

O DIREITO DA SOCIEDADE MODERNA: OS 40 ANOS DO “ILUMINISMO SOCIOLÓGICO” DE NIKLAS LUHMANN

THE LAW OF THE MODERN SOCIETY: THE 40TH. ANIVERSARY OF NIKLAS LUHMANN’S “SOCIOLOGICAL ENLIGHTMENT”

Paulo Sávio Peixoto Maia*

Resumo

No início do ano acadêmico de 1967-1968, Niklas Luhmann proferiu uma aula inicial denominada “Iluminismo Sociológico”. Na verdade, o que se iniciava ali era uma trajetória intelectual de grande fecundidade: e de fundamental importância para a teoria do direito. A principal expressão do Iluminismo na teoria do direito é o surgimento do positivismo, uma atitude intelectual que quer disciplinar todo agir humano exclusivamente por meio de leis gerais e abstratas que supostamente encarnariam a razão. Quando visto à distância história de 40 anos, o confronto de Luhmann com o Iluminismo pode ser compreendido como um bom mote para uma problematização da tradição jurídica positivista.

Palavras-chave: Luhmann, Iluminismo, Positivismo.

Abstract

In the beginnings of 1967-1968’s academic year, Niklas Luhmann uttered an inaugural class named “Sociological Enlightenment”. In fact, that very event was fundamental to the beginning of a proficuous intellectual trajectory which would become of great importance to Jurisprudence. The main expression of Enlightenment in Jurisprudence is the forthcoming of the legal positivism, an intellectual attitude that seeks to guide all human action by general and abstracts rules exclusively. Such rules would supposedly embody the reason itself. Seen in a historical perspective, 40 years later, Luhmann’s confrontation with Enlightenment may be understood as a consistent way to challenge the legal positivist tradition.

Keywords: Luhmann, sociological Enlightenment, Positivism.

Introdução

A abordagem sistêmica de Niklas Luhmann é marcada pela vastidão e pela alta abstratividade teórica – para desestímulo de uns e incompreensão de outros tantos. Trata-se de um grande edifício conceitual erigido por uma obra que adentra os mais diversos campos do conhecimento, com uma perspectiva anti-humanista (isto é, rompe com a velha tradição europeia de centralidade do homem enquanto protagonista da ordem social), com pretensões universalísticas, notadamente anti-ontologicista e construtivista. (BECHMANN; STEHR, 2001, p. 185-189; PINTO, 2002, p. 161-168). Tal enfoque “permite traçar o mundo do social [...] não mediante um conjunto de representações esparsas e desconexas, mas mediante um esquema de ordenação constituído como uma unidade.” (NAFARRATE, 2000, p. 144).

Para levar a cabo um projeto acadêmico com tais características, foi preciso a Luhmann se posicionar frente às mais caras concepções do “pensamento social europeu”, como ação, sujeito, razão entre outras. (CAMPILONGO, 2006, p. 17). As reações passionais que muitos críticos expressam frente à metodologia da teoria da diferenciação de Luhmann (1998, p. 150) derivam

* Bacharel e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Professor de Direito Constitucional II, Direito Administrativo I e Direito Processual Constitucional na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado.

desse perfil da teoria¹. Reações que, por vezes, aparecem com tons de um desespero romântico diante da postura provocadora de Luhmann em relação a determinadas certezas teóricas que habitam o “paraíso das almas simples”, segundo as suas próprias palavras.

A primeira manifestação da ambição metodológica de Luhmann, de seu projeto de remodelagem das abordagens convencionais da sociedade, por intermédio de um diálogo com a racionalidade teórica própria do Iluminismo, deu-se já em 1967. Há 40 anos atrás. Na aula inaugural daquele ano acadêmico, Luhmann, então na Universidade de Münster, expôs para a sua primeira turma universitária as bases não só de seu projeto teórico, mas também de seu projeto de vida: o iluminismo sociológico (*soziologische Aufklärung*). (HELLMANN, 2004, p. 59). Até o final de seu fértil percurso intelectual, que tem como ápice a publicação dos dois tomos de *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, em 1997, um incessante diálogo com noções centrais do Iluminismo foi travado.

Exatamente por isso, é interessante observar como se dá o posicionamento de Luhmann frente à tradição das luzes; enfim, averiguar aquilo que parece ser o seu contraponto. Uma compreensão mais adequada de seu projeto depende desse início. Assim, ver-se-á, logo a seguir – ainda que em grandes linhas – o impacto que o Iluminismo teve para a inauguração de um novo estilo de compreensão da sociedade: aquele que coloca a “Razão” como lanterna do mundo. Em seguida, examinar-se-á a influência desse racionalismo iluminista no direito, que é materialmente expresso na crença de que leis gerais e abstratas podem reger perfeitamente o mundo. Após essas etapas, a obra de Luhmann, particularmente a sua teoria do direito, pode ser lida, curiosamente, a uma outra luz: ainda que essa nova luz projete novas sombras.

1 As luzes da Razão

Pode-se afirmar, em apertada síntese, que o Iluminismo foi um movimento intelectual que se desenvolveu a partir da segunda metade do século XVIII com uma plataforma muito nítida²: extinguir a “ignorância e a superstição” por meio do uso da “Razão”. (McCLELLAND, 1996, p. 297-300). De acordo com a autocompreensão dos membros desse movimento, o Iluminismo representava a “saída do homem da sua menoridade”, o fim de sua “incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem”. Para se chegar a tal “emancipação” do gênero humano seria necessário um acesso livre e generalizado ao uso público da razão. Só isso poderia realizar a ilustração das pessoas. (KANT, 2004 [1784], p. 11-13).

A ferramenta que efetivaria o acesso de todos à razão, e assim realizaria a ilustração das pessoas, seria a *crítica*: a décima musa que finalmente aparecera para expurgar a tolice do mundo, segundo as palavras de Voltaire. (KOSELLECK, 1999, p. 102). De “trabalho textual erudito” que aclara o conteúdo e a verdade de um argumento para “tribunal da história”, a mudança conceitual sofrida por “*critique*” – como atesta, por exemplo, o âmbito histórico francês do século XVIII – é surpreendente. Com efeito, observa-se, no *Dictionnaire historique et critique* de Pierre Bayle, em 1695, uma ampliação do campo de incidência do conceito de crítica quando comparada ao uso que os humanistas dele fazia: usada para além da estética e da filologia, a crítica se torna um método geral de alcance do conhecimento verdadeiro. (KOSELLECK, 1999, p. 96).

1 Por exemplo, Jürgen Habermas (2000, p. 511-534). Suas páginas nas quais acusa Luhmann de reificar o sujeito por meio de uma “metabiologia social” é de gosto duvidoso e potencial explicativo inexistente. Ademais, se tal atitude de Habermas, qual seja a de satanizar seus interlocutores, é cotejada com a sua teoria do agir comunicativo, a contradição performativa aparece nitidamente: o autor que sustenta que a característica central da modernidade não é a instrumentalidade, mas o entendimento, não consegue aplicar o *princípio do discurso* em seu próprio ofício. No âmbito da filosofia do direito, Cf., também Zolo (1987, p. 353), onde afirma que a teoria de Luhmann “opera como um paradigma politicamente conservador, desestruturante, e decisivamente decadente”. Aqui, mais uma vez, a contradição é patente: a forma mais sutil de ser reacionário é imputar ao diferente, no caso à teoria da diferenciação da sociedade de Luhmann, a epígrafe de decadente. É o momento em que Danilo Zolo se iguala a um Oswald Spengler.

2 Como informa Robert Darnton (2005, p. 17-39), é tarefa das mais árduas delimitar temporal e espacialmente o Iluminismo. A extensão ou delimitação da análise vai depender do que se quer exaltar ou contrapor a ele. Assumimos a precariedade e contingência das afirmações que se seguem, que não possuem nenhuma pretensão exaustiva.

A partir daí, o nexu interno entre “crítica” e “razão” foi um *topos* recorrente na comunicação da sociedade. Essa ligação dualista permitiu uma separação completa entre razão e fé (revelação). Somente a razão – e nunca a revelação – seria algo a ser exercitado pela crítica³. Precisamente por meio desse movimento uma superioridade da razão frente à revelação foi aventada, e não foi difícil para os revolucionários, no crepúsculo do século, submeter ao crivo do tribunal da razão não só o conhecimento religioso, mas também as igrejas existentes. (KOSELLECK, 1999, p. 98).

Tudo e todos, até o monarca soberano, deveriam prestar contas, justificarem-se ante a opinião pública, considerada como “o julgamento competente de uma consciência coletiva, a decisão de um tribunal ante o qual até o Estado estava sujeito”. (LA VOPA, 1992, p. 79). Nada escapa ao crítico, que segundo a *Encyclopédie*, é um guia que sabe distinguir em qual lado está a verdade; e, para julgar criticamente, é necessária a igualdade, o nivelamento. Foi dessa maneira que se mostrou possível ao Presidente da Convenção se dirigir de modo tão direto a Luís XVI, no início de seu julgamento: “Luís, pode se sentar!” (*Louis, vous pouvez vous asseoir!*), conforme testemunha a Madame de Staël (1818, p. 85). Foi assim que, implausivelmente, um rei virou um homem normal e pôde ser apontado como tirano (KOSELLECK, 1999, p. 105)⁴.

A ação dissolvente da “Razão”, em sua forma de tribunal da história, desempenhou um papel importante nos acontecimentos revolucionários que se deram a partir de então, inegavelmente⁵. A semântica organizada pelo Iluminismo contribuiu para uma modificação da estrutura da sociedade, que assumiu um formato nunca antes presenciado. Diferenças sociais com base no nascimento, privilégios e outros artefatos históricos construídos a partir do princípio da estratificação também receberam a citação do tribunal da razão, e foram obrigados a prestar esclarecimentos, ou melhor, a se submeter às luzes da “Razão” para serem esclarecidos: caso queiram, ou não. Quanto à execução da sentença, realizava-a um novo tipo sociológico, *le philosophe*, “inteiramente empenhado em usar as letras para livrar o mundo da superstição” (DARNTON, 2005, p. 24), um estilo de intelectual que havia desenvolvido “um forte senso de ‘nós’ contra ‘eles’: homens de espírito contra os fanáticos, *honnêtes hommes* contra os privilégios exclusivos, criaturas da luz contra os demônios das trevas”. (DARNTON, 2005, p. 19).

Com o uso da razão para organizar a sociedade, um novo tempo se inaugurava. Mediante a ilustração do mundo, todo e qualquer problema poderia ser resolvido racionalmente pelo “sujeito racional”. Aquele sujeito que conservava a razão quando agia racionalmente – a tautologia é manifesta, mas essa era a sua compreensão, à época. (DE GIORGI, 2002, p. 62-67).

Surge, assim, a crença humana numa razão aberta para o futuro. E até o passado é atingido, com esse movimento. É criada uma “Idade Média”, com a função de servir como parâmetro de comparação e que carrega uma “pretensão qualitativa”: o moderno aparece como melhor do que o tempo anterior. (KOSELLECK, 1993, p. 296-297). A Idade Moderna, aquela das “Luzes”, cria as “Idades”. O inexorável *continuum* do tempo – e a perpétua mudança que lhe é subjacente – é demarcado (BLOCH, 2001, p. 55), e isso propicia o surgimento da idéia de história universal que encarna a noção de progresso linear e constante (LUHMANN, 1992, p. 283-284). É claro que, até então, o mundo ainda não tinha conhecido os totalitarismos que o século XX presenciou: a carnificina que daí foi derivada anda longe de poder ser concebida propriamente como “progresso”. (HOBSBAWN, 1998, p. 268-280).

3 Aqui, é necessário fazer uma ponderação. Tomás de Aquino exerceu um enorme papel para legitimação do conhecimento racional, já no século XII, ao sustentar que nem a razão, quando dela se faz uso correto, nem a revelação, na medida em que tem Deus por origem, são aptas a enganar o estudioso. Daí Tomás tece uma *primeira conclusão*, a de que se um postulado filosófico contradiz um dogma é isso um indício de sua falsidade; e uma *segunda conclusão*, qual seja de que esses dois ramos do conhecimento se encontram inseridos em uma só verdade, a de Deus. Mas se, por um lado, Tomás de Aquino legitima o conhecimento racional, por outro lado ele preserva o conhecimento em um nexu ainda de subordinação em relação à verdade divina. Assim, é só com o Iluminismo que a razão se emancipa totalmente do conhecimento religioso. Cf., para o que foi aventado. (GILSON, 1995, p. 656).

4 Ao publicar a *Encyclopédie*, Diderot teve como objetivo acelerar o processo de esclarecimento do mundo. Se por um lado pode-se notar nisso uma atitude de crença na razão humana, de progresso, por outro lado essa mesma crença faz com que ele note, amiúde, tonalidades de catástrofe permeando o horizonte. Cf. Koselleck (2002, p. 231).

5 Para uma introdução à influência revolucionária na filosofia da história, e conseqüente movimento de tribunalização da história, Cf. Marquard (2000, p. 58-63), principalmente. E também Marquard (2001, p. 15-31).

2 O iluminismo no direito: o culto à lei geral e abstrata

O impacto do Iluminismo sobre os diversos contextos comunicativos teve matizes diversos. Contudo, no que diz respeito ao conhecimento jurídico, é apropriado afirmar que o principal legado iluminista foi a identificação do direito com a “Lei”. A partir de então, o conhecimento voltado ao direito toma como lema aquele que acredita que pensar a ordem social implica encontrar soluções por meio da figura da “Lei”, entendida como “uma regra geral, quer dizer, uma prescrição que não visa um caso particular e atual, nem pessoas determinadas, mas que é promulgada para se aplicar a todos os casos e a todas as pessoas”. (MALBERG, 1931, p. 4).

A lei geral e abstrata era compreendida, à época, como realização da “Razão”. E se o Iluminismo deveria propiciar a participação coletiva na razão, a lei também deveria fazê-lo. Não por outro motivo é possível verificar a identificação entre participação coletiva na “Razão” e “Lei” no célebre artigo 6º da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 26 de agosto de 1789, que afirmou: “a Lei é a expressão da *volonté générale*. Todos os cidadãos devem concorrer pessoalmente, ou por seus representantes, para a sua formação”. (DUVERGER, 1996, p. 18).

A Revolução Francesa, em muitos aspectos, confere forma histórica ao postulado racionalista do Iluminismo. Só que é possível afirmar também que a compreensão da lei como uma *volonté générale* é “a realização do próprio projeto da Revolução, que consistiu na afirmação de uma só vontade, representativa da nação inteira, no lugar das muitas vontades que antes caracterizavam as realidades políticas territoriais”. (FIORAVANTI, 2003, p. 15). Advém, com isso, a noção de “reino da lei” (*règne de la loi*), que expressa o surgimento de uma vontade geral, una e indivisível: a vontade do povo (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2001, p. 110, 125). Se o arbítrio cede lugar à “Lei”, que é a expressão fiel do racional, acreditou-se então que somente normas gerais e abstratas poderiam mediar a relação Estado-indivíduo; o que se colocava como obstáculo entre estes dois pólos constituía uma ameaça à liberdade, e deveria, por isso, ser removido⁶. Regras gerais e abstratas eram compreendidas como a efetivação, por si só, da liberdade: como a tradução palpável da idéia de justiça⁷.

Esse é o início de uma estrutura de longa duração, a inauguração de uma *semântica* – isto é, uma sedimentação de sentido histórico-cultural (LUHMANN, 1983, pp. 17 e ss.) – que orienta boa parte dos entendimentos acerca do direito moderno. Os exemplos citados acima se referem ao âmbito institucional francês, mas a extensão do argumento para outros lugares é totalmente plausível. Caso as lições de Giovanni Tarello sejam acolhidas, podemos vislumbrar nisso o começo de um *processo*. Um “processo” que efetivamente sofreu matizações de intensidade a depender do contexto cultural contra o qual se defrontou, e que não ocorreu de modo globalmente simultâneo. Bem explicado, um *processo de tecnicização* da teoria do direito. O argumento de Tarello (2003, p. 18-22) é tão direto quanto profundo. Com a identificação do direito com a lei geral e abstrata, movimento que é mais acelerado ainda com as codificações do início do século XIX, surge a noção do jurista como um profissional que se defronta com um *objeto* que é pré-constituído e *externo* em relação à ciência que ele, jurista, domina e aplica. Nesse contexto, surge a questão: como “dominar” o objeto da ciência do direito, a lei geral e abstrata? Essa é a pergunta que funda a *teoria do direito*.

Afigura-se de vital importância visualizar o quanto o problema fundante da teoria do direito é *moderno*. O problema metodológico que torna necessária uma teoria do direito somente vem à luz com a ruptura do direito e da organização política pré-modernos. Com as revoluções, na passagem do século XVIII para o XIX, vislumbra-se, de forma inédita, a concentração da soberania no Estado⁸. A produção da violência legítima tem como portador natural o Estado (WEBER, 1999, pp.

6 Nesse sentido, em 14 de junho de 1791 foi publicado o decreto de supressão das corporações, que afirmava: “Il n’y a plus de corporations dans l’État; il n’y a plus que l’intérêt particulier de chaque individu et l’intérêt générale. Il n’est permis à personne d’inspirer aux citoyens un intérêt intermédiaire, de les sépare de la chose publique par un esprit de corporation.”. (ROSANVALLON, 1999, p. 228).

7 É nesse contexto que faz sentido a afirmação de Rousseau de que “a vontade geral não pode errar”, sendo uma vontade sempre livre para querer outra coisa. (ROUSSEAU, 1973, p. 52-54 e 74-75) (livro II, capítulos III e XII).

8 Tal como uma espécie de “vitória tardia de Hobbes”, que tem seu conceito de soberania finalmente realizado.

525-526). O conhecimento jurídico perde seu caráter “sapiencial” de descrição de uma *ordenatio* (GROSSI, 2004, p. 35-36): uma ordem social objetiva pré-existente que é mais bem descrita por aqueles cuja autoridade não se fundamentava em um domínio de uma “teoria”, ou em uma regra de competência, mas sim em “uma experiência prática e sobre o conhecimento da vida”, em sua “autoridade social”. (WIEACKER, 1980, p. 115-116). Até porque o direito pré-moderno era compreendido como um “amalgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentemente justificados”. (CARVALHO NETTO, 1998, p. 237). A idéia de “Lei” enquanto *comando* soberano de uma autoridade, de um Estado-nação, faz contraponto a isso. E é nessa mudança que encontra lugar a teoria do direito: como se pode “dominar” esse objeto, qual seja o comando soberano cristalizado na “Lei”? Diversas escolas e teorias do direito tentaram servir de resposta a tal pergunta.

Em relação ao século XIX, não se teve muitas alternativas à identificação do direito com a lei geral e abstrata, o que se convencionou chamar *positivismo jurídico*. Consoante aduziu Friedrich Müller, com a perspicácia de sempre, mostra-se fundamental compreender o positivismo como uma *postura*, uma *atitude* (*Einstellung*). (MÜLLER, 2005, p. 154). É mais que uma “escola”, porquanto o positivismo agasalha, sob sua etiqueta, orientações teóricas um tanto distintas. Um exame, ainda que superficial, de algumas “escolas” pode ilustrar esse raciocínio.

A *Escola da Exegese* – que surge na França a partir da promulgação do *Code* de Napoleão, em 1804 – tinha como principal tese aquela de que lei e direito seriam realidades idênticas, de sorte que, “para compreender o significado exato dos códigos, era necessário partir do texto, apenas do texto, e não de suas fontes”. (CAENEGEM, 2000, p. 211-212). O que não difere do *leitmotiv* teórico de uma orientação como a da *Escola das Pandectas*, consoante atesta seu maior expoente, o alemão Georg Friedrich Puchta. Sua *genealogia dos conceitos* tomava para si a tarefa de erigir uma *pirâmide conceitual*. Esta “hierarquia dos conceitos, a partir dos axiomas, é construída de forma contínua e sem lacunas e a dedução das normas jurídicas isoladas e das decisões jurídicas concretas só se torna possível observando o estrito rigor lógico”. (WIEACKER, 1980, p. 457). Sendo o direito um produto intelectual de um sujeito cognoscente, sua correção sistemática ocorre quando cada enunciado de direito (ou decisão jurídica) possa advir de outro conceito jurídico, mas nunca de um extrajurídico: o direito se funda nele mesmo, em suas próprias normas, e não na realidade histórica, social. (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 64). Por último, veja-se o panorama inglês, que tem em John Austin seu teórico mais destacado⁹. Austin tem como grande preocupação a de definir a especificidade do direito em relação a outras normas, como o costume, por exemplo. O traço distintivo do direito, nesse marco, não era outro: direito e lei não se discernem, tanto que para ambos Austin usa o termo *law*. A lei é lei por ser um *comando* que *expressa um desejo estatal*, e exatamente por isso é que sua *obediência* é garantida pelo uso da *sanção* do poder estabelecido. (BOBBIO, 1995, p. 105).

O que há em comum entre essas três “escolas”? Esses três posicionamentos teóricos que acabamos de reproduzir, ainda que em grandes linhas, possuem dois pontos em comum. O *primeiro*: em todas essas escolas o direito se equivale – e por isso se reduz – ao direito estatal, ou seja, às normas jurídicas emanadas pelo Estado e por isso garantidas pela sanção institucionalmente organizada. Existe um segundo elemento também comum às três escolas: uma profunda separação entre, de um lado, Direito e Estado, e, de outro, a Sociedade¹⁰. Esses dois pontos definem essa *atitude* teórica denominada positivismo. Esse positivismo, essa atitude que quer estudar apenas o direito emanado do Estado e com nenhuma conexão com o seu contexto social, com a comunicação produzida pela sociedade, compreende o direito como uma *forma*. Exatamente por isso, uma teoria do direito, nesse quadro, não tem nada a falar acerca do *conteúdo* que essa *forma* venha a ostentar. (MÜLLER, 2005, p. 154-155).

É certo que alguns autores se contrapuseram a essa postura metodológica dominante. Nessa

(RIBEIRO, 1993, p. 111).

9 Tanto que o grande filósofo do direito inglês do século XX, Herbert L. A. Hart (2001, p. 23-31), elege o positivismo de Austin como seu grande adversário a ser enfrentado e superado.

10 A separação Estado-Sociedade é uma distinção que, na verdade, informa profundamente o constitucionalismo do século XIX. (LUHMANN, 2002, p. 67 e ss.)

senda é que se inserem esforços como a “Escola do Direito Livre”, com Eugen Ehrlich a sua frente, ou a “Jurisprudência dos Interesses”, capitaneada por Rudolf von Jhering. Nenhuma conseguiu, no entanto, uma superação à identificação do direito com a lei do Estado, ponto central do positivismo.

Jhering (1946, p. 213) afirma que a finalidade do direito consiste na “garantia das condições de vida da sociedade, assegurada pelo poder coativo do Estado”. Por isso ele concebe o ordenamento jurídico como um meio para que os “seres humanos” atinjam seus fins. E por isso direitos subjetivos, em Jhering (1943, p. 220) são “interesses juridicamente protegidos”. Aqui, a única coisa que difere do credo positivista é que o juiz exercerá um papel mais ativo. (MÜLLER, 2005, p. 158). Só que se resguardar nas virtudes sobre-humanas de um juiz racional parece ser apenas uma transferência, uma ocupação de um lugar que antes pertencia ao legislador decimonônico, também concebido como a encarnação da realidade. De sorte que cabe razão a Carl Schmitt (2001 [1934], p. 184) quando afirma que a Jurisprudência dos Interesses pode ser concebida como, no máximo, uma flexibilização, uma adaptação do pensamento legalista do século XIX.

Por seu turno, Ehrlich não consegue se contrapor ao positivismo pelo fato de selecionar a mesma diferença diretriz que lhe é basilar: Estado/sociedade. A diferença é que o direito, agora, é colocado não somente do lado “Estado”, mas também no lado “sociedade”. Só que isso leva Ehrlich a conclusões não menos problemáticas do que aquelas do positivismo do século XIX. Se o direito está além do direito do Estado, ele deveria ser reconhecido também, então, a partir da observação das decisões judiciais, das práticas do comércio, dos costumes e usos de associações, “tanto das legalmente reconhecidas quanto as ignoradas e até ilegais (*sic*)” (EHRlich, 1986 [1913], p. 378). E assim o direito do Estado se nivela ao de uma quadrilha de narcotraficantes: ambos fontes de normatividade com a mesma dignidade. Só que a diferença entre Estado e sociedade continua presente¹⁰.

Até pelo fato de não ter sido suficientemente contraposta, o positivismo adentra o século XX e continua a desfrutar de considerável prestígio, em tal quadra histórica. Só que, no que toca ao século XX, essa redução do direito à lei somente é mantida na exata proporção em que é redesenhada. É o que se chama de *normativismo*.

Os expoentes do “normativismo” não admitiam ver o seu enfoque igualado ao positivismo do século XIX. A justificativa para tanto não era outra: a ciência do direito, agora, se atém não somente à “Lei”, mas às *normas jurídicas*. Para a Escola de Viena, representada por um Hans Kelsen ou um Adolf Merkl (1987 [1918], p. 108-109), o positivismo do século XIX laborou em erro quando fundou todas as formas de direito em um único quadro, quando recorreu a uma máxima *simplicificação* das fontes de direito. (MERKL, 1987 [1931], p. 11). Ou seja: quando colocou a “Lei” emanada do Legislador-racional como sendo o direito por antonomásia. Para Kelsen (1996 [1934], p. 68), ao contrário, qualquer situação de aplicação do direito também finda por criar normas de direito. O fundamental é que haja uma cadeia normativa estatal de produção, que haja a concretização do direito por meio dos vários degraus de uma pirâmide normativa, que se subordinam por normas estatais de competência.

Aqui, muito antes de uma contraposição, temos na verdade uma continuação do positivismo. O normativismo ainda reduz Direito a Estado e, ato imediato, contrapõe essa identidade à “Sociedade”, à instância que contextualiza os textos legais, que lhe dota de sentido. E assim a *forma* do direito continua sendo o ponto de vista privilegiado; para tanto, exerceu um papel de destaque a distinção “ser/dever-ser” (*Sein/Sollen*), uma diferença que orientou uma significativa parte da produção acadêmica jurídica do século XX. (DE GIORGI, 2006, p. 139).

Hans Kelsen (1997 [1911], p. 11), o mais destacado normativista do século XX, se insere nesse contexto para fundar a autonomia epistemológica de uma ciência do direito. O jurista de Viena acredita que a marca de seu trabalho “consiste no fato que ele não procura ir além de uma

10 Uma prova disso é que Ehrlich (1986 [1913], p. 109) ainda se prende à distinção forma/conteúdo: “Direito estatal e lei devem ser claramente distinguidos. O direito estatal não deriva do Estado quanto à sua forma, mas quanto ao seu conteúdo; é um direito que surgiu exclusivamente com o Estado e não poderia existir sem ele. É indiferente sob que forma ele surge. Nem toda prescrição legal contém direito estatal”.

consideração puramente formal das normas jurídicas”. Uma ciência do direito, se quer ser ciência, deve se limitar a considerações de cunho formal-normativo. O direito até tem conteúdos, valores, enfim, mas uma ciência do direito deve compreendê-los do ponto de vista formal, pois “do conteúdo devem se ocupar as disciplinas histórico-políticas e a sociologia”. Comparando a ciência do direito com a geometria, Kelsen (1997 [1911], p. 129-130) afirma que ambas devem produzir formas sem conteúdo, portanto, a ciência do direito seria “uma geometria do fenômeno jurídico total”. Assim, a ciência do direito, a teoria do direito, pode erigir um conhecimento universal, objetivo, a-valorativo. Para tanto, deve possuir um critério formal de validação, excluindo assim, de sua seara, qualquer questão de índole axiológica, que envolva juízo de valor. (BOBBIO, 1955, p. 33, 49). A questão valorativa é alheia ao cientista do direito que, enquanto tal, descreve o mundo de maneira objetiva e neutra, uma vez que interessado unicamente em explicar, descrever o direito (modo contrário não é cientista). (KELSEN, 2001, p. 349).

Mas a construção de um conhecimento com tais supostos teóricos tem exigências. É necessário um ponto de partida. Kelsen (1997 [1911], p. 42) vê na norma jurídica emanada do Estado a unidade de análise apta a fundar um conhecimento puramente jurídico. Puro é o conhecimento que se esteira não em um juízo de valor, mas em um juízo de validade (CARRINO, 1992, p. 171)¹. A partir de um enfoque científico uma norma poderia ser classificada como válida ou inválida, mas nunca justa ou injusta, boa ou má, legítima ou ilegítima. (KELSEN, 2000 [1960], p. 19-20). Válida é uma norma que se insere em um sistema construído logicamente pela ciência do direito (CELANO, 1999, p. 328-329), e é por isso que validade e existência se equivalem em Kelsen². Uma norma é válida, e portanto pertinente a um sistema, quando pode ser reconduzida a um norma que lhe seja superior em hierarquia. Para a Escola de Viena, o ordenamento jurídico traduz-se em uma cadeia hierárquica de “regras de produção” (*Erzeugungsregel*), uma cadeia de normas que determina a produção de normas. (MERKL, 1987 [1931], p. 45). Hierarquia significa subordinação a uma moldura jurídica superior, que condiciona a produção de uma norma inferior. (MERKL, 1987 [1918], p. 111). Assim, uma norma de direito positivo não pode ser concebida de forma isolada, pois ela é sempre integrante de um processo. Dessa maneira, uma norma sempre possui, também, um parâmetro normativo que lhe é superior, uma “norma jurídica determinante” (*bedingende Rechtssätze*). E quando uma norma é produzida a partir de uma norma jurídica determinante, ela é chamada de “norma jurídica determinada” (*bedingte Rechtssätze*). (MERKL, 1987 [1931], p. 37). Uma norma é válida caso possa ser reconduzida a um parâmetro superior, por sua vez autorizado por uma norma estatal de competência.

O caráter esquemático que reveste esta exposição acerca dos elementos fundamentais do normativismo já permite identificar aquelas duas elementares que caracterizam fortemente a *atitude positivista*. Primeiro a identificação do direito com as leis provenientes do Estado e, em segundo lugar, a forte desconexão entre Estado e Sociedade, entre o direito (estatal) e seu contexto social, que em Kelsen se expressa no postulado básico da separação entre *ser* e *dever-ser*. A teoria do direito, aqui, tem papel meramente descritivo, especulativo.

Foi sob esse pano de fundo que Luhmann entrou em cena, a partir de 1967, para perquirir os

1 Não é por outro motivo que logo na primeira página de sua obra fundamental, a *Teoria Pura do Direito*, Kelsen descreve a *pureza* como seu princípio metodológico básico, que consistia na exclusão de qualquer elemento que seja estranho à ciência jurídica. Em outros termos: a expulsão, do âmbito do *dever-ser* de todo elemento da ordem do *ser*. Esse era o critério que Kelsen utilizou como pressuposto de uma teoria que se denomina como “pura”; critério que passou a ser uma constante em seus escritos a partir de 1925 (em sua *Allgemeine Staatslehre*) sem que nunca mais deixasse de estar neles presentes. (NEUENSCHWANDER; MAGALHÃES, 2002, p. 134-135); (LOSANO, 1992, p. 102-103).

2 De se ressaltar que Luis Fernando Barzotto (2003, p. 37-40), com suporte em Carlos Santiago Nino, encontra quatro sentidos para o conceito de validade em Kelsen: (i) validade *qua* existência, (ii) validade *qua* pertinência ao ordenamento jurídico, (iii) validade *qua* nomogênese conforme ao que é previsto pelo sistema e (iv) validade *qua* obrigatoriedade. Todavia, acredito que os três sentidos de validade podem ser reduzidos à pertinência ao sistema do direito, ou seja: validade *qua* existência. O quarto significado, a meu sentir, parece ser uma decorrência da característica central das normas jurídicas em Kelsen (2000 [1960], p. 37): coatividade garantida pelo uso da força física em caso de resistência, ou seja, sanção estatal. Coisa que é exposta de forma mais exaustiva na segunda edição da teoria pura.

limites e possibilidades desse racionalismo ocidental.

3 Luhmann com, e contra, as luzes do Iluminismo

Colocadas essas palavras, cumpre afirmar que, de um lado, Luhmann não rompe, mas continua esse projeto teórico moderno que fora inaugurado pelo Iluminismo, qual seja o de explicar a sociedade com o apoio da racionalidade teórica (PINTO, 2002, p. 180): só que, por outro lado, sua noção de *iluminismo sociológico* busca remodelá-lo. Para a teoria da diferenciação da sociedade, a noção clássica de Iluminismo, com o seu problema básico de possibilitar o acesso de todos a uma razão transcendental, é obscura e esgotada, e, portanto, precisa ser *clarificada*. O iluminismo sociológico questiona tal noção e afirma que o problema que se põe frente à teoria, atualmente, é a complexidade de um mundo constituído sensorialmente, e a “inquietante quantidade de possibilidades” que daí deriva. (LUHMANN, 1973, p. 106).

Em apertada síntese, e de acordo com as próprias palavras de Luhmann, ao se iluminar o Iluminismo (*aufklären die Aufklärung*), o que se intenta é uma “expansão da capacidade do homem para compreender e reduzir a complexidade do mundo”. (LUHMANN, 1973, p. 95). Essa redução e, paradoxalmente, expansão da complexidade será a grande tarefa a ser encampada pelos *sistemas sociais*. (DE GIORGI, 1979, p. 209). Precisamente aqui observa-se o ponto em que Luhmann mais de afasta da noção clássica do Iluminismo, mediante a qual ele é descrito como uma busca pela participação coletiva na “Razão”. O pressuposto de Luhmann (1973, p. 106) é que o Iluminismo teve limites e que é preciso tematizá-los, o que quer dizer: ir além deles. Assim, é inócuo um mero aumento das possibilidades de compreensão do mundo se, concomitantemente, não se desenvolvem artefatos para uma *redução* da complexidade, no sentido de permitir uma orientação dentro da sociedade: tarefa que será realizada pelos sistemas sociais.

Mostra-se oportuno compreender com mais precisão o papel que os sistemas sociais desenvolvem na “iluminação do Iluminismo”, e conseqüentemente na produção de sentido na sociedade. Fundamentado na lógica das formas de George Spencer Brown, que sustenta que a introdução de uma distinção é o ponto de partida para o surgimento de informações (NAFARRATE, 2000, p. 147 e ss.), Luhmann tem como distinção diretriz (*Leitdifferenz*) de seu esquema teórico a diferença sistema/ambiente. A teoria da sociedade de Luhmann, então, é marcada desde o seu início pelo o uso consciente de uma distinção. É uma abordagem teórico-diferencial. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 678).

Cumpre afirmar, contudo, que o objeto de sua teoria não são os sistemas, mas a diferença entre sistema e ambiente, e a principal preocupação da teoria é saber como essa diferença se constitui e se reproduz. A teoria da sociedade é uma tentativa de encarar tal preocupação a partir de um dos lados dessa distinção, qual seja, pelos sistemas sociais. (LUHMANN, 1997a, p. 42). Porém, a escolha de um lado da diferença (sistemas) não abandona o outro lado. Ora, toda distinção é uma construção de um observador. O ato de demarcar uma diferença não depende de uma imposição do “objeto” que é demarcado, mas da arbitrariedade criativa do observador. (LUHMANN, 1992, p. 8). Dessa forma, a demarcação de um espaço pressupõe um “outro lado” que não foi demarcado, o *unmarked space* de Spencer Brown.

A demarcação da sociedade a partir da distinção diretriz sistema/ambiente, e a escolha da teoria da sociedade a partir do lado “sistema”, não implica a fundamentação de uma fantasiosa dominação dos sistemas sobre os seres humanos. O *unmarked space* é inevitável em qualquer atividade de observação, e é igualmente constitutivo para a forma demarcada. Assim sistema/ambiente é uma distinção heterárquica, e o ambiente é tão importante quanto o sistema. (LUHMANN, 1998, p. 172). A atitude da teoria da diferenciação da sociedade em tematizar a sua distinção diretriz é uma maneira de fazer com que os pontos de partida se revelem e que, destarte, a teoria não silencie acerca de sua própria contingência. A teoria da sociedade não se considera um observador “melhor”, e sim um observador que é apenas “diferente”. (LUHMANN; DE GIORGI, 1994, p. 400).

As conseqüências desse “princípio teórico sustentado na diferença” são profundas e contrastam nitidamente com toda a tradição da filosofia social e política “vetero-européia”, que era povoada por aquilo que Robert Spaemann (2005, p. 66-67) chama de “pensamentos concludentes”, teses que operam no sentido da “totalidade e do absoluto” (como Hegel, Marx, Comte, etc.). Nesse estilo de perspectiva prevalecia um viés ontológico que entendia o mundo como um objeto passível de ser descrito por um sujeito racional (e por isso, transcendental). (BECHMANN; STEHR, 2001, p. 191). Haveria uma coincidência perfeita entre a realidade e o ato de conhecer, levado a efeito pelo sujeito racional. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 675). E era precisamente esse sujeito racional o encarregado de encontrar a *unitas multiplex* quando a substância não pôde mais servir de explicação plausível para a fundamentação da unidade do mundo. (SPAEMANN, 2005, p. 62). Era por meio da manutenção da subjetividade transcendental que se poderia conservar a razão e o mundo (DE GIORGI, 2002, p. 68), em síntese.

O giro que Luhmann provoca se situa precisamente aí: a racionalidade, que era considerada uma propriedade ontológica do sujeito, passa a ser apontada como a capacidade que um sistema tem de auto-regular as suas operações. (DE GIORGI, 1979, p.206). Racionalidade não se refere, também, a normas ou valores: ela simplesmente expressa a lógica dos sistemas (LUHMANN, 1998, p. 423); ela existe quando um *sistema* auto-referencial se determina em relação ao *ambiente* de acordo com suas próprias diferenças (LUHMANN, 1998, p. 420). A propósito, a diferença sistema/ambiente é uma construção de um observador, não é um dado ontológico do mundo. O mundo é constituído de sentido, e a maneira como ele é apresentado depende do olhar do observador¹³.

Isso não implica, por outro lado, cair na armadilha do vale-tudo (*anything goes*) dos pós-modernos. Luhmann até concede que François Lyotard – uma das figuras centrais de tal movimento – estava certo quando afirmou que nas atuais condições não se pode mais falar de uma idéia concludente, uma unidade referencial, uma meta-narração. (LUHMANN, 1997b, p. 30)¹⁴. Mas não é por causa disso que “tudo pode valer” e que o discurso acadêmico possa ser igualado a uma previsão de um “tarólogo”, como sugere um Paul Feyerabend. Precisamente os sistemas sociais consistem na garantia de que nem tudo vale. A sociedade possibilita uma multiplicidade de descrições dela mesma, e exatamente por isso não se pode silenciar sobre a contingência das próprias escolhas e dos critérios a partir dos quais se aborda um problema (LUHMANN, 1997a, p. 45-46). Os critérios são oferecidos pelos sistemas sociais, e irão variar de acordo com o ponto de partida, ou seja, a partir de qual sistema se faz a observação sobre a sociedade.

Em síntese, Luhmann propõe que a sociedade seja abordada a partir do *princípio teórico da diferença* (GRIPP-HAGELSTANGE, 2004, p. 19-42), que significa que “toda possibilidade do conhecimento começa com o acontecimento de uma diferença” (GRIPP-HAGELSTANGE, 2004, p. 27), e não com a postulação de uma identidade com exigência transcendental, como quer o pensamento ontologicista vetero-europeu. Helga Gripp-Hagelstange (2004, p. 42) aponta as conseqüências disso:

Levar a sério a auto-referência do pensamento e manter a estrutura paradoxal aí implícita significa que se deve, finalmente, renunciar a todo tipo de afirmações substanciais do modo de ser de um fenômeno. Para isso requer-se que o dito e o pensado sofram uma descentralização do sujeito no desenho da teoria. Que isso possa levar a um novo modo de aclarar o que é a sociedade, não me parece ser uma pretensão infundada do princípio teórico assentado na diferença proposto por Niklas Luhmann.

Dessa maneira, o “iluminismo do Iluminismo” é a proposta de uma nova unidade de análise para a compreensão da sociedade, qual seja a diferença sistema/ambiente. As considerações ácidas de Luhmann não têm como alvo somente o movimento histórico “Iluminismo”, mas principalmente

1 3 Para uma excelente introdução às implicações construtivistas da teoria da sociedade de Niklas Luhmann, com especial referência aos seus conceitos operacionais e às suas influências de base. (ESPOSITO, 1992).

1 4 Para uma introdução ao debate travado há pouco tempo atrás que perquiriu sobre o enquadramento, ou não, de Luhmann no âmbito do pós-moderno. (PINTO, 2002, p. 180-181). Para uma resposta de Luhmann às críticas de Lyotard, um representante destacado dos pós-modernos. (LUHMANN, 1994, p. 25-37).

as abordagens ontológicas que caracterizam fortemente o pensamento social e que possuem ampla aceitação por diversas estratégias teóricas atuais¹⁵. Com a assunção da diferença sistema/ambiente, a observação da sociedade passa a revestir uma dimensão policontextual¹⁶, pois ela é construída, inevitavelmente, a depender de qual sistema a observa e, como observou Jean Clam (2005, p. 93), nisso reside o traço antimetafísico que acompanhou o percurso acadêmico de Luhmann, iniciado há 40 anos atrás, mas ainda investido da mais profunda atualidade. Conceber a teoria do direito a partir dessa perspectiva tem conseqüências.

4 Luhmann como teórico do direito

Por causa da ação corrosiva de vários desenvolvimentos teóricos que se deram a partir da segunda metade do século XX – como os giros hermenêutico e pragmático, o surgimento do construtivismo radical e das *cognitive sciences* – é difícil, atualmente, acreditar que uma postura teórica possa ser neutra ou objetiva. E mais: que a ciência, e também a ciência do direito, possa ser conduzida de maneira neutra e desinteressada. A onipotência de uma razão que se pretendia independente do fluxo do tempo e que poderia observar o mundo – compreendido como um *continuum* de racionalidade – por se apresentar como uma meta-ligação neutra despedaçou-se com o desvelamento da impotência das leis científicas para reger absoluta e eternamente presente e futuro e, não por último, com a valorização do *olhar do observador* para a confecção do real. (CERUTI, 1995, p. 31-55). Como o olhar é sempre contingente, os critérios sempre são precários, podem se dar de outra forma.

A obra de Luhmann se situa nesse âmbito de mudanças no estatuto do conhecimento, e concorre para o giro que a noção de direito sofreu a partir da década de 1970. Nesse cenário acadêmico, a filosofia do direito parece ter a sua função reduzida a um guia para reconstruções históricas, mas nunca um discurso que fundamenta o presente. (DE GIORGI, 2000, p. 190)¹⁷. Talvez por isso os compêndios de filosofia do direito se revelem tão relutantes em inserir Luhmann como um de seus expoentes. Mas isso também tem uma explicação. A distância e a desconfiança em relação à filosofia é um dos traços mais marcantes do perfil de Niklas Luhmann. (SPAEMANN, 2005, p. 61 e ss.).

Com efeito, é bem consensual no meio acadêmico que a filosofia possui grande utilidade para o enfrentamento de problemas concretos pelo seu potencial problematizante, pela sua capacidade de abstração. Mas Luhmann não se interessou por ela para a confecção do arcabouço conceitual da *teoria da sociedade*. Para sanar uma falta que supostamente criaria um déficit de abstração, Luhmann lança mão de um grande repertório interdisciplinar: lógica das formas, ciências cognitivas e da automação, teoria da organização, entre várias outras, ocupam o lugar que usualmente é preenchido, na tradição ocidental, pela filosofia. Por tudo isso, Luhmann não é usualmente designado sob a etiqueta “filósofo do direito”. Mas talvez não seja tão interessante nos prendermos ao imediatismo dos rótulos. Ainda assim: Luhmann é um autor relevante para pensar o direito de

1 5 Nas lúcidas palavras de William Rasch e Eva Knodt (1994, p. 5): “Assim, a teoria dos sistemas sociais de Luhmann rompe não somente com todas as formas de transcendentalismo, mas também com a filosofia da história. Qualquer que seja a relação entre uma organização social e a semântica que sua autodescrição venha a assumir, ela não pode mais ser compreendida nos termos de simples narrativas causais, e nem mesmo na estrutura especulativa daquilo que Habermas chama de “ciência reconstrutiva” – uma ciência modelada na figura teleológica do Iluminismo”.

1 6 Por vezes Niklas Luhmann faz referência ao conceito de policontextualidade, de Gotthard Günther, para sublinhar de modo explícito a impossibilidade da existência de um ponto de vista privilegiado que possa excluir *prima facie* outras observações a partir, claro, de outros observadores. Nas palavras de Claudio Baraldi (1987, p. 57): “A sociedade reproduz-se a partir de uma lógica multi-valencial ou policontextual. As orientações semânticas contemporaneamente presentes e igualmente generalizáveis formam a semântica de uma sociedade sem centro e sem vértice. Não são mais admitidas semânticas lineares e unitárias que orientam a totalidade da sociedade de maneira dogmática”.

1 7 É interessante notar como os desenhos teóricos podem confluir. Um movimento semelhante, que reduz o papel da filosofia à reconstrução histórica, porquanto a situa em seu contexto social de produção, pode ser encontrado na chamada Escola de Cambridge, que tem Quentin Skinner como principal representante. Com ela, a filosofia política se viu amputada em suas pretensões de fundamentar o presente com base no procedimento textualista (Leo Strauss, por exemplo), que confere ao texto um valor atemporal. (TUCK, 1992, p. 273-289).

forma problematizante? Claro que sim.

A teoria do direito de Luhmann fornece um forte contraponto ao modo usual de se pensar o direito. Baseado na tradição ontológica vetero-européia que separava estanquamente sujeito e objeto, o positivismo jurídico pôde ser construído como uma técnica desinteressada e neutra capaz de lidar com o “objeto” direito. Precisamente por isso, a teoria do direito colocava como um discurso externo de seu objeto de conhecimento, o direito. Mesmo para o principal representante da teoria do direito do século XX, Hans Kelsen, uma teoria do direito era compreendida como uma meta-linguagem, um discurso axiologicamente desinteressado e, por isso, apto a possuir a abstratividade e a objetividade requeridas por seu conceito de ciência. Mas ainda aí a estrutura sujeito-objeto continua a ser o critério fundante de uma “externalidade”.

Com a teoria da sociedade de Niklas Luhmann (1992, p. 1428), percebemos que o direito não possui equivalente externo em seu ambiente. O direito é um sistema social composto de toda comunicação que se refira àquilo que seja “lícito”, “direito” (*Recht*) ou “contrário ao direito”, “ilícito” (*Unrecht*). Assim, tanto uma comunicação que confirme quanto uma que negue o direito não deixa de se inserir no sistema social do direito. A teoria do direito, aqui, não vai aparecer como uma descrição externa, tal qual acreditava o positivismo e sua variante normativista. Não há uma “externalidade” possível apta a proporcionar à teoria do direito um olhar objetivo e desengajado: um suposto ponto de vista privilegiado.

A teoria do direito é interna ao sistema do direito, consiste em um evento comunicativo ocorrido dentro do sistema do direito, e, portanto, faz parte de sua auto-referência. (LUHMANN, 1990, p. 366). A teoria do direito aparece como uma *instância de reflexão do direito*, por ser parte do próprio objeto que descreve. (DE GIORGI, 2000, p. 185). A reflexão é uma história da diferença entre o sistema e seu ambiente; assim, ela não tem o condão de tornar o sistema “justo”, uma vez que a história não segue um *Zeitgeist*. O sistema não sabe para onde as suas estruturas vão lhe levar; vai depender dos problemas que o sistema do direito tenha de enfrentar. O que a teoria do direito pode fazer, por meio de seu papel reflexivo, é propiciar consistência na auto-reprodução do direito, imunizar o sistema em relação aos vários problemas que são colocados frente ao direito por demandas de uma sociedade complexa (LUHMANN, 1990, p. 368, 375 e 396), o que significa: levantar temas socialmente relevantes para que o direito possa fornecer-lhes uma resposta. E isso não é pouco.

E por tudo isso, a partir da teoria da sociedade de Luhmann, a questão de se saber se o “melhor” é uma teoria do direito “prescritiva” ou “descritiva” é posta em dúvida. Por um lado, a busca por uma teoria prescritiva do direito é vã: por não ser um instrumento externo, a teoria do direito não tem controle sobre o âmbito de variabilidade estrutural do sistema (DE GIORGI, 2000, p. 185). Por outro lado, uma teoria do direito com pretensões meramente descritivas não se mostra factível: por ser instância de reflexão do sistema do direito, suas observações influem na autopoiese do direito, interferem e modificam os estados do sistema que ela reflete¹⁸. Dessa forma, na feliz síntese de Raffaele De Giorgi (1998, p. 23), “a função da teoria não é descritiva, mas reflexiva. A sua colocação não é externa, mas interna ao próprio objeto”.

O audacioso projeto acadêmico da teoria da sociedade de “iluminar a razão do Iluminismo” com o apoio da racionalidade sistêmica é, pelo que falamos acima, muito útil para uma modificação do estatuto teórico da teoria do direito, tão marcado pelo positivismo jurídico. Por pensar a modernidade como algo mais do que um projeto de participação coletiva em uma razão transcendental com exigências metafísico-normativas, a teoria do direito de Luhmann pode, também, colocar em xeque a crença na norma geral e abstrata emanada de um legislador racional. É iluminando o Iluminismo (*aufklären die Aufklärung*) que se pode construir uma teoria do direito que não considere o direito como um objeto externo, a ser trabalhado de modo contemplativo.

4 Apontamentos conclusivos

1 8Um bom exemplo disso é a teoria finalista, de Welzel, que orienta a Parte Geral do Código Penal Brasileiro. Não se compreende a incidência de um tipo penal sem a sua noção de dolo.

É claro que o *olhar* da teoria da sociedade não é o “melhor”, ou a resposta correta para todos os problemas da sociedade. Ela é uma observação possível entre várias outras, como podemos perceber no atual panorama teórico do direito, em que várias estratégias teóricas procuram viabilizar a confecção de um contraponto ao positivismo jurídico.

Devemos conceder que a proposta teórica de Luhmann para a compreensão da sociedade moderna não é nada intuitiva ou, tampouco, auto-evidente. Não se trata, de fato, de discurso fácil floreado por um elenco de sentenças comoventes. Ela não é, sobretudo, uma boa escolha para quem busca estratégias teóricas que possuam “efeitos terapêuticos” (DE GIORGI, 2000, p. 179), seja: (i) pela prescrição metodológica de um consenso utópico; (ii) pela elevação do senso comum à condição de tribunal da ciência; (iii) por uma filosofia da história que prevê um futuro determinável ao qual a sociedade chegará após a superação de etapas que se sucedem: seja via Espírito do Tempo ou luta de classes.

A abstração da teoria da sociedade de Luhmann fornece boas ferramentas, em forma de conceitos, para que possamos questionar o presente, desconstruir as metafísicas implícitas nas solenes petições de princípio do direito, e para que seja possível o oferecimento de distinções mais convincentes, de conceitos que melhor organizem a auto-reflexão do sistema do direito e assim sejam mais adequados à sociedade. Tudo isso sem as pretensões de conclusividade e de totalidade que marcam a tradicional filosofia social da velha Europa. Uma teoria apta a enfrentar todos esses desafios só pode ser considerada como altamente propícia para os que pensam o direito de forma crítica e reflexiva: para além do positivismo jurídico e sua redução do direito ao Estado.

Referências

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. *Metódica jurídica e teoria sistêmica: observando as virtualidades do direito*. In: ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes e LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). **Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem à Friedrich Müller**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p.673-685.

BARALDI, Claudio. *Forme del sapere e complessità sociale*. In: BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. **Semantica e comunicazione: l'evoluzione delle idee nella prospettiva sociológica di Niklas Luhmann**. Bologna: Editrice Clueb, 1987, p.121-138.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BECHMANN, Gotthard; STEHR, Nico. Niklas Luhmann. **Tempo Social**, São Paulo: USP, v. 13, nº 2, p.16-32, nov. 2001.

BLOCH, Marc. **Apologia da História, ou, o ofício de historiador**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Filosofia del diritto e teoria generale del diritto*. In: BOBBIO, Norberto (Org.) **Studi sulla teoria generale del diritto**. Turim: Giappichelli, 1955. p.73-89.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito** compiladas pelo Dr. Nello Morra. Trad. Márcio Pugliesi *et al.* São Paulo: Ícone, 1995.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Le Droit, l'État et la Constitution Démocratique: essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle**. Ed. e Trad. Olivier Jouanjan. Paris, Bruxelles: LGDJ; Bruylant, 2000. p. 53-76.

CAENEGEM, Raoul van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Aos que “não vêem que não vêem aquilo que não vêem”: sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado. In: DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.11-25.

CARRINO, Agostino. **L'ordine delle norme**: Stato e diritto in Hans Kelsen. 3. ed. ampl. Napoli: Scientifiche Italiane, 1992.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Notícia do Direito Brasileiro**, Brasília: Universidade de Brasília, n. 6, 2º sem. 1998.

CELANO, Bruno. **La teoria del diritto di Hans Kelsen**: una introduzione critica. Bologna: il Mulino, 1999.

CERUTI, Mauro. O mito da onisciência e o olhar do observador. In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **O olhar do observador**: contribuições para uma teoria do conhecimento construtivista. Campinas: Psy II, 1995, p.201-234.

CLAM, Jean. A autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo *et al.* **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.94-113.

DARNTON, Robert. **Os dentes falsos de George Washington**: um guia não convencional para o século XVIII. Trad. José Geraldo Couto. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

DE GIORGI, Raffaele. L'azione come artefatto storico-evolutivo. Thomas Casadei (Curadori). **Sociologia del diritto**. XXIX, n. 3. Milano: Franco Angeli, 2002, p.15-34.

DE GIORGI, Raffaele. Niklas Luhmann e a teoria jurídica dos anos 70. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.144-167.

DE GIORGI, Raffaele. Direito penal e teoria da ação entre hermenêutica e funcionalismo. In: _____. **Direito, tempo e memória**. Trad. Guilherme Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.132-145.

_____. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998.

_____. **Scienza del diritto e legittimazione**: critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann. Bari: De Donato, 1979.

DUVERGER, Maurice (Org.). **Constitutions et documents politiques**. 14. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito** (1913). Trad. René Gertz. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

ESPOSITO, Elena. **L'operazione di osservazione**: costruttivismo e teoria dei sistemi sociali. Milano: Franco Angeli, 1992.

FIORAVANTI, Maurizio. Stato e costituzione. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). **Lo Stato moderno in Europa**: istituzioni e diritto. 2. ed. Bari: Laterza, 2003, p.156-175.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos**: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

GILSON, Etienne. **A filosofia na Idade Média**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

GRIPP-HAGELSTANGE, Helga. Niklas Luhmann, o: en qué consiste el principio teórico sustentado en la diferencia? In: NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann: la política como sistema**. México: UNAM; Universidad Iberoamericana; Fondo de Cultura Económica, 2004. p.19-42.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Trad. Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HELLMANN, Kai-Uwe. Aristóteles y nosotros. In: NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann: la política como sistema**. México: UNAM; Universidad Iberoamericana; Fondo de Cultura Económica, 2004. p. 43-71.

HOBSBAWN, Eric J. Barbárie: manual do usuário. In: HOBSBAWN, Eric J. **Sobre História: ensaios**. Trad. Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 100-130.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é o Iluminismo? (1784). In: KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Ed. 70, 2004. p. 7-40.

KELSEN, Hans. Ciência e Política. In: KELSEN, Hans. **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.10-35

_____. **Introduction to the problems of legal theory**: a translation of the First Edition of the *Reine Rechtslehre* or *Pure Theory of Law* (1934). Trad. Bonnie Litschewski Paulson e Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 1996.

_____. **Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica (1911)**. Ed. Agostino Carrino. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

_____. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOSELLECK, Reinhart. Progress and Decline: an appendix to the history of two concepts. In: KOSELLECK, Reinhart. **The practice of conceptual history: timing history, spacing concepts**. Stanford: Stanford University Press, 2002. p. 70-85.

_____. Modernidad. In: KOSELLECK, Reinhart. **Futuro pasado: para una semántica de los tiempos históricos**. Barcelona: Paidós, 1993. p. 114-132.

_____. **Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês**. Trad. Luciana Castelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 1999.

LA VOPA, Anthony J. Conceiving a Public: Ideas and society in eighteenth-century europe. **The Journal of Modern History**, Chicago: University of Chicago Press, v. 64, n.1, mar. 1992.

LOSANO, Mario G. **Teoría Pura del Derecho: evolución y puntos cruciales**. Bogotá: Temis, 1992.

LUHMANN, Niklas. Donne, uomini e George Spencer Brown. In: DE GIORGI, Raffaele. PRONTERA, A. (Org.). **Donne/Uomini**. Trad. Elena Esposito. Paris: Lecce: Instituto Universitario di Studi Euroafricani, 1992. p.1-95.

_____. Ilustración Sociológica. In: LUHMANN, Niklas. **Ilustración Sociológica y otros ensayos**. Buenos Aires: SUR, 1973. p. 73-127.

_____. L'autoriflessione del sistema giuridico: la teoria del diritto nella prospettiva della teoria della società. In: LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**. Ed. Raffaele De Giorgi. Bologna: il Mulino, 1990. p. 314-340.

_____. La modernidad de la sociedad moderna. In: LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna**. Barcelona: Paidós, 1997b. p. 8-43.

_____. Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system. **Cardozo Law Review**, New York: NY Editorial Office, v. 13, n. 5, p.1492-1530, mar. 1992.

_____. Por que uma teoria dos sistemas? In: NEVES, Clarissa; SAMIOS, Eva (Org.). **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: UFRGS; Goethe-Institut, 1997a. p. 20-40.

_____. Speaking and silence. **New German Critique**. n. 61. New York: Cornell University, Winter 1994. p. 80-95.

_____. The direction of evolution. In: HAFERKAMP, Hans; SMELSER, Neil. (Org.). **Social change and modernity**. Berkeley: University of California Press, 1992. p.40-65.

_____. **Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general**. 2. ed. Barcelona, México, Bogotá: Anthropos, Universidad Iberoamericana, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

_____. **Struttura della società e semantica**. Trad. Maria Sinatra. Roma, Bari: Laterza, 1983.

_____. **I diritti fondamentali come istituzioni**. Ed. Gianluigi Palombella e Luigi Pannarale. Bari: Edizioni Dedalo, 2002.

_____. ; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. 6. ed. Milano: Franco Angeli, 1994.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos; RODRIGUEZ, José (Org.). **Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 179-193.

MALBERG, Raymond Carré de. **La Loi, expression de la volonté générale**. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1931.

MARQUARD, Odo. El hombre acusado y el hombre exonerado em la filosofía del siglo XVIII. In: MARQUARD, Odo. **Adiós a los principios**. Valencia: Institució Alfons el Magànim, 2000. p. 24-39.

_____. Homo compensator: acerca de la carrera antropológica de un concepto metafísico. In: MARQUARD, Odo. **Filosofía de la compensación: escritos sobre antropología filosófica**. Trad. Marta Tafalla. Barcelona: Paidós, 2001. p. 41-69.

McCLELLAND, John S. **A History of Western Political Thought**. London: Routledge, 1996.

MERKL, Adolf Julius. Il duplice volto del diritto (1918). In: MERKL, Adolf Julius. **Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi**. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1987. p. 321-338.

_____. Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto (1931). In: MERKL, Adolf Julius. **Il duplice volto del diritto**: il sistema kelseniano e altri saggi. Ed. Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1987. p.17-80.

MÜLLER, Friedrich. Positivismo (apêndice). In: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.110-126.

NAFARRATE, Javier Torres. Galáxias de comunicação: o legado teórico de Niklas Luhmann. **Lua Nova**: revista de cultura e política, São Paulo: Cedec, n. 51, p.37-61, 2000.

PINTO, Cristiano Paixão Araujo. **Modernidade, tempo e direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RASCH, William. KNODT, Eva. Systems theory and the system of theory. **New German Critique**, n 61. New York: Cornell University, p. 1-14, Winter 1994.

RIBEIRO, Renato Janine. História e soberania (de Hobbes à Revolução). In: RIBEIRO, Renato Janine. **A última razão dos reis**: ensaios sobre filosofia e política. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p.35-54.

ROSANVALLON, Pierre. Corporations et corps intermédiaires. In: **AA.VV. 1789**: La Commémoration. Paris: Gallimard, 1999. p.36-42.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**: ou Princípios do Direito Político. Trad. Lourdes Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

SCHMITT, Carl. Sobre os três tipos do pensamento jurídico (1934). Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 102-148.

SPAEMANN, Robert. La sfida di Luhmann alla filosofia. In: LUHMANN, Niklas. **Il Paradigma perduto**. Ed. de Gianluca Bonaiuti. Roma: Meltemi, 2005. p. 17-43.

STAËL, Baronesa de [Anne Louise Germaine de Staël-Holstein]. **Considérations sur les principaux événements de la Révolution Française II**. 2. ed. Paris: Libraire Delaunay; Libraires Bossange et Masson, 1818.

TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**: assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Il Mulino, 2003.

TUCK, Richard. História do pensamento político. In: BURKE, Peter (Org.). **A escrita da história**: novas perspectivas. São Paulo: Unesp, 1992. p. 173-189.

VON JHERING, Rudolf. **O espírito do Direito Romano**. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

_____. **El fin en el derecho**. Buenos Aires: Atalaya, 1946.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva II. Trad. Regis Barbosa e Karen Barbosa. Brasília: Universidade Brasília, 1999.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

ZOLO, DANILO. L'ULTIMO LUHMANN: LA SOCIOLOGIA COME TEORIA DEI SISTEMI SOCIALI AUTOREFERENZIALI. IN: ZOLO, DANILO. **COMPLESSITÀ E DEMOCRAZIA**: PER UNA RICOSTRUZIONE DELLA TEORIA DEMOCRÁTICA. TORINO:

GIAPPICHELLI, 1987. P. 315-358.