

- 4 - Descartes tinha, com certeza, consciência do problema. Tanto, que sua obra oferece-nos o que pode ser interpretado como uma proposta de solução. Através da dúvida metódica seria possível libertarmos-nos dos preconceitos que nos impedem o bom uso da razão que, de acordo com ele, é igual para todos.

As fontes utilizadas

- 1 - Para o trecho em francês

Descartes, R. (76): **Discours de la méthode**, Vrin, Paris, 1976. (Texte et commentaire par Étienne Gilson).

- 2 - Para a tradução portuguesa

Descartes, R. (84): **Discurso do método/As paixões da alma**, Sá da Costa, Lisboa, 1984. (Tradução, prefácio e notas de Newton de Macedo).

RACIONALIZAÇÃO E DIFERENCIAÇÃO*

Leosino Bizinoto Macedo**

INTRODUÇÃO

Disponho-nos a fazer a tentativa de aplicar a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann à questão da *Racionalização* do Direito, fundamental na Sociologia Jurídica de Max Weber. Cumpre-nos, todavia, confessar que ainda não conseguimos – de todo – passar ao largo desta grave advertência:

“Max Weber não pertence, de modo algum, a certas preocupações hodiernas, do que corre como sendo Sociologia, *razão* por que o essencial da sua mensagem convém ser obnubilado por uma interpretação algo anedótica da sua obra, assassínio já denunciado por Medina Echavarría: ‘... lo que de su obra ha pasado al público y se repite en las aulas no deja de ser una deformación o caricatura de su propio pensamiento’. Vide o Weber *funcionalista!*”¹.

Claro! Encaramos a advertência não é com relação ao Weber que tivemos ocasião de conhecer através das aulas de Sociologia Jurídica ministradas no Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito e do Estado pelo professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao longo do segundo semestre de 1987, na PUC de São Paulo. Nestas

aulas, a par da competência do mestre, trabalhamos com a própria fonte weberiana, sua famosa obra “Economia e Sociedade”. A advertência martela em nosso íntimo exatamente com relação à tarefa de que temos de nos desincumbir: a tarefa de *funcionalizar* Weber. Sim, funcionalizar Weber. É a isto que parece corresponder a tarefa de aplicar a *Teoria dos Sistemas* de Luhmann – pelo menos em alguns de seus aspectos – a uma questão básica da Sociologia do Direito weberiana: a racionalização do Direito.

Face à advertência, o dilema que se põe para nós é, então, o seguinte: sermos weberianos ou sofistas. Academicamente, parece podermos lograr igual mérito assumindo qualquer das posições desde que desempenhemos nossa tarefa o melhor possível. Todavia, a tarefa a que nos propomos impede-nos de sermos weberianos autênticos, restando-nos a alternativa de sermos bons sofistas. Porém, o termos que começar por uma indagação frustranos, desde logo, também esta possibilidade. De fato, esta postura interrogativa – cerne da maiêutica – pertence muito mais ao sibilino Sócrates, opositor dos sofistas. Sem dúvida, convém que estes deslizamentos ocorram até que nos coloquemos na correta posição exigida por este trabalho: a de bom funciona-

* Uma tentativa de aplicar a *Teoria dos Sistemas* de Niklas Luhmann a uma questão básica da Sociologia Jurídica de Max Weber: a *Racionalização do Direito*.

** Professor do Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Uberlândia.

1. Max Weber. *Fundamentos de Sociologia*, 2ª ed., Rés, Porto, 1983, p. 7.

lista! Agora, sim: funcionalista não é Max Weber; funcionalista será nossa análise. Recobrada, assim, nossa tranquilidade de consciência, podemos prosseguir.

A questão central, da qual brotarão as demais, é encontrar, na teoria dos sistemas de Luhmann, o elemento-chave para explicar a questão weberiana da racionalização do Direito, questão e esta que é básica em sua Sociologia Jurídica. Sem dúvida, poderemos encontrá-lo, desde que procedamos por partes.

I. A SOCIOLOGIA DO DIREITO DE WEBER

Com o que dissemos até aqui, pensamos ter pelo menos sugerido que a Sociologia do Direito de Weber não consiste numa análise funcional. Ele próprio, ao contrapor o seu método ao da chamada Sociologia "organicista", esclarece melhor este aspecto:

"Não pode ser discutido aqui até que ponto, noutras disciplinas, tem que ser definitiva (necessariamente) a consideração *funcional* das partes dum 'todo'; de qualquer modo, é sabido que a ciência bioquímica e biomecânica não quis contentar-se fundamentalmente com esta consideração. Para uma Sociologia compreensiva, tal modo de expressar-se:

1. Pode servir para fins de orientação provisional e de ilus-

tração prática (. . .).

2. Em determinadas circunstâncias só ela pode ajudar-nos a destacar aquela ação social cuja compreensão interpretativa seja *importante* para a explicação dum conexão dada".²

Segundo Weber, neste ponto começa precisamente a tarefa da Sociologia, assim como ele a entende. No que respeita às "formas sociais" (em contraste com os "organismos"), encontramos-nos cabalmente – além da simples determinação das suas conexões e "leis/funcionais" – em situação de cumprir o que é permanentemente negado às ciências naturais (no sentido de formulação de leis causais de fenômenos e formações e da explicação, através delas, dos processos particulares): a *compreensão* da conduta dos *indivíduos* participantes; enquanto que, pelo contrário, não podemos compreender o comportamento, por exemplo, das células, sem funcionalmente o captarmos, determinando-o com a ajuda das leis a que está submetido. Este maior rendimento da explicação interpretativa, frente à observadora, tem certamente como preço o caráter essencialmente mais hipotético e fragmentário dos resultados alcançados pela interpretação. Esse caráter é, entretanto, precisamente específico do conhecimento sociológico.

Se, pois, a Sociologia do Direito de Weber não se reduz a uma análise funcional, importa, ainda, deixar claro que ela também não consiste numa *crítica ideológica*, apesar de Weber, mui-

2. Ib. p. 62.

tas vezes, fazer contraponto a Marx.

Não sendo a Sociologia do Direito de Weber nem uma coisa nem outra, o que é ela então?

Sem medo de errar, podemos afirmar que a Sociologia do Direito de Weber é nada mais nada menos que a *conexão entre o direito e a vida social*, ligando-se o problema sociológico do Direito às representações da legitimidade. É exatamente isto o que abre as fronteiras de um país que Weber não quis visitar, mas Luhmann apressou-se em fazê-lo: a investigação da possibilidade de uma Sociologia do *dever ser normativo*.

Weber, como sociólogo clássico do Direito, concebe um modelo histórico-evolutivo, admitindo como possível um saber pela causalidade na relação (móvel) entre Direito e Sociedade, onde estes dois pólos são relativizados. Como processo, Direito e Sociedade são captados causalmente e privilegiado é o lugar do Direito no desenvolvimento social. O Direito, como estrutura normativa, é diferenciado da Sociedade enquanto conexão fática de vida e ação. Neste ponto está a grande contribuição de Weber para a Sociologia.

1. TEORIA DA AÇÃO SOCIAL

Eis a principal contribuição de Weber à Sociologia: a *Teoria da Ação Social*. A ação humana tem um sentido intencionado, sendo, pois, algo que deve ser identificado pelo sujeito agente. Conseqüentemente, a ordem social não

é mais captada como uma limitação da liberdade referida às necessidades humanas, mas como limitação da contingência da ação que se motiva a si própria, o que ele explica com o conceito neokantiano de *cultura* e com o conceito de *domínio político*. Ou, nas palavras do próprio Weber:

"Por 'ação' deve entender-se uma conduta humana (consistindo num fazer externo ou interno, num omitir ou permitir) sempre que o sujeito ou os sujeitos da ação lhe atribuem um *sentido* subjetivo. A 'ação social', portanto, é uma ação onde o sentido pensado pelo seu sujeito ou sujeitos está referido à conduta de outros, orientando-se por esta no seu desenvolvimento"³.

É mediante este conceito que Weber define Sociologia:

"Deve entender-se por Sociologia (. . .): uma ciência que pretende entender, interpretando-a, a ação social, para assim a explicar causalmente no seu desenvolvimento e nos seus efeitos"⁴.

No desenvolvimento deste trabalho já foi mencionada, de passagem, uma importante característica desta Sociologia que estamos estudando: a *compreensão*. É por ela que voltaremos à questão do *sentido*. As palavras são de Weber:

"Pode entender-se por compreensão: 1) a compreensão

3. lb. p. 48.

4. lb. p. 48.

atual do sentido patente numa ação (inclusive, numa manifestação). (. . .) 2) a compreensão *explicativa* (. . .) pelos seus motivos”⁵.

E ele acrescenta:

“Todas estas conexões representam *conexões de sentido*, compreensíveis, cujo entendimento nos é dado por uma *explicação* do desenvolvimento real da ação. ‘Explicar’ significa, desta maneira, para a ciência que se ocupa do sentido da ação, algo como isto: captação da conexão de sentido em que se inclui uma ação, já compreendida no mundo atual de acordo com um sentido ‘*subjetivamente pensado*’. Em todos estes casos, como nos processos afetivos, entendemos por sentido subjetivo do fato, inclusive da conexão de sentido, o sentido ‘*pensado*’.⁶

Weber ainda explicita melhor a que equivale a captação interpretativa do sentido, ou conexão de sentido. Equivale ao que é:

“a) Pensado realmente na ação particular (na consideração histórica);

b) Pensado em média e de modo aproximativo (na consideração sociológica de massa);

c) Construído cientificamente (pelo método tipológico) para a elaboração do *tipo ideal* de um fenômeno freqüente”⁷.

Estes elementos serão importantes para as considerações que faremos em seguida. Pela via da *tipologização*, alcançaremos as considerações históricas sobre a questão básica da Sociologia do Direito de Weber – a racionalização do Direito, que é – não o percamos de vista – o que tentaremos submeter a uma análise funcional, na segunda parte deste trabalho.

2. A TIPOLOGIZAÇÃO: UMA SOCIOLOGIA RACIONALISTA?

A esta questão se antepõe uma outra: em que consiste a *tipologização*? Partiremos desta questão para responder aquela e, para tal, retomaremos Weber:

“O método científico que consiste na construção de tipos investiga e expõe todas as conexões de sentidos irracionais, afetivamente condicionados, do comportamento, e que influem na ação, como ‘desvios’ de um desenvolvimento da mesma, ‘construído’ este como puramente racional, em ordem a certos fins. (. . .) A construção de uma ação rigorosamente racional, em ordem a certos fins, dota, nestes casos, a Sociologia – pelos méritos da sua evidente inteligibilidade e, enquanto racional, da sua univocidade – com um *tipo* (*tipo ideal*), mediante o qual se compreende a ação real, influenciada por irracionalidades de toda es-

5. lb. p. 53.

6 e 7. lb. p. 54.

pécie (afetos, erros), como um desvio ao desenvolvimento previsto da ação racional"⁸.

Definidos os contornos da *tipologização* weberiana, a questão sobre se ela é uma Sociologia racionalista fica também quase respondida. Está muito claro que a Sociologia tipologizada de Weber é uma Sociologia racionalista. Mas cabe ainda uma explicação importante, posto que "racionalismo" é um termo que não tem sentido unívoco. Destaquemos, entre outros, o sentido metafísico e o sentido metodológico. Em primeiro lugar, não se trata de um racionalismo metafísico. Em segundo lugar, Weber mesmo se encarregará de dizer de que racionalismo se trata, então:

"Deste modo, mas só em virtude de tais fundamentos, de conveniência metodológica, pode dizer-se que o método da Sociologia 'compreensiva' é 'racionalista'. Este procedimento não deve, pois, interpretar-se como um pré-juízo racionalista da Sociologia, mas como um recurso metódico. Muito menos deve ser interpretado como se implicasse a crença de um predomínio, na vida, do racional. Pois nada nos diz até que ponto, na realidade, as ações *reais* estão ou não determinadas por considerações racionais de fins"⁹.

Está claro, assim, que o racionalismo é encarado apenas como método, como instrumento, como caminho. To-

davia, nossa questão principal não se liga ao "racionalismo metodológico" da Sociologia weberiana, mas à *racionalização* do Direito como um processo histórico. Com esta observação, pretendemos recolocar a locomotiva nos trilhos, bem como os vagões descarriados. A locomotiva é o Direito. Um dos vagões é seu processo histórico de racionalização. Os trilhos são o método weberiano da tipologização. Ora, uma das formas de racionalizar o Direito é tipologizá-lo. Vejamos isto em breves linhas.

2.1. O TIPO-IDEAL DIREITO

A tipologização do Direito passa pela tipologização do *uso, do costume e da convenção*.

Devemos entender por *uso* a probabilidade de uma regularidade na conduta, se e na medida em que essa probabilidade, num círculo de homens, é dada unicamente pelo exercício de fato. O uso deve chamar-se *costume* quando o exercício de fato assenta numa estabilidade duradoura. Pelo contrário, devemos dizer que este uso está determinado por uma *situação de interesses* ("condicionado pelo interesse"), se e na medida em que a existência empírica da sua probabilidade descansa unicamente no fato de os indivíduos orientarem a sua ação em atenção a fins por expectativas semelhantes. A *moda* inclui-se no uso. A moda, em contraposição ao costume, existe quando (ao contrário do costume) o fato

da novidade da conduta em questão é o ponto orientador da ação. Aproxima-se da *convenção*, já que como esta (a maior parte das vezes) nasce dos interesses de prestígio de um estado. Por oposição à *convenção* e ao *direito*, o *costume* aparece como uma norma não assegurada exteriormente e a que, de fato, o agente se agarra "voluntariamente", seja por "comodidade" ou "sem reflexão alguma", seja por outros motivos quaisquer, e cuja observância provável, em virtude de tais motivos, é de esperar de outros homens pertencentes ao mesmo círculo. O costume, neste sentido, carece de validade: nada exige que o tenhamos em conta. Claro que a fronteira com a *convenção* válida e o *Direito* é absolutamente fluida. Em qualquer parte, o que de fato se vem fazendo é antecedente do que logo pretende validade. Isto é o que, textualmente, Weber afirma.

Porém, para passarmos à conceituação do *tipo-ideal direito* temos que tecer uma outra ordem de considerações, ou seja, considerações sobre a *ordem*. Weber diz:

"A ação, em especial a social, e também, de um modo particular, a relação social, podem orientar-se, do lado dos participantes, na *representação* da existência de uma *ordem legítima*. A possibilidade de que isto ocorra de fato chama-se 'legitimidade' da ordem em questão. 'Legitimidade' de uma ordem significa para nós alguma coisa mais que uma sim-

ples regularidade no desenrolar da ação determinada pelo costume ou por uma situação de interesses"¹⁰.

Mencionamos antes a perspectiva aberta por Weber de uma *Sociologia do Dever Ser*, mas que ele não leva adiante. Esta perspectiva torna-se bastante visível na passagem que se segue, em que ele aborda a questão da ordem e de sua legitimidade:

"Ao 'conceito de sentido' de uma relação social chamamos: a) 'ordem', quando a ação se orienta (mediana ou aproximadamente) por 'máximas' que podem ser assinaladas. E só falaremos b) de uma 'legitimidade' desta ordem quando a orientação por aquelas máximas tem de fato lugar porque em grau significativo (isto é, em grau que pesa praticamente) aparecem como válidas para a ação, ou seja, ou como obrigatórias ou como modelos de conduta. A orientação da ação por uma *ordem* pode operar-se nos participantes por muitos motivos diferentes. Porém, a circunstância de que, pelo menos para uma parte dos agentes, ao lado de outros motivos, esta *ordem* aparece como obrigatória ou como modelo, ou seja, como algo que *deve ser*, aumenta em grau considerável a possibilidade de que a ação se oriente por ela"¹¹.

Feitas estas considerações, al-

10. lb. p. 84.

11. lb. p. 85.

cançamos o *tipo ideal* Direito em oposição à *convenção*.

"Uma ordem deve chamar-se

a) *Convenção*: quando a sua validade está assegurada externamente pela probabilidade de que, dentro de um determinado círculo de homens, uma conduta discordante sofra uma (relativa) *reprovação* geral e praticamente sensível; b) *Direito*: quando está assegurada externamente pela probabilidade da *coação* (física ou psíquica) exercida por um quadro de indivíduos instituídos com a missão de obrigar à observância dessa ordem ou de castigar a transgressão"¹².

É importante frisar que é decisivo no conceito weberiano de "Direito" a existência de um quadro *coativo*.

Outro aspecto importante é que a construção de um conceito-*tipo* como esse do Direito é feita com recurso à História. Vejamos isto rapidamente.

2.2. O RECURSO À HISTÓRIA

A construção conceptual da Sociologia encontra o seu *material* paradigmático, muito essencialmente – ainda que não de modo exclusivo – nas realidades da ação, consideradas também importantes sob o ponto de vista da História. Perceberemos muito claramente este modo de proceder através do estudo que faremos a seguir sobre o processo de *racionalização* do Direito.

3. A RACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Weber concebeu sua Sociologia do Direito num espírito tão conciliador no que diz respeito às técnicas de sistematização dogmático-construtiva dos juristas que reduziu, em princípio, a tarefa desse ramo da Sociologia ao estudo da medida de probabilidade, das possibilidades ("chances") das condutas sociais, postas em prática a partir de esquemas coerentes de regras jurídicas que são elaboradas pelos juristas de um tipo particular de sociedade. Felizmente, ele não permaneceu inteiramente fiel a esta estreita base à qual quis se restringir.

Inicia Weber com a comprovação, em si mesma promissora, de que as oposições entre Direito público e privado, bem como entre Direito objetivo e Direito subjetivo não são observáveis senão na tradição do Direito ocidental e que, de nenhuma maneira, é possível distinguir em toda parte entre criação do Direito, afirmação do Direito e, enfim, atos de governo e de administração. Considera que a Sociologia do Direito deve partir da oposição entre o caráter místico-irracional e o caráter racional do Direito, aplicável tanto à forma quanto ao conteúdo do Direito ("elementos formais" e "elementos materiais" do Direito). Se, por exemplo, o Direito é estabelecido ou afirmado por um oráculo, um profeta, um chefe carismático, toma uma forma mística, mas pode ser racional quanto a seu conteúdo. Do mesmo

modo, um Direito racionalmente estabelecido pelo estatuto ou pela prática do Tribunal pode ter um conteúdo místico, como se pode observar algumas vezes na Idade Média.

Da forma do Direito é preciso distinguir o "formalismo jurídico", que consiste em considerar somente sua expressão em fórmulas inamovíveis, prendendo-se a palavras, construção de frases, gestos ritualísticos, à processualística dos rúbulas ("procéduriers") etc. Esse formalismo assume, freqüentemente, um caráter místico, tanto no que concerne a seu conteúdo quanto à forma de sua comprovação. No entanto, o formalismo do Direito pode-se restringir a uma enorme abstração e generalização das proposições jurídicas, que se tornam aplicáveis a um número infinito de casos. Esse segundo tipo de formalismo, vinculado à racionalidade do conteúdo e da forma do estabelecimento do Direito, inspirou o Direito romano, do qual deram a volta ao mundo certas fórmulas como: "Ninguém pode transferir ou ceder um direito do qual não disponha"; "nor bis in idem" etc. O formalismo racionalista do Direito supõe sempre a existência de um grupo especial de juristas que lhe dão, através do trabalho técnico de sistematização, uma feição particular. Aliás, o Direito nunca nasce espontaneamente das situações econômicas e dos agrupamentos sociais, mas é criado pelos juristas para facilitar seu trabalho de práticos. O Direito consuetudinário e o Direito dos próprios precedentes judiciais, bem como o Direito estatutário das associações autônomas (sem falar

do Direito legislativo) carecem de espontaneidade e são conscientemente elaborados pelos juristas. É por este motivo que o problema da probabilidade da realização efetiva do Direito, que é o maior problema da Sociologia Jurídica, concerne sobretudo aos Tribunais, aos órgãos de administração e de governo, aos responsáveis pelas corporações e sindicatos etc, e não a todas as camadas da população que, na realidade, nada mais fazem além de submeter-se a eles, indiretamente. Desse modo, Weber inclinou-se a reduzir ao mínimo a importância da Sociologia do Direito.

Ele busca seu fundamento, bem como o das técnicas de sistematização, não nos tipos de contextos sociais, mas na orientação do pensamento jurídico e formação dos juristas. A primeira manifestação do pensamento jurídico é perceptível na roda que cerca os reis carismáticos, constituída pelo grupo de sacerdotes que cultivam o Direito. A racionalização bastante relativa do Direito consiste, aqui, na "casuística", enquanto a forma de estabelecimento do Direito permanece mística. Assim é, por exemplo, o Direito do Código de Manu, na Índia antiga, ou o do Corão. Caracterizam-se pela rigidez aliada à origem mística, mas se vêem abrandados em seu conteúdo pela intervenção dos modelos consuetudinários racionais em sua aplicação (no Direito islâmico o hadith, formando o sunnah), e pelas opiniões dos juristas-teólogos (no Direito islâmico, o FIKH).

C Direito canônico da Idade Média, que representava uma combinação

complexa das regras tomadas à Sagrada Escritura e aos Padres da Igreja de um lado, e ao Direito romano, de outro, encontra-se duplamente racionalizado quanto ao conteúdo (pela intervenção dos juristas formados nas Universidades e pelo Direito romano), enquanto sua fonte permanece mística.

O terceiro tipo de pensamento jurídico encontra sua expressão na atividade do pretor e dos prudentes jurisconsultos da Roma republicana e do Império. O pretor é um magistrado encarregado de "dizer o Direito". Exercendo sua função, ele proclama editos a partir dos quais julgará, e que são elaborados com a ajuda dos "prudentes" que são, ao mesmo tempo, jurisconsultos, procuradores e advogados. São a lei e a prática judiciária que, combinadas, constituem, nesse caso, o Direito. O Direito romano converteu-se no exemplo clássico do Direito puramente leigo e racional. Ele é inteiramente racional tanto quanto à sua origem, como quanto a seu conteúdo, composto de proposições abstratas universalmente aplicáveis.

A adoção do Direito romano após a Idade Média — não só na França, mas também na Inglaterra (onde modificou a *Common Law*) e mesmo na Alemanha (onde sua adoção foi retardada pela influência do Estado patrimonial) — conduziu, no fim da Revolução Francesa, a um florescimento de codificações racionalistas do Direito no conjunto do continente europeu. Mas, como essa racionalização não se verificou de maneira completa em nenhum país, surgiu um desacordo patente entre o capita-

lismo desenvolvido na vida econômica e um Direito que se encontrava defasado com relação às exigências dessa última. O hiato foi ampliado ainda mais com o aparecimento de novas configurações não previstas pelos códigos (como o contrato de trabalho, as convenções coletivas, os estatutos dos sindicatos, trustes, cartéis etc). Para Weber, esse conflito demonstra, sobretudo, que não existe nenhuma dependência direta da regulamentação jurídica com relação à vida econômica e, mais amplamente, com relação aos contextos sociais. O recurso de certos juristas ao Direito espontâneo dos grupos e da sociedade contra o Direito legislativo, que foi denominado "tendência sociológica da jurisprudência", parece a Weber "reacionário e anti-histórico": Weber considera que é suficiente desenvolver a racionalização do Direito, concedendo maior liberdade de interpretação ao juiz e ao jurisconsulto, bem como acentuando o Direito como *Zweckrational* (isto é, cambiante em seus meios e em seus fins), para se chegar a uma solução de acordo com a "linha de evolução geral do Direito". A Sociologia do Direito de Weber conclui, então, com uma afirmação (bastante inesperada sob a pena do principal promotor do método da tipologia qualitativa e descontínua em Sociologia) de uma lei de evolução geral do Direito que, textualmente, consiste no seguinte:

"O Direito começa por ser uma revelação carismática de profetas para, em seguida, converter-se em uma criação empíri-

ca dos juristas-práticos; depois, orienta-se no sentido da outorga por uma potência secular, que procede com ou sem a ajuda de uma potência teocrática e chega, finalmente, ao estabelecimento de proposições sistematizadas do Direito, acompanhadas de trabalhos jurídicos que emanam de um grupo de eruditos e práticos especializados e tecnicamente formados no exercício da lógica jurídica e no conhecimento da literatura do Direito. As características formais do Direito se desenvolvem nesse processo de combinação de formalismo sensível alicerçado na magia e a revelação místico-irracional, passando pelo intermediário da teocracia e do Estado patrimonial, que fazem valer o caráter teleológico (*Zweckrational*) do Direito no sentido da intensificação da sistematização e da racionalização lógica do Direito como técnica especial. O que conduz, finalmente, a uma sublimação lógica progressiva do Direito em seu rigor dedutivo e sua tecnicidade reforçada¹³.

Com isto, pensamos ter esclarecido melhor qual é o objetivo sobre o qual aplicaremos a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, tarefa que, a partir deste ponto, enfrentaremos.

II. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN AO CONCEITO WEBERIANO DE RACIONALIZAÇÃO

Ao final de nossa Introdução, observamos que a questão central é encontrar, na teoria dos sistemas, de Luhmann, o elemento-chave para responder à questão weberiana da racionalização do Direito.

Para Luhmann, sistema é um conjunto de elementos delimitados segundo o princípio da diferenciação. Os elementos ligados uns aos outros excluem outros elementos do seu convívio. Havendo algo (elemento) fora e algo dentro, temos um sistema. Todo sistema pressupõe, pois, um mundo circundante, com o qual se delimita. Se quisermos transcender absolutamente o conceito de sistema, estaremos procurando uma conexão que não tem limites. A esta conexão, Luhmann chama de "mundo". Pensar o "mundo" como um "sistema" é, para Luhmann, impossível, pois o mundo não tem "um lado de fora", que o circunda. Se insistíssemos nisto, estaríamos pensando num "mundo" que abarque o seu "mundo circundante". O conceito diretor do pensamento estaria, entretanto, sendo apenas transferido de "mundo" para "mundo circundante". Husserl, lembra Luhmann, tentou captar a peculiaridade do "mundo" dos homens, que é capaz de apontar para o infinito e, apesar disso, atuar significativamente como finito,

13. Max Weber, *Economia e Sociedade*.

com a imagem do "horizonte".

Luhmann não quer, porém, entender o "mundo" através do seu conteúdo existente. Se o "mundo" não tem "mundo circundante", ele não pode ser ameaçado, isto é, não pode deixar de existir. Enquanto existir algo, existe o mundo. Toda "ameaça" à existência tem de ser concebida como possibilidade do mundo. O mundo pode, entretanto, ser "problematizado", não quanto ao seu "conteúdo existente" (ponto de vista do seu "ser"), mas quanto à sua "complexidade". O conceito de complexidade não designa uma "situação de ser", mas uma "relação" entre "sistema" e "mundo". A complexidade do "mundo" depende dos sistemas do "mundo". Isto porque, continua Luhmann, a construção de um sistema corresponde ao projeto de possibilidades que o sistema oferece na forma de uma seleção redutora, excluindo, pois, outras possibilidades que superariam sua capacidade de assimilação e controle. Há, pois, um conjunto de possibilidades (de ação, de acontecimentos, de escolha etc) e outras que ficam de fora ("complexidade" do "mundo"). Todo sistema, assim, é no fundo uma conexão significativa, uma conexão de "sentido", que ao mesmo tempo liga várias possibilidades entre si e aponta para outras possibilidades que não podem ser ligadas (complexidade do "mundo")¹⁴.

Na primeira parte deste trabalho, expusemos a base weberiana sobre a qual raciocinaremos. Se, para

Luhmann, como vimos, é o princípio da *diferenciação* que delimita os sistemas, façamos um teste decisivo de aplicação de seu modelo teórico partindo deste conceito.

Por *diferenciação*, Luhmann entende a substituição de padrões difusos de comportamento por padrões especializados, notando-se que ela constitui um recurso interno do sistema para sobreviver às crises (entropia negativa).

Tudo bem, partiremos deste conceito. Porém, é preciso deixá-lo por algum tempo em banho-maria para colocarmos uma questão prévia: a de que a Sociologia deve ser concebida como um sistema social que, em um ambiente altamente complexo e contingente, é capaz de manter relações constantes entre as ações. Para tanto, segundo Luhmann, o sistema tem que produzir e organizar uma seletividade de tal forma que ela capte a alta complexidade e seja capaz de reduzi-la a bases de ação, passíveis de decisões. Quanto mais complexo é o próprio sistema, tanto mais complexo pode ser o ambiente no qual ele é capaz de orientar-se coerentemente. A complexidade de um sistema é regulada, essencialmente, por meio de sua estrutura, ou seja, pela seleção prévia dos possíveis estados que o sistema pode assumir em relação ao seu ambiente. Por isso, as questões estruturais, e, entre elas, as questões jurídicas, são a chave para as relações sistema/meio circundante e para o grau de complexidade e seletividade alcançável nessas relações.

14. Niklas Luhmann. *Soziologische Aufklärung*, Opladen, 1971, p.p. 114 ss.

Segundo os desenvolvimentos mais recentes da teoria sociológica dos sistemas, o Direito tem que ser visto como uma estrutura cujos limites e cujas formas de seleção são definidos pelo sistema social. Ele não é, de nenhuma forma, a única estrutura social: além do Direito devem ser consideradas as estruturas cognitivas, os meios de comunicação e, principalmente, a institucionalização do esquema de diferenciação de sistemas na sociedade. Mas o Direito é imprescindível enquanto estrutura, porque, sem a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, os homens não podem orientar-se entre si, não podem esperar suas expectativas. E esta estrutura tem que ser institucionalizada ao nível da própria sociedade, pois só aqui podem ser criadas aquelas instâncias que domesticam o ambiente para outros sistemas sociais. Ela se modifica, portanto, com a evolução da complexidade social.

Este é um ponto importante que pretendíamos alcançar. Aqui podemos perceber que, afinal de contas, Weber e Luhmann não falam línguas tão diferentes. O processo de racionalização crescente do Direito deve ser visto sob este ângulo. De fato, a começar pela desmitologização do mundo, o estabelecimento da economia capitalista é um pressuposto com conseqüências para o Direito. A partir daí, o Direito é reconstituído, passando de qualidades primárias/materiais (éticas, de conteúdo fixo) para qualidades primárias/formais (precisadas conceitual e abstratamente, praticáveis conforme um índice ótimo

de operacionalidade).

Consideremos esta oposição formal/material. Na verdade, o que Weber quer dizer é que as normas jurídicas passam a sofrer um processo de *diferenciação* separando-se da confusão com outras normas sociais, adquirindo função própria e específica.

É este o sentido da tipologização weberiana: a) uso, como fato do exercício homogêneo de ação; b) costume, como conformidade da conduta com a consciência; c) convenção, como fixação racional de ritos de conduta; d) Direito, como fixação com garantia de cumprimento.

A hipótese que Luhmann levanta para explicar a mudança estrutural da sociedade é a seguinte:

1. O sistema social, na medida em que aumenta sua complexidade, é reestruturado no sentido da *formação de sistemas parciais funcionalmente específicos*. Isso leva a maior variedade, à superposição de possibilidades de experimentação e de ação, inclusive de projetos normativos nos sistemas parciais, forçando, assim, maior seletividade.

2. Ao desempenhar-se seletivamente, esse desenvolvimento é levado à esfera do Direito através da *diferenciação de sistemas (processos) especiais de interação, específicos ao Direito, os quais se tornam sustentáculos sociais, crescentemente autônomos, das decisões jurídicas imperativas*.

3. O próprio Direito é autonomizado ao nível da sociedade através da crescente *separação entre expectativas cognitivas e normativas*, e o arcabouço de suas definições de sentido assume *representações mais abstratas* (mais ricas em variações) *no lugar de noções concretas*.

Estes três mecanismos referem-se a diferentes dimensões da formação do Direito. O centro de gravidade da *superprodução de possibilidades*, segundo Luhmann, localiza-se no nível normativo, ou seja, na dimensão temporal. O mecanismo da *institucionalização* atua como fator de seleção, selecionando entre as novas expectativas aquelas para as quais pode ser suposto consenso por parte de terceiros. A estabilização efetua-se por meio da fixação do sentido capaz de ser transmitido através da linguagem e que pode ser inserido e mantido no contexto das definições de sentido do Direito. A base comum dos mecanismos que assim se desenvolvem reside na complexidade social. Eles fornecem contribuições distintas, mas complementares, para adaptação estrutural e processual da sociedade à maior complexidade. Sua ação conjunta garante a manutenção das expectativas comportamentais normativas mesmo frente à crescente complexidade da sociedade. Dessa forma, eles estão entrelaçados entre si e com todas as outras estruturas importantes do sistema da sociedade – e isto significa que a configuração dos aspectos normativos, institucionais e de sentido objetivo não ocorre indiscriminadamente, mas sempre referindo-se

ao nível de desenvolvimento e de outras dimensões.

Assim, a *diferenciação funcional* parece ser o mecanismo primário da geração da *variedade*, da *diversidade de alternativas* e da *superprodução de normas*, pois ela dota seus sistemas parciais com a capacidade de ver o ambiente de forma cada vez mais abstrata, e daí menos transigente e, portanto, mais necessitada de compensações, desenvolvendo também as respectivas expectativas. Os processos são, antes de tudo, mecanismos de institucionalização seletiva. Neles é decidido, segundo Luhmann, quais normas geram um consenso real ou presumível, tornando-se socialmente utilizáveis. Ao mesmo tempo, gera-se e estabiliza-se nos processos aquela sedimentação de sentido que firma as normas em um contexto interpretativo, tornando-as transmissíveis. O grau de abstração e a complexidade do conjunto de normas a cada caso vigente enquanto direito dependerá de processos instaurados, e isso, por seu lado, não seria independente do tipo e do grau de diferenciação sistêmica da sociedade.

Na terminologia de Luhmann, a citada diferenciação funcional constitui exatamente o *caminho evolutivo da racionalização* de que fala Weber.

Já deixamos claro que o Direito é estrutura da sociedade. Enquanto estrutura, o Direito pressupõe relações conforme *regras*. Mas estrutura é, também, um projeto significativo lançado no incerto – o mundo circundante. A estrutura é construída pela generalização de expectativas válidas para o

sistema. Esta generalização de expectativas funciona como neutralização, indiferença perante peculiaridades, mudanças, diferenças, portanto, redução de complexidade. Ao se construir a estrutura, neutraliza-se quanto ao tempo, quanto às situações e quanto a programas, o que vem a ser, exatamente, a institucionalização. Estrutura, todavia, é termo usado por Luhmann, não por Weber. Uma das críticas que poderíamos fazer a Weber é quanto à ausência dos conceitos de "estrutura social" e de "fenômenos sociais totais", ausências que se revelam ruinosas para a Sociologia do Direito.

À guisa de conclusão, aliás, outras críticas poderemos aduzir.

É surpreendente sua tendência a utilizar a Sociologia do Direito para justificar o dogmatismo da "lógica jurídica" e do formalismo normativista do Direito. Em lugar de demonstrar que o Direito romano é relativo e inaplicável a uma série de estruturas sociais diversas, passadas, presentes e futuras, Weber está a ponto de entoar um hino à permanência do Direito romano, chegando ainda a reforçar, através de considerações sociológicas, o dogmatismo dos juristas.

Além disso, Weber não oferece uma definição do Direito aceitável pelo sociólogo. Para ele, como vimos, o Direito é regra que tem probabilidade de ser concretizada através da imposição. Mas ele não esclarece de forma precisa o que compreende por imposição, e não justifica a redução de todo o Direito às proposições abstratas do Direito e às regras de decisão dos Tribunais. Não

distingue, inclusive, entre gêneros, ordens e sistemas de Direito. Finalmente, transforma o Direito em artifício, invenção dos juristas, anulando, assim, a realidade do Direito como realidade social. Fecha os olhos ao fato de que o Direito dos camponeses, por exemplo, ainda que não dispondo de juristas para elaborá-lo, se impunha na vida diária, bem como nos Tribunais; da mesma maneira, o Direito da classe proletária funcionou bem antes que esta classe encontrasse juristas qualificados para tratar de formulá-lo.

É certo, também, que Weber, aproveitando sua imensa erudição histórica, estabelece alguns tipos aproximados de sistemas de Direito que, lamentavelmente, não coloca em correlação funcional suficiente com tipos precisos de sociedades-globais. Como vimos, escapam-lhe os conceitos de "estrutura" e "fenômenos sociais totais". Sua conversão inesperada a uma *lei de evolução do direito* não ajuda a resolver o impasse, e se acha em contradição com suas próprias posições metodológicas.

Sob a luz de uma análise funcional, a que se reduz, finalmente, a contribuição de Weber à Sociologia do Direito? Ao reconhecimento de sua possibilidade; ao estudo em si mesmo interessante do papel dos juristas na vida do Direito, cuja importância, contudo, ele exagera desmesuradamente e de que não estuda as relações com outros agrupamentos; enfim, à oposição dos elementos de misticismo e racionalidade no conteúdo e na forma do estabelecimento do Direito, oposição perfeita-

mente utilizável na Sociologia do Direito, em particular na tipologia jurídica das sociedades globais. Utilizável, no entanto, sob a dupla condição de que não se tome o misticismo e a racionalidade como pontos de partida e de chegada de uma evolução, e de que não se

confunda a racionalidade com a lógica imutável do Direito romano.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, N. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo, Mestre Jou.
- BUCKLEY, W. **A Sociologia e a Moderna Teoria dos Sistemas**. São Paulo, Cultrix.
- FERRAZ Jr., T.S. **A Filosofia como Discurso Aporético**. In: Cadernos Puc, nº 1, Educ/Cortez, 1980.
- _____. **Poder Representativo e Comunicação**. In: Filosofia Política 3, L & PM/UNICAMP/UFRGS, 1986.
- LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1985.
- WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. México, Fondo de Cultura Econômica, 1944.
- _____. **Textos Selecionados**. Trad. de Maurício Tragtenberg et alii. São Paulo, Abril Cultural, 1972 (Os Pensadores).
- _____. **Fundamentos de Sociologia**. Porto, Rés, 1983.