

A SOCIOLOGIA DO DIREITO: O CONTRASTE ENTRE A OBRA DE ÉMILE DURKHEIM E A DE NIKLAS LUHMANN

THE SOCIOLOGY OF LAW: THE CONTRAST BETWEEN THE WORKS OF ÉMILE DURKHEIM AND
NIKLAS LUHMANN

*Orlando Villas Bôas Filho**

Resumo:

O presente artigo tem por objetivo analisar o “iluminismo sociológico” proposto por Niklas Luhmann. Para tanto, antes de focar sua proposta, recupera os aspectos essenciais da crítica por ele dirigida às “abordagens clássicas da sociologia do direito”. Tomando a obra de Émile Durkheim como ilustrativa do tipo de deficiência que Luhmann atribui à abordagem sociológica clássica, procura-se sublinhar os pretensos avanços que sua teoria dos sistemas traria para a sociologia do direito. Assim, após a recuperação dos traços essenciais da perspectiva de Durkheim e da crítica que Luhmann lhe endereça, é feita uma breve análise da proposta de Luhmann acerca da abordagem sociológica concebida como descrição externa do sistema jurídico. Por fim, é examinada a sua proposta de focar a teoria dos sistemas como forma de “acoplamento estrutural” entre essa descrição externa e as formas de autodescrição do sistema jurídico.

Palavras-Chave: Sociologia do direito. Abordagens sociológicas clássicas. Teoria dos sistemas. Autodescrições do sistema jurídico. Descrições externas do sistema jurídico. Acoplamento Estrutural.

Abstract:

This article aims to analyze the “sociological enlightenment” proposed by Niklas Luhmann. Before focusing his proposal, it tries to recover the essential aspects of his criticism of the “classical approaches of sociology of law”. Taking the work of Émile Durkheim as illustrative of the classical sociological approach, which Luhmann considers unsatisfactory, the article seeks to highlight the alleged advances of his system theory to the sociology of law. Thus, after recover the essential features of Durkheim’s work and of Luhmann’s criticism of it, the article analyses Luhmann’s proposal of sociology as an external description to the legal system. Finally, the article analyses Luhmann’s proposal to focus systems theory as a form of “structural coupling” between the external description and the forms of self-description of the legal system.

Keywords: Sociology of law. Classical sociological approaches. Systems Theory. Self-descriptions of legal system. External descriptions of legal system. Structural coupling.

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

1. Introdução

O sociólogo alemão Niklas Luhmann enfatiza que a sociologia se encontraria numa crise de caráter teórico,¹ oscilando entre a análise empírica e uma produção teórica presa às teorias clássicas desenvolvidas por Marx, Weber, Simmel, Durkheim etc. Assim, para se desvencilhar desses referenciais teóricos ultrapassados e incompatíveis com a complexidade da realidade social a ser analisada, a sociologia deveria sofrer uma mudança de paradigma (*Paradigmawechsel*),² a fim de poder dar conta de um contexto social que já não seria apreensível por abordagens criadas a partir de outras realidades sociais. Segundo Luhmann, se a sociologia pretende descrever a sociedade hodierna não pode ficar adstrita à velha tradição europeia, arraigada aos clássicos, cujos conceitos já não seriam mais válidos para a análise da sociedade contemporânea.³

Nesse sentido, Luhmann afirma que seria preciso empreender uma “ilustração da ilustração” ou seja, aplicar à ilustração os seus próprios princípios, com vistas a torná-la objeto de crítica.⁴ A partir da “ilustração da ilustração” seria possível constituir uma sociologia circular e auto-referente que estaria em condições de considerar a si mesma como objeto.⁵ Remetendo à obra intitulada *La formation de l'esprit scientifique: contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, de Gaston Bachelard, Luhmann indica pelo menos quatro “obstáculos epistemológicos” (*obstacles épistémologiques*)⁶ que, segundo ele, deveriam ser superados na sociologia: a) o pressuposto de que a sociedade seria constituída de homens (pessoas concretas) ou por relações entre pessoas, que Luhmann denomina de “preconceito humanista”;⁷ b) o pressuposto de que haveria limites territoriais no âmbito da sociedade (ou seja, de que haveria uma multiplicidade territorial de sociedades);⁸ c) o pressuposto de que a

¹ Cf. LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme Grundriß einer allgemeinen Theorie*. 4. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, p. 7 e ss. (trad. ingl., p. xlv e ss. trad. esp., p. 7 e ss.); _____. *Einführung in die Systemtheorie*. 3. Aufl. Heidelberg: Carl-Auer Verlag, 2006, p. 11. (trad. esp., p. 27).

² Id. *Ibid.*, p. 15 e ss. (trad. ingl., p. 1 e ss. trad. esp., p. 27 e ss).

³ Para uma análise da ligação entre o Iluminismo e a sociologia, ver: THORNHILL, Chris. Luhmann's political theory: politics after metaphysics. In: KING, Michael; THORNHILL, Chris (Eds.). *Luhmann on Law and Politics: critical appraisals and applications*. Portland: Hart Publishing, 2006, p. 75-77. Alain Touraine, entretanto, enfatiza que a sociologia nascente no século XIX já romperia com o espírito da Ilustração. Cf. TOURAINE, Alain. *Critique de la modernité*. Paris : Fayard, 1992, p. 168.

⁴ Sobre essa questão ver: IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*. Barcelona: Anthropos, 1990, p. 42 e ss.; THORNHILL, Chris. *Op. Cit.*, p. 75-82.

⁵ Cf. IZUZQUIZA, Ignacio. *op. cit.*, p. 55-56.

⁶ Cf. LUHMANN, N. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, p. 25. (trad. esp., p. 11-12); LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 7. ed. Milano: FrancoAngeli, 1995, p. 13 e ss.

⁷ Sobre a polémica ensejada por essa tese de Luhmann, ver, por exemplo: IZUZQUIZA, Ignacio. *op. cit.*, p. 73 e ss.

⁸ No que tange especificamente à questão da multiplicidade territorial de sociedades, ver LUHMANN, Niklas. *The world society as a social system*. In: _____. *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press. 1990, p. 175-191.

sociedade se estabelece (ou pelo menos se integra) pelo consenso dos seres humanos, pela concordância de suas opiniões e pela complementaridade de seus objetivos;⁹ d) o pressuposto de que sociedade poderia ser observada e descrita de fora (*ab extra*), o que permitiria sua descrição objetiva por meio de um sujeito cognoscente posto diante de um objeto do conhecimento que seria essencialmente passivo.

Para Luhmann, o potencial inovador da teoria dos sistemas decorreria justamente da superação desses obstáculos epistemológicos. Para tanto, a teoria dos sistemas postula, em primeiro lugar, a separação entre sociedade (sistema social, cuja autopoiese se opera com base na comunicação) e homem (sistema psíquico, cuja autopoiese tem por elemento a consciência) que, nesse sentido, tornar-se-iam ambiente (*Umwelt*) um para o outro. Em segundo lugar, a adoção de um conceito abrangente de sociedade, definida como “sociedade mundial” (*Weltgesellschaft*), que englobaria as diversas “sociedades regionais” encaradas, assim, como simples diferenciações de condição de vida no âmbito de um sistema social global.¹⁰ Em terceiro lugar, a rejeição da tese de que a “integração consensual” poderia ter um significado constitutivo da sociedade.¹¹ Por fim, a assunção de uma perspectiva teórica segundo a qual a sociedade seria um sistema auto-referencial que descreve a si mesmo, de modo que a sociologia apareceria como uma autodescrição (uma operação autológica) da sociedade.

⁹ Note-se que a inclusão desse aspecto como obstáculo epistemológico à sociologia somente ocorre na obra tardia de Luhmann, provavelmente como uma reiteração de sua crítica à teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas. Quando se compara o livro *Die Gesellschaft der Gesellschaft* com *Teoria della società*, percebe-se que neste último só havia a indicação de três obstáculos epistemológicos e não de quatro, como no primeiro.

¹⁰ Para uma análise do direito no contexto da “sociedade mundial”, ver: LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. 3. Aufl. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987, p. 333 e ss.; _____. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 571 e ss. (trad. ingl., p. 479 e ss.; trad. esp., p. 648 e ss.) Para comentários e análises acerca do conceito de “sociedade mundial” (*Weltgesellschaft*) e de sua diferença em relação ao conceito de globalização, ver, por exemplo: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 26 e ss.; ARNAUD, André-Jean. *Critique de la raison juridique*: 2. Gouvernants sans frontières: entre mondialisation et post-mondialisation. Paris: L.G.D.J., 2003, p. 112; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Différentiation fonctionnelle*. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation*. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: L.G.D.J., 2010, p. 144-148; CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 231 e ss.

¹¹ Nesse particular a oposição da teoria da Luhmann à de Habermas é flagrante. Para um contraste entre Habermas e Luhmann, ver, por exemplo: NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 59 e ss.; _____. Luhmann, Habermas e o Estado de direito. In: *Lua Nova*. 1996, nº 37, p. 93-106; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15-51 e 90-111; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 49 e ss.; GUIBENTIF, Pierre. *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu: une génération repense le droit*. Paris: L.G.D.J., 2010, p. 331 e ss.; TEUBNER, Gunther. *How the law thinks: toward a constructive epistemology of law*. San Domenico: European University Institute, Badia Fiesolana, 1989.

Entretanto, essa insatisfação com o estado atual do desenvolvimento da análise sociológica foi precedido, na obra de Luhmann, por uma profunda crítica à sociologia do direito. Cabe observar que embora Luhmann, sobretudo em sua obra madura, desenvolva uma análise acerca do direito no quadro mais amplo de uma teoria da sociedade, suas reflexões sobre o sistema jurídico precedem a elaboração dessa teoria da sociedade. A produção de Luhmann sobre o direito é bastante vasta e abrange um período longo, de modo que muitas de suas obras são anteriores à incorporação do conceito de autopoiese em sua teoria. Não obstante, não há uma ruptura na obra de Luhmann que invalide seus escritos anteriores. Ao contrário, os desenvolvimentos posteriores de Luhmann acerca do direito não apenas estão em consonância com as análises mais antigas, como, inclusive, retomam uma série de problemáticas nelas constantes.¹² Contudo, a introdução de conceitos da autopoiese traz consigo, para além de consideráveis mudanças terminológicas, uma maior radicalização no tratamento do direito, que passa a ser concebido como um subsistema (*Teilsystem*) da sociedade.

Seguindo Pierre Guibentif,¹³ seria possível traçar um panorama geral das análises de Luhmann acerca do direito a partir de três fases. Essa periodização permite descrever, ainda que sucinta e esquematicamente, o desenvolvimento dado ao tema do direito na teoria dos sistemas, mostrando que, no primeiro período, sua produção acerca desse tema teria consistido basicamente em obras de jurista endereçadas a juristas, ou seja, em obras que, posteriormente, a terminologia luhmanniana designará de auto-observação do sistema jurídico. No segundo período estariam as obras que poderiam ser consideradas mais como trabalhos sociológicos sobre o direito. Tratar-se-ia, sobretudo, de uma observação externa sobre o direito, em que as análises do sociólogo substituem as do jurista. Contudo, esse período seria marcado por certa heterogeneidade tanto de temas quanto de enfoques. Para os propósitos deste artigo importa destacar nesse período, sobretudo, o livro *Sociologia do direito (Rechtssoziologie)*, publicado originalmente em 1972. No terceiro período, a produção sociológica de Luhmann estaria balizada pela sistematização de uma teoria geral da sociedade, que seria esboçada a partir da publicação de *Sistemas sociais: delineamentos para uma teoria geral (Soziale Systeme - Grundriß einer allgemeinen Theorie)*, 1984), e consolidada com a publicação de *A sociedade da sociedade (Die Gesellschaft der Gesellschaft)*, 1997). Nesse último período, em função da incorporação da

12 Conforme observa Pierre Guibentif, “Niklas Luhmann entend ne pas donner un privilège absolu à la version actuelle de sa théorie et que les développements antérieurs peuvent garder un rôle à jouer” GUIBENTIF, Pierre. Introduction. In: ARNAUD, André-Jean; GUIBENTIF, Pierre. (Orgs.) *Niklas Luhmann: observateur du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, p. 38. Há que se notar que o próprio Luhmann procura preservar as análises realizadas em sua produção mais antiga, ainda que aponte deficiências que, em seu entendimento, nesta existiriam. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 8. (trad. ingl., p. viii; trad. esp., p. 58).

13 Cf. GUIBENTIF, Pierre. Introduction, p. 27-32.

teoria da autopoiese, o direito passa a ser conceituado como um subsistema auto-referencial da sociedade, também concebida como sistema auto-referencial e autopoietico. É a partir das aquisições conceituais desse terceiro período de sua produção que Luhmann propõe utilizar a teoria dos sistemas como forma de “acoplamento estrutural” entre teorias auto-reflexivas do sistema jurídico (que expressam a autodescrição de tal sistema) e descrições externas, provenientes da sociologia. Relativamente ao direito, destaca-se nesse período o livro intitulado *O direito da sociedade (Das Recht der Gesellschaft, 1993)*.¹⁴

A finalidade deste artigo consiste em recuperar os traços gerais da proposta de Luhmann acerca de uma análise sociológica do direito contrastando-a com a abordagem clássica de Émile Durkheim. Essa comparação com a obra de Durkheim é particularmente elucidativa, sobretudo se se considera a classificação proposta por Danilo Martuccelli acerca das “sociologias da modernidade” a partir da qual ambos são alinhados como autores pertencentes a uma mesma matriz de pensamento sociológico.

Danilo Martuccelli ressalta que a modernidade, enquanto objeto da análise sociológica, teria sido descrita a partir de diferentes maneiras pelos mais variados autores, decorrendo daí sua significativa porosidade conceitual.¹⁵ Assim, dentre as várias possibilidades de reconstrução e articulação das diversas abordagens desenvolvidas acerca desse tema, propõe utilizar o conceito de matriz (*matrice*). Segundo Martuccelli, o conceito de matriz consistiria numa forma de compreensão da continuidade da reflexão sociológica a respeito da modernidade e, por conseguinte, de articulação dessas visões diferenciadas relativas à mesma. Nesse sentido, o conceito de matriz designaria, sobretudo, um espaço de invenção teórica e de descrição da modernidade que não poderia ser reduzido a uma doutrina ou a um único modelo epistemológico consistente.¹⁶

A partir dessa definição, Martuccelli aponta a existência de três grandes matrizes sociológicas de descrição da modernidade, a saber: a) matriz da diferenciação social; b) matriz da racionalização; c) matriz da condição moderna. Segundo esse autor, a matriz da diferenciação social privilegiaria o processo de diferenciação da sociedade como forma de descrição da modernidade. Essa matriz estaria estruturada a partir do pensamento de Émile Durkheim, agregando autores como Talcott Parsons, Pierre Bourdieu e Niklas

¹⁴ Uma posição semelhante a essa é expressa por Jean Clam, que distingue três círculos sucessivos no desenvolvimento da teoria de Luhmann, que consistiriam no seguinte: “1- les textes qui se regroupent autour de la thématique d’une sociologie de l’organisation formelle et en particulier de l’administration publique; 2- ceux qui appartiennent à la première sociologie spéciale du droit (1971) et qui s’échelonnent sur la décennie qui la suit; 3- le cercle de la deuxième sociologie qui fait partie du programme d’une sociologie générale se réalisant comme la somme de celle des sous-systèmes principaux” CLAM, Jean. Op. cit., p. 5.

¹⁵ Cf. MARTUCCELLI, Danilo. *Sociologies de la modernité*. Paris: Gallimard, 1999, p. 9.

¹⁶ Cf. MARTUCCELLI, Danilo. op. cit., p. 20-21. Para uma análise da proposta de Martuccelli, ver: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, p. 55-58; _____ *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*, p. 43-44, nota 55; _____ *Différentiation fonctionnelle*. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation*, p. 144-148.

Luhmann.¹⁷ A matriz da racionalização articulada ao redor das obras de Max Weber, Norbert Elias, Herbert Marcuse, Michel Foucault e Jürgen Habermas - enfatizaria, ainda que sob perspectivas diferentes e muitas vezes conflitantes, o processo de racionalização como fator definidor do perfil da modernidade. Nesse contexto, mesmo divergindo significativamente, as propostas de Weber, Elias, Marcuse, Foucault e Habermas teriam em comum a problemática da racionalização como pano de fundo de suas análises sobre a modernidade. Assim, tanto a tentativa habermasiana de salvaguardar o potencial emancipatório da modernidade, vista enquanto um projeto inacabado, como as críticas de Marcuse e Foucault aos mecanismos de dominação de uma sociedade administrada/disciplinar, só fariam sentido no marco dessa matriz. Por fim, na matriz da condição moderna a reflexão sociológica estaria voltada à análise dos paradoxos e das contradições insuperáveis da vida moderna, pautada pela fugacidade e efemeridade engendradas por uma condição de constante mutabilidade, cujo ritmo também se torna cada vez mais acelerado. Nessa matriz, o foco da análise estaria dirigido acima de tudo para a natureza da relação social que o indivíduo (que não pode mais ser definido como o sujeito coerente e homogêneo da consciência clássica) mantém com um mundo que se tornou fragmentário. Tal matriz estaria articulada ao redor de autores como Georg Simmel, Erving Goffman, Alain Touraine e Anthony Giddens.¹⁸

Assim, em virtude das afinidades que mantém com certos aspectos da teoria dos sistemas de Luhmann, a perspectiva de Durkheim oferece, a partir de uma análise contrastada, uma elucidativa maneira de aquilatar os avanços postulados por Luhmann para a sua teoria. Note-se, a esse respeito, que a obra de Durkheim, enquanto expressão de uma abordagem clássica da sociologia do direito, foi objeto da análise de Luhmann, sobretudo no livro intitulado *Sociologia do direito*. Nesse livro, Luhmann afirma que a obra de Durkheim constituiria um novo e aprofundado impulso, pela primeira vez propriamente sociológico, à sociologia do direito.¹⁹ Por todos esses motivos, a breve e esquemática reconstrução que será feita a seguir da obra de Durkheim servirá para aquilatar os ganhos que Luhmann postula para sua abordagem sociológica do direito.

¹⁷ Martuccelli, entretanto, ressalta que na obra de Luhmann, ao contrário do que ocorre com as de Durkheim e de Parsons, a diferenciação social, ao invés de conduzir à integração, levaria ao implemento do risco na sociedade moderna. Segundo esse autor, “tôt ou tard, l’accent mis au départ sur la différenciation sociale glisse nettement vers le problème de l’intégration de la société. [...] D’ailleurs, c’est dans cette oscillation entre différence et intégration que doit se lire l’histoire de cette matrice. [...] Avec Niklas Luhmann nous assistons à un reversement radical de cette matrice. Le problème de l’intégration de la société est entièrement sacrifié au profit de la différenciation sociale”. MARTUCCELLI, Danilo. Op. cit., p. 31 e 33.

¹⁸ Cf. MARTUCCELLI, Danilo. op. cit., p. 369-373.

¹⁹ Após analisar a tese proposta por Henry James Sumner Maine no livro *Ancient Law*, Luhmann alude à obra de Durkheim enfatizando que a mesma teria engendrado um novo impulso à sociologia do direito que ele considera como “erstmalig eigentlich soziologischen”. Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 15.

2. A sociologia do direito

No livro intitulado *Sociologia do direito*, Luhmann enfatiza o caráter inovador assumido pela abordagem sociológica em relação à tradição doutrinária (*Lehrtradition*), desenvolvida na Europa, no que concerne à análise da relação entre direito e sociedade. Segundo Luhmann, nessa tradição o direito seria encarado como um dado essencial e inerente às associações humanas (*menschlicher Verbände*), de modo a ser concebido como imanente à natureza e enredado indissolúvelmente a outros traços característicos da sociedade, tais como as relações de amizade (*Freundschaft*) e as relações de hierarquia (*Rangverhältnissen*) e de dominação (*Herrschaft*).²⁰

Assim, para o pensamento jusnaturalista (*naturrechtlichen Denken*) o convívio na sociedade humana não delinearía apenas uma normatividade abstrata engendrando, além disso, normas determináveis em sua substância e capazes de reivindicar para si um surgimento e uma verdade naturais. Nesse sentido, além de sustentar a ligação indissolúvel entre direito e sociedade, essa tradição também postularia uma segunda tese consistente na existência de certas normas que seriam igualmente válidas a todas as sociedades. Entretanto, segundo Luhmann, as próprias comparações históricas e etnográficas realizadas a partir do século XIX teriam solapado essa pretensão de postular invariâncias normativas de modo a indicar o caráter contingente na formação do direito.²¹

É nesse ponto que, segundo ele, a sociologia do direito, que surge na segunda metade do século XIX, se afastaria dessa tradição de análise da relação entre direito e sociedade. Para Luhmann, também a sociologia poderia aceitar a tese do liame indissolúvel entre direito e sociedade, porém não a postulação que dela se segue de que, em virtude desse liame, haveria certas normas jurídicas igualmente válidas para todas as sociedades. Nesse sentido, a sociologia do direito enfocaria o direito como uma construção em princípio indispensável, porém formado a partir da contingência das relações humanas sendo, portanto, também ele contingente e desprovido de normas com pretensão de validade genérica.²²

Assim, segundo Luhmann, o distanciamento em relação à visão interna (*Innenansicht*) do direito e a pretensão de sua fundamentação moral caracterizariam os esforços do que ele denomina de “abordagens clássicas da sociologia do direito”

²⁰ Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. 3. Aufl. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987, p. 10.

²¹ Cf. Id. *Ibid.*, p. 11. No que concerne ao impacto das análises que poderiam ser denominadas, genericamente, de antropológicas acerca do direito e que recobrem o campo da etnografia, ver: ROULAND, Norbert. *Anthropologie Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1988, p. 47 e ss. ; _____, Jacques. *Anthropologie Juridique*. Paris: Dalloz, 1996, p. 14 e ss.

²² Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, cit., p. 11.

(*klassische ansätze zur Rechtssoziologie*).²³ Para Luhmann, essas abordagens seriam compreendidas como sociológicas justamente em virtude desse distanciamento²⁴ e da avaliação moral a partir de perspectivas incongruentes. Nesse contexto, apesar das diferenças entre as diversas versões dessas abordagens clássicas da sociologia do direito, seria possível reconhecer algumas premissas que lhes seriam comuns, quais sejam: a) o direito é diferenciado como estrutura normativa da sociedade, como um conjunto fático de vida e de ação (*Das Recht ist nicht mehr die Gesellschaft*); b) direito e sociedade passam a ser definidos como duas variáveis dependentes entre si cuja correlação, no século XIX, é concebida, em sua variação, em termos evolucionistas, como expressão de um progresso regular da civilização; c) em tais condições são estabelecidas hipóteses empiricamente controláveis e verificáveis (*empirisch überprüfbare Hypothesen*) sobre a relação entre direito e sociedade a partir de observações da correlação em suas variações.²⁵

Com o intuito de elucidar os pressupostos e as limitações das abordagens clássicas da sociologia do direito, Luhmann realiza uma breve compilação comparativa de algumas de suas mais expressivas variações. Para tanto, reconstrói, em linhas gerais, as perspectivas de Karl Marx, Henry Sumner Maine, Émile Durkheim e Max Weber, na qualidade de autores típicos dessa abordagem clássica, e de Eugen Ehrlich e de Talcott Parsons como autores atípicos.²⁶ Para efeito da presente análise, pelas razões já indicadas, será retomada a contraposição da proposta de Luhmann com a de Durkheim como forma de avaliar os pretensos ganhos que a teoria dos sistemas traria para a análise sociológica do direito.

3. Direito e sociedade na obra de Émile Durkheim

Num exame comparativo entre os pensamentos de Émile Durkheim e Max Weber, Wolfgang Schluchter ressalta que para ambos o direito seria concebido como uma condição constitutiva da vida social que precisaria ser analisada no contexto de uma teoria geral da sociedade. Entretanto, para Durkheim o direito seria concebido como a condição constitutiva da vida social, enquanto que para Weber ele representaria uma condição entre outras.²⁷ Conforme se indicará a seguir, o direito, de fato, assume na obra de Durkheim um especial relevo, pois reproduziria as principais formas da solidariedade social.

²³ Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. 3. Aufl. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987, p. 12.

²⁴ Em obras posteriores, Luhmann se referirá à especificidade da abordagem sociológica acerca do direito em termos de “descrição externa” (*Fremdbeschreibung*). Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 17 e ss.; 496 e ss. (trad. ingl., p. 59 e ss.; 423 e ss.; trad. esp., p. 70 e ss.; 567 e ss.).

²⁵ Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 12.

²⁶ Cf. *Idem*, *ibidem*, p. 12 e ss.

²⁷ Cf. SCHLUCHTER, Wolfgang. La sociologie du droit comme théorie empirique de la validité. In: HEURTIN, Jean-Philippe; MOLFESSIS, Nicolas. *La sociologie du droit de Max Weber*. Paris: Dalloz, 2006, p. 4. Note-se que, conforme enfatiza Luhmann, Parsons procura conjugar os pensamentos de Durkheim e de Weber.

Segundo Schluchter, a sociologia de Durkheim teria unido de uma maneira bastante peculiar duas tradições de pensamento. De um lado, estaria o pensamento francês, representado, sobretudo, por Auguste Comte, que consideraria a sociologia como uma ciência positiva – como uma física social. De outro, estaria o pensamento alemão, representado, sobretudo, por Wilhelm Wundt, a partir de sua “psicologia dos povos” (*psychologie des peuples*), em cujo bojo haveria a proposta de conceber a sociologia não apenas como uma “ciência da humanidade e de sua moral”, mas como uma “ciência dos diferentes povos e suas morais”²⁸ Assim, segundo Schluchter, na obra de Durkheim, a filosofia cartesiana francesa e o kantismo alemão, embora modificados em virtude de um método empírico e indutivo, estariam conjugados para constituir a sociologia, entendida como uma espécie de psicologia social, na qual uma “metafísica dedutiva” dos costumes e do direito seria substituída por uma “física indutiva” dos costumes e do direito.²⁹

O ponto central dessa “física dos costumes e do direito” (*physique des mœurs et du droit*) consistiria numa análise comparativa das regras de conduta garantidas por sanções. É por esse motivo que Schluchter enfatiza que no centro da abordagem de Durkheim encontrar-se-ia uma análise sociológica das regras, em particular das regras jurídicas numa perspectiva comparativa.³⁰ Todos esses aspectos aparecem expressos na obra *De la division du travail social*, que servirá de base para a presente análise, na qual Durkheim enfoca, de forma contraposta, duas maneiras de articulação do liame social: a “solidariedade mecânica” (*solidarité mécanique*) e a “solidariedade orgânica” (*solidarité organique*).³¹ O contraste entre essas duas formas de solidariedade social serve a Durkheim como mecanismo de solução à questão de como se operam as relações entre indivíduo e sociedade. O problema fundamental de sua abordagem, nessa obra, consiste em explicar como o indivíduo, mesmo

Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 19-20. Gabriel Cohn, entretanto, enfatiza o distanciamento das obras desses dois autores, a despeito da tentativa empreendida por Parsons de aproximá-los. Cf. COHN, Gabriel. *Crítica e resignação: Max Weber e a teoria social*. 2ª ed. atual. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 45. Para uma análise acerca do modo pelo qual Parsons se apropria das obras de Durkheim e de Weber, ver: MARTUCCELLI, Danilo. Op. cit., p. 68-73.

²⁸ Cf. SCHLUCHTER, Wolfgang. op. cit., p. 5. Para uma análise da influência de Durkheim sobre o pensamento de Marcel Mauss, ver: TAROT, Camille. *Sociologie et anthropologie de Marcel Mauss*. Paris: La Découverte, 2003, p. 18 e ss. Ver também: LÉVI-STRAUSS, Claude. *Ce que l'ethnologie doit à Durkheim*. In: _____. *Anthropologie structurale deux*. Paris: Plon, 2006, p. 57-62.

²⁹ Segundo Schluchter, “à la place d’une *métaphysique déductive* des mœurs et du droit, il devait y avoir une *physique inductive* des mœurs et du droit. Pour Durkheim, il ne s’agissait pas là des faits physiques mais psychiques, non de faits individuels mais sociaux, donc de faits qui naissant de l’association des individus, qui revêtent une grande variabilité historique et posèdent un caractère *sui generis*”. SCHLUCHTER, Wolfgang. op. cit., p. 5.

³⁰ É, por essa razão que Schluchter enfatiza que na obra de Durkheim “la sociologie est avant tout une sociologie comparative du droit.” Idem ibidem, p. 6.

³¹ A “solidariedade mecânica” e a “solidariedade orgânica” são tratadas por Durkheim, respectivamente, nos capítulos II e III da obra intitulada “De la division du travail social”. Cf. DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*. 8e édition. Paris: P.U.F., 1967, p. 35-102.

se tornando mais autônomo, mostra-se mais estreitamente dependente da sociedade.³² Aliás, é por essa razão que Raymond Aron, sublinha que o tema fundamental desse livro de Durkheim consiste no exame das relações entre indivíduos e sociedade.³³

Segundo Durkheim, a solidariedade mecânica corresponderia a sociedades ditas segmentárias, nas quais os indivíduos seriam semelhantes no que concerne à partilha dos elementos constitutivos da consciência comum.³⁴ Em tais sociedades não haveria nem especialização de funções nem de indivíduos os quais se encontrariam amalgamados nos grupos por eles compostos. Sem entrar na discussão relativa ao “evolucionismo” na obra de Durkheim, cabe notar que tais sociedades seriam cronologicamente as primeiras.³⁵ Por outro lado, a solidariedade orgânica corresponderia a sociedades caracterizadas pela diferenciação funcional, nas quais haveria uma divisão de funções e de indivíduos e a formação de subgrupos especializados que reforçariam a individualização, fazendo com que os indivíduos sejam considerados como fonte autônoma de pensamento e ação.³⁶ Trata-se, portanto, de dois sistemas distintos de relações sociais.³⁷

³² Durkheim ressalta que que “quant à la question qui a été l’origine de ce travail, c’est celle des rapports de la personnalité individuelle et de la solidarité sociale. Comment se fait-il que, tout en devenant plus autonome, l’individu dépende plus étroitement de la société? Comment peut-il être à la fois plus personnel et plus solidaire? Car il est incontestable que ces deux mouvements, si contradictoires qu’ils paraissent, se poursuivent parallèlement. Tel est le problème que nous nous sommes posé. Il nous a paru que ce qui résolvait cette apparente antinomie, c’est une transformation de la solidarité sociale, due au développement toujours plus considérable de la division du travail.” DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*, p. XLIII-XLIV.

³³ Cf. ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Tradução de Sérgio Bath. 6ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 458.

³⁴ Durkheim ressalta que “l’ensemble des croyances et des sentiments communs à la moyenne des membres d’une même société forme un système déterminé qui a sa vie propre; on peut l’appeler la *conscience collective* ou *commune*”. DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*, p. 46.

³⁵ A esse respeito, Jean Baechler, em comunicação oral dada por ocasião de um colóquio, realizado em 2008, como comemoração aos 150 anos de nascimento de Durkheim, enfatizou justamente essa problemática. Um apanhado das publicações que ocorreram em virtude das comemorações do 150º aniversário de Durkheim, ver: MERLLIÉ, Dominique. L’“année” durkheimienne 2008. *Revue Philosophique de la France et de l’étranger*, n. 2 – avril-juin 2009, p. 217-230.

³⁶ Comentários acerca dessa tese de Durkheim podem ser encontrados, por exemplo, em: STEINER, Philippe. *La sociologie de Durkheim*. Paris: La Découverte, 2005, p. 20; SCHLUCHTER, Wolfgang. Op. cit., 9; ARON, Raymond. Op. cit., p. 466 e ss.; CLADIS, Mark S. Beyond solidarity? Durkheim and twenty-first century democracy in a global age. In: ALEXANDER, Jeffrey C.; SMITH, Philip. (Eds.) *The Cambridge Companion to Durkheim*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 384-386; LAYDER, Derek. *Modern social theory: key debates and new directions*. London: Routledge, 2003, p. 49-50; LEHMANN, Jennifer M. *Deconstructing Durkheim: a post-post-structuralist critique*. London: Routledge, 1993, p. 46-50. Para uma comparação da tese de Durkheim com a de Ferdinand Tönnies, ver: DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Paris: Éditions du Seuil, 2010, p. 240-241. Para uma análise introdutória que compara Tönnies e Weber, ver: COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. *La sociologie de Max Weber*. Paris: Éditions La Découverte, 2006, p. 99. Para uma análise que articula Tönnies, Durkheim, Weber e Luhmann, ver: NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, p. 11-18.

³⁷ No que concerne à diferença entre solidariedade mecânica e orgânica, Luc Boltanski e Ève Chiapello enfatizam que “c’est sans doute aussi au développement des capacités critiques que Durkheim pensait quand il opposait la solidarité mécanique à la solidarité organique. Tandis que, dans le cadre de la première, la

Ao contrastar essas duas formas de solidariedade, Durkheim enfatiza, sobretudo, os seguintes aspectos: a) enquanto na solidariedade mecânica a relação entre indivíduo e sociedade ocorre sem que haja nenhuma intermediação, na solidariedade orgânica tal relação é intermediada pela pertença a grupos especializados; b) enquanto na solidariedade mecânica a sociedade é vista como um conjunto mais ou menos organizado de crenças e sentimentos comuns a todos os membros do grupo, nas sociedades em que vige a solidariedade orgânica verifica-se a presença de um sistema de funções diferentes e especializadas unidas por relações definidas; c) a intensidade da solidariedade mecânica é inversamente proporcional à da personalidade individual, ou seja, atinge seu apogeu quando a consciência coletiva recobre exatamente nossa consciência total e coincide em todos os pontos com ela. Contrariamente, a solidariedade orgânica, produzida pela divisão do trabalho social, pressupõe a personalidade e a esfera de ação própria dos indivíduos. Assim, é preciso que a consciência individual não fique integralmente recoberta pela consciência coletiva.³⁸ Philippe Steiner³⁹ representa esquematicamente essas duas formas de solidariedade da seguinte maneira:

Natureza da Sociedade	Individualização	Relação do indivíduo com o grupo	Tipo de solidariedade
Conjunto organizado de crenças e sentimentos comuns	Fraca	Direta	Mecânica
Sistema de funções especializadas unidas por relações definidas	Forte	Indireta. Intermediada por grupos especializados	Orgânica

Entretanto, segundo Durkheim, essas formas de solidariedade social não seriam passíveis de observação direta,⁴⁰ o que implicaria, conforme bem o nota Philippe

critique consiste essentiellement à sanctionner les transgressions, jugées scandaleuses, la seconde, associée à des formes étendues de division du travail, à une conscience plus grande de la pluralité et, par là, à des prétensions diversifiées à la légitimité, ouvre la voie à un conflit des interprétations et en quelque sorte à l'institutionnalisation de la critique sociale." BOLTANSKI, Luc; CHIAPPELLO, Ève. *Le nouvel esprit du capitalisme*. Paris: Gallimard, 1999, p. 588.

³⁸ Cf. DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*, p. 99-101.

³⁹ STEINER, Philippe. Op. cit., p. 20

⁴⁰ Conforme ressalta Durkheim, "la solidarité est quelque chose de trop indéfini pour qu'on puisse aisément l'atteindre. C'est une virtualité intangible qui n'offre pas prise à l'observation." DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*, p. 32.

Steiner, a escolha de um “indicador” para aquilatar o objeto e seu processo de evolução.⁴¹ O indicador utilizado por Durkheim é o direito que, segundo ele, codificaria as regras imperativas da vida social, reproduzindo, assim, as principais formas da solidariedade social.⁴² Ademais, justamente porque o direito sempre variaria conforme as relações sociais por ele regradas, seria possível enfocá-lo como a forma exterior que simboliza os tipos de solidariedade de cimentam a vida social.⁴³ É por essa razão que, a partir da classificação dos diferentes modos de manifestação do direito, seria possível expressar as formas de solidariedade social que escapariam à observação direta.⁴⁴

Nesse sentido, para classificar as formas de solidariedade social (mecânica e orgânica), concebidas como expressão de um fenômeno moral e, por essa razão, inacessível à observação e à mensuração, Durkheim propõe que se enfoque o direito como fato exterior que as simbolizaria. O pressuposto de sua tese é que seria possível encontrar refletidas no direito toas a variações essenciais da solidariedade social.⁴⁵ Nesse sentido, distingue, de um lado, o direito repressivo (*droit répressif*), característico de sociedades nas quais haveria a presença intensa de crenças e práticas comuns, que Durkheim denomina de “consciência coletiva” (*conscience collective*) e, de outro, o direito restitutivo (*droit restititif*), característico de sociedades funcionalmente diferenciadas, nas quais, como decorrência, não haveria uma presença intensa de crenças e práticas comuns que caracterizam a consciência coletiva. Para distinguir essas duas formas de direito, Durkheim aponta os tipos de sanção que lhes são características. A classificação das regras jurídicas em função dos tipos de sanção ligadas a elas seria metodologicamente possível, pois Durkheim define o direito como “regra de conduta sancionada” (*règle de conduite sanctionnée*).⁴⁶

Assim, direito repressivo e direito restitutivo se distinguiriam justamente porque ao primeiro corresponderia uma sanção consistente essencialmente numa dor ou,

⁴¹ Cf. STEINER, Philippe. Op. cit., p. 19.

⁴² A esse respeito, Durkheim ressalta que “puisque le droit reproduit les formes principales de la solidarité sociale, nous n’avons qu’à classer les différentes espèces de droit pour chercher ensuite quelles sont les différentes espèces de solidarité sociale qui y correspondent.” DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*, p. 32. É por essa razão que Javier Treviño ressalta que “since social solidarity cannot be observed and thus measured directly, Durkheim uses Law as a methodological indicator to measure it indirectly.” TREVIÑO, A. Javier. *The sociology of Law: classical and contemporary perspectives*. New Brunswick, N.J.: Transaction Publishers, 2008, p. 239.

⁴³ Durkheim ressalta que “le droit varie toujours comme les relations sociales qu’il règle.” DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*, p. 102.

⁴⁴ Cf. STEINER, Philippe. Op. cit., p. 19.

⁴⁵ Segundo Durkheim, “il faut donc substituer au fait interne qui nous échappe un fait extérieur qui le symbolise et étudier le premier à travers le second. Ce symbole visible, c’est le droit. [...] Nous pouvons donc être certains de trouver reflétées dans le droit toutes les variétés essentielles de la solidarité sociale.” DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*, p. 28-29. Em sentido semelhante, ver _____. *Les règles de la méthode sociologique*. Paris: P.U.F., 1987.

⁴⁶ Cf. DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*, p. 33.

pelo menos, numa diminuição infligida ao agente. Esse tipo de sanção seria, portanto, repressiva. Por outro lado, a sanção correspondente ao direito restitutivo não implicaria necessariamente um sofrimento do agente, mas uma reparação das coisas (*remise des choses en état*), ou seja, o restabelecimento das relações perturbadas sob sua forma normal, seja mediante a recondução coercitiva da conduta desviante ao que foi preceituado pela norma violada, seja mediante a anulação da ação praticada, com a decorrente privação de todo seu valor social.⁴⁷ Feita essa classificação das sanções, seria possível derivar dela duas grandes espécies de regras jurídicas: 1- as que ostentam sanções repressivas organizadas; 2- as que ostentam apenas sanções restitutivas. As primeiras seriam características do direito penal. As segundas seriam próprias do direito civil, direito comercial, direito processual, direito administrativo e constitucional, abstração feita às regras penais que possam, porventura, estar entre elas.⁴⁸

Procurando sintetizar alguns dos traços principais da abordagem sociológica de Durkheim acerca do direito, Schluchter indica as seguintes teses que lhe seriam fundamentais: a) a tese da correspondência, segundo a qual a evolução do direito acompanharia o desenvolvimento social; b) a tese da representação, a partir da qual o direito simbolizaria os estados do desenvolvimento social; c) a tese do conhecimento, consistente na pressuposição de que o direito serviria de indicador das condições sociais; d) a tese da hierarquia, que serviria para ressaltar a preponderância do direito sobre os costumes; e) a tese da coerção, segundo a qual as obrigações seriam coercitivas.⁴⁹ Não cabe aqui, entretanto, aprofundar essa análise, pois o que se pretende é simplesmente indicar o contorno geral do argumento de Durkheim que é objeto da crítica de Luhmann.

Nesse sentido, importa ressaltar, sobretudo, a existência de uma ampla abordagem do direito na obra de Durkheim que, entretanto, se desenvolve no bojo de sua análise referente às formas de solidariedade social. Conforme ressalta Luhmann, a obra de Durkheim apontaria as bases não-contratuais e, portanto, sociais do contrato⁵⁰. Enfatizando justamente esse mesmo aspecto da obra de Durkheim, Raymond Aron ressalta que:

poder-se-ia acreditar que Durkheim encontra assim uma ideia que tinha uma função importante na sociologia de Spencer e nas teorias dos economistas clássicos: a ideia de que a sociedade moderna se baseia essencialmente no contrato, isto é, em acordos concluídos livremente pelos indivíduos. Neste caso, a visão de Durkheim se ajustaria de certo modo à fórmula clássica 'do estatuto ao contrato' [...]. Mas não é

⁴⁷ Cf. Id. *Ibid.*, p. 33-34.

⁴⁸ Cf. Id. *Ibid.*, p. 34.

⁴⁹ Cf. SCHLUCHTER, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 7.

⁵⁰ Nesse particular, Luhmann ressalta que "Émile Durkheim weist in gezielter Polemik auf die nichtvertraglichen (und damit: gesellschaftlichen!) Grundlagen des Vertrags hin". LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 15.

essa a ideia de Durkheim. Para ele, a sociedade moderna não se baseia no contrato, como a divisão do trabalho não se explica a partir de decisões racionais dos indivíduos de repartir as ocupações para aumentar a produção coletiva. Se a sociedade moderna fosse ‘contratualista’ poderia ser explicada pelo comportamento dos indivíduos. Ora, o que o sociólogo quer demonstrar é precisamente o contrário. Opondo-se assim aos ‘contratualistas’ como Spencer, e aos economistas, Durkheim não nega que nas sociedades modernas os contratos concluídos livremente pelos indivíduos tenham um papel importante. Mas esse elemento contratual é um derivado da estrutura da sociedade, e até mesmo um derivado do estado de consciência coletiva da sociedade moderna.⁵¹

Isso decorreria do fato de que Durkheim concebe o direito, enquanto regramento moral, como expressão da solidariedade de uma determinada sociedade. Assim, tal como ocorre com o tipo de solidariedade, também o direito seria determinado pela forma de diferenciação social e se modificaria no bojo do desenvolvimento da sociedade que, como se sabe, para Durkheim, consiste numa reorganização da sociedade da forma segmentária de diferenciação para a funcional, pautada pela divisão do trabalho social.⁵² Acerca dessa questão Raymond Aron ressalta que “a divisão do trabalho é um fenômeno social; o de uma combinação do volume, densidade material e moral da sociedade.[...] Assim, quanto mais intenso o relacionamento entre os indivíduos, maior a densidade. A diferenciação social resulta da combinação dos fenômenos do volume e da densidade material e moral.”⁵³

Tendo isso em vista, Luhmann ressalta que a questão decisiva para Durkheim seria relativa à “complexidade estruturalmente permissível” (*strukturell zugelassener Komplexität*), ou seja, o que lhe importa essencialmente seria o tipo de diferenciação sistêmica (*Systemdifferenzierung*) e apenas secundariamente a forma do direito (*die Form des Rechts*), ainda que a conceba como estreitamente vinculada à forma da diferenciação.⁵⁴ Como decorrência, segundo Luhmann, Durkheim não teria ido além da constatação de uma realidade social autônoma do dever-ser normativo que integra ordens sociais diferenciadas e determina não apenas o comportamento normal, mas também o

⁵¹ ARON, Raymond. Op. cit., p. 469.

⁵² Nesse particular, Danilo Martuccelli, contrastando as perspectivas de Durkheim e Luhmann, ressalta que “même s’il est possible de repérer un air de famille entre la thèse de la division du travail, celle de la différenciation des rôles et la différenciation systémique à proprement parler, il n’empêche aucunement l’établissement d’une différence substantielle.” MARTUCCELLI, Danilo. Op. cit., p. 593.

⁵³ ARON, Raymond. Op. cit., p. 472.

⁵⁴ Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 16.

divergente e até mesmo o comportamento “anômico”, inclusive o suicídio. Desse modo, não teria chegado a um conceito mais preciso de direito.⁵⁵

4. A abordagem sociológica do direito proposta por Niklas Luhmann

Comparada às obras clássicas da sociologia como as de Durkheim e de Weber, também a de Luhmann insere a abordagem do direito no âmbito de uma análise mais ampla da sociedade. Porém, uma das características da abordagem de Luhmann está no fato de que, embora insira tal análise no âmbito de sua teoria da sociedade, procura também enfocar as especificidades do direito, concebido como um sistema que, ao lado de outros, compõe a sociedade. É nesse sentido que Schluchter ressalta que a teoria de Luhmann, tal como também a de Habermas, seria expressão atual da integração da sociologia do direito no âmbito de uma teoria social geral.⁵⁶ Assim, uma das especificidades de sua teoria está no fato de que a mesma não torna o direito um objeto disperso em meio a uma abordagem mais ampla da sociedade. Ao contrário, nela, o direito aparece como objeto prioritário de análise. Esse seria um traço distintivo fundamental de sua abordagem em comparação com a de Durkheim, por exemplo.

É, nesse sentido, que autores como Richard Nobles e David Schiff, por exemplo, ressaltam que a obra de Luhmann consistiria, provavelmente, na mais importante, original e completa abordagem feita por um teórico social acerca do direito na segunda metade do século XX. Conforme ressaltam esses autores, a perspectiva de Luhmann seria expressão de uma genuína abordagem sociológica do direito que o concebe como um subsistema ou sistema parcial (*Teilsystem*) que, ao lado de outros (política, economia, arte, ciência etc), compõe a complexa sociedade moderna.⁵⁷ Trata-se de uma elaboração teórica extremamente sofisticada, na qual direito e sociedade são concebidos como sistemas comunicacionais e na qual a sociedade é definida como o sistema que abarca toda a comunicação.⁵⁸ Ou seja, não há comunicação que não seja comunicação social.

⁵⁵ Cf. Id. *Ibid.*, p. 18.

⁵⁶ Cf. SCHLUCHTER, Wolfgang. *op. cit.*, p. 26.

⁵⁷ Essa apreciação aparece na excelente introdução à versão inglesa do livro *Das Recht der Gesellschaft*. Cf. NOBLES, Richard; SCHIFF, David. Introduction. In: LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 1.

⁵⁸ Cf. LUHMANN, Niklas. The world society as a social system, p. 178-179. Para uma profunda análise acerca do conceito de comunicação que também o relaciona ao de sociedade, ver, sobretudo: LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme - Grundriß einer allgemeinen Theorie*, p. 191-241. (trad. ingl., p. 137-175; trad. esp., p. 140-171). Nesse particular, note-se que “si la société n’est constituée par rien d’autre que par l’intégralité des communications réellement effectuées, les sciences sociales ne sauraient faire exception. Elles opèrent bien sur le même plan que la société en general qui est donc celui de la communication. Les sciences sociales se heurtent ainsi à l’obstacle suivant: communiquer *sur* la société, c’est communiquer aussi *dans* la société.” BORNHAUSEN, Stéphane. La théorie de la théorie chez Niklas Luhmann. In: *Hermès*, 22, 1998, p. 45.

Assim sendo, o direito também teria a comunicação como elemento de sua reprodução, processando-a, porém, de uma maneira específica.

Conforme já mencionado, Luhmann procura elaborar uma teoria sociológica que seja compatível com o nível de complexidade da sociedade moderna. Esse projeto de uma “mudança de paradigma” implica a utilização de instrumentos conceituais novos, inconciliáveis com as análises clássicas, ainda muito adstritas às formulações de autores como Weber, Durkheim, Simmel e Marx. Assim, sua proposta de alteração teórico-conceitual tem por finalidade aparelhar a sociologia para uma descrição adequada de uma sociedade cujo grau de complexidade extrapolaria, segundo ele, o potencial analítico das abordagens tradicionais. O foco de sua obra é, portanto, a sociedade moderna, funcionalmente diferenciada, na qual cada subsistema desenvolve sua função específica que seria balizada por um código binário exclusivo. Essa abordagem levaria ao extremo de radicalização a tese da diferenciação social,⁵⁹ assumindo uma visão acêntrica e fragmentária da sociedade moderna que, em sua policontextualidade, admitiria uma série de discursos sociais concorrentes e, muitas vezes, conflitantes.

O presente artigo procurará examinar como o direito, entendido em termos de um subsistema funcional autopoiético que compõe a sociedade moderna (funcionalmente diferenciada), é enfocado a partir da teoria dos sistemas. Sua pretensão, portanto, é apenas ressaltar os contornos da abordagem sociológica proposta por Luhmann em relação ao direito. Nesse sentido, não constitui pretensão deste artigo tecer maiores considerações acerca do modo pelo qual Luhmann, a partir dessa teoria, descreve o sistema jurídico. As breves considerações que serão feitas ao direito, a partir do enfoque que lhe é dado por Luhmann, servirão apenas para sustentar a análise da especificidade de sua abordagem teórica.

A esse respeito, cabe observar, desde logo, que é justamente o direito da sociedade moderna que constitui o objeto da descrição feita por Luhmann⁶⁰ que, ao focar esse subsistema, procura demonstrar a maior capacitação de sua teoria para a consecução dessa descrição. Segundo ele, uma sociedade complexa somente pode ser descrita adequadamente a partir de uma teoria igualmente complexa e isso seria extensivo ao direito dessa sociedade.⁶¹ Isso decorre da estreita ligação existente entre a análise realizada por Luhmann, no que tange ao direito, e as referentes à sociedade como um todo,

⁵⁹ A esse respeito, Danilo Martuccelli ressalta que a radicalização da abordagem de Luhmann seria tão intensa que, quando comparada às teorias de Durkheim e Parsons, constituiria inclusive uma torção no âmbito da matriz da diferenciação, uma vez que sacrificaria a questão da integração social. Segundo Martuccelli, “avec Niklas Luhmann nous assistons à un renversement radical de cette matrice. Le problème de l’intégration de la société est entièrement sacrifié au profit de la différenciation sociale”. MARTUCCELLI, Danilo. Op. cit., p. 33.

⁶⁰ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 7 (trad. ingl., p. vii; trad. esp., p. 58).

⁶¹ Cf. Id. *Ibid.*, p. 26 (trad. ingl., p. 67; trad. esp., p. 79).

o que permite afirmar que a sociologia jurídica de Luhmann consistiria basicamente na aplicação de todo o aparato teórico-metodológico de sua teoria da sociedade ao estudo de um subsistema específico, que no caso é o direito.⁶²

Desde logo é possível observar que aquilo que, no plano da sociedade, aparece como uma fragmentação social insuperável se reflete no âmbito do direito como um problema de delimitação do subsistema do direito em relação ao seu ambiente intra-social (*innergesellschaftliche Umwelt*), que abrange os demais subsistemas funcionais, e o seu ambiente extra-social (*außergesellschaftliche Umwelt*), composto pelo homem, e tudo o mais que não se reproduza com base na comunicação.⁶³ Nesse sentido, Luhmann ressalta que uma teoria que pretenda descrever o direito na sociedade moderna deve, necessariamente, ser capaz de indicar quais são os limites desse subsistema, o que, em última instância, remete para a questão de sua identidade.

Tomando esses aspectos como premissa, Luhmann ressalta que tanto na tradição romanística do direito civil (*Tradition des römischen Zivilrechts*) como na da *Common Law*, se desenvolveram teorias jurídicas (*juristische Theorien*) dos mais variados tipos. Tais teorias teriam se desenvolvido em duas frentes: uma direcionada para a condensação de sentido, voltada à prática jurídica, visando a fundamentação de decisões mais sólidas e consistentes, e outra direcionada ao ensino jurídico, com vistas à elaboração de sistematizações e conceituações para a formação dos juristas.⁶⁴ Trata-se, assim, de uma visão do direito voltada à prática e à educação. Não cabe aqui aprofundar a análise de Luhmann acerca do modo pelo qual essas teorias se desenvolvem. De um modo geral, Luhmann ressalta que as “teorias do direito” (*Rechtstheorien*), surgidas tanto da prática jurídica (*Rechtspraxis*) como do ensino jurídico (*Rechtsunterricht*), seriam expressão, tal como ocorre com os textos do direito vigente, da forma pela qual o direito se apresenta como resultado de interpretações. Luhmann ressalta, ainda, que mais

⁶² “La Sociología del Derecho luhmanniana [...] no puede entender-se fuera del marco teórico y metodológico en el que se inserta. Con las necesarias salvedades, realizadas por autor para evitar extrapolaciones, el análisis del derecho no es sino la aplicación al estudio de un subsistema social de los métodos y elementos teóricos elaborados por Luhmann en su teoría de la sociedad”. ALCOVER, Pilar. Giménez. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: J. M. Bosch, 1993, p. 165. No mesmo sentido, André-Jean Arnaud ressalta que “la théorie de Niklas Luhmann, même si certains la taxent de labyrinthique, constitue une tentative de resituer le droit à l’intérieur d’une théorie générale de la société”. ARNAUD, André-Jean. Préface. In: _____; GUIBENTIF, Pierre. *Niklas Luhmann: observateur du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. p. 6. (Droit et Société.) Aliás, vale notar que, após a edição do livro *Soziale Systeme* (1984), cujo intuito foi sistematizar os elementos centrais da teoria dos sistemas, Luhmann se dedicou à análise dos vários sistemas funcionais que compõem a sociedade moderna, publicando as seguintes obras: *Die Wirtschaft der Gesellschaft* (1988); *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1990); *Das Recht der Gesellschaft* (1993); *Die Kunst der Gesellschaft* (1995) e *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (1997). Postumamente foi editado o livro *Die Politik der Gesellschaft* (2000).

⁶³ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 23. (trad. ingl., p. 65; trad. esp., p. 76).

⁶⁴ Cf. Id. *Ibid.*, p. 9. (trad. ingl., p. 53; trad. esp., p. 61).

recentemente, nesse âmbito da autodescrição do sistema jurídico, teriam surgido novas iniciativas que não estariam circunscritas às “teorias dogmáticas” e à “filosofia do direito” (*Rechtsphilosophie*). Tais iniciativas estariam, segundo ele, articuladas ao redor do rótulo de “teoria do direito” no singular (*Rechtstheorie*).⁶⁵ Tal como as “teorias dogmáticas” e a “filosofia do direito” a “teoria do direito” mesmo sendo expressão de novas tendências, constituiria expressão de uma perspectiva interna do sistema jurídico (*Binnenperspektiven des Rechtssystems*).⁶⁶ Assim, também a “teoria do direito” estaria atrelada ao conceito de norma como conceito fundamental (*Grundbegriff*). Tratar-se-ia também de uma “teoria reflexiva” do sistema jurídico.⁶⁷

A teoria do direito (*Rechtstheorie*) nasceu em conexão com as autodescrições do sistema jurídico. Expressa, assim, esforços teóricos que, mesmo sendo críticos, subsumem-se ao direito e declaram sua adesão às obrigações das normas correspondentes. Essa característica seria comum tanto às teorias jurídicas (*juristische Theorien*), desenvolvidas, sobretudo, a partir da prática casuística e referidas a princípios gerais, como às teorias da reflexão (*Reflexionstheorien des Rechtssystems*), que representam o valor específico da produção do direito e o sentido de sua autonomia.⁶⁸ Não cabe aqui aprofundar esse ponto. O que se pretende é simplesmente ressaltar que ainda que essas formas de autodescrição do sistema jurídico, sobretudo a que se expressa pela “teoria do direito” possam atingir altos níveis de abstração, elas se mantêm indissociavelmente ligadas à distinção entre fato e norma, que não é a distinção que baliza o conhecimento científico.⁶⁹

É por essa razão que Luhmann afirma que seria possível indicar outra maneira, completamente distinta, de utilizar o conceito de teoria, no âmbito de uma abordagem estritamente científica.⁷⁰ Essa outra forma de abordagem, que ostenta pretensões científicas, se colocaria como uma descrição externa do direito, que o concebe não como uma ordem normativa, mas, ao contrário, em termos factuais. Trata-se do âmbito

⁶⁵ Para uma análise semelhante que contrapõe a *philosophie du droit*, associada ao jusnaturalismo, à *théorie générale du droit*, ligada ao positivismo jurídico, ver: TROPER, Michel. *La philosophie du droit*. 2e. édition. Paris: P.U.F., 2008, p. 10-12.

⁶⁶ A respeito ver: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A historicidade da dogmática jurídica: uma abordagem a partir da *Begriffsgeschichte* de Reinhart Koselleck. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha da; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53 e 56; NEVES, Marcelo. *A institucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 154; TORRES NAFARRATE, Javier. La sociología del derecho de Niklas Luhmann. In: KROTZ, Esteban (Ed.). *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa, 2002, p. 310-312.

⁶⁷ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 11-12. (trad. ingl., p. 55-56; trad. esp., p. 64-65).

⁶⁸ Cf. Id.. *Ibid.*, p. 18. (trad. ingl., p. 60; trad. esp., p. 71).

⁶⁹ Cf. Id.. *Ibid.*, p. 12. (trad. ingl., p. 56; trad. esp., p. 65).

⁷⁰ Cf. Id.. *Ibid.*, p. 14. (trad. ingl., p. 57; trad. esp., p. 66).

da sociologia que, ao descrever o direito de fora, o toma como fato e não como norma. Essa distinção é muito bem ilustrada pelo quadro sinótico proposto por David Black na obra *Sociological Justice*, reproduzido na nota 95 do capítulo 11 do livro *Das Recht der Gesellschaft*, no qual Luhmann analisa a autodescrição do sistema jurídico.⁷¹ No quadro indicado abaixo, essa distinção fica claramente marcada:

	Jurisprudencial Model	Sociological Model
Focus	Rules	Social Structure
Process	Logic	Behavior
Scope	Universal	Variable
Perspective	Participant	Observer
Purpose	Practical	Scientific
Goal	Decision	Explanation

Entretanto, apesar dessa diferença em relação às teorias que expressam a autodescrição do sistema, a sociologia do direito, enquanto descrição externa, não pode desconsiderar o modo pelo qual seu objeto de análise se autodescreve. Deve, portanto, descrevê-lo tal como os juristas o entendem.⁷² Assim, embora a abordagem sociológica do direito, por ser expressão de uma observação externa, não esteja atrelada às normas internas do sistema jurídico, não deve equivocar-se em relação ao seu objeto de análise que, segundo Luhmann, consiste num objeto que se auto-observa e autodescreve. Nesse sentido, o compromisso com a auto-observação e a autodescrição do objeto é condição indispensável para uma descrição científica realista e, inclusive, empiricamente adequada (*empirisch adäquaten Beschreibung*).⁷³

Diante dessas duas formas de descrição (interna e externa), à primeira vista irreconciliáveis, se coloca a já referida questão da delimitação do direito, que deve fornecer ao menos um denominador comum a ambas, na medida em que se faz necessário definir acerca do que se está discutindo. Trata-se, entretanto, de uma questão que resvala no problema relativo a se esses limites seriam analíticos ou concretos, isto é, se decorreriam das descrições feitas pelo observador (teoria) ou se estariam inscritos no

⁷¹ Cf. BLACK, Donald. *Sociological Justice*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 3 e ss. *apud* LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 540. (trad. ingl., p. 457; trad. esp., p. 615).

⁷² Nesse particular, Luhmann ressalta a insuficiência das análises empíricas convencionais da sociologia do direito em descrever adequadamente o sistema jurídico. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 542-543. (trad. ingl., p. 458-459; trad. esp., p. 616-617).

⁷³ Cf. Idem, *ibidem*, p. 18. (trad. ingl., p. 60; trad. esp., p. 70).

próprio objeto (direito).⁷⁴ Segundo Luhmann, a opção pela perspectiva analítica, que para alguns parece ser a única viável cientificamente, pois do contrário passa a ser necessário assumir pressuposições ontológicas, pode conduzir a um subjetivismo que tornaria impossível a discussão interdisciplinar.⁷⁵ É justamente por isso que Luhmann afirma que é o próprio objeto (no caso o direito) que determina seus próprios limites. Trata-se de uma assertiva que encontra respaldo na teoria dos sistemas e que, estrategicamente, serve para que Luhmann postule a superioridade de sua perspectiva, uma vez que esta superaria o impasse gerado pelo subjetivismo, permitindo uma discussão interdisciplinar, sem com isso cair em uma abordagem ontológica.⁷⁶

O argumento de Luhmann caminha no sentido de demonstrar que a teoria dos sistemas superaria o perspectivismo das abordagens com pretensão científica, pois essa teoria já tomaria como premissa a distinção sistema/ambiente (*System/Umwelt*), o que lhe permitiria postular que é o objeto, no caso o sistema, que se delimita a si mesmo por meio de suas operações recursivas, dentre as quais se encontra a observação. Ademais, ao conceber que o direito é um subsistema comunicacional que se insere no âmbito da sociedade (sistema social que abrange toda a comunicação existente), a teoria dos sistemas superaria perspectivas problemáticas que concebem direito e sociedade como mutuamente excludentes. Com efeito, segundo Luhmann, fórmulas do tipo “direito e sociedade” que são muito recorrentes, conduziriam ao equívoco fundamental de pressupor a existência de um direito que pudesse ser apartado da sociedade. No entanto, o direito, por basear-se em comunicação, só existe *na* sociedade, e nunca fora dela. Ora, ao conceber o direito como inserido na sociedade, a teoria dos sistemas permitiria superar a dicotomia entre a autodescrição (*Selbstbeschreibung*), característica das teorias jurídicas, e a descrição externa (*Fremdbeschreibung*), própria das perspectivas com pretensões científicas, como é o caso da sociologia do direito.⁷⁷ Seria justamente por essa razão que, conforme indicado

⁷⁴ Cf. Idem, *ibidem*, p. 15 (trad. ingl., p. 57-58; trad. esp., p. 67-68).

⁷⁵ O perspectivismo analítico que centra no observador a possibilidade de delimitação do direito bloqueia o desenvolvimento de uma discussão interdisciplinar, pois, se o que delimita o objeto é a observação, então existirão tantos objetos quantos forem os observadores. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 15 (trad. ingl., p. 57-58; trad. esp., p. 67-68).

⁷⁶ Ao definir o direito como um subsistema autopoietico que determina ele mesmo seus próprios limites, Luhmann pretende superar a falsa necessidade de vinculação à perspectiva analítica por parte daqueles que visam descrever o direito sem recair numa abordagem ontológica. Pressupõe-se aqui a assunção das premissas do construtivismo epistemológico da teoria dos sistemas, o que, entretanto, nesse contexto da argumentação de Luhmann não é problematizado. Para uma análise da epistemologia construtivista aplicada ao direito, ver: TEUBNER, Gunther. *How the law thinks: toward a constructive epistemology of law*, p. 7 e ss.

⁷⁷ Segundo Luhmann, essa superioridade da teoria dos sistemas se expressaria a partir de quatro pontos fundamentais: 1. a teoria dos sistemas parte justamente da descrição de como se produz os limites do sistema em relação ao seu ambiente; 2. embora rejeite a perspectiva puramente analítica no que concerne à delimitação do direito, a teoria dos sistemas não exclui o fato de que tudo o que se afirma sobre o objeto radica no observador. A diferença passa a estar na definição do observador que, segundo Luhmann, deve

acima, Luhmann enfatiza que as descrições externas do direito, tais como as da sociologia, não poderiam desconsiderar as autodescrições de seu próprio objeto, ou seja, o sociólogo do direito não pode pretender descrever esse subsistema de forma desvinculada do modo pelo qual os juristas o entendem.⁷⁸ É por isso que se trata de observação de segunda ordem, pois são observações sobre observações. Com isso, a interdisciplinaridade deixa de ser obstada e passa a ser impulsionada.

A partir dessas constatações, Luhmann procura demonstrar que numa sociedade complexa, tal como a moderna, a teoria dos sistemas seria a única adequada para descrever o direito. Todas as teorias que procuram definir a unidade do direito, tais como o jusnaturalismo, o positivismo e mesmo as teorias sociológicas, inclusive aquelas que se baseiam no conceito de argumentação, conduziram a uma compreensão inadequada dos limites do direito, na medida em que ofereceriam distinções inapropriadas acerca do que é o direito e do que não é o direito. Isso fica muito claro, por exemplo, com o jusnaturalismo que, segundo Luhmann, embora tenha sido por séculos a semântica prevalente na autodescrição do sistema jurídico, fundamentava-se em premissas que não permitiam uma delimitação apropriada do direito.⁷⁹ Tal como se verá a seguir, o mesmo ocorreria atualmente, segundo Luhmann, com perspectivas, tais como a da *Law and economics* (encarada como uma espécie de continuação da perspectiva utilitarista que fundamenta a teoria do direito natural dos séculos XVII e XVIII) e as de Dworkin e Habermas, que também não seriam capazes de delimitar adequadamente o direito, separando-o daquilo que ele não é, ou seja, de seu ambiente.⁸⁰

Luhmann realiza extensas análises relativamente ao desenvolvimento dessas teorias que malogram na definição da unidade do direito. Não cabe aqui reconstituir senão o essencial dessas análises, pois o que se visa é apenas indicar os subsídios indispensáveis à compreensão do fundamento dessa superioridade postulada por Luhmann para a teoria

ser concebido como um observador de segunda ordem, ou seja, um *observador que observa observações*. Assim, o próprio objeto (no caso o direito) é observado pelo observador a partir do modo pelo qual opera sua distinção em relação ao seu ambiente; 3. a teoria dos sistemas se baseia numa epistemologia construtivista que, além dos subsistemas especializados em cognição (sistemas da ciência), abrange também todos os demais subsistemas que empregam observações autoproduzidas para regular suas relações com o ambiente, tais como: religião, economia, arte, política e direito; 4. a partir da assunção dessas premissas, a teoria dos sistemas permitira distinguir duas formas de observação do direito: uma jurídica (que seria interna) e outra sociológica (que seria externa). Desse modo, a teoria sociológica do direito forneceria uma descrição externa do sistema jurídico, enquanto a teoria do direito seria uma autodescrição do sistema jurídico. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 15-17 (trad. ingl., p. 58-60; trad. esp., p. 68-70).

⁷⁸ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 497. (trad. ingl., p. 424; trad. esp., p. 568).

⁷⁹ Referindo-se ao jusnaturalismo, Luhmann ressalta que este “finds itself in the embarrassing position of having to formulate an expression of unity for the difference of legal and illegal that, as a meta-norm, idea or ideal no longer fits the semantic domain of justice”. LUHMANN, Niklas. *Ecological communication*, p. 48.

⁸⁰ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 27-28; 515 e 521-522 (trad. ingl., p. 68; 437 e 442; trad. esp., p. 80; 587 e 594-595).

dos sistemas, e, sobretudo, para sua proposta de utilização dessa teoria como forma de “acoplamento estrutural” entre as descrições emanadas do sistema da ciência e as teorias reflexivas oriundas dos subsistemas funcionais da sociedade, dentre os quais se insere o direito.⁸¹ Não se pretenderá, portanto, ir além de uma sucinta alusão aos aspectos fundamentais do exame feito por Luhmann acerca da insuficiência das demais teorias para uma descrição adequada do direito na sociedade contemporânea. Se há uma relação entre estrutura social e semântica, e as análises de Luhmann indicam nessa direção,⁸² então é preciso admitir que a estrutura da sociedade moderna não seria mais compatível com teorias cujos pressupostos semânticos estão presos a referenciais ultrapassados, e isso se aplica à análise do direito,⁸³ que, numa sociedade funcionalmente diferenciada, somente é adequadamente compreendido quando descrito em termos de uma unidade que se produz a si mesma.⁸⁴

Ora, numa sociedade como a moderna, antigas e influentes semânticas autodescritivas do direito, tais como as teorias do direito natural, mostram-se inadequadas para a compreensão do sistema jurídico como unidade que se reproduz a si mesma,⁸⁵ pois, segundo Luhmann, essas teorias estariam baseadas numa visão estática do mundo, articulada a partir de distinções de nível, e fundadas em concepções cosmológicas hierárquicas, as quais ostentariam a pretensão de expressar a essência das coisas. Num tal contexto, o

⁸¹ Cf. Idem, *ibidem*, p. 543-544 (trad. ingl., p. 459; trad. esp., p. 619).

⁸² Embora ressalte que não há um reflexo direto e mecânico entre mudanças estruturais e alterações semânticas, ressaltando, inclusive, as incongruências temporais entre a evolução estrutural e a evolução semântica, o fato é que as alterações nas estruturas geram pressões adaptativas sobre as semânticas que as descrevem, a fim de que as mesmas mantenham sua plausibilidade. LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, p. 537 e ss.; 996-997. (trad. esp., p. 426 e ss; 905). Uma análise acerca dessa questão que a compara com o pensamento de Michel Foucault, ver: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, p. 117-118, nota 16; HORNUNG, Bernd R. The theoretical context and foundations of Luhmann's legal and political sociology. In: KING, Michael; THORNHILL, Chris (Eds.). *Luhmann on Law and Politics: critical appraisals and applications*, p. 197-198; GONÇALVES, Guilherme Figueiredo Leite. Os paradoxos da certeza do direito. In: *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, jan.-jun. 2006, p. 214.

⁸³ Referindo-se à passagem de uma construção hierárquica do sistema do direito para uma construção funcionalmente diferenciada, que são ilustradas por dois esquemas analíticos nos quais há, respectivamente, uma hierarquia de leis, semelhante àquela que São Tomás de Aquino elabora na questão XCI da *Suma Teológica*, e outra que articula código e programa, Luhmann observa que “the development of a regulative semantics goes from the hierarchically inclined composition [...] to the more rigorously differentiated composition [...]. If a hierarchy remains then it can reside only in the subordination of the programs to codes”. LUHMANN, Niklas. *Ecological communication*, p. 47.

⁸⁴ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 20 (trad. ingl., p. 62; trad. esp., p. 73). Note-se, entretanto, que “l'unité du système n'est pas quelque chose en dehors du système. Elle n'est pas quelque chose au-dedans du système. [...] Le système est la multiplicité de ses opérations.” LUHMANN, Niklas. La troisième question: le droit, l'histoire du droit et le recours au paradoxe. In: *Le débat*. 74. mars-avril, 1993, p. 104.

⁸⁵ Para Luhmann, não pareceria nada surpreendente a constatação feita por Richard Tuck acerca do declínio da semântica do direito natural no debate contemporâneo. Cf. TUCK, Richard. *Natural rights theories: their origin and development*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 1-4. A respeito, ver também: GONÇALVES, Guilherme Figueiredo Leite. *op. cit.*, p. 212-214.

direito apareceria como essencialmente vinculado à hierarquia da ordem cosmológica que lhe dá sustento.⁸⁶ Em todas as suas variantes, as teorias do direito natural se articulariam ao redor da distinção hierárquica entre direito positivo e direito natural, remetendo ao segundo a fundamentação de validade do primeiro. Essa distinção hierárquica, que se expressa de várias formas no decorrer do desenvolvimento do jusnaturalismo, encontrará, na versão moderna das teorias do direito natural, a racionalidade como o seu conceito fundamental.⁸⁷

Não é o caso de recuperar as minúcias do argumento de Luhmann a esse respeito. O que importa notar aqui é que uma semântica como a da doutrina do direito natural não seria mais adequada à descrição do direito na sociedade moderna, que apresentaria condições socioestruturais incompatíveis com visões hierárquicas que buscam uma fundamentação de perfil racional.⁸⁸ É claro que essas considerações pareceriam triviais se Luhmann não estendesse seus limites para além do quadro do jusnaturalismo de modo a abranger autores como Otfried Höffe, Jürgen Habermas e Ronaldo Dworkin, que são expressamente citados, não sem certa dose de ironia, como propostas nostálgicas em relação ao velho paradigma do direito natural, as quais, justamente por isso, seriam inadequadas à análise do direito na sociedade funcionalmente diferenciada, em que, tal como ressalta Anthony Giddens, a reflexividade teria subvertido a razão.⁸⁹

Luhmann afirma que, a partir da segunda metade do século XVIII, em decorrência da erosão das fundamentações cosmológicas que davam esteio às teorias do direito natural, o positivismo jurídico toma impulso semântica e estruturalmente,⁹⁰ alçando-se à condição de semântica prevalente na autodescrição do sistema jurídico. O que Luhmann procura indicar é que, em razão de seu caráter estatuído, o direito positivo passa a ser posto e viger em função de decisões, tornando-se um fenômeno essencialmente mutável e, portanto, contingente, o que, ademais, está em consonância com as necessidades

⁸⁶ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 27 (trad. ingl., p. 67; trad. esp., p. 80).

⁸⁷ Para uma análise do modelo jusnaturalista, ver, por exemplo: BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1991. p. 1-22; WEINREB, Lloyd L. Natural law and rights. In: GEORGE, Robert P. (Ed.). *Natural law theory: contemporary essays*. Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 278-305; TUCK, Richard. *Natural rights theories: their origin and development*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, e, sobretudo, LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 507 e ss. (trad. ingl., p. 431 e ss.; trad. esp., p. 579 e ss.).

⁸⁸ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 517. (trad. ingl., p. 438-439; trad. esp., p. 590).

⁸⁹ Cf. Idem, *ibidem*, p. 518 (trad. ingl., p. 439-440; trad. esp., p. 591). Aliás, no bojo da crítica que endereça a essa perspectiva, Luhmann ressalta que “Ronald Dworkin claims that legal problems, even in ‘hard cases’, can only have one right solution according to legal theory. He therewith justifies the reversion to moral principles in law. As it turns out, however, this is not meant to say that this correctness can be proven. It apparently only means that a jurist, who takes the law seriously, must be blessed with a sufficient lack of understanding of the opinions of others. Western rationalism in its final phase can hardly make its own weakness more clear”. LUHMANN, Niklas. *Observations on modernity*. Translated by William Whobrey. Stanford, California: Stanford University Press, 1998, p. 27.

⁹⁰ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 521. (trad. ingl., p. 441; trad. esp., p. 594).

de uma sociedade funcionalmente diferenciada.⁹¹ Trata-se de uma mudança estrutural a partir da qual a fonte primordial do direito passa a ser a lei estatuída por decisão,⁹² o que elimina a possibilidade de submissão da análise do direito à diferença diretriz mutável/imutável. Com isso, o direito positivo, outrora visto como arbitrário, quando comparado ao direito natural imutável, passa a ser encarado como contingente e mutável, porém dotado da faculdade de regular sua própria mudança, o que exclui a imputação de mera arbitrariedade.⁹³

Contudo, não se pode confundir a positividade, que expressa o caráter estatuído do direito, com o positivismo jurídico, que constitui uma semântica de autodescrição desse subsistema. A positivação, ao indicar o caráter estatuído e, portanto, contingente e mutável do direito, aponta o fato de este encontrar em decisões a base para seu estabelecimento e vigência. Tal como ressalta Luhmann, a relevância estrutural disso reside em que a validade do direito passa a estar referida a um fator variável: uma decisão.⁹⁴ Trata-se, sobretudo, de uma mudança estrutural que gera como efeito a impossibilidade de remissão a fundamentos morais pretensamente naturais e invariáveis. Disso decorre a incompatibilidade desse direito estatuído, mutável e contingente com semânticas de perfil jusnaturalista. É nesse contexto que o positivismo jurídico se coloca como uma semântica que ofereceria algumas vantagens à autodescrição de um direito mutável e contingente que, ademais, é posto e validado por decisões. Essas vantagens decorrem de o fato da semântica do positivismo colocar-se como o ponto de interseção de várias distinções, podendo, assim, conciliar conceitos opostos. A esse respeito, Luhmann enfatiza, sobretudo, que, no âmbito dessa semântica, aquilo que aparece como “positivo” é visto, em primeiro lugar, como algo que não é natural, e sim decorrente de decisão, devendo ser observado enquanto tal. Em segundo lugar, aquilo que é “positivo” não é especulativo, encontrando

⁹¹ Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 207 e ss. Ver também: LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 38 e ss. (trad. ingl., p. 76 e ss.; trad. esp., p. 93 e ss.).

⁹² Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 162 e ss.; FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1995, p. 30-35; GRZEGORCZYK, Christophe; MICHAUT, Françoise; TROPER, Michel. *Le positivisme juridique*. Paris: L.G.D.J., 1992, p. 26.

⁹³ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 38-39. (trad. ingl., p. 76-77; trad. esp., p. 94). Para um contraste da perspectiva de Luhmann com a de Kelsen, ver, entre outros: Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil, p. 84; _____ Luhmann, Habermas e o Estado de direito. In: *Lua Nova*. 1996, n° 37, p. 99; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 79-84; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*, p. 190 e 233; _____. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, p. 120, nota 27; 137, nota 72; SERVERIN, Évelyne. *Sociologie du droit*. Paris: La Découverte, 2000, p. 28-31.

⁹⁴ Nesse particular, Luhmann ressalta que “die Geltung des Rechts auf einen variablen Faktor bezogen wird: auf eine Entscheidung.” LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 208. No mesmo sentido, ver: _____ *The differentiation of society*. Translated by Stephen Holmes and Charles Larmore. New York: Columbia University Press, 1982, p. 94.

seu fundamento demonstrável em fatos e leis. Por fim, o “positivo”, como de resto é óbvio, não é algo *negativo*.⁹⁵

Ora, ao identificar nas normas estatuídas a fonte essencial do direito, o positivismo jurídico delimita claramente até onde deve ir a autodescrição do sistema. Tal como ressalta Luhmann, a semântica positivista pode apelar à constituição como forma de elidir referências a outras fontes que se coloquem para além do próprio direito posto. Assim, o sistema do direito passa a ser a própria fonte do direito, o que é bastante significativo, sobretudo se se considera que, segundo Luhmann, a “metáfora da fonte” (*der Metaphorik der “Quelle”*) funciona como uma fórmula de contingência no que tange à validade do sistema, transformando algo que originariamente é tautológico em uma sequência de argumentos, de modo a permitir que aquilo que, de fora do sistema, é visto como artificial e contingente apareça, internamente ao sistema, como natural e necessário. Num tal contexto, o conceito de fonte de direito assume um papel fundamental para os positivistas, pois possibilita a distinção entre direito válido e inválido.⁹⁶

Segundo Luhmann, a perspectiva positivista estaria representada atualmente por aqueles que insistem na fundamentação das decisões jurídicas por meio da valoração e do sopesamento das consequências (valoração de bens e ponderação de interesses). Trata-se de uma posição positivista, pois esta sustenta que a decisão jurídica (seja ela proveniente lei ou do juiz) é válida, ainda que interesses tenham sido desconsiderados e as consequências tenham sido materializadas de modo discrepante ao que foi determinado na decisão. Trata-se do que Luhmann denomina de “monismo sopesante” que é questionado por uma perspectiva oposta que não admite a possibilidade de utilização do sopesamento em toda e qualquer situação. Essa perspectiva, que Luhmann denomina de fundamentalista, e que seria, em última instância, expressão do racionalismo derivado da velha tradição do direito natural, sustenta que nem tudo pode ser sopesado, de modo a valer incondicionalmente (tal como o exemplo dado por Windfrid Hassemmer no que tange à proibição incondicional de utilização da tortura).⁹⁷ Essa última perspectiva, que deposita suas esperanças na força de fundamentos decisórios baseados na razão, a partir dos quais seriam elididos o decisionismo e a arbitrariedade, é identificada por Luhmann com posições como as de Dworkin e Habermas.⁹⁸

Com isso, Luhmann reconhece os elementos que, segundo ele, constituiriam as duas grandes teorias reflexivas no sistema do direito moderno: de um

⁹⁵ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 516-517. (trad. ingl., p. 438; trad. esp., p. 589).

⁹⁶ Cf. Idem, *ibidem*, p. 526. (trad. ingl., p. 445; trad. esp., p. 599). Nesse particular, Luhmann ressalta que, ao contrário do que ocorre com as teorias reflexivas do sistema jurídico, para a sociologia o conceito de “fonte do direito” (*Rechtsquelle*) é inaceitável. Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 207. A esse respeito, ver também: _____ The self-reproduction of law. In: LUHMANN, Niklas. *Essays on self-reference*, p. 231.

⁹⁷ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 528. (trad. ingl., p. 447; trad. esp., p. 601).

⁹⁸ Cf. Idem, *ibidem*, p. 522. (trad. ingl., p. 442; trad. esp., p. 595).

lado, o positivismo, ligado ao tema das fontes do direito, e, de outro, o racionalismo, arraigado às questões de princípio. Contudo, ambas as teorias padeceriam de déficits que comprometeriam a capacidade de descrição adequada da unidade do sistema jurídico. No caso do racionalismo, esse déficit se manifestaria no momento de validar racionalmente decisões relativas a conflitos entre princípios. No caso do positivismo, a deficiência estaria na ausência de uma justificação última para aquilo que é considerado válido no âmbito do direito.⁹⁹ Assim, Luhmann conclui que essas formas tradicionais de autodescrição do sistema jurídico constituiriam atualmente “obstáculos epistemológicos” (*obstacles épistémologiques*) à compreensão da unidade de tal sistema.¹⁰⁰ Nota-se que, tal como ocorre no plano mais geral da análise da sociedade, também no que concerne ao direito, o argumento de Luhmann caminha na direção de apontar os déficits das teorias tradicionais diante da complexidade da sociedade moderna, de modo que a mesma remissão à ideia *obstacles épistémologiques*, que outrora havia sido feita para criticar as premissas humanistas da teoria sociológica, aparece agora voltada à crítica das teorias tradicionais por meio das quais o direito seria descrito.

Essa crítica se agrava ainda mais se se leva em consideração que, paralela a essas formas de autodescrição do direito, haveria a descrição externa que, radicada no sistema da ciência, partiria de premissas e objetivos diferentes.¹⁰¹ Já se indicou anteriormente, sobretudo a partir da alusão à obra de Émile Durkheim, as deficiências que Luhmann atribui às abordagens clássicas da sociologia do direito. Tais deficiências perpassariam também outras abordagens clássicas como as de Henry J. Sumner Maine, Karl Marx, Max Weber, Talcott Parsons e Eugen Ehrlich e se expressariam, sobretudo, no fato de o direito não ser determinado por si mesmo ou a partir de normas ou princípios superiores, mas por sua referência à sociedade. Trata-se de uma referência que não é interpretada no sentido tradicional de uma hierarquia de fontes do direito, de modo a fazer com que a sociedade fosse tomada como o sucedâneo do direito natural, mas sim como expressão de uma correlação sujeita a modificações evolutivas, passível de ser verificada empiricamente como uma relação de causa e efeito. Luhmann ressalta que a tais teorias teria faltado, tanto no que concerne à teoria do direito (*Rechtstheorie*) como no que tange à teoria da sociedade (*Gesellschaftstheorie*), um instrumental conceitual apropriado (*das*

⁹⁹ Cf. Idem, *ibidem*, p. 528. (trad. ingl., p. 447; trad. esp., p. 601).

¹⁰⁰ Cf. Idem, *ibidem*, p. 530. (trad. ingl., p. 448; trad. esp., p. 603).

¹⁰¹ Trata-se de uma diferença de nível que já era notada por Luhmann mesmo em escritos mais antigos, tais como Sistema jurídico e dogmática jurídica, no que ele chamava a atenção para o fato de que “la necessità di distinguere in questo modo tra dogmatica giuridica (*juristische Dogmatik*) e teoria del diritto (*Rechtstheorie*) o anche tra giurisprudenza (*Jurisprudenz*) e scienza del diritto (*Rechtswissenschaft*) viene oggi sempre più largamente riconosciuta. A tale necessità corrisponde, come factum sociale, la distinzione, provocata dalla differenziazione della società, tra un sistema giuridico e un sistema scientifico, ognuno con strutture e processi propri”. LUHMANN, N. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Traduzione di Alberto Febbrajo. Bologna: Il Mulino, 1978. p. 38-39.

geeignete begriffliche Instrumentarium). Como decorrência, tais análises se mostrariam todas parciais (*Teilanalysen*) uma vez que, a partir de pontos de referência diferentes, apenas esclareceriam aspectos isolados, e não a totalidade do fenômeno jurídico. Um aspecto expressivo disso teria sido justamente a incapacidade de tais abordagens de apreender o fenômeno que Luhmann considera mais característico do direito na sociedade moderna: sua positividade (*die Positivität des Rechts*).¹⁰²

Ora, é justamente para superar as limitações a que se encontram submetidas as teorias da auto-reflexão (que não seriam passíveis de descrever a unidade do sistema jurídico), de modo a conjugá-las com a observação externa proporcionada pelo sistema da ciência, que Luhmann propõe a utilização da teoria dos sistemas que, nesse sentido, passaria a ser uma forma de “acoplamento estrutural” entre as autodescrições do sistema jurídico e as descrições externas provenientes de outros subsistemas sociais. A esse respeito, vale notar que a teoria dos sistemas não estaria adstrita à autodescrição do sistema jurídico, pois parte da distinção entre sistema e ambiente, entendidos como componentes de uma “forma de dois lados” (*Zwei-Seiten-Form*), o que faz com que a indicação do sistema sempre pressuponha sua distinção de um ambiente que constitui o lado externo de sua forma. Assim, valendo-se do conceito de “acoplamento estrutural” desenvolvido por Humberto Maturana e Francisco Varela, e largamente utilizado em suas análises, Luhmann considera que a teoria dos sistemas seria a mais apta para servir de canal de irradiação recíproca entre autodescrição e descrição externa do sistema jurídico.¹⁰³ Com isso, tornar-se-ia possível conciliar as autodescrições do sistema jurídico, direcionadas à estabilização das expectativas normativas, e as descrições externas, provenientes do sistema da ciência, que se dirigem à pesquisa e, portanto, às expectativas cognitivas.¹⁰⁴

5. Considerações finais

O presente artigo buscou analisar os aspectos fundamentais da proposta de Niklas Luhmann para uma abordagem sociológica do direito. Para tanto, procurou

¹⁰² Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 23-24.

¹⁰³ O conceito de “acoplamento estrutural” permite conciliar a auto-poiese dos sistemas auto-referenciais com a relação intersistêmica. Retomando a análise feita por Maturana, Niklas Luhmann e Raffale De Giorgi, enfatizam o fato de que “l'accoppiamento strutturale sta in modo ortogonale rispetto all'autodeterminazione del sistema. Esso non determina ciò che accade nel sistema; però deve essere presupposto, perché diversamente l'autopoiesi si arresterebbe e il sistema cesserebbe di esistere”. LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*, p. 33.

¹⁰⁴ A esse respeito Luhmann ressalta que “a mechanism of structural coupling could be established with a corresponding selection of terminology. The science system would be faced with the ongoing question of how to cope with systems, which describe themselves, as its research objects. The legal system, on the other hand, could equip its self-reflexion with the conceptual achievements provided by the theory of self-referential systems, as applied in science at large”. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 544. (trad. ingl., p. 459; trad. esp., p. 618).

recuperar o essencial de sua crítica ao que ele denomina de “abordagens clássicas da sociologia do direito” Com vistas a ilustrar o tipo de deficiência que Luhmann atribui aos autores que integram a abordagem sociológica clássica, foi feita uma breve reconstrução da obra de Émile Durkheim, que o próprio Luhmann considera expressivo dessa abordagem clássica.¹⁰⁵ A escolha da perspectiva de Durkheim baseou-se na premissa de que há um alinhamento do pensamento de Luhmann com o de Durkheim que permitiria, inclusive, inserir a ambos como pertencentes à perspectiva sociológica que Danilo Martuccelli denomina de “matriz da diferenciação social”. Nesse sentido, a breve reconstrução da obra de Durkheim visou apenas ilustrar o tipo de abordagem que Luhmann critica.

Conforme ressaltado, Luhmann considera demonstrar a superioridade de sua proposta em comparação com as teorias tradicionais que buscam descrever a unidade do sistema jurídico.¹⁰⁶ Segundo ele, pelas razões indicadas acima, a teoria dos sistemas estaria mais capacitada para a descrição do direito, definido como um subsistema auto-referencial que desempenha uma função específica na sociedade moderna. Tal direito, caracterizado por sua positivação, comporia uma sociedade altamente complexa e demandaria uma teoria capaz de apreendê-lo em sua complexidade, o que, segundo Luhmann, implica a superação de perspectivas tais como a de Durkheim, utilizada aqui como ilustração das abordagens clássicas da sociologia do direito. Seria justamente a pretensão de ter implementado essa superação, concebida como expressão de um “iluminismo sociológico” (*soziologische Aufklärung*), que, para ele, habilitaria sua teoria dos sistemas a realizar uma descrição do direito que as outras abordagens não conseguiriam fazer.¹⁰⁷

São Paulo, fevereiro de 2011.

Referências

ALCOVER, Pilar. Giménez. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: J.M. Bosch, 1993.

ARNAUD, André-Jean. *Critique de la raison juridique: 2. Gouvernants sans frontières: entre mondialisation et post-mondialisation*. Paris: L.G.D.J., 2003.

¹⁰⁵ Vale lembrar que, além de Durkheim, Luhmann também indica Maine, Marx e Weber como autores típicos da “abordagem clássica da sociologia do direito”, referindo-se a Parsons e Ehrlich como autores atípicos dessa abordagem. Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 12.

¹⁰⁶ Cf. LUHMANN, Niklas. L'unité du système juridique. Tradução de Jacques Dagory. In: *Archives de Philosophie du Droit*, Paris: Sirey, t. 31, 1986 p. 165 e ss.

¹⁰⁷ Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 24 e ss. _____. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 38 e ss. (trad. ingl., p. 76 e ss.; trad. esp., p. 93 e ss.).

_____. Droit: le système et l'ensemble. In: ARNAUD, André-Jean.; GUIBENTIF, Pierre. *Niklas Luhmann: observateur du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. p. 147-166.

_____.; LOPES JR., Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Tradução de Dalmir Lopes Jr.; Daniele Andréia da Silva Manão; Flávio Elias Richie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. Tradução de Sérgio Bath. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Thomas Hobbes*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1991.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *Le nouvel esprit du capitalisme*. Paris: Gallimard, 1999.

BORNHAUSEN, Stéphane. La théorie de la théorie chez Niklas Luhmann. In: HERMÈS, 22, 1998, p. 41-46.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CLADIS, Mark S. Beyond solidarity? Durkheim and twenty-first century democracy in a global age. In: ALEXANDER, Jeffrey C.; SMITH, Philip. (Ed.) *The Cambridge Companion to Durkheim*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 383-409.

CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

_____. Une nouvelle sociologie du droit? Autour de *Das Recht der Gesellschaft* de Niklas Luhmann. In: *Droit et société*, 33, 1996, p. 405-423.

COHN, Gabriel. *Crítica e resignação: Max Weber e a teoria social*. 2. ed. atual. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. *La sociologie de Max Weber*. Paris: Éditions La Découverte, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Paris: Éditions du Seuil, 2010.

DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*. 8e édition. Paris: P.U.F., 1967.

_____. *Les règles de la méthode sociologique*. Paris: P.U.F., 1987.

FERRARESE, Estelle. *Niklas Luhmann, une introduction*. Paris: Pocket/La Découverte, 2007.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1995.

GIDDENS, Anthony. *New rules of sociological method: a positive critique of interpretative sociologies*. Second, revised edition. Stanford: Stanford University Press, 1993.

GONÇALVES, Guilherme Figueiredo Leite. Os paradoxos da certeza do direito. *Revista Direito GV*. v. 2, n. 1, p. 211-222, jan.-jun. 2006.

GRZEGORCZYK, Christophe; MICHAUT, Françoise; TROPER, Michel. *Le positivisme juridique*. Paris: L.G.D.J., 1992.

GUIBENTIF, Pierre. *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu: une génération repense le droit*. Paris: L.G.D.J., 2010.

_____. Introduction. In: ARNAUD, André-Jean.; GUIBENTIF, Pierre. *Niklas Luhmann: observateur du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. p. 13-49.

HORNUNG, Bernd R. The theoretical context and foundations of Luhmann's legal and political sociology. In: KING, Michael; THORNHILL, Chris (Ed.). *Luhmann on Law and Politics: critical appraisals and applications*. Portland: Hart Publishing, 2006, p. 187-216.

IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*. Barcelona: Anthropos, 1990

LAYDER, Derek. *Modern social theory: key debates and new directions*. London: Routledge, 2003.

LEHMANN, Jennifer M. *Deconstructing Durkheim: a post-post-structuralist critique*. London: Routledge, 1993.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Ce que l'ethnologie doit à Durkheim. In: LÉVI-STRAUSS, Claude. *Anthropologie structurale deux*. Paris: Plon, 2006. p. 57-62.

_____. Le champ de l'anthropologie. In: LÉVI-STRAUSS, Claude. *Anthropologie structurale deux*. Paris: Plon, 2006, p. 11-44.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. (Trad. inglesa: *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004; trad. espanhola: *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002).

_____. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997. (Trad. espanhola: *La sociedad de la sociedad*. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2007).

_____. *Ecological communication*. Translated by John Bernarz Jr. Cambridge: Polity Press, 1989.

_____. La troisième question: le droit, l'histoire du droit et le recours au paradoxe. *Le débat*. 74. mars-avril, 1993, p. 94-106.

_____. Le droit comme système social. *Droit et société*, 11/12, 1994, p. 53-67.

_____. L'unité du système juridique. Tradução de Jacques Dagory. *Archives de philosophie du droit*. Paris: Sirey, t. 31, 1986, p. 163-188.

_____. *Observations on modernity*. Translated by William Whobrey. Stanford, California: Stanford University Press, 1998.

_____. Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*, v. 13, n. 5, p. 1.419-1.441, March, 1992.

_____. *Rechtssoziologie*. 3. Auflage. Opladen: Westdeutscher, 1987.

_____. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Traduzione di Alberto Febbrajo. Bologna: Il Mulino, 1978.

_____. *Soziale Systeme - Grundriß einer allgemeinen Theorie*. 4. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987. (Trad. inglesa: *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1995; trad. espanhola: *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998)

_____. *Einführung in die Systemtheorie*. 3. Aufl. Heidelberg: Carl-Auer Verlag, 2006. (Trad. espanhola: *Introducción a la teoría de sistemas*. México: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO); Barcelona: Anthropos, 1996)

_____. *The differentiation of society*. Translated by Stephen Holmes and Charles Larmore. New York: Columbia University Press, 1982.

_____. The self-reproduction of law. In: LUHMANN, Niklas. *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990. p. 225-245.

_____. The unity of the legal system. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Autopoietic law: a new approach to law and Society*. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1987. p. 12-35.

_____. The world society as a social system. In: LUHMANN, Niklas. *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990. p. 175-191.

_____.; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 7. ed. Milano: FrancoAngeli, 1995.

MARTUCCELLI, Danilo. *Sociologies de la modernité*. Paris: Gallimard, 1999.

MERLLIÉ, Dominique. L'“année” durkheimienne 2008. *Revue Philosophique de la France et de l'étranger*, n. 2, p. 217-230, avril-juin 2009.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. Luhmann, Habermas e o Estado de direito. *Lua Nova*, n. 37, p. 93-106, 1996.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOBLES, Richard; SCHIFF, David. Introduction. In: LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 1-52.

ROULAND, Norbert. *Anthropologie Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.

_____. *L'Anthropologie Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. (Collection Que Sais-Je, 2528).

SERVERIN, Évelyne. *Sociologie du droit*. Paris: La Découverte, 2000.

STEINER, Philippe. *La sociologie de Durkheim*. Paris: La Découverte, 2005.

SCHLUCHTER, Wolfgang. La sociologie du droit comme théorie empirique de la validité. In: HEURTIN, Jean-Philippe; MOLFESSIS, Nicolas. *La sociologie du droit de Max Weber*. Paris: Dalloz, 2006, p. 3-26.

TAROT, Camille. *Sociologie et anthropologie de Marcel Mauss*. Paris: La Découverte, 2003.

TEUBNER, Gunther. *How the law thinks: toward a constructive epistemology of law*. San Domenico: European University Institute, Badia Fiesolana, 1989.

THORNHILL, Chris. Luhmann's political theory: politics after metaphysics. In: KING, Michael; THORNHILL, Chris (Ed.). *Luhmann on Law and Politics: critical appraisals and applications*. Portland: Hart Publishing, 2006, p. 75-99.

TORRES NAFARRATE, Javier. La sociologia del derecho de Niklas Luhmann. In: KROTZ, Esteban (Ed.). *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa, 2002. p. 301-312.

TOURAINÉ, Alain. *Critique de la modernité*. Paris: Fayard, 1992.

TREVÍÑO, A. Javier. *The sociology of Law: classical and contemporary perspectives*. New Brunswick, N.J.: Transaction Publishers, 2008.

TROPER, Michel. *La philosophie du droit*. 2e. édition. Paris: P.U.F., 2008.

TUCK, Richard. *Natural rights theories: their origin and development*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

VANDERLINDEN, Jacques. *Anthropologie Juridique*. Paris: Dalloz, 1996.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A historicidade da dogmática jurídica: uma abordagem a partir da *Begriffsgeschichte* de Reinhart Koselleck. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha da; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27-61.

_____. Communication. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation*. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: L.G.D.J., 2010. p. 69-72

_____. Différentiation fonctionnelle. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation*. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: L.G.D.J., 2010. p. 144-148.

_____. Legalidade e legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 147-172.

_____. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

_____. Programmes. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation*. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: L.G.D.J., 2010. p. 431-434.

_____. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

WEINREB, Lloyd L. Natural law and rights. In: GEORGE, Robert P. (Ed.). *Natural law theory: contemporary essays*. Oxford: Clarendon Press, 1992. p. 278-305.