GUSTAVO ANGELELLI

Tempo e direito:
experiência e expectativa no sistema jurídico

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Orlando Villas Bôas Filho

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2016

GUSTAVO ANGELELLI

Tempo e direito:
experiência e expectativa no sistema jurídico

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Orlando Villas Bôas Filho.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2016

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Angelelli, Gustavo
Tempo e direito: experiência e expectativa no sistema jurídico / Gustavo Angelelli ; orientador Orlando Villas Bôas Filho -- São Paulo, 2016.
137f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

1. Teoria dos sistemas sociais. 2. Tempo e direito. 3. História do direito. I. Villas Bôas Filho, Orlando, orient. II. Título.

Nome: ANGELELLI, Gustavo

Título: Tempo e direito: experiência e expectativa no sistema jurídico

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Orlando Villas Bôas Filho.

Aprovado em:

Banca examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura:_____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura:_____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura:_____

Agradecimentos

Esta dissertação, como todos os trabalhos levados a sério, é fruto de muito esforço e sacrifício. Agradeço a todas as pessoas que me auxiliaram nesse esforço, bem como àquelas que aturaram ou partilharam os sacrifícios. Na impossibilidade de referir-me nominalmente a cada uma delas, atenho-me aos que participaram mais diretamente da minha vida acadêmica e da redação desta dissertação.

Antes de mais nada, ao Professor Orlando Villas Bôas Filho, que aceitou orientar-me na realização desta pesquisa. Sou muito grato, primeiramente, pela orientação. Além disso, agradeço pela possibilidade de estabelecer uma convivência nestes últimos anos, a qual me forneceu um modelo de professional acadêmico e de índole pessoal a ser seguido. Os méritos desta dissertação devem-se à sua orientação, ao passo que os equívocos que eventualmente possam ser encontrados são de minha responsabilidade.

Aos Professores Celso Fernandes Campilongo e Samuel Rodrigues Barbosa, que compuseram a banca de qualificação e receberam este projeto com entusiasmo, agradeço pelas inestimáveis sugestões ao desenvolvimento deste trabalho, visando tanto a própria dissertação quanto a continuidade em pesquisas futuras. Ao primeiro, ademais, sou grato pelo curso ministrado na pós-graduação, que deu ensejo a um trabalho final que tive a felicidade de publicar em forma de artigo.

Ao Professor José Reinaldo de Lima Lopes, agradeço pelo curso por ele ministrado e pela oportunidade de trabalharmos juntos em suas disciplinas de graduação, nas quais exerci a função de monitor, e em outros projetos acadêmicos. Com não menor intensidade, agradeço pelas conversas, pelos ensinamentos e pela inspiração para enveredar cada vez mais na história e na filosofia do direito.

Aos Professores Marcos Peixoto Mello Gonçalves, Luís Rodolfo de Souza Dantas, José de Resende Júnior e Susana Mesquita Barbosa, da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, com os quais iniciei meus estudos nas áreas da filosofia do direito e afins.

Aos Professores Marcos Peixoto e José de Resende Júnior, que me orientaram, respectivamente, na iniciação científica e na monografia de final de curso, agradeço pelo voto de confiança nas minhas primeiras aventuras em pesquisa acadêmica.

Ao Professor Luís Rodolfo, com o qual mantive maior proximidade desde o primeiro ano da graduação e de quem tive a oportunidade de ser monitor, agradeço principalmente por ter sido uma constante inspiração para a reflexão, fazendo-me nutrir o interesse pela área acadêmica.

À Professora Susana, sou imensamente grato, além das aulas e conversas, pelo auxílio na preparação do projeto de pesquisa para o ingresso no mestrado, sem o qual, quiçá, esta dissertação não teria sequer sido iniciada. Nessa ocasião, tive o privilégio de conhecer também a Professora Patrícia Tuma Bertolin, cujas conversas nesse momento de transição entre graduação e pós-graduação foram incentivadoras, e por essa razão a ela também se dirige o meu agradecimento.

Aos amigos e colegas de pós-graduação, e também aos alunos de monitoria, agradeço por terem feito parte da empreitada do mestrado, que não se restringe à escrita da dissertação. Agradeço, em especial, aos meus amigos Ana Carolina Navarrete, Gabriel Franco da Rosa Lopes, Raphael da Rocha Rodrigues Ferreira e Paulo de Carvalho Yamamoto, pelo companheirismo durante esses anos, dentro e fora da universidade.

O meu agradecimento se estende, também, aos meus amigos e à minha família, que foram os alicerces, imprescindíveis, por trás desta pesquisa.

Acima de tudo, agradeço aos meus pais, Jair e Norma, a quem, além de agradecer, dedico este trabalho. Sem a presença e o apoio incondicionais deles, esta dissertação de mestrado não teria sido possível e não faria sentido.

Por fim, agradeço à CAPES, cuja bolsa de estudos foi fundamental para a dedicação completa a esta pesquisa.

Resumo

ANGELELLI, Gustavo. **Tempo e direito: experiência e expectativa no sistema jurídico.** 137f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

O presente trabalho analisa, com base na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, o que significa fazer história do direito na sociedade moderna. Diante da caracterização desta sociedade como funcionalmente diferenciada, é exposta a complexidade temporal dos sistemas sociais e, em particular, do direito enquanto um possível objeto de pesquisa histórica, para em seguida avaliar em que consistem as observações históricas realizadas na sociedade atual. Por fim, avalia-se a adequação da teoria dos tempos históricos de Reinhart Koselleck à complexidade temporal da sociedade moderna.

Palavras-chave: Teoria dos sistemas sociais; história do direito; observação histórica; tempo; teoria dos tempos históricos

Abstract

ANGELELLI, Gustavo. **Time and Law: experience and expectation in the legal system**. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2016.

This work analyzes, based on Niklas Luhmann's social systems theory, what it means to make legal history in modern society. Considering its characterization as a functionally differentiated society, it is exposed the temporal complexity of the social systems and particularly of law, as one of the possible subjects of historical research, to then examine what are the historical observations performed in the present society. Finally, it is evaluated how adequate is Reinhart Koselleck's theory of historical times to the temporal complexity of the modern society.

Keywords: social systems theory; legal history; historical observation; time; theory of historical times

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 9

CAPÍTULO 1 – ESTRUTURA E SEMÂNTICA NA SOCIEDADE MODERNA 12

1.1. Duas teorias da modernidade 12

1.1.1. Diferenciação funcional: a modernidade sociológica na teoria de Niklas Luhmann 13

1.1.2. Espaço de experiência e horizonte de expectativa: a modernidade histórica segundo Reinhart Koselleck 18

1.1.3. Balanço das teorias da modernidade de Luhmann e Koselleck 24

1.2. Entre estrutura social e semântica 26

CAPÍTULO 2 – O TEMPO DO DIREITO MODERNO: UMA ABORDAGEM SISTÊMICA 33

2.1. O tempo na teoria dos sistemas sociais 37

2.1.1. Teoria dos sistemas sociais: alguns conceitos e distinções fundamentais 37

2.1.2. A temporalidade dos sistemas sociais 46

2.2. O tempo do sistema jurídico 57

2.3. Autodescrição e identidade do sistema jurídico 74

CAPÍTULO 3 – HISTÓRIA DO SISTEMA JURÍDICO 85

3.1. A discussão em torno da legitimidade da abordagem histórica 85

3.2. Evolução e história 89

3.3. Relações entre a observação histórica e a observação sociológica 98

3.4. Caracterização sistêmica da observação histórica sobre o direito 102

3.4.1. Observações históricas: uma digressão terminológica 111

3.5. Teoria dos tempos históricos: implicações de uma teoria da história 114

3.5.1. Teoria dos tempos históricos: uma teoria da história 116

3.5.2. Entre modelos evolutivos e múltiplas temporalidades 120

3.5.3. Historicização da modernidade 122

CONCLUSÃO 127

REFERÊNCIAS 133

INTRODUÇÃO

> Una noche después de mucho beber y marearse con tufos de tabaco frío, dejados por sus amigos, Marcial tuvo la sensación extraña de que los relojes de la casa daban las cinco, luego las cuatro y media, luego las cuatro, luego las tres y media... Era como la percepción remota de otras posibilidades.
>
> Alejo Carpentier, *Viaje a la semilla*

Reinhart Koselleck, ao analisar a situação atual da reflexão sobre a ciência da história, entende que esta vive um momento de indigência teórica, sem que saiba exatamente o seu lugar entre as ciências e os saberes. Segundo ele, as linhas que opunham as ciências humanas às naturais já não são mais traçadas com a convicção de outrora. De acordo com ele, por um lado

> [o] caráter basicamente hipotético das afirmações e o entrelaçamento entre sujeito e objeto nos experimentos introduziram na ciência natural um aspecto que poderia muito bem ser chamado de "histórico". Por outro lado, as ciências sociais e humanas há muito romperam o laço unificador da visão histórica do mundo[1].

As práticas de pesquisa da história, todavia, conforme ele diz, quase não foram afetadas pelos debates teóricos científicos, mantendo-se em um estado de isolamento (e, por isso, de indigência teórica). A proposta de Koselleck é que se estabeleça um novo relacionamento com as outras ciências, sendo necessária a conscientização de que a história depende de teorias para que continue a se definir como ciência. No entanto, munido de cautela, ele afirma:

> Seria muito precipitado reunir a sociologia e a história a fim de extrair de alguma ciência da sociedade o nosso próprio conceito de ciência. Antes, quero propor que descubramos nossas próprias limitações e encontremos os pontos que necessitam de uma teoria ou talvez já a contenham[2].

Levando em consideração esse alerta de Koselleck, não se pretende neste trabalho avançar na aproximação entre sociologia e história a ponto de ferir a autonomia científica desta última disciplina. Entretanto, a aproximação será feita em razão de exigências

---

[1] KOSELLECK, Reinhart. *Estratos do tempo*: estudos sobre história. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2014, p. 277.
[2] Idem, ibidem, p. 277.

teóricas, cuja identificação deu ensejo à pesquisa que se segue – sempre com o cuidado, é importante frisar, de não permitir que a sociologia tome para si o encargo de definir a ideia que a ciência histórica faz sobre si mesma, seus conceitos e limitações.

O ponto de partida para este trabalho é a constatação de que a pesquisa histórica não é atemporal, assim como não é atemporal o seu objeto de análise. A desconsideração da historicidade da própria observação histórica é inaceitável na sociedade moderna, apesar de todas as rejeições que sofreu e sofre o historicismo, por afirmações desse tipo, em seu confronto com os defensores da Razão. A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann somente veio reforçar esse relativismo da observação histórica, ao descrever a pluralidade de sistemas observadores e a reflexividade das descrições na sociedade moderna. De fato, em decorrência do postulado da diferenciação funcional, que está na base da concepção sistêmica de Luhmann, a sociedade moderna apresenta-se como uma sociedade multicêntrica. O direito, por exemplo, é apenas um dentre muitos sistemas funcionais, todos autônomos, de modo que nenhum pode impor suas descrições sobre a sociedade e sobre si mesmo aos demais.

Não obstante, o relativismo decorrente dessa concepção sistêmica precisa ser matizado. O fato de os sistemas sociais realizarem autodescrições conduz à necessidade de que toda observação sobre eles considere as respectivas autodescrições. Por essa razão, se se pretende fundamentar a história do direito de forma condizente com a reflexividade dos sistemas sociais modernos, faz-se necessário compreender o que é a sociedade moderna, na qual observação histórica e direito estão inseridos, quais as características temporais peculiares dessa sociedade e de seus sistemas, e como cada um desses sistemas opera e promove autodescrições.

Tendo isso em vista, deve-se ressaltar que este trabalho não desenvolve uma teoria da história, mas sim as premissas necessárias para que esta seja elaborada. Nesse sentido, os desenvolvimentos teóricos levados a cabo nesta pesquisa pertencem à teoria sociológica, podendo-se amoldar àquilo que Luhmann em certo momento chama de "sociología de la historia-de-la-sociedad", a qual

> no intenta una historiografía, ni tampoco la producción de coherencia suficiente en el conjunto de acontecimientos. Su problema se halla en que ninguna teoría de la sociedad puede excluir o descuidar de la dimensión temporal del sistema de la sociedad. Sabe que todos los sistemas que efectúan una 're-entry' de la distinción sistema/entorno dentro del sistema, requieren de una 'memory function' que les permita reconocer el presente como resultado de una historia inalterable. Por ello no busca la

> coherencia de los acontecimientos sino la consistencia dentro del aparato teórico de la teoría de la sociedad[3].

Por esta razão, são realizadas análises detidas sobre o que são os sistemas sociais modernos, o que é o direito enquanto um deles e em que consiste a temporalidade social e jurídica. Essas são contribuições relevantes que a sociologia pode oferecer à teoria da história, a fim de que a pesquisa histórica possa devidamente compreender, por um lado, a sua própria complexidade como uma forma de observação que parte da sociedade moderna e, por outro, que o direito, seu possível objeto de pesquisa, não é um objeto inerte, mas um sistema que se autodescreve.

Nos capítulos que seguem, será percorrido este caminho: primeiramente, serão apresentadas as noções de modernidade extraídas das obras de Luhmann e de Koselleck, a fim de estabelecer os suportes sociológicos e históricos que baseiam a caracterização da sociedade atual como moderna; no segundo capítulo, serão apresentadas as distinções e os conceitos fundamentais da teoria dos sistemas sociais, para em seguida analisar em que consiste a temporalidade dos sistemas sociais, especialmente do direito[4], bem como a forma pela qual este gera a sua identidade no seio da sociedade; depois, após breve apresentação do problema da legitimidade da ciência da história, será analisado em que consiste a observação histórica, sob a ótica sistêmica, relacionando-a com a teoria da evolução e a sociologia, para então distinguir as formas possíveis de abordagem histórica sobre o direito em razão da pluralidade de possíveis observadores; por fim, apresentaremos a teoria dos tempos históricos de Reinhart Koselleck como uma teoria da história compatível com a complexidade temporal da sociedade moderna.

---

[3] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Editorial Herder, 2007, p. 455.

[4] Sobre várias formas de abordagem do tempo, culminando na apresentação do tempo social em Luhmann e de suas implicações para o sistema jurídico moderno, cf. PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CAPÍTULO 1 – ESTRUTURA E SEMÂNTICA NA SOCIEDADE MODERNA

O fato de a abordagem histórica sobre o direito ser feita em um momento social e temporal específico – ou, em outros termos, o reconhecimento da historicidade da própria observação histórica – conduz à necessidade de se perquirir acerca das bases sociológicas da história enquanto forma de observação, para, apenas depois, poder ser elaborada uma teoria da história mediante a qual se definam os objetos, métodos e limites desse tipo de abordagem social.

Esta pesquisa destina-se, portanto, a compreender a complexidade que envolve a observação histórica relativa ao direito. Partindo da premissa de que, para se fazer uma observação histórica, é necessário compreender a condição social e temporal do observador, e que a observação atual é feita na sociedade moderna, este primeiro capítulo apresentará as concepções de modernidade de Niklas Luhmann e de Reinhart Koselleck, cada uma das quais elaborada sob uma perspectiva diferente.

1.1. Duas teorias da modernidade

Niklas Luhmann e Reinhart Koselleck, cada um por um viés, desenvolvem concepções sobre a modernidade. Desde logo, contudo, cumpre ressaltar que elaborar uma teoria da modernidade não é a finalidade das respectivas obras, mas parte de projetos teóricos maiores.

Nesse sentido, Luhmann tem a pretensão de fundar a sociologia a partir de novas bases teóricas e, para tanto, concebe uma teoria dos sistemas sociais. A diferenciação funcional, que é identificada como característica central da sociedade moderna, é apenas um passo nesse projeto que passa pela conjugação de várias teorias (teoria dos sistemas, teoria da evolução, teoria da diferenciação social, teoria da comunicação) e chega, na sua derradeira grande obra, *A sociedade da sociedade*, a uma teoria da sociedade.

De outra parte, Koselleck é principalmente conhecido por seu protagonismo na elaboração das bases teóricas e na direção das pesquisas empíricas no campo da história

dos conceitos, que culminou na organização de uma pesquisa coletiva de grandes proporções sobre a história de conceitos sociais e políticos fundamentais, publicada sob o título *Geschichtliche Grundbegriffe*. Contudo, trata-se de parte de um projeto teórico pessoal mais amplo, que consistiu no desenvolvimento das bases de uma teoria da história centrada em noções como múltiplos tempos históricos e estruturas temporais formais. Também para ele, a proposição de uma noção de modernidade está submetida a essas bases teóricas e se nutre tanto da análise histórica conceitual quanto da ideia de tempos históricos[5].

Cada uma das duas teorias será apresentada brevemente a seguir, para, depois, serem confrontadas. Com isso, sem deixar de expor os problemas que esse conceito envolve, pretendemos esboçar os fundamentos para uma compreensão da modernidade da sociedade em que a observação histórica sobre o direito é realizada.

1.1.1. Diferenciação funcional: a modernidade sociológica na teoria de Niklas Luhmann

Niklas Luhmann entende que as tentativas teóricas de explicação da sociedade moderna não lograram êxito até o momento. Os autores clássicos da sociologia não teriam conseguido promover descrições adequadas, dentre outros motivos, porque não reconheceram a relação circular entre a teoria da sociedade e o seu objeto. Já os pesquisadores que intentaram descrições sobre a sociedade no decorrer do século XX teriam se limitado a repetir e atualizar as bases conceituais que os primeiros haviam estabelecido. A estagnação teórica teria, então, levado a algumas ideias comuns que, constituindo o pano de fundo dessas diversas tentativas malogradas de descrição da sociedade, tornaram-se obstáculos epistemológicos para a teoria social. Luhmann elenca quatro desses obstáculos: a ideia de que a sociedade é constituída por seres humanos concretos e pelas relações entre eles; a ideia de que as sociedades são territorialmente delimitadas; a ideia de que é possível observar as sociedades a partir de fora (*ab extra*); e,

[5] Segundo José Luis Villacañas e Faustino Oncina, as premissas teóricas da história dos conceitos "vienen dadas por una teoría de las estructuras del tiempo histórico o de la temporalización, de la que se puede inferir una teoría de la modernidad". VILLACAÑAS, José Luis; ONCINA, Faustino. Introducción. In: KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Georg. *Historia y hermenéutica*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1997, p. 34.

por fim, a ideia de que a sociedade se estabelece, ou se integra, por meio do consenso entre os seres humanos[6].

A teoria da sociedade de Luhmann é uma investida contra esses obstáculos: a sociedade não é constituída por seres humanos, nem pelas ações destes, mas por comunicações. Os seres humanos são compostos por um sistema psíquico (consciência) e por um sistema biológico (vida), sistemas estes que estão no ambiente do sistema social. Neste sentido, sendo constituída por comunicações, a sociedade não se limita por barreiras físicas e não depende de concordâncias intersubjetivas entre seres humanos para se manter funcionando. E, como tudo o que é comunicação pertence à sociedade, a teoria social é parte do objeto que descreve, não havendo a possibilidade de um sujeito, empírico ou transcendental, situar-se frente à sociedade, como se se tratasse de um objeto inerte, para desenhar-lhe um fiel retrato.

A superação desses obstáculos somente é possível, de acordo com Luhmann, por meio de uma mudança radical de perspectiva, que privilegie as diferenças e não evite os paradoxos. Com essa finalidade, ele adota a diferença diretriz entre sistema e ambiente, com base na qual afirma que cada sistema se reproduz a partir de si mesmo (autopoiese), tendo um elemento basal a partir do qual é determinado o que pertence ao sistema e o que pertence ao outro lado da forma, o ambiente. Como a reprodução do sistema envolve uma aplicação da diferença sistema/ambiente no próprio sistema, em função da sua autorreferencialidade, os sistemas desenvolvem uma diferenciação interna.

A sociedade, então, é entendida como o sistema abarcador de toda a comunicação, isto é, de tudo o que é social, sendo constituída por subsistemas sociais, e o que define a sociedade moderna é o primado da diferenciação funcional, o que significa que ela é constituída por sistemas autônomos, vocacionados à realização de uma função específica e exclusiva de cada um. Essa forma de diferenciação se caracteriza, diferentemente do que ocorre com outros primados (diferenciação segmentária, centro/periferia, estratificada), pela desigualdade dos sistemas parciais, que é, no entanto, uma desigualdade na qual eles são iguais, pois "el sistema total renuncia a establecer un orden de relaciones (por ejemplo, el rango) entre los sistemas de función"[7]. Isso significa, em última análise, uma fragmentação completa da sociedade moderna, a qual não pode ser ordenada em torno de um eixo e, portanto, não pode admitir a prevalência de um dos sistemas funcionais.

---

[6] Cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 11-12; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 13.
[7] LUHMANN, Niklas, op. cit., p. 591.

Dentre os sistemas funcionais da sociedade moderna, figuram o sistema educativo, a ciência, a política, a economia, e também o direito, dentre outros. Cada um deles é responsável por lidar com problema da sociedade, isto é, de exercer uma função social. E, para fazê-lo, eles precisam garantir a própria autonomia. Para isto,

> no basta solamente orientarse por la función. Mientras que mediante su función los sistemas funcionales se establecen en la sociedad y con la descripción de su función se remiten a la sociedad, estos sistemas necesitan además para formar su propia *autopoiesis* otra forma de orientación, un código binario[8].

Diferenças e conceitos como sistema/ambiente, função e código serão analisados, com maior profundidade, no capítulo seguinte, especialmente com relação ao sistema jurídico. Por ora, o que importa reter é que, conforme o diagnóstico de Luhmann para a caracterização da sociedade moderna, o que a distingue das sociedades anteriores é a sua forma de diferenciação, isto é, o fato de não ser primordialmente constituída por famílias, regiões ou estratos, mas por sistemas funcionais autônomos.

Com a mudança de formas sociais relativamente estáticas, segmentadas regionalmente ou por estratos, para a diferenciação funcional, muda também a maneira pela qual a sociedade concebe o tempo – estrutural e semanticamente. Para Luhmann, a chave para compreender essa mudança para a modernidade, que leva à primazia da dimensão temporal, está na novidade, inserida na sociedade através da produção de informação[9]. Como uma informação, assim que surge, perde a sua novidade, segue-se que o novo somente é novo no presente. Assim sendo, o novo não se deixa explicar pela procedência, com base em uma origem, e precisa ser constantemente produzido, constituindo-se como tal a cada presente. Ainda assim, a caracterização do novo depende da diferença entre antes e depois, sem a qual não poderia ter aferida a sua novidade, e isso reforça função do presente enquanto diferença entre passado e futuro, a permitir que se diferenciem o velho e o novo.

Forma-se, assim, a ideia de tradição, a qual simboliza que o passado já não está mais presente, mas separado deste, podendo no máximo ser recomendado e, com isso, aceito ou rejeitado. O passado, desta maneira, radicalmente separado do presente, torna-se história, ao passo que o futuro "es construcción diferida de nuevos significados – todavía desconocidos; construcción producida en el tiempo y caminando con él y – en este sentido

---

[8] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 593.
[9] Cf. idem, ibidem, p. 793ss.

– no sólo *diferente* al pasado sino *nuevo*"[10]. Por isso, é a informação, caracterizada pela produção do novo, que permite distinguir o passado e o futuro e, consequentemente, observar o tempo. Mas, como vimos, o novo, tão logo se produz, deixa de ser novo, de modo que requer a contínua geração de informações, e isso leva à instabilidade e à aceleração:

> Puesto que lo novedoso no puede entrar en el presente sin perder este carácter suyo (y todavía más puesto que no se puede recordar sino a lo sumo reconstruir como característica de un futuro-pasado) el tiempo constantemente se pierde en sí mismo. *Como diferencia* permanece inestable y con ello desencadena *aceleraciones*[11].

O que permite a observação do novo é a diferença entre redundância e variação, pois o novo supõe redundâncias diante das quais se possa reconhecer a variação que traz a novidade. A redundância é introduzida pelo passado, enquanto a variação é produto do futuro, de maneira que o presente é também a unidade da diferença entre redundância e variação. Neste sentido, diz Luhmann:

> Como pasado (puesto que ahí no puede cambiarse nada) se introduce la redundancia en el tiempo; y como futuro, en cambio, la variedad. Lo que determina la situación de partida para el futuro no es el cosmos de esencias o la naturaleza, sino lo que como pasado ha llegado a ser presente. Mediante el futuro – en cambio – se introduce incertidumbre en el mismo presente, con lo que el sistema puede oscilar entre estimaciones más positivas y más negativas, entre esperanzas y temores[12].

Visto deste modo, como diferença entre um passado e um futuro que não correspondem um ao outro, o presente passa a ser referido a uma decisão que integra um passado seletivamente recordado e um futuro seletivamente projetado. Toda decisão, então, uma vez que se toma sempre no presente, "es el inicio de una nueva historia y, a la vez, el presupuesto de que los pronósticos sean posibles – bajo reserva de que permanece desconocido cómo se decidirá en un futuro sobre las consecuencias de la decisión"[13].

Nesse sentido, com a primazia da diferenciação funcional, a estrutura temporal tornou-se mais complexa, culminando em uma dissociação entre passado e futuro – o que, ao mesmo tempo, significa uma intensificação da importância dessa diferença entre as duas referências temporais. Assim, com o estabelecimento da contagem regressiva do tempo possibilitada pelo eixo a.C/d.C, foi-se perdendo a naturalidade da explicação da origem do

---

[10] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 797 – grifo do autor.
[11] Idem, ibidem – grifo do autor.
[12] Idem, ibidem, p. 797-798.
[13] Idem, ibidem, p. 801.

mundo, uma vez que o passado abriu-se ilimitadamente para a pesquisa histórica[14]. E, com a mudança da percepção do passado, altera-se também a maneira como o futuro é apreendido, o qual deixa de se referir ao passado e, em vez de um fim do tempo, passa a se referir a "emergent properties and not-yet-realized possibities"[15], ou seja, torna-se um futuro aberto. Diante disso,

> [t]odo presente crea siempre un nuevo futuro, nuevamente desconocido. Lo cual posibilita depositar los problemas del presente – sin encontrar resistencia – en el futuro. Ahora es el futuro el que garantiza que el mundo es incompresible – y que lo seguirá siendo[16].

É importante notar que Luhmann faz algumas observações acerca do momento histórico em que essa mudança da noção de tempo ocorreu, mencionando que alguns autores entendem que foi no século XVII, enquanto outros acreditam ter ocorrido na segunda metade do século XVIII[17]. Essa pouca precisão (pode-se mesmo dizer, esse interesse diminuto) pelos eventos históricos que levaram à mudança indicam que o aspecto histórico é secundário na abordagem do sociólogo alemão, pois o que lhe interessa é a constatação da mudança social – quando quer que tenha ocorrido –, a qual permite descrever a sociedade moderna por oposição às formações sociais que a precederam. Isso quer dizer que importa não *quando*, mas *que* "[t]he transformation of time perspectives began by reconceptualizing the present"[18], pois o reconhecimento desse fato – mais suposto do que historicamente provado pela teoria social – permite avaliar as estruturas sociais modernas, que devem ter se alterado com o impacto da mudança. Importa, assim, acima de tudo, que a nova forma de estruturação da sociedade, que será interpretada por Luhmann como funcionalmente diferenciada, distingue-se da forma que estruturava a sociedade anterior – dentre outros motivos, pela reflexividade de seus processos. Desta maneira, ao identificar-se em que consistiu a mudança da estrutura social anterior para a modernidade, estabelecem-se os pressupostos para a compreensão da estrutura da sociedade atual, objeto da observação sociológica. Esse direcionamento sociológico da análise sobre a modernidade serve para a compreensão de todos os elementos da sociedade moderna, dentre os quais a nova forma de temporalidade social; segundo afirma Luhmann,

> only the economic and political breakthrough of the bourgeois society provided the background for solving time problems by

---

[14] LUHMANN, Niklas. The Future Cannot Begin: Temporal Structures in Modern Society. *Social Research*, vol. 43, n. 1, Spring 1976, p. 131.
[15] Idem, ibidem.
[16] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 798.
[17] LUHMANN, Niklas. The Future Cannot Begin: Temporal Structures in Modern Society, p. 132ss.
[18] Idem, ibidem, p. 133.

> temporal means: by extending the time horizons of past and future and by orienting the present toward their difference[19].

A teoria da sociedade de Luhmann, deste modo, é uma teoria feita na sociedade moderna para explicar a sociedade moderna, sendo os eventos históricos meros apêndices seletivamente utilizados como exemplos ou como parte da justificação de opções teóricas. A noção de tempo que Luhmann perquire, nessa linha, é um problema da sociedade atual: "we still do not have a satisfactory concept of time. (...) we lack a satisfactory theory that would be able to correlate variations in social structure and variations in temporal structure"[20].

É para a compreensão da sociedade atual, moderna, portanto, que Luhmann constata ainda não estar suficientemente aclarada a profundidade da reorientação da significação do tempo, nem a sua relação com os desenvolvimentos no nível estrutural da sociedade. Nesse sentido, segundo Luhmann, muito se compreendeu com a análise histórica das fontes (a reorientação do passado para o futuro e as experiências de aceleração, por exemplo), mas ainda há a necessidade de uma interpretação pautada em uma teoria social[21].

1.1.2. Espaço de experiência e horizonte de expectativa: a modernidade histórica segundo Reinhart Koselleck

Na introdução ao projeto coletivo *Geschichtliche Grundbegriffe*, encabeçado por Otto Brunner, Werner Conze e Reinhart Koselleck, este estabelece os parâmetros para a escrita dos verbetes sobre a história dos conceitos políticos e sociais fundamentais em língua alemã. Mais do que orientação metodológica, contudo, trata-se da exposição de uma concepção de modernidade, a ser historicamente fundamentada pela análise da história dos conceitos. Com efeito, Koselleck identifica um período de transição para a modernidade, que iria de cerca de 1750 a cerca de 1850, o qual ele designa "*Sattelzeit*"[22]. Nesse período,

---

[19] LUHMANN, Niklas. The Future Cannot Begin: Temporal Structures in Modern Society, p. 133.
[20] Idem, ibidem, p. 134.
[21] Cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 791.
[22] Assim apresenta Koselleck o conceito de *Sattelzeit*, na introdução ao dicionário de conceitos sociais e políticos fundamentais: "El *enfoque heurístico* del lexicón se basa en la suposición de que desde mediados del siglo XVIII se ha producido una profunda transformación de *topoi* clásicos, de que palabras antiguas han obtenido nuevos significados que, según nos acercamos a nuestro presente, ya no necesitan ninguna traducción. El enfoque heurístico introduce, por así decirlo, un 'periodo bisagra' [*Sattelzeit*] en el que los

teria havido mudanças radicais na sociedade, as quais se refletiram nos conceitos e foram por eles igualmente produzidas. A história dos conceitos seria, nesse sentido, um instrumental teórico especialmente capaz de apreender, na mudança semântica do período de transição, as peculiaridades do novo tempo do mundo.

Dentre essas mudanças de longo prazo, Koselleck destaca quatro: a democratização [*Demokratisierung*], que é a ampliação do uso de muitos conceitos em decorrência da dissolução da sociedade estamental; a temporalização [*Verzeitlichung*], que "diz respeito à transformação semântica de conceitos já existentes e à criação de neologismos que denotam processos temporais"[23]; a ideologização [*Ideologisierbarkeit*], consistente no aumento do grau de abstração de muitos conceitos e na conversão das referências temporais ao futuro aberto, ensejada pela experiência da modernidade que "se caracteriza por la pérdida de la estructuración aceptada de realidades sociales tenidas por evidentes y de sus denominaciones"[24]; e a politização [*Politisierung*], ou seja, a multiplicação do âmbito de uso de cada palavra, que, feito por cada vez mais pessoas, contribuiu para o aumento da importância dos conceitos contrários polêmicos[25].

Essa mudanças corresponderiam a uma experiência geral de aceleração. Koselleck descreve, nesse sentido, como ocorreu, por meio de uma progressiva secularização, a suplantação da expectativa cristã em torno do encurtamento do tempo, à espera da salvação, decorrente de uma visão apocalíptica, por um tempo histórico cujas expectativas intramundanas deslocam as expectativas em torno de metas para um segundo plano, configurando uma abertura do futuro. A partir de então,

> uma vez que a aceleração, como categoria específica do tempo da história, se transformou em padrão para a experiência, toda a história se

---

significados originales se transforman en su avance hacia nuestro presente". KOSELLECK, Reinhart. Un texto fundacional de Reinhart Koselleck. Introducción al *Diccionario* histórico de conceptos político-sociales básicos en lengua alemana. *Revista Anthropos: Huellas del conocimiento*, Barcelona, n. 223, 2009, p. 94-5. Cf. comentário sobre esse termo que o historiador alemão faz em entrevista, publicada em FERES Jr., João; JASMIN, Marcelo Gantus (Org.). *História dos conceitos*: debates e perspectivas. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Ed. Loyola: IUPERJ, 2006, p. 162. O termo é ambíguo. Na Introdução ao *Geschichtliche Grundbegriffe*, vertida para o espanhol, como se pode notar, é traduzido por "periodo bisagra", algo como "período dobradiça". Por outro lado, a palavra alemã *Sattel* pode ser traduzida em português por "sela", de modo que significaria algo como "tempo a cavalo" (essa possibilidade foi sugerida pelo Professor Javier Fernández Sebastián, da Universidad del País Vasco, no curso "Conceitos, metáforas políticas e crise do tempo em uma época revolucionária", ministrado no Departamento de História da Universidade de São Paulo, em 2013, sob a responsabilidade do Professor João Paulo Pimenta). João Feres Júnior se refere a esse conceito por meio de uma fórmula explicativa: "período de transição para a modernidade". FERES JÚNIOR, João. Introdução a uma crítica da modernidade como conceito sociológico. *Mediações - Revista de Ciências Sociais*, Londrina: UEL, v. 15, n. 2, jul./dez. 2010 p. 30.

[23] FERES JÚNIOR, João. Reflexões sobre o projeto Iberconceptos. In: _____ (org.). *Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014, p. 17.

[24] KOSELLECK, Reinhart, op. cit., p. 97.

[25] Cf. Idem, ibidem, p. 96-98.

> transforma retrospectivamente em uma sequência temporal da aceleração crescente[26].

Destarte, define-se o tempo histórico moderno pela aceleração, através da contraposição entre as expectativas cristãs extramundanas e as expectativas históricas intramundanas.

No entanto, como faz questão de ressaltar João Feres Júnior, para Koselleck a modernidade não se caracteriza unicamente pela aceleração do tempo histórico, mas também pelo distanciamento entre o espaço de experiência e horizonte de expectativas[27]. Antes de aprofundar essas categorias, contudo, é interessante notar que há outras tantas formas por meio das quais Koselleck apreende a especificidade do tempo histórico moderno.

Diante disso, a primeira constatação a ser feita é que Koselleck não dá uma única definição do conceito "tempo histórico", nem o trabalha como se pudesse ser considerado portador de um significado certo e definitivo. Sua abordagem, explica Marcelo Jasmin, na apresentação à tradução brasileira da obra *Futuro Passado*, é "uma pesquisa multifacetada sobre a noção de tempo histórico"[28], a partir da qual expõe "a riqueza erudita da *história dos conceitos* [*Begriffsgeschichte*] e suas consequências quando articuladas em termos de uma *teoria da história* [*Historik*]"[29]. Isso porque

> [o] tempo, aqui, não é tomado como algo natural e evidente, mas como construção cultural que, em dada época, determina um modo específico de relacionamento entre o já conhecido e experimentado e as possibilidades que se lançam ao futuro como horizonte de expectativas[30].

Nesse sentido, o tempo histórico é formulado por Koselleck de diversas maneiras. Por exemplo, em *Social History and Conceptual History*, ressalta que, caracteristicamente, "historical time again and again reproduces the tension between society and its transformation, on the one hand, and its linguistic processing and assimilation, on the other"[31]. No entanto, o historiador alemão, ao desenvolver sua concepção acerca da temporalidade moderna, ressalta dois conceitos: espaço de experiência e horizonte de

---

[26] KOSELLECK, Reinhart. *Estratos do tempo*: estudos sobre história, p. 187.

[27] Cf. FERES JÚNIOR, João. Reflexões sobre o projeto Iberconceptos. In: _____ (org.). *Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil*, p. 16.

[28] Percebe-se, desde já, com essa referência a uma apreensão multifacetada do tempo histórico, que, malgrado mantenhamos o termo no singular por ora, para caracterizá-lo como o tempo da modernidade, por oposição ao tempo que lhe precedeu, trata-se na verdade de tempos históricos, no plural, isto é, de estratos que denotam a múltipla temporalidade. Essa caracterização ficará mais clara quando analisarmos a teoria da história de Koselleck no final do capítulo 3.

[29] JASMIN, Marcelo Gantus. Apresentação. In: KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006, p. 9.

[30] Idem, ibidem, p. 9.

[31] KOSELLECK, Reinhart. *The practice of conceptual history*: timing history, spacing concepts. Stanford University Press: Stanford, California, 2002, p. 24.

expectativa, cuja alta formalidade teria o valor de elevá-los a categorias meta-históricas. Essa formalidade é constatada pela contraposição que se pode fazer entre esses conceitos e outros, utilizados na análise historiográfica, como as designações ou denominações históricas – "acordo de Postdam", "economia escravista antiga", "Reforma": são exemplos do autor, para demonstrar que, com esses conceitos, já se apresentam com clareza acontecimentos, situações ou processos históricos. Diferentemente, "experiência" e "expectativa" não passariam de categorias formais, que "não permitem deduzir aquilo de que se teve experiência e aquilo que se espera"[32]. A investigação que se valha dessas categorias somente pode ter a pretensão de "delinear e estabelecer as condições das histórias possíveis, não as histórias mesmas"[33]. Desta maneira, como afirma Koselleck, "todas as histórias foram constituídas pelas experiências vividas e pelas expectativas das pessoas que atuam ou que sofrem. Com isso, porém, ainda nada dissemos sobre uma história concreta – passada, presente ou futura[34].

Há, contudo, outras tantas categorias formais: senhor e escravo, amigo e inimigo, guerra e paz, forças produtivas e condições de produção, trabalho social, geração política, são algumas lembradas por Koselleck. Ainda assim, a partir de uma fundamentação semântica, ele separa experiência e expectativa das demais, propondo a existência de gradações de formalidade e atribuindo a suas duas categorias "um grau de generalidade mais elevado, dificilmente superável"[35]. Diferentemente dos demais conceitos formais listados, experiência e expectativa não são plenos de realidade, não constituem campos semânticos concretos e não se excluem, como categorias alternativas. Conforme diz Koselleck: "O par de conceitos 'experiência e expectativa' é manifestamente de outra natureza. Não propõe uma alternativa, não se pode ter um sem o outro: não há expectativa sem experiência, não há experiência sem expectativa"[36]. Assim, todas as demais categorias que falam de condições de possibilidade histórica poderiam ser utilizadas individualmente, enfocando-se ora o par senhor/escravo, ora o par guerra/paz, a depender da realidade histórica que é objeto de estudo; contudo, nenhuma dessas categorias é concebível, argumenta o historiador alemão, sem que esteja também constituída por experiência e expectativa. Daí, a proposição de Reinhart Koselleck, no sentido de que o tempo histórico moderno seja analisado nuclearmente por meio dessas categorias:

---

[32] KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*: contribuição à semântica dos tempos históricos, p. 306.
[33] Idem, ibidem.
[34] Idem, ibidem.
[35] Idem, ibidem, p. 307.
[36] Idem, ibidem.

> experiência e expectativa são duas categorias adequadas para nos ocuparmos com o tempo histórico, pois elas entrelaçam passado e futuro. São adequadas também para se tentar descobrir o tempo histórico, pois, enriquecidas em seu conteúdo, elas dirigem as ações concretas no movimento social e político[37].

É necessário, no entanto, indicar com maior precisão o que se entende por experiência e expectativa. Koselleck define esses conceitos da seguinte maneira: "A experiência é o passado atual, aquele no qual acontecimentos foram incorporados e podem ser lembrados"[38], enquanto a expectativa "é futuro presente, voltada para o ainda-não, para o não experimentado, para o que apenas pode ser previsto"[39]. A principal característica desses conceitos, pode-se notar, é estarem ambos constituídos no presente e em função do presente se definirem; diferentemente, conceitos como passado e futuro indicam primordialmente as direções temporais, sem reforçarem o presente no qual estão constituídos (a menos que sejam definidos de maneira composta – por exemplo, como passado presente – o que requer uma teoria do tempo adequada à complexidade social, conforme veremos nos capítulos seguintes). Assim, o passado da experiência é relevante pelo seu valor atual: os acontecimentos foram incorporados, estão disponíveis agora; por outro lado, para a categoria de expectativa, importa menos o futuro, imprevisível, do que o fato de esse futuro ser atual, ser "ainda-não", e funcionar no presente como esperança, medo, desejo, vontade.

A fim de dar mais precisão a essas categorias, todavia, Koselleck reconhece que o tempo não pode ser expresso senão por meio de metáforas espaciais. Pautado nisso, assume o par de conceitos compostos "espaço de experiência" e "horizonte de expectativa"[40], assim justificada a escolha de cada metáfora:

> Tem sentido dizer que a experiência proveniente do passado é espacial, porque ela se aglomera para formar um todo em que muitos estratos de tempos anteriores estão simultaneamente presentes, sem que haja referência a um antes e um depois. (...) E vice-versa, é mais exato nos servirmos da metáfora do horizonte de expectativa, em vez de espaço de expectativa. Horizonte quer dizer aquela linha por trás da qual se abre no futuro um novo espaço de experiência, mas um espaço que ainda não pode ser contemplado. A possibilidade de se descobrir o futuro, apesar de os prognósticos serem possíveis, se depara com um limite absoluto, pois ela não pode ser experimentada[41].

---

[37] KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*: contribuição à semântica dos tempos históricos, p. 308.
[38] Idem, ibidem, p. 309.
[39] Idem, ibidem, p. 310.
[40] Sobre a adoção desses conceitos por outros autores (Paul Ricoeur, Jürgen Habermas), Cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 108, 2013, p. 667-8, nota 68.
[41] KOSELLECK, Reinhart, op. cit., p. 311.

Assim constituídos esses dois conceitos, nucleares na formulação do tempo histórico moderno, Koselleck ressalta que não se trata de conceitos simétricos complementares, imagens especulares recíprocas, pois não se podem deduzir um do outro. Em razão disso, isto é, por indicarem algo diferente de dois opostos simétricos, espaço de experiência e horizonte de expectativa engendram entre si uma relação infinitamente variável. De fato, jamais estática e igual a relação entre eles, estes conceitos "constituem uma diferença temporal no hoje, na medida em que se entrelaçam passado e futuro de maneira desigual"[42]. É essa tensão que permite compreender o tempo histórico moderno.

Traçado essa quadro conceitual, Koselleck infere, então, uma tese de primeira importância para a sua teoria histórica da modernidade:

> É chegado o momento de aplicarmos nossas duas categorias à história. Minha tese afirma que na era moderna a diferença entre experiência e expectativa aumenta progressivamente, ou melhor, só se pode conceber a modernidade como um tempo novo a partir do momento em que as expectativas passam a distanciar-se cada vez mais das experiências feitas até então[43].

Com base nessa explicação da constituição da modernidade em termos temporais, isto é, como uma ruptura entre espaço de experiência e horizonte de expectativa[44], Koselleck procede à análise de história conceitual e pode discorrer sobre temas modernos como aceleração, prognóstico e progresso. A partir dessa formulação conceitual, pode-se vislumbrar a possibilidade de encontrar no conceito de tempo histórico moderno uma espécie de "medida qualitativa", cuja presença em todos os fenômenos permite que eles sejam confrontados e comparados, não por um critério homogêneo que possa ser expresso em termos de mais e menos, maior e menos, mas pela diferença se instaura por meio das distinções, temas e campos semânticos em jogo, que refletem a tensão entre espaço de experiência e horizonte de expectativa.

As categorias de espaço de experiência e horizonte de expectativa, portanto, em tensão variável conforme o fenômeno, o contexto ou as condições, formariam o núcleo do tempo histórico moderno, que poderia ser compreendido através de uma série de outros

---

[42] KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*: contribuição à semântica dos tempos históricos, p. 312-3.
[43] Idem, ibidem, p. 314.
[44] João Feres Júnior comenta brevemente a inspiração dessa tese assumida por Koselleck e o debate que há em torno dela: "(...) Como bem notou Elias Palti, a famosa tese de Karl Löwith [1949] sobre a ruptura entre experiência e expectativa, adotada por Koselleck, tem sua cronologia contestada mesmo dentro da própria academia alemã, por exemplo, por Hans Blumenberg". FERES JÚNIOR, João. Para uma história conceitual crítica do Brasil: recebendo a Begriffsgeschichte. In: FERES JÚNIOR, João; JASMIN, Marcelo (Org.). *História dos conceitos*: diálogos transatlânticos. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Ed. Loyola: IUPERJ, 2007, p. 113.

mecanismos temporais semanticamente manejáveis, tais como estruturas temporais internas, repetição/inovação, evento/estrutura, sincronia/diacronia, reversibilidade/irreversibilidade, futuro/passado, aceleração, antecipação, periodização, retroação/prospecção, dentre outros, os quais requerem uma teoria da história mais ampla do que a teoria histórica da modernidade, tendo como núcleo uma teoria dos múltiplos tempos históricos, isto é, dos estratos do tempo. É essa teoria, desenvolvida por Koselleck, que será analisada no final do último capítulo, a fim de avaliar a sua adequação à complexidade temporal da sociedade – mas somente após ser realizada uma investigação sociológica sobre o que é a própria observação histórica no bojo da sociedade moderna.

1.1.3. Balanço das teorias da modernidade de Luhmann e Koselleck

Se é possível constatar, na teoria luhmanniana, uma certa falta de rigor historiográfico utilização das fontes históricas, deve-se notar, contudo, que não se trata propriamente de um defeito da teoria. A pouca importância dada à pesquisa histórica empírica decorre de uma opção teórica. O diagnóstico da modernidade de Luhmann serve a ele de base para a elaboração de um novo instrumental de abordagem sociológica, a teoria dos sistemas sociais – com todas as teorias correlatas, como a teoria da comunicação e a teoria da evolução. Por isso, designamos a compreensão luhmanniana da modernidade de "sociológica". O diagnóstico e o instrumental que Luhmann desenvolve explicam, acima de tudo, a sociedade atual, cuja forma de estruturação é analisada por oposição à sociedade anterior, ou seja, como radicalmente diferente da sociedade pré-moderna. Apesar de ter em sua base uma diferença histórica, isso não leva o sociólogo a se preocupar diretamente com a pesquisa histórica, a ponto de direcionar as suas pesquisas nesse sentido. É o próprio Luhmann quem o afirma. Retirando do sociólogo a incumbência de fazer história – inclusive e principalmente uma "história da sociedade" –, ele reconhece que "la sociologia concepisce la società 'moderna' soprattutto sulla base di una differenza storica e le sottintende il rifiuto di autorità e tradizione"; contudo, questiona:

> Ma se ne deve davvero dedurre che anche il sociologo dovrebbe smettere di ocuparsi di storia della società – semplicimente perché nel suo oggetto

> di ricerca questa autodescrizione viene etichettata come 'moderna' e non più come 'vetero-europea'?[45].

Desta maneira, embora faça amplo uso dos resultados da historiografia, a teoria social luhmanniana não se propõe a realizar uma investigação histórica da sociedade; não obstante, pode explicar o que é essa observação que, no interior da sociedade moderna, tenta descrever e narrar os acontecimentos sociais no decorrer do tempo.

Reinhart Koselleck, por outro lado, conclui o seu diagnóstico do que é a modernidade com uma fundamentação histórica. A explicação das estruturas temporais da sociedade o leva a uma teoria que apreende a especificidade histórica da modernidade e, a partir disso, fornece as categorias por meio das quais os eventos históricos podem ser compreendidos. A abordagem de Koselleck tem maior afinidade com a singularidade dos eventos históricos, apesar de também ressaltar a importância da compreensão das estruturas, estando mais apta, inclusive, a diferenciar, não apenas a sociedade moderna das sociedades antecedentes, mas momentos históricos diversos no interior da própria modernidade. Em contrapartida, não oferece um instrumental teórico e conceitual tão complexo e sofisticado como aquele de Luhmann, que se apresenta mais adequado à descrição das estruturas sociais modernas. O universalismo da abordagem sociológica luhmanniana, cuja teoria dos sistemas sociais desenvolve as implicações da diferenciação funcional com um grau de abstração teórica dificilmente igualável, permite uma apreensão mais completa e profunda da complexidade social.

Cada uma das duas teorias da modernidade, portanto, apresenta vantagens e desvantagens frente à outra. Importa perceber, todavia, que são duas perspectivas diversas, sociológica e histórica, e por essa razão devem ser vistas mais como abordagens complementares do que concorrentes na explicação da sociedade moderna.

A constituição da sociedade moderna, para Koselleck, é identificável principalmente no período de transição. É nesse momento de crise que, juntamente com as estruturas sociais, mudam os conceitos, que são tanto reflexos quanto fatores delas. A história conceitual – para a qual Koselleck elaborou os fundamentos teóricos[46] –, é um instrumental voltado justamente à apreensão das permanências e mudanças das estruturas temporais internas nos conceitos.

---

[45] LUHMANN, Niklas. Pretese nei confronti della sociologia storica. *Storiografia – rivista annuale di storia*, Pisa-Roma: Fabrizio Serra, n. 12, 2008, p. 158.

[46] Cf. KOSELLECK, Reinhart. Un texto fundacional de Reinhart Koselleck. Introducción al *Diccionario* histórico de conceptos político-sociales básicos en lengua alemana.

Para Luhmann, por outro lado, o momento de transição para a modernidade é relevante apenas em função da análise da própria estrutura da sociedade moderna. A sociedade pré-moderna – que, com base na teoria da evolução, será distinguida em alguns tipos de diferenciação: segmentária, centro/periferia, estratificada – é definida como o outro lado da sociedade moderna, por negação, e a mudança histórica de uma para a outra é um elemento lateral na apreensão da estrutura social atual. A teoria dos sistemas luhmanniana, que será aprofundada do capítulo seguinte, parte da ideia de que a sociedade moderna é diferenciada em sistemas funcionais e desenvolve uma série de distinções e conceitos com o objetivo de descrever a estrutura social moderna.

Tem-se, deste modo, duas teorias complementares da modernidade. Uma permite compreender o que é a sociedade atual através da análise da forma pela qual ela se estrutura; a outra permite apreender a temporalidade histórica da modernidade e fornece um instrumental teórico para a análise semântica do advento da sociedade moderna. Uma explica a sociedade atual, e, em função disso, confronta-a com formações sociais pré-modernas; a outra vê na transição histórica em si um objeto de análise privilegiado para a compreensão da sociedade moderna.

1.2. Entre estrutura social e semântica

Estrutura social e semântica é um binômio de conceitos fundamental, tanto na teoria sociológica de Niklas Luhmann quanto na teoria da história de Reinhart Koselleck[47]. Todavia, a ênfase que cada uma das teorias atribui a um e outro elemento, estrutura e semântica, é diversa.

Para Luhmann, a semântica está, de certo modo, submetida à estrutura. A mudança social é a mudança das estruturas, as quais condicionam e permitem a variação nos eventos, ao passo que a semântica acompanha essas transformações apenas a reboque, de maneira colateral. As autodescrições, que dão origem à semântica, são operações do sistema e, por isso, a semântica está submetida à estrutura. Isso pode ser depreendido, por exemplo, da seguinte afirmação: "Las formas de diferenciación (...) se distinguen entre sí

[47] As proximidades entre Luhmann e Koselleck, aliás, têm parte de sua explicação no fato de que, não apenas os dois autores foram intelectuais alemães contemporâneos, mas inclusive foram professores, cada um na sua área, da mesma instituição, a Universidade de Bielefeld.

por el grado de complejidad estructural que hacen posible y por las semánticas con las cuales reaccionan a los problemas ligados a ello"[48]. Isto é, para o que interessa neste momento: as semânticas *reagem* aos problemas estruturais. Luhmann formula essa ideia, em outro trecho, de maneira ainda mais clara:

> Rupturas estructurales tan enormes como las que hemos visto nunca se han observado y descrito en su cumplimiento; salvo, tal vez, con conceptos totalmente inadecuados y en la retrospectiva de una tradición en declive. Los cambios semánticos van a la zaga de los cambios estructurales a distancia considerable. Condensar sentido por repetición y olvido, bajo una nueva clase de condiciones, requiere tiempo. (...)[49].

Apesar de a semântica estar fadada a um atraso com relação à estrutura, porque leva tempo para condensar sentido por meio da memória social, Luhmann ressalta as correlações que se estabelecem entre aspectos semânticos e socioestruturais modernos, especialmente com base no esquema do tempo, o qual, por oposição ao esquema do ser tradicional e seus pressupostos ontológicos, permite "un mayor margen en la combinación entre redundancia y variedad"[50]. Essa correlação entre estrutura e semântica é fundamental, pois "[c]on ello es posible reaccionar al inmenso incremento de la irritabilidad de la comunicación societal que ha resultado como consecuencia de la diferenciación funcional"[51]. Desta maneira, apesar da relativa submissão da semântica à estrutura, o imbricamento entre ambas permite reagir ao aumento de complexidade através de uma combinação mais livre entre redundância e variação. O esquema temporal, então, concentrado na modernidade na diferença entre passado e futuro, engendra uma nova semântica que contribui para a abertura para o futuro. Ademais, a mudança da conceitualização temporal faz com que o passado deixe de se referir a origens, cuja importância está no presente (por exemplo, a invocação da linhagem para justificar a nobreza da família); deste modo, o passado se libera para que se possa "segmentarlo en épocas históricas, y el presente se abre a lo que en él acontece de otra manera – de manera desviante, nueva"[52].

Koselleck, por outro lado, vê a relação entre semântica e estrutura social de maneira diferente, acentuando a relevância da primeira. Ainda assim, aproxima-se de Luhmann por priorizar a relação entre ambas, em vez de deixar-se guiar somente por uma ou pela outra. Para Koselleck, a semântica, "que funciona como uma espécie de repositório de

---

[48] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 394.
[49] Idem, ibidem, p. 905.
[50] Idem, ibidem, p. 803.
[51] Idem, ibidem, p. 803.
[52] Idem, ibidem, p. 790-791.

significados que permite a comunicação linguística"[53], é um objeto de estudo independente da história social, devendo, no âmbito da história conceitual, ser metodologicamente mantida separada. Os dois aspectos da realidade social, semântica e estrutura, são complementares e irredutíveis um ao outro. De acordo com ele,

> [s]em conceitos comuns não pode haver uma sociedade e, sobretudo, não pode haver unidade de ação política. Por outro lado, os conceitos fundamentam-se em sistemas político-sociais que são, de longe, mais complexos do que faz supor sua compreensão como comunidades linguísticas organizadas sob determinados conceitos-chave[54].

Nesse mesmo sentido, Koselleck defende a importância da manutenção da distinção entre linguagem e história. Apesar de concordar que toda linguagem é historicamente condicionada e toda história é linguisticamente condicionada, ele insiste para que "language and history be kept separate analytically, because neither one can be relatad in its entirety to the other"[55]. Assim, neste aspecto, mantém-se distante das posições derivadas da virada linguística e, especialmente, da hermenêutica de Hans-Georg Gadamer, ao insistir na impossibilidade de se reduzir toda a história a um produto da linguagem.

Mas é importante notar que, diferentemente de Luhmann, que dá proeminência à estrutura social por razões teóricas, a ênfase de Koselleck na semântica tem um caráter mais prático, pois serve para fundamentar a independência da história dos conceitos frente à história social.

Apresentadas as duas posições acerca da relação entre estrutura social e semântica, pode-se ver que, apesar das diferenças conceituais, a teoria da história de Koselleck e a teoria dos sistemas de Luhmann convergem, uma vez que para este, tanto quanto para o primeiro, ainda que a linguagem tenha um papel fundamental na sociedade, o social não pode ser reduzido a ela. Na esteira da teoria de Luhmann, pode-se dizer que a linguagem tem um papel relevante na sociedade, enquanto meio de comunicação, mas a base da sociedade é a própria comunicação, que não é fruto da linguagem – pelo contrário, esta somente pode existir desde que haja comunicação, sendo a semântica igualmente um

---

[53] VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A historicidade da dogmática jurídica: uma abordagem a partir da *Begriffsgeschichte* de Reinhart Koselleck. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; BATALHA, Carlos Eduardo; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Org.). *Nas fronteiras do formalismo*: a função da dogmática jurídica hoje. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, v. 1, p. 40.

[54] KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*: contribuição à semântica dos tempos históricos, p. 98.

[55] KOSELLECK, Reinhart. Linguistic Change and the History of Events. *The Journal of Modern History*, vol. 61, n. 4, Dec. 1989, p. 649-650.

produto das comunicações sociais. Desta maneira, como se pode ver, existe, tanto para Koselleck quanto para Luhmann, uma estrutura social não mediada linguisticamente.

Por outro lado, o fato de as estruturas sociais não dependerem da produção de semântica por intermédio da linguagem não significa que a semântica esteja à mercê das transformações estruturais – a despeito do que faz parecer Luhmann. Com efeito, apesar da primazia da estrutural social, mesmo Luhmann é reticente em fazer a semântica depender totalmente dela, limitando-se em geral a constatar uma defasagem entre ambas, que daria à estrutura uma função de abre-alas da transformação social, à sombra da qual, conquanto não determinada em seu sentido pela primeira, se desenvolveria uma evolução própria da semântica. Deste modo, seria equivocado interpretar o caráter reativo que Luhmann dá à semântica como uma completa determinação pela estrutura.

Hans Ulrich Gumbrecht, inclusive, em um texto que analisa a história da história dos conceitos e o estágio em que esta se encontra, insere Luhmann como um dos autores da história dos conceitos – na verdade, mais do que isso, como pertencente "ao pequeno grupo de autores de estudos histórico-conceituais que haviam se tornado famosos"[56] –, não somente por seu trabalho sobre semântica histórica, publicado em quatro volumes sob o título *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, mas inclusive com referência à obra *Sistemas sociais*, em que Luhmann apresenta de maneira mais profunda os lineamentos para uma teoria geral dos sistemas sociais. De acordo com Gumbrecht, pode-se encontrar na introdução a essa obra um exemplo de uma dimensão especial da história dos conceitos, "a institucionalização de uma *indecisão em relação ao problema da referência ao mundo da linguagem*"[57], isto é, o fato de a história dos conceitos se sustentar indefinidamente em uma posição indecisa entre as posições construtivistas ou relacionadas ao "*linguistic turn*", por um lado, e a pretensão oposta de "tornar palpáveis, mediante os conceitos investigados, zonas de realidade extralinguísticas, mas acessíveis à linguagem, seja preliminarmente ou sob a forma de vestígios"[58]. Nesse sentido, segundo ele, Luhmann "inscreve sem reservas a sua teoria social no âmbito do construtivismo", mas, "em seguida – de modo surpreendente

[56] GUMBRECHT, Hans Ulrich. Pirâmides do espírito. Sobre a rápida ascensão, as dimensões invisíveis e o súbito esmorecimento do movimento da história dos conceitos. In: _____. *Graciosidade e estagnação*: ensaios escolhidos. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2012, p. 47.
[57] Idem, ibidem, p. 46 – grifo do autor.
[58] Idem, ibidem, p. 46.

e sem considerar a tensão epistemológica decorrente –, fala de conceitos como 'sondas', por meio das quais se poderia aferir a realidade"[59].

Mesmo Luhmann, portanto, reforça a importância da semântica. Nesse sentido, apesar de, enquanto sociólogo, estar preocupado com a maneira como os paradoxos são ocultados e ressurgem[60], ou com a contingência das conexões entre as ideias, mais do que com o conteúdo destas[61], isto é, apesar de não ter as mesmas preocupações da história conceitual enquanto disciplina da história, o próprio Luhmann não deixa de dar a devida atenção à semântica social. Mas ele entende que a análise da história semântica não basta, precisando submeter-se ao crivo de uma teoria social. Com base nessa ideia, rejeita a capacidade da história dos conceitos de explicar a modernidade social por meio da análise semântica de um período de crise, fazendo menção a Koselleck em nota:

> Pese a todas las manifestaciones – nítidamente visibles – de corrosión de la semántica vétero europea no es posible poner fecha al fin de esta semántica, ni tampoco a las expectativas apoyadas en ella y dirigidas a la naturaleza: a la razón, a la ética. Correspondientemente cuestionable (aunque con mayor plausibilidad en algunos casos) es que el quiebre de la semántica de tradicional en moderna se sitúe en los últimos decenios del siglo XVIII[62].

Essa tentativa de explicação semântica da modernidade poderia acertar na compreensão da história; mas, diz Luhmann, com isso não se explicam as estruturas sociais. Por isso, considera a história dos conceitos insuficiente para a explicação da ruptura social para a modernidade. Reconhece, entretanto, que ela é importante; apenas não teria o condão de explicar em que consistiu efetivamente a referida ruptura, o que depende de uma explicação sociológica. De acordo com ele,

> [p]ara localizar esas rupturas-de-continuidad que surgen en el paso hacia la sociedad moderna, no podemos detenernos tan sólo en la estructura superficial de la historia de las palabras y de los conceptos – aunque su material provee los elementos básicos con los cuales se articulan nuestras pruebas[63].

A primazia da estrutura social na teoria luhmanniana, contudo, serve para ressaltar outro aspecto relativo à semântica: se, por um lado, a evolução das ideias não pode seguir o ritmo da evolução estrutural – o que parece, em um primeiro momento, uma característica

---

[59] GUMBRECHT, Hans Ulrich. Pirâmides do espírito. Sobre a rápida ascensão, as dimensões invisíveis e o súbito esmorecimento do movimento da história dos conceitos. In: _____. *Graciosidade e estagnação*: ensaios escolhidos, p. 47.
[60] Cf. LUHMANN, Niklas. The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History. *Journal of Law and Society*, vol. 15, n. 2, p. 153-165, Summer 1988.
[61] Cf. LUHMANN, Niklas . *Struttura della società e semantica*. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli, 1983.
[62] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 763.
[63] Idem, ibidem.

negativa e subsidiária da semântica –, por outro, isso significa que ela "soporta, en su lugar, más bien las incongruencias y, en relación con éstas, la falta de nitidez en la referencia de los conceptos"[64]. A defasagem rítmica da semântica relativamente às estruturas sociais, portanto, tem uma função ativa, enquanto garantia de resistência frente às mudanças sociais, devido à sua maleabilidade no trato com referências de sentido e menor exigência de consistência do que o nível da estrutura social.

Apesar de tudo isso, Koselleck mostra que os conceitos não são meros reflexos ou reações do que ocorre no nível (da estrutura) social, sendo também eles fatores de mudança[65]. A explicação a isso pode se dar em termos luhmannianos: se a semântica, tanto quanto a estrutura, é engendrada pela comunicação (a primeira, enquanto fixação textual de diferenças; a segunda, enquanto condicionamento recíproco entre as operações do sistema) por meio do sentido (ou seja, da diferença entre atualidade e possibilidade[66]), também ela pode ser um mecanismo através do qual o sistema gera variação nas referências de sentido. Ou seja, a semântica, em vez de simplesmente reagir às mudanças estruturais, pode ser ela mesma a propulsora da variação nos sistemas, como é o caso dos conceitos de movimento e dos neologismos, que remetem as possibilidades para o âmbito das expectativas e contribuem para a maior ruptura entre o futuro presente e os presentes futuros[67].

Ficam estabelecidas, deste modo, algumas primeiras ponderações sobre a relação entre as teorias de Luhmann e de Koselleck, necessárias para a compreensão da importância de uma concepção sobre a modernidade, assim como para fixar as diferenças entre as abordagens sociológica e histórica sobre o tema. Implicações mais específicas sobre a aproximação entre os dois autores serão reservadas para o item 3.5, após terem sido apresentadas as noções mais importantes da teoria dos sistemas sociais acerca da sociedade, do tempo e do direito, no próximo capítulo, e as decorrências dessa teoria para a própria realização da observação histórica, nos primeiros itens do capítulo 3.

Antes, porém, retomando a análise acerca da complementaridade entre as teorias de Luhmann e Koselleck, iniciada no item 1.1.3 com a abordagem conjunta das respectivas teorias da modernidade, pode-se ainda afirmar, após essas observações acerca do binômio estrutura social/semântica, que, por um lado, a teoria de Luhmann tem potencial muito

---

[64] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 435.

[65] Conforme dizem José Luis Villacañas e Faustino Oncina, os "conceptos son registros de la realidad y, a la vez, factores de cambio de la propia realidad. Con los conceptos se establece tanto el horizonte de la experiencia posible como los límites de ésta". VILLACAÑAS, José Luis; ONCINA, Faustino. Introducción. In: KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Georg. *Historia y hermenéutica*, p. 21.

[66] Todos esses conceitos e diferenças da teoria dos sistemas sociais serão desenvolvidos no Capítulo 2.

[67] Sobre os neologismos e os conceitos de movimento, cf. KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*: contribuição à semântica dos tempos históricos.

maior para a compreensão das estruturas sociais e, com isso, da relação da semântica com elas; por outro lado, Koselleck estabelece um instrumental teórico muito propício ao estudo da semântica, sem deixar de manter sempre no horizonte a relação da história conceitual com a história social. A semântica, desta maneira analisada, sempre pressupõe o não dito, isto é, uma estrutura social que não é redutível à linguagem – mas que pode, com auxílio da teoria luhmanniana, ser entendida a partir do conceito de comunicação, que tem a mesma base fenomenológica que a semântica a partir dela produzida: o sentido. Esse é, de fato, um ponto de contato promissor entre as teorias, pois, conforme o desenvolvimento teórico que se seguirá nos próximos capítulos, pode-se dizer que, em certo aspecto, a história é, afinal de contas, história do sentido.

Os próximos capítulos aprofundarão o que são a sociedade e o direito modernos e suas temporalidades e o que pode significar fazer história do direito, bem como indicarão em que sentido a apropriação da teoria dos tempos históricos de Koselleck é adequada à compreensão, pela observação histórica, da historicidade do direito.

CAPÍTULO 2 – O TEMPO DO DIREITO MODERNO: UMA ABORDAGEM SISTÊMICA

Neste capítulo, será feita uma apresentação da teoria dos sistemas sociais desenvolvida por Niklas Luhmann, especialmente com relação ao direito moderno e às implicações temporais que envolvem esse subsistema da sociedade funcionalmente diferenciada. Inicialmente, é importante apresentar fundamentos teóricos utilizados por Luhmann para justificar a escolha da teoria dos sistemas sociais como a teoria social mais adequada à descrição da sociedade moderna.

No prefácio de 1983 do livro *Sistemas sociais* (*Soziale Systeme: Grundriβ einer allgemeinen Theorie*), Luhmann afirma que a sociologia se encontra em uma crise teórica. A pesquisa empírica teria, efetivamente, aumentado o conhecimento, sem ser capaz, no entanto, de produzir uma teoria unificada, haja vista que a mera avaliação empírica não pode ser considerada o caráter distintivo do domínio de pesquisa da sociologia ou de sua unidade enquanto disciplina científica[68].

De acordo com Luhmann, a crise passa pelo próprio conceito de "teoria", que teria sido cindido: por um lado, o termo teoria remete à elaboração de hipóteses, empiricamente verificáveis, acerca de relações entre dados; por outro, refere-se a esforços conceituais em sentido mais amplo e indeterminado. Todavia, Luhmann ressalta: "One minimum requirement, however, is common to both: a theory must make comparisons possible"[69]. Aqueles que se recusam a estabelecer uma teoria unificada para a disciplina, segundo Luhmann, não escapam ao problema – apenas evitam levantar a questão[70].

Por outro lado, quem se interessa pela teoria retorna, em grande medida, aos autores clássicos, cujo uso, todavia, é hoje identificado em forma de autorreferência, resultando em complexos de nomes e ideias, de modo que a unidade da sociologia aparece, não como teoria, nem como o conceito referido ao seu objeto, mas como pura complexidade. A disciplina da sociologia encontra, então, sua unidade na opacidade que é assim construída[71].

---

[68] LUHMANN, Niklas. *Social systems*. Stanford University Press: Stanford, California, 1995, p. xlv.
[69] Idem, ibidem, p. xlv.
[70] Idem, ibidem, p. xlvii.
[71] Idem, ibidem, p. xlv-xlvii.

Estabelece-se, assim, a questão em torno da relação entre complexidade opaca e complexidade transparente. É com base nela que Luhmann explica a relação entre a teoria e seu objeto:

> Theory establishes its relation to its object as a relation of opaque to transparent complexity. It claims *neither* to *reflect* the complete reality of its object, *nor* to *exhaust* all the possibilities of knowing its object. Therefore it does *not* demand *exclusivity* for its truth claims in relation to other, competing endeavors. *But* it does claim *universality* for its grasp of its object in the sense that it deals with *everything* social and not just sections (as, for example, strata and mobility, particularities of modern society and patterns of interaction, etc.)"[72].

Nesse sentido, sem necessitar refletir toda a realidade do seu objeto, nem exaurir todas as possibilidades de conhecimento sobre ele, a teoria não demanda exclusividade para sua pretensão de verdade frente a outras propostas explicativas. Exige, porém, universalidade, no sentido de que não lhe escapa ao tratamento nada do que pode ser enquadrado na concepção que tem do seu objeto. Por isso, se a teoria social visa à universalidade, precisa abarcar todo o social.

E a implicação mais importante dessa concepção é revelada em seguida pelo autor: "Theories that claim universality are easily recognized by the fact that they appear as their own object"[73]. De fato, caso quisessem excluir a si mesmas da condição de objeto, as teorias não poderiam insistir na pretensão de universalidade. Isso significa que as teorias que reivindicam a qualidade de universais são dotadas de autorreferência, constituindo-se autologicamente[74]. Como consequência, a teoria da diferenciação, enquanto teoria universal, precisa compreender a si mesma como resultado e operadora da diferenciação social.

A partir dessa base epistemológica, Luhmann elenca três diferenças que marcariam o patamar em que as discussões teóricas contemporâneas em sociologia estagnaram. Primeiramente, desde Parsons ninguém tentou formular uma teoria universal para a disciplina. Pondera, todavia, que o domínio específico de pesquisa da sociologia não é mais assumido substantivamente como uma seção do mundo que a sociologia observa de

---

[72] LUHMANN, Niklas. *Social systems*, p. xvlii.
[73] Idem, ibidem, p. xvlii.
[74] Autologicamente porque a operação que faz a descrição reverbera sobre o próprio sistema que opera. Em outros termos: contrariamente ao "pressuposto de que a sociedade poderia ser observada e descrita de fora (*ab extra*), o que permitiria a descrição objetiva por meio de um sujeito cognoscente posto diante de um objeto de conhecimento que seria essencialmente passivo", assume-se "uma perspectiva teórica segundo a qual a sociedade seria um sistema autorreferencial que descreve a si mesmo, de modo que a sociologia apareceria como uma autodescrição (uma operação autológica) da sociedade". GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais*: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 24-25.

fora, ou um "realismo analítico"[75]; em vez disso, "it is conceived as the entire world, related to the system reference of social systems, that is, related to the difference between system and environment that is characteristic of social systems"[76]. Assim, a partir da constatação de que sistemas existem, a teoria social universalista proposta por Luhmann terá por base a diferença entre sistema e ambiente.

Em segundo lugar, Luhmann ressalta a diferença entre teorias desenhadas assimetricamente e teorias desenhadas circularmente, sendo que uma teoria universal observa seus objetos – e a si mesma, como um deles – como relações autorreferenciais, ou seja, circulares, sem pressupor critérios epistemológicos transcendentais e situando seus procedimentos epistemológicos e a discussão em torno de critérios de validade no seu próprio domínio, em uma disciplina do sistema funcional da ciência.

Por fim, apesar de a capacidade de evoluir do sistema depender da sua habilidade de decidir o que é indecidível, não há propriamente um "decisionismo", haja vista que a complexidade (ou neguentropia) não o permite[77] – e a teoria sociológica precisa ser muito mais complexa do que os autores clássicos e seus intérpretes pensaram:

> This requires different theoretical precautions in regard to validity and connectivity, internally as well as externally, and it requires, not least, building the reflection of complexity (and the concept of complexity) into the theory itself. Thus the threshold problem also resides in a much greater, self-reflecting degree of conceptual complexity. This greatly constrains the possibilities of variation and excludes any kind of arbitrary decision[78].

Em resumo, a teoria social universal que Luhmann propõe é uma teoria autorreferencial, que, a partir da diferença-diretriz sistema/ambiente, constrói a reflexão da complexidade social em si mesma – embora não possa refletir toda a realidade do seu objeto, tendo que operar por meio de simplificações.

---

[75] A alcunha de "realismo analítico" é atribuída por Luhmann à abordagem de Parsons por considerar que "[a] teoria deixa em aberto as questões da autoimplicação cognitiva, já que não diz muito sobre o grau de congruência entre a conceituação analítica e a formação real dos sistemas. A teoria postula apenas um realismo analítico, e, desse modo, condensa em uma fórmula paradoxal o problema da autoimplicação. Ela não considera que o conhecimento dos sistemas sociais dependa das próprias condições sociais, não só por seu objetivo, mas como conhecimento; e também não tem presente que o conhecimento (ou a definição, ou a análise) das ações já seja em si mesmo uma ação". LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 57.

[76] LUHMANN, Niklas. *Social systems*, p. xlviii.

[77] No âmbito jurídico, isso implica que a decisão legislativa não pode ser considerada a causa explicativa do sentido que constitui o direito vigente, uma vez que "[a] decisão do legislador (...) se confronta com uma multiplicidade de projeções normativas já existentes, entre as quais ele opta com um grau maior ou menor de liberdade". LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 8.

[78] LUHMANN, Niklas. *Social systems*, p. xlix.

Diante da ausência de modelos na própria sociologia para o desenvolvimento do novo tipo de projeto teórico que isso requer, é preciso emprestar desenvolvimentos teóricos bem-sucedidos de outras disciplinas: "and for this we have chosen the theory of self-referencial, 'autopoietic' systems"[79]. Luhmann introduz, desta forma, no campo das ciências sociais, uma abordagem sistêmica radical, apropriando-se de desenvolvimentos científicos das mais diversas áreas – biologia, matemática, cibernética, entre outras –, mas adaptando-os à teoria social. Assim, conceitos como autopoiese[80] e acoplamento estrutural[81] são extraídos da obra dos biólogos Humberto Maturana e Francisco Varela[82], enquanto da matemática Luhmann se apropria do cálculo das formas elaborado por George Spencer-Brown[83].

Não obstante haja quem rejeite a total inovação da teoria dos sistemas luhmanniana[84], é certo que, entre as teorias sociais desenvolvidas na segunda metade do século XX, essa teoria apresenta peculiaridades que lhe conferem um lugar de destaque, sendo o seu diagnóstico da diferenciação funcional, a autorreferencialidade dos sistemas sociais e a sua preocupação em desenvolver juntamente uma teoria da evolução fatores relevantes para a inquirição sobre a possibilidade de se escrever a história do direito na sociedade moderna.

---

[79] LUHMANN, Niklas. *Social systems*, p. xliv.

[80] "Na definição de Maturana, *autopoiesis* significaque um sistema só pode produzir operações na rede de suas próprias operações, sendo que a rede na qual essas operações se realizam é produzida por essas mesmas operações". LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*, p. 119-120.

[81] Como explicam Luhmann e De Giorgi, "[e]ste concepto presupone que todo sistema autopoiético opere como sistema determinado por la estructura, es decir, como un sistema que puede determinar las propias operaciones sólo a través de las propias estructuras". DE GIORGI, Raffaele; LUHMANN, Niklas. *Teoría de la sociedad.* Guadalajara: Universidad de Guadalajara; Universidad Iberoamericana; Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993, p. 51-52.

[82] Segundo Luhmann, contudo, "[o] próprio Maturana resiste a aplicar o conceito de *autopoiesis* à comunicação", uma vez que ele entende "que a comunicação necessita do ser humano, para que possa ser explicada". LUHMANN, Niklas, op. cit., p. 123.

[83] Trata-se de "um cálculo baseado em uma única operação, e capaz de fundamentar o surgimento da diferença". Idem, ibidem, p. 79. O cálculo parte das ideias de distinguir e indicar. Assim se inicia o primeiro capítulo de *Laws of form*: "We take as given the idea of distinction and the idea of indication, and that we cannot make an indication without drawing a distinction. We take, therefore, the form of distinction for the form". BROWN, George Spencer. *Laws of form*. New York: Julian Press, 1979, p. 1.

[84] Hans Ulrich Gumbrecht entende que é possível ver em Luhmann a continuidade da tradição da "velha Europa", à qual este pretenderia sempre se opor, sugerindo aproximações com Husserl, Hegel e a hermenêutica. Para Gumbrecht, a verdadeira inovação em Luhmann seria esta: a ausência do sujeito como conceito central, o que permitiria a Luhmann preservar a dinâmica da teoria, sem alcançar resultados definitivos. GUMBRECHT, Hans Ulrich. "A velha Europa" e "o Sociólogo". Como se relaciona a teoria de Niklas Luhmann à tradição filosófica?. In: *Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação - E-compós*, Brasília, v. 15, n. 3, set./dez. 2012.

2.1. O tempo na teoria dos sistemas sociais

2.1.1. Teoria dos sistemas sociais: alguns conceitos e distinções fundamentais

Neste item, serão trabalhados brevemente alguns conceitos centrais da teoria dos sistemas sociais desenvolvida por Niklas Luhmann. Essa apresentação dos fundamentos da teoria tem por objetivo estabelecer uma base conceitual, reservando-se o desenvolvimento de especificidades sobre a temporalidade do direito para o item seguinte. Apesar disso, dado o objeto desta pesquisa e a relevância do tempo mesmo nos conceitos básicos, já neste item serão pontualmente ressaltadas algumas implicações temporais.

Nesse sentido, apresentam-se aqui diferenças fundantes da teoria, como sistema/ambiente e autorreferência/heterorreferência, e conceitos como evolução, sentido e diferenciação funcional. Assegura-se, assim, uma compreensão básica da teoria social luhmanniana, o que permitirá enveredar, adiante, na abordagem funcional do direito.

De acordo com Luhmann, a mudança de paradigma da teoria dos sistemas consiste inicialmente na substituição da diferença entre todo e parte pela diferença entre sistema e ambiente. Essa teoria implica a ideia de diferenciação sistêmica, isto é, a repetição, dentro dos sistemas, da diferença entre sistema e ambiente, de modo que o sistema utiliza-se a si mesmo como ambiente na formação de seus subsistemas. Contrapondo essa ideia à diferença tradicional entre todo e parte, Luhmann diz:

> Accordingly, a differentiated system is no longer simply composed of a certain number of parts and the relations among them; rather, it is composed of a relatively large number of operationally employable system/environment differences, which each, along different cutting lines, reconstruct the whole system as the unity of subsystem and environment[85].

Haja vista que a diferença entre sistema e ambiente permite a reconstrução operacional do sistema como a unidade do subsistema e do ambiente deste, as operações ocorrem de maneira autorreferencial. Isso significa que os sistemas apenas se reproduzem se fazem, na constituição de seus elementos e de suas operações elementares, referência a

[85] LUHMANN, Niklas. *Social systems*, p. 7.

si próprios – seja a seus elementos, a seus processos ou a sua unidade[86] – respectivamente: autorreferência elementar ou basal, reflexividade e reflexão[87].

Essa noção de autorreferência, no entanto, não implica simplesmente em uma tautologia, pois, mais do que mera indicação do sistema como igual a si mesmo, ela consiste na indicação pelo sistema daquilo que ele é enquanto diferente do outro lado de uma distinção constitutiva. Isto é, autorreferência implica heterorreferência. Afinal, "(...) la condición de su operatividad [isto é, do sistema] y de cualquier forma de conocimiento es la posibilidad de distinguir internamente (¿dónde si no?) entre autorreferencia y heterorreferencia"[88].

Portanto, ainda que o sistema faça atribuições tendo o ambiente como referência, trata-se sempre de operações do sistema conforme a diferença autorreferência e heterorreferência a partir de si mesmo. Diante disso, "[l]os sistemas constituidos de modo autorreferencial deben ser capaces de distinguir entre lo que es propio del sistema (sus operaciones) y lo que se atribuye al entorno"[89]. Ressalte-se, entretanto, que o próprio observador não está indicado simplesmente pelo lado da autorreferência, mas sim pela distinção: "la forma del observador no se da por su simple autoindicación, sino por la diferencia entre autorreferencia y heterorreferencia en cuanto diferencia. De una manera más radical, es necesario decir que el observador es la unidad de tal diferencia"[90].

Daí Luhmann sustentar que a teoria dos sistemas autorreferenciais escapa ao modelo causal, o qual seria apenas uma entre várias possibilidades de assimetrização da circularidade operacional. Segundo ele, a teoria dos sistemas

> considers causality (as well as logical deduction and every kind of asymetrization) as a sort of organization of self-reference, and it 'explains' the difference between system and environment by saying that only self-referential systems create for themselves the possibility of ordering causalities by distribution over system and environment[91].

Em razão disso, Luhmann afirma que uma nova diferença guia é exigida: a diferença entre identidade e diferença: "Self-reference can be realized in the actual operations of a system only when a self (whether as element, process, or system) can be identified through

---

[86] Cf. LUHMANN, Niklas. *Social systems*, p. 9.
[87] Cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 130ss.
[88] CORSI, Giancarlo; ESPOSITO Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 35.
[89] Idem, ibidem, p. 35.
[90] Idem, ibidem, p. 37-8.
[91] LUHMANN, Niklas, op. cit., p. 10.

itself and set off as different from others"[92]. Nesse sentido, a reprodução da autopoiese significa também a administração da diferença entre identidade e diferença – o que, diz Luhmann, é antes um problema prático do que teórico.

Deste modo, em resumo, apresenta-se com a teoria dos sistemas sociais um novo paradigma, que parte da distinção entre sistema e ambiente para observar a sociedade. Devido à diferença de complexidade entre sistema (social) e ambiente (extrassocial), este sempre mais rico em possibilidades, a sociedade precisa operar reduções por meio de diferenciação interna, em oposição ao não social, isto é, ao seu ambiente. Essa diferenciação se promove por meio da constituição interna de novas diferenças entre sistema e ambiente, de sorte que o sistema global social passa a ser, a um tempo, ambiente do seu ambiente, ambiente de seus subsistemas e unidade da diferença entre subsistema e ambiente intrassocial.

A diferenciação social, contudo, não pode ser explicada por uma forma estrutural fixa e atemporal. Em decorrência do fato de que o ambiente é sempre mais complexo que o sistema e que este precisa lidar com essa diferença de complexidade por meio de operações próprias, que consistem em simplificações e reduções de complexidade – as quais, por sua vez, o tornam sempre mais complexo –, tem-se que a diferenciação da sociedade enquanto sistema social global implica aumento de complexidade. Em outros termos, pode-se afirmar que a diferenciação social tem uma dimensão evolutiva, isto é, que ela é o motor da transformação da sociedade de um estado menos complexo para uma forma posterior dotada de maior complexidade – o que, ao menos neste âmbito da teoria, não significa uma sucessão diacrônica de etapas, tratando-se apenas uma consequência lógica da constatação da diferença de complexidade entre sistema e ambiente.

É preciso, de fato, atentar a que não se está formulando uma concepção linear e causal de evolução, como se poderia primeiramente imaginar, pela figuração de uma escala crescente do menos para o mais complexo. A evolução, para Luhmann, está intimamente ligada ao caráter autopoiético dos sistemas, ou seja, ao fato de que os sistemas se reproduzem a partir de suas próprias operações. Isso é feito de forma incontrolável e imprevisível, em decorrência da necessidade que o sistema tem de lidar com o aumento de complexidade, e ocorre por meio de um processo de diferenciação de três mecanismos: variação, seleção e estabilização.

---

[92] LUHMANN, Niklas. *Social systems*, p. 10.

A variação é responsável pela produção de elementos e distinções que se apresentam como novidade, o que gera múltiplas possibilidades para a continuidade da autopoiese do sistema. Diante dessas possibilidades, o sistema precisa proceder a escolhas que reduzam complexidade e garantam a sua operacionalidade, e isso é feito por meio de seleção das estruturas que condicionam as operações seguintes. As inovações geradas pelo mecanismo da variação e escolhidas pelo mecanismo da seleção, por fim, são estabilizadas, o que garante ao sistema a manutenção da sua identidade, necessária para a continuidade de suas operações[93]. A preservação da adequação da complexidade do sistema frente ao ambiente, deste modo, depende do desenvolvimento desses mecanismos, que contribuem para a sua diferenciação interna, ou seja,

> [a] adaptação do sistema ao ambiente (evolução exógena) é possível desde que o sistema contenha um grau elevado de complexidade de organização e de diferenciação entre seus elementos e estruturas, o que lhe permite estipular seu próprio percurso evolutivo (evolução endógena)[94].

Estabelece-se, assim, uma concepção evolutiva centrada na transformação estrutural do sistema, que tem como pressuposto a diferença de complexidade entre sistema e ambiente e o fato de que, embora este possa irritar aquele, toda operação é interna ao sistema. De fato, a evolução do sistema diz respeito mais diretamente a suas estruturas do que ao ambiente, de sorte que "la evolución de los sistemas autopoiéticos sirve más bien para experimentar el margen de maniobra que deja la autopoiesis en vistas de erigir estructuras complejas, que para adaptar el sistema al entorno existente"[95].

Com efeito, a autoprodução do elemento basilar do sistema ocorre sem interferência externa, o que constitui o fechamento operacional do sistema e, consequentemente, a separação entre o que é sistema e o que é ambiente. É justamente a produção do elemento básico – e, a partir dele, de todos os outros elementos – do sistema unicamente pelo sistema que constitui o que se designa por autopoiese.

Note-se que o conceito de autopoiese envolve mais que a auto-organização baseada na produção e mudança das estruturas pelos próprios sistemas: implica autorreferência basal, que significa a produção dos elementos do sistema por ele mesmo[96]. Por elementos,

---

[93] Sobre os três mecanismos da evolução, cf. GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais*: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann, p. 53; GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas, p. 82ss.
[94] GONÇALVES, Guilherme Leite, op. cit., p. 85-6.
[95] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Editorial Herder, 2006, p. 355.
[96] LUHMANN, Niklas. The Autopoiesis of Social Systems. In: _____. *Essays on Self-Reference*. New York: Columbia University Press, 1990, p. 3.

quer-se dizer os componentes últimos do sistema, impassíveis de divisão em componentes individuais mais básicos. E, se os componentes mais elementares são produzidos pelo sistema, segue-se que todos os elementos, limites, processos e estruturas – inclusive identidades e diferenças – também o são.

No caso do sistema social, esse elemento é a comunicação. Tudo o que é sociedade é comunicação e nada do que é extrassocial é comunicação. Há perfeita correspondência entre o sistema e o elemento, pois é em função do seu elemento exclusivo que o sistema se define.

A sociologia tradicional costuma ver, como elemento básico da sociedade, a ação (social). É pela ação que Weber inicia o capítulo de *Economia e Sociedade* destinado aos conceitos sociológicos fundamentais, utilizando-a para definir a própria sociologia. A sociologia, diz ele, é

> uma ciência que pretende compreender interpretativamente a ação social e assim explicá-la causalmente em seu curso e em seus efeitos. Por "ação" entende-se, neste caso, um comportamento humano (tanto faz tratar-se de um fazer externo ou interno, de omitir ou permitir) sempre que e na medida em que o agente ou os agentes o relacionem com um *sentido* subjetivo. Ação "social", por sua vez, significa uma ação que, quanto a seu sentido visado pelo agente ou os agentes, se refere ao comportamento de *outros*, orientando-se por este em seu curso[97].

A ação, contudo, não é um conceito preciso o suficiente para explicar a continuidade ininterrupta da sociedade. Além disso, não é um conceito basilar, pois é redutível a outros elementos – alguns dos quais externos ao social, como o "sentido subjetivo". A solução de Luhmann é radical: substituir o conceito de ação pelo de comunicação.

Por comunicação, Luhmann entende a síntese de três operações seletivas: mensagem, informação e compreensão. Somente há comunicação se há compreensão, operação que realiza a distinção entre mensagem e informação. Tendo em vista que a compreensão gera nova informação, o conceito de comunicação como elemento basal do sistema social implica a continuidade da sociedade, superando, neste aspecto, a noção de ação.

Isso não quer dizer que a ação esteja excluída, seja da sociedade, seja da teoria. Mas ela perde o caráter de elemento de base da sociedade. Conquanto continue sendo fundamental para o sistema social, ela adquire outra função: "action is constituted in social

---

[97] WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva, vol. 1. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2014, p. 3 – grifo do autor.

systems by means of communication and attribution as a reduction of complexity, as an indispensable self-simplification of the system"[98].

A ação não é constituída por motivação psicológica, racionalidade ou capacidade argumentativa, mas por uma atribuição do sistema, que vincula uma seleção a uma responsabilidade pela escolha. Como diz Luhmann,

> [o]nly by attributing the responsibility for selecting the communication can the process of further communication be directed. One has to know who said what to be able to decide about further contributions to the process. Only by using this kind of simplifying localization of decision points can the process return to itself and communicate about communication[99].

Por meio da atribuição de cadeias de ações, o sistema estabelece, na forma de uma auto-observação simplificada, um processo que, diferentemente da realidade da comunicação que está na base da autopoiese, pode ser visto e tratado como assimétrico[100]. Essa assimetrização por meio da atribuição de ações é fundamental, pois é o modo como o sistema pode se auto-observar. E, sem auto-observação, não há autopoiesis:

> Without this technique of using a simplified model of itself, the system could not communicate about communication and could not select its basic elements in view of their capacity to adapt themselves to the requirements of autopoiesis[101].

Portanto, não há desprezo pela ação por parte da teoria dos sistemas sociais autopoiéticos. Mas ela é deslocada[102]: passa a vincular-se à observação, dando lugar, como elemento basilar da sociedade, à comunicação, a qual "passa a ser concebida como a única operação que é genuinamente social, pois é somente ela que pressupõe a existência e interação de pelo menos dois sistemas psíquicos"[103]. Assim, sociedade e seres humanos,

---

[98] LUHMANN, Niklas. *Social systems*, p. 137.
[99] LUHMANN, Niklas. The Autopoiesis of Social Systems. In: _____. *Essays on Self-Reference*, p. 6-7.
[100] Cf. Idem, ibidem, p. 7.
[101] Idem, ibidem, p. 8.
[102] De acordo com Luhmann, "[c]ommunication is the elemental unit of self-constitution; action is the elemental unit of social systems' self-observation and self-description. Both are highly complex situations that are used as units and abbreviated to the format necessary for this". LUHMANN, Niklas. *Social systems*, p. 175. Com efeito, a despeito do primado da comunicação como unidade elementar das operações do sistema social, a ação não é simplesmente descartada pela teoria dos sistemas. João Paulo Bachur resume a relevância da ação na teoria dos sistemas sociais de Luhmann da seguinte maneira: "O imbricamento entre ação e comunicação é o reconhecimento de que, na sociedade funcionalmente diferenciada, a comunicação somente pode ser observada como ação, ao mesmo tempo em que somente existe ação de acordo com as necessidades da comunicação – e não de acordo com uma suposta vontade incólume do sujeito". BACHUR, João Paulo. *Às portas do labirinto*: para uma recepção crítica social de Niklas Luhmann. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2010, p. 98.
[103] VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35.

sendo sistemas diferentes, têm sua relação alterada: em vez de continência, são pressuposto de existência um do outro.

De acordo com Luhmann, "[p]sychic and social systems have evolved together. (...) Persons cannot emerge and continue to exist without social systems, nor can social systems without persons"[104]. Isso ocorre porque, apesar de terem elementos basais diferentes – comunicação, no caso do sistema social; consciência, no caso do sistema psíquico –, ambos operam pelo mesmo meio: o sentido.

O fenômeno do sentido, diz Luhmann, apreensível fenomenologicamente[105], aparece como um excesso de referências a outras possibilidades de vivência e ação (que significam, respectivamente, a atribuição da seleção ao ambiente ou ao sistema). Há excesso porque, simultaneamente, refere-se ao que é real e ao que é possível, bem como ao que é negativo, seja irreal, seja impossível[106]. Diante da totalidade de referências, cuja atualização é impossível, o sistema precisa fazer seleções que reduzam a complexidade, o que ocorre por meio da atualização de determinadas possibilidades em detrimento de outras.

Ao proceder-se à seleção do que será atualizado, todavia, não ocorre simplesmente a sucessão de uma possibilidade, atualizada no estado atual, por outra, resultado da nova seleção – isto é, não há mera substituição de um objeto visado pela intenção por outro. Com a seleção de uma referência de sentido, que se torna atual, há uma mudança na própria forma entre atualidade e possibilidade. Isso significa que o que varia é a diferença entre o que é atual no sistema e as possibilidades atualizáveis por suas operações. O sentido é definido, portanto, não pelo conjunto das possibilidades nem pela atualização de referências, mas pela diferença entre o atual e o possível:

> Meaning, then, is actuality surrounded by possibilities. The structure of meaning is the structure of this difference between actuality and potentiality. Meaning is the link between the actual and the possible; it is not one or the other[107].

---

[104] LUHMANN, Niklas. *Social systems*, p. 59.

[105] A base teórica para a análise de Luhmann sobre o sentido é a fenomenologia de Edmund Husserl, desenvolvida em torno do conceito de intencionalidade, que remete à ideia de consciência, própria de uma filosofia do sujeito. Assim, o sentido era definido por Husserl em função da intenção subjetiva, caracterizando-se pela atualização de estruturas intencionais de experiência pela consciência. O sentido era definido pela intenção subjetiva, e era visto como caracterizado pela atualização de estruturas intencionais de experiência pela consciência. Cf. LUHMANN, Niklas. Meaning as sociology's basic concept. In: ___. *Essays on Self-Reference*, p. 22. Luhmann entende, entretanto, que semelhante abordagem não deve se limitar à consciência, pois diz respeito a todos os sistemas que se constituem por meio do sentido, ou seja, tanto os sistemas psíquicos como os sistemas sociais. Diz ele: "The language of this description suggests a psychic system reference. One can and must abstract from that. Husserl did so in the direction of a theory of the transcendental subject. We abstract in the direction of a comprehensive validity for personal and social systems". LUHMANN, Niklas. *Social systems*, p. 512, nota 4.

[106] LUHMANN, Niklas. *Social systems*, 1995, p. 60.

[107] LUHMANN, Niklas. Complexity and Meaning. In: _____. *Essays on Self-Reference*, p. 83.

O sentido é decomponível em dimensões, cada uma das quais com suas diferenças próprias. Cumpre notar, todavia, que tal divisão é apenas analítica, mas as três dimensões identificadas por Luhmann estão sempre presentes, empiricamente entrelaçadas. São elas a dimensão temporal, a dimensão social e a dimensão material[108]. Em síntese, a dimensão social concerne à suposição de algo igual a si (*alter ego*) na articulação das experiências e fixações de sentido, o que acarreta o problema ortogonal da oposição entre consenso e dissenso, ao passo que a dimensão material remete à tematização, que permite indicar isto ou aquilo como referência da comunicação. Já a dimensão temporal diz respeito à extensão da diferença entre antes e depois, que pode ser experimentada imediatamente nos eventos, para os horizontes mais amplos do passado e do futuro; além disso, a independência da dimensão temporal com relação aos demais aspectos da operação social permite a desvinculação da experiência imediata, com a distinção entre presença e ausência, podendo-se tratar o ausente como simultâneo. A isso se soma uma distinção ortogonal àquela entre passado e futuro: a distinção entre reversibilidade e irreversibilidade, por meio da qual o tempo pode ser percebido como um fluxo, uma sucessão de eventos, os quais podem ser distribuídos entre as partes do esquema passado/presente/futuro.

A noção de sentido é considerada por Luhmann um conceito básico da sociologia, figurando na base de uma série de outros conceitos fundamentais da teoria dos sistemas sociais, tais como informação, mundo e linguagem, e relacionando-se de maneira decisiva com outros conceitos, como complexidade e contingência.

A atualização de sentido pelo sistema, na forma de um evento, cuja duração é ínfima, configura o que se designa por informação – que pode ser atribuída pelo sistema a si mesmo, assumindo a forma de ação, ou ao ambiente, e então é vivenciada pelo sistema. Enquanto evento, a informação é sempre singular, ou seja, irrepetível; apenas o que pode ser repetido é a sua referência de sentido – mas então já se terá perdido o valor de informação. Não se trata, todavia, de uma novidade completa para o sistema, pois, como todo evento, a informação pressupõe uma estrutura, isto é, uma rede de possibilidades atualizáveis que condicionam o processamento das diferenças. Assim, apesar desaparecer quase de imediato, após breve lapso de sua existência, a informação deixa seu efeito estrutural, ao modificar o estado do sistema, que operará doravante conforme a nova configuração, marcada pela passagem da informação.

---

[108] Não há divergências nas traduções de *Zeitdimension* (dimensão temporal) e *Sozialdimension* (dimensão social). Traduz-se, todavia, *Sachdimension* de diversas formas. Além do termo "dimensão material", os termos "dimensão prática" e "dimensão objetiva" remetem à mesma dimensão de sentido.

Desta maneira, o tempo assume uma forma específica no sistema social, enquanto este opera por meio da atualização de possibilidades na forma de eventos, cujo desvanecimento altera o estado do sistema – e, consequentemente, o conjunto da possibilidades atualizáveis, cuja limitação recíproca condiciona estruturalmente o sistema. Informação e sentido, portanto, são características centrais no processamento do sistema social, e devem ser distinguidos, para que se compreenda a forma como o sistema se estrutura e opera, através de distinções[109].

Também o conceito de mundo passa a ganhar o seu significado por referência à noção de sentido: o mundo "es tan sólo el horizonte total de toda vivencia provista de sentido"[110]. O mundo, portanto, é o conceito que permite a mobilização da ideia de totalidade pelo sistema, por abarcar todos os horizontes de sentido, inclusive temporais. Ao remeter à ideia de totalidade, esse conceito designa a unidade das diferenças operacionalizadas pelo sistema: "el mundo es el correlato de la unidad de todas las formas (...). Para el concepto de mundo de la teoría de sistemas, esto significa que el mundo es la totalidad de lo que para cada sistema significa sistema/entorno"[111].

O sentido é uma noção fundamental, igualmente, para compreender o que é a linguagem para a teoria dos sistemas sociais luhmanniana. A linguagem, que é o meio que garante a continuidade da autopoiese social, opera por meio da distinção entre som e sentido. Apesar de haver comunicação sem linguagem, sem a forma linguística de processamento de sentido no meio acústico não haveria como manter uma sequência comunicativa no tempo – em outras palavras: seria inviável a própria autopoiese da sociedade. Isso porque os puros meios de percepção dependem da simultaneidade da observação com o mundo que se observa, ao passo que somente a introdução da linguagem "rompe con esta premisa de simultaneidad y establece una sincronización que prepara acontecimientos distantes en el tiempo. (...) El lenguaje precisamente hace posible prever (y aun restringir) lo que posteriormente podrá ser dicho"[112]. Diferencia-se, assim, um tempo próprio do sistema social, que permite diferenciar o processamento de

---

[109] Cf. LUHMANN, Niklas. *Social systems*, p. 67.
[110] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 115.
[111] Idem, ibidem, p. 115. Deve-se notar, contudo, que, apesar de fazer referência à unidade da diferença entre sistema e ambiente, o mundo não é um conceito privilegiado para a observação efetiva da totalidade, pois, seguindo-se a lógica da diferença que está na base das premissas sistêmicas, também ele conduz a um paradoxo: o observador do mundo, que está no mundo, não pode observar a sua operação de observar o mundo: "Puede observarse en el mundo, aunque en esta operación el observador mismo se desempeña como el tercero excluido. La unidad del mundo, entonces, no es el secreto, sino la paradoja. Es la paradoja del observador del mundo: percatarse del mundo sin poder, en la observación, observarse a sí mismo". Idem, ibidem, p. 116.
[112] Idem, ibidem, p. 165.

comunicações das sequências de acontecimentos que ocorrem no ambiente – e, com isso, formas de linguagem que estabelecem condicionamentos temporais[113].

Por outro lado, a sobrecarga de possibilidades, cuja atualização total é impossível, gera maior risco de frustração em reação à seleção efetuada, em decorrência da imprevisibilidade com que se deparam as expectativas de comunicação. Afinal, as possibilidades são apenas possibilidades, e muitas delas não serão atualizadas. O sistema, deste modo, reproduz-se através de uma dupla estrutura de complexidade e contingência, que na prática significa a necessidade de escolha e de aceitação de riscos, e que pode ser definida nos seguintes termos:

> The term *complexity* is meant to indicate that there are always more possibilities of experience and action than can be actualized. The term *contingency* is intended to express the fact that the possibilities of further experience and action indicated in the horizon of actual experience are just that – possibilities – and might turn out differently than expected, i.e., that these indications can be deceptive[114].

Com isso, ficam estabelecidos alguns conceitos e diferenças centrais da teoria dos sistemas sociais, que constituem a base sobre a qual se pode analisar o direito moderno, a sua temporalidade e a sua capacidade de autoidentificação. Afinal, enquanto subsistema social, autopoieticamente fechado, o direito – tal como a sociedade –, também é um sistema complexo, cujas operações são comunicações que se reproduzem por meio do sentido. Ou seja: toda essa base conceitual, elaborada no âmbito da teoria geral dos sistemas, aplica-se ao direito, enquanto sistema funcional da sociedade.

Como vimos acima, a sociedade é caracterizada por sua forma de diferenciação, a qual, na modernidade, é diagnosticada por Luhmann como prevalentemente funcional. Isso significa que, enquanto sistema social total, a sociedade moderna é composta por subsistemas que adquirem autonomia para exercer uma função social com exclusividade. Nesse sentido, política, educação, economia, ciência, e também o direito – entre outros –, são sistemas autônomos, capazes de reproduzir cada qual um tipo específico de comunicação, por meio da qual oferecem à sociedade o tratamento especializado de um problema social e aos demais subsistemas prestações que auxiliam a eliminar a sobrecarga de complexidade que aflige cada um deles.

Para realizar o seu fechamento operacional e, assim, alcançar a autonomia, cada sistema funcional precisa, além de se especializar na execução de uma função, reproduzir

---

[113] Como a forma "se/então", característica dos programas do sistema jurídico.
[114] LUHMANN, Niklas. Meaning as sociology's basic concept. In: ___. *Essays on Self-Reference*, p. 26 – grifo do autor.

as suas operações em torno de um código binário, cujo esquematismo em torno de valores definidos pela negação um do outro permite a continuidade da autopoiese do sistema sem a intervenção direta do ambiente.

Essa configuração do direito enquanto sistema funcional da sociedade moderna será analisada, ressaltando-se os principais aspectos referentes à sua temporalidade, no item 2.2. Antes disso, no item seguinte, traçaremos algumas considerações mais aprofundadas sobre o tempo a partir da teoria dos sistemas sociais.

2.1.2. A temporalidade dos sistemas sociais

O tempo aparece de diversas formas no arcabouço conceitual da teoria dos sistemas. Conceitos básicos da teoria, tais como autopoiese, sentido, evento, estrutura, expectativa, evolução, memória etc., não são operacionalizáveis sem referência ao tempo. O tempo é, segundo Luhmann, um tema que multiplica todos os problemas[115]. Diante disso, não se pretende tentar exaurir, neste trabalho, tudo o que há para falar sobre tema, mas apenas ressaltar aspectos relevantes acerca da temporalidade dos sistemas sociais em geral e do sistema jurídico em particular, com a finalidade de expor em que consiste o tempo do direito visto a partir da sociedade moderna, requisito teórico para fundamentar a sua capacidade de mutação e a possibilidade de se fazer uma história do sistema jurídico.

A primeira constatação necessária é que o estado atual do sistema, no qual se produzem todas as suas operações momentâneas, é um estado presente. E, como tudo o que ocorre no presente acontece simultaneamente, o presente atual não é propriamente tempo. Conforme diz Luhmann,

> [s]e volverá tiempo cuando se conciba como separación de un 'antes' y un 'después', de un pasado y de un futuro. El sentido, entonces, aparece en el tiempo y puede en todo momento invertir las distinciones temporales; es decir, puede utilizar el tiempo para reducir complejidad: tratar el pasado como si ya no fuera actual y el futuro como si todavía no fuera actual[116].

---

[115] Cf. LUHMANN, Niklas. *Social systems*, p. 41ss.
[116] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 34.

Assim, na perspectiva do construtivismo radical assumido pela abordagem sistêmica, somente há tempo onde há uma distinção, ou seja, onde há observação[117] – e somente há operação de observação no presente.

O presente tem, desta maneira, a dupla função de estabelecer a simultaneidade de todos os elementos do sistema e de projetar a partir de si todos os horizontes temporais. É o ponto onde tudo acontece simultaneamente, mas também é o ponto no qual as diferenças de passado e futuro se encontram e se relacionam. O presente é, portanto, o fator de um paradoxo: é, ao mesmo tempo, simultâneo e sequencial[118].

O paradoxo se apresenta em nível operacional, desde a forma simultâneo/não-simultâneo – cujos dois lados se apresentam em simultaneidade. Entre sistema e ambiente, não há problema de sincronização, pois, sendo simultâneo ao ambiente – o outro lado da mesma forma –, o sistema está sempre sincronizado. No entanto, toda forma consiste em uma operação de distinção e indicação, a qual possui uma estrutura temporal: para passar de um lado ao outro, é necessária uma operação ("*crossing*") por meio da qual se separam os dois lados, constituindo-se a forma – o que demanda tempo. Em decorrência disso, a forma tem uma estrutura complexa e paradoxal, na qual, ao mesmo tempo, o lado não indicado existe simultaneamente, enquanto elemento constitutivo da forma, e não simultaneamente, uma vez que na utilização operativa da forma (observação) ele não pode ser usado simultaneamente[119].

Nesse sentido, como a forma somente existe com a operação única de distinção e indicação, é a partir do estabelecimento da forma que se constitui o tempo, o qual é, desta maneira, produto de uma distinção, ou seja, de uma observação (a qual, para produzir-se, requer, paradoxalmente, tempo).

Falar sobre o tempo, portanto, com base na teoria dos sistemas, significa falar primeiramente de observação. Com efeito, assim se inicia a explicação do verbete sobre o tempo no *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*: "El tiempo se define como la

---

[117] Sobre o problema da observação sob a ótica do construtivismo radical, como perspectiva alternativa à epistemologia tradicional, ancorada na distinção sujeito/objeto, cf. GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais*: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 36-40, onde os autores afirmam: "Para o construtivismo radical, a realidade constitui-se a partir da experiência do observador. (...) A realidade é uma construção do observador, faz parte de seu campo experimental. Assim, o conhecimento sobre o mundo transforma-se em conhecimento sobre o observador, e a percepção do objeto, na percepção sobre si mesmo. (...) Não existe um único mundo ou uma única razão, mas diversos mundos e múltiplas razões. (...) O construtivismo radical substitui a unidade universal racional da tradição filosófica europeia pela diversidade de pontos de vista autônomos".

[118] Cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*., p. 805.

[119] Cf. LUHMANN, Niklas. *Risk*: A Sociological Theory. New York: Aldine de Gruyter, 1993, p. 36.

observación de la realidad con base en la diferencia entre pasado y futuro"[120]. Luhmann, por sua vez, condensa essa ideia fundamental da teoria dos sistemas acerca do tempo da seguinte forma: "*o tempo é um mero constructo do observador*"[121]. Segundo ele,

> [o] tempo, situado na perspectiva do observador, é uma operação que se realiza de modo concreto. Não é uma dimensão preexistente, colocada ali de modo substancial – como pensa a ontologia –, mas emerge somente no momento em que se efetua uma observação. Portanto, o tempo: a) é uma operação que se realiza de maneira concreta; e b) por ser uma observação, consiste na *utilização de uma distinção*[122].

Operacionalmente, há somente o tempo da simultaneidade das operações. Ou seja, não há propriamente tempo – não há fluxo, nem duração. De fato, nesse nível, não há estados do sistema que durem, que permaneçam ou se modifiquem, mas eventos, que se caracterizam justamente pela qualidade temporal da não duração. Como diz Celso Fernandes Campilongo, "[p]ara as operações do sistema – sempre imediatas e simultâneas – o tempo não existe"[123].

Os eventos, contudo, têm o condão de alterar a realidade. Isto é, as operações do sistema repropõem a diferença entre antes e depois e os horizontes de referência de novas possibilidades de comunicação. Assim, "después del evento se hace posible algo diferente con respecto a antes y esta diferencia (en cuanto diferencia) da a los elementos del sistema una capacidad de unión operativa, no obstante su nula duración"[124]. Como explica Orlando Villas Bôas Filho,

> os elementos que compõem os sistemas sociais são de curta duração e, ademais, instáveis. Aparecem e desaparecem de modo a não permanecerem no sistema, o que, aliás, é necessário, porquanto o acúmulo dos elementos pelo sistema acarretaria uma sobrecarga de complexidade dentro deste. Logo, uma vez que os elementos dos sistemas sociais são instáveis e de curta duração, tais sistemas somente se mantêm mediante a contínua reprodução de seus elementos, o que requer, sobretudo, tempo[125].

Deste modo, apesar de os eventos em si não possuírem duração, a sua contínua reprodução exige tempo, sendo que a forma antes/depois é a diferença temporal básica que acompanha todos os eventos. A diferença simples entre antes e depois, todavia, não basta

---

[120] CORSI, Giancarlo; ESPOSITO Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, p. 155.
[121] LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 211 – grifo do autor.
[122] Idem, ibidem – grifo do autor.
[123] CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa.* São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 154.
[124] CORSI, Giancarlo; ESPOSITO Elena; BARALDI, Claudio, op. cit., p. 74-5.
[125] VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, p. 30.

para gerar um mínimo de estabilidade requerida na ligação entre os elementos, pois, sendo cada evento diferente daquele que o antecedeu, acompanha-o sempre um aspecto de surpresa e, em decorrência disso, gera-se com toda operação um estado de incerteza no sistema. Essa incerteza é, então, a razão de se formarem estruturas no sistema, cuja função é justamente possibilitar a reprodução autopoiética apesar da imprevisibilidade. Nas palavras de Luhmann, "without an aspect of surprise there would be no structural formation because nothing would happen for other things to link onto"[126].

Nos sistemas constituídos por sentido, as estruturas são formadas por expectativas, as quais restringem as possibilidades das futuras atualizações de sentido, ao equalizar a multiplicidade heterogênea das referências de sentido sob o denominador comum da frustração da expectativa, que permite duas reações distintas: aprender com o desvio e alterar a expectativa frustrada por outra mais adequada ou manter a expectativa apesar da desilusão. A antecipação das expectativas possibilita a orientação da ação para além da sucessão meramente reativa de eventos e, assim, estrutura a autopoiese do sistema. Graças à formação da estrutura social com base em expectativas, os horizontes temporais do sistema tornam-se visíveis e mais amplamente manipuláveis. Segundo Luhmann: "Expectations reveal the system's temporal horizons. As soon as one can establish what is anticipated, one can calculate futures and pasts. Time becomes flexible through anticipation, that is, organized with more mobility within itself"[127]. E esse tempo, apesar de ser interno ao sistema, refere-se tanto ao sistema quanto ao ambiente, possibilitando maior liberdade ao sistema, que não precisa se limitar à adequação ponto por ponto com o ambiente.

Deste modo, o encaminhamento condicionado dos eventos pelas estruturas de expectativas, que permitem ligá-los no horizonte temporal do presente, com referência ao passado e ao futuro, possibilita a reprodução autopoiética apesar da incerteza. Estabelece-se, assim, uma relação entre a continuidade da estrutura e a descontinuidade dos elementos últimos do sistema, que aparecem sob a forma de eventos:

> Por un lado, los elementos tienen una duración temporal nula y deben producirse continuamente; el sistema debe proceder a la continua selección de los elementos. Por otro lado, las estructuras (...), que permiten la producción de los elementos, deben asegurarse de una cierta continuidad no obstante la discontinuidad en lo que se refiere a los

[126] Cf. LUHMANN, Niklas. *Social systems*, p. 288.
[127] Idem, ibidem, p. 309.

> elementos: deben permanecer disponibles más allá del instante en el que se presenta una comunicación o un pensamiento[128].

Ocorre que há mais possibilidades de relação entre os elementos do que o sistema é capaz de atualizar. Entre estrutura e evento, continuidade e descontinuidade, há, pois, a necessidade de seleção dos elementos, ou seja, subjaz o problema da complexidade, que precisa ser reduzida. O sistema tem a necessidade, diante disso, de implementar mecanismos que permitem manipular as diferenças temporais, tais como o adiamento, o armazenamento estrutural de experiências bem sucedidas para serem reutilizadas, o controle da velocidade dos processos e a agregação e integração de relações temporais. Com ajuda desses mecanismos, o sistema é capaz de lidar com o problema da complexidade a partir da dimensão temporal, isto é, ele pode temporalizar a complexidade[129] e, com isso, adaptar-se à irreversibilidade de seus elementos e ordenar seletivamente a conexão entre eles na sucessão temporal, sem ter que deixar de continuar aumentando a sua complexidade, única maneira de evitar sua atrofia e mantê-lo adaptado frente a um ambiente sempre mais complexo.

Tamanha complexidade do sistema, portanto, é inevitável e precisa ser mantida em expansão com o auxílio da temporalização. De forma correlata, há um aumento da necessidade de seleção, pois se torna cada vez mais irrealizável a combinação ponto por ponto entre todos os elementos do sistema. Segundo Luhmann, "[i]f a system wants to hold open all combinatory possibilities or even to realize them at the same time, either it must remain very small or it must order and reinforce its selective relations"[130]. Deve haver, em razão disso, um gerenciamento das relações seletivas, o qual ocorre, de acordo com Luhmann, por meio da reflexividade do processo de seleção, o que significa que esse processo se refere a si mesmo antes de fazer uma escolha concreta, no nível da comunicação. Há duas formas, complementares, para isso: além da estrutura, o processo.

Diferentemente de outras tradições teóricas, a estrutura não é entendida pela teoria dos sistemas sociais como algo que mantenha o sistema estável e fixo, mas por sua função de possibilitar a passagem de um evento a outro. A partir da seleção que atualiza uma possibilidade e exclui outras, estabelece-se uma restrição recíproca, que traça os limites das operações do sistema. Já o processo se refere à sucessão dos elementos do sistema, baseando-se na diferença entre antes e depois: "The process determines itself by departing

---

[128] CORSI, Giancarlo; ESPOSITO Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, p. 75.
[129] Cf. LUHMANN, Niklas. *Social systems*, p. 45ss.
[130] Idem, ibidem, p. 44.

from what is momentarily actual and making the transition to a suitable but different (new) element"[131]. A estrutura e o processo desenvolvem-se temporalmente de forma oposta: no nível da estrutura, possibilidades excluídas da operação atual poderão ser efetuadas no futuro, bem como atualizações poderão ser repetidas, de sorte que erros podem ser desfeitos e arrependimentos podem ser eficazes; no nível do processo, por outro lado, a consideração de operações conforme o esquema antes/depois impede que decisões possam ser desfeitas, pois o fluxo temporal se mostra inexorável. Reversibilidade e irreversibilidade, portanto, distinguem temporalmente estrutura e processo. Conforme diz Luhmann:

> Structures capture the reversibility of time because they hold open a limited repertoire of possibilities for choice. One can negate structures, or change them, or with their aid gain security for changes in other respects. Processes, by contrast, mark the irreversibility of time. They are composed of irreversible events. They cannot run backwards[132].

Com relação à distinção entre reversibilidade e irreversibilidade, portanto, podemos falar em um tempo estrutural e em um tempo processual, respectivamente. Enquanto no nível mais básico há o tempo operacional, o não-tempo, caracterizado pela efemeridade da rede de operações atuais, cuja descontinuidade faz com que o sistema seja visto como um plexo estático de operações simultâneas, no nível da reflexividade das seleções o tempo estrutural e o tempo processual introduzem a continuidade que possibilita a reprodução autopoiética, mune o sistema de duração e permite a apreensão da mudança.

Essa relação entre tempo estrutural e tempo processual, constitutiva dos sistemas que se efetuam por meio do sentido, parte da ideia de que tudo acontece no presente do sistema e que todo evento, ao mudar simultaneamente os horizontes de passado e futuro, produz uma modificação completa no tempo. Isso se torna mais claro a partir da constatação de que não há somente um presente, mas dois: um presente pontual, que usa indicadores da sua temporalidade (o relógio, por exemplo) para marcar a irreversibilidade do mundo, e um presente de permanência, que simboliza a reversibilidade das referências de sentido dos sistemas autorreferenciais que operam por esse meio. É através dessa combinação entre as duas formas de presente do sistema que são possíveis atribuições temporais às referências de sentido, que podem ser vistas como mudança ou continuidade. O evento, assim, em vez de ser visto meramente como um ponto que desaparece imediatamente no fluxo inexorável do tempo, mostra-se em constante tensão com a permanência, e a sua irreversibilidade,

---

[131] LUHMANN, Niklas. *Social systems*, p. 286-287.
[132] Idem, ibidem, p. 44.

compreendida em termos de transição do passado para o futuro, é vivenciada no presente – cuja duração se define, por isso, como a duração necessária para que um evento se torne irreversível[133]. Por isso, diz Luhmann:

> Both these presents reciprocally polarize themselves as the difference between events and permanence, between change and duration, and that makes it possible for a past still visible in an irreversible event and a future already visible in a lasting present to become present. Only thus can one continuously know that something past disappears into unrepeatability and something future is just over the horizon[134].

Desta maneira, constituídos sempre no presente, em meio a uma tensão entre mudança e permanência, passado e futuro podem ser distinguidos e observados como ainda e já visíveis no presente, ou remetidos ao desaparecimento ou para além do horizonte atual, respectivamente. Somente a partir dessa distensão há propriamente tempo, razão pela qual Luhmann propõe definir o tempo não como a medida do movimento, mas como "the interpretation of reality with regard to the difference between past and future"[135]. Essa definição leva a conceber o passado e o futuro como horizontes temporais pertencentes ao presente, de modo que este assume a função de integrar o tempo e a realidade e de estabelecer as limitações recíprocas e a integração entre passado e futuro[136].

Destarte, apesar de o tempo ser constituído no presente, a sua significação para cada sociedade depende da maneira como são entendidos o passado e o presente e como se entrelaçam, isto é, "the current conceptions of past and future come to be regarded as the decisive factors in the constitution of time"[137]. E, como a relação entre passado e futuro assume formas diferentes nas diversas sociedades, o tempo apresenta relevância diversa em cada uma, podendo-se conjecturar que o aumento da complexidade e da diferenciação da sociedade corresponde a uma crescente ruptura entre passado e presente (algo que, como vimos, Reinhart Koselleck constata em sua compreensão histórica da modernidade, pautada na ruptura entre espaço de experiência e horizonte de expectativas, que outrora coincidiam).

Além de ser diferente em cada sociedade, o tempo também adquire formas mais complexas no interior da sociedade moderna, em decorrência da diferenciação funcional. De fato, se cada sistema funcional é autônomo, não pode depender do ritmo das

---

[133] Conforme Luhmann, "[t]he time span between past and future in which a change becomes irreversible is experienced as the present. The present lasts as long as it takes for something to become irreversible". LUHMANN, Niklas. *Social systems*, p. 78.
[134] Idem, ibidem, p. 78-79.
[135] LUHMANN, Niklas. The Future Cannot Begin: Temporal Structures in Modern Society, p. 135.
[136] Cf. Idem, ibidem, p. 139.
[137] Idem, ibidem, p. 136.

comunicações de outros sistemas. Por outro lado, um tempo único social constrangeria a reprodução dos sistemas funcionais, cuja autopoiética resultaria impossível. A policronia, portanto, é uma das consequências inevitáveis da diferenciação funcional da sociedade.

Com efeito, do fato de que o enlace de comunicações no interior de um sistema social demanda tempo segue-se um desacoplamento temporal entre sistema e ambiente, pois, apesar de existirem simultaneamente, "el sistema debe instituir un tiempo propio adecuado al ritmo de operación y perspectivas de tiempo de las posibilidades internas del sistema"[138]. O fechamento operacional pressupõe autonomia temporal, pois o sistema não pode ficar à mercê das casualidades do ambiente, ou comprometer-se a responder ponto por ponto os estímulos dele oriundos. É, pois, justamente porque são simultâneos que o sistema precisa desvincular a sua temporalidade do ambiente, sem conseguir fazer isso peremptoriamente. Assim, afirma Luhmann,

> [e]l sistema desarrolla estructuras (recuerdos, expectativas) para separar – en sus operaciones – sus relaciones temporales de las del entorno y poder organizar, así, su tiempo propio. El sistema – en parte – debe ganarle tiempo al entorno, soportar y digerir las sorpresas; debe ser capaz de retardar o de acelerar las reacciones mientras en el entorno ya están sucediendo otras cosas. Todo esto se vuelve problema sólo porque sistema y entorno operan simultáneamente sin que haya para eso escapatoria. Por eso el sistema no puede adelantarse al futuro ni permanecer en el pasado del entorno; el sistema nunca podrá llegar a un estado de tiempo en el cual pueda estar seguro de que en el entorno no sucede nada[139].

Todas essas distinções temporais desenvolvidas até agora podem ser operacionalizadas de diversas maneiras pelos sistemas. Dentre os mecanismos de que os sistemas sociais dispõem, destacam-se a memória e a semântica.

A memória é uma função essencial ao funcionamento do sistema. Não se trata de armazenamento, como é frequentemente apresentada[140]. Primeiramente, porque não é uma realidade que se mantém, mas algo que se produz novamente toda vez que o sistema opera; além disso, não é uma função do passado, mas do presente do sistema[141]; por fim, não é uma capacidade auxiliar, mas uma função constitutiva. Segundo Raffaele de Giorgi,

> [a] temporalidade do sistema é produzida através da memória. Ela produz o tempo do sistema, pois permite que ele saiba que todas as suas operações são frutos de si mesmas, ou melhor, que ele, sistema, é

---

[138] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 59.
[139] Idem, ibidem, p. 59.
[140] Sobre a maneira (equivocada) como tradicionalmente se apresenta a memória com base na igualdade "Memória = Depósito", Cf. DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Tempo e Memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 58.
[141] "A memória está em toda parte, mas sempre no presente". Idem, ibidem, p. 62.

> determinado por si mesmo. Por meio da função da memória, o sistema é presente a si mesmo[142].

A memória, enquanto uma função de distinção, que reproduz a diferenciação entre recordar e esquecer, permite ao sistema, na presença de si mesmo, observar as relações entre seus estados virtuais (possibilidades passadas presentes, presentes presentes e futuras presentes) e, por meio de um processo de exclusão,

> isolar, na rede de contínuos re-envios simultâneos de modificações de estados, aquela modificação de estado que pode ser sintetizada como relevante para um novo comportamento e, conseqüentemente, neste momento, como estado momentaneamente capaz de conexão. Deste modo, a atemporalidade das operações é interrompida e esta interrupção constitui o tempo[143].

Por meio da memória, o sistema se constitui como um sistema histórico[144], no sentido que é "um sistema determinado estruturalmente, um sistema que inventa continuamente sua própria história"[145]. Isso ocorre porque "sua memória é sempre uma memória histórica e, como memória, não tem um começo"[146].

Diferentemente da memória, a semântica, produzida quando as estruturas "hold ready forms of meaning that communication treats as worth preserving"[147], não determina estruturalmente a temporalidade das operações do sistema. Isso não significa, contudo, que a autopoiese do sistema seja indiferente às descrições ou que estas apenas reflitam o que ocorre em nível das operações. Diante do tempo operacional, da simultaneidade produzida por meio de atualizações de sentido, o sistema social, a partir da sua capacidade de auto-observação, estabelece distinções que assimetrizam as relações entre seus horizontes temporais, especialmente em torno da diferença entre passado e futuro. E, devido à sua capacidade de autodescrição, o sistema pode produzir tais distinções no nível da sua

---

[142] DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Tempo e Memória*, p. 59.
[143] Idem, ibidem, p. 59.
[144] Cumpre ressaltar que, neste trabalho, serão preferidos termos como "observação histórica" e "abordagem histórica" para fazer referência à história como forma de descrição e "historicidade" para designar o nível da estrutura social e dos acontecimentos, reservando-se o uso do termo plurívoco "história" para trechos cuja discussão deixa claro a que se refere (semântica ou estrutura; observação e descrição ou operação); nessa transcrição de Raffaele de Giorgi, a designação "sistema histórico" se aproxima mais do conceito de "historicidade", enquanto uma qualidade temporal própria dos sistemas sociais que constituem a sociedade moderna – tal como é utilizado, por exemplo, em DE GIORGI, Raffaele. Referência e obstáculo. In: _____. *Direito, democracia e risco*: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 19-33, onde o autor afirma que a historicidade específica da sociedade moderna "consiste no fato de que o sistema da sociedade, que só supõe a si próprio, em suas operações reativa a memória de suas operações, ou seja começa sempre por si mesmo e em seu presente constrói a cada vez os seus futuros presentes", p. 22. Acerca de distinções terminológicas no nível da observação/descrição histórica, cf. Capítulo 3, infra.
[145] DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Tempo e Memória*, p. 59.
[146] Idem, ibidem, p. 63.
[147] LUHMANN, Niklas. *Social systems*, p. 282.

unidade – o que possibilitará, então, falar em uma história do sistema jurídico como um todo, e não apenas das ocorrências temporais desta ou daquela operação jurídica.

É importante notar que o estabelecimento de estruturas que preservam formas de sentido é uma necessidade decorrente da evolução social e tem como consequência o aumento de complexidade do sistema. Com a produção de comunicações portadoras de referências temporais que se dirigem ao futuro e ao passado, perde-se a confiança gerada quase automaticamente pela presença das interações, o que acarreta o surgimento de um problema relativo às expectativas, que precisam ser asseguradas, e isso faz com que o mundo adquira aspectos de mutabilidade e, consequentemente, de incerteza. Esse quadro de insegurança em torno das expectativas torna necessário o implemento da diferenciação da dimensão temporal de sentido, bem como de uma semântica relativa à temporalidade. Segundo Luhmann,

> [t]his (already temporally dependent) problem of security seems to be the guiding problem that motivates the differentiation of a special temporal dimension of meaningful experience and action. It catalyzes the experience of time and then the development of a semantics of temporality as a domain for itself that can be reduced neither to the factual order of connections in the world nor to beliefs about it[148].

Dessa maneira, a temporalidade é desenvolvida pelo sistema através da diferenciação de sentido em uma dimensão específica e, conjuntamente, pelo desenvolvimento de uma semântica correlata, que, ao estabelecer conceitos e distinções que condensam sentido, pode promover orientações temporais e, desta maneira, atuar sobre as estruturas sociais, as quais possibilitam a geração de comunicações justamente por meio do sentido. Assim, por possuir controle sobre sua autodescrição – diferentemente do que ocorre com relação à sua autopoiese, que simplesmente continua ou cessa –, o sistema consegue temporalizar a sua complexidade e manejar, com alguma liberdade, por meio de uma semântica de temporalidade, o seu próprio tempo.

A semântica pode, inclusive, ocultar os paradoxos constitutivos do sistema, o que possibilita o funcionamento deste, conquanto, por meio das hipersimplificações que produz, adultere a observação das potencialidades efetivas dos sistemas sociais. Assim, por exemplo, a semântica do tempo própria da modernidade resolve o paradoxo do tempo mediante a descrição do presente como algo instável e fugaz[149]. Em razão disso, por não eliminar, mas evitar o paradoxo por meio da introdução de novas distinções, o tempo semanticamente construído não pode ser visto como fruto de uma observação privilegiada

---

[148] LUHMANN, Niklas. *Social systems*, p. 310.
[149] Cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 800.

no seio da sociedade, eis que ele também é produto das observações de um sistema, estando submetido à temporalidade de suas próprias operações e ao ponto cego da distinção que o instaura. Por isso, torna-se importante ressaltar que "[t]anto as semânticas pelas quais a sociedade se descreve, como as formas da seletividade com as quais as estruturas operam, começam sempre a partir de si; elas sempre se consideram como referência para seu início"[150].

As várias possíveis semânticas do tempo, portanto, partem todas de paradoxos, dentre os quais é importante destacar novamente aquele decorrente do fato de produzirem formas cujos lados são, simultaneamente, simultâneos e não-simultâneos. Como todas as semânticas de temporalidade são maneiras de desenvolver esse paradoxo, que se apresenta em nível operativo, segue-se que as distinções por elas desenvolvidas coordenam a semântica do tempo com a estrutura social: "They offer the opportunity to adapt in this way to the structural limitations of meaning-formation, thus gaining in plausibility"[151]. Nesse sentido, de acordo com Luhmann, a sociedade moderna representa o futuro como risco – isto é, a utilização da diferença entre probabilidade e improbabilidade como meio para a produção de vínculos com o futuro[152] –, de modo que as distinções que se definem sob essa forma resolvem o paradoxo do tempo: "They distract attention from the fact that all nonsimultaneity (including that of present and future) exists simultaneously and only simultaneously"[153].

2.2. O tempo do sistema jurídico

No item anterior, procuramos, primeiramente, apresentar alguns conceitos e distinções fundamentais da teoria dos sistemas sociais e, em seguida, abordar aspectos relativos ao tempo decorrentes dessa teoria sociológica. Com a descrição do sistema

---

[150] DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Tempo e Memória*, p. 219.
[151] LUHMANN, Niklas. *Risk*: A Sociological Theory, p. 37.
[152] Segundo Raffaele de Giorgi, o risco é "uma modalidade da relação com o futuro: é uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade". DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. In: _____. *Direito, democracia e risco*: vínculos com o futuro, p. 197.
[153] LUHMANN, Niklas, op. cit., p. 37.

jurídico e suas implicações temporais[154], neste item, pretendemos mostrar a forma pela qual o direito está estruturado na modernidade. O objetivo desses itens é apresentar as bases da concepção sistêmica acerca do direito moderno, a fim de auxiliar a história na compreensão do presente desse seu possível objeto de pesquisa: o direito. Como afirmamos na introdução, parte-se da ideia de que, do fato de a observação histórica ocorrer necessariamente no presente, decorre a necessidade de compreensão da sociedade moderna e da modernidade de seus objetos de pesquisa, sob pena de incidir em preconcepções irrefletidas sobre o que é o direito que se descreve como histórico, podendo-se incorrer em anacronismos indesejados e inconsistências teóricas. Tendo em vista que a pretensão é mostrar como ocorre a identificação do direito moderno (o que será concluído com uma análise sobre a ideia de identidade e da noção de descrição, no próximo item), cingir-nos-emos aos conceitos mais relevantes para a configuração da unidade operativa do sistema jurídico e da identificação do direito na sociedade moderna. Por isso, a análise que se segue gira em torno da função e do código do sistema jurídico.

Assumindo-se a premissa da diferenciação funcional, tem-se que a sociedade moderna é fragmentada em diversos subsistemas autopoiéticos e autorreferenciais, os quais produzem comunicação por meio da adjudicação de um código binário especificamente programado para a execução de uma função social. Diante disso, o direito é analisado por Luhmann de duas perspectivas complementares:

> Desde una perspectiva abstracta, el derecho tiene que ver con los costes sociales que se desprenden de los enlazamientos del tiempo que efectúan las expectativas. En concreto, se trata de la función de estabilización de las expectativas normativas a través de la regulación de la generalización temporal, objetiva y social. El derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no)[155].

Percebe-se, desde logo, que em ambas as perspectivas a questão do tempo é fundamental. Isso decorre da centralidade da noção de expectativa na definição de sistema jurídico, conceito por meio do qual é designado justamente "el aspecto temporal del sentido en la comunicación"[156]. Pode-se entender, dessa maneira, por que, pela fórmula *estabilização das expectativas normativas*, que sintetiza a função do sistema jurídico, se deve compreender que "el derecho resuelve un problema temporal que se presenta en la comunicación social", o qual ocorre "cuando la comunicación en proceso no se basta a sí

---

[154] Outra perspectiva teórica que analisa a relação entre direito e tempo é a fenomenologia do direito de Gerhart Husserl. Cf. HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo*: saggi di filosofia del diritto. Milano: Giurfrè Editore, 1998.
[155] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 188-189.
[156] Idem, ibidem, p. 182.

misma (ya sea como expresión, ya sea como 'práctica') y tiene que orientarse y expresarse en expectativas de sentido que implican tiempo"[157].

Com efeito, os problemas temporais da comunicação se apresentam desde a constituição da sociedade, a partir da noção de dupla contingência. Duas posições comunicativas (*Alter* e *Ego*) observam as seleções recíprocas como contingentes, de forma a estabelecer-se uma estrutura social pautada na expectativa sobre a expectativa de comportamento. A própria formação da sociedade, portanto, está marcada pela imprevisibilidade, que decorre da expectativa que guia a seleção do comportamento das pessoas. Por isso, a estrutura social é uma estrutura de expectativas[158].

O fato de a estrutura dos sistemas sociais ser constituída por expectativas, ou seja, ser caracterizada pela orientação das operações para o futuro, implica o risco sempre presente de frustração. Em resposta a isso, são necessários mecanismos que eliminem o risco ou, ao menos, blindem a sociedade, para que a autopoiese não cesse por causa das desilusões. A generalização das expectativas serve para formar generalizações de sentido, a fim de que o tratamento dado às expectativas seja uniforme para os casos semelhantes. Mas as dimensões temporal, social e material podem desenvolver-se de forma descompassada, de sorte que é necessário garantir um mínimo de congruência entre as generalizações. A esse problema social responde o direito, enquanto forma de estabilização das expectativas, por meio da generalização congruente das três dimensões de sentido. A respeito disso, diz Luhmann:

> Dessa forma a função do direito reside em sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as três dimensões, e essa seleção, por seu lado, baseia-se na compatibilidade entre determinados mecanismos das generalizações temporal, social e prática[159].

Para cada dimensão, portanto, há mecanismos próprios de generalização: para a dimensão temporal, estabelece-se a normatização, consistente na criação de estruturas de expectativas – as normas jurídicas – antecipadamente imunes à frustração, as quais, com o auxílio de mecanismos de absorção da frustração, tais como a indiferença ou a sanção, conseguem preservar a expectativa apesar dos desvios; para a dimensão social, há a institucionalização, que estabelece um consenso pressuposto, consistente na ficção de que terceiros anônimos sustentariam a expectativa contra os desvios – sob as formas, por

---

[157] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 182.
[158] Cf. GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais*: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann, p. 87ss.
[159] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I.* Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 116.

exemplo, do contrato e do procedimento; para a dimensão material, por fim, fixam-se pontos de referência abstratos, que proporcionam constância entre as diferentes expectativas concretas, por meio da elaboração de limitações recíprocas com relação ao conteúdo, em torno de quatro princípios de identificação: pessoas, papeis, programas e valores[160].

As dimensões de sentido, todavia, são autônomas, de maneira que a atualização de possibilidades por uma delas pode não coincidir com as demais. "É por isso", explicam Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Villas Bôas Filho, "que o direito deverá produzir 'congruência seletiva' entre as três dimensões de sentido, a fim de assegurar a manutenção contrafática de expectativas normativas"[161].

Tem-se, assim, uma concepção de sistema jurídico de acordo com a qual a função do direito não é definida centralmente pela ideia de controle social, como sói apresentar-se na sociologia jurídica tradicional, mas por sua dimensão temporal, uma vez que, apesar de o direito proporcionar a congruência entre as três dimensões, consiste, afinal, na estabilização das expectativas – ou seja, da orientação das comunicações para o futuro. Disso decorre a existência de custos sociais específicos relacionados com os vínculos temporais estabelecidos pelas operações jurídicas na execução da função do direito.

Como foi visto anteriormente, a teoria dos sistemas sociais sustenta-se em uma concepção operacional da sociedade, segundo a qual a autopoiese implica o enlaçamento temporal das operações do sistema. Outra coisa é a temporalidade implicada na

> fijación de sentido que se emplea en el uso destinado a la repetición: el sentido de las palabras, de los conceptos, de las afirmaciones verdaderas. A esta fijación de sentido de un sistema de comunicación llamaremos semántica. Sólo un almacenamiento semántico que se destina al uso repetido conduce a consolidaciones en el tiempo[162].

Tais consolidações no tempo se dão por meio de uma lógica de condensação e confirmação, com base na qual o sentido se fixa na linguagem e gera uma comunicação socialmente diferenciada, garantindo seu reconhecimento em um contexto diverso e gerando um excedente de remissões de sentido, que obriga o sistema a proceder por meio de seleções. De acordo com Luhmann,

---

[160] Cf. GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais*: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann, p. 90-93. Para um tratamento detalhado dos mecanismos das dimensões temporal, social e material, cf., respectivamente, os capítulos 3, 4 e 5 da parte II de LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*.

[161] GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando, op. cit., p. 89-90.

[162] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 184.

> [p]or un lado, el sentido utilizado se tendrá que condensar para asegurar que se le reconozca como siendo lo mismo en un contexto diferente. De este modo se producen invariancias reidentificables. Por otro, el sentido que se reutiliza se tiene que confirmar en un contexto diverso. De esta manera es como se produce el excedente de remisiones de sentido (mostrables fenomenológicamente), que vuelven indefinible toda consolidación concreta del sentido y que obligan a toda utilización futura a recurrir a una selección[163].

Neste nível da consolidação temporal, segundo Luhmann, há custos sociais relevantes, especialmente quando se trata de expectativas normativas, com as quais lida o direito. As normas, por meio das quais se estrutura a comunicação jurídica, estabilizando expectativas, reduzem a contingência da limitação da contingência. Em consequência, a consolidação temporal tem um custo social decorrente da avaliação negativa do desvio com relação à norma. Há, com isso, uma redução da liberdade de comportamento, pois "[l]a fijación del tiempo prejuzga la toma de partido en la sociedad. La libertad del comportamiento se reduce con anticipación, si no de facto, sí en el plano de las expectativas"[164].

Desta forma, o direito discrimina, regulando as expectativas com antecipação. Na prática, decide a favor de uma pessoa e contra outra, mas o marco temporal dessa decisão é caracterizado pela imprevisibilidade inerente ao futuro. Conforme diz Luhmann, é essa relação entre o futuro e o direito que explica a necessidade de simbolização, satisfeita pelas normas jurídicas, as quais "contituyen un entramado de expectativas *simbólicamente* generalizadas"[165]. Nessa perspectiva, as normas funcionam como símbolos, que têm a função de gerar estabilidade enquanto se referem, e apesar de fazê-lo, a algo invisível – o futuro. Diante disso, Luhmann conclui que a referência temporal específica do direito não está nem na vigência das normas, nem na historicidade do direito, mas na função das normas:

> La referencia temporal del derecho no se encuentra, pues, ni en la vigencia de las normas (que se dividen en variables y invariables), ni en la historicidad inmanente del derecho. Tampoco se encuentra en que la "materia" del derecho – el comportamiento humano, haga presencia en el espacio y en el tiempo. La referencia temporal del derecho se encuentra en la función de las normas: en el intento de prepararse, al menos en el nivel de las expectativas, ante un futuro incierto – genuinamente incierto. Por eso con las normas varía la medida en que la sociedad produce un futuro acompañado de inseguridad[166].

---

[163] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 184.
[164] Idem, ibidem, p. 186.
[165] Idem, ibidem – grifo do autor.
[166] Idem, ibidem, p. 187.

Esse aumento em extensão e intensidade dos vínculos temporais é inconveniente, pois aumenta as possibilidades tanto de consenso como de dissenso – em um caso, quando se toma uma decisão em concordância com a expectativa, e, no outro, quando se toma a decisão contrariamente a ela – e, com isso, acirram-se as tensões sociais: "[e]l resultado es justamente la forma bilateral (consenso/disenso) con la que se aviva el fuego de la tensión en la sociedad"[167].

A função do direito, portanto, que para a sociologia jurídica clássica está relacionada com a integração ou o controle social – e, assim, à dimensão social –, está, de acordo com a teoria dos sistemas sociais, mais diretamente ligada à dimensão temporal. Mas, ao cumprir-se, provoca um aumento de complexidade relacionado à dimensão social, ao gerar mais situações passíveis de dissenso e de consenso. Com isso, na prática, ao cumprir a sua função, o direito opera na sociedade como uma forma de lidar com a tensão entre essas duas dimensões. Deste modo, "el derecho se presenta como una forma relacionada con el problema de la tensión entre dimensión temporal y dimensión social y es el que permite soportarla – aun en condiciones de incremento evolutivo de la complejidad social"[168]. A forma por meio da qual o direito faz isso está relacionada à combinação de duas distinções – expectativas normativas/ expectativas cognitivas, por um lado; lícito/ilícito (ou seja, o código do sistema jurídico), por outro –, sendo que o equilíbrio evolutivo das formas jurídicas se faz por meio da dimensão material de sentido:

> Todas las adaptaciones sociales del derecho operan en este marco y varían el sentido objetivo y el contenido de las normas jurídicas y de los programas. (...) Y puesto que la dimensión objetiva hace valer esta función de equilibrio, no existe ninguna definición objetiva del derecho[169].

Destarte, o direito, concebido como um dos lados da forma sistema/ambiente – isto é, não como um objeto com características essenciais –, é um sistema funcional autopoiético, cujas operações, apesar de seu fechamento operacional, não são indiferentes à sociedade, de modo que a execução da função jurídica na sociedade tem custos sociais, os quais são diretamente relacionados à sua capacidade de aumento e modulação dos vínculos temporais das expectativas.

Por outro lado, cumpre notar que, nessa perspectiva teórica, a noção de "sistema" do direito não tem por referência um conjunto coerente de regras, como tradicionalmente faz a teoria do direito, mas um conjunto de operações comunicativas de um tipo específico, as

---

[167] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 187.
[168] Idem, ibidem, p. 188.
[169] Idem, ibidem.

quais, diferenciando-se do ambiente do direito (ou seja, de tudo o que não é comunicação jurídica), engendram umas as outras e criam a partir de si mesmas as estruturas que condicionam a continuidade de sua reprodução. Com isso, em vez de definir-se o direito por estruturas, tais como normas e textos, passa-se a identificá-lo por suas operações fáticas. Nesse sentido, diz Luhmann que

> [l]as estructuras son necesarias para que se lleven a cabo los enlazamientos altamente selectivos de las operaciones. Sin embargo, el derecho no adquiere realidad por alguna idealidad estable, sino finalmente por aquellas operaciones que producen y reproducen el sentido específico del derecho[170].

Consequentemente, se a norma é entendida como uma estrutura necessária ao enlaçamento das operações, o próprio conceito de norma requer uma formulação compatível com essa noção operacional de direito. Com efeito, em vez de uma concepção centrada em supostas características essenciais da norma, esta passa a ser entendida, em primeiro lugar, como uma modalidade de expectativa, decorrente da distinção entre as possíveis reações à frustração: "o se renuncia a la expectativa a causa del desengaño/ o se mantiene la expectativa, a pesar del desengaño"[171]. A antecipação à decisão entre ceder à frustração e adaptar as expectativas ou mantê-las apesar do seu descumprimento gera, respectivamente, duas modalidades de expectativas: cognitivas e normativas. Diante disso, a norma passa a ser entendida como "expectativa de conducta que se estabiliza incluso en contra de los hechos (contrafácticamente)"[172], isto é, como um lado de uma forma, não como um objeto com características essenciais.

Desta forma, percebe-se a relevância da norma na definição do direito por razões diferentes das que tradicionalmente embasaram as teorias do direito, ou seja, não como um objeto ideal capaz de direcionar as condutas, gerar obediência ou projetar como a sociedade deve ser, mas, estabelecendo-se a função do direito como "el dispositivo que estabiliza las expectativas normativas"[173], como "una de las formas de la función general de estabilización, que adquiere cualidad jurídica porque es diferenciada dentro del sistema de derecho"[174].

Não somente a norma, enquanto estrutura, mas todas as operações, processos, estruturas e, inclusive, a unidade do direito decorrem da reprodução autopoiética do

---

[170] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 97.
[171] Idem, ibidem, p. 190-191.
[172] Idem, ibidem, p. 191.
[173] Idem, ibidem, p. 193.
[174] Idem, ibidem.

sistema, ou seja, dependem da diferenciação específica da comunicação jurídica a partir de operações do próprio sistema. E isso somente é possível por meio de um código binário.

Função e código são elementos centrais e complementares na definição de um sistema social, pois são suas características infungíveis, isto é, aquelas cuja exclusividade permite a identificação de uma comunicação como pertencente a este ou a aquele sistema. Assim, enquanto a função do direito corresponde a um problema da sociedade, o qual "se resuelve mediante el proceso de diferenciación de normas específicamente jurídicas y de un sistema jurídico especial"[175], o código consiste em uma esquematização binária, que possibilita adjudicação universal de dois valores contrapostos, que permitem dizer o que está de acordo com o direito e o que não está. Nestes termos, define-se o sistema jurídico como o subsistema da sociedade encarregado da função de estabilização contrafática de expectativas normativas, com base no código lícito/ilícito[176]. Como diz Orlando Villas Bôas Filho,

> a definição do código do direito, na medida em que assegura a sua própria unidade operativa, é essencial à especificação da função de tal sistema, que consiste no processamento de expectativas normativas mediante sua estabilização contrafática. Isso ocorre porque a função de estabilização de expectativas implica a existência de um esquematismo que indique quais expectativas devem ser mantidas contrafaticamente em caso de frustração. Verifica-se, assim, que o código e a função do direito estão conectados internamente e são fundamentais à sua clausura operacional e diferenciação sistêmico-social[177].

De fato, na base da clausura operacional do sistema jurídico – isto é, da sua constituição como sistema autopoiético, que não admite ingerência de operações externas na produção de seus elementos – estão a sua função e o seu código específicos, com base nos quais se distinguem as comunicações jurídicas e as comunicações do ambiente intrassocial, ou seja, as operações sociais que pertencem ao direito e as que não lhe pertencem. Como diz Luhmann, "[a]l sistema jurídico pertenece sólo la comunicación coordinada por códigos, sólo aquella comunicación que afirme la asignación de los valores: conforme a derecho/no conforme a derecho"[178], haja vista que somente a comunicação pautada nesse código busca a integração da rede operacional constitutiva do sistema jurídico.

---

[175] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 181.
[176] Sobre as diferentes possíveis traduções para *Recht/Unrecht*, cf. a nota do tradutor em LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 81-82, bem como VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, p. 144-145, nota 90; e NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, p. XII.
[177] VILLAS BÔAS FILHO, Orlando, op. cit., p. 145.
[178] LUHMANN, Niklas, op. cit., p. 123.

Deve-se notar, todavia, que, mais do que uma questão de descrição da unidade do direito *a posteriori*, trata-se de uma exigência da própria autopoiese, uma vez que o enlaçamento das operações jurídicas depende da capacidade de auto-observação do sistema. O código cumpre um papel decisivo nesse âmbito, pois serve ao direito como "un esquema bivalente para estructurar las operaciones propias y para distinguirlas de otros asuntos"[179] e, nesse sentido, permite ao sistema alcançar uma condição de biestabilidade, o que significa que pode desenvolver todas as suas operações em torno de dois estados – lícito e ilícito. Ambos os estados pertencem ao sistema, de sorte que o que caracteriza uma comunicação como jurídica é a indicação de um dos dois valores, independentemente de qual deles. Com isso,

> la referencia del valor negativo (lo discrepante con el derecho) tiene el mismo efecto de asignación que la referencia del valor positivo (conforme a derecho). Lo decisivo es que la comunicación se subordine a la regulación por parte del código[180].

Contudo, apesar de pertencerem ambos os valores do código ao sistema jurídico, a opção por um ou pelo outro tem implicações temporais internas: a escolha do valor positivo, lícito, reforça a capacidade de conexão e redundância do sistema e, portanto, liga-se ao passado, enquanto a escolha pelo valor negativo, ilícito, engendra maior contingência, acentuando a abertura do futuro. Em consequência,

> The system thus exposes itself fundamentally and continuously to the risk that it can operate only with the preferential value, but can do so only under conditions that require the countervalue to be always able to impose itself. There is then no guarantee that what is past will be preserved and that the future will be like the past – despite irreversibility![181]

O código, portanto, é a forma por meio da qual as operações do direito se reconhecem como comunicações jurídicas, possibilitando a ordenação e a ligação continuada de operações que formam a unidade operativa do sistema jurídico, bem como a abertura para a variação que advém do futuro. Nesse sentido, o código, que do ponto de vista temporal "es y permanece invariable"[182],

> [n]o es otra cosa que la estructura de un mecanismo de reconocimiento y un procedimiento de coordinación de la autopoiesis de la sociedad. La comunicación jurídica no es reconocible sino perteneciendo a un código y

---

[179] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 235.
[180] Idem, ibidem, p. 125.
[181] LUHMANN, Niklas. *Risk*: A Sociological Theory, p. 77-78.
[182] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 246.

> siendo capaz de enlazarse a otras comunicaciones jurídicas gracias a ese código[183].

Esse enlaçamento das comunicações jurídicas, entretanto, requer a identificação de qual é o direito válido, pois, para passar de um lado ao outro da forma do código, isto é, para efetuar o "*crossing*" entre lícito e ilícito, é necessária a referência à validade. Por validade quer-se designar o símbolo operativo que gera a unidade do sistema jurídico, isto é, que sustenta a continuidade da autopoiese do direito, ao ordenar o enlace das comunicações jurídicas por meio do estabelecimento de referências recursivas entre elas. De acordo com Luhmann, validade é a forma pela qual um elemento participa da unidade do sistema jurídico: "La validez es sólo la forma en la que las operaciones hacen referencia a su participación en el sistema, ya que están adjudicadas al contexto de otras operaciones del mismo sistema desde el momento en que lo reproducen"[184]. Enquanto forma, a validade possui dois lados: validade/ invalidade, sendo que ambos designam um estado do sistema jurídico, uma vez que a forma é um produto dele. E, também por se tratar de uma forma, é possível o trânsito de um lado ao outro – o que requer tempo.

A noção luhmanniana de validade, entendida como símbolo da estabilidade dinâmica do direito, que circula no sistema em operações que efetuam sua autopoiese, suplanta a noção hierárquica presente nas teorias clássicas sobre a validade. Essas teorias supõem uma escala de validade duradoura, uma estrutura normativa estática por meio da qual os elementos hierarquicamente superiores fundamentam a validade dos inferiores. Para a concepção sistêmica, em vez da hierarquização que remete a uma suposta norma superior, passa-se a basear a validade exclusivamente no tempo operacional:

> la única base de la validez se encuentra en el *tiempo*; más exactamente, se encuentra en la simultaneidad de todas las operaciones fácticas del sistema sociedad y de su entorno: todo lo que sucede, acontece simultáneamente en el ahora – y no en el pasado ni en el futuro"[185].

A simultaneidade do estado atual implica a incapacidade do sistema de efetuar influências causais ou saber o que acontece em todas as operações nesse lapso, exigindo-se o apelo a suposições, ficções e imputações. O símbolo da validade, portanto, está disposto de forma horizontal no sistema, tendo sua única prova na contínua modificação do próprio estado de validade do sistema[186]. Nesse sentido, a validade consiste na maneira como o

---

[183] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 126.
[184] Idem, ibidem, p. 159.
[185] Idem, ibidem, p. 166.
[186] Cf. Idem, ibidem.

sistema consegue conservar e reproduzir a sua unidade diante da diversidade de sua operação[187], conservando sua clausura operativa diante do ambiente.

Assim, se, por um lado, a forma sistema/ambiente requer o fechamento operacional do sistema, não permitindo qualquer interferência direta do ambiente, por outro, o código consiste em uma forma que permite a adjudicação das operações a qualquer dos dois lados, com referência ao direito válido. Essa possibilidade de alternância dos valores nas operações jurídicas é responsável pela continuidade do sistema, sempre aberto a novas comunicações qualificadas como lícitas ou ilícitas. As duas formas, sistema/ambiente e lícito/ilícito, portanto, em conjunto, são responsáveis pelo fechamento e pela continuidade do sistema. Como diz Luhmann,

> [l]a asimetría de la forma de sistema y la simetría de la forma de código tienen que coincidir en el sistema. La asimetría de la forma asegura la clausura del sistema incluso cuando sus operaciones se orientan al entorno. La simetría del código asegura el constante cruce del límite que marca el código[188].

Da simetria do código decorre que o sistema está constantemente aberto a novas operações, pois é sempre possível cruzar a forma, isto é, adjudicar um ou outro dos valores codificados à comunicação. Essa bivalência do código, que estrutura as operações no presente do sistema, ao permitir a atualização do sentido por meio de seleções, impede que o sistema se dirija a um fim, teleologicamente. Em razão disso, a unidade do sistema jurídico não pode ser representada como um estado final a ser alcançado, sendo possível o estabelecimento de metas unicamente como orientação para episódios isolados, que não projetam o fim do próprio direito. A continuidade do direito não pode ser colocada em situação de disponibilidade, e isso não em razão de alguma advertência moral ou utilitária, mas porque o direito moderno está estruturado autopoieticamente, sendo a codificação a forma pela qual o sistema jurídico garante sua abertura para o futuro, possibilitando sempre uma nova operação que altere a seleção entre os valores do código. É nesse quadro que se podem estabelecer episódios orientados por metas:

> la división en episodios, el marcaje de la meta, la diferenciación temporal en el derecho se basa justamente en que el propio sistema jurídico continuará operando y que integrará los resultados de los procedimientos y debates en el contexto de las condiciones de las siguientes operaciones[189].

---

[187] Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 154.
[188] Idem, ibidem, p. 233.
[189] Idem, ibidem, p. 237.

Por esse motivo, Luhmann diz que o direito é "una historia sin fin, un sistema autopoiético que sólo produce elementos para poder seguir produciendo más elementos", sendo a codificação binária a forma estrutural que garante isso[190].

A codificação isolada, todavia, ainda não permite ao sistema produzir suas operações concretas, uma vez que não dota o sistema jurídico de critérios para a adjudicação de um ou outro dos valores da forma lícito/ilícito, de modo que "deben existir otros puntos de vista que indiquen cómo los valores del código derecho/no-derecho se asignan o bien correctamente, o bien erróneamente"[191]. Por isso, é necessário o mecanismo complementar da programação. Enquanto o código dota o sistema de abertura exclusivamente na dimensão temporal, ao garantir a continuidade de suas operações por meio do estabelecimento de uma forma de dois lados intercambiáveis, o programa consiste em uma semântica adicional que fornece os critérios que possibilitam a adjudicação dos valores lícito/ilícito[192].

Sob a perspectiva das dimensões de sentido, Luhmann afirma que são os programas "que regulan, en cada caso, la asignación correcta de los valores derecho/no derecho, para mantener, en una zona de compatibilidad mutua, los enlaces del tiempo y la capacidad de disenso y de consenso"[193]. Logo, é por meio dos programas que o sistema jurídico lida com as tensões sociais decorrentes do aumento de complexidade na dimensão social produzido pela modalização dos vínculos temporais, cujos custos sociais foram acima discutidos, indicando a maneira como as comunicações jurídicas devem ser tematizadas.

Os programas, portanto, são essenciais para a autoestruturação do sistema, que, apesar de ser fechado quanto à rede de suas operações, precisa de abertura no âmbito cognitivo. Com efeito, há que se ter em vista que o fato de o direito ser um sistema operacionalmente fechado não significa um completo isolamento frente à realidade. Trata-se apenas de reconhecer que as operações, estruturas, processos e a própria unidade do direito são constituídos por ele mesmo, sem intervenção do seu ambiente. Este, entretanto, enquanto o outro lado da forma sistema/ambiente, é indispensável à operacionalidade do sistema e deve ser por este observado, sob pena de não se resguardar a complexidade adequada que sustenta a autopoiese sistêmica. Em razão disso, em termos funcionais, "el derecho opera *normativamente clausurado* y, al mismo tiempo, *cognitivamente abierto*"[194],

---

[190] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 238.
[191] Idem, ibidem, p. 248.
[192] Idem, ibidem.
[193] Idem, ibidem, p. 188.
[194] Idem, ibidem, p. 133.

e a mediação entre os dois âmbitos passa pelos programas do sistema jurídico. Segundo Luhmann,

> [l]a forma típica en la que se combinan clausura normativa con apertura cognitiva, es aquella del programa condicional. Este programa condicional exige que las reglas normativas de la decisión (*que se justifican sólo al interior del derecho*) se formulen de tal manera que sea posible una deducción a partir de los hechos – los que se determinan cognitivamente: si está presente la realidad **a**, entonces la decisión **x** es conforme a derecho; si no, no.[195]

Desta forma, o direito leva em consideração os fatos externos, que são apreciados enquanto informação que possibilita a adjudicação do código jurídico. Não obstante, são as operações internas do sistema as responsáveis tanto pela formulação das normas quanto pela geração das informações. Portanto, "'abierto cognitivamente' no significa otra cosa que el sistema genera las informaciones correspondientes desde la posición de la heterorreferencia y las atribuye a diferencias situadas en el entorno"[196].

A abertura para o ambiente, portanto, não significa transferência entre elementos internos e externos, mas a capacidade de atribuição de conhecimentos ao ambiente por meio das operações internas do sistema, em decorrência da diferença entre autorreferência e heterorreferência que está na base da forma sistêmica. Por essa razão, a diferença entre normas e fatos assume uma importância decisiva para o sistema jurídico, haja vista que representa "la distinción entre autorreferencia y heterorreferencia, es decir, la manera en la que se refleja la diferencia de sistema y entorno cualquier operación del sistema"[197].

Como foi especificado na citação acima, os programas do direito são programas condicionais, da forma "se/então", a partir da qual é possível avaliar no presente um fato passado e decidir se é lícito ou ilícito. De acordo com Luhmann, é decisivo que a utilização do código lícito/ilícito dependa do que se considera, no momento da decisão, como sendo passado, o que leva à compreensão de que o sistema jurídico sempre opera como um sistema retroalimentado, de tomada de decisões *a posteriori*, cuja ligação com o futuro se dá por meio da própria decisão, que se apoia na distinção constitutiva do tempo: passado/futuro[198].

Isso exclui que fatos futuros ainda indeterminados sejam fundamentais para a realização da decisão – o que é próprio dos programas finalísticos. Segundo Luhmann, tais programas carregam consigo um risco decorrente da paulatina separação entre o futuro

---

[195] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 140 – grifo do autor.
[196] Idem, ibidem, p. 141.
[197] Idem, ibidem, p. 143.
[198] Idem, ibidem, p. 256.

presente (a projeção temporal ao futuro, a partir do presente) e os presentes futuros (os futuros estados atuais do sistema, que ainda não ocorreram), incompatível com a função do direito de estabilização contrafática das expectativas normativas. Assim, mesmo a consideração de metas, por exemplo, apesar de ocorrer no sistema jurídico, também se subordina ao programa condicional "se/então" [199] – o que não impede que programas orientados a fins elaborados em outros sistemas funcionais remetam ao direito, como é o caso de programas da política, que remetem ao direito constitucional[200].

Por meio da programação condicional, portanto, o sistema jurídico complementa o esquema binário do código e se autoestrutura, o que contribui para a preservação da sua autonomia, uma vez que ele não fica refém da casualidade da ocorrência de conflitos. O direito, ao estabelecer critérios para a produção de comunicação em torno de dois valores, é capaz de generalizar e antecipar experiências de conflito[201], ou seja, "puede exponerse a variaciones temporales e independizarse de la casualidad de la existencia de conflictos, determinando él mismo lo que puede ser tratado como conflicto sujeto a decisiones"[202]. A relação do direito com os conflitos, deste modo, não é caracterizada pela capacidade evitá-los, pois o próprio direito os multiplica. Na realidade, o sistema jurídico trabalha para evitar a resolução violenta dos conflitos, por meio da disponibilização de uma forma de comunicação com complexidade suficientemente adequada para tanto[203].

O principal mecanismo de que dispõe o direito para a gestão dos conflitos é o processo judicial, por meio do qual as decisões são adiadas, provendo-se a continuidade do sistema mesmo sem a resolução do conflito. Como os processos são "episodios temporalmente limitados, que se inician con una demanda y terminan con una decisión"[204], tem-se a certeza de que o processo terá um início e um fim, o que assegura que a indecisão é apenas provisória. Em contrapartida, o processo alimenta-se da incerteza sobre quem está com o direito, o que o leva a produzir uma autonomia temporal. Essa incerteza sobre o que é lícito e o que é ilícito mantida no interior do processo estabelece-se, então, como uma espécie de terceiro valor: nem lícito, nem ilícito – por enquanto –, mas a própria unidade do código, sobre a qual se introduz uma diferença temporal que remete a adjudicação para o futuro.

---

[199] Sobre as críticas que Luhmann endereça às pretensões de introdução da perspectiva sociológica para guiar as decisões jurídicas por suas consequências sociais, cf. LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978, p. 27ss., 31ss.
[200] Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 262.
[201] LUHMANN, Niklas. *Social systems*, p. 374.
[202] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 227.
[203] LUHMANN, Niklas. *Social systems*, p. 375.
[204] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 267.

Por outro lado, a diferenciação entre codificação e programação permite que o sistema desenvolva capacidade de adequação, a fim de lidar com o difícil problema da coexistência entre a mudança social e a manutenção de sua própria identidade. Enquanto a rigidez do código é responsável pela lógica estrutural básica imutável e sempre adequada do sistema, no nível de seus programas ele "puede conceder la posibilidad de cambios sin temor de una pérdida de identidad"[205] – inclusive sob a forma de modalizações temporais, como o estabelecimento da diferença mutável/imutável (pense-se nas cláusulas pétreas, por exemplo).

A identidade do sistema é resguardada, apesar da abertura do código pela programação, porque as formas que podem ser produzidas por meio do código dependem das possibilidades de atualização de sentido no presente, com amparo na memória do sistema. A historicidade do sistema, nestes termos, significa que o ponto de partida de toda operação do sistema é o seu estado atual, que, simultaneamente, é o desfecho de operações passadas e se dirige a um futuro aberto. Segundo Luhmann,

> [d]ado que el medio sólo se reproduce mediante sus formas, siempre se encuentra co-puesta una situación original histórica. Cualquier determinación formal es, por lo tanto, un cambio jurídico, y cualquier cambio de los programas tiene que observar las limitaciones dadas, a partir de que el sistema pertenece a una historia específica[206].

Por isso, o direito – como todo sistema social – é considerado pela teoria dos sistemas uma máquina histórica, não-trivial, por oposição às máquinas triviais. Enquanto estas transformam *inputs* em *outputs* sempre da mesma maneira, permanecendo inalteradas e sendo, portanto, passíveis de cálculo prévio, as operações das máquinas históricas transformam todo o sistema, uma vez que mudam a disposição do sistema, construindo-se uma nova máquina a cada operação[207]. Entendido desta maneira, o direito, apesar da imprevisibilidade do futuro, tem o seu estado atual estruturado pela memória e engendrado pelas operações anteriores, de maneira está sempre presente a marca da historicidade operacional do sistema.

Desta maneira, fica excluída a mera arbitrariedade das decisões no presente, pois as comunicações jurídicas estão restringidas pela multiplicidade das operações do sistema, tanto passadas e futuras, engendradas pela memória sistêmica, quanto outras decisões que compõem a rede de operações atuais do sistema. "The system", diz Luhmann, "is the

---

[205] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 252.
[206] Idem, ibidem.
[207] Cf. Idem, ibidem, p. 113-114; TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 4.

multiplicity of its operations. It never acts as its multiplicity. (...) It is nothing but the constraints produced by one decision for others of the same system"[208].

Em consequência disso, cada decisão precisa situar-se no contexto de outras decisões do sistema jurídico, de sorte que deve observar observações sobre o direito, a fim de preservar sua consistência. Além disso, mecanismos como as leis e os contratos são fundamentais, pois garantem que o sistema jurídico se mantenha aberto à diferenciação interna, mas isso produz incerteza. Para corrigir o alto grau de insegurança gerado por esses mecanismos e pela contingência das decisões frente a um futuro incerto, o sistema dispõe da distinção igual/desigual, que permite avaliar a relação entre as decisões, passadas e presentes, comparando-as. Desse modo, a distinção contribui para assegurar a consistência, isto é, a justiça[209] daquelas decisões que devem ser tomadas na sequência. Adicionalmente, de acordo com Luhmann, "se pueden realizar comparaciones retrospectivas o prospectivas acerca de las decisiones, para comprobar la consistencia del cambio y así exponer las decisiones a otros processos de observación"[210]. Com isso, a identidade do direito, como sistema vocacionado à produção de decisões justas, que estabiliza as expectativas normativas, é assegurada frente às desilusões.

Ademais, a identidade do direito é um problema que diz respeito, não somente à consistência das decisões, mas também à própria capacidade de autoestruturação do sistema jurídico. Essa questão, além de ter relação com a historicidade do direito, está no cerne da possibilidade de evolução do sistema, pois, apesar da variação estrutural, o direito deve permanecer o mesmo, isto é, deve continuar sendo o sistema social que estabiliza as expectativas comportamentais normativas, o que é feito de forma variada conforme a formação social em que se encontra. Sem isso, não haveria um objeto de evolução – o direito –, mas uma pluralidade de formas sociais diversas sem denominador comum que permitisse referir a todas, simultaneamente, pelo mesmo termo.

---

[208] LUHMANN, Niklas. The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History, p. 161.

[209] Segundo Luhmman, "la justicia se puede designar como consistencia de la toma de decisión". LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 289. Sobre a justiça como "fórmula de contingência do subsistema jurídico, cuja finalidade seria justamente fornecer um controle de consistência às decisões jurídicas", cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: PISSARRA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento (Coords.). *Direito e filosofia*: a noção de justiça na história da filosofia. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 141ss.; _____. Uma teoria sociológica da justiça: Niklas Luhmann e a justiça como fórmula de contingência. *Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 4, n. 1, p. 387-408, jan./dez. 2013; além do capítulo 5 de LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*.

[210] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 299.

Enquanto sistema, o direito deve manter, apesar da mudança, a sua diferença e adaptação frente ao ambiente, pois "la evolución sólo se lleva a cabo si tanto la *diferencia* como la *adaptación* entre sistema y entorno se mantienen; en caso contrario desaparecería el objeto de la evolución"[211]. E, enquanto sistema autopoiético, a autopoiesis adquire o lugar de fio condutor para a evolução, pois é a condição para que haja alterações nas estruturas.

A evolução do direito moderno, nesse sentido, ocorre da mesma maneira que a evolução dos outros sistemas sociais autopoiéticos: a variação ocorre no nível dos elementos autopoiéticos, quando há um desvio do padrão; a seleção diz respeito à estrutura, que possibilita, através da escolha entre os elementos, que aqueles que variam sirvam de condição para as próximas operações; a reestabilização se faz com relação à própria unidade do sistema, que mantém a sua estabilidade dinâmica com base nessa mudança estrutural[212].

Esse quadro explicativo da evolução, centrado na necessidade e na capacidade do sistema jurídico de desenvolver novas formações estruturais, é a base para uma expansão da teoria da evolução, que, com o auxílio de material histórico e historiográfico, permite a comparação de sociedades e direitos diversos no tempo. Parte-se da suposição de que

> [t]odas as sociedades humanas, ao longo da história conhecida, atuaram de forma 'equifinal' por sempre gerarem direito, se bem que com diferentes concepções normativas, instituições, interesses divergentes, procedimentos, e ainda entrelaçamentos muito distintos com as estruturas sociais extrajurídicas[213].

Assim, essa forma de abordagem permite a comparação entre as diversas formas pelas quais o direito é constituído nas sociedades. Deste modo, a constatação de que em sociedades pré-modernas os três mecanismos não se encontravam tão claramente separados e circularmente relacionados, tendendo a sobrepor-se uns aos outros, conduz à possibilidade de identificar estágios evolutivos, conforme a complexidade social e jurídica.

Nessa linha, Luhmann identifica três graus de complexidade do direito, sendo comum a todos eles a existência de "algumas normas diferenciadas, ou seja expectativas mantidas em termos contrafáticos"[214]: o direito arcaico, próprio das sociedades segmentariamente diferenciadas, centradas no parentesco, no qual os mecanismos jurídicos

---

[211] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 303.
[212] Cf. Idem, ibidem, p. 304.
[213] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*, p. 182. Em nota, Luhmann explica que por "equifinalidade é entendido o fato de que o mesmo estado de um sistema (aqui: o do direito) pode ser atingido a partir de diferentes constelações originais e através de diferentes caminhos". Idem, ibidem, p. 241, nota 16.
[214] Idem, ibidem, p. 185.

atuam de forma pouco mediatizada[215]; o direito das altas culturas, nas quais prevalece a hierarquia social, mas já se desenvolve uma diferenciação funcional incompleta, restrita a centros urbanos que apenas governam em situações excepcionais[216]; e, finalmente, o direito moderno, sistema autônomo da sociedade mundial funcionalmente diferenciada, marcado pela total positivação[217].

A enorme e complexa variação das estruturas do direito no tempo, no entanto, não podem ser obstáculo para o seu reconhecimento social. O direito moderno é capaz de autoidentificar-se, por meio de autodescrições, e impor-se como sistema autônomo com uma função social. E, a partir da descrição que o próprio direito faz de si mesmo, é possível o reconhecimento das formas modernas e pré-modernas de direito, com todas as suas variações estruturais, por meio de comparações entre as estruturas. Essa descrição, como veremos, serve de base para a identificação do direito enquanto objeto da pesquisa histórica, contanto que esta não se vincule a constatar os estágios evolutivos especulados a partir do presente, mas adote as considerações da teoria da evolução apenas para estabelecer uma figuração inicial do que procurar no passado.

2.3. Autodescrição e identidade do sistema jurídico

O fato de o direito mudar, sem deixar de ser direito, envolve o problema da identidade, já esboçado no final do item anterior. Trata-se de um paradoxo, pois somente pode haver mudança daquilo que, de alguma forma, permanece o mesmo. A tradição dispunha da distinção sujeito/objeto, por meio da qual o objeto, "[v]isto desde el sujeto (de otro modo no se podría hablar de 'visto') era el otro lado de la distinción y, en cuanto forma, servía para atribuir identidade"[218]. A identidade de um objeto consistia, então, em que este parecia o mesmo a todo sujeito que fizesse uso da razão para apreendê-lo.

Com a mudança de paradigma para a distinção sistema/ambiente e a substituição do sujeito pela observação, entendida como a realização de distinções pelos sistemas, o problema da identidade também assume nova forma, pois a identidade passa a estar centrada na produção de distinções. Como diz Luhmann,

---

[215] Cf. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*, p. 184ss.
[216] Cf. Idem, ibidem, p. 201ss.
[217] Idem, ibidem, p. 225ss.
[218] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 696.

> [e]n cualquier afirmación de identidad se trata tan sólo de distinguir las distinciones que utiliza un observador. Se trata – dicho de otra manera – de repeticiones, de una práctica de condensación y confirmación – la cual siempre debe describirse en referencia a los sistemas que operativamente la efectúan; esto también es válido para aquel que describe estas descripciones y para sus 'objetos'. Visto de esta manera, los objetos se constituyen únicamente en el marco de una observación de segundo orden[219].

As identidades, portanto, são elaboradas pelos diversos sistemas observadores e, por isso, correspondem a distinções reiteradas, que podem ser observadas e descritas por um observador de segunda ordem. Consequentemente, o problema da identidade do direito deixa de ser entendido como o prolongamento ao longo do tempo de um mesmo objeto, que sujeitos – e, a longo prazo, gerações de sujeitos – veem de uma ou outra maneira, para apresentar-se como uma sucessão de distinções prevalentes que o próprio sistema utiliza em suas auto-observações. A fixação de tais distinções em textos, com o objetivo de refletir a unidade do sistema, constitui a autodescrição do sistema.

A questão da identidade, relevante em termos de autodescrição, todavia, mostra-se fundamental já no nível mais básico das operações do sistema, pois as identidades são construções presentes do sistema, sem as quais não se engendram as relações temporais entre passado e futuro. Nesse sentido, vê-se que

> el tiempo está incorporado, no sólo temáticamente sino – más en lo profundo – también operativamente, en la autodescripción de la sociedad y de su mundo. Entonces, ya no es posible sostener propiamente que las identidades sean objetos o sujetos antepuestos al tiempo. Mas bien se construyen y se reproducen en medio del tiempo y cada vez en forma presente para producir, para un cierto tiempo, relaciones temporales que median entre los extremadamente diversos horizontes de tiempo: pasado (memoria) y futuro (oscilación de todas las distinciones relevantes de observación)"[220].

Entendidas assim, como processamento presente de informação que, no presente, entrelaça horizontes temporais, as identidades não podem ser consideradas algo que subsiste ou perdura, mas como as atuais distinções, que condensam, reiteram e confirmam distinções recorrentes do sistema. A função das identidades, portanto, é ordenar a autorreprodução sistêmica por meio do sentido, recuperando e antecipando distinções que podem ser reutilizadas. A cada seleção, que condensa as possibilidades de sentido atualizáveis, produz-se também generalização, "que corrobora que aquello que se distingue

---

[219] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 696.
[220] Idem, ibidem, p. 804-805.

de lo otro puede designarse como lo mismo"[221]. Disso resulta que as identidades de sentido somente podem produzir-se recursivamente, pois necessariamente fazem referência ao "mesmo" e ao "outro". E, como essas referências são feitas à luz dos horizontes temporais relativos ao passado e ao futuro, o sentido se apresenta como uma forma de operação histórica de construção recorrente de identidades. Como afirma Luhmann,

> [e]n la medida en que las recursiones remiten a algo pasado (al sentido ya conocido, ya probado), remiten únicamente a operaciones contingentes cuyos resultados están disponibles en la actualidad; no remiten, por consiguiente, a orígenes fundantes. Y en la medida en que las recursiones remiten al futuro, envían a posibilidades de observación infinitamente numerosas, esto es, al mundo como realidad virtual – de la que no puede saberse todavía si será alimentada por sistemas (¿cuáles?) a través de operaciones de observación. El sentido es, entonces, a todas luces, una forma de operación histórica, y sólo su utilización enlaza el surgimiento contingente y la indeterminación de aplicaciones futuras[222].

Não obstante a constatação da contingência e da indeterminação, portanto, não se pode perder de vista que, sendo o sentido uma forma de operação histórica, a contingência das operações não pode ser encarada como mera arbitrariedade. Afinal, ela ocorre em meio à formação de estruturas, que criam redundância no sistema, ao possibilitarem a reutilização de distinções.

A identidade dos sistemas sociais – e do sistema jurídico, dentre eles –, deste modo, antes mesmo de ser um problema relativo à autodescrição, tem a sua relevância ligada à autopoiese do sistema, cuja reprodução se faz em torno da relação entre operação e estrutura. Como temos mostrado desde os itens anteriores, de acordo com a teoria dos sistemas, a operação é a comunicação, que, enquanto evento, é efêmera, ou seja, não tem duração. A duração é concebida no âmbito da estrutura, a qual, todavia, não se separa por oposição excludente da comunicação, pois, ao mesmo tempo, condiciona-a e é por esta produzida. Afinal, se o elemento basilar da sociedade é a comunicação, nada do que há na sociedade pode ser concebido como excludente da comunicação. Em outras palavras, na sociedade a comunicação não pode estar ausente. Já a estrutura constitui o sentido da sociedade, o que significa que é ela que dota o sistema de capacidade de conexão comunicativa. Geradora de potencialidades e atualidades, a estrutura é a condição de possibilidade (e de atualidade) das operações; por outro lado, são as comunicações que tornam possível a estrutura funcionar como condição de sua possibilidade.

---

[221] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 29.
[222] Idem, ibidem, p. 30.

A conexão entre operação comunicativa e a estrutura é feita através do sentido, meio de autorreprodução do sistema social autorreferencial. Segundo Luhmann, "[l]os sistemas que operan en el médium del sentido pueden (e incluso deben) distinguir la autorreferencia de la heterorreferencia"[223]. A autorreferência é a concepção do sistema sobre si mesmo, por meio da reprodução interna da diferença sistema/ambiente que o caracteriza. Com base nisso, o sistema se vê à diferença do outro, reconhece-se na comunicação e estabelece em que condições prosseguirá sua autopoiese.

A concepção de si mesmo como o outro do seu ambiente é essencial para que o sistema reconheça suas operações próprias e as enlace umas às outras, por meio da memória e da diferença entre antes e depois, e assim se identifique e reproduza. Contudo, isso faz ressaltar que a memória, assim produzida, é uma memória estrutural, ou seja, funciona de modo a permitir, quase estritamente, a reprodução operativa do sistema no presente, estabelecendo as possibilidades que serão atualizadas por percepção do momento estrutural imediatamente anterior e com vistas ao momento imediatamente seguinte[224]. O alcance da "visada" é limitado à reprodução atual. Um sistema assim delineado é um sistema que opera para se manter operando. De fato, assim se reproduz o sistema social – mas não somente assim.

Aquisições evolutivas a partir da linguagem[225], como a escrita e a imprensa, permitem ao sistema, além de reforçar a memória, um desenvolvimento cada vez maior de uma outra atividade autorreferencial: a autodescrição, consistente na fixação de distinções relevantes para a representação da unidade do sistema em textos.

A escrita, que é um mecanismo de acoplamento estrutural entre os sistemas físico, psíquico e social, constitui uma base idêntica que possibilita a formação de diferentes opiniões. Com isso, ela garante ao mesmo tempo a constância do sentido e a produção de informação, facilitando o acesso ao sentido e a condensação de identidades no sistema.

---

[223] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 33.

[224] A presença dos horizontes temporais imediatos é uma decorrência do conceito de sentido, desenvolvido no item 2.1.1, que Luhmann apropria da filosofia de Edmund Husserl. Segundo Paul Ricoeur, "o presente, como se diz nas *Lições sobre a consciência interna do tempo* [de Husserl], 'retém' o passado imediato que não é uma lembrança representada, mas um 'tendo exatamente sido' implicado na consciência do 'agora'. Esta análise, feita no intuito de resolver um enigma psicológico – o da persistência de um objeto idêntico na consciência – passa a ser uma das grandes chaves da constituição de si por si" (RICOEUR, Paul. *Na escola da fenomenologia*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 14-15). Em Luhmann, esse problema deixa de se referir apenas à consciência para ser um problema que diz respeito a todos os sistemas que operam com base no sentido, sejam eles psíquicos, em forma de consciência, sejam sociais, em forma de comunicação. Ainda assim, a questão é exatamente esta: a persistência da identidade, vista a partir de um presente que é constituído pela atualização de sentido, dentro de um horizonte de possibilidades aberto para o futuro, e ao qual ainda pertence o seu passado imediato sob a forma de um "tendo exatamente sido".

[225] "El medio fundamental de comunicación, el que garantiza la regular y continua autopoiesis de la sociedad, es el lenguaje". DE GIORGI, Raffaele; LUHMANN, Niklas. *Teoría de la sociedad*, p. 89.

Como diz Luhmann, "[e]stas informaciones posibilitan que el sistema condense sus propias identidades en la reutilización del sentido. La escritura facilita el permanente acceso al sentido y dificulta el olvido (que en sí mesmo es benéfico)"[226]. Com o desenvolvimento da escrita e, posteriormente, a consolidação da imprensa, passa a se tornar manifesta a mudança do direito e textos jurídicos passam a se diferenciar de outros tipos de textos; diante disso, conserva-se uma magnitude de sentido disponível à leitura, sujeito a contínua repetição, condensação e expansão, o que potencializa a velocidade com que o sistema é capaz de reagir às mudanças do ambiente e adequar a sua complexidade, sem colocar em risco sua identidade.

Os textos, enquanto o suporte material para a escrita, são produzidos para serem reconhecidos e reutilizados em circunstâncias várias, incalculáveis no momento em que são elaborados, contribuindo para a reversibilidade das estruturas. Os textos contêm condensações de sentido dignas de serem conservadas, a semântica, que, em situações heterogêneas pode ser interpretada de maneira correta ou equivocada. Daí decorrem as interpretações oficiais, autorizadas, ligadas a especialistas que fixam o sentido correto do texto – que, deste modo, assume uma característica normativa, ou seja, torna-se passível de conservação contrafática[227]. Disso, inclusive, pode-se inferir o porquê de sistemas como o religioso e o jurídico dependerem dos textos – e da atividade hermenêutica – em grau muito maior do que outros sistemas.

Além disso – e é este o ponto que mais nos interessa neste momento –, a produção de textos, especialmente em grande escala, tornou possível a ampliação da autodescrição, operação que permite que o sistema reflita acerca de sua própria unidade. Os sistemas sociais modernos são, neste sentido, sistemas reflexivos – e, em decorrência disso, também neste âmbito são dotados de um paradoxo: como a descrição sobre a unidade do sistema é uma operação que pertence ao sistema cuja unidade é descrita, ela se refere a si mesma e altera o sistema descrito pelo simples fato de descrevê-lo (em outros termos, trata-se de uma operação autológica).

Além da linguagem em geral, especialmente escrita, a descrição se vale da semântica, isto é, de modos específicos de expressão condensados linguisticamente, tais como nomes, palavras, conceitos e relatos "mediante los cuales se conserva la comunicación digna de conservarse para volverse a utilizar"[228]. Com o apoio de distinções

---

[226] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 309.
[227] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 704.
[228] Idem, ibidem, p. 510.

e conceitos, o sistema, ao descrever-se, tematiza-se enquanto o outro do ambiente, o que lhe permite fixar a sua própria identidade. Esta identificação, elaborada semanticamente, diferentemente daquela de nível estrutural, permite uma amplitude maior de pretensões, uma vez que não está voltada à simples autoconservação do sistema. Enquanto a reprodução de subsistência do sistema fica a cargo das operações estruturalmente condicionadas por intermédio da memória, a semântica, que se faz presente "cuando una forma se conserva como importante"[229], pode ser utilizada para além da simples manutenção da autopoiese, embora seja fundamental para a determinação do sentido desta. A semântica permite ao sistema reconhecer-se, sem restrição ao momento atual, por meio de fixações autodescritivas.

Criam-se marcas no tempo, deixando-se textos disponíveis, que podem ser vistos do presente como rastros por onde o sistema caminhou. Assim, o sistema tem a possibilidade de reconhecer-se descrito (inclusive por si mesmo) em um momento que não é agora, mas também não foi um momento imediato atrás. A própria função constitutiva imediata da memória passa a ter um alcance maior em suas referências aos horizontes temporais, de modo a capacitar o sistema a articular com maior liberdade sua recordação e seu esquecimento, os quais já não são mais uma diferença estreita com vistas ao próximo presente do sistema, pois se voltam para a construção efetiva de uma identidade histórica para ele, para além de sua historicidade de nível estrutural-operacional.

O sistema passa a ser visto por si mesmo como um sistema coerente e permanente, que dura e que muda. O extenso passado remoto, concentrado no presente como um espaço de experiência construído por meio de descrições, é mais complexo que a mera constituição pautada no sentido imediatamente anterior, de sorte que pode (e precisa) ser objeto de seleção pelo sistema, inclusive para retomar possibilidades que haviam sido esquecidas, e o momento seguinte já não será unicamente vinculado ao sentido mais próximo, o que libera o sistema para projetar possibilidades ainda impossíveis, graças à abertura do horizonte futuro.

Essa potencialização da semântica, enquanto instrumento para a reflexão do sistema, é uma conquista evolutiva decorrente da generalização dos textos. A antiga semântica europeia (chamada por Luhmann de semântica vétero-europeia) tinha menor alcance, dependendo de forma mais estrita da memória. Segundo Luhmann,

> La semántica vétero europea vive, en lo concerniente a su forma de transmisión, de la memoria. Recuerda cosas y lugares (*tópoi*). La

[229] DE GIORGI, Raffaele; LUHMANN, Niklas. *Teoría de la sociedad*, p. 87.

> memoria representa al mundo tal como es porque esa manera de verlo siempre se ha comprobado. No importa que se marque el origen ni que se recuerde desde cuándo se sabe algo. Basta el "desde siempre"[230].

Na modernidade, a autodescrição, permitindo ao sistema fixar livremente seu sentido em marcos textuais e, com isso, reconhecer-se em presentes passados e projetar-se em presentes futuros, aumenta a capacidade de conexão e, consequentemente, a complexidade, uma vez que o sistema não se prolonga só com vistas ao presente futuro imediatamente seguinte.

Essa concepção descritiva de si mesmo faz com que o sistema desenvolva autonomamente sua temporalidade. Por isso, a diferença identidade/diferença pode ser aplicada pelo sistema ao próprio sistema, enquanto o mesmo que se prolonga, mas em transformação, desde o passado distante, em direção a um futuro aberto. Isso permite ao sistema falar em evolução ou em progresso[231], ao reconhecer-se no passado e no presente, e projetar-se ao futuro, como "um si mesmo" que muda (se bem que sempre na condição de um construto presente do sistema).

Para realizar essa autotematização, que identifica e diferencia o sistema, este se vale de uma série de mecanismos (tais como esquemas[232], explicações causais, narrativas de ações e fixações temporais de referência). Assim, tendo em vista que a autodescrição se faz especialmente por meio da linguagem, e que esta, enquanto aquisição evolutiva, é o acoplamento estrutural com o sistema psíquico, o sistema social, em certo sentido, humaniza-se[233] pelas narrativas que elabora, as quais descrevem a sociedade construída pela ação de pessoas. Com isso, ordena-se, por meio de cortes de causalidade, sequências de ações, que não condizem diretamente com a estrutura comunicativa circular e simétrica do sistema social, mas representam a inter-relação entre sistema social e psíquico e, com isso, permitem ao sistema social, além de estabilizar-se, conceber, ainda que

---

[230] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 760.

[231] A obsolescência da descrição da sociedade em termos de progresso é outra questão, que apenas comprova o que ora se afirma: apesar de não ser mais plausível, a semântica do progresso é uma forma de descrição possível.

[232] "Los esquemas", por exemplo, diz Luhmann, "son la forma en la cual la comunicación cristaliza los juicios y condensa la memoria". LUHMANN, Niklas, op. cit., p. 432.

[233] Ressalte-se que, com essa afirmação, não estamos tentando "re-humanizar" a teoria luhmanniana, que é concebida como uma "sociedade sem homens", nas palavras de Ignacio Izuzquiza. Uma das contribuições essenciais da teoria dos sistemas sociais é, efetivamente, superar o obstáculo epistemológico humanista, de acordo com o qual a sociedade seria constituída por homens concretos e pelas relações entre eles. Como se tem ressaltado, entretanto, a comunicação somente é observável como ação (ou vivência), isto é, por meio da atribuição de resposabilidade pela seleção do sentido. Essa atribuição pode ser feita às pessoas – forma semântica que acopla estruturalmente o sistema social e o sistema psíquico. É, portanto, somente porque sistema social e sistema psíquico são distintos que é possível, semanticamente, "humanizar" o sistema social, atribuindo as seleções a seres humanos, inclusive sob forma de narrativa histórica.

metaforicamente, seu ponto cego, o paradoxo de ser a unidade da sua diferença – ainda que ao custo de se distanciar da compreensão da estrutura autopoiética, o que somente a teoria dos sistemas sociais, como forma específica de descrição sociológica, permite.

Todo esse quadro teórico acerca do problema da identidade e de sua relação com a capacidade do sistema de representar a sua própria unidade por meio de distinções textualmente fixadas (ou seja, de autodescrever-se) diz respeito aos sistemas sociais em geral – e, consequentemente, também ao sistema jurídico.

Quando se fala especificamente sobre a autodescrição do sistema jurídico, por outro lado, voltada ao estabelecimento de uma identidade pelo próprio direito, o que se tem em vista são as teorias de reflexão, por oposição às teorias jurídicas normais (as quais são elaboradas com a finalidade de oferecer a justificação das decisões). A respeito disso, Luhmann afirma que, "la tarea especial de la autodescripción del sistema jurídico no consiste en la justificación de la decisión altamente diferenciada, sino en la representación de la unidad, de la autonomía y de la indiferencia del sistema jurídico"[234].

Assim sendo, a autodescrição do sistema jurídico, como toda teoria, deve coordenar-se com o seu objeto de descrição; tratando-se de teoria reflexiva, entretanto, precisa ainda ter em conta que o seu objeto é próprio sistema a que pertence, do qual é uma das operações. Em razão disso, a teoria do direito, enquanto forma autodescritiva, não pode questionar o fato, certo para todas as operações do sistema jurídico, de que o direito tem legitimidade para distinguir entre lícito e ilícito – malgrado possa, diferentemente das demais operações jurídicas, deixar de tomar partido sobre as demandas[235] –, e deve comprometer-se com as normas válidas[236]. Somente assim a autodescrição pode distinguir-se da descrição externa. E, assim procedendo, sem ver o próprio ponto cego, a autodescrição do sistema jurídico não o identifica como o sistema social que cumpre a função de estabilização de expectativas; em vez disso, interpreta essa função como uma indicação de comportamento[237].

Sociologicamente, por outro lado, sabe-se que o sistema jurídico moderno é caracterizado pela positivação, isto é, é um direito que não apenas é estatuído (escolhido) através de uma decisão, mas que também vige por força de decisões, sendo por isso

---

[234] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 571.

[235] Cf. Idem, ibidem, p. 575. Não cabe, dados os limites deste trabalho, detalhar este ponto, mas é relevante registrar que justamente a renúncia a tomar partido nas controvérsias "proporciona a la autodescripción del sistema jurídico su problema *distintivo*, es decir: el asunto de clarificar las implicaciones que tiene el que *un sistema prometa una respuesta a todas las preguntas y que obligue a todas sua operaciones a partir de la existencia de tal respuesta*". Idem, ibidem, p. 576.

[236] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 570.

[237] Cf. Idem, ibidem, p. 573.

contingente e modificável[238]. O critério de aferição da validade do direito não é o fato histórico da decisão legislativa que estabelece o direito, mas a experimentação atual do direito enquanto tal. Trata-se de uma condição nova (moderna) do sistema jurídico, cuja reflexividade leva à legalização das mudanças legislativas. Nesse quadro, diz Luhmann:

> O direito vige enquanto direito positivo não apenas pela lembrança de um ato legislativo histórico – historicidade essa que para o pensamento jurídico tradicional constitui o símbolo da irrevogabilidade – mas só quando sua própria vigência é referida a essa decisão enquanto escolha entre outras possibilidades sendo, portanto, revogável e modificável[239].

O direito, então, passa a depender de uma concepção abstrata de tempo, para a qual qualquer direito pode ser modificado a qualquer tempo, tornando-se irrelevante saber quando o direito foi estatuído.

Com a temporalização da complexidade, referências à pessoa ou ao espaço se substituem por demarcações temporais, de modo que "[e]l nuevo derecho anula el antiguo y, por eso, ni siquiera las inconsistencias temporales decisivas tienen que considerarse injustas"[240]. Ademais, altera-se a relação entre redundância e variedade, uma vez que esta é mais facilmente alcançada se a redundância, que assegura a consistência das decisões, é tratada de maneira menos rigorosa; nesse sentido, Luhmann afirma que o sistema jurídico "se capacita para procesar más casos (y diferentes), si renuncia a los severos requisitos de consistencia en las decisiones de los casos (redundancia) o si encuentra nuevas formas que sean compatibles con rangos de mayor variedad"[241].

Nessa mesma linha de compreensão do direito moderno, Tercio Sampaio Ferraz Junior faz uma breve comparação, bastante elucidativa, com a concepção anterior de direito, em torno exatamente da questão da mutabilidade do direito, que de exceção passa a ser a regra, dando origem à positivação do direito como característica principal do sistema jurídico moderno. Conforme ele explica,

> em comparação com o passado, o direito deixa de ser um ponto de vista em nome do qual mudanças e transformações são rechaçadas. Em todos os tempos, o direito sempre fora percebido como algo estável face às mudanças do mundo, fosse o fundamento desta estabilidade a tradição, como para os romanos, a revelação divina, na Idade Média, ou a razão na Era Moderna. Para a consciência social do século XIX, a mutabilidade do direito passa a ser a usual: a ideia de que, em princípio, todo direito muda torna-se a regra, e que algum direito não muda, a exceção. Essa

---

[238] Cf. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*, p. 10.
[239] Idem, ibidem, p. 9.
[240] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 352.
[241] Idem, ibidem.

> verdadeira institucionalização da mutabilidade do direito na cultura de então corresponderá ao chamado fenômeno da positivação do direito[242].

Correspondentemente, no campo semântico, o sistema jurídico moderno descreve-se como direito positivo. Na tradição do jusnaturalismo, que se pautava na distinção entre direito natural e direito positivo, este era visto como arbitrário, por não se fundamentar no primeiro, isto é, no direito imutável, devendo ajustar-se ao tempo e às situações em que era estabelecido. De acordo com Luhmann, contudo, justamente o fato de o direito positivo precisar se esforçar para se adaptar a seu tempo exclui que ele seja arbitrário. Com a superação da centralidade da distinção entre direito natural e direito positivo, a partir do momento em que a imutabilidade é inserida no próprio direito positivo, para o qual tornam-se disponíveis "las facultades de regulación de su propia modificabilidad"[243], o caráter positivo do sistema jurídico passa a prevalecer na sua semântica. O conceito de fonte do direito, por exemplo, que está no cerne da semântica positivista, adquire relevância para a fundamentação da validade das normas abstratas, permitindo uma identificação simples do direito vigente, sem a necessidade de questionar a natureza ou essência do direito[244]. E logo, como reação ao positivismo teórico-jurídico, outra semântica ganha força na autodescrição do sistema jurídico: a racionalista, para a qual existem princípios derivados da razão ou valores últimos obrigatórios que pautam o direito. Como afirma Luhmann, "en el derecho moderno impresiona el descubrimiento de que, al parecer, hay dos teorías que no se dejan disolver en una: racionalismo, positivismo; principios (aunque modernamente se hable de procedimientos) y fuentes del derecho"[245]. E, irredutíveis uma à outra, cada uma delas tem seu ponto fraco: enquanto a teoria racionalista padece quando há a necessidade de se fundamentar a validade, diante do conflito entre princípios, a teoria positivista encontra dificuldade nos casos em que se faz necessária uma justificação última sobre o que se considera como direito válido. De acordo com Luhmann, nenhuma das duas teorias pode prevalecer, porque nenhuma delas é capaz de representar adequadamente a unidade do sistema, ou seja, validade e fundamentação última do direito nunca chegam a coincidir.

A descrição externa, por outro lado, apesar de não ter competência para tomar partido sobre a forma de autodescrição mais adequada ao sistema jurídico, deve constatar

---

[242] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2013, p. 49.
[243] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 95.
[244] Cf. Idem, ibidem, p. 597.
[245] Idem, ibidem, p. 602.

as maneiras pelas quais este descreve a si mesmo[246]. Conforme veremos no próximo capítulo, é possível que o próprio sistema jurídico realize uma descrição histórica sobre si mesmo; mas também é possível que a história do direito seja realizada por um observador externo, sendo a disciplina científica da história especificamente vocacionada à produção de conhecimento sobre essa espécie de objeto de investigação.

A descrição sociológica do sistema jurídico moderno, de seus principais aspectos temporais e da sua capacidade de autodescrição foi um passo necessário para as subsequentes considerações sobre a história do direito, em decorrência da constatação que o direito não é um objeto inerte apreensível por um sujeito, mas uma forma sistêmica que se autodescreve. Nestas condições, não basta à abordagem histórica procurar identificar diretamente no passado um conjunto de fenômenos unificáveis sob a designação "direito"; importa identificar, antes, a forma atual do sistema jurídico, as distinções por meio das quais ele se identifica e a maneira pela qual ele considera a sua própria história. Pois, se a operação de descrição externa é contemporânea à modernidade do sistema cuja história se descreve, seria um salto arriscado, carregado de desvantagens, partir diretamente para a descrição das antigas distinções e autodescrições desse sistema, sem conhecer a sua forma moderna, que coexiste com o sistema que faz a descrição.

[246] Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 602-603.

CAPÍTULO 3 – HISTÓRIA DO SISTEMA JURÍDICO

A história do sistema jurídico, enquanto forma de observação e descrição acerca do passado do direito, é uma operação presente de um sistema da sociedade moderna. Por essa razão, foi necessário inaugurar a pesquisa com a discussão acerca do que é a modernidade social, para em seguida desenvolver as bases teóricas da sociologia sistêmica, abordagem capaz de apreender a fragmentação da sociedade moderna em sistemas autônomos, um dos quais é o direito, e a temporalidade relativa a essa configuração social, com destaque para o tempo do sistema jurídico. Com isso, foi possível observar sociologicamente como o direito observa a si mesmo e faz descrições que estabelecem a sua própria identidade no seio da sociedade. O próximo passo, objeto deste capítulo, é analisar o que é, diante dessa explicação sociológica, a descrição histórica sobre o direito, para depois enveredar pelas possibilidades que se abrem com a adoção de uma teoria da história.

3.1. A discussão em torno da legitimidade da abordagem histórica

A partir deste momento, o problema a ser perquirido consiste em saber se é possível escrever a história do direito e, se sim, em que consiste o discurso histórico acerca do direito. Como se pode notar, é uma questão epistemológica, acerca da própria possibilidade de se fazer história do direito e, consequentemente, sobre a legitimidade da abordagem histórica, especialmente como ciência.

Num primeiro momento, a resposta parece evidente. Há muitos séculos se faz história, inclusive história do direito. Como modo específico de discurso, a história "nasceu de uma lenta emergência e sucessivas rupturas com o gênero literário, em torno da busca da verdade"[247]. Principalmente sob a influência das ciências sociais emergentes, a partir do século XVIII[248], sofreu modificações epistemológicas e metodológicas a ponto de

[247] DOSSE, François. *A história*. Bauru, SP: EDUSC, 2003, p.13.

[248] "[A] história como discurso é muito antiga, e passa por transformações (as diferentes formas do fazer historiográfico), nos vários momentos dessa trajetória. Momento decisivo nessa travessia é aquele em que se constituem as Ciências Sociais, desde os meados do século XVIII e ao longo do século XIX". Isso leva Fernando Novais e Rogério Forastieri da Silva a designarem a historiografia anterior ao século XVIII de "tradicional" e a que se inaugura nesse momento do encontro com as ciências sociais de "moderna".

reivindicar-se ciência[249]. Desde então, o problema da legitimidade do saber histórico como ciência está no centro da teoria da história, seja com a posição positivista – e a referência vale tanto para as tradições comteana e durkheimiana quanto à escola metódica –, seja com a "revolução" historiográfica dos *Annales*[250], ou ainda pela negação de cientificidade por teóricos da pós-modernidade[251].

Assim, a pergunta "para que serve a história?", que inaugura e guia todo o livro *Apologia da história*, de Marc Bloch – fundador do movimento dos *Annales*, ao lado de Lucien Febvre –, pressupõe a pergunta "a história serve para algo?". A formulação desta questão tem como consequência que, não se encontrando uma resposta positiva, isto é, respondendo-se que a história não serve para nada e, portanto, não tem legitimidade no campo das disciplinas científicas, ela passa a servir no máximo para o deleite de privilegiados que têm tempo para dedicar-se a ela e acumular uma erudição estéril. Diante disso, a reflexão sobre essas questões é uma exigência, pois, como diz Bloch, em trecho de seu livro póstumo (publicado pela primeira vez em 1949), no qual expressa com sensibilidade as implicações do problema,

> num mundo que acaba de abordar a química do átomo e mal começa a sondar o segredo dos espaços estelares, em nosso pobre mundo que, justamente orgulhoso de sua ciência, não consegue todavia criar para si um pouco de felicidade, as longas minúcias da erudição histórica, muito capazes de devorar uma vida inteira, mereceriam ser condenadas como um desperdício de forças absurdo a ponto de ser criminoso, se devesse apenas servir para dissimular com um pouco de verdade uma de nossas distrações. Ou será preciso desaconselhar a prática da história a todos os

---

NOVAIS, Fernando Antonio; SILVA, Rogerio Forastieri da. Introdução: para a historiografia da Nova História. In: _____ (Org.). *Nova história em perspectiva volume 1*. São Paulo: Cosac Naify, 2011, p. 9.

[249] Como esclarece François Dosse, a formulação corrente de que o século XIX foi "o século da história" expressa duas realidades complementares: por um lado, que, nesse momento, o historiador foi encarregado pela sociedade de enunciar o sentido para o qual a humanidade se dirige ("missão profética"); por outro – que nos interessa mais de perto aqui, por envolver a problemática da legitimidade científica do saber histórico –, que no século XIX há o nascimento da história como disciplina, o qual "se confunde com a grande confiança na marcha progressiva das ciências". DOSSE, François. História e historiadores no século XIX. In.: MALERBA, Jurandir (Org.). *Lições de história*: o caminho da ciência no longo século XIX. Porto Alegre, RS: Editora FGV: EdiPUCRS, 2010, p. 15. Nesse último sentido, verifica-se que "[a]s pretensões 'cientificistas' se multiplicam e convidam a romper com a dupla tradição das letras e da filosofia que condena a historiografia à instabilidade e a reduz a ser somente um conhecimento de fraco embasamento científico e, portanto, contestável". Idem, ibidem, p. 22.

[250] Cf. BURKE, Peter. *A Revolução Francesa da historiografia*: a Escola dos Annales, 1929-1989. São Paulo: Ed. Unesp, 1991.

[251] Como exemplo do discurso pós-moderno acerca da historiografia: "Toda interpretação histórica é apenas mais uma de uma longa cadeia de interpretações, cada uma geralmente procurando estar mais próxima da realidade do passado, mas cada uma sendo apenas outra reinscrição do mesmo acontecimento, com cada sucessiva descrição sendo um produto da imposição do historiador no nível do *tropo*, do enquadramento, da argumentação e da ideologia. (...) A história não é uma epistemologia separada, mas, como uma forma de explanação, é uma literatura plausível". MUNSLOW, Alun. *Desconstruindo a história*. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2009, p. 54.

> espíritos capazes de serem melhor utilizados em outro lugar, ou é como conhecimento que a história terá de provar sua consciência limpa[252].

Cumpre, então, mostrar que a pesquisa história tem lugar na sociedade moderna, ou seja, provar que a história serve para algo e para que ela serve. Portanto, a menos que aceitemos que a reflexão em si sobre a legitimidade do conhecimento histórico não seja relevante[253], bastando ao historiador a sua prática cotidiana, ou que ela possa ser respondida apenas com base em pressupostos de senso comum, ou seja, irrefletidos, a elaboração consequente de uma teoria da história se mostra incontornável.

A princípio, todavia, a teoria dos sistemas sociais não parece ajudar a encontrar uma resposta positiva para o questionamento acerca da legitimidade da história como forma de abordagem do social. Diante da ideia de que só existe o presente do sistema, afigura-se improvável a afirmação de que a história tenha alguma relevância na sociedade enquanto forma de descrição.

O direito, como subsistema social, constitui-se presentemente, pautado na memória (isto é, na diferença entre lembrança e esquecimento) das operações imediatamente anteriores e na abertura de um horizonte de possibilidades futuras. Constata-se, assim, que o passado e o futuro estão em total dependência do presente. Somente há o prolongamento, para trás e para frente, em função da situação atual.

Nessa temporalidade operativa tem importância fundamental o mecanismo da memória, que faz a construção da ponte entre comunicações imediatamente passadas (cujo desenlace ainda se faz presente), reconhecimento de alternativas (atuais) e abertura para o futuro (sob a forma de expectativas presentes), por meio da recordação e, principalmente, do esquecimento. A historicidade do sistema jurídico consiste justamente nessa capacidade de rompimento da atemporalidade das operações através da memória, que é uma memória histórica porque, através dela, "o direito pode sempre construir seu início e, conseqüentemente, fixá-lo"[254]; dessa maneira, com a autodeterminação estrutural do

---

[252] BLOCH, Marc. *Apologia da história, ou , O ofício do historiador*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 44.

[253] Com efeito, além das respostas negativa e positiva à questão "a história serve para algo?" – isto é: ou "não serve para nada", ou "serve para algo" e se prossegue à inquirição "para que ela serve?" –, há a possibilidade de se rejeitar a própria questão, seja por julgá-la irrelevante, seja por julgá-la perniciosa. Marc Bloch diz, a respeito disso, que Charles-Victor Langlois e Charles Seignobos, em *Introdução aos estudos históricos*, listam na Advertência da obra "perguntas ociosas", dentre as quais está, justamente, a pergunta "para que serve a história?". Cf. Idem, ibidem, p. 41, nota 1. Note-se, todavia, que, tratando a pergunta sobre a serventia da história como uma pergunta ociosa, a vertente metódica ("positivista", como a chamaram as gerações seguintes) da historiografia, em vez de negar o problema da legitimidade, considera certa, pressuposta, a legitimidade da história enquanto ciência.

[254] DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Tempo e Memória*, p. 63.

sistema em seu presente, o direito "constitui não apenas o tempo, mas também a história"[255].

Conforme essa explicação da temporalidade operacional – isto é, da historicidade – do sistema jurídico, todavia, a pergunta acerca da possibilidade de se fazer a escrita da história tende a receber uma resposta negativa, pois, se somente há o presente, sendo o passado e o futuro desdobramentos seus[256], a escrita da história não passa de uma ilusão.

Para esse nível operacional do sistema, de fato, a história é uma ilusão. A temporalidade do sistema se resume à projeção de um "desde onde" e de um "para onde" que, concebidos no presente, sustentam a suposta continuidade do sistema. O tempo da operação é o presente – que, neste âmbito operacional, não é propriamente tempo – e tudo o que o sistema faz é continuar atual. Não há transformação de estados do sistema, mas apenas o estado atual do sistema, ainda que este possa ser definido como um estado de transformação e com referência a estados passados de que há lembrança (ou seja, estados passados *presentes*) e a estados que são projetados para o futuro (do mesmo modo, estados futuros *presentes*). A escrita da história, referida a estados passados do sistema (a estados presentes *passados*), é um contrassenso em termos operacionais. O sistema é o sistema – e o é agora; não existe um estado passado que possa ser tratado, operacionalmente, como o outro, anterior, do mesmo sistema.

Entretanto, o sistema não é um mero plexo de operações – ainda que fundamentalmente seja isso. A observação e a descrição assumem um papel de extrema relevância na teoria dos sistemas sociais, não sendo relegadas a uma ideia de mera representação do real. Apesar de serem também elas operações, são operações de tipos especiais, que introduzem distinções – e, portanto, tempo. É por meio delas que o sistema promove as assimetrias que, temporalmente, a partir da distinção entre antes e depois, permitem conceber o passado e o futuro do sistema, encadear ações em termos de causalidade ou figurar uma direção da evolução da sociedade.

Por isso, o problema da abordagem histórica é uma questão relativa à observação e descrição dos sistemas, que exige a consideração da forma de diferenciação funcional que caracteriza a sociedade moderna, a partir da qual a observação é feita, e, especificamente, do sistema científico, se a abordagem histórica pretende legitimar-se como uma forma de descrição voltada para a busca da verdade.

---

[255] DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Tempo e Memória*, p. 59.

[256] A referência inevitável sobre esse ponto é o Livro XII das *Confissões* de Santo Agostinho. Cf. AGOSTINHO, Santo. *Confissões; De Magistro*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

3.2. Evolução e história

Antes de aprofundar a discussão sobre a observação histórica como uma forma de descrição produzida por sistemas sociais, é importante confrontar e diferenciar história[257] e teoria da história, de um lado, e evolução e teoria da evolução, de outro, a fim de estabelecer as possibilidades e impossibilidades de utilização de uns e outros desses instrumentos teóricos na descrição da sociedade.

Essas distinções são importantes, para que se possa averiguar se evolução e história e as respectivas teorias coincidem ou não – e, se não, por quê. Essa verificação se torna ainda mais premente quando o leitor da teoria dos sistemas se depara com uma afirmação como a seguinte, da qual se pode depreender que a história do direito seria algo já bem definido em termos de análise das fontes, ao passo que a teoria da evolução possuiria conceitos adequados para a análise teórica, ainda por ser levada a cabo:

> Estamos relativamente bien enterados, desde la antigüedad, de la historia del derecho. Sin embargo, las fuentes disponibles no se han trabajado desde una perspectiva teorética. Es opinión actual que para dicha tarea los conceptos adecuados son los de la teoría de la evolución[258].

Cumpre, portanto, entender mais a fundo o que Luhmann entende por evolução, para poder situá-la frente à história e estabelecer a posição de cada uma na descrição da sociedade moderna e de seus sistemas sociais.

Como já foi realçado, a teoria dos sistemas sociais autopoiéticos é permeada de paradoxos, dos quais se nutre: "paradoxalmente, é sobre paradoxos que a teoria da autopoiesis busca resolver problemas à primeira vista aporéticos"[259]. Isso ocorre também com a teoria da evolução, que Luhmann desenvolve com base no problema temporal engendrado pelo paradoxo da probabilidade do improvável. Diz ele que

> [l]a teoría de la evolución remite el problema al tiempo e intenta explicar cómo es posible que algunas estructuras cargadas cada vez más de presupuestos – es decir, cada vez más improbables – surjan y luego funcionen como normales. El axioma básico es: la evolución transforma

---

[257] Mantém-se, nesse item, o termo "história", para contrapor à evolução, com a intenção preservar esse binômio, utilizado tanto por Luhmann quanto por Habermas. Especialmente neste item, a fim de evitar ambiguidades que comprometam a compreensão dos argumentos, será utilizado também o termo "historiografia" como sinônimo de história (isto é: com o significado de observação e descrição histórica que será aprofundado nos itens seguintes).

[258] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 301.

[259] VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*, p. 11.

> la baja probabilidad del surgimiento en una alta probabilidad de la preservación[260].

Note-se, desde logo, que a problemática da evolução está ligada ao que Luhmann chama de "morfogênese da complexidade"[261], o que significa que a tarefa da teoria da evolução não é meramente avaliar os resultados estruturais das mudanças sociais ou ordená-los em sequência histórica, mas explicar a gênese das diferenças estruturalmente produzidas pelo sistema social. Em outras palavras, o que a teoria da evolução deve explicar é a mudança estrutural da sociedade. Haja vista que a sociedade é um sistema de comunicações que ocorrem sempre no presente, a mudança das estruturas – isto é, das condições sistêmicas das operações comunicativas – somente pode ocorrer no presente – ainda que isso demande tempo.

Deste modo, o conceito de evolução da teoria dos sistemas sociais não significa uma sequência de fases ou estados que se sucedem diacronicamente, passíveis de representação mais ou menos fiel no presente por uma teoria da evolução. A evolução ocorre sincronicamente – o que não significa ausência de diacronia, como veremos. O que importa compreender neste ponto é que a mudança estrutural, objeto de explicação da teoria da evolução, é um fenômeno que ocorre no presente, como tudo o que é produzido no sistema. Nesse sentido, pode-se afirmar que "la evolución descansa sobre situaciones de partida respectivamente autocreadas; también podría decirse, sobre un pasado incorporado como presente, que limita lo que en cada caso es posible"[262].

Isso ocorre porque o terceiro dos mecanismos evolutivos apresentados no capítulo anterior (variação/seleção/estabilização) é, mais do que meramente estabilização, *reestabilização*. Quer-se dizer, com isso, que tal mecanismo não consiste apenas no final de uma sequência, mas também no princípio de outra, haja vista que a estabilidade é condição para que algo varie. Nota-se assim que os mecanismos estão em uma relação de circularidade. Por essa razão, Luhmann fala em um conceito de "estabilidade dinâmica", uma vez que, sendo simultaneamente resultado e princípio de variação, a estabilização implica a mudança das estruturas.

Atente-se, todavia, ao fato de que o conceito luhmanniano de estrutura não tem o significado de algo fixo, estável, por oposição a algo instável e flutuante. A estrutura tem a mesma fixidez ou fluidez que tem o sistema e é tão presente quanto ele. Afinal,

---

[260] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 326.
[261] Idem, ibidem, p. 327.
[262] Idem, ibidem, p. 398.

> [l]as estructuras son condiciones que delimitan el ámbito de las operaciones con capacidad de enlace, es decir, son condiciones de la *autopoiesis* del sistema. No existen en abstracto, no se dan independientes del tiempo. (...) Las estructuras se realizan siempre y únicamente encauzando el paso (delimitación del ámbito de posibilidades) que va de una operación a otra. Es precisamente la referencia a las operaciones (en nuestro caso la referencia a la comunicación) la que expone a las estructuras de la sociedad a la evolución[263].

A consequência dessa concepção estrutural de evolução é que, "[e]n el modelo que hace abstracción del tiempo, la teoría de la evolución es una relación circular. Con esto se indica a la vez que – y cómo – el tiempo se engrana como factor de asimetría"[264]. É a partir de distinções posteriores que o fator temporal possibilita a assimetrização de uma relação circular. Nesse sentido, por exemplo, Luhmann diz que a relação entre continuidade e descontinuidade, ou entre "gradualidad e inconstancia de las transformaciones evolutivas", pode ser inserida como uma distinção ulterior que decompõe o paradoxo da probabilidade do improvável, convertendo-o em um programa de investigação – designado, por ele, de "aquisições evolutivas"[265].

A temporalidade da evolução, portanto, deve ser entendida em termos sistêmicos. A mudança estrutural ocorre no estado atual do sistema, pelas próprias operações comunicativas que o compõem e o reproduzem. O tempo da diferença entre antes e depois somente ocorre pela introdução de uma distinção, por meio da observação.

Assim, na concepção de Luhmann, a teoria da evolução não possibilita previsão por meio de planejamento, prognóstico ou interpretação do futuro, nem supõe algum tipo de teleologia da história. Segundo ele,

> la teoría de la evolución se ocupa tan sólo del problema de cómo puede explicarse el hecho de que – en un mundo que siempre ofrece y mantiene además otras posibilidades – surgen sistemas más complejos, y eventualmente también de formular en qué fracasan[266].

Isso quer dizer que o objeto de análise da teoria da evolução são os mecanismos de que dispõe o sistema para manter-se operando num mundo caracterizado pelo aumento de complexidade, isto é, "se trata de explicar las transformaciones de la estructura"[267].

Haja vista que, na teoria dos sistemas autopoiéticos, entende-se por estrutura a condição das operações do sistema, ou seja, a rede de possibilidades selecionáveis para o encadeamento operativo e a reprodução dos elementos do sistema, tem-se que a teoria da

---

[263] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 339.
[264] Idem, ibidem, p. 337.
[265] Idem, ibidem, p. 399.
[266] Idem, ibidem, p. 338.
[267] Idem, ibidem.

evolução busca explicar, antes de tudo, a capacidade e os mecanismos de transformação do sistema. Não obstante, não se exclui do âmbito da teoria da evolução, com isso, a análise dos resultados da evolução, como já afirmamos acerca do conceito de aquisições evolutivas. Trata-se, todavia, de assimetrizações temporais elaboradas por um observador, quer dizer, por meio de observações que desfazem a circularidade.

Diante disso, pode-se inferir que, ao passo que a evolução (transformação estrutural) é sincrônica, é a teoria da evolução, enquanto forma reflexiva de descrição da sociedade, que introduz a diacronia. A teoria da evolução, formulada sempre no presente do sistema observador, é, portanto, uma forma de descrição da sociedade que introduz a diacronia na sincronia. A sequência temporal, a sucessão de fases e estados sociais, é um resultado da observação atual, produzida em função do estado atual do sistema.

Fundamentalmente anacrônica, a teoria da evolução elabora modelos de estrutura social de alta abstração, que abrangem grandes períodos e não têm delimitação cronológica precisa, os quais são desenhados à imagem e semelhança da sociedade presente. No caso da teoria da modernidade luhmanniana, a opção pela diferenciação social como elemento central da caracterização dos tipos de sociedade é uma decisão teórica. A partir da constatação de que a sociedade atual é diferenciada de forma funcional, elaboram-se modelos explicativos das formações estruturais anteriores, os quais têm a função de enquadrar descritivamente os mais variados tipos de sociedade. É patente o descompasso entre o grau de complexidade dos modelos e a incomensurável complexidade das incontáveis e variadas sociedades que eles pretendem representar. Mas, cumpre frisar, não se trata de uma deficiência teórica – afinal, como veremos, teoria da evolução não é historiografia.

A função da teoria da evolução é descrever os mecanismos pelos quais a sociedade transforma as suas estruturas, o que possibilita, em um segundo momento, a comparação de diferentes resultados evolutivos – por exemplo, assimilando mecanismos diversos por meio do conceito de equivalência funcional –, e, por consequência, a identificação hipotética de possíveis diferenças entre o sistema social atual e outras formações sociais. Assim, os modelos apresentados por Luhmann – diferenciação segmentária, diferenciação centro/periferia, diferenciação estratificada, diferenciação funcional –, apesar de estarem apoiados em alguns materiais históricos e historiográficos seletivamente escolhidos, são desenvolvidos primordialmente em função da sociedade presente.

Isso fica claro pela possível e frequente substituição, ao tratar da sociedade funcionalmente diferenciada, da diferença entre três ou quatro modelos por uma diferença

bipartida: há sociedades modernas e sociedades pré-modernas – sendo estas definidas por negação, em função daquelas. E, da mesma forma, com relação ao direito: os modelos do direito arcaico e do direito das altas culturas antigas, que antecedem o direito moderno, são convertíveis sem maiores problemas para um modelo único designado direito pré-moderno.

Diante disso, tem-se que a teoria da evolução de Luhmann é, afinal, uma teoria sobre a sociedade moderna, não sobre sociedades passadas. Ela tem como objetivo produzir conhecimento sobre a sociedade atual, que é também o seu ponto de partida. Diferentemente, a observação histórica, igualmente realizada no presente, tem como especificidade justamente a produção de conhecimento sobre o passado. Por isso, enquanto a teoria da evolução é uma descrição feita no presente sobre a sociedade atual, a observação histórica é uma descrição sobre as sociedades passadas, *apesar* de ser feita no presente.

A partir dessa constatação, pode-se compreender mais claramente o problema do anacronismo. Em vez de um conceito único de anacronismo, é necessário fazer uma distinção: por um lado, há um anacronismo relativo ao ponto de partida da observação, isto é, ao fato de que toda observação e descrição é realizada no presente e, por isso, está afetada por sua própria condição atual ao tentar produzir conhecimento sobre o passado; por outro, há um anacronismo relativo à semântica, o qual consiste em uma confusão na atribuição da produção de sentido. Neste último caso, sentidos passados são referidos como se pertencessem ao presente ou, o que é mais grave para o caso da abordagem histórica, sentidos atuais são inadvertidamente referenciados a sociedades do passado como sendo um produto seu. Dada esta distinção, pode-se afirmar que a teoria da evolução padece das duas formas de anacronismo, o que não é um problema em si, eis que as referências que faz ao passado servem, como vimos, para produzir conhecimento sobre o presente. Já a observação histórica, que também está submetida ao anacronismo relativo ao ponto de partida da observação – como, aliás, todas as formas de observação (e, neste sentido, pode-se fazer uma analogia com a inevitabilidade do etnocentrismo relacionado com o ponto de partida da observação) –, não pode aceitar a moléstia da segunda forma de anacronismo, sob pena de subverter as afirmações que faz sobre o passado. É também como uma forma de enfrentar esse mal do historiador que se dirige este trabalho: ao conhecer com maior clareza a sua própria atualidade e a atualidade do objeto de pesquisa acerca do qual quer conhecer o passado, o sistema que produz a observação histórica adquire maior capacidade de impedir que o anacronismo da observação se converta em anacronismo semântico; e, ao

compreender que o seu objeto de pesquisa, o direito, é um sistema que faz autodescrições, estabelece-se uma distância melhor delineada entre a semântica própria do observador e a semântica autodescritiva do sistema cuja história se observa (seja a semântica atual deste sobre o seu próprio passado, seja a sua semântica passada).

Diante disso, deve-se dar por certo que teoria da evolução e historiografia não se confundem, nem se excluem, dado que cada uma delas tem uma perspectiva teórica própria, de sorte que as diferenças entre elas devem "reconocerse, pero la disputa es innecesaria"[268]. Assim, se, como vimos, os interesses da primeira se dirigem à análise da reprodução divergente como condição da mudança estrutural, isso nada tem que ver com a historiografia[269]. Esta é caracterizada por Luhmann como produção de conhecimentos novos sobre o passado por meio de explicações causais, sob a forma de narrativa. Diz ele:

> El modo de trabajar del historiador se caracteriza en primer lugar porque busca en el pasado conocimientos *nuevos* – en lugar tan sólo de mantener el recuerdo a través del cultivo ritual del contacto. Une narración con explicación causal bajo la condición de hacer justicia a las fuentes accesibles. Con ello ninguna teoría de la evolución de la sociedad puede (ni quiere) siquiera competir[270].

Deste modo, diferentemente da pesquisa histórica, a teoria da evolução não pode ser uma teoria que se proponha a explicar causalmente o transcurso da história, uma vez que, neste âmbito, o seu objetivo apenas pode ser "facilitar un esquema teórico para las investigaciones históricas que – bajo condiciones favorables – pueda conducir a delimitar las razones que posiblemente tengan relevancia causal"[271]. Nesse sentido, além de não se excluírem, as duas perspectivas teóricas podem ser complementares. Enquanto a historiografia fornece material histórico e análise de fontes, narrativas e atribuições de causalidade, a teoria da evolução fornece uma compreensão das mudanças estruturais. Em última análise, isso decorre do tipo de descrição que cada uma faz: se, por um lado, a teoria da evolução elabora explicações de cunho sociológico, centradas nas diferenças, por outro, a historiografia – que pode se servir do auxílio da teoria da evolução para enxergar as diferenças – produz, por meio da introdução da diferença antes/depois, a descrição da unidade da diferença. Com efeito, como explica Luhmann,

> [l]a historia surge cuando acontecimientos importantes de la sociedad se observan desde la perspectiva de la diferencia antes/después – es decir, como acontecimientos, o más exactamente, como cesuras. Además presupone que la diferencia (que así se ve en el tiempo) no puede

---

[268] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 450.
[269] Idem, ibidem.
[270] Idem, ibidem.
[271] Idem, ibidem, p. 451.

> descomponerse simplemente por des-identificación, en el sentido de que la sociedad de antes es otra que la de después. (....) En cada caso, la diferencia antes/después hace posible que pueda celebrarse la unidad de lo diferente[272].

Desta maneira, a realização de narrativas históricas e de ligações temporais, especialmente em termos de causa e efeito, produz um corte que assimetriza os fenômenos sociais e introduz a diferença antes/depois, por meio da qual se estabelece que o estado anterior é, de alguma maneira, igual ao que lhe sucedeu. A diferença entre antes e depois, portanto, fundamental para a observação histórica, é uma diferença que estabelece identidades, que reforça a unidade do diferente.

Assim, uma vez que é caracterizada pela produção de cesuras a partir da diferença antes/depois, tem-se que a história é constituída na dimensão temporal de sentido. E, além disso, analisada sob a ótica do conceito de sentido desenvolvido supra, percebe-se que não se trata simplesmente de uma sequência objetiva de eventos causalmente interligados; sociologicamente observada, o que a história faz, enquanto história do sentido, é isto: "it enables optional access to the meaning of past or future events, and thus leaps within the sequence"[273]. Ou seja, em vez de ser a sucessão fática dos eventos, a história consiste no desprendimento seletivo da sequência no presente. Por isso, como afirma Luhmann, "history is always the present past or the present future, always an abstention from pure sequence, and always a reduction of the freedom to have disjunctive access to everything past and everything future that is gained through this abstention"[274]. Isso significa que, enquanto produto da dimensão temporal de sentido – isto é, em decorrência do fato de que os sistemas sociais operam por meio do sentido, sendo uma das dimensões de atualização das possibilidades o tempo, responsável pela constituição das diferenças entre passado e futuro e entre reversibilidade e irreversibilidade –, a história não se confunde com a totalidade sequencial dos acontecimentos sociais, e também não é o relato sobre tais acontecimentos. Como as comunicações dão forma ao sentido, ao atualizarem as possibilidades disponíveis no sistema, a cada operação que se torna presente o sistema seleciona, simultaneamente, os horizontes de passado e futuro, bem como faz presentes os eventos irreversíveis e as estruturas dotadas de reversibilidades. Ao proceder assim, o sistema não continua uma sequência de acontecimentos, mas mobiliza estruturas temporais por saltos e retomadas de possibilidades. Deste modo, o sistema torna presente a si mesmo

---

[272] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 453.
[273] LUHMANN, Niklas. *Social systems*, p. 79.
[274] Idem, ibidem, p. 80.

a sua história, por meio do rompimento seletivo de sequências de eventos. Essa história é feita de acontecimentos, mas não é a sequência inexorável de um fluxo temporal que contém todos os eventos que ocorrem no sistema; ela pode ser narrada, mas não é ela própria o relato. Assim entendida, como história do sentido – que é preservado e pode ser resgatado por meio de rompimentos da pura sequência temporal, por meio de distinções (inclusive, portanto, de descrições) –, justifica-se, neste âmbito, o uso (que deve ser cauteloso, de toda forma) do termo "história", com toda a sua ambiguidade, indicando simultaneamente operação e observação, estrutura e semântica, acontecimento e narração – ou seja, tudo o que é produzido socialmente por meio do sentido.

No século XVIII, com a reflexividade sobre o caráter histórico da própria história[275], que faz com que a história deva ser escrita novamente de tempos em tempos, forma-se um novo pensamento sobre o tempo histórico, de sorte que "el espacio de la historia resulta demasiado pequeño para que lo que quiere hacerse en el presente y para lo que debe hacerce para sobrevivir en el futuro" [276] (o que, como vimos, pode ser explicado pela ruptura entre o espaço de experiência e o horizonte de expectativa), ao passo que, no século XIX, esse problema é resolvido pela unificação da história em torno de processos históricos únicos[277] e com "la idea de 'leyes individuales' de la historia sirviéndose en parte de la teoría de la evolución" [278] – situação esta que, segundo Luhmann, não teria se alterado muito no século XX. Desse quadro, extrai-se a necessidade de a observação histórica – ao menos aquela produzida pelo sistema da ciência[279] – estabelecer as bases teóricas sobre a sua própria reflexão, inclusive sobre a possibilidade de fazer uso das contribuições da teoria da evolução. Acerca disso, deve-se primeiro questionar a possibilidade de a teoria da evolução mesma assumir o posto de teoria da história.

Pode-se conjecturar que, se o passado fosse um fato bruto – um mamute milenário conservado pelos gelos do Norte, para usar a alegoria de Lucien Febvre[280] –, como pensava a escola histórica metódica, a sua apreensão pela sociedade atual seria a um só tempo

---

[275] Sobre o percurso histórico do conceito "história" e o surgimento de termos reflexivos como "História em si e para si" (*Geschichte an und für sich*), "História em si" (*Geschichte an sich*), "a própria História" (*Geschichte selbst*) e "História como tal" (*Geschichte überhaupt*), cf. KOSELLECK, Reinhart; et al. *O conceito de História*. Belo Horizonte: Autêntica, 2013, especialmente p. 119ss.
[276] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 454.
[277] Acerca do abandono do termo *Historie* e da correlata ascensão do conceito coletivo singular *Geschichte*, cf. KOSELLECK, Reinhart. *História Magistra Vitae*: Sobre a dissolução do *topos* na história moderna em movimento. In: *Futuro passado*: contribuição à semântica dos tempos históricos.
[278] LUHMANN, Niklas, op. cit., p. 454.
[279] V. item 3.4, infra.
[280] Cf. FEBVRE, Lucien. De 1892 a 1933: Exame de consciência de uma história e de um historiador. In: _____. *Combates pela história*. Lisboa: Editorial Presença, 1989, p. 25.

explicação diacrônica resultante da teoria da evolução e historiografia. Cada uma dessas duas abordagens poderia ter um método diferente – descrição de modelos, no primeiro caso; narração de fatos, no segundo –, mas o objeto delas seria o mesmo: um passado à espera de descrição, a qual, uma vez feita, seria definitiva e cumulativa, podendo ser mudada somente pela eventual descoberta de novos documentos. Com o desenvolvimento da reflexão histórica, todavia, percebe-se que logo se instaura uma ruptura na situação inicial da modernidade, que parecia permitir a identificação entre teoria da evolução e abordagem histórica, especialmente por intermédio da ideia de progresso. Atualmente, como vimos, é necessário entender que, por um lado, a teoria da evolução não consiste meramente – sequer principalmente – na elaboração de modelos diacronicamente justapostos, mas na explicação da mudança estrutural; e, por outro lado, a historiografia não é o registro de fatos efetivamente existentes no passado, que seriam objetivamente dotados de uma sequencialidade causal intrínseca. Assim, elas não podem ser vistas como cumprindo a mesma função, e a observação histórica requer uma teoria própria.

Por isso, não se pode admitir sem restrições o que, em determinado momento de sua obra, Luhmann afirma: dado que "la historia aporta cada vez más instrucciones sobre la variación y diversificación de las especies", impor-se-ia "la necesidad de proyectar la teoría de la evolución como teoría de la historia"[281]. Como constata o próprio Luhmann em outro trecho, surgem problemas quando se pretende utilizar a teoria da evolução como sucedâneo da teoria da história, não somente porque é inadequada para exercer essa função, mas também porque a própria teoria da evolução se veria deformada, ao ser forçada a oferecer contribuições a que não está capacitada. Neste sentido, diz Luhmann:

> Con la expectativa de poder interpretar con sentido la unidad de la diferencia se exige demasiado científicamente a la teoría de la evolución. Sus verdaderos aportes se hallan en la especificación teórica del problema del cambio estructural. No ofrece ni siquiera una teoría del proceso histórico, ni mucho menos la declaración de un rumbo con contenido – por ejemplo, en el sentido de conceptos de progreso o de declinación[282].

Teoria da evolução e teoria da história, portanto, não devem ser confundidas. De todo modo, quer se aproprie ou não de contribuições oferecidas pela teoria da evolução, a elaboração de uma teoria da história é necessária na sociedade moderna, cujos sistemas operam de forma reflexiva. Trata-se de ir além da análise das fontes, para formular em nível teórico descrições condizentes com a historicidade da história. Como diz Luhmann, "cualquier teoría-de-la-historia lleva a una organización nueva del requerimiento de datos.

---

[281] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 331.
[282] Idem, ibidem, p. 454-455.

Esta demanda de datos es, en primer plano, independiente de la situación de las fuentes porque resulta de la teoría"[283]. Os possíveis desenvolvimentos de uma teoria da história, entretanto, ainda por ser elaborada de maneira suficientemente adequada à complexidade temporal da sociedade moderna, não podem ser fornecidos pela teoria sociológica dos sistemas sociais, que apenas deve constatar e descrever os avanços da própria teoria da história – à qual cabe, inclusive, a decisão de aceitar ou não as descrições sociológicas. Essa questão, de toda forma, não passará ao largo desta pesquisa, que, no último item, apresentará algumas proposições teóricas apresentadas por Reinhart Koselleck, as quais seriam compatíveis com a descrição sociológica da modernidade da história do direito, que vem sendo analisada no decorrer deste trabalho.

3.3. Relações entre a observação histórica e a observação sociológica

Contrapondo-se a uma suposta pretensão de utilização da teoria da evolução como fundamento para a pesquisa historiográfica, Jürgen Habermas apresenta considerações que devem ser avaliadas. No entendimento de Habermas, é possível utilizar teorias sociológicas que digam respeito a questões particulares na explicação histórica, mas o mesmo não ocorreria com a pretensão de se complementar a historiografia mediante uma teoria geral da sociedade – e, muito menos, mediante a teoria da evolução social, que para Luhmann seria justamente "a verdadeira oferta de teoria que a sociologia faz à história"[284]. Isso ocorreria, segundo Habermas, porque a pesquisa histórica lida com ações por meio de sistemas narrativos de referência, e a teoria da sociedade, ao trabalhar a ideia de totalidade, dissolveria as estruturas narrativas[285]. Com efeito, de acordo com ele, a utilização de um modelo sistema/ambiente universal na pesquisa histórica levaria ao desparecimento do aspecto narrativo, "na medida em que se trate – no que se refere a inovações em espera de exposição – não mais de tarefas particulares, mas universais"[286]. A universalidade suplantaria o nível dos eventos, ou seja, exatamente aquilo que é relevante historicamente,

---

[283] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 455.
[284] HABERMAS, Jürgen. História e evolução. In: *Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1983, p. 163.
[285] Cf. Idem, ibidem, p. 175ss.
[286] Idem, ibidem, p. 178.

superando a fronteira do sistema narrativo de referência[287]. Por isso, diz ele, o modelo sistêmico somente é aceitável como modelo racional para os processos históricos com a condição de fixar a limitação do sistema e operacionalizar valores a serem atingidos; isto é, uma aplicação narrativa da teoria sistêmica somente é possível "até o momento em que a teoria não se faz acompanhar pela pretensão de explicar os desenvolvimentos sociais a partir não de situações e ações, mas *apenas da dinâmica de sistemas auto-regulados*"[288]. Então, Habermas conclui:

> Asserções de teoria sistêmica podem entrar na historiografia, sem quebrar a estrutura narrativa, somente enquanto resultarem da versão em chave sistêmica de problemas parciais, cuja elaboração (através de modelos de aprendizado) possa ser interpretada segundo conceitos de teoria da ação, referida a atores, e, por isso, possa também ser exposta narrativamente. Uma teoria sistêmica geral da sociedade e a relativa teoria funcionalista do desenvolvimento sacrificam essa referência à ação[289].

A conclusão dos argumentos de Habermas, portanto, vai ao encontro do que se tem afirmado neste trabalho: a teoria da evolução (sociológica, que se conjuga com a teoria dos sistemas) não pode fundamentar a pesquisa histórica, ou seja, a teoria da evolução não é vocacionada ao papel de teoria da história. De fato, a pesquisa histórica que se baseasse na teoria da evolução estaria presa às amarras sistêmicas e perderia a capacidade de mobilizar um modelo de explicação narrativo com referência à ação. Entretanto, os argumentos de Habermas não podem levar à conclusão de que, em razão disso, a teoria da evolução seria um óbice para a história e sua teoria.

Com efeito, como se tem argumentado ao longo desta dissertação, teoria da evolução e historiografia não estão em conflito, pois não se sobrepõem na análise do mesmo objeto de pesquisa, nem utilizam métodos e premissas teóricas excludentes. Enquanto a abordagem histórica pode oferecer análises de materiais históricos à sociologia, esta, inclusive mediante asserções evolutivas, pode demonstrar àquela a complexidade da mudança estrutural da sociedade, o que tem o potencial de auxiliar a pesquisa histórica na compreensão de estruturas sociais e, consequentemente, na sua pretensão de buscar não apenas eventos, mas possibilidades, isto é, de narrar não somente o que aconteceu, mas por que ocorreu de uma maneira e não de outra e o que, eventualmente, poderia ter acontecido. Isso é possível porque, a despeito de a teoria dos sistemas sociais explicar que a sociedade é formada por comunicações, essa formulação teórica não vincula a historiografia. Como a

---

[287] Cf. HABERMAS, Jürgen. História e evolução. In: *Para a reconstrução do materialismo histórico*, p. 179.
[288] Idem, ibidem, p. 183 – grifo do autor.
[289] Idem, ibidem.

própria teoria dos sistemas permite compreender, a comunicação não é observável como comunicação, mas apenas em termos de ação, com a atribuição de responsabilidade pelas seleções e a utilização de diferenças temporais que assimetrizam a circularidade operacional dos sistemas. Destarte, a abordagem histórica não apenas está autorizada teoricamente a fazer observações e descrições mediante a atribuição de ações, como está vinculada a isso; a interligação de ações através de cesuras temporais, por meio de narrativas, portanto, pode ser a sua maneira de produzir distinções, sem que por isso esteja vinculada às explicações sociológicas que se baseiam na teoria da comunicação.

De fato, é certo que a sociologia, nos moldes sistêmicos luhmannianos, não pode tentar desvendar o ponto de vista dos atores enquanto seres humanos, simbioses de um sistema biológico e um sistema psíquico, pois se trata do seu ambiente, inacessível para o sistema social; por outro lado, considerando-se os atores enquanto pessoas, posições comunicativas, ou seja, produtos do sistema social, seu ponto de vista parcial é secundário para a sociologia, que descreve o todo comunicativo, a formação social que se opera pela dupla contingência, muito mais do que a simples contingência isolada. Não obstante, tal ponto de vista pode ter mais relevância para outros sistemas, como o jurídico (a distinção entre dolo e culpa, por exemplo, se estabelece em torno do ponto de vista do agente que praticou o fato ilícito[290]), ou para a história (que pode ser história da *longue durée*, permanecendo secundária a percepção dos atores individuais, mas pode ser também focada em agentes históricos específicos[291]). Em razão disso, a sociologia e a teoria da evolução não podem colonizar a teoria da história e a pesquisa histórica, limitando a exposição narrativa das ações observadas. Ainda assim, a abordagem sociológica tem muito a oferecer à histórica, sem que, necessariamente, dissolva as estruturas narrativas desta.

Com efeito, apesar de consistirem em abordagens distintas (e justamente por isso), a sociologia é fundamental para a observação histórica, porque, por meio das contribuições que fornece a esta, cria as condições necessárias para que ela se situe na sociedade,

---

[290] Acerca da relevância do desenvolvimento de "uma grandiosa semântica do movimento, da intencionalidade, da causalidade e, por fim, também uma semântica da subjetividade", por meio das quais o direito penal constrói sua realidade, Raffaele de Giorgi, a partir de uma perspectiva sociológica sistêmica, explica: "A rudeza e a rudimentaridade da simplificação que se extrai dos rótulos de 'ação' e 'sujeito' e que pode ser decomposta e continuamente recomposta, possibilitam ao direito penal incrementar tanto sua *variedade*, quanto a *redundância*. (...) A centralidade da ação e sua referência individual, em outras palavras, permitem ao direito penal alcançar um alto grau de indiferença em relação ao ambiente interno da sociedade e pactuar, através das teorias da ação, os modos da sua 'reaproximação' àquele ambiente". DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Tempo e Memória*, p. 145.

[291] Nesse sentido, François Dosse fala na "reviravolta crítica dos *Annales*", que teria ocorrido no fim dos anos quarenta e que atestaria "essa grande 'conversão pragmática' (...) pela qual o historiador, enfim, leva a sério os atores (...) depois de um longo eclipse", o que se traduziria "por uma reconfiguração do tempo e uma revalorização da curta duração, da ação situada, do acontecimento". DOSSE, François. *A história*, p. 9.

distinguindo-se do seu ambiente. Assim, conhecendo seus limites, a observação histórica tem maiores chances de não se prender a assunções indiscutidas (o que diz respeito diretamente a uma de suas principais preocupações, já apresentada acima: o anacronismo). De outra parte, não menos importante é a descrição que a sociologia fornece à história sobre o direito como sistema autorreferencial, essencial para que a história do direito descreva adequadamente o seu objeto de pesquisa, o que remete à questão da produção de identidades por meio da autodescrição, analisada no capítulo anterior.

Todas as metodologias aplicadas à história do direito (contextualismo, textualismo, história social, história conceitual etc.), enquanto formas de abordagem histórica, lidam com os fenômenos jurídicos em sua temporalidade, isto é, diferenciados na dimensão temporal de sentido, de maneira que compartilham o mesmo problema de fundo: se o que se analisa é o estado passado do direito, quando este era diferente do que é hoje, como se pode afirmar que, diante da passagem do tempo, o direito continua sendo direito, isto é, que em algum sentido permanece o mesmo? De fato, como todo fenômeno da sociedade, o direito está submetido à mudança e, conquanto seja isso que possibilita que se faça uma abordagem histórica dele, ao mesmo tempo, coloca em risco a coerência do discurso histórico. A resposta para o problema gerado pela dimensão temporal, no entanto, reside na própria utilização dessa dimensão de sentido: se bem que a introdução de uma distinção temporal estabeleça a diferença entre estados de um objeto de pesquisa, é a própria unidade da distinção que garante que se trata do mesmo fenômeno (embora diferente em cada estado de coisas). A distinção temporal, central na operação da observação histórica, portanto, ao mesmo tempo que diferencia, identifica.

Essa identificação, contudo, não pode ficar a cargo exclusivamente do observador, pois, sendo o objeto da história do direito o sistema jurídico, um sistema autorreferencial, e não um objeto inerte à espera de um sujeito, como foi exposto anteriormente, faz-se necessário considerar as identidades produzidas pelas descrições que esse objeto de pesquisa faz sobre si mesmo.

Desta maneira, considerando-se o problema da identificação do direito, sistema que precisa ser reconhecido na sociedade, inclusive com referência a suas autodescrições, como condição de possibilidade para que tenha a sua história escrita, torna-se necessário adotar uma concepção teoricamente fundada acerca do que é o próprio direito, cuja temporalidade e autodescrição se está a analisar. A contribuição da teoria dos sistemas sociais às pesquisas históricas sobre o direito, nesse sentido, consiste sobretudo nas descrições sociológicas que ela faz sobre a sociedade moderna, em que tanto a observação

histórica quanto o direito estão inseridos, e sobre a forma pela qual essa sociedade se diferencia e evolui. Tais descrições podem ser recepcionadas pela teoria da história, a qual, malgrado não se vincule a elas – no sentido de propugnar com exclusividade uma história da comunicação, por exemplo –, pode tomá-las como pressuposto para compreender a condição moderna da pesquisa histórica e de si mesma, como forma de reflexão sobre a história. Com isso, a teoria da história depara-se com uma descrição sociológica que mostra que o direito, possível objeto de investigação, é um sistema social, que produz autodescrições que não podem ser descuradas por qualquer outra descrição que se venha a fazer dele – inclusive a de cunho histórico.

Nesse sentido, a sociologia, por meio das descrições que faz em termos de sistemas, diferenciação, evolução e comunicação, pode fornecer à teoria da história a compreensão de que o direito não é um objeto apreensível por um sujeito e que, em razão disso, não pode ser definido como uma entidade ontológica, *a priori*, passivamente à espera do historiador. Por isso, a pesquisa histórica precisa dos resultados da descrição sociológica como premissas para construir a sua própria descrição.

Assim, tal como a teoria sociológica requer a compreensão dos materiais históricos, sendo a historiografia uma importante auxiliar, inversamente, também a historiografia precisa de uma concepção prévia do seu objeto, para que se possa fazer como história do direito. Isso não significa que o objeto da descrição histórica a preceda ontologicamente; mas as descrições sobre o passado de um sistema demandam que se atente à forma pela qual esse sistema descreve a si mesmo.

3.4. Caracterização sistêmica da observação histórica sobre o direito

A distinção operação/observação é fundamental à teoria dos sistemas: enquanto a operação é "la reproducción de un elemento de un sistema autopoiético con base de los elementos del mismo sistema, es decir, el presupuesto para la existencia del sistema mismo"[292], a observação é um modo específico de operação, típico dos sistemas de sentido, que se caracteriza por utilizar uma distinção para indicar um dos dois lados assim formados.

[292] CORSI, Giancarlo; ESPOSITO Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, p. 117.

Não obstante a observação seja ela mesma uma operação, a distinção entre ambas é necessária, pois, com base nela, "se pueden combinar en efecto la absoluta determinación de las operaciones autopoiéticas con la contingencia de la observación"[293]. É certo que já no nível operativo o sistema precisa observar a sua comunicação, ou seja, auto-observar-se[294], mas ele não pode observar as operações que constituem a sua própria reprodução autopoiética atual, pois é impossível observar a unidade da distinção que ele próprio utiliza para operar – ou seja, o sistema possui um ponto cego[295]. Esse ponto, no entanto, apenas é inobservável para o sistema em questão, enquanto está reproduzindo suas operações. Outros sistemas, no seu ambiente, podem observar a distinção por meio da qual ele se autorreproduz – assim como ele pode observar distinções constitutivas alheias. Essa observação da distinção produzida por outro sistema, isto é, a observação do observador, ocorre em um nível de observação de segunda ordem. Segundo Luhmann, esse tipo de observação "evidencia a existência de um *ponto cego*, como característica específica da modernidade; (...) a sociedade moderna está baseada em uma permanente observação da observação, como expressão da circulação do *ponto cego*"[296].

Em conformidade com a teoria dos sistemas sociais, portanto, para a qual a sociedade moderna é caracterizada pela diferenciação funcional, compreende-se que haja a substituição da "unidade universal racional da filosofia moderna clássica pela diversidade de pontos de vista autônomos sistemicamente constituídos"[297]. Os sistemas funcionais são observadores, e o que importa é "como se observa a observação do observador"[298]. Em

---

[293] CORSI, Giancarlo; ESPOSITO Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, p. 117.

[294] Cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 697.

[295] Nesses termos, sendo *lícito/ilícito* a distinção por meio da qual o direito promove todas as suas operações, o sistema jurídico não pode dizer se essa distinção mesma é lícita ou ilícita, gerando uma espécie de ponto cego, somente acessível por um observador externo, de segunda ordem. Como afirma Celso Fernandes Campilongo, em texto cujo título traduz a questão da observação de segunda ordem: "(...) como operar também é observar, cada observação é fruto das próprias operações. Ocorre que, em seu contínuo operar orientado para distinções específicas (lícito/ilícito, ter/não ter, governo/ oposição etc.), os sistemas não são capazes de observar as próprias distinções. Trata-se de um 'ponto cego' das operações do sistema. O sistema jurídico, por exemplo, opera com base na distinção licito/ilícito. Mas não pode, a cada operação, indagar se a diferenciação entre lícito e ilícito é ou não lícita. Esse é seu ponto de partida ou sua estrutura latente, diria Luhmann. De modo paradoxal: o ponto cego não vê que não vê essa distinção". CAMPILONGO, Celso Fernandes. "Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem": sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado. In: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Tempo e Memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 18-9

[296] LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*, p. 171-171 – grifo do autor.

[297] GONÇALVES, Guilherme Leite. Pós-colonialismo e teoria dos sistemas – notas para uma agenda de pesquisa sobre o direito. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (Org.). *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013, p. 261.

[298] Elena Esposito *apud* GONÇALVES, Guilherme Leite. Pós-colonialismo e teoria dos sistemas – notas para uma agenda de pesquisa sobre o direito. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (Org.). *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013, p. 261.

outras palavras: da teoria da observação de segunda ordem, conjugada com a assunção de "uma visão acêntrica e fragmentária da sociedade moderna que, em sua policontexturalidade, admitiria uma série de discursos sociais concorrentes e, muitas vezes, conflitantes"[299], segue-se que, na sociedade moderna, um sistema que observa pode ser observado por uma série de observadores, sem que uma perspectiva possa se sobrepor à outra[300].

A mesma constatação é válida com relação à descrição, que, apesar de ser um tipo de observação, por operar por meio de distinções, deve ser desta distinguida. Se, por um lado, Luhmann define a auto-observação como a correspondência entre uma operação singular e as estruturas e operações do mesmo sistema – no caso do sistema jurídico, o fato de que uma comunicação se refere ao que é lícito ou ilícito –, por outro, a autodescrição trata de representação da unidade do sistema pelo próprio sistema, mediante a preparação de textos[301]. A autodescrição, portanto, para a teoria dos sistemas sociais, consiste em um nível de observação ulterior àquele necessário para a reprodução autopoiética dos elementos do sistema.

No nível operacional, a auto-observação possibilita que o sistema observe as suas operações comunicativas como ação ou vivência, atribuindo responsabilidade pelas seleções a si mesmo ou ao seu ambiente, respectivamente. Por meio desse mecanismo, o sistema desenvolve a distinção entre autorreferência e heterorreferência, como reação ao fato de que a sua atividade operacional reproduz a própria forma do sistema, isto é, a distinção entre sistema e ambiente. A constância dessa observação condensa as referências, o que possibilita a atribuição de temas ao sistema. De acordo com Luhmann, isso possibilita uma auto-observação de um gênero novo, pois "[e]l sistema refleja su propia unidad como punto de referencia para las observaciones, como perspectiva de orden del constante referir"[302]. Desta maneira, a autodescrição diz respeito à referência que o sistema faz à sua própria unidade, o que constitui um nível de observação diferente daquele meramente voltado ao operar, pressupondo a repetição e a condensação das referências que são realizadas nas operações do sistema e possibilitando a tematização da unidade do

---

[299] VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, p. 113.
[300] Como explica Orlando Villas Bôas Filho, a definição da "sociedade moderna como um sistema auto-referencial e autopoiético fundado na comunicação e que se caracteriza por ser funcionalmente diferenciado (...) pressupõe admitir a autonomia dos subsistemas que compõem essa sociedade, com a decorrente perda de prioridade de qualquer desses subsistemas sobre os demais, pois uma tal prioridade simplesmente implicaria a dissolução dessa forma de diferenciação social, que constitui (...) a estrutura da sociedade moderna, na medida em que estabelece e pré-seleciona suas possibilidades de comunicação". Idem, ibidem, p. 96-97.
[301] Cf. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 569.
[302] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 698.

sistema como igual a si mesma e diferente do ambiente, e também como portadora de certa estabilidade.

A autodescrição, então, sendo a forma pela qual o sistema se refere à sua própria unidade, é fundamental para entender o sistema social como uma forma sistêmica autorreferencial, e não como um objeto passível de observação por um sujeito; assim sendo, a consideração da maneira pela qual um sistema se autodescreve é necessária para a sua adequada descrição por outro sistema. Mas, justamente, se é possível e de tamanha relevância a autodescrição, cujo suporte reside na distinção entre autorreferência e heterorreferência do sistema, é igualmente possível a heterodescrição. Como veremos adiante, é esse o tipo de descrição que a ciência pode fazer do direito, tomando-o como um objeto de investigação. Assim, como diz Luhmann, "no puede ignorarse, en una sociedad que diferencia sistemas parciales (en nuestro caso, el sistema jurídico), que tales sistemas sean susceptibles tanto de una descripción interna como de una externa"[303].

Ficam estabelecidas, assim, as bases sociológicas, conforme a teoria dos sistemas, para que se compreenda em que sentido o direito pode ser abordado historicamente, enfatizando-se a necessidade de discernir, com antecedência ao discurso, a partir de que ponto de referência (isto é, por qual sistema) a observação é feita, bem como em que nível a observação ocorre. Assim, dependendo de quem é o observador, o sistema jurídico pode ser objeto tanto de autodescrição como de descrição externa (sendo a sociologia do direito apenas uma das possíveis formas deste último modo de descrição, a partir do sistema científico):

> [Luhmann] ressalta que a teoria do direito e a dogmática jurídica, enquanto níveis de reflexão do sistema jurídico, constituiriam formas de autodescrição (*Selbstbeschreibung*) deste, cuja função seria fornecer uma versão simplificada da complexidade operacional que lhe é constitutiva. (...) Por outro lado, a sociologia do direito seria uma forma de observação e de descrição externa (*Außenbeschreibung*) do sistema jurídico[304].

Destarte, a abordagem histórica, que não é um sistema funcional, mas uma forma de descrição que privilegia as distinções temporais, pode assumir a forma tanto de autodescrição quanto de descrição externa do sistema jurídico. Enquanto autodescrição, a abordagem histórica serve como um aparato reflexivo, por meio do qual o sistema jurídico reconhece a sua temporalidade, o fato de não ter sido sempre igual a si mesmo, e constrói semanticamente a sua historicidade. Assim, a autodescrição, que produz distinções para

---

[303] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 568.
[304] GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais*: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann, p. 150-151.

tematizar a unidade do sistema em oposição ao ambiente, serve, em termos temporais, para que o sistema estabeleça para si uma imagem sobre o que ele é agora, considerada a distância que o separa do sistema que ele já não é mais. É nesse sentido que se pode dizer que a compreensão das teorias jurídicas reflexivas modernas requer uma confrontação com a tradição do direito natural, a qual antecedeu a primazia do positivismo estrutural e semântico. Acerca disso, diz Luhmann:

> El derecho natural de la vieja Europa es algo tan remoto y tan alejado de nosotros que ni siquiera la distancia resulta familiar a la conciencia actual. Por otra parte, una comprensión de las teorías de la reflexión sólo resulta posible en el pensamiento jurídico contemporáneo cuando uno se percata de que estas teorías se han desprendido del derecho natural, de cómo esto ha ocurrido y de que al hacerlo se han enfrentado con los problemas que determinan la discusión actual[305].

Há, contudo, outra forma de descrição que o direito produz, a dogmática jurídica, para a qual cumpre questionar a possibilidade de realizar uma abordagem histórica. A dogmática costuma ser apresentada, na teoria do direito, em torno de sua característica limitadora: ela fixa referências de sentido inquestionáveis, para além das quais não se pode avançar a argumentação jurídica; trata-se do "*princípio da proibição da negação*, isto é, do princípio da não negação dos pontos de partida de séries argumentativas, ou ainda *princípio da inegabilidade dos pontos de partida*"[306]. Luhmann ressalta, todavia, que, da perspectiva sociológica, apesar de ser correta essa constatação, a proibição da negação não é a característica distintiva da dogmática; segundo ele, a questão relevante em torno da dogmática jurídica é, na verdade, saber o grau de abstração dos elementos estabelecidos como inegáveis e quais são eles, de modo que caberia pensar "non tanto alle limitazioni di orizzonte che la dogmatica impone, quanto alle astrazioni e alle libertà di interpretazione che essa in tal modo rende posibili"[307]. Assim, procurando-se definir a dogmática por uma função positiva (e não negativa, de limitação), chega-se à conclusão de que, por meio da organização da proibição de negação de determinados elementos, a dogmática oferece maior liberdade na utilização de textos e experiências. A exploração destes materias, confrontados com uma interpretação regulada mediante conceitos, através da dogmática, conduz a um aumento da incerteza suportável para o sistema jurídico. Deste modo, a dogmática é um mecanismo que auxilia o sistema jurídico, ao dotá-lo de um certo nível de organização, necessário para a produção de decisões vinculantes sobre questões jurídicas, e

---

[305] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 579.
[306] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão e dominação, p. 25 – grifo do autor.
[307] LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, p. 44.

provê-lo de justificações plausíveis para a tomada de tais decisões, apesar da incerteza dos casos concretos, mediante a produção de redundância conceitual.

Desde que se compreende que o direito moderno é um sistema funcional cuja complexidade é temporalizada, como expusemos no capítulo anterior, é preciso reconhecer que a dogmática não está apartada da historicidade do sistema, a despeito da abstração conceitual que leva a efeito. De fato, a dogmática jurídica "toma en cuenta la sistemática conceptual y la coherencia histórica"[308] para estabelecer, através da abstração do que se observa nos casos concretos, o material semântico destinado à redundância. Diante disso, é certo que a dogmática jurídica participa da historicidade do sistema e que não poderia produzir redundância, destinada à reutilização de referências de sentido, sem a utilização de diferenças temporais. A referência a sentidos passados afigura-se essencial, portanto, para a própria execução da dogmática.

Outra coisa, entretanto, é o recorrente uso de material histórico pela dogmática jurídica que, apesar de submeter-se igualmente ao código e à função do sistema jurídico, é inserido em textos jurídicos como se estivesse servindo à produção e difusão de conhecimento sobre o passado do direito – isto é, como se as informações produzidas estivessem vinculadas ao código da verdade. Tendo em vista que esse tipo de afirmação está submetido à realização presente da função do sistema jurídico, para a qual contribui apenas como uma forma de autolegitimação, trata-se de um uso meramente retórico do material histórico, ao qual se seguem efeitos perversos para o próprio sistema jurídico, pois substitui o possível acoplamento estrutural entre ciência e direito, que se faz por meio das teorias[309], pela criação interna de um simulacro de conhecimento histórico.

Essa prática, bastante comum, costuma figurar nas introduções aos livros de dogmática, geralmente sob títulos como "breve introdução histórica" ou "evolução histórica" de tal ou qual instituto, conceito ou ramo do direito. Um exemplo[310] pode ilustrar bem essa utilização do discurso histórico pelo sistema jurídico.

Em um livro de Celso Ribeiro Bastos, lê-se a seguinte afirmação: "A república no início teve um sentido bastante preciso; tratava-se de um regime que se opunha à monarquia"[311]. À primeira vista, provavelmente jurista algum questionaria a afirmação de que a república, inicialmente, opunha-se à monarquia. Essa asserção sobre as origens

---

[308] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 335.
[309] Cf. Idem, ibidem, p. 618.
[310] O critério de escolha do exemplo é a grande disseminação da obra, que tem dezenas de edições, o que já denota a sua repercussão na dogmática constitucional.
[311] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 161.

parece servir bem à autoafirmação dos parâmetros atuais do conceito, a fim de justificar o fato de o Brasil ser hoje uma República Federativa, tal como dispõe o primeiro artigo da Constituição.

Todavia, um historiador jamais poderia aceitar semelhante afirmação. Sem aprofundar a apreciação histórica da república e de sua conceituação, bastam algumas observações para deixar clara a impertinência da colocação do constitucionalista em termos de verdade histórica. Primeiramente, a vaga indicação temporal "no início" não permite que se fale coerentemente de fenômeno algum. No início de quê? Da primeira forma de república que efetivamente existiu? Qual seria ela? Ou, então, desde que se escreveu ou se proclamou publicamente, pela primeira vez, um esboço daqueles que se tornariam os ideais republicanos? Não é possível qualquer precisão com esse tipo de indicação.

De outra parte, não se pode supor que o conceito fosse tão unívoco quanto se faz parecer. Trata-se, ademais, da projeção para o passado uma oposição de conceitos que somente se tornou possível no futuro daquele passado. Isto é, confundem-se os conceitos do passado com as categorias de análise (baseadas, neste caso, em conceitos políticos) presentes.

Por fim, sendo essa uma afirmação de caráter histórico, cabe confrontá-la com algum documento histórico. Em seu célebre *Cultura e Opulência do Brasil por suas Drogas e Minas*, de 1711, o Padre André João Antonil diz:

> E os doutores que falaram nesta matéria, assim portugueses como de outras nações, afirmam concordemente [*sic*] serem de tal sorte as minas do direito real por razão dos gastos que El-Rei faz em prol da República, que por esta causa não os pode alienar[312].

Ou seja, desse exemplo documental, extrai-se que os gastos que o monarca fez sobre as minas foram em prol da república; não há oposição alguma entre república e monarquia. Dificilmente se poderia dizer, inclusive, que o termo "república" faz referência a um regime político, quanto menos que desde o início esse termo é empregado para opor-se ao

---

[312] ANTONIL, André João. *Cultura e Opulência do Brasil por suas Drogas e Minas*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007, p. 244. E não se trata de uso isolado do termo República, que pudesse, por isso, ensejar a suspeita de mau uso da palavra. No mesmo sentido, em seguida, diz: "(...) E quando não bastasse esta razão, que certamente é forçosa, o Cardeal de Lugo, em *Tractatu de Justitia et Jure*, tom. I, disp. 6, sect. 10, n. 108, mostra que El-Rei pode reservar para si as minas (ainda que se achem em terra de particulares) por modo de tributo, e tributo muito bem posto, mandando que se lhe pague alguma parte do que se tirar delas para os gastos da República". E, na mesma página: "Ou se considerem pois as minas como parte do patrimônio real, ou como justo tributo para os gastos em prol da República, é certo que se deve a El-Rei o que para si reservou, que é a quinta parte do ouro que delas se tirar, puro e livre de todos os gastos". Idem, ibidem, p. 247.

regime monárquico. Tem-se, assim, um exemplo da imprecisão das afirmações históricas pela dogmática jurídica. Isso não significa que o jurista não pode fazer uma boa reprodução textual de resultados da pesquisa histórica; mas, desde que o texto é escrito em função da interpretação e argumentação jurídicas, da produção de redundância, da contribuição para a função jurídica de generalização contrafática de expectativas normativas, a dimensão histórica do discurso jurídico fica impedida de pretender significar a busca pela verdade.

Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos esboça, em dois parágrafos, uma suposta evolução da república, caracterizando-a como o regime criado para se opor ao monárquico, o qual seria marcado pela vitaliciedade e sucessão hereditária do governante, de sorte que, com o esfacelamento das monarquias, a república teria também se esvaziado em termos de regimes políticos. E conclui: "Resumindo, ao termos que interpretar o princípio republicano, devemos ter em mente, fundamentalmente, a necessidade da alternância no poder, por certo sua característica mais acentuada"[313]. Fica evidente que a característica da vitaliciedade da monarquia, ressaltada pelo autor, serve apenas para determinar a república como o regime em que há alternância de poder, e que a república é assim caracterizada para que determine o conteúdo do "princípio republicano", estampado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Pouco importa, nesse texto de doutrina jurídica constitucional, a verdadeira história da República enquanto regime político e conceito. Basta uma história, não importa se verdadeira (presume-se, é certo, que, apesar da extrema simplicidade com que é desenvolvida, o seja), e que ela sirva como introdução à elaboração teórica do atual conceito juridicamente relevante de república, que ajude a dotá-lo de conteúdo.

Se o sistema jurídico, como se tem sustentado, não pode pretender oferecer conhecimentos verdadeiros, é porque na sociedade moderna essa é uma função que cabe a outro sistema: o sistema científico. Este, sim, pode produzir verdades sobre a história de um número ilimitado de objetos de investigação – dentre os quais o direito. Mas a ciência não é o único observador externo possível sobre o direito, posto que pode ser assumido por qualquer sistema.

Assim, como forma de descrição externa, a observação histórica sobre o direito pode ser promovida pelos demais sistemas funcionais (ciência, política, economia, educação ou qualquer outro). De toda forma, qualquer que seja o observador externo que se coloque a

---

[313] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, p. 162.

descrever o sistema jurídico mediante esquemas temporais, acentuando o passado desse sistema, é certo que o direito será percebido como um sistema no ambiente social do sistema observação, de sorte que uma descrição adequada dependerá da consideração das autodescrições que sistema jurídico faz.

Uma vez que a descrição está vinculada à efetuação do código e à realização da função do sistema, é de se esperar que sistemas voltados, ou à satisfação das necessidades presentes e à adjudicação do código ter/não-ter, como é o caso da economia, ou à tomada de decisões vinculantes, em torno da distinção entre governo e oposição, como faz a política, por exemplo, não se disponham a fazer uma abordagem histórica sobre o direito preocupada com a verdade e a coerência da descrição. Se for necessário falar do direito em termos históricos – para dizer como se dava a regulação do mercado no século XIX, por exemplo –, basta que a descrição seja fragmentada, verossímil e útil ao sistema observador.

Dentre os sistemas no ambiente do direito, contudo, há um, como vimos, que está voltado à formação de conhecimento – a ciência[314]. Como ocorre com todo sistema parcial da sociedade, a descrição que ela faz não deixa de estar voltada à sua função e ao seu código. Nisto, é igual aos demais sistemas. O que a diferencia é que, para realizar a sua função e adjudicar o seu código, ela deve fazer uma descrição verdadeira. Com efeito, a especificidade da ciência é que ela tem como meio de comunicação a verdade e suas operações consistem na adjudicação do código verdadeiro/falso, com base em seus programas, isto é, em teorias e métodos[315], os quais "pueden ser introducidos de manera contingente, y lo único que es necesario es que en cada situación pueda haber una conexión entre métodos y teorías"[316]. O sistema científico, deste modo, é o sistema funcional responsável pela contínua produção de conhecimento, entendido este não como um depósito duradouro, mas como "una operación compleja de comprobación"[317].

Apesar de o conhecimento ser um produto das operações autopoiéticas da ciência, isso não significa que suas descrições sejam desconexas da realidade social. Se, por um lado, não há a possibilidade de se conceber os conceitos e as teorias científicas como mera representação ponto por ponto de um objeto de pesquisa inanimado, em virtude da

---

[314] Luhmann caracteriza o sistema científico, no marco da diferenciação funcional, da seguinte maneira: "En el contexto de una teoría general de los sistemas sociales autopoiéticos, describimos la ciencia como un sistema funcional de la sociedad moderna que ha podido diferenciarse bajo condiciones históricas de marco social y convertirse en una unidad operativa propia, es decir, en condiciones para diferenciar lo verdadero de lo que no lo es". LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: Ceja, Pontificia Universidad Javeriana, 1996, p. 11.
[315] Cf. Idem, ibidem, p. 145.
[316] Idem, ibidem, p. 290.
[317] Idem, ibidem, p. 98.

diferença sistema/ambiente, também não é possível, por outro, que as descrições desse sistema não guardem relação com o seu ambiente. Como consequência, a descrição científica que tem o direito como objeto de conhecimento precisa considerar as autodescrições que esse sistema faz, pois é com base nelas que o sistema jurídico constrói a sua identidade no seio da sociedade.

As variadas formas de busca da verdade, ou seja, de elaboração de teorias e métodos para adjudicar o código verdadeiro/falso sobre temas diversos, dão origem a várias disciplinas – dentre as quais, a história. Deste modo, além da autodescrição do sistema jurídico e das possíveis descrições externas históricas sobre o direito, a abordagem histórica compõe uma disciplina, ou seja, faz parte do sistema científico.

Enquanto ciência, a história diferencia-se das demais formas de descrição histórica sobre o direito, produzidas por sistemas que não o científico e, portanto, não vocacionadas à verdade como valor primordial de suas afirmações. Enquanto disciplina, as suas teorias e os seus métodos a diferenciam de outras disciplinas, como a sociologia, com suas teorias, métodos e objetos de pesquisa próprios.

De todo modo, a investigação histórica é, neste sentido, ciência e, enquanto tal, faz descrição externa do sistema jurídico. Daí a relevância, como se tem ressaltado, para a adequação da sua análise, da compreensão de que o seu objeto de pesquisa – o direito – é um sistema social autorreferencial e, enquanto tal, realiza autodescrições. Afinal, como diz Luhmann, "[u]na descripción externa (científica) del sistema jurídico sólo resulta adecuada a su objeto cuando describe a éste como un sistema con contenido teórico, como un sistema que se describe a sí mismo"[318].

3.4.1. Observações históricas: uma digressão terminológica

A existência de múltiplas formas possíveis de observação e descrição da história do sistema jurídico requer a elaboração de distinções conceituais que ressaltem as diferenças entre umas e outras. As distinções que aqui se propõem, portanto, baseiam-se na origem da observação sobre o direito na sociedade funcionalmente diferenciada, sendo a principal

[318] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 568.

delas aquela entre observação interna e observação externa do sistema jurídico, a partir da qual outras especificações podem ser feitas[319].

Como tem sido feito até o momento, os termos "abordagem histórica", "discurso histórico" e "observação/descrição histórica" são usados, neste trabalho, indistintamente, para designar a observação e a descrição de viés histórico, por oposição à história operativa do sistema – para a qual se prefere o termo "historicidade" –, a qual remete a eventos e ações.

Por "história do sistema jurídico", designa-se também o conceito genérico de observação histórica, ressaltando-se, contudo, o ponto de partida da análise teórica que possibilita as subsequentes distinções, isto é, a teoria dos sistemas sociais. Assim, o termo "sistema" faz referência à distinção base – sistema/ambiente – da descrição sociológica, que distingue as várias formas de observação histórica sobre o direito, as quais podem ser realizadas por qualquer sistema capaz de observação.

A história do sistema jurídico, então, precisa ser distinguida em função da diferença entre autodescrição e heterodescrição. Podem ser utilizados para isso, respectivamente, os termos "história jurídica" e "história do direito"[320]. Assim, enquanto "história jurídica"

---

[319] É importante ressaltar que as distinções aqui apresentadas partem da constatação de um fato pela teoria dos sistemas sociais: a diferença entre os potenciais observadores; e, por esta razão, não é arbitrária. Todavia, não se pretende afirmar que a terminologia aqui adotada seja usual, o que poderia levar, por exemplo, ao disparate de inferir do nome das obras publicadas sob uma ou outra autodesignação o tipo de observação, interna ou externa, que em cada uma delas se faz. Por outro lado, a atribuição de um termo específico a cada uma das formas de observação histórica não acompanha a pretensão de adquirir redundância, mas apenas deixar mais clara a delimitação entre as distintas observações, cuja relevância este trabalho sublinha.

[320] A nomenclatura não segue as discussões terminológicas acerca da sociologia e da antropologia. Assim, a distinção entre "Sociologia do Direito" como estudo da "base social de um direito específico", por um lado, e "Sociologia Jurídica" como "o exame do Direito em geral, como elemento do processo sociológico, em qualquer estrutura dada", por outro, não oferece subsídios para a diferença aqui apresentada, uma vez que, nos dois casos, sociologia do direito e sociologia jurídica, trata-se de descrição pelo sistema científico. Cf. FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 27, nota 11, com referência àquela distinção, proposta por Roberto Lyra Filho. De outra parte, Edwige Rude-Antoine e Geneviève Chrérien-Vernicos apresentam uma distinção entre "antropologia jurídica" e "antropologia do direito" de acordo com a qual o primeiro termo se aproxima mais da abordagem científica antropológica e o segundo da reflexão jurídica: "(...) o qualificativo 'jurídico', justaposto ao enfoque antropológico, permitiria a definição dos fenômenos por ele qualificados como pertencentes ao campo do direito. Assim, a 'antropologia jurídica' não se confundiria com a 'antropologia do direito', concebida em termos de uma etapa essencial no processo de desfiliação (désaffiliation) da pesquisa antropológica em relação às 'ciências jurídicas' e, portanto, de negação de uma atitude ancilar que a tornava uma espécie de 'satélite' de uma ciência principal denominada genericamente 'direito' (le Droit)". VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Ancient Law* – Um clássico revisitado 150 anos depois. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p. 537, nota 38. Neste caso, a referência à progressiva desvinculação da abordagem antropológica com relação ao direito remete a um aspecto que não interessa neste trabalho, pois aqui tem-se em vista as posições dos diferentes sistemas observadores do direito; por outro lado, inversamente à opção feita pelas mencionadas autoras, preferimos a atribuição do qualificativo "jurídico" à observação histórica interna, a fim de preservar a utilização mais ampla ao termo "história do direito", mais comumente empregado, reservando "história jurídica", de raro uso, à prática da observação histórica pelo próprio sistema jurídico, de forma reflexiva.

designa a observação interna, vinculada a uma delimitação do seu objeto dada pelo próprio sistema funcional, ou seja, uma história do direito enquanto autodescrição, "história do direito" remete à descrição externa.

Assim definida, a história do direito poderia, a princípio, ser realizada por qualquer sistema no ambiente do direito; entretanto, a ciência certamente desempenha um papel mais relevante que qualquer outro sistema na abordagem histórica que faz sobre o direito. Com efeito, enquanto disciplina sistema científico, a história do direito se pauta no código binário verdade/falsidade – não obstante, por óbvio, concedendo atenção primordial à descrição que o direito faz de si mesmo (inclusive por meio da descrição que intitulamos anteriormente como "história jurídica"). Dada, portanto, a menor relevância das referências à história do sistema jurídico feitas por sistemas outros, tais como a política ou a economia, o termo "história do direito" pode ser usado para a heterodescrição feita exclusivamente pelo sistema científico.

Por outro lado, se a história do direito é pertinente à observação pela ciência, mais do que por qualquer outro sistema funcional, no interior da própria ciência a observação histórica não se faz indistintamente, por qualquer disciplina. A sociologia, dentre as ciências sociais, inevitavelmente faz uso de abordagens de cunho histórico. No entanto, a história, enquanto disciplina, elabora suas teorias e seus métodos com vistas especificamente à produção de conhecimento novo sobre o passado. Daí, o termo "história do direito" para descrições externas sobre a historicidade do sistema jurídico caber especialmente a essa disciplina, para a qual se reservam também os termos "investigação" e "pesquisa histórica", ou mesmo "história-ciência" e "ciência da história".

A investigação histórica, como disciplina do sistema científico[321], opera com base em distinções, que guiam as descrições histórico-científicas da sociedade. O código binário da história-ciência é verdade/falsidade. As demais distinções, ainda que de importância fundamental para a história desenvolver sua função, podem ser utilizadas igualmente por outros sistemas, como auxílio para a distinção-base de cada qual. Logo, o sistema jurídico pode estruturar operações pelo esquema semântico passado/futuro, mas não pode fazê-lo com base na distinção verdade/falsidade – enquanto a história-ciência não pode se fundar no lícito/ilícito para operar.

---

[321] Segundo Luhmann, "Las disciplinas son subsistemas del sistema de la ciencia, se trata pues fundamentalmente de una diferenciación del sistema. Todas las disciplinas se esfuerzan por poner a disposición aportaciones al sistema de la ciencia. Todas están orientadas por el código binario de la verdad". LUHMANN, Niklas. *La ciencia de la sociedad*, p. 319.

A seguir, será apresentado o aparato conceitual da teoria dos tempos históricos de Koselleck sobretudo para a fundação da história do direito descrita pela história-ciência, a qual precisa desenvolver sua reflexão como disciplina do sistema científico especificamente voltada para a tematização de diferenças temporais – sem, todavia, excluir a possível utilização desse instrumental teórico e conceitual pelo sistema jurídico, em suas descrições, bem como pelos demais sistemas sociais, enquanto for conveniente a cada sistema para o desempenho de sua função diferenciar de maneira mais adequada a temporalidade de suas próprias descrições.

3.5. Teoria dos tempos históricos: implicações de uma teoria da história

Na esteira do que se vem afirmando ao longo desta pesquisa, a teoria dos sistemas sociais pode oferecer contribuições importantes à historiografia, fornecendo-lhe as bases para a compreensão da modernidade das próprias observações históricas, bem como do caráter moderno da sociedade em que tais observações se situam e dos objetos das descrições históricas, dentre os quais o direito. A teoria da sociedade, nesse sentido, é um passo inicial necessário para a posterior elaboração de uma teoria da história que reflita a historicidade da história e a temporalidade do tempo imanentes à descrição histórica. Não obstante, a teoria da história não é produzida nem determinada pela sociologia, sob pena de perder a sua especificidade enquanto forma de reflexão, o que seria desastroso, acima de tudo, para a investigação histórica, a história-ciência, que precisa manter autonomia científica sobre a formulação de seus objetos de pesquisa, limites e métodos. Essa é, como foi visto na introdução, com respaldo em Koselleck, uma exigência da ciência da história, diagnosticada por ele como ainda em situação de indigência teórica. Neste item, serão apreciadas algumas das possíveis implicações da adoção da teoria dos tempos históricos de Koselleck como teoria da história, pressupondo-se a aceitação da teoria dos sistemas sociais luhmanniana nos termos até agora expostos. Para tanto, é conveniente retomar a argumentação acerca da necessidade de uma teoria da história.

Como vimos no capítulo anterior, os sistemas sociais produzem as distinções temporais sempre no presente; isso conduz à constatação, por parte da sociologia, de que não há presentes passados a serem descritos, mas apenas passados presentes, isto é, a

referência temporal ao passado a partir de um presente que estabelece, em si, a diferença entre passado e futuro – malgrado esse passado (presente) seja referido nas descrições como se se tratasse de presentes passados. Esse tipo de diferenciação composta entre as referências temporais, que permite estabelecer as diferenças relativas ao tempo com maior precisão, é uma decorrência da reflexividade do tempo. Para que se desenvolva uma semântica que corresponda à temporalização da complexidade social, é necessário o desenvolvimento de uma teoria reflexiva específica sobre a história, a qual deve se basear em uma teoria do tempo, como diz Luhmann, ou, como propõe Koselleck, uma teoria dos tempos históricos.

De acordo com Luhmann, a teoria dos sistemas sociais – com base na qual desenvolvemos, ao longo desta pesquisa, algumas questões relevantes a respeito do direito, do tempo e da observação histórica – teria avançado bastante na apreensão da complexidade temporal da sociedade moderna, ao passo que faltaria um avanço semelhante na teoria do tempo, necessário tanto para a sociologia quanto para a teoria da história. Diz ele:

> In comparison with the conceptual elaboration of problems of time, systems theory is much more advanced in its conceptual complexity. Not only social science but also theory of history suffers from this deficiency. If the theory of time could be advanced, there might appear highly suggestive possibilities of research in correlations between system structures and temporal structures[322].

Para Luhmann, a elaboração de uma teoria do tempo precisa, então, superar a vaga ideia, cronologicamente fundamentada, de que "everything is possible in the long run", para permitir a compreensão de estruturas temporais com possibilidades limitadas de mudança, o que levaria inclusive ao estabelecimento de conceitos temporais compostos, dotados de "iterative modalizations"[323], tais como passado presente, presentes passados, futuro presente, presentes futuros, presente presente, futuro passado, passado futuro, passado passado e futuro futuro[324].

---

[322] LUHMANN, Niklas. The Future Cannot Begin: Temporal Structures in Modern Society, p. 148.
[323] Cf. Idem, ibidem, p. 148.
[324] Em alemão, fica mais clara a distinção entre tais conceitos. Por exemplo, "vergangene Zukunft", que nomeia uma das obras de Koselleck, traduzida para o português como "futuro passado", deve ser lido como a referência temporal ao futuro que ocorreu em um momento passado; isso fica evidente porque não há dúvidas de que "Zukunft" é o substantivo que designa a referência temporal e "vergangene" é o adjetivo que situa em que momento essa referência é realizada. Nesse caso, trata-se das expectativas e prognoses de nossos antecessores. Em português, os termos assumem uma ambiguidade, pois tanto o primeiro quanto o segundo elemento de "futuro passado" (para seguir com o exemplo) podem designar o substantivo que refere temporalmente ou o adjetivo que situa no tempo. Preferimos manter a expressão nestes termos, apesar da ambiguidade, até porque as traduções têm preferido desta maneira. Facilita a compreensão, contudo, transformar o termo composto em uma locução adjetiva; deste modo, "futuro passado" quer dizer o mesmo

De forma semelhante, Reinhart Koselleck, preocupado especificamente com a necessidade de se formular uma teoria da história, considera fundamental a elaboração de uma teoria do tempo – ou, mais especificamente, dos tempos históricos. Com efeito, o fato de a ciência da história servir-se "de grande número de modos temporais para cumprir suas numerosas tarefas"[325] indica a ocorrência de uma multiplicidade de tempos na atividade historiográfica e, com isso, a importância de se formular a teoria reflexiva da história em torno de uma teoria dos tempos históricos. Nesse sentido, Koselleck afirma de maneira contundente: a ciência da história "só poderá persistir como ciência se desenvolver uma teoria dos tempos históricos"[326].

Diante disso, para que sejam analisadas algumas possíveis implicações decorrentes da adoção da teoria dos tempos históricos de Koselleck – já esboçada parcialmente no primeiro capítulo, quando apresentamos sua concepção de modernidade – como teoria da história, cumpre mostrar, primeiramente, que essa teoria não se reduz à teoria da modernidade que identifica um período designado *Sattelzeit*, no qual teria havido um rompimento entre espaço de experiência e horizonte de expectativa, apreensível na semântica de transição correlata. Tanto a teoria da modernidade quanto esses conceitos são, de fato, de enorme importância no seio da teoria dos tempos históricos, mas esta é mais ampla.

3.5.1. Teoria dos tempos históricos: uma teoria da história

A teoria da história de Koselleck demonstra especial capacidade de adequação à complexidade temporal da sociedade moderna porque, em vez de estabelecer uma única explicação do processo histórico – seja em torno de periodizações tradicionais (por exemplo, da Antiguidade ao período moderno, contemporâneo ou até mesmo pós-moderno), seja com base em uma variedade de tempos centrados em um único eixo de diferenciação (como as três durações de Braudel) –, propugna pelo reconhecimento de uma multiplicidade de tempos históricos. Essa multiplicidade de tempos irredutíveis a um processo histórico único, a qual decorre da variedade de diferenças e ritmos da

---

que "futuro do passado", ficando claro que a referência temporal é o futuro, a qual está situada em um momento do passado.

[325] KOSELLECK, Reinhart. *Estratos do tempo*: estudos sobre história, p. 271.

[326] Idem, ibidem, p. 280.

temporalidade do social, é designada por Koselleck de "estratos do tempo"[327]. Koselleck explica esse conceito da seguinte maneira:

> Assim como ocorre no modelo geológico, os "estratos do tempo" também remetem a diversos planos, com durações diferentes e origens distintas, mas que, apesar disso, estão presentes e atuam simultaneamente. Graças aos "estratos do tempo" podemos reunir em um conceito a contemporaneidade do não contemporâneo, um dos fenômenos históricos mais reveladores. Muitas coisas acontecem ao mesmo tempo, emergindo, em diacronia ou sincronia, de contextos completamente heterogêneos[328].

Em decorrência disso, inclusive, em uma "teoria do tempo, todos os conflitos, compromissos e formações de consenso podem ser atribuídos a tensões e rupturas (...) contidas em diferentes estratos de tempo e que podem ser causadas por eles"[329]. Assim, a história, pautada em uma teoria dos tempos históricos, como a que propõe Koselleck, tem por característica abordar as questões sociais a partir de distinções temporais, como uma multiplicidade de tensões e rupturas que se configuram simultaneamente, apesar de não serem contemporâneas.

Por um lado, como se pode notar, a noção de contemporaneidade do não contemporâneo, que congrega a multiplicidade dos tempos em um presente, é afim à concepção luhmanniana de temporalidade sistêmica, e pode trazer ao campo da teoria da história o reconhecimento da maneira como se desenvolve a dimensão temporal de sentido na estrutura dos sistemas sociais.

Por outro lado, mediante o conceito de estratos do tempo, pode-se enfrentar a clássica dicotomia entre decursos temporais lineares e decursos temporais circulares; Koselleck entende que, se "os tempos históricos consistem em vários estratos que remetem uns aos outros, mas que não dependem completamente uns dos outros"[330], resulta possível lidar com várias velocidades diferentes de mudança sem precisar se prender à falsa alternativa entre tempo linear e tempo circular.

Nesse diapasão, outras diferenças dos tempos históricos podem ser apreendidas e descritas pelo historiador e determinados campos de pesquisa se mostram especialmente férteis. Os conceitos se tornam um objeto de estudo privilegiado, uma vez que contêm uma estrutura temporal interna que não coincide com a temporalidade da estrutura social. E, por

---

[327] Acerca da necessidade de metáforas espaciais, como essa, para falar sobre o tempo, bem como a respeito da ambiguidade intencional que está por trás do uso do termo "estratos" (*Schichten*) para designar a história (*Geschichte*), cf. KOSELLECK, Reinhart. *Estratos do tempo*: estudos sobre história, p. 9 e as respectivas notas.
[328] Idem, ibidem, p. 9.
[329] Idem, ibidem, p. 9-10.
[330] Idem, ibidem, p. 19-20.

serem sempre ambíguos, comportam em si uma constante tensão semântica entre significados duradouros, alterados e novos, que se interligam de maneira complexa na sua estrutura temporal, de modo que Koselleck chega a dizer que "na multiplicidade cronológica do aspecto semântico reside, portanto, a força expressiva da história"[331]. Nesse sentido, Koselleck afirma que

> [a] história dos conceitos põe em evidência, portanto, a estratificação dos significados de um mesmo conceito em épocas diferentes. Com isso ela ultrapassa a alternativa estreita entre diacronia ou sincronia, passando a remeter à possibilidade de simultaneidade da não simultaneidade que pode estar contida em um conceito[332].

O reconhecimento da simultaneidade do não simultâneo na história dos conceitos – que, como vimos com Luhmann, é um aspecto constitutivo da temporalidade de tudo o que é social – permite ver, portanto, que a historicidade semântica – e isso pode estender-se a todo o social –, mais do que uma sucessão diacrônica de eventos, consiste na multiplicação e diferenciação dos tempos internos em um estado atual – e, dessa maneira, na inserção da diacronia na sincronia. Consequentemente,

> [s]omente as estruturas temporais (e com isso querermos designar aquelas estruturas internas imanentes às circunstâncias em que se deram os eventos, ou que, pelo menos, aludam a elas) são capazes de articular o espaço de experiência histórica como um campo de pesquisa próprio, a partir da perspectiva imanente à materialidade dos eventos[333].

Os eventos singulares, então, precisam ser compreendidos ao lado das estruturas, de modo que a sua apreensão em termos de um processo irreversível, que costuma ter a preferência dos historiadores, apenas uma explicação parcial. Como diz Koselleck, a "história não é apenas singular, ela também se repete. Não em sua sequência de eventos – neste aspecto, ela sempre permanece singular em sua complexidade e sua aleatoriedade –, mas nas estruturas que viabilizam os eventos"[334]. À observação histórica, portanto, para ser completa, não basta a narração dos eventos aparentes, por meio da atribuição de ações grandiosas a protagonistas (os "varões preclaros") – como há algum tempo (ao menos desde os *Annales*) já se sabe; é preciso analisar juntamente as estruturas que condicionam os eventos e permitem a repetição.

A contribuição da teoria da história de Koselleck, neste aspecto, está em ressaltar a relação dos acontecimentos singulares com estruturas que se repetem, o que forma uma

---

[331] KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*: contribuição à semântica dos tempos históricos, p. 101.
[332] Idem, ibidem, p. 115.
[333] Idem, ibidem, p. 121.
[334] Idem, ibidem, p. 215.

tensão entre inovação e repetição que engendra as mudanças históricas[335]. Analisando essa questão sob a ótica sistêmica, percebe-se que o ganho da história, com esse tipo de preocupação, reside na atenção que é deslocada das seleções efetivamente atualizadas para o sentido como um todo, isto é, para a diferença entre atualidade e possibilidade. O possível recebe um lugar de destaque, especialmente sob a forma de expectativas (não é outro o objeto de Koselleck ao estudar o futuro passado dos tempos modernos, no clássico estudo em que parte da análise da obra *Batalha de Alexandre*, de Albrecht Altdorfer[336]). E, então, a historiografia tem muito a ganhar com a descrição sociológica sistêmica acerca da história como história do sentido.

É também com uma teoria dos tempos históricos de pano de fundo que Koselleck elabora a sua explicação da modernidade, como vimos no primeiro capítulo. A sociedade moderna seria caracterizada pela ruptura entre espaço de experiência e horizonte de expectativa, de modo que o conceito de tempo histórico, entendido como a tensão entre essas duas categorias, seria a base para apreender temporalmente a especificidade da sociedade moderna.

O que subjaz, portanto, à compreensão de tempos históricos de Koselleck é uma multiplicidade de diferenças temporais que estruturam os eventos e conceitos históricos. Assim sendo, a fixação de um processo histórico único, dividido por períodos, perde espaço nessa teoria da história. Mais do que isso, importa notar que, como sustenta Helge Jordheim, a teoria dos tempos históricos (ou das múltiplas temporalidades) de Koselleck não apenas não é uma teoria da periodização (apesar de ser normalmente lida dessa maneira), mas é justamente o contrário: uma teoria contra a periodização, que busca substituir a ideia de um tempo linear e homogêneo por uma noção de temporalidade mais complexa, heterogênea e multifacetada[337].

Segundo Jordheim, alguns autores reduzem a teoria da história de Koselleck à sua teoria da modernidade, ou veem nela uma fundamentação para a periodização, e com base nesses aspectos endereçam suas críticas. Lynn Hunt, por exemplo, afirma que a teoria da modernidade de Koselleck, como uma experiência temporal, não é realmente uma teoria da modernidade, uma vez que é incapaz de explicar qual é a qualidade histórica genuína do que o teórico alemão entende como a forma peculiar de aceleração que caracterizaria

---

[335] Cf. KOSELLECK, Reinhart. Estructuras de repetición en el lenguaje y en la historia. *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), Madrid, n. 134, p. 17-34, dic. 2006.
[336] KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*: contribuição à semântica dos tempos históricos, p. 21-39.
[337] Cf. JORDHEIM, Helge. Against Periodization: Koselleck's theory of multiple temporalities. *History and Theory* 51, Wesleyan University, May 2012, p. 151.

modernidade. Jordheim entende que essa crítica é válida, se o que serve de parâmetro para o questionamento são os problemas específicos das teorias da modernidade. Todavia, ele ressalta que talvez Koselleck jamais tenha pretendido desenvolver uma teoria centrada no problema da modernidade, mas sim uma teoria que lide com as temporalidades múltiplas que exsurgem da relação entre os eventos históricos e a sua representação linguística[338].

Aceita essa compreensão geral acerca dos propósitos que movem a obra de Koselleck, somada à utilização da ideia de *Sattelzeit* no *Geschichtliche Grundbegriffe* apenas como uma "antecipação heurística"[339], é possível ver na teoria dos tempos históricos uma grande liberdade no trato com o tempo, uma vez rebaixada a periodização a um dentre muitos elementos da multiplicidade de tempos históricos[340]. Assim, apesar da necessidade de categorias meta-históricas na elaboração e comparação das histórias concretas, o historiador se desprende do apego excessivo à universalização que acompanha o uso indiscriminado de períodos. Estes passam a servir ao historiador na escrita das histórias particulares em função destas, em vez de servirem como modelos nos quais elas deveriam ser encaixadas.

3.5.2. Entre modelos evolutivos e múltiplas temporalidades

Não se pode deixar de notar, todavia, que o abandono da periodização pode levar a uma falta de referências fixas generalizadas, o que dificultaria muito o trabalho do historiador, seja porque a duração, a mudança e a novidade só podem ser apreendidas cronologicamente[341], seja porque cada história concreta teria tamanha independência na sua escrita que faltaria qualquer parâmetro comum para a comparação e o conhecimento objetivo. Além disso, a ausência deliberada de um conceito mais ou menos firme de modernidade, como referência ao estado atual, impossibilitaria a compreensão da identidade do momento presente à diferença do que ele já não mais é, bem como do que

---

[338] JORDHEIM, Helge. Against Periodization: Koselleck's theory of multiple temporalities, p. 155.
[339] Idem, ibidem, p. 156, nota 21. Cf. KOSELLECK, Reinhart. Un texto fundacional de Reinhart Koselleck. Introducción al *Diccionario* histórico de conceptos político-sociales básicos en lengua alemana, p. 94-95.
[340] JORDHEIM, Helge, op. cit., p. 154.
[341] Nesse sentido: "la duración, la mutación y la novedad sólo pueden captarse cronológicamente y de este modo interpretarse históricamente". KOSELLECK, Reinhart, op. cit., p. 105.

está por vir. A ideia de modernidade há muito exerce essa função de diferenciação entre o atual e o anterior, o novo e o velho, o transitório que prepara para o que se espera[342].

Diante desse impasse, mas sabendo que a palavra modernidade carrega um conteúdo de identificação social do tempo presente, parece uma saída viável para o historiador, além de fazer uso de suas próprias concepções acerca do tema, reforçando as tensões históricas, emprestar a ideia de moderno de outrem, de um observador menos preocupado com a singularidade dos fenômenos históricos e com o anacronismo decorrente do uso de conceitos a partir do presente de maneira relativamente irrefletida em termos históricos – isto é, sem ver na definição de estados sociais passados a partir do presente um problema mais sério. Neste ponto, um intercâmbio teórico entre teoria sociológica e teoria da história pode se fazer produtivo, com o empréstimo pela história do conceito sociológico de modernidade.

A teoria luhmanniana, além de ser uma teoria social que se desenvolve com base em uma certa noção de modernidade – isto é, para a qual a diferenciação funcional é uma ideia central –, tem o mérito de elaborar, em conexão com a teoria sobre sistemas, uma teoria da evolução, que considera a temporalidade que necessariamente está envolvida em um conceito como o de modernidade. Como vimos, a diacronia da evolução, subproduto da teoria da evolução (cuja análise se centra na circularidade da mudança estrutural) se dá, para Luhmann, de forma retroativa. Ele parte da premissa, que subjaz a toda a sua teoria, de que a sociedade moderna é funcionalmente diferenciada; e, pautado pela concepção de que a principal característica da sociedade é a sua forma de diferenciação, identifica no passado presente da sociedade outros tipos de diferenciação: a segmentária, a centro/periferia, a estratificada, as quais se sucederiam até desembocar na diferenciação funcional. Como se pode perceber, trata-se de modelos de sociedade, isto é, de concepções abstratas. Esses modelos representam estágios da evolução, de sorte que estão dispostos de forma sucessiva conforme os graus de complexidade.

Esse caráter evolucionista da teoria social luhmanniana, todavia, se dá de forma seletiva, sem pretensões de substituir a historiografia. Em vez de explicar a história, ele a invoca para dar fundamento à sua teoria. Isso não desmerece a sua prática, apenas mostra que nem a teoria dos sistemas, nem qualquer outra teoria que pretenda descrever a sociedade, pode fazer-se sem a participação da história. Mas a teoria da história também pode aprender com a teoria social.

---

[342] Cf. FERES JUNIOR, João. Introdução a uma crítica da modernidade como conceito sociológico, p. 31ss.

Nesse sentido, a teoria social luhmanniana fornece um quadro evolutivo em que a principal preocupação não é a fidelidade histórica, mas a fundamentação sociológica da identificação da sociedade atual. Dado que a escrita da história se faz sempre hoje, em um presente que se considera moderno, a teoria dos sistemas sociais pode fornecer subsídios para que o historiador entenda o que é a modernidade e o que isso implica na escrita da história. E, em vez das tradicionais periodizações, a teoria da evolução explicitamente feita em função da compreensão da diferenciação social moderna pode oferecer padrões frouxos de orientação para a escrita da história. Se antes esta se fazia pautada em uma periodização anistórica, que utilizava categorias universais – Antiguidade/Idade Média/Idade Moderna, principalmente – para amoldar a períodos os fatos singulares, pode agora, sob essa perspectiva, sem se vincular, valer-se do auxílio da descrição sociológica evolutiva como uma diretriz heurística, assimilando o parâmetro frouxo dos modelos evolutivos da diferenciação social – os quais, conscientemente adotados em função da identificação do presente social, servem unicamente como orientação para a escrita histórica, mas sem retirar desta a liberdade de trabalhar as múltiplas formas de temporalidade que compõem os tempos históricos.

3.5.3. Historicização da modernidade

Como foi visto ao longo deste trabalho, conforme a teoria de Niklas Luhmann, a sociedade é um sistema, cujas operações básicas são comunicações, as quais se processam por meio do sentido, sendo caracterizada na modernidade pela forma de diferenciação funcional. As dimensões social e material de sentido apresentam alterações quando confrontadas com formas anteriores da sociedade; todavia, isso somente pode ser vislumbrado em termos comparativos, isto é, pressupõe-se a consideração de uma diferença, que se caracteriza pela mudança paradigmática do tipo de diferenciação que estrutura a sociedade, mudança essa que marca a transição da sociedade pré-moderna para a sociedade moderna – o que se perfaz, na dimensão temporal de sentido, por intermédio da distinção entre antes e depois, velho e novo, antigo e moderno.

Diante desse quadro teórico, ao lado da abordagem histórica enquanto forma de descrição da dimensão temporal, podem-se observar formas de descrição voltadas para

outras dimensões, tais como a antropologia jurídica, que tem foco na dimensão social (ainda que outras dimensões também sejam fundamentais para o seu desenvolvimento, mas tendo em vista que "o outro" é seu objeto, o que implica variações na formação da relação constitutiva da sociedade entre *Alter* e *Ego*) e o direito comparado, em que prevalece a dimensão material, eis que estuda outras maneiras pelas quais, em contextos diversos, determinadas questões são tratadas – isto é, tematizadas – pelo direito (como o direito se estrutura e quais potencialidades são atualizadas em cada contexto social regionalmente determinado). A ênfase em uma ou outra dimensão de sentido é o que distingue tais formas de abordagem, sem que se possa afirmar que a dimensão temporal é hierarquicamente superior ou anterior às demais. Contudo, deve-se ressaltar que, a partir do momento em que o conceito de modernidade é escolhido para compor uma descrição histórica, ele tem a função de ressaltar justamente a temporalidade em que a sociedade está envolvida. O adjetivo "moderno", de acordo com essa orientação, traduz a forma pela qual a sociedade descreve a sua posição temporal – o que semanticamente se expressa por conceitualizações diversas, como resultado de um processo histórico ou estágio de uma evolução, por exemplo, sendo variadas as descrições possíveis (emancipação, começo/fim da história etc.). Deste modo, ainda quando a descrição histórica da sociedade realça a maneira como as relações sociais se constituem, ou se refere à forma como os objetos são tematizados, subjaz à análise histórica a comparação temporalizada de estados da sociedade, e, às dimensões social e material, a dimensão temporal de sentido (embora, é importante frisar, uma dimensão não se configure sem as duas outras).

O conceito de tempo histórico moderno pode ser visto como a expressão semântica dessa temporalidade moderna, haja vista que traduz uma nova configuração temporal da sociedade, em relação às suas formas anteriores, a qual, tendo nascido na Europa, se consolida como tempo do mundo, tempo da sociedade mundial – concretizando-se, todavia, em cada região conforme as singularidades que lhe são próprias. Conforme diz Luhmann,

> [d]esde la mitad del siglo XIX existe también un tiempo único del mundo. Y esto significa: en cualquier lugar del globo terráqueo – independientemente de la hora local del lugar – puede establecerse simultaneidad con todos los otros lugares y comunicarse en todo el mundo sin pérdida de tiempo. Como en la física la constante de la velocidad de la luz, así el tiempo del mundo garantiza en la sociedad la convertibilidad de todas las perspectivas temporales: lo que en un lugar es temprano o tarde, en otro es también temprano o tarde[343].

[343] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 111.

Constatações desse tipo, que acompanham a ideia de modernidade, no entanto, requerem enorme cautela, e o conceito de tempo histórico e seus corolários apresentam-se como uma ferramenta útil para evitar problemas tradicionais na utilização do conceito de modernidade, tais como a homogeneização do que é considerado moderno ou a elevação de situações específicas à qualidade de padrão a ser alcançado e copiado por todas as regiões[344].

Nesse sentido, Orlando Villas Bôas Filho ressalta os déficits teóricos de abordagens que convertem o reconhecimento de que "a modernidade seja um processo que tem sua origem na Europa, o que a torna referência tanto ao desenvolvimento desse fenômeno quanto das descrições que lhe são endereçadas"[345] em uma homogeneização do conceito, a constituir um padrão normativo imposto às regiões da sociedade mundial. Segundo ele,

> é preciso considerar as consequências que advêm do fato de partir da constatação de que a racionalidade europeia está na base da modernização ocidental para dela derivar uma concepção homogeneizada da própria modernidade. Em primeiro lugar, impõe-se a assunção da problemática pressuposição de uma univocidade do sentido da história que passa a ser identificada com a razão. Em segundo lugar, verifica-se a exclusão da possibilidade de outras vias de acesso à modernidade, ou seja, de outros processos seletivos de modernização que não sejam a simples reprodução daquele que caracterizou historicamente o caso europeu[346].

Assim, não se trata de obstar a possibilidade de comparação do modo pelo qual funcionam os diversos subsistemas sociais em contextos diferentes, nem de ignorar que haja déficits operacionais, a comprometer as funções e prestações dos subsistemas sociais, "mas apenas de tomá-los à luz das especificidades históricas e sociais dos contextos em que tais subsistemas concretamente operam"[347].

---

[344] Cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, p. 266ss. Crítica semelhante feita à semântica clássica sobre a modernidade é aquela esposada pelos chamados "estudos pós-coloniais". Como explica Guilherme Leite Gonçalves, segundo essa vertente, "[r]eproduz-se, no âmbito do conhecimento, a relação colonial: a noção de 'sociedade moderna', monopolizada pela semântica dos países centrais, não só oprime manifestações empíricas e cognitivas dos países periféricos (incompletude, primitivismo, irracionalidade, desvio), como exige a sua conformação (modernização). GONÇALVES, Guilherme Leite. Pós-colonialismo e teoria dos sistemas – notas para uma agenda de pesquisa sobre o direito. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (Org.). *Dossiê Niklas Luhmann*, p. 253-4.

[345] VILLAS BÔAS FILHO, Orlando, op. cit., p. 268.

[346] Idem, ibidem, p. 271. O autor detalha cada uma dessas consequências, respectivamente, nas p. 271ss. e 282ss. Somente com as ressalvas assinaladas se pode aceitar, por exemplo, uma afirmação contundente como a que faz Reinhart Koselleck ao iniciar seu livro *Crítica e Crise*: "De um ponto de vista histórico, a atual crise mundial resulta da história europeia. A história europeia expandiu-se em história mundial e cumpriu-se nela, ao fazer com que o mundo inteiro ingressasse em um estado de crise permanente". KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise*: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 2009, p. 9.

[347] VILLAS BÔAS FILHO, Orlando, op. cit, p. 277.

Para tanto, é preciso não tomar as realidades europeia e estadunidense como arquétipos de toda a modernidade ocidental, pois essa prática "carrega consigo o perigo de uma reprodução, ainda que involuntária, da ideia de um sentido unívoco e predeterminado para o devir histórico"[348]. Por isso, a fim de afastar esse perigo, que levaria à imposição de "um parâmetro normativo que corre o risco de ressuscitar a velha ideia de progresso, característica das grandes narrativas desenvolvidas sob o influxo das velhas teorias filosóficas da história"[349], faz-se necessário o emprego de um instrumental teórico específico.

Em primeiro lugar, a teoria dos sistemas sociais apresenta-se como descrição adequada à estrutura da sociedade moderna. Ao atribuir lugar de destaque ao tipo de diferenciação desta sociedade, distingue-a das sociedades pré-modernas em termos evolutivos, isto é, estruturais. Contudo, não está apta a fazer uma análise consistente no que tange à formação histórica da sociedade atual, que considere rigorosamente a elaboração da miríade de formas sociais singulares que se configuraram e ainda se configuram de maneira concreta.

Então, num segundo momento, a teoria dos tempos históricos, tal qual formulada por Koselleck, tem sua eleição justificada: primeiramente, por ter no conceito-chave de sua compreensão específica sobre a modernidade – o tempo histórico, entendido como o distanciamento entre espaço de experiência e horizonte de expectativa – um produto da transformação social que culminou na modernidade, o que insere na própria teorização sobre a modernidade a tensão temporal histórica que dá sentido à nova configuração temporal do mundo, conquanto sem estendê-la em um movimento de generalização – o que consistiria em desconsiderar a historicidade da sua origem. De fato, ao final de um artigo central a respeito do tema, Koselleck afirma:

> Com isso, ao mesmo tempo ficou claro que nossa suposição antropológica, isto é, a assimetria entre experiência e expectativa, era um produto específico daquela época de brusca transformação em que essa assimetria foi interpretada como progresso. Nossas categorias, na verdade, oferecem algo mais do que um modelo de explicação para a gênese de uma história progressiva, que foi conceitualizada pela primeira vez sob a forma de 'tempos modernos'. Elas nos remetem também à parcialidade das interpretações progressivas[350].

Além disso, ela não se impõe normativamente como uma das filosofias da história típicas do início da modernidade, que definiam um sentido único da história; em vez disso,

---

[348] VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, p. 278.
[349] Idem, ibidem, p. 279.
[350] KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado*: contribuição à semântica dos tempos históricos, p. 327.

estabelece o esquema temporal explicativo que parte de uma teoria das múltiplas temporalidades, no qual podem ser inseridas e explicadas essa filosofia e as demais tentativas de descrição do novo tipo de sociedade que surgia, bem como as tentativas atuais de tratamento semântico da sociedade enquanto "moderna".

Nestes termos, o tempo histórico moderno, sob a perspectiva koselleckiana, resta historicamente consolidado; mas, teoricamente elaborado, pode desprender-se de sua condição histórica e servir de esquema formal explicativo da temporalidade da sociedade moderna. Esse procedimento metodológico tem o condão de reter o esquema abstrato, enquanto traço constitutivo comum a todas as regiões da sociedade moderna, o que permite aprofundar a compreensão das singularidades destas, haja vista que não se formula uma concepção homogeneizada de modernidade, nem se erige um processo seletivo singular ao nível de padrão de modernidade.

Destarte, não queda desconsiderada a seletividade, "entendida como a realização parcial de aspectos do que usualmente é associado à singularidade da cultura ocidental", a qual, de acordo com o pensamento de Jessé Souza, "é um atributo comum a todas as formas concretas de desenvolvimento observáveis na história do ocidente"[351]. Pelo contrário, apresenta-se um aparato conceitual que permite a compreensão concreta de situações históricas nas quais cada região apresenta parcialmente aspectos daquilo que se atrela à cultura ocidental em termos de modernidade, primando-se, desta maneira, pela apreensão das singularidades de contextos históricos e sociais específicos.

Portanto, desenraizando-se da sua origem historicamente situada, o tempo histórico se estabelece como um esquema abstrato que permite a descrição dos sistemas sociais, a partir de uma semântica temporal moderna. O tempo histórico e os conceitos que giram em torno dele – além de sua adequação à sociedade moderna, haja vista que fundamentados por sua própria modernidade, por terem dado nascimento a esta e nela se terem germinado – têm o mérito, em razão de sua formalidade, de permitirem a descrição das temporalidades diversas de cada região, considerando-se as singularidades próprias de cada uma, advindas dos processos concretos de seletividade pelos quais sofreram a específica ruptura paradigmática que lhes permite se adjetivarem como modernas.

---

[351] VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, p. 282.

CONCLUSÃO

> Todo se metamorfoseaba, regresando a la condición primera. El barro, volvió a barro, dejando un yermo en lugar de la casa.
>
> Alejo Carpentier, *Viaje a semilla*

Da noção de modernidade para fundamentar sociologicamente a prática historiográfica atual à fundamentação histórica dos tempos da modernidade, a relação entre as teorias de Luhmann e Koselleck parecem ser profícuas, sociologia e história fornecendo-se contribuições recíprocas em uma sociedade que não admite o monopólio de uma só forma de observação e tem no conhecimento não um depósito de saberes acumulados, mas uma operação complexa de comprovação.

A história do direito, repensada nestes termos, precisa ser vista como algo mais do que o registro da sucessão das normas, especialmente quando se analisa uma sociedade que não é a sociedade moderna, funcionalmente diferenciada, isto é, na qual a positivação não tem o papel central que tem nesta. Afinal, como diz Luhmann,

> [n]ão é um mero acaso que esse processo de positivação do direito se dê em paralelo ao pleno desenvolvimento da diferenciação funcional. (...) A diferenciação funcional do sistema social e a positividade do direito convergem nesse traço básico de complexidade e contingência superdimensionadas – uma sobrecarga que a sociedade se auto-impõe e que desencadeia processos seletivos internos ao sistema[352].

Somente a tomada de consciência histórica (para utilizar um termo de outra tradição filosófica, preocupada com problemas afins[353]) permite o distanciamento com relação ao próprio presente. Isto é, para não incorrer em anacronismos perversos, faz-se necessário reconhecer a própria historicidade e a posição social que se ocupa. Ignorar o conhecimento sobre a sociedade moderna para não cometer anacronismos mostra-se, no máximo, um paliativo, que não impede esse mal, fazendo apenas esconder os paradoxos irrefletidos.

---

[352] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*, vol. 1, p. 237.

[353] "O aparecimento de uma tomada de consciência histórica", diz Gadamer, "constitui provavelmente a mais importante revolução pela qual passamos desde o início da época moderna", entendendo por consciência histórica "o privilégio do homem moderno de ter plena consciência da historicidade de todo presente e da relatividade de toda opinião". GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 17.

Diante disso, toda história, e a história do direito em particular, precisa ter na sua base uma noção minimamente adequada sobre o que é a sociedade em que ela própria está inserida e a partir da qual faz as suas descrições. Essa exigência, que pode ser estendida a todo observador, é especialmente relevante para o caso da observação histórica, uma vez que esta não pode ser reconhecida como a observação de um sistema exclusivo, sendo necessário especificar qual é o sistema observador que faz a descrição histórica.

Além disso, é necessário que a abordagem histórica tenha consciência não apenas da sua historicidade e da sua condição moderna, mas também da de seu objeto de estudo – no caso que nos interessa, o direito. Este, por ser um sistema, isto é, uma forma, e não um objeto, não está estaticamente disponível, à espera da descrição de sua história. Sendo um sistema dotado de autorreferencialidade, inclusive de reflexão, o sistema jurídico produz as suas autodescrições e, mediante elas, as suas próprias identidades. Tais autodescrições e identidades não podem ser desconsideradas pelo observador de sua história, pois esta não decorre do cravejamento de sentidos antigos em textos imemoriais, mas da tensão atual entre as descrições textualizadas do sistema jurídico. Assim, sem a compreensão do direito presente, a narração histórica do direito passado tende a se parecer mais com um trabalho de antiquário, que coloca à exposição itens que despertam algum interesse por sua antiguidade, mas que não se sabe ao certo para que serviram. E, neste ponto, o intercâmbio com a sociologia, que tem o mérito de ser contemporânea ao seu objeto de estudo, embora exija cautela, pode ser proveitoso.

Desta maneira, por exemplo, como se sabe que o direito é formado por comunicações, não podendo ser definido por estruturas (como as normas), e sendo a positivação uma característica da sociedade moderna, torna-se improvável que a descrição histórica de um direito pré-moderno seja feita mediante a exposição da codificação e das mudanças legislativas então feitas. Como o direito passa a ser definido sociologicamente em torno de uma função, de inúmeras maneiras executável, de estabilização das expectativas – o que confere uma precisão maior que uma formulação como "manuseio e administração institucionalizada de uma concepção de justiça"[354] –, as explicações sociológicas acerca das mudanças estruturais sociais e das equivalências funcionais podem auxiliar a observação histórica a ver, no direito de uma sociedade passada, a forma de operação de que ele se revestia nessa sociedade, e não um corpo legislativo, que parece adquirir proeminência apenas na sociedade moderna. Assume-se explicitamente um

[354] KOSELLECK, Reinhart. *Estratos do tempo*: estudos sobre história, p. 314.

anacronismo inevitável, do ponto de partida da observação, mas estabelece-se a possibilidade de observar e confrontar descrições do direito, o que, somado à compreensão do direito contemporâneo pelo historiador, acautela-o contra o anacronismo semântico, que ocasiona confusões temporais, como a remissão indevida de problemas presentes ao passado.

Ademais, o papel das descrições do direito para a observação histórica sobre esse sistema mostra-se especialmente relevante porque a semântica, produto de tais descrições, é uma das principais formas de acesso aos presentes passados, uma vez que estão fixadas em textos, cujo substrato físico garante a reutilização das referências de sentido ao longo do tempo; as estruturas sociais passadas, diferentemente, não são diretamente observáveis, porque os estados presentes passados dos sistemas não pertencem nem ao sistema observador nem a seu ambiente, isto é, estão ausentes da forma do sistema e precisam ser introduzidos por meio de operações sistêmicas de observação. A fixação semântica das autodescrições, portanto, cuja atualização se faz a cada leitura presente, leva a uma sobreposição de estratos de descrições e autodescrições que fixam uma identidade plural para o direito, a qual a observação histórica precisa levar em consideração. Deste modo, é fundamental para a história do direito analisar as identidades semânticas historicamente construídas. Como exorta Koselleck na introdução ao *Geschichtliche Grundbegriffe*, "[n]inguna investigación histórica debe reducir el tratamiento de la expresión lingüística y de la autointerpretación de épocas pasadas o presentes a una simple fase transitoria de dicha investigación"[355].

Por outro lado, a partir das distinções feitas neste trabalho, compreende-se melhor o que significa dizer que o direito é uma máquina histórica. Quando se diz que os sistemas sociais são máquinas históricas, isto é, não triviais, o que se reconhece é característica deles de depender do seu passado e ter um futuro imprevisível. A adjetivação desse tipo de "máquina" como "histórica" indica, portanto, a função de uma memória seletiva que está no cerne da construção de uma temporalidade não circular e a historicidade constituída por essa elaboração sempre presente dos passados e futuros presentes do sistema, por meio das próprias operações e assimetrizações produzidas por auto-observações. A história do direito que foi objeto principal deste estudo não é essa historicidade que decorre da autopoiese, mas a observação e descrição histórica e o seu produto, que adota a forma semântica. A metáfora cibernética de máquinas não-triviais ou históricas, aplicada aos

---

[355] KOSELLECK, Reinhart. Un texto fundacional de Reinhart Koselleck. Introducción al *Diccionario* histórico de conceptos político-sociales básicos en lengua alemana, p. 93.

sistemas sociais, dentre os quais o sistema jurídico, não perde a sua validade em decorrência dessas observações. Mas se faz necessário algum cuidado para não entender, com esse termo, a descrição histórica e suas implicações, que foram tratadas especialmente no Capítulo 3. Nesse sentido, apesar de o conceito de máquina histórica requerer a capacidade de auto-observação do sistema a que se aplica, ele indica o nível operacional, não as descrições produzidas pelo sistema.

De outra parte, é importante frisar que a história do direito não precisa se apropriar do arcabouço conceitual da teoria sociológica dos sistemas sociais. Apesar de ser possível uma história da sociedade como história dos meios de comunicação ou de difusão – caso em que a análise das fontes se aproximaria da abordagem sociológica evolutiva, em virtude da centralidade da mudança estrutural da sociedade e do caráter acumulativo similar àquele presente em abordagens como a história da técnica ou da tecnologia –, daí não decorre que toda observação histórica se desenvolva em torno de preceitos sociológicos. Pelo contrário, tamanha aproximação entre história e evolução não é a regra, nem deve servir de modelo geral para futuras historiografias.

De fato, uma análise histórica centrada nos desenvolvimentos teórico-sistêmicos, vinculada a conceitos como comunicação, contingência ou autopoiese, perderia sua especificidade enquanto disciplina do sistema científico. A autonomia dessa disciplina, objeto de divergências desde o advento das ciências sociais, somente se sustenta pela continuidade das características que lhe são próprias – as quais, justamente, são a razão tanto de sua autonomia quanto das controvérsias sobre a sua legitimidade enquanto saber cientificamente produzido –, entre as quais se destaca a utilização da narrativa, pautada em entrelaçamentos de ações e estruturas sociais e na formulação de causalidades explicativas.

Foi a prática historiográfica nesses moldes, inclusive, que deu subsídios históricos para a elaboração de grandes teorias sociais, como a sociologia sistêmica de Luhmann, que, na maioria de seus textos, se socorre de materiais dessa ordem. Isso se explica, pela própria teoria dos sistemas sociais, pelo fato de que a comunicação não se observa como comunicação, mas como ação ou vivência, pois depende da atribuição de responsabilidade pela seleção de sentido, o que quebra a circularidade das operações sociais. Se é necessário para a observação social esse tipo de atribuição, da qual uma das principais características é a assimetrização das relações temporais, seria um equívoco esperar da abordagem histórica uma descrição sistêmica da sociedade e uma conversão da ação para a comunicação como principal elemento da prática historiográfica.

A observação histórica – e, especificamente, com relação à história que nos interessa neste trabalho, a história do direito – faz isso: narra, atribui, assimetriza as temporalidades sociais. E, deste modo, assim como a sociologia não se submete à narrativa histórica, esta não se prende às formulações sociológicas. A contribuição que a teoria dos sistemas sociais pode fazer à observação histórica não consiste na transfusão completa de suas concepções teóricas, premissas e aparato conceitual, para serem utilizados com pretensões de análise histórica, mas sim na reorientação da compreensão sobre o que é a observação histórica e qual é a sua posição na sociedade moderna, inclusive frente a esse seu possível objeto de pesquisa, o direito. Essa reorientação não vincula, mas potencializa a reflexão sobre as condições e possibilidades da escrita da história e aumenta a imunização contra anacronismos indesejados. Diante disso, a contribuição que a teoria dos sistemas sociais pode ofertar não se liga diretamente à prática historiográfica, mas à teoria da história. Trata-se de um aumento da capacidade de reflexão, que certamente contribui para a abordagem histórica, sem subtrair sua autonomia científica e sem subvertê-la a mero apêndice de uma compreensão social sistêmica abarcadora de todas as formas de saber.

Nesse sentido, é necessário ter cautela, especialmente, com a afirmação decorrente da teoria dos sistemas sociais de que somente há o presente, a partir do qual as diferenças temporais são constituídas. Essa asserção está certa, mas precisa ser matizada. Apesar de não existirem presentes passados a serem observados diretamente por quem se interesse por eles (ou seja, pelos historiadores), sendo toda descrição sobre o passado uma formulação a respeito do passado presente, deve-se questionar, igualmente, quão direta é a observação sobre o presente presente. Isto é, se todas as operações são simultâneas no estado atual, mesmo as observações sobre objetos de pesquisa que lhes são contemporâneos (a abordagem sociológica sobre o direito, por exemplo), que são observações de segunda ordem, estão sempre defasadas e não podem apreender diretamente o seu objeto, uma vez que o ato da descrição promove uma mudança temporal que elimina a sincronia entre os sistemas observador e observado. Essa questão é ainda mais delicada quando se considera que a operação descritiva sobre a sociedade é autológica, pois é feita na própria sociedade e, por isso, altera o sistema observado, ao qual pertence, com o mero ato de descrever. Deste modo, assim como um sistema supõe a realidade do seu ambiente, que é o lado da forma não indicado, a observação histórica presente supõe a realidade do seu passado, de modo que, apesar de estar fadado a nunca descrever adequadamente o seu objeto de pesquisa, o historiador não deve deixar de narrá-lo como sendo, efetivamente, um fenômeno pertencente a um presente passado. Na linha

do que afirma Jaap den Hollander, é da própria tensão entre presente passado e passado presente que emana a força da pesquisa histórica moderna. Nesse sentido, ele está certo ao concluir que

> [c]ontrary to sociologists historians are self-conscious storytellers, as Luhmann rightly though somewhat condescendingly notices (...). They can take advantage of a systems theory like Luhmann's, but only in their capacity of auctorial narrator. The theory may help them in asking the right questions and finding new structures, but it represents only the perspective of the present past, the voice-over so to speak. Historians should also pay attention to the viewpoint of the historical agent in his or her past present in order to keep the narrative lively. This explains why they are more interested in the past as such then sociologists are and why they will not soon give up the individual action perspective. The tension between the perspectives of present past and past present is and will probably remain an important ingredient of modern historiography[356].

Assumida, portanto, uma posição de autonomia e contribuição entre a observação histórica, especialmente enquanto disciplina científica, e a sociologia, uma teoria da história como a teoria dos tempos históricos pode apropriar-se das descrições sociológicas como um ponto de partida para a compreensão de sua condição social moderna, o que a auxilia como parâmetro para a definição autônoma de seus conceitos, limites, objetos e métodos. E, ao oferecer uma concepção sobre as múltiplas temporalidades, que reforça o papel, na modernidade, da tensão entre espaço de experiência e horizonte de expectativa, essa teoria da história contribui, em troca, para que a semântica e a estrutura social sejam apreendidas em sua dimensão temporal, o que leva a história do direito a se configurar, principalmente, como uma história do sentido desse sistema social.

---

[356] HOLLANDER, Jaap den. Historicism, Hermeneutics, Second Order Observation: Luhmann Observed by a Historian. In: LOPEZ-VARELA, Asunción (ed.). *Social Sciences and Cultural Studies* - Issues of Language, Public Opinion, Education and Welfare. Rijeka: Intech, 2012, p. 55.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo. *Confissões; De Magistro*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

ANTONIL, André João. *Cultura e Opulência do Brasil por suas Drogas e Minas*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007.

ARAÚJO, Cícero; WAIZBORT, Leopoldo. Sistema e evolução na teoria de Luhmann. *Lua Nova – Revista de Cultura Política*, São Paulo, n. 47, p. 179-186, 1999.

BACHUR, João Paulo. *Às portas do labirinto*: para uma recepção crítica social de Niklas Luhmann. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BLOCH, Marc. *Apologia da história, ou, O ofício do historiador*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRETONE, Mario. *Diritto e tempo nella tradizione europea*. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli, 2001.

_____. *Il diritto in Grecia e a Roma*. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli, 1994.

BROWN, George Spencer. *Laws of form*. New York: Julian Press, 1979.

BURKE, Peter. *A Revolução Francesa da historiografia*: a Escola dos Annales, 1929-1989. São Paulo: Ed. Unesp, 1991.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e diferenciação social.* São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O direito na sociedade complexa.* São Paulo: Max Limonad, 2000.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco*: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____; *Direito, Tempo e Memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____; LUHMANN, Niklas. *Teoría de la sociedad.* Guadalajara: Universidad de Guadalajara; Universidad Iberoamericana; Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993.

DOSSE, François. *A história*. Bauru, SP: EDUSC, 2003.

DOSSE, François. História e historiadores no século XIX. In.: MALERBA, Jurandir (org.). *Lições de história*: o caminho da ciência no longo século XIX. Porto Alegre, RS: Editora FGV: EdiPUCRS, 2010, p. 15-31.

FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

FEBVRE, Lucien. De 1892 a 1933: Exame de consciência de uma história e de um historiador. In: _____. *Combates pela história*. Lisboa: Editorial Presença, 1989.

FERES JÚNIOR, João. Introdução a uma crítica da modernidade como conceito sociológico. *Mediações - Revista de Ciências Sociais*, Londrina: UEL, v. 15, n. 2, p. 28-41, jul./dez. 2010.

_____ (org.). *Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

_____; JASMIN, Marcelo Gantus (Org.). *História dos conceitos*: debates e perspectivas. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Ed. Loyola: IUPERJ, 2006.

_____; JASMIN, Marcelo Gantus (Org.). *História dos conceitos*: diálogos transatlânticos. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Ed. Loyola: IUPERJ, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Pós-colonialismo e teoria dos sistemas: notas para uma agenda de pesquisa sobre o direito. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (Org.). *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013, p. 249-277.

_____; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais*: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUMBRECHT, Hans Ulrich. "A velha Europa" e "o Sociólogo". Como se relaciona a teoria de Niklas Luhmann à tradição filosófica?. *Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação - E-compós*, Brasília, v. 15, n. 3, set./dez. 2012.

_____. *Graciosidade e estagnação*: ensaios escolhidos. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1983.

HOLLANDER, Jaap den. Historicism, Hermeneutics, Second Order Observation: Luhmann Observed by a Historian. In: LOPEZ-VARELA, Asunción (ed.). *Social Sciences and Cultural Studies* - Issues of Language, Public Opinion, Education and Welfare. Rijeka: Intech, 2012, p. 39-58.

HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo*: saggi di filosofia del diritto. Milano: Giurfrè Editore, 1998.

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

JORDHEIM, Helge. Against Periodization: Koselleck‘s theory of multiple temporalities. *History and Theory* 51, Wesleyan University, p. 151-171, May 2012.

KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise*: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 2009.

_____. *Estratos do tempo*: estudos sobre história. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2014.

_____. Estructuras de repetición en el lenguaje y en la historia. *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), Madrid, n. 134, p. 17-34, dic. 2006.

_____. *Futuro passado*: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

_____. Linguistic Change and the History of Events. *The Journal of Modern History*, vol. 61, n. 4, p. 649-666, Dec. 1989.

_____. *The practice of conceptual history*: timing history, spacing concepts. Stanford University Press: Stanford, California, 2002, p. 24.

_____. Un texto fundacional de Reinhart Koselleck. Introducción al *Diccionario* histórico de conceptos político-sociales básicos en lengua alemana. *Revista Anthropos: Huellas del conocimiento*, Barcelona, n. 223, p. 92-105, 2009.

_____; et al. *O conceito de História*. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

LUHMANN, Niklas. *Essays on Self-Reference*. New York: Columbia University Press, 1990.

_____. *El derecho de la sociedad*. México: Editorial Herder, 2006.

_____. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

_____. *La ciencia de la sociedad*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: Ceja, Pontificia Universidad Javeriana, 1996.

_____. *La sociedad de la sociedad*. México: Editorial Herder, 2007.

_____. Pretese nei confronti della sociologia storica. *Storiografia – rivista annuale di storia*, Pisa-Roma: Fabrizio Serra, n. 12, p. 154-159, 2008.

_____. *Risk*: A Sociological Theory. New York: Aldine de Gruyter, 1993.

_____. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1978.

_____. *Social systems*. Stanford University Press: Stanford, California, 1995.

_____. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

_____. *Struttura della società e semantica*. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli, 1983.

_____. The Future Cannot Begin: Temporal Structures in Modern Society. *Social Research*, vol. 43, n. 1, p. 130-152, Spring 1976.

_____. The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History. *Journal of Law and Society*, vol. 15, n. 2, p. 153-165, Summer 1988.

MUNSLOW, Alun. *Desconstruindo a história*. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2009.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NOVAIS, Fernando Antonio; SILVA, Rogerio Forastieri da. Introdução: para a historiografia da Nova História. In: _____ (Org.). *Nova história em perspectiva volume 1*. São Paulo: Cosac Naify, 2011, p. 7-70.

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

RICOEUR, Paul. *Na escola da fenomenologia*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

VILLACAÑAS, José Luis; ONCINA, Faustino. Introducción. In: KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Georg. *Historia y hermenéutica*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1997.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A historicidade da dogmática jurídica: uma abordagem a partir da *Begriffsgeschichte* de Reinhart Koselleck. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; BATALHA, Carlos Eduardo; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Org.). *Nas fronteiras do formalismo*: a função da dogmática jurídica hoje. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, v. 1, p. 27-61.

_____. *Ancient Law* – Um clássico revisitado 150 anos depois. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 106/107, p. 527-562, jan./dez. 2011/2012.

_____. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: PISSARRA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento (Coord.). *Direito e filosofia*: a noção de justiça na história da filosofia. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 129-150.

_____. Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 108, p. 651-696, 2013.

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

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

_____. Uma teoria sociológica da justiça: Niklas Luhmann e a justiça como fórmula de contingência. *Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 4, n. 1, p. 387-408, jan./dez. 2013.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva, vol. 1. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2014.