental, embora com sólidas raízes na tradição filosófica alemã, expressam, como demonstraremos, perspectivas diferenciadas para a compreensão dos nexos entre o fenômeno jurídico e as relações sociais e, a despeito de suas origens germânicas, influenciaram inúmeros pensadores na Inglaterra e nos EUA. De um lado, a perspectiva weberiana, inspiradora de uma infinidade de correntes empiristas, com enorme ascendência intelectual sobre a Sociologia anglo-americana, é comprometida com a sistematização de informações recolhidas em fontes primárias, históricas e documentais. Nessa perspectiva, os liames entre o fenômeno jurídico e as relações sociais são concebidos como construções

de atores sociais encarnados em grupos de pressão, corporações, classes, indivíduos, partidos etc. De outro lado, a combinação entre a teoria sistêmica de Luhmann e o conceito de *autopoiesis* tomado à Biologia enseja uma vigorosa interpretação sociológica do Direito que, de maneira muito engenhosa, reconstrói os objetos do Direito e da Sociologia para explicar a natureza dos fenômenos sócio-jurídicos. Os esforços de Teubner para a aplicação do acervo conceitual da teoria sistêmica aos casos concretos de desenvolvimento do Direito no contexto das transformações sociais e políticas do *Welfare State*, no continente europeu, deram conseqüência e consistência ao desenvolvimento dessa perspectiva.

No ensejo de discutirmos os modelos teóricos dessas perspectivas e testarmos-lhes os limites e as potencialidades para explicação dos problemas contemporâneos relativos ao Direito e à sociedade, explicitaremos as conexões entre as afirmações gerais dessas teorias e os pressupostos gerais de suas respectivas epistemologias. Não se trata de uma questão formal, apenas. Sem o esclarecimento das distintas epistemologias mobili-

zadas pelas teorias analisadas corremos o risco de confundir proposições diferentes e de diferenciar explicações que, na verdade, utilizam uma mesma matriz teórica, com conseqüências negativas para a compreensão das nuances das diversas interpretações.

Toda teoria quer explicar algo, mas um pressuposto elementar de toda teoria é o de que ela não pode explicar tudo de uma só vez e ao mesmo tempo. Daí que todo modelo teórico parte da seleção de aspectos que são considerados mais relevantes que outros para a explicação do fenômeno considerado – o que constitui outro pressuposto básico de toda teoria. Todo modelo teórico resulta, assim, da mobilização pelo sujeito do conhecimento de pressupostos conscientemente selecionados para a construção do modelo explicativo de algo que se quer conhecer (“fenômeno”, “problema”, “objeto”). Outros tantos pressupostos, no entanto, passam despercebidos dos autores dessas teorias e tornam-se verdadeiros pontos de vulnerabilidades dos modelos, na medida em que figuram como dados (“data”), quando demandariam, na realidade, exposições lógicas e explicações. Portanto, quanto menos pressupostos e quanto mais fáceis de aceitar eles forem, melhor a teoria, no sentido de que menos se pede aos seus interlocutores (usuários e críticos) que aceitem as suas afirmações sem a respectiva exposição lógica dos argumentos. Naturalmente, essa é uma forma de encarar as teorias que se distancia de qualquer ilusão positivista que postula um conhecimento sobre a “coisa” (“objeto”) igual à própria “coisa” (“objeto”).

Mesmo quando postulam e reivindicam a condição de verdadeiras, porque empíricas, por estarem baseadas na “realidade dos fatos” ou em relações “concretas” e “materiais”, toda teoria é uma construção interpretativa de algo ou de uma situação, uma representação intelectual de realidades. Por motivos de coerência interna e imposições do raciocínio lógico, as partes de uma teoria, como os seus conceitos e a sua metodologia de reflexão e de pesquisa, devem ser harmônicas e equilibradas e não devem, em hipótese alguma, contradizerem-se quando da formulação dos postulados científicos (identificação, descrição, generalização, previsão). Compreensivelmente, muita devoção à coerência interna dos modelos acaba, por vezes, sacrificando as próprias realidades representadas. É comum a anedota entre os cientistas sociais que, empolgados com os resultados de seu trabalho

acadêmico, costumam afirmar jocosamente que, se a realidade não estiver conforme os seus postulados, tanto pior para a realidade.

Em nossa reflexão sobre a Sociologia do Direito de Max Weber e a comparação com a Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann e Gunther Teubner, procederemos a uma análise meticulosa dos modelos teóricos e suas conseqüências do ponto de vista do rendimento explicativo das suas proposições, a economia de seus postulados e a pontuação das suas semelhanças e das suas descontinuidades. Pretendemos, sobretudo, explorar a inovação teórica do modelo sistêmico, a ruptura de seus postulados com os cânones da disciplina e a recriação original do objeto e dos problemas analisados tradicionalmente pela Sociologia do Direito.

Teorias não são oráculos e não devem ser consultadas como tais. Outrossim, devem ser servidas à guisa daquilo que todas elas pretendem, por sua própria natureza, fazer: produzir conhecimento que explique as realidades. Neste trabalho pretendemos valorizar os aspectos mais inovadores e “quentes” das teorias analisadas, mas, também, apontamos seus aspectos mais artificiais e “frios”, nesse mesmo sentido.

## II. HISTORICISMO E SUBJETIVISMO NA SOCIOLOGIA DO DIREITO DE MAX WEBER

Max Weber é a referência teórica clássica da Sociologia do Direito. Diferentemente das perspectivas teóricas de Emilé Durkheim e de Karl Marx, que tomaram o Direito como epifenômeno dos seus temas centrais de análise, a moral e a economia, respectivamente, Max Weber foi o único dentre os fundadores da disciplina a tomar o Direito como tema específico de sua análise sociológica. A tese fundamental de seus escritos sobre o Direito, especialmente a sua *Sociologia do Direito*, publicada em obra póstuma, *Economia e sociedade* (1999), tem sido repetida à exaustão e encontra-se bem sintetizada em Freund (1987, p. 178): “A idéia dominante nessa análise: expor as fases e os fatores que contribuíram para a racionalização peculiar à civilização ocidental”.

É bastante conhecida e dispensa delongas a interpretação de que a Sociologia do Direito de Max Weber ilustra teórica e empiricamente uma das teses centrais de sua Sociologia geral a respeito do processo de racionalização das relações sociais como elemento distintivo da cultura oci-

dental. Entretanto, algo que parece comum à maioria dessas interpretações é a dupla e, a meu ver, equivocada suposição de uma perspectiva evolucionista no método historicista de Weber, bem como a idéia de que a racionalização que ele descreve tem um sentido teleológico, *i. e.*, significa um processo progressivo de avanço da Razão.

Como todo autor clássico, Weber presta-se a muitas “leituras” e como também ocorre com todos os clássicos, normalmente é a pior interpretação de cada um que acaba fixando-se na memória da disciplina. Esse parece ser o caso da Sociologia do Direito de Weber. Tendo sido socializado em um ambiente intelectual europeu continental, na transição dos séculos XIX e XX, não é difícil identificar nesse autor alguns traços do positivismo, paradigma dominante na comunidade científica européia naquele momento. É possível até encontrarmos em sua Sociologia alguma influência do evolucionismo antropológico pelas mesmas razões, mas parece-me de todo inadequado imaginar que sua Sociologia do Direito pudesse conter a um só tempo e acriticamente tudo o que a sua teoria geral procurou problematizar: o positivismo e o evolucionismo.

Em primeiro lugar, a melhor compreensão da Sociologia do Direito de Max Weber deve começar, creio, pelo entendimento do que seja a perspectiva historicista utilizada por ele na explicação do fenômeno do Direito. Antes de tudo: é necessário afastar qualquer similaridade dessa perspectiva historicista com a concepção *hegeliana* de História, também presente, com uma outra formulação, na teoria de Karl Marx. Nessas perspectivas, os acontecimentos e os fatos “históricos” são interpretados como episódios que convergem para a realização de um sentido projetado e deduzido. Em Hegel, a História é alienação do Espírito, processo progressivo de revelação da *essência* nos acontecimentos e fatos marcantes da trajetória humana. Em Marx, a História é revelação de um sentido visado pelos seus sujeitos: as classes sociais.

Para Weber, em posição diametralmente oposta, inexistem nem um sentido imanente à história ou revelado pela História nem, tampouco, esse sentido pode ser capturado pelo método científico. Na verdade, a própria ciência é desprovida de um significado ou sentido último. Em suas palavras: “Nenhuma ciência é absolutamente livre de pressuposições e nenhuma ciência pode provar seu

valor fundamental ao homem que rejeita essas pressuposições” (WEBER, 1982, p. 181).

É preciso, destarte, entendermos que o historicismo em Weber não é um simples pressuposto teórico, mas é, principalmente, um pressuposto de natureza metodológica, cuja função central, na análise, é prover a teoria generalizante dos sociólogos com conceitos e noções capazes de captar os aspectos particulares, *i. e.*, empíricos, das ações sociais concretas.

Em linguagem contemporânea, a maneira como Weber trabalha metodologicamente o conceito de historicidade tem a ver com a forma peculiar como ele articula as perspectivas micro e macro-sociológica em sua análise: enquanto ciência, qualquer ciência, a Sociologia deve ser capaz de produzir seu conhecimento a partir de um conjunto normativo de procedimentos e controles e deles retirar conceitos e modelos operativos para entender a ação social. No entanto, a produção de categorias analíticas (generalizantes) só pode ser feita a partir do exame de casos particulares não redutíveis, por princípio, uns aos outros.

Em sua análise do Direito, Weber procura combinar, então, em seu método de investigação, o racionalismo científico típico, classificatório e generalizante, mais identificado com as ciências naturais, com a perspectiva historicista, que captura os movimentos particulares e singulares que guardam a integridade de cada fenômeno social concreto.

Do ponto de vista epistemológico, igualmente, a reflexão de Weber sobre o historicismo nada tem a ver com a concepção idealista ou materialista da História. Na verdade, essa perspectiva historicista reflete o posicionamento do autor frente aos debates acadêmicos da Alemanha de sua época, entre os filósofos Dilthey, Widelband e Rickert, acerca da natureza da distinção entre as ciências naturais e as ciências históricas ou da cultura (FREUND, 1987, p. 32-35). Diferentemente de Dilthey, que considerava que o objeto das ciências naturais emprestava-lhes um estatuto diferenciado em relação às ciências do espírito ou da História, e de Wildelband e Rickert, que localizavam essa diferença nos procedimentos metodológicos, Weber defende que as condições de produção do conhecimento são indistintas e que uma boa teoria científica deve fazer progredir o saber e não prestar devoção a algum pretensão ideal de conhecimento. Sendo autônomas todas

as ciências, em virtude de seus próprios pressupostos, nenhuma serve de modelo às outras. Nesse sentido, o historicismo é um método adequado para a análise dos fenômenos sociais porque torna evidentes os nexos causais entre a ação e os significados atribuídos a ela pelos agentes sociais. Isso me parece uma declaração bastante contundente contra a concepção sociológica positivista de algumas perspectivas oitocentistas que tinham o propósito de reduzir as Ciências Sociais às ciências da natureza.

A ênfase nesse aspecto metodológico e epistemológico da Sociologia do Direito de Weber é para colocarmos em devida suspeição algumas interpretações que estão enxergando “História” onde está escrito, em realidade, “historicidade”. Esse tipo de confusão faz que alguns intérpretes da Sociologia do Direito de Weber enfatizem o conceito de trajetória histórica e obscureçam, em contrapartida, a noção, mais consistente com a perspectiva weberiana, de singularidade histórica.

Os equívocos desse tipo de interpretação são agravados, ao meu ver, com uma segunda confusão que se faz com a idéia sintetizada na expressão “processo de racionalização do Ocidente”, do qual fala Weber, assumido como *leitmotiv* da sua Sociologia do Direito. De uma maneira geral, as interpretações predominantes subentendem o processo de racionalização como um processo de desenvolvimento da Razão. É preciso de pronto dizer que a racionalização em Weber é apenas uma fração do processo mais amplo de intelectualização: “O progresso científico é uma fração, a mais importante, do processo de intelectualização que estamos sofrendo há milhares de anos [...]” (WEBER, 1982, p. 165).

“Racionalizar” em Weber significa entender de maneira abstrata um fenômeno, reproduzir mentalmente, reconstruir intelectivamente um ato ou uma situação. Não há, portanto, qualquer teleologia na concepção weberiana de razão. Agir racionalmente não significa, para Weber, agir em conformidade com os fundamentos últimos da Razão. A racionalidade é apenas um método, entre tantos, utilizado pelos indivíduos para orientar suas ações. Portanto, quando o autor fala em processo de racionalização das sociedades ocidentais, ele fala da crescente importância para os indivíduos dessas sociedades de produzirem explicações para os fenômenos de acordo com princípios lógicos e abs-

tratos, *i. e.*, racionais.

Como Weber expressou em seu clássico *Ciência como vocação*, conhecer racionalmente os fenômenos, ser capaz de aplicar o conhecimento racional aos mais distintos processos e operacionalizações, “desencantar o mundo”, segundo a sua célebre formulação, não significa necessariamente conhecer mais sobre esse mundo: “A crescente intelectualização e racionalização não indicam [portanto] um conhecimento maior e geral das condições sob as quais vivemos” (*ibidem*).

É notória e conhecida a concepção algo cética de Weber a respeito da cognição humana, de explícita influência kantiana, a respeito daquilo que podemos conhecer e das condições em que isso ocorre. Em suma, dada a natureza interpretativa de todo conhecimento, não é possível um conhecimento perfeito e incontrastável de todas as coisas; o conhecimento é sempre provisório e precário, porque necessariamente autoral e subjetivo.

Dessa maneira, nosso ponto de partida para a análise da Sociologia do Direito de Weber pode muito bem começar com a interpretação mais tradicional de que a sua hipótese central está em demonstrar o processo de construção do Direito como capítulo destacado do processo de racionalização das sociedades ocidentais. Entretanto, devemos abandonar desde já as idéias de que processo de racionalização significa aproximar-se progressivamente da Razão e de que historicidade significa realizar o sentido último da História. Não há, rigorosamente, em Weber, uma teoria da História nem a suposição de algo semelhante a alguma lei de desenvolvimento histórico das sociedades humanas rumo à racionalização total das relações sociais.

Minha proposição para interpretação da Sociologia do Direito de Weber é aquela que considero mais fiel ao espírito de sua Sociologia compreensiva: é a de que o autor, em *Economia e sociedade*, descreve o processo peculiar de formação dos sistemas jurídicos ocidentais, a sua historicidade, portanto, a partir da combinação e recombinação especiosa de diversos componentes da formação cultural das sociedades do Ocidente, dentre os quais avulta a ação racional. Mas, insisto, a razão instrumental descrita por Weber é o resultado de uma construção interindividual (“intersubjetiva”). A racionalidade é por assim dizer uma comunica-

ção, um processo pelo qual eu torno “evidentes” para uma pluralidade de indivíduos as conexões que eu estabeleci entre determinados objetivos e os meios de alcançá-los. A ação racional, diz Weber (1999, p. 4), é aquela em que os indivíduos procuram explicitar as conexões de sentido entre os seus desempenhos acionais e os seus objetivos assumidos como tal. Por este motivo, a ação orientada racionalmente por um fim distingue-se dos demais tipos de ações orientadas pela intuição (“emocional”, “receptivo-artística”). Toda racionalidade é, nesse sentido, contextual e não manifestação de essências. Daí a compreensão de Weber de que uma ação racional, por exemplo, um sistema político orientado por procedimentos racionais, possa servir a uma finalidade substancialmente irracional, p. ex., possa servir a princípios de um ideal de superioridade racial<sup>1</sup>. Weber descreve a construção da razão como um artesanato. Sua idéia, enfim, é de que a razão é extraída do fluxo irracional de todas as coisas, em uma aproximação novamente com os princípios kantianos da razão: “Vivemos como os antigos, quando seu mundo ainda não havia sido desencantado de seus deuses e demônios, e apenas vivemos num sentido diferente” (WEBER, 1982, p. 175).

### III. O MÉTODO CALEIDOSCÓPIO DA SOCIOLOGIA DO DIREITO DE WEBER

Nossa proposição para a interpretação da Sociologia do Direito de Weber rejeita peremptoriamente, portanto, a idéia de que na supracitada obra o autor descreva o progressivo processo de racionalização das sociedades ocidentais e de que a “evolução” do Direito racional formal reflita e comprove isso. Rejeitamos, igualmente, a idéia de que a racionalização da qual fala Weber esteja vinculada à idéia de exclusividade, ou seja, a idéia de que avançamos celeremente para um mundo plenamente racional. O racionalismo, em Max Weber, é tanto um método de ação dos indivíduos quanto de investigação científica. É nesse sentido relacional e contextual que Weber desenvolve o conceito de racionalidade, não existindo, na sua perspectiva, razão essencial ou metafísica. Com respeito ao método investigativo (racionalista) da Sociologia, afirma o autor: “Não se pode, portanto, imputar-lhe [ao método racionalista da Sociologia] a cren-

ça em uma predominância efetiva do racional sobre a vida. Pois nada pretende dizer sobre a medida em que, na realidade, ponderações racionais da relação entre meios e fins determinam ou não as ações *efetivas*” (WEBER, 1999, p. 5; grifo no original).

Reduzidos a seus termos elementares, a Sociologia do Direito de Weber trabalha, segundo a nossa interpretação, com a reconstrução da trajetória da constituição do Direito racional e formal nas sociedades ocidentais, enquanto forma dominante de administração das relações estatais, intrastatais (isto é, de poder) e civis. O que o autor descreve não é um processo de constituição evolutiva, mas de combinações de princípios organizativos, valores morais, religiosos, filosofias de vida, regras de conduta prática, preconceitos e toda uma sorte de elementos que, recombinações com os objetivos da administração em seu sentido mais amplo, acabaram por cristalizar uma “institucionalidade” única dentre os diferentes processos históricos das diferentes sociedades do planeta.

Nesse sentido, o aspecto formal do Direito, que só alcançou graus elevados de desenvolvimento no Ocidente, porque combinado com procedimentos racionais, é resultado de fatores aparentemente díspares tais como os princípios de administração das ordens religiosas medievais e sua separação contábil entre os bens do santo (da ordem religiosa) e os do missionário; princípios da ordem e da hierarquia militar, desenvolvidas juntamente com a noção de segurança da associação militar, e ainda, em suas influências mais remotas, o formalismo jurídico ocidental é herdeiro dos procedimentos mágicos e seus ritos altamente formalizados de consultas a oráculos. Também é preciso enfatizar o papel que Weber atribui à atuação política das corporações de juristas, especialistas da lei e do Direito, cartórios, magistrados de cortes independentes e toda uma gama de profissionais que atuaram decisivamente nos processos de racionalização e, especialmente, na formalização da processualística do Direito.

O exemplo da troca é também revelador da forma de o autor conduzir a sua análise historicista do processo de racionalização do Ocidente. A troca, diz Weber, o protótipo de todos os contratos meramente funcionais entre membros da mesma comunidade econômica ou política, originalmente se prestava à regulamentação de elementos não-

<sup>1</sup> Refiro-me, aqui, à doutrina dos “separados porém iguais”, do sistema jurídico racista dos EUA e, naturalmente, ao nazismo.

econômicos da vida, como a troca de mulheres entre clãs exógamos. Uma autêntica construção jurídica de caráter formalista somente começa a ligar-se à troca econômica com o desenvolvimento da função monetária, quando aparece o dinheiro cartal e o estatal, nascendo assim o ato de compra. Diferentemente dos contratos de confraternização, prossegue, e outros contratos de *status*, que sempre levam em consideração as qualidades universais do *status* social da pessoa e da sua personalidade global em um universo estruturado de relações tradicionais, os contratos pecuniários surgem em sua essência e função qualitativamente limitados e fixados; são acordos específicos, estranhos à qualidade, abstratos e, em geral, condicionados por fatores econômicos.

Se cruzarmos o pressuposto analítico de que o Direito racional formal no Ocidente é o resultado da combinação fortuita de elementos independentes com a concepção weberiana de processo histórico, desprovido, como vimos, de qualquer teleologia, o que Weber diz-nos, creio, é que o processo de constituição do Direito racional formal, nas suas variegadas manifestações no Ocidente, é o resultado de uma complexa recombinação de princípios e procedimentos racionais e de fins substantivamente irracionais. A própria variação das tradições jurídicas ocidentais, p. ex., a *commom law* inglesa e o *code civil* francês, apontam para a incorporação de aspectos tradicionais e morais, enfim, materiais, no Direito racional formal. Então, a constituição do Direito contemporâneo legalista ocidental não é o resultado de algo como uma acumulação primitiva de racionalidade ao longo da história, mas a combinação e a recombinação de tradições, valores e racionalidade.

Outro exemplo: o desenvolvimento de um Direito de obrigações uniforme, exemplifica o autor, tem sua origem na queixa de delito. Da responsabilidade do clã por um delito partiu o desenvolvimento da responsabilidade solidária de todos os membros do clã ou da comunidade doméstica pelo contrato fechado por um deles. O surgimento do dinheiro na vida econômica consolidou o conceito jurídico do contrato (WEBER, 1999, v. 2, p. 23).

Finalmente, mas não menos importante para demonstrarmos a nossa hipótese a respeito dos vínculos do processo de racionalização dos sistemas jurídicos com conteúdos (fins) irracionais, Weber desenvolve sua Sociologia do Direito em sinergia com a sua Sociologia da Dominação. Ou seja, há consciência do autor das interações entre o Direito e o poder político organizado (dominação), de tal forma que o autor localiza o Direito no cerne da administração “pública”: “[...] o círculo da administração ‘pública’ abrange três coisas: a criação do Direito, a aplicação do Direito e aquilo que resta de atividades institucionais públicas depois de separar aquelas duas esferas (que aqui denominamos governo)” (*idem*, p. 3).

A idéia central de Weber a esse respeito é que cada tipo de dominação expressa-se por um sistema jurídico peculiar. As formas mistas, isto é, as que combinam elementos diversos dos tipos de dominação com as formas de Direito são as que, de fato, apresentam-se na realidade.

Seguindo as orientações de Cary Boucock (2000) é possível montarmos um quadro analítico relacionando os tipos ideais de Direito e as suas formas correspondentes de dominação e de justiça, da seguinte maneira:

QUADRO 1 – TIPOS DE DOMINAÇÃO, DIREITO E JUSTIÇA

TIPO DE DOMINAÇÃO	TIPO DE DIREITO	TIPO DE JUSTIÇA
Tradicional	Direito irracional formal Direito racional material	Justiça material
Racional-Legal	Direito racional formal Direito racional material	Justiça formal
Carismática	Direito irracional material Direito irracional formal	Justiça material

FONTE: Boucock (2000).

Em que:

- Direito “irracional formal” – é aquele que remete às origens do Direito e está diretamente vinculado às suas fontes. A decisão não é controlada pela razão, valendo-se para o veredicto do apelo a ordálios, oráculos etc. O Direito desse tipo caracteriza-se pela total ausência de previsibilidade, bem como por um formalismo rígido na obtenção das decisões;
- Direito “irracional-material” – não são normas gerais que alimentam seu funcionamento, mas casos concretos e particulares baseados em avaliações éticas, sentimentais ou políticas. Não há critérios gerais e abstratos que possam gerar uma congruência de expectativas, por isso não possui “previsibilidade”, visto que as decisões baseiam-se em critérios não-jurídicos;
- Direito “racional-formal” – neste tipo ideal, tanto do ponto de vista material como do ponto de vista processual, consideram-se características gerais e unívocas e combina a previsibilidade com critérios de decisões particulares ao sistema considerado e
- Direito “racional-material” – é o tipo caracterizado pelo Direito em que os fatos influem nas decisões jurídicas, determinadas normas de qualidade diferente da que corresponde a generalizações lógicas, normas de natureza ética ou utilitária. Este Direito retira o cálculo de suas decisões de critérios tomados de empréstimo de sistemas religiosos, ideológicos, éticos etc.

Por todas essas razões, pela forma multifacetada da análise weberiana, por sua concepção especiosa de que o Direito racional formal é o resultado da combinação e recombinação de elementos básicos e mais ou menos fixos, colocados em um movimento de fluxo e refluxo entre os pólos da irracionalidade e da razão, que são consideradas para todos os efeitos da ação social, situacionais e contextuais, é que evoco a imagem do caleidoscópio para ilustrar a construção analítica de Weber, em sua Sociologia do Direito. Como no caleidoscópio, em que fragmentos móveis são refletidos em espelhos angulares e longitudinais,

produzindo um número infinito de combinações e de imagens de cores variegadas, a constituição dos sistemas jurídicos assume em sua existência concreta e material (“empírica”) infinitas variações, resultantes da combinação de informações oriundas de fontes racionais e irracionistas (tradicional-afetivo-valorativas).

#### IV. A PERSPECTIVA SISTÊMICA: NIKLAS LUHMANN E O DIREITO REFLEXIVO DE GUNTHER TEUBNER

Para efeito de nossa análise, consideraremos como perspectiva sistêmica de interpretação do Direito o conjunto de teorias formuladas por Luhmann e Teubner a partir da crítica que fazem, especialmente o primeiro, à tradição fenomenológica e ao funcionalismo de Talcott Parsons. Consideraremos, ainda, na teoria sistêmica desses autores a apropriação do conceito de “*autopoiesis*” desenvolvida por Humberto Maturana e Francisco Varela para a Biologia.

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. Luhmann propõe uma mudança no foco da análise sociológica contemporânea, que considera estar sustentada no que ele denomina “*corpus mysticum*” do sujeito. O autor critica, ainda, o fato de que todas as perspectivas sociológicas contemporâneas tomaram a ação social como um objeto em si da análise da sociedade. Dessa maneira, o autor pretende *desconstruir* o pilar central da Sociologia contemporânea de inspiração weberiana: 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, ao seu tempo, represaram uma concepção bastante mais antiga que a idéia de sistemas, que era a idéia de conceber os fenômenos como sendo constituídos de um todo e das suas partes. O problema com essa tradição racionalista, afirma, é que o todo tinha que ser entendido em um duplo sentido: enquanto unidade e enquanto a 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 das suas partes. Procurar universais a partir do particular, tentar definir toda a humanidade a partir de um só homem, fez que os sociólogos fossem buscar nos conceitos de “razão”, “moral social” e em outros apriorismos (como no conceito de “educação” ou, ainda, no conceito de “Estado”) os supostos universais estruturantes dos processos de socialização. Todavia, do ponto de vista formal, crítica Luhmann, isso não explica como o todo, na medida em que é composto de suas partes, e de alguma coisa a mais, pode ser colocado como unidade ao nível das partes (*idem*, p. 5).

Luhmann propõe a superação desse paradigma do todo e da parte por um novo modelo, estruturado a partir da clivagem *sistema e ambiente*<sup>2</sup>. Ao invés da dicotomia *todo e 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 nas suas operações. Cada uma dessas diferenciações, em cada corte considerado, reproduz a integridade da clivagem sistema-ambiente (*idem*, p. 6). Em resumo, a diferenciação sistêmica nada mais é que a repetição do código do sistema dentro do sistema (*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, nas 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 (*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 (*idem*, p. 12-14). O autor 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 ocasionalmente e por adaptação, mas estruturalmente, e eles não podem, na realidade, existir sem um ambiente. Eles constituem-se e mantêm-se enquanto tais ao criar e manter a diferença dos seus ambientes; os seus limites com o ambiente servem para regular essa diferença. Sem essa diferença com o ambiente não haveria a auto-referência, porque a diferença é a premissa funcional das operações auto-referenciadas (*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 societal. Os arranjos função-sistema requerem total autonomia funcional, pois nenhum outro sistema desempenhará as mesmas funções que aquele sistema. Nesse sentido, a autonomia não é um objetivo perseguido pelo sistema, mas uma necessidade fática (*ibidem*). No caso específico do sistema legal, todas as suas unidades elementares, os atos legais, bem como a unidade do sistema como um todo, são ativados a partir do que o autor chama de “redução de complexidades”. A partir desse

<sup>2</sup> 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 tem pouca influência, ou ela faz-se por meio de canais muito específicos (LUHMANN, 1995, p. 6). No caso dos sistemas sociais, os quais a sua teoria procura explicar, eles constituem “sistemas abertos”.

processo, os sistemas submetem os estímulos do ambiente aos 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, *i. e.*, eles produzem e reproduzem a si próprios. Eles constituem os seus componentes pelo arranjo próprio de seus componentes, o que constitui a sua unidade e, portanto, o 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 (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 o 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 o seu componente e a sua forma própria de expressão, a norma, e o seu modo próprio de operação, o código lícito-ilícito. E exemplifica: 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 (LUHMANN, 1986, p. 113). E 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”. Isso quer dizer que ele é estimulado pelas informações do ambiente. No caso específico do sistema legal, ele retira parte de sua dinâmica própria do processamento que faz, segundo o 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 (*idem*, p. 114) enfatiza,

então, que o sistema legal não é um sistema normativo no sentido de ser um sistema cujos componentes são os conteúdos das normas, ou no sentido ainda de que eles “determinam” o funcionamento do ambiente, mas um sistema de operações legais que usa a 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 os seus componentes, na medida em que um elemento dá sustentação ao outro e vice-versa e, ao mesmo tempo, operarem de maneira *cognitivamente aberta*, em que a assimetria entre o sistema e o seu ambiente força-os a uma recíproca adaptação e mudança. Os sistemas legais, afirma, apresentam uma especial maneira de resolverem esse problema ao combinarem disposições normativas e cognitivas e estabelecerem *condicionantes* para a introdução no sistema dos estímulos do ambiente. Nesse sentido, as normas legais, diferentemente das concepções de Kelsen e Durkheim, p. ex., não derivam de uma ordem legal factual nem de uma norma fundamental, mas são “programas de *condicionantes*” para a introdução no sistema dos estímulos (informações) do ambiente (*idem*, p. 115-119). O sistema legal, enfatiza, 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 a sua manutenção e auto-reprodução, e “aberto cognitivamente”, no sentido de que está em contínua adaptação às exigências do ambiente.

#### V. RELATIVIZANDO O “SISTEMA”: TEUBNER E OS CONCEITOS 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, Teubner procura aprofundar a idéia de sistema de Luhmann e a apropriação que ele faz modelo biológico da *autopoiesis* proposto por Maturana e Varela para explicar o sistema jurídico; de outro, procura incorporar variáveis historicistas (sociais e políticas), weberianas, na explicação do fenômeno jurídico, especialmente no contexto do que ele chama de processo de “juridificação”. Ao fim e ao cabo, o conceito de “reflexividade” do Direito surge como a contribuição original do au-

tor à Teoria Sistêmica com que ele procura estabelecer as condições da comunicação sistema-ambiente, no caso concreto da interação entre o sistema jurídico e os subsistemas social, político e econômico.

O enfrentamento dessa questão corporificada no duplo esforço para extrair todas as consequências 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 realize algumas notáveis revisões das teorias sociológicas tradicionais e da própria teoria sistêmica de Luhmann.

Teubner começa redimensionando o próprio conceito de *autopoiesis*, desenvolvido por Maturana e Varela e apropriado por Luhmann, ao afirmar que esses autores trabalham com um conceito de *autopoiesis* caracterizado como por uma “rigidez inflexível”, como um processo de tudo ou nada: o Direito ou reproduz-se ou não se 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 Gerhart Roth (*apud* TEUBNER, 1989, p. 101-104) sobre a *autopoiesis*, Teubner afirma que um sistema torna-se crescentemente auto-referencial quando a rede de seus componentes sofre modificações do seguinte tipo: maior *feedback* entre seus componentes, plasticidade funcional e plasticidade estrutural e constituição de novos componentes dentro da rede de componentes (*idem*, p. 67). Um sistema jurídico torna-se autônomo, afirma, na medida em que consiga constituir os seus elementos – ações, normas, processos, identidade – em ciclos auto-referenciais, só atingindo o termo pertinente da sua autonomia autopoietica quando os componentes do sistema, assim ciclicamente constituídos, articulam-se entre si próprios por sua vez, formando um “hiperciclo” (*idem*, p. 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; essa autonomia de modo algum exclui a existência de interdependências causais entre o sistema jurídico e o sistema social (*idem*, p. 56). Essa espécie de *autopoiesis* mitigada é pensada por Teubner a partir da distinção entre três elementos incluídos 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 maneira geral, afirma, o grau de autonomia dos subsistemas sociais é determinado por uma escala crescente que vai da satisfação da primeira linha de exigências, ou seja, pela definição auto-referencial de seus componentes, passa pela incorporação e utilização operativa do sistema dessa auto-observação e, finalmente, chega à articulação hipercíclica dos componentes sistêmicos autoconstituídos. Para evitar qualquer confusão com alguma teleologia, especialmente presente nas perspectivas historicistas, Teubner apressa-se em dizer que esses complexos hiperciclos que constituem os processos de *autopoiesis* dos subsistemas sociais não evoluem de acordo com padrões pré-determinados 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” (*ibidem*).

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-ilícito comece a diferenciar-se da comunicação social geral ela torna-se inevitavelmente auto-referencial e é compelida a tematizar-se a si mesma tendo como referência as categorias in-

trinsecamente jurídicas. De uma forma geral, esse é o processo que conduz à emergência de “círculos auto-referenciais” no que respeita a atos jurídicos, normas jurídicas, processos jurídicos e à dogmática jurídica, o que, por sua vez, implica uma autonomia maior do sistema jurídico. O sistema jurídico torna-se perfeitamente auto-reprodutivo, afirma, apenas quando os seus componentes sistêmicos auto-referencialmente constituídos encontram-se de tal modo imbricados que atos e normas jurídicas produzem-se reciprocamente entre si e o processo jurídico e a doutrina jurídica relacionam por seu turno essas inter-relações (*idem*, p. 71). Em sentido estrito, portanto, a autonomia jurídica abrange não apenas a capacidade do Direito de criar os seus próprios princípios, mas também a sua capacidade de autoconstituição de ações, a “juridificação” dos processos e a criação de institutos “jurídico-doutrinários” (*idem*, p. 72).

Essa concepção de autonomia do Direito difere de outras formuladas por distintas tradições da reflexão sociológica sobre o sistema jurídico, para as quais os sistemas jurídicos não são autônomos em relação ao conjunto das demandas socialmente constituídas.

Contra a perspectiva marxista da relação base-superestrutura e sua concepção da determinação do fenômeno jurídico pelos sistemas sócio-econômicos, em que a suposta autonomia do sistema jurídico é determinada, em última instância, pelos interesses materiais em disputa pelas classes sociais, Teubner argumenta que muito tempo foi perdido com o falso problema sobre 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 e, nesse caso, não há uma independência causal entre esses elementos. Segundo Teubner, a autonomia jurídica reside no caráter circular da produção do Direito e não em uma simples 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 da *circularidade* da organização interna do sistema jurídico os modelos de causalidade explicativos das influências externas respectivas tornam-se necessariamente mais complexos. Ao invés de uma simples lógica causa-efeito, deve-se utilizar o que Teubner chama de uma lógica de “perturbação”

(*idem*, p. 74). Nesse sentido, os fatores capazes de influenciar do exterior o Direito devem ser descritos como um problema de influência externa sobre processos causais circulares internos (*ibidem*).

Contra Weber, 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 vão libertando-se simultaneamente desses mesmos valores, autonomizando-se, Teubner afirma que a verdadeira razão para isso deve ser buscada, novamente, no fenômeno da circularidade. Weber procura explicar esse processo invocando como sujeitos dessa aparente vida própria do Direito as elites profissionais jurídicas e a disseminação de uma cultura específica e de uma consciência própria dos juristas, o que Teubner afirma não ser importante para o entendimento da autonomia do Direito.

Teubner, em contraposição a essas hipóteses estritamente sociológicas, 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 (hetero-)referências para o meio social envolvente e são eliminadas em favor de (auto-)referências para si mesmas” (*idem*, p. 83-84).

O modelo explicativo de Teubner foi bastante enrobustecido com o desenvolvimento do conceito de “reflexividade” (“*reflexivité*”) ou, mais especificamente, de Direito Reflexivo (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, Teubner polemiza com as explicações das correntes weberianas sobre a “materialização” do Direito e os efeitos disso no processo de “juridificação” das relações sociais no contexto do *Welfare State*. Teubner renega, nesse particular, a explicação que ele atribui a Weber de que o processo de materialização do Direito estaria em descompasso, *i. e.*, seria um processo marginal à tendência histórica da civili-

zação ocidental de racionalização e formalização das relações jurídicas<sup>3</sup>.

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 sóciocentradas, como as de Weber e as teorias marxistas inspiradas na distinção entre estrutura e superestrutura, e a teoria de Nonet e Selznick (2001), especialmente o conceito de Direito Responsivo, com que esses autores procuram explicar o mesmo processo, *i. e.*, as tendências antiformais do Direito contemporâneo, mas a partir da crise interna do formalismo jurídico (TEUBNER, 1996, p. 5).

Teubner propõe, então, que esses modelos são, na realidade, complementares, na medida em que trabalham uns, Nonet e Selznick<sup>4</sup>, com variáveis “internas”, enquanto as teorias sociológicas (weberianas, marxistas e funcionalistas) operam com variáveis sociais “externas”. Embora bastante influenciado pelas idéias de Nonet e Selznick a respeito do Direito Responsivo, que ele admite incorporar elementos de racionalidade material e também de racionalidade reflexiva, com um caráter misturado de elementos repressivos (racionalidade material), autônomos (racionalidade formal) e responsivos (formal-material), Teubner afirma que uma limitação importante do conceito de Direito Responsivo desses autores é que ele não é capaz de distinguir sistematicamente racionalidade material e racionalidade reflexiva. Em seu lugar, Teubner 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). Sua idéia é identificar em cada momento concreto da evolução da sociedade uma configuração particular desses três tipos de Direito. Segundo Teubner, o processo jurídico de reflexão define a autolimitação do Direito, mas sempre dentro do contexto de seus vínculos com a realidade social. Ou seja, o desenvol-

vimento de um novo tipo jurídico, “reflexivo”, é o que explica a capacidade do sistema jurídico contemporâneo de sopesar e confrontar os limites internos da racionalidade formal do Direito com as exigências estruturais e funcionais das sociedades.

Municiado com esse modelo “alternativo”, asentado na covariação de estruturas jurídicas e sociais, o autor enfrenta a discussão sobre o fenômeno da “juridicização”<sup>5</sup>. Em primeiro lugar, Teubner, subsumindo o argumento historicista e sociologizante da teoria de Weber, afirma que o fenômeno da “juridicização” é histórica e geograficamente limitado aos países europeus que desenvolveram as instituições do chamado *Welfare State*. Portanto, as conexões sociais e políticas do fenômeno descrito são empiricamente verificáveis. Esse ponto da explicação atende à exigência do modelo de observar a influência das variáveis “externas” ao sistema jurídico. Ao mesmo tempo, Teubner rejeita nessa perspectiva sociológica a descrição que ele considera insuficiente e estreita dos vínculos entre as mudanças e as transformações no sistema jurídico e aquelas processadas nos padrões das relações sociais.

A fim de fazerem avançar essas explicações parciais (sociológicas) do fenômeno, Teubner introduz um outro eixo na sua análise e que guarda relação com os estudos de Nonet e Selznick, a saber, a repercussão na estrutura do sistema jurídico, das mudanças historicamente detectadas nos padrões das relações sociais. Ou, dito de outro modo, a repercussão dos elementos internos ao Direito na configuração de uma determinada institucionalidade das relações sociais. Nesse nível do problema, Teubner identifica uma tensão entre dois processos que ele formula como um paradoxo (TEUBNER, 1989, p. 72): o primeiro processo, de “autonomização” do Direito, reflete-se no avanço do formalismo jurídico e da sistematicidade interna como expressão do Direito; isso é resultado das exigências crescentes de especialização funcional dos sistemas sociais; o

<sup>3</sup> Adiante discutiremos particularmente essa que considere ser uma interpretação equivocadamente evolucionista e mecanicista da Sociologia do Direito de Max Weber.

<sup>4</sup> Em seu livro *Droit et réflexivité*, Teubner apóia-se amplamente nas idéias de Philippe Nonet e Philip Selznick desenvolvidas no livro *Law and Society in Transition* (NONET & SELZNICK, 2001).

<sup>5</sup> Por “juridicização”, ou “judicialização” e, ainda “juridificação”, entenda-se o fenômeno descrito por diversos autores e perspectivas teóricas e que gira em torno da crescente importância do poder Judiciário e do sistema jurídico na mediação das relações sociais, políticas e econômicas. Para um histórico das expressões ver Manão (2003).

segundo processo diz respeito à incorporação, igualmente progressiva, de princípios de justiça material e de seus conteúdos de justo, bom e correto aos processos judiciais. A juridicização, nesse sentido, não significa simplesmente um crescimento do Direito, mas designa um processo pelo qual o Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) engendra um tipo jurídico novo: o Direito Regulatório. Este emerge da fricção entre os processos internos e externos dos diversos subsistemas sociais. A juridicização, nesse contexto, pode ser apenas a expressão mais evidente desse processo de re-acomodação dos subsistemas em função dos estímulos externos, no caso específico dos países que experimentaram o *Welfare State*.

#### VI. CONTINUIDADES E RUPTURAS ENTRE A TEORIA SISTÊMICA DO DIREITO E AS SOCIOLOGIAS DO DIREITO TRADICIONAIS

Está claro que a Teoria Sistêmica do Direito (TSD), subsumida em nosso trabalho pelas teorias de Luhmann e Teubner, muda sensivelmente o foco das teorias sociológicas tradicionais sobre o Direito, em especial nas teses ancoradas em Max Weber, mas, também, em Marx e em Durkheim. A TSD problematiza especialmente a hipótese sociológica tradicional sobre a suposta determinação das variáveis social, política e econômica (as ênfases variam) nos conteúdos do Direito. Luhmann argumenta que “a Sociologia do Direito está interessada somente nas conexões entre variáveis legais e extraleais e, embora todas elas falem de unidade do sistema legal, essa unidade nunca é claramente percebida”<sup>6</sup> (Luhmann *apud* NELKEN, 1987, p. 13). Com bastante propriedade, Teubner (1996, p. 8) chama de positivistas todas essas teorias (especialmente 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 da TSD 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 socio-

lógica do Direito, argumenta, por exemplo, que um dos problemas clássicos dessa disciplina gravita em torno da questão da autonomia ou da falta de autonomia 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. Esse autor afirma que, ao invés de “autonomia”, é mais adequado falar-se em “independência” do sistema legal, no sentido de que alguns segmentos desse sistema, como o poder Judiciário, têm independência de ação ao guardarem relativa autonomia com respeito às pressões externas. Mas não se deve tomar a “independência” do sistema por “autonomia” do sistema. Friedman reforça, então, um dos argumentos sociológicos clássicos: as sociedades, especialmente as sociedades democráticas ocidentais, são abertas a influências de setores do governo, da pressão de eleitores, da opinião pública, dos grupos de interesse etc. (*idem*, p. 17). Por fim, destaca que o conceito de autonomia do sistema jurídico no sentido da *autopoiesis* em nada se diferencia daquilo que Weber definiu como “racionalidade formal” específica do Direito ocidental contemporâneo (*idem*, p. 16-17).

Em outra versão da crítica sociológica à TSD, Richard Lempert (1988) confronta a idéia de *autopoiesis* com o seu conceito de “autonomia legal”. Segundo o autor, os conceitos de *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 sua visão, *i. e.*, a visão “anglo-americana” está fincada em estudos empíricos sobre a forma como o poder das leis articula-se com outras fontes de poder nas sociedades. A segunda, afirma Lempert, a visão “continental” parte do conceito de autonomia como uma “abstração (o sistema legal como um subsistema dos sistemas sociais) de uma abstração” (os sistemas sociais como análogos aos sistemas biológicos). Segundo o autor, a Sociologia do Direito na tradição anglo-americana está mais focada nas análises de casos concretos e particulares de autonomias legais, conduzidas com rigor estatístico. Na medida em que as sociedades estão organizadas em padrões sócio-econômicos, a

<sup>6</sup> Tradução do autor.

influência desses padrões na produção de nichos de autonomia no sistema legal podem ser reunidos, segundo o pressuposto de Lempert, em séries estatísticas que permitem comparações e dispõem teleologias. Na versão “continental” – em nossos termos, na TSD –, afirma, a concepção de *autopoiesis* pressupõe constante reconstituição cíclica 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 embutido na concepção da *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 autonomia<sup>7</sup> apenas se daria em sociedades bastante diferenciadas do ponto de vista da especialização funcional dos 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 à questão fundamental da Sociologia do Direito, a saber, as maneiras pelas quais mudanças normativas no sistema legal estão associadas às pressões sociais (*idem*, p. 188). Por todas essas razões, ao invés de *autopoiesis*, Lempert prefere trabalhar com o que ele chama de “autonomia relativa” do sistema legal, que quer dizer que a autonomia do Direito é relativa ao grau de importância dos padrões internos de ação e procedimentos 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 melhor ilustrada pela aplicação da lei e pelo processo judicial que pela criação da lei e pelo processo legislativo.

## VII. CONCLUSÃO

As críticas formuladas por Lawrence Friedman e Richard Lempert à teoria sistêmica são interessantes porque canalizam e expressam as idéias e teses fundamentais da Sociologia do Direito mais fortemente ofendidas com as inova-

ções teóricas dos trabalhos de Niklas Luhmann e Gunther Teubner. Ambos, Friedman e Lempert, por meio caminhos diferentes, curiosamente reagem da mesma forma à TSD quando a acusam de ser muito ambígua, incapaz de ser testada empiricamente e que, na verdade, só estaria 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 (NELKEN, 1987). As noções de sistema e subsistemas, especialização funcional, cibernética, redução de complexidades (Parsons chama isso de “pautas de desenvolvimento da ação”) em tudo parecem-se com os conceitos parsonianos para explicação do sistema social e da ação social. Todavia, Luhmann foi ainda mais radical do que o próprio Parsons na concepção do sistema porque, na sua versão, a unidade básica da análise sociológica, ou a unidade básica do sistema, são as comunicações e não as ações individuais pautadas pelos subsistemas, como em 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 dos sentidos construídos intersubjetivamente pelo esforço interpretativo dos 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 do autor o conceito biológico de *autopoiesis* utilizado para explicar os sistemas sociais e, posteriormente, o “subsistema legal”.

Um segundo tipo de crítica à teoria sistêmica condensada nos trabalhos de Friedman e Lempert diz respeito ao caráter evolucionista de suas proposições. Essa crítica, parece-me, aplica-se melhor a Teubner, pelas razões que descrevemos na breve introdução que fizemos de sua teoria e que estão relacionadas às noções de “reflexividade” e “historicidade”. Como vimos, Teubner assume como desafio a aplicação da noção de Direito *autopoietico* em contextos reais e concretos, à maneira dos empiristas. Em seu trabalho *Droit et réflexivité* toma o tema da juridificação e do *Welfare State* para a aplicação dos princípios da

<sup>7</sup> Em Luhman, mas especialmente em Teubner, há uma compreensão de que a *autopoiesis* do Direito realiza-se em diferentes níveis ou gradações.

análise *autopoietica* da seguinte forma: Teubner parte da interpretação da Sociologia do Direito de Max Weber, imputando-lhe um diagnóstico segundo o qual, para Weber, o Direito contemporâneo, no início do século XX, experimentaria 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, por outro lado, 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 um processo incontornável porque relacionado ao fenômeno da crescente especialização funcional das sociedades e da repercussão disso 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 ela 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 extensão da especialização funcional observada em cada uma delas. Teubner acolhe a concepção de Luhmann de que as estruturas normativas (p. ex., o Direito e a Moral) funcionam como mecanismos de variação, enquanto 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 (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, tais como a linearidade, a necessidade e o progresso. Mas, não escapa, ele próprio, de chamar de “versão minimalista da teoria da evolução” as hipóteses da perspectiva sistêmica ancoradas em três eixos: “dinâmica”, “mecanismos” e “direção”, para em seguida reafirmar que a evolução do sistema jurídico retira sua dinâmica da diferença de complexidade funcional que separa o sistema do seu ambiente (*idem*, p. 72).

O evolucionismo historicista de Teubner fica ainda caracterizado pela leitura que faz dos escritos de Max Weber sobre o Direito. O ponto de partida desta interpretação, segundo o nosso ponto de vista, é quando Teubner atribui a Weber a caracterização de duas tendências contrárias de desenvolvimento do Direito: por um lado, um processo progressivo de especialização formal, administrado de modo profissional e com incremento da sistematização interna; por outro, o Direito é exposto às exigências igualmente progressivas que o fazem incorporar elementos de justiça material, tais como conceitos de democratização e justiça social (TEUBNER, 1989, p. 71). Entretanto, diferentemente do que diz Teubner (*idem*, p. 72), Weber não apresenta essa questão como um “paradoxo” no processo “evolutivo” do Direito. Segundo a nossa interpretação da Sociologia do Direito de Weber – o que chamamos de “método caleidoscópico” em seção anterior –, esse autor jamais pretendeu fundamentar uma teoria da evolução do Direito nas sociedades ocidentais, mas apenas descrever o processo de constituição do Direito nessas sociedades a partir da combinação particular das diversas fontes racionalistas e irracionais do Direito. Quando Weber afirmava que o Direito Comercial europeu ocidental está eivado de princípios de justiça material, tais como confiança, credibilidade etc., ele não dizia 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. Creio, assim, que a história do Direito em Teubner está mais afinada com a concepção hegeliana e marxista que com os próprios fundamentos da Sociologia do Direito de Weber.

As críticas mais acerbas à TSD 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 TSD revela um aspecto novo, no mínimo, à Sociologia do Direito, quando analisa a forma com que o sistema jurídico cria realidades descortinadas pelo código lícito-ilícito com efeitos sensíveis nas comunicações dos indivíduos, *i. e.*, nas relações sociais. O Direito, nessa perspectiva, não representa simplesmente 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 profissionais ou de qualquer natureza. Sem desconhecer esses aspectos, todos influentes no Direito, nem qualquer outro estímulo do ambiente moral, político, artístico e científico da criação dos sistemas jurídicos, a teoria sistêmica problematiza a relação entre o Direito e a sociedade a partir do Direito. Isso significa contemplar a forma como o código binário essencial do sistema jurídico, lícito-ilícito, determina não apenas a recepção dos estímulos do meio, mas, ao mesmo tempo, condiciona a expressão da comunicação e de seus conteúdos entre os agentes sociais.

Há, ainda, a possibilidade talvez pouco explorada por Teubner e Luhmann e que diz respeito ao fato de que nas fricções subsistêmicas, na forma especial como os seus códigos próprios interagem com repercussões recíprocas nos desdobramentos internos de cada um dos subsistemas, não é apenas a realidade social de atores que produzem Direito, mas o inverso também procede: o Direito cria realidades sociais, no sentido de que o código lícito-ilícito ensaja que os atores reordenem suas ações e expectativas conforme a lógica jurídica

subjacente às interações. A TSD, portanto, permite a compreensão de processos coletivos, empiricamente constatáveis, em que o *leitmotiv* da ação não está originalmente localizado em forças “macro” ou micro-sociológicas, mas no próprio código sistêmico do Direito.

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. Desfaz, com muita propriedade, 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 TSD propõe um sofisticado modelo que consegue, com rara competência, identificar movimentos especiais resultantes das “fricções” entre os subsistemas sociais: político, econômico e jurídico. A ideia da *autopoiese* 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 da realidade social na constituição do Direito. Ao invés disso, a teoria sistêmica afirma uma dupla via na interação desses elementos, de modo que também o Direito, *i. e.*, o sistema jurídico *stricto sensu*, produz “realidade social”.

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

Marcelo Pereira de Mello (mpmello@unisys.com.br) é Doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), Professor Adjunto de Sociologia da Universidade Federal Fluminense (UFF) e Professor do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da mesma instituição (PPGSD-UFF).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOUCCOCK, C.** 2000. *In The Grip of Freedom. Law and Modernity in Max Weber.* Toronto : University of Toronto.
- COTTERRELL, R.** 2001. Is there a Logic of Legal Transplants?. *In* : NELKEN, D. & FEEST, J. (eds.). *Adapting Legal Cultures.* Oxford : Hart.
- DEZALAY, Y. & GARTH, B. G.** 2003. *Global Prescriptions – The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy.* Ann Arbor : University of Michigan.
- FREUND, J.** 1987. *Sociologia de Max Weber.* Rio de Janeiro : Forense Universitária.
- FRIEDMAN, L. M.** 1986. Legal Culture and the Welfare State. *In* : TEUBNER, G. (ed.). *Dilemmas of Law in the Welfare State.* New York : W. Gruyter.
- HUSSERL, E.** 1986. *Ideas relativas a una fenomenologia pura y una filosofia fenomenológica.* Ciudad de México : Fondo de Cultura Económica.
- LEMPERT, R.** 1988. The Autonomy of Law : Two Visions Compared. *In* : TEUBNER, G. (ed.). *Autopoietic Law : A New Approach to Law and Society.* New York : W. Gruyter.
- LUHMANN, N.** 1983. *Sociologia do Direito.* V. I e II. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro.
- \_\_\_\_\_. 1986. The Self-Reproduction of Law and its Limits. *In* : TEUBNER, G. (ed.). *Dilemmas of Law in the Welfare State.* New York : W. Gruyter.
- \_\_\_\_\_. 1988. The Unity of Legal System. *In* : TEUBNER, G. (ed.). *Autopoietic Law : A New Approach to Law and Society.* New York : W. Gruyter.
- \_\_\_\_\_. 1995. *Social Systems.* Stanford : Stanford University.
- \_\_\_\_\_. 2001. *Teoria Política en el Estado de Bienestar.* Madrid : Alianza.
- MANÃO, D. A. S.** 2003. *Judicialização e mercado de trabalho no Brasil.* Niterói. Dissertação (Mestrado em Sociologia do Direito). Universidade Federal Fluminense.
- MARTINS, M. V.** 2001. É o Direito um sistema autopoietico? Discutindo uma objeção oriunda do Marxismo. *In* : MELLO, M. P. (org.). *Justiça e sociedade : temas e perspectivas.* São Paulo : LTr.
- MATURANA, H.** 2001. *Cognição, ciência e vida cotidiana.* Belo Horizonte : UFMG.
- MELLO, M. P.** 1995. *Welfare State : crise do sistema, crise do paradigma e perspectivas pós-industriais.* *Archétypon,* Rio de Janeiro, v. 4, n. 10, p. 31-48.
- \_\_\_\_\_. (org.). 2001. *Justiça e sociedade : temas e perspectivas.* São Paulo : LTr.
- NELKEN, D.** 1987. Changing Paradigms in the Sociology of Law. *In* : TEUBNER, G. (ed.). *Autopoietic Law : A New Approach to Law and Society.* New York : W. Gruyter.
- NELKEN, D. & FEEST, J.** (eds.). 2001. *Adapting Legal Cultures.* Oxford : Hart.
- NEVES, M.** 1994. *A constitucionalização simbólica.* São Paulo : Acadêmica.
- NONET, P. & SELZNICK, P.** 2001 [1978]. *Law and Society in Transition.* New Brunswick : Transaction.
- PIERUCCI, A. F.** 2000. Secularização segundo Max Weber. *In* : SOUZA, J. (org.). *A atualidade de Max Weber.* Brasília : UNB.
- SOUZA, J.** (org.). 2000. *A atualidade de Max Weber.* Brasília : UNB.
- TEUBNER, G.** 1986. *Dilemmas of Law in the Welfare State.* New York : W. Gruyter.
- \_\_\_\_\_. (ed.). 1988. *Autopoietic Law : A New Approach to Law and Society.* New York : W. Gruyter.
- \_\_\_\_\_. 1989. *O Direito como sistema autopoietico.* Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian.
- \_\_\_\_\_. 1996. *Droit et réflexivité. L'auto-référence en Droit et dans l'organisation.* Bruylant : LGDJ.
- TRUBECK, D.** 1972. Max Weber on Law and the Rise of Capitalism. *Wisconsin Law Review,* n. 3, p. 720-753.
- WEBER, M.** 1979. A “objetividade” do conhecimento nas Ciências Sociais. *In* : COHN, G. (org.). *Weber.* São Paulo : Ática.

- \_\_\_\_\_. 1982. A ciência como vocação. In :  
WRIGHT MILLS, C. & GERTH, H. (orgs.).  
*Ensaio de Sociologia*. Rio de Janeiro : Zahar.
- \_\_\_\_\_. 1999. *Economia e sociedade*. V. I e II.  
Brasília : UNB.