

Autopoiese da comunicação do Direito? O desafio da Teoria dos Meios de Comunicação¹

Autopoiesis of Legal-Communication? The Challenge of Media Theory

Thomas Vesting²

Johann Wolfgang-Goethe Universität, Alemanha

t.vesting@jur.uni-frankfurt.de

Resumo

O presente artigo discute, primeiramente, a relação entre linguagem, comunicação e formação do conhecimento, revisitando o pensamento de Luhmann e de teóricos da linguagem, como Saussure. Ainda nesse sentido, o caráter autopoietico da comunicação é tomado em destaque. Na sequência, a comunicação no Direito e o seu caráter autopoietico são discutidos sob diversas perspectivas da Teoria do Direito, em especial da Teoria dos Sistemas de Luhmann.

Palavras-chave: Teoria do Direito, Teoria da Mídia, autopoiese.

Abstract

This article discusses, initially, the relationship between language, communication and formation of knowledge, revisiting the thought of Luhmann and of thinkers of language, like Saussure. Also in this sense, the autopoietic nature of communication is highlighted. Then the communication in Law and its autopoietic character are discussed from innovative perspectives of the Theory of Law, in particular of Luhmann's Systems Theory.

Keywords: Theory of Law, Media Theory, autopoiesis.

¹ Traduzido para o português por Elis Lauxen (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos) e Marcelo Kindel (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos). Revisado por Pedro Henrique Gonçalves de Oliveira Ribeiro (Goethe Universität, Frankfurt am Main).

² Professor Catedrático de Direito Público, Direito e Teoria dos Meios de Comunicação, pela Johann Wolfgang-Goethe Universität. Fachbereich Rechtswissenschaft. Grüneburgplatz 1, Postfach 04, Raum 3.111, 60323, Frankfurt am Main, Alemanha.

Introdução: linguagem, conhecimento universal, comunicação

Toda cognição pressupõe um conhecimento adquirido anteriormente, que não pode ser constituído pelo ato de conhecer em si. Antes que a cognição possa ser realizada, é preciso que haja um estoque de conhecimento coletivo (implícito), porque só então algum conhecimento novo poderá ser identificado, ou seja, só assim será possível diferenciar informações de redundância. Não há, portanto, o “começo do começo” (Foerster, 2002, p. 29). A dependência de toda a cognição de um mundo e de um conhecimento (implícito), que nunca poderá ser negado completamente em um “começo absoluto”, torna-se particularmente evidente quando se coloca em jogo a linguagem: é preciso saber falar uma língua, antes que um novo pensamento possa ser concebido e articulado; isso é especialmente verdadeiro quando se assume com Wilhelm von Humboldt e a nova filosofia da linguagem, que a formação de um pensamento requer necessariamente o meio da linguagem, “as formas gerais de nossas sensações”³. Em outras palavras, pensar através da linguagem somente será bem-sucedido mediante uma linguagem coletiva, uma linguagem pública. Ideias e pensamentos apenas podem ser articulados em uma linguagem pública, aberta. Uma linguagem só se torna pública quando há um estoque fixo de regras gramaticais e quando uma existência já comprovada do uso real das palavras foi estabelecida dentro de uma “comunidade de fala”. Somente nestas condições dar-se-á a comunicação no sentido de uma ação social. Onde não há qualquer significado geral compartilhado das palavras “belo” e “rico”, não haverá a compreensão dessas palavras.

Esta introdução “epistemológica” serve, inicialmente, apenas para mostrar que a língua – como a incorporação de regras e regularidades praticadas – contém um conhecimento comum e autônomo em relação a cada ato de fala respectivo. De fato, a língua não pode ser pensada sem comunicação – nem a língua falada, em particular, sem a presença humana. No entanto, as leis da linguagem e o conhecimento comum a elas inerente não podem ser reduzidos às intenções individuais, caso contrário, parafraseando Wittgenstein, a

crença nas regras da língua seria o mesmo que o seu uso (Wittgenstein, 2003, § 202). Verifica-se aqui um excesso constitutivo. A linguagem é – de acordo com uma fórmula de Christian Stetter – um “geral distributivo” (Stetter e Chomsky, 2004, p. 193, 206)⁴, que é mais do que a soma das contribuições individuais de seu público. Também, e exatamente por ser uma forma de manifestação do social, a comunicação linguística representa um “sistema de ordem superior”, onde “os contatos são selecionáveis e o sistema, dependendo dos contatos escolhidos, realiza diferentes estruturas” (Luhmann, 1997, p. 194; Baecker, 2005b, p. 22). Em uma tradição linguística influente, fundamentada especialmente por Saussure, esta percepção da autonomia da linguagem levou, inclusive, a uma grande separação do empirismo da fala: Saussure estabeleceu uma abrupta distinção entre *langue* como um sistema estável e *parole* como um sistema volátil e definiu a *langue* como um objeto duradouro de conhecimento semiológico, acima de qualquer utilização empírica da língua. *Parole*, no entanto, restou compreendida como o uso de um modelo abstrato, de acordo com o exemplo da sinfonia e da apresentação (ver também Krämer, 2001, p. 19). Aliás, foi com conotações “intelectualistas” ou “lógicas” semelhantes que o positivismo jurídico construiu no século 19 a relação entre a lei e sua aplicação a um caso individual.

Encontramos uma oposição hierárquica comparável de linguagem, conhecimento geral e comunicação também na hermenêutica gadameriana. Diversamente de Saussure, Gadamer não vê a língua como uma ordem diferencial, ou signo arbitrário, porém a vê como encaixe necessário de significados linguísticos e estéticos em um conjunto histórico contínuo. Mas, como em Saussure, também em Gadamer a compreensão de uma linguagem aponta, necessariamente, para um conhecimento geral. Gadamer tenta explorar esta generalidade através de imagens, a experiência da arte. As obras de arte, tal a sua tese principal, trazem à tona, em uma representação transformadora, um ser maior. Principalmente as pinturas modernas contêm um contato (positivo) indissolúvel com o mundo que, por meio de um encontro individual com a obra de arte, é (re)presentado de forma mais intensa (Gadamer, 1960, p. 128, 137; Grondin, 2000, p. 74; Baecker, 2005a, p. 186). É o retrato do rei que faz com que o rei em carne e osso assuma a sua completa realidade. A validade objetiva da obra de arte não é

³ Humboldt, citado por Stetter (1997, p. 404). O comentário faz alusão à frase frequentemente citada de Humboldt que refere que a linguagem é o órgão que molda o pensamento. Esta visão deu suporte para a transformação da filosofia em filosofia da linguagem (e da teoria do conhecimento em uma epistemologia social), tornando-se quase um lugar comum, mas só quase, porque contradiz especialmente a filosofia transcendental kantiana, em que a língua foi posta no mesmo nível subordinado da imaginação e da representação sensorial em contraponto ao pensamento “puro”. Assim, a sua importância para o pensamento contido no sujeito seria diminuída. Cf. Stetter (1997, p. 397); para a negligência da linguagem em Kant, ver Simon (2003, p. 559; Rorty, 1981, p. 152, nota 4).

⁴ Ver também Stetter (1997, p. 266): “distributiv allgemeine Größe”.

atribuída e postulada a partir daí simplesmente como “ontológica”, mas sim, conectada com a língua dentro de um conhecimento geral, em um “entendimento prévio” que supera o pensamento da subjetividade, no qual o horizonte do mundo da arte está contextualizado, e é somente nele que o seu significado pode ser apreendido. Gadamer posiciona a segurança transubjetiva da possibilidade de compreensão mais como uma “autoridade vertical”, que não é o sistema estável da língua em si (como em Saussure), mas sim, um contexto de continuidade histórica *pré-dado* antes de ser *dado*.

Autopoiese da comunicação

Luhmann definiu comunicação, em diversas publicações diferentes, como a síntese de seleções variadas, que é fechada em forma de compreensão através do processamento de uma informação comunicada (Luhmann, 1995, p. 115, 1984a, p. 193). Enquanto para a nova filosofia da linguagem o problema da língua sempre tem também um lado cognitivo, o conceito de comunicação de Luhmann está baseado em uma análise de sentido apoiada em Edmund Husserl. Esta análise de sentido supõe que “a consciência não opera somente de forma pré-conceitual, mas também de forma pré-linguística, e, sendo assim, opera no mundo fechado de sensações e imaginação” (Baecker, 2005b, p. 16), similarmente como Kant pensou a língua como sendo subordinada ao “puro” pensamento, ocupando seu espaço no nível da imaginação e da representação sensorial. O sentido é atribuído, desta forma, primeiro à diferenciação entre atualidade e potencialidade, independente da língua. No contexto de comunicação *linguística*, esta distinção é enriquecida pela distinção entre “meio” e “forma”, e comunicação é especificada como uma determinação atual de uma forma em si instável: “A esposa de Nicolas Sarkozy usa Prada”, escreve o jornal *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, e no instante seguinte minha esposa lembra-me do fato de que as camisas devem ser buscadas na lavanderia. A notícia desintegra-se novamente em seu “meio”, na quantidade indefinida de possibilidades estáveis, nas palavras da língua (alemã) por meio das quais o jornal deu “forma” à sua notícia. Neste plano de fundo – aqui brevemente esboçado – os sistemas de comunicação são modelados por Luhmann como formas recursivas e conectadas em rede, nas quais “acontecimentos geram estruturas e estruturas dirigem acontecimentos” (Luhmann, 1997, p. 195). O enlace de acontecimentos e estrutura, do “meio” e da “forma”, realiza-se no instante

em que uma ação comunicativa (proposital) é compreendida, ou seja – em situação social comum –, por uma consciência individual.

Para Luhmann, o que conta é o efeito de *compreender* uma ação comunicativa, no sentido de conclusão de um episódio comunicativo por meio de *novos* atos de comunicação, rejeitados ou aceitos. A comunicação linguística é observada sob o ponto de vista (funcionalista) das pressões e das possibilidades para estabelecer conexões que são constantemente produzidas. A comunicação linguística, por ser uma atividade social, é dependente das conexões estruturais de sistemas psíquicos (interpenetração) (Luhmann, 1997, p. 92, 108, 1984a), mas ela forma, por sua vez, um nível emergente, “um sistema de ordem superior” (Luhmann, 1997, p. 194). Neste nível de uma ordem mais elevada, a comunicação não é um recipiente para quaisquer pretensões racionais. Ela é unicamente estruturada pelo código binário da língua, onde “para tudo que é dito, há uma versão positiva e outra negativa disponíveis” (Luhmann, 1997, p. 221). A sala onde aconteceu a conferência de Luhmann em Oñati é – como o mundo – dada. Mas no meio (*Medium*) da linguagem eu posso facilmente caracterizar esta sala como horrível, inaceitável, inabitável, sinistra; posso falar que a sala está destruída, já há muito tempo decaída, que nem existe, podendo dizer inclusive que a conferência de Luhmann em Oñati é uma mentira. Com esta fala, no dia da conferência eu não teria sucesso, pois a percepção de todos os presentes seria outra. Mas depois que eu tivesse escrito um artigo para o *German Law Journal*, dizendo que a conferência de Luhmann em Oñati teria sido apenas um grande blefe, a dúvida acerca da verdade ficaria completamente alterada. Alguém escreve uma resposta: a conferência de Luhmann ocorreu, a sala não era nem horrível nem sinistra, mas de grande beleza e elegância. Luhmann pressupõe, em outras palavras, que, por meio da linguagem, uma comunicação autônoma, separada das circunstâncias reais, pode evoluir e que ela pode produzir o seu próprio passado, o seu próprio “espaço de memória”⁵. Este espaço de memória delimita um horizonte de expectativas futuras e reduz possibilidades de conexão para uma comunicação subsequente (*narrowing of choice*). Uma vez em movimento, a comunicação produz irritações em seu ambiente e impulsiona para uma nova comunicação. Mas, nesta rede recursiva, a comunicação linguística não flui infinitamente como um rio, devendo ser, em função de seu caráter de acontecimento, sempre motivada e mantida em movimento por novas ações comunicacionais.

⁵ Ver Assmann (1999); sobre a teoria atual da memória de Luhmann, ver também: Giorgi (2005, p. 99).

A concepção da autopoiese da comunicação aponta, desse modo, para o problema da capacidade de autorreprodução dos sistemas sociais, da construção de conjuntos de continuidade na sociedade e no Direito – depois que a sociedade moderna desmanchou “os últimos marcos de orientação da certeza” e surge uma nova “receptividade para o desconhecido na história” (Lefort, 1999, p. 54). Mas, na medida em que Luhmann compreende a comunicação linguística como um acontecimento, em princípio, descontínuo e que essa descontinuidade está no centro de sua teoria, o problema da motivação para a próxima comunicação ganha grande importância já no nível do sistema social.

Neste sentido, o pensamento de Luhmann se diferencia fundamentalmente da linguística de Saussure. No lugar de uma hierarquia entre *langue* e *parole*, aparece a ideia heterárquica de um uso da língua que emprega estruturas, da recursividade da comunicação, da reutilização de regras da língua no momento da comunicação e, ao mesmo tempo, sua mudança por ela. O constante *tornar-se* do sistema autopoético, um sistema que é amparado somente pelos depósitos de suas estruturas produzidas por eventos, além de todas as conexões tradicionais, o diferencia ao mesmo tempo da compreensão da Hermenêutica. Enquanto que a experiência estética, para Gadamer, aponta necessariamente para um “modo de ser da obra de arte” objetivo – e subtraído do caráter de evento que tem a compreensão (Gadamer, 1960, p. 96) –, a comunicação, para Luhmann, é um caso de atos descontínuos, um sistema que permanentemente cai no vazio, e sua formação estrutural deve ser sempre instigada por ele mesmo através da injeção de novas operações. Luhmann, ao contrário de Saussure e Gadamer, busca uma separação radical das próprias noções fundamentais de todos os ancoramentos ontológicos ou semiontológicos. A capacidade de criar limites, que Saussure atribui à língua, só pode ocorrer, de acordo com Luhmann, por meio do sistema de comunicação autopoético livre. E a conexão de continuidade da tradição, que Gadamer ainda pressupõe, deve ser “trabalhada” e reproduzida *no* próprio sistema, de comunicação em comunicação, sempre novamente. Autopoiese da comunicação significa, portanto: continuação da comunicação, tendo como referência o que já foi dito, autoligação à conexão de continuidade de uma comunicação que um dia foi iniciada, em contraste com a ligação estranha a uma *langue* ou tradição, que são, em última análise, presumidas como estáveis.

Autopoiese da comunicação do Direito

O sistema jurídico de Luhmann também gira em torno da produção de conexões mediante recursos e antecipações de uma rede de comunicações cheias de eventos. Comunicações jurídicas são motivadas por afirmações jurídicas específicas, que são classificadas dentro do sistema no nível da observação de segunda ordem com o apoio de programas condicionais (Luhmann, 1993, p. 67, 70; Huber, 2007). A partir de um ponto específico da evolução, a comunicação do Direito se descola do contexto de relações de parentesco e amizades políticas e coloca a seguinte *quaestio iuris*: a comunicação define a controvérsia como problema jurídico e busca, a partir daí, por similaridades no Direito vigente. Desde então, aplica-se: toda vez que um conflito emerge, o bom jurista o porá no “espaço de memória” da comunicação jurídica. Isso era já praticado segundo Caio na Roma antiga: se alguém estivesse sob suspeita de ter cortado as vinhas (*vites*) de uma propriedade estranha e se o demandante tivesse utilizado no processo (*legis actiones*) exatamente este nome, *vites*, ele já teria perdido a causa por utilizar a palavra errada. Os pareceres (*responsum*) explicariam que na tradição do Direito Civil romano e, principalmente, na Lei das Doze Tábuas não há pontos de referência para a validade de uma fórmula de queixa para parreiras de uva cortadas (Gaius, 2004, p. 4.11; Fögen, 2003, p. 139). O Direito Civil romano é, conseqüentemente, para Luhmann, o primeiro caso – ainda que rudimentar – rumo à autonomia do sistema jurídico diferenciado (Luhmann, 1993, p. 264), ainda que provavelmente só podemos falar de uma autonomia autopoética do sistema jurídico sob as condições da sociedade (funcionalmente diferenciada) moderna⁶.

O conceito reduzido da compreensão proposto por Luhmann – continuações de acontecimentos cheios de eventos comunicativos – orienta-se fortemente em seu adversário, na concepção de ação orientada para o entendimento desenvolvida por J. Habermas. Enquanto que, para Habermas, a comunicação visa a um entendimento intersubjetivo em um sentido substancial (consenso) e, assim, certezas quase metafísicas acabam sendo pressupostas para o uso da linguagem (pragmática universal), Luhmann tenta depurar seu conceito de comunicação de quaisquer pretensões racionais (Krämer, 2001, p. 74, 151). A comunicação não objetiva uma

⁶ Aqui há contradições nas opiniões de Luhmann. Claramente no tocante ao símbolo utilizado no Direito para a validade do Direito (Luhmann, 1993, p. 105) (“uma aquisição semântica da modernidade”).

condição de perfeição da compreensão, mas é mantida em movimento somente através do código sim/não e, principalmente, pelas possibilidades do não, do dissenso. Também a comunicação jurídica é motivada pela possibilidade da negação do direito, da ruptura da lei, mas não pela programação imanente em um objetivo da razão (justiça) (Fögen, 2003, p. 104). Em contraste com a sociedade moderna como tal, que pode permitir a não aceitação da comunicação, o sistema jurídico, como sistema que faz parte da sociedade, deve sempre ativar o código binário do lado do valor positivo do direito. Aqui também se encontra a conexão interna entre a reprodução autopoietica própria do direito e o símbolo da validade do Direito, que circula exclusivamente pelo sistema jurídico: os conflitos do Direito podem ser decididos somente pelo recurso ao valor positivo do código do sistema, somente pelo recurso ao Direito (Luhmann, 1993, p. 98). Isso também tem consequências metodológicas: como a teoria de comunicação de Luhmann se interessa primordialmente pela questão de como a probabilidade de quebra de comunicação pode ser evitada e a continuação da autopoiese pode ser garantida, da mesma maneira a sua teoria do Direito gira em torno do problema de como a comunicação do direito pode construir conexões com a comunicação direta e de como a “probabilidade do cumprimento de expectativas normativas” pode ser aumentada⁷. O julgamento de primeira instância concede ao autor a indenização dos danos. O réu pode aceitar a sentença ou recorrer, mas um sistema jurídico em funcionamento prevê que as partes do processo não questionem o padrão legal da decisão. Se, porém, este for o caso, deve remanescer a exceção. Ao contrário disto, não seria possível manter uma ordem jurídica.

Os meios de comunicação do sistema social

Acerca do problema que trata das instituições, das aquisições evolutivas de uma possível quebra súbita da comunicação e de como isso pode ser superado, e de como a comunicação linguística por meio de tópicos pode ser estabilizada com sucesso, a teoria de Luhmann também se encaixa na teoria dos meios de comunicação⁸. Conforme foi sugerido há pouco, isso se aplica aos “meios de comunicação de obtenção de sucesso” (Luhmann, 1997, p. 203), aos meios de comunicação simbolicamente generalizados, aos quais pertencem,

além da validade (Direito), por exemplo, o dinheiro (Economia), o poder (Política) e a verdade (Ciência). Meios de comunicação de obtenção de sucesso são o equivalente funcional moderno para os mecanismos normativos de integração da Europa antiga (Direito Natural, Contrato Social, Moral, etc.) (Luhmann, 1997, p. 316). O dinheiro torna provável até mesmo a mais improvável das comunicações. O corretor me odeia, pois eu, há anos, roubei a sua namorada, mas me vende uma mansão de 15 peças na *Cote D’Azur* sem hesitar porque sabe que eu pago sempre honesta e pontualmente e lhe prometi, além disso, um bônus (livre de impostos) considerável. Mas é possível adicionar aqui a escrita, a imprensa e a tecnologia computacional, ou seja, os meios de comunicação que Luhmann (1997, p. 202) chama de “meios de difusão”?

Luhmann parece supor um relacionamento complementar e auxiliar de ambos os tipos de meios de comunicação. Os meios de difusão aumentam o círculo de receptores da comunicação, indo além da interação dos presentes, e aumentam a escala da redundância social, daquilo que já é sabido. A fuga dos escravos das pedreiras não existe hoje, mas “a primeira lei europeia”, que os habitantes de Gortyns, em torno de 650 a.C., escreveram em suas pedras ainda pode ser vista ou utilizada como assunto de investigações de História do Direito. O outro lado da moeda é: quem realmente se interessa pela História do Direito Europeu e quem se interessa mais pelo atual estado de espírito de Paris Hilton é hoje uma incerteza, se se considera a quantidade de informação que circula diariamente. Para a autopoiese social continuar possível mesmo sob estas circunstâncias, é preciso reduzir e canalizar o extremo enriquecimento da multiplicidade semântica, o *information overflow* cotidiano da sociedade pós-moderna. Nesta necessidade está, para Luhmann, a conexão interna dos meios de obtenção de sucesso e dos meios de difusão. Isso se aplica já no contexto da antiga sociedade europeia: naquele tempo, por exemplo, a invenção da escrita (baseada em alfabeto) trouxe os impactos cruciais para a busca de novos meios de motivação e integração (não normativos, protomodernos), na forma de uma aliança da retórica, da tópica e da moral como nova forma de persuadir e convencer ou na forma de moedas. A Grécia é, em sua época clássica, o comprovante “histórico-mundial” crucial (Luhmann, 1997, p. 322, 324, 331, 1984a, p. 221, 513).

Finalmente, na teoria dos meios de comunicação de Luhmann encontra-se uma tensão não resolvida entre duas correntes teóricas. De um lado, há a teoria de

⁷ Luhmann (1993, p. 117). No contexto da questão sobre as condições estruturais da coerência operacional.

⁸ Explicitamente: Baecker (2005a, p. 178).

diferenciação funcional de Max Weber e Talcott Parsons, que se conecta à teoria de comunicação de obtenção de sucesso e aos meios de comunicação simbolicamente generalizados. Esta corrente teórica mais antiga está presente na transição da sociedade europeia antiga à sociedade moderna, formando conhecimento de alto desempenho específico ao sistema, ao princípio da diferenciação funcional. “A sociedade moderna [...] deve ser descrita como um sistema funcionalmente diferenciado. Esta é uma de suas características principais, o princípio que gera suas estruturas” (Luhmann, 1984b, p. 64). Por outro lado, a descrição das consequências da introdução de novos meios de difusão vem ganhando destaque desde a virada autopoietica da teoria de sistemas e do aumento de significado do termo “comunicação” relacionado a ela. É possível encontrar desde os anos 1980, portanto, repetidas referências às questões e teses sobre teoria dos meios de comunicação, principalmente, de E. Havelock, J. Goody e W.J. Ong. Luhmann se interessa, em tais contextos, principalmente pela conexão da invenção e do “pôr em uso” dos meios de comunicação, tais como a escrita e as construções teóricas e/ou conceituais do conhecimento. Assim, ele atribui em *Soziale Systeme* o aparecimento da Filosofia na Grécia – juntamente com Havelock – ao surgimento da escrita alfabética (Luhmann, 1984a, p. 127, 219, 449). Mais tarde, a tendência contínua na evolução dos meios de difusão será descrita como “tendência da ordem hierárquica para uma ordem heterárquica”, bem como “abandono da integração espacial de operações sociais” (Luhmann, 1997, p. 312). Ambas as linhas teóricas, sendo de um lado a teoria da diferenciação funcional/teoria dos meios de comunicação de obtenção de sucesso e de outro a teoria da comunicação/teoria dos meios de difusão, não são interligadas. Tendencialmente, este problema de conhecimento é tematizado repetidas vezes dentro da teoria dos meios de difusão, onde é subordinado ao funcionalismo sistêmico. Isto se deve provavelmente à decisão de publicar as sociologias dos subsistemas parciais antes da teoria social (Luhmann, 1997, p. 12). Esta estratégia de publicação pressupõe sempre a diferenciação funcional da sociedade moderna e deve, conseqüente e necessariamente, negligenciar a questão de se os meios de difusão também contribuíram crucialmente para essa forma de diferenciação.

Como resultado intermediário, é possível afirmar que os meios de difusão serão analisados à luz funcional

do problema fundamental dos meios de obtenção de sucesso, da transformação constante da comunicação improvável em comunicação provável. No lugar de uma *langue* estável e no lugar de um entendimento prévio apoiando a continuidade, surge um pensamento da improbabilidade da comunicação e do social, ou seja, um pensamento que tem como ponto de partida o caso sociológico de exceção a quebra da comunicação, a desintegração social. Com certeza, é possível notar que a sociedade moderna não mais encontra sua segurança em uma “autoridade vertical” – como Saussure e Gadamer haviam referido –, mas antes na incerteza de uma inovação acelerada, que continuamente necessita vincular esta incerteza sempre de modo novo. Porém, também na sociedade (pós)-moderna, a conexão de operação com operação não pode funcionar sem um modelo de enlace de continuidade, sem um determinado repertório de regras já testadas, como Luhmann parece propor através da acentuação dos eventos, operações, dentro da produção do sistema autopoietico. Isto atinge uma extrema pontualização do tempo, um “momentismo” no estilo de Montaigne ou Schlegel⁹, reduzindo as seqüências comunicativas e suas tradições a algo imediatamente transitório, como se o mundo tivesse que ser criado novamente a cada instante. Este é possivelmente também o motivo pelo qual não somente a teoria dos meios de obtenção de sucesso, como também a teoria dos meios de difusão são subsumidas à problemática de conexão sociológica; e esta decisão poderia ser, por sua vez, o estopim para que, no contexto da teoria dos meios de difusão, questões relativas aos aspectos cognitivos dos meios de escrita, imprensa ou tecnologia computacional somente abordadas esporadicamente¹⁰, sendo introduzidas como “provisões especiais” para manter as formas consideradas transitórias no âmbito de explicações de diferenciação entre meio e forma¹¹. Tal situação abre espaço para dúvidas se, no que diz respeito ao problema da língua e dos meios, não há um recorte demasiado estreito. A escrita, a imprensa e a tecnologia computacional não são mais do que somente “meios de difusão”, mais do que mecanismos para a regulamentação e extensão do círculo de destinatários de uma comunicação? Sua característica não tem que ser observada mais profundamente sob o aspecto da geração de construções cognitivas conceituais e teóricas, como sugeriu Luhmann repetidas vezes depois da virada autopoietica?¹² E esse arranjo teórico não deveria tra-

⁹ Comparar somente Luhmann (1984a, p. 389, 1997, p. 1009); sobre o termo “momentismo”, ver Bohrer (2007, p. 563).

¹⁰ Krämer (1998, p. 73); Stetter (2005, p. 90). (“Ver, diferenciar e identificar só é possível quando nos é dado de forma mediática”).

¹¹ Luhmann (1997, p. 200). (Formas “se mantêm somente através de precauções especiais como a memória, a escrita, a imprensa”).

¹² Mais explicado em: Luhmann (1990, p. 597).

zer consequências também para o próprio conceito de sistema da teoria dos sistemas em si? Há possivelmente uma conexão intrínseca entre a regulação dos meios da sociedade moderna, da cultura do computador e a visão de Luhmann de que o desenvolvimento sistêmico hoje não pode mais ser apresentado como “fluxograma ou cascata”? Por que a “recursividade” é hoje a (única) forma “em que o sistema permite levantar limites e formar estruturas”? (Luhmann, 1997, p. 139).

Os “meios de comunicação” do sistema jurídico

Na teoria jurídica, a tensão entre funcionalismo sistêmico e teoria da comunicação é expressa no tratamento dos efeitos da invenção da escrita e da imprensa sobre o sistema jurídico quase exclusivamente na parte relativa à teoria da evolução, no sexto capítulo de *Das Recht der Gesellschaft* (Luhmann, 1993, p. 245 ss., 272 ss.). Na parte sistemática, particularmente no segundo capítulo, onde a teoria da comunicação autopoietica é aplicada e ajustada às condições específicas da comunicação jurídica, os meios de comunicação quase não aparecem. Com uma interessante exceção: no que diz respeito à escrita, Luhmann (1993, p. 117) fala de um “arranjo estrutural” e “condição estrutural” do fechamento operacional do sistema jurídico. Escrever causaria um enrijecimento da memória do sistema e teria consequências consideráveis para a forma da produção contínua de sua estrutura (Luhmann, 1993, p. 119s., 212). Isso é especificado na parte sobre a teoria da evolução. Aqui Luhmann segue uma tese de J. Bottéro, de acordo com a qual o programa condicional, a forma de frases *se/então*, é uma invenção de práticas de adivinhação na velha Mesopotâmia (Luhmann, 1993, p. 248, 196; Bottéro, 1992, p. 61, 158). Entretanto, de acordo com o próprio entendimento de Luhmann (1993, p. 248), na Mesopotâmia tratava-se, antes, de problemas jurídicos situados em um contexto de questões de adivinhação. Isso implica, particularmente, que, por meio da escrita, o sistema jurídico aplica um meio cuja forma não é especificamente de natureza jurídica, isto é, os “arranjos” ou “condições estruturais” que Luhmann menciona em relação à fundamentação do fechamento operacional do sistema jurídico são, aparentemente, não de uma natureza especificamente funcional, mas de natureza comumente social. Isso pode ser visto, por exemplo, a partir da aplicação da forma *se/então* na

Mesopotâmia em adivinhações, bem como em contextos médicos, e só muito mais tarde, em Roma, isso se tornou uma técnica especificamente judicial (*regulae iuris*).¹³ Ainda hoje, frases na forma *se/então* são aplicadas em toda a sociedade, por exemplo, ao se escrever artigos científicos. Assim, por meio das formas gramáticas dos meios de comunicação como a escrita, a sociedade está muito mais fortemente presente no direito do que a teoria da autopoiese da comunicação jurídica de Luhmann sugere. Em todo caso, a programação condicional não pode ser considerada um produto exclusivo das estruturas do sistema jurídico por meio de suas próprias operações. Portanto, não pode haver qualquer tipo de fechamento operacional em sentido estrito, que inclui a constituição das estruturas do sistema.¹⁴

O verdadeiro desafio que Luhmann parece não conseguir resolver, nesse contexto, é verificar a hipótese de que uma autopoiese da comunicação jurídica é possível dentro da autopoiese da comunicação social. Não é fácil reduzir declarações de Luhmann neste ponto a um denominador comum. Por um lado, Luhmann (1993, p. 102) repete várias vezes que a comunicação jurídica, como uma parte da comunicação social, tem de ser acoplada na linguagem comum como toda linguagem científica. Com relação à fonologia, sintaxe e assim por diante, também os juristas usariam a linguagem comum, “intercalada apenas com alguns termos ou palavras especiais que assumem no discurso jurídico um significado que difere do significado que têm na linguagem corrente” (Luhmann, 1993, p. 36). Assim, Luhmann (1993, p. 49) também insiste que não há “diferença em essência” ou “diferença material” entre operações e estruturas e que as normas jurídicas “não são compostas por uma substância ou qualidade diferentes do que a comunicação”. Então, a hipótese de um limite estável entre a comunicação jurídica estrita e a linguística em sentido amplo é ainda problemática: na medida em que usa a linguagem para comunicar, o sistema jurídico sempre requer a ligação com operações fora do sistema jurídico. A imprensa pode informar sobre novas leis e julgamentos. Questões jurídicas podem tornar-se o tema da conversa diária. Mesmo que o sistema jurídico, enquanto um sistema, não possa falar com a sociedade, suas fronteiras são porosas na medida em que a comunicação está presente (Luhmann, 1993, p. 56). Por outro lado, Luhmann (1993, p. 353) enfatiza igualmente que a forma da linguagem usada na comunicação jurídica é o

¹³ Oppel (1937, p. 98 e ss.); mais elaboradamente, ver Stein (1966); sobre medicina na Mesopotâmia, ver Pichot (1991, p. 130).

¹⁴ Luhmann (1993, p. 63). (O ganho em conhecimento do termo autopoietico da autonomia é devido à tese “de que as estruturas do sistema podem ser produzidas apenas por operações do sistema e podem tanto ser utilizadas caso a caso como não utilizadas, ignoradas ou esquecidas”). Ver também Luhmann (1993, p. 50).

resultado “de um uso interno-sistêmico da linguagem”. A ideia de um discurso jurídico “autônomo” ou de um sistema operacionalmente fechado seria inconcebível quando considerada puramente em relação à linguagem, já que, é claro, essa linguagem e seu discurso acontecem na sociedade. Entretanto, o problema é “que frequentemente não se consegue entender o discurso jurídico a não ser que se seja especialmente treinado. Isso inclui não apenas a compreensão de significados, mas também e, ainda em maior medida, a compreensão das intenções e consequências de certas declarações” (Luhmann, 1993, p. 36).

Neste contexto, o desafio, acima mencionado, de formar estruturas por meio de fechamento operacional leva a duas possibilidades incompatíveis. Por um lado, todas as estruturas existentes do sistema jurídico são produzidas dentro do sistema; então o sistema jurídico é “um sistema com uma estrutura (auto)determinada” que não conhece qualquer “determinação externa de estruturas” (Luhmann, 1993, p. 50). Por outro lado, o sistema jurídico utiliza terminologia jurídica que é incorporada da linguagem corrente; assim, nem todas as estruturas da linguagem que o sistema usa podem ser uma consequência de um uso apenas interno da linguagem. Estas inconsistências são tão autoevidentes, que pode ser questionado por que o próprio Luhmann, um pensador tão analítico, não as enfrentou. Entretanto, a resposta para isso é simples: essas inconsistências desaparecem se as *proposições* jurídicas (regras) são reduzidas a um *significado* normativo específico. Defendendo-se que as expectativas normativas, como programas condicionais normativos específicos, só podem ser produzidas e reproduzidas no sistema jurídico (Luhmann, 1993, p. 144), a característica específica de proposições jurídicas, em contraste com outras proposições (e discursos), é a “normatividade” (do direito). Entretanto, o problema com essa solução é a suposição de uma normatividade específica que caracteriza exclusivamente proposições jurídicas. Essa própria pressuposição é baseada em uma transliteração sociológica da tradição (neo)kantiana do “dever ser” puro (“Sollen”) e implica um “remanescente ontológico” que emanava da camada mais antiga do funcionalismo sistêmico. O fato de a função do direito (capítulo 3) ser tratada antes do capítulo sobre “codificação e programação” também mostra que esse “remanescente ontológico” não é compatível com o giro autopoietico na teoria dos sistemas. Isso é, até certa

medida, uma revisão da inovação da teoria da comunicação. Sua característica distintiva resulta na hipótese de que a independência da autopoiese da comunicação jurídica se baseia em distinções finais – em códigos, que são usados apenas uma vez na sociedade, mas não em um “princípio” de diferenciação funcional com um conceito da norma jurídica posteriormente resultante.

O problema de uma delimitação clara entre a autopoiese da comunicação jurídica e a comunicação social reaparece ao se eliminarem as características técnico-físicas do conceito de meios de comunicação. Particularmente, uma vez que para Luhmann a comunicação jurídica é – como todas as categorias de comunicação linguística são – essencialmente um evento de sentido (e não um evento físico), os aspectos materiais dos meios de comunicação, como a escrita ou a imprensa, são excluídos da lógica operacional do sistema jurídico. Em suas características físicas, por exemplo a escrita, de acordo com Luhmann (1993, p. 246), pertence apenas “ao ambiente do sistema de comunicação”. A física não poderia ser um componente da comunicação social; o sistema jurídico poderia apenas, nas palavras de Jean Piaget, “assimilar” a escrita “usando-a como informação” (Luhmann, 1993, p. 246). Mas o que aqui significa exatamente usá-la como *informação*? Nesse ponto Luhmann, mais uma vez, ultrapassa sua própria percepção de que a separação entre informação e ato de comunicar, a distinção entre a dimensão fática e a social, somente poderia ser realmente realizada por meio da escrita. Entretanto, dessa forma a possibilidade de utilizar a escrita como informação não pode ser pensada como independente da existência da escrita – em um sentido “puro”. Por trás dessas teses e de similares está, mais uma vez, a problemática herança da fenomenologia de Husserl, que preocupa o pensamento de Luhmann até a distinção entre meio e forma. Uma vez que componentes técnico-físicos, a iconicidade específica de caracteres, por exemplo, não são comunicados como informação, presume-se que a figura material do caractere seja completamente indiferente para seu significado. O signo da unidade da diferença entre o signifiante (*signifiant*) e o significado (*signifié*) – como em Saussure – não tem qualquer contato com o mundo exterior (princípio da arbitrariedade).¹⁵ Como mostram pesquisas linguísticas mais recentes, no tocante ao tipo abstrato da escrita alfabética, ainda se pode falar de uma arbitrariedade do signo, que é baseado em um menor repertório estético

¹⁵ Luhmann (1997, p. 209, nota 32). Estranhamente, Luhmann lida com o conceito de signo e o princípio da arbitrariedade dentro da categoria da comunicação verbal (fala). Isto é estranho, na medida em que as palavras (entoadas) não são signos e o princípio da arbitrariedade não é um princípio universal da linguagem, mas se deve ao mais abstrato princípio de articulação medial da linguagem, que é a escrita alfabética, um “desenvolvimento tardio” da evolução da escrita.

de formas (círculo, semicírculo, linha reta), mas não nos casos em que a escrita apresenta uma alta concisão icônica, como é característico da escrita chinesa (Han ze), por exemplo (Stetter, 2005, p. 57, 98, 119).

A completa substituição luhmanniana dos conceitos sistemicamente orientados com relação a todos os componentes estéticos e laços materiais de comunicação também não é muito convincente, porque a escrita é especialmente caracterizada pela sua “rigidez” física.¹⁶ Esta rigidez, por sua vez, é um resultado da tecnologia da escrita e dos materiais, ocasionalmente chamados de “física da escrita” por Luhmann. Escrever pressupõe – particularmente na impressão – um espaço formatado e – como fixação textual – não evapora no momento da sua utilização (em contraste com a língua falada). Por isso, Luhmann pode falar de um “enrijecimento” da memória do sistema jurídico por meio da escrita. A estabilidade da escrita, a textura segundo Stetter (1997, p. 294 ss.)¹⁷, por conseguinte, não pode ser reduzida ao mesmo tempo ao comportamento de leitura de um sistema operacional. Na verdade, a rigidez dos caracteres e a tecnologia da qual eles dependem têm de ser pressupostas a fim de serem “assimiladas” e de serem tratadas “como” informação por um sistema operacional. A escrita não facilita o “reacesso ao significado” (Luhmann, 1993, p. 246), mas facilita um recesso a “conteúdos de sentido (*Sinn-Gehalte*)”. Sob as condições da oralidade primária, nunca – a rigor – afirmação alguma pode ser repetida, porque a sua “identidade” e “conteúdo” não podem ser fixados para além do momento da articulação do som. Isso só é possível por meio da escrita, cujos “traços” Derrida denomina, não totalmente sem razão, como a fonte absoluta e, ao mesmo tempo, não absoluta de sentido (Derrida, 1974, p. 113; ver também Luhmann, 1997, p. 182). O Código Gortyn, por exemplo (em sua versão de 450 a.C.), ainda pode ser lido hoje. Nem a quantidade de letras isoladas nem a identidade particular delas são controvertidas. Há controvérsia apenas sobre o sentido de algumas afirmações do texto e a função original do código (Robb, 1994, p. 99 s.).¹⁸ Portanto, a forma de escrever é mais do que um simples “pré-requisito ambiental” do sistema operacional (de sentido). Sem a rigidez das letras dos sistemas alfabéticos e sem a tecnologia específica de escultura em pedra, nenhuma comunidade de intérpretes poderia reconhecer sem dúvidas o escrito do Código Gortyn, em sua textura, como o Código Gortyn. Dessa forma, a

escrita faz uma diferença que não permite suspendê-la na temporalização da leitura – nem explicar a sua não simultaneidade como uma “ilusão da cultura da escrita” (Luhmann, 1997, p. 265).

Rearranjo da teoria dos meios de comunicação e da comunicação

Se a teoria da comunicação de Luhmann não funciona por si só, então como ela funciona? Ter-se-ia de pensar sobre possibilidades de rearranjar a teoria como um todo, buscando outras sequências para combinar diferenças. O ponto de partida de um tal rearranjo deveria ser a clarificação da questão de como os meios de comunicação, o conhecimento prático e o conhecimento teórico – por exemplo, a imprensa, a capacidade de ler e o conhecimento sistemático – estão intrinsecamente relacionados um com o outro para além de construções estruturais aleatórias. Isso exige – como um primeiro passo – enfatizar mais intensamente do que fez Luhmann que a forma de construção de sistemas autopoieticos (heterárquicos), a ligação recursiva da comunicação além da árvore de decisão e da cascata, não pode simplesmente começar do zero como seu precursor hierárquico; o sistema da teoria de sistemas pressupõe um estoque de conhecimento comum acompanhante. Na comunicação social há, por exemplo, um estoque geral de regras gramaticais e um horizonte comum de compreensão permitindo o uso coletivo de palavras. O próprio Luhmann nunca contradisse isso. Assim, por exemplo, em *Wissenschaft der Gesellschaft* é reivindicada uma epistemologia social que reconheceria que um conhecimento comum pertenceria aos critérios constitutivos do sistema social (Luhmann, 1990, p. 122, 704). Note-se bem: nesse ponto, Luhmann categoriza o conhecimento comum dentro das implicações do próprio processo da comunicação como um atributo essencial, sem o qual a autopoiese da comunicação social não poderia iniciar. Entretanto, Luhmann aprofundou surpreendentemente pouco essa dependência de toda a comunicação verbal em relação ao conhecimento comum. Isso pode, inclusive, ser atribuído ao fato de Luhmann ter desenvolvido seu próprio conceito de comunicação focando-se muito para distingui-lo do de Habermas. Possivelmente porque o foco está na prevenção de todos os tipos de pretensões de racionalidade,

¹⁶ Stetter (2005, p. 58). (“Ainda que a tinta com a qual as letras foram escritas fique amarela aos poucos com o passar do tempo – enquanto ela puder ser lida, ainda é, mesmo depois de centenas de anos, a mesma letra”).

¹⁷ De acordo com isso, o texto é o que foi escrito e compreendido, a textura é o que está escrito e é lido.

¹⁸ Uma reprodução do conteúdo pode ser encontrada, por exemplo, em Davies (2005, p. 305 ss.).

Luhmann não conseguiu dar atenção suficiente para o problema do conhecimento comum.

No contexto da questão levantada aqui, o estreitamento sociológico da teoria linguística por parte de Luhmann, em particular, torna-se problemática. À medida que a importância social da linguagem é reduzida à superação da improbabilidade de uma comunicação, a vinculação de toda a comunicação ao conhecimento comum, que é incorporado na linguagem, pode ser abandonada por meio da tese de que a linguagem não é um sistema. Isso, para todos os efeitos, pode estar correto a partir da perspectiva de sistema/ambiente de Luhmann, mas também é verdade que a comunicação verbal e a formação do sistema autopoietico não funcionariam sem um conhecimento comum que tem de ser pressuposto. A teoria dos meios de comunicação deveria seguir essa experiência, essa percepção da íntima relação entre linguagem e cognição, pela qual Humboldt já se interessava: a fala, a escrita e a imprensa estabelecem uma relação entre o conhecimento comum, o alcance de construções científicas do conhecimento disponíveis e a utilização social de meios de comunicação específicos. Cada formação de subsistemas dentro da sociedade – por exemplo, a formação do sistema jurídico – pressupõe essa infraestrutura medial e cognitiva. Essa consideração também poderia ajudar a delinear o conceito extremamente difuso de “acoplamento estrutural”. Os meios de comunicação, suas tecnologias e a epistemologia social a eles vinculada são o material do “acoplamento estrutural”.¹⁹ A proliferação de novos meios de comunicação, por exemplo, a invenção e o início do uso do computador, tem tido um impacto enorme sobre a sociedade como um todo. Contrariando Luhmann, isso também pode aplicar-se ao princípio dos modos de diferenciação da sociedade. A diferenciação funcional não é um fenômeno atemporal após o fim da sociedade tradicional. Na verdade, a cultura do computador parece agora avançar com novas formas de “conhecimento em rede”, sim, mesmo com – se se acompanha J.M. Guéhenno – uma nova “lógica de trabalho em rede” para além da diferenciação de sistemas convencional e também para além dos limites intrassistêmicos tradicionais (Guehenno, 1994, p. 89; ver também Ladeur, 2006,

p. 296). Basta pensar na desintegração da fronteira estável entre as empresas e o mercado por meio do desenvolvimento de redes na economia, de empresas virtuais, *franchising* [franquias], *Just-in-time*, *communities of creation* [comunidades de criação/ inovação], *peer production* [sistemas cooperativos], etc.,²⁰ nos crescentes nexos entre cultura e economia (Hollywood, economia da informação) ou no movimento da política e do Estado rumo a uma “sociedade midiática” (Guehenno, 1994, p. 49; Luhmann, 1996, p. 124, 144; Bucher, 2004, p. 268 ss., 302).

Considerações finais: algumas consequências gerais para a teoria jurídica

A dependência de um conhecimento, que sempre tem de acompanhar a comunicação e, portanto, tem de ser pressuposta, também se aplica à comunicação jurídica. A comunicação jurídica, por um lado, está vinculada a redes de conhecimento comum, enquanto, por outro lado, é constantemente confrontada com um certo uso social dos meios de comunicação que “formata” a epistemologia social. Um “início” da comunicação jurídica é impossível sem uma ligação a essas pré-determinações (*Vor-Gegebenheiten*) e, em contraste aos sistemas biológicos, não pode haver nenhum nível operativo que esteja desacoplado à utilização social dos meios de comunicação. Isso se dá inerentemente, porque o direito só pode operar de forma recursiva com autodescrições dependentes de meios de comunicação no nível de observações de segunda ordem. Assim, a comunicação jurídica sempre foi linguagem e comunicação jurídica dependente de meios de comunicação. O direito só podia ser formulado em regras explícitas depois que a escrita estivesse disponível na sociedade em geral, e a forma da sentença fosse identificada. Portanto, não surpreende que regras jurídicas (*regulae iuris*) não tenham surgido na Mesopotâmia, como supõe J. Bottéro, mas primeiramente no direito romano. Apenas por intermédio da escrita alfabética grega – da forma da filosofia de Platão (2011, 425a e s., 431b e s.) – foi possível refletir a sentença como uma forma (gramatical) abstrata.²¹ Os juristas romanos vincularam-se a esse conhecimento gramatical.²²

¹⁹ Discutido similarmente por Hahn (2004, p. 40 s.) (no contexto da cultura); ver também Vietta (2001, p. 24), que – ao contrário de Luhmann – insiste que a autonomia da arte não é um efeito da estética moderna, distinguindo-se do racionalismo, mas o contrário: a estética autônoma moderna se estabelece “adotando uma figura de pensamento (ou conceito) da filosofia e requalificando-a dentro do ambiente da estética”.

²⁰ Sobre sociedades virtuais, franquias, *just-in-time*, ver Teubner (2004, p. 35 s.); sobre “comunidades de criação/ inovação” e “sistemas cooperativos”, ver também Ladeur e Vesting (2008).

²¹ Ver também Ritter e Gründer (1992); Stetter (1997, p. 299 s.); Villers (2005, p. 45 s.); mais genericamente Krämer (2003, p. 157 s., 160) (“estruturas gramaticais são algo que só pode tornar-se evidente na fonte”).

²² Sobre a influência da “dialética” grega no pensamento jurídico romano, ver Kirov (2005, 81s.); Schiavone (2005, p. 171s.) (com ênfase na “abstração”); Wieacker et al. (1988, p. 596 s.); Schulz (1961, p. 73 s.).

O mesmo se aplica ao pensamento sistêmico da Europa continental, assim como ele foi esboçado em seu pré-estágio no positivismo jurídico alemão por Savigny a Laband e, por exemplo, efetuado no BGB (Código Civil alemão). A ideia de unidade e totalidade do direito estava (e está ainda hoje) intimamente ligada à imprensa. Isso foi realizado pela primeira vez nos sistemas da filosofia natural por Galileu a Newton (cf. Vesting, 2007, p. 73 ss., 83 ss.).

Devido a isso, tem-se de rejeitar a introdução, por parte de Luhmann (1993, p. 45), do sistema autopoietico como uma invariante na teoria jurídica. O sistema jurídico que se estabiliza apenas pela sedimentação das estruturas de suas próprias operações, fora do alcance de qualquer vínculo tradicional, tornou-se formulável apenas por causa da crescente importância do computador. Essa abertura do pensamento sistêmico para as consequências da cultura marcada pelo computador constitui – por último, mas não menos importante – a grande capacidade de conexão da teoria sistêmica do direito para problemas e desdobramentos atuais. Quanto ao futuro, isso dependerá de uma identificação mais precisa das partes da teoria que não são adequadas às novas experiências. Dois componentes teóricos parecem-me ser os mais problemáticos. Em primeiro lugar, a fixação de Luhmann (1993, p. 307, 323) na “decisão dos tribunais” como o centro ou como o “ponto de fuga para a análise do sistema jurídico” merece uma relativização. Isso pode não importar muito com relação à possível perda de importância do procedimento de tribunais organizados nacional e internacionalmente se for comparado às novas autorregulações e às redes de automonitoramento independentes e horizontalmente transfronteiriças compostas por autoridades públicas (por exemplo, no direito das telecomunicações); às instituições semipúblicas, quase privadas e privadas, todas com certa autonomia, que estabelecem padrões e têm gestão de intervenção própria (como a ICANN); ao direito contratual de grandes escritórios de advocacia com regimes de arbitragem próprios (como a *lex mercatoria*); ou ao aumento da importância dos *códigos de conduta* intracorporativos (como o CSR); ou seja, a desenvolvimentos pelos quais a posição central de decisões de tribunais é substituída por mecanismos extrajudiciais de obrigações jurídicas internas e externas. Esse desafio pode ser gerenciável dentro da teoria de Luhmann. Entretanto, a exagerada fixação de Luhmann no momento da decisão do tribunal dificilmente será resolvida dentro da sua construção teórica.

Luhmann leva muito pouco em consideração a pré-estruturação essencial das regras jurídicas por meio

da auto-organização da sociedade. Isso é indispensável para a viabilidade de qualquer criação de regras e, sem isso, a jurisdição não poderia funcionar. Por exemplo, tornou-se difícil em muitos campos do direito econômico transnacional distinguir a criação de direito da criação de regras, normas jurídicas de normas sociais, regimes jurídicos de regimes de governança. Isso não deveria ser entendido como uma manifestação da crise de uma análise teoricamente equivocada do direito que poderia ser resolvida usando instrumentos da teoria de sistemas que são mais sofisticados. Em vez disso, isso tem de ser interpretado como sinal de um inevitável “pluralismo de regras” dentro de contextos globais de ação. Neste ponto fica claro que a criação de direito só é possível sobre uma base de convenções sociais que, por sua vez, pressupõem um repertório comum de regras já verificadas na prática. Por outro lado, toda jurisdição oriunda de decisões de tribunais tem de, em qualquer tempo, ser construída tendo em vista uma reação “adequada” a essa provisão de regras e conhecimento verificada na prática (cf. Amstutz, 2007, p. 280). Se Luhmann nega essa forma de construção sensível ao contexto considerando-a impraticável nos tempos modernos, ele presume “para a velha Europa mais regularidade do que havia e para a nova Europa menos regularidade do que há”. O direito sempre foi – para além de “acoplamentos estruturais” – aberto à provisão de regras de cognições por meio de cláusulas gerais, como a devida diligência, a negligência, o estado de conhecimento técnico, etc. Além disso, ao contrário do direito judaico, o direito (pós-)moderno não pode ignorar esses estoques de regras e conhecimentos e desafiá-los achando que conhece melhor as coisas. Assim, não se pretende contestar a necessidade de resolver os conflitos sociais por meio de decisões judiciais, a não ser na perspectiva de que a suposição de Luhmann de que as estruturas do sistema jurídico sejam conduzidas primariamente por decisões judiciais, pela jurisprudência mais precisamente, é demasiadamente simples.

O outro ponto concerne ao conceito de sistema de Luhmann, que é subsumido no conceito de formas de Spencer Brown (forma como produção de fronteiras). A teoria da autonomia autopoietica da comunicação jurídica de Luhmann tornou possível uma alternativa (heterárquica) ao conceito (hierárquico) de sistema do século 19. Em vez de formar o sistema a partir de um princípio ou ponto de origem (como o positivismo jurídico), o sistema de Luhmann é fundado na capacidade de construir uma fronteira estável (entre sistema e ambiente). Portanto, tornou-se possível construir o sistema autopoietico como uma manifestação de uma nova

forma de construção (heterárquica) recursiva da ordem de caso para caso, inter-relacionada com o meio da tecnologia computacional. Como isso já vem acontecendo, no futuro terá de ser discutido se, e em que medida, desenvolvimentos jurídicos mais recentes sinalizam a dissolução da fronteira estável do sistema jurídico. Para isso, não basta recolher-se ao conceito de “acoplamento estrutural” e descrever o crescimento do “método de valoração” como a contrapartida jurídica às políticas do Estado social (Luhmann, 2000, p. 399). Não é este um sinal de um parcial desgaste do sistema jurídico acentuando uma nova “lógica de trabalho em rede” (trans-fronteiriça)? Não deveria a teoria jurídica envolver-se mais fortemente com a experiência da porosidade das fronteiras de seu próprio objeto e buscar interconexões híbridas eficazes com outras disciplinas – teorias políticas, econômicas, artísticas, linguísticas, de meios de comunicação ou sociais – para garantir a autonomia do direito à luz das novas condições de uma cultura da informática? É possível que o direito pós-nacional não seja mais capaz de traçar suas fronteiras da mesma forma que seu antecessor, o sistema de direito do Estado nacional com seu positivismo jurídico, poderia fazer. Talvez a correlação do conceito de sistema de Luhmann com a teoria das *formas* de Spencer Brown indique que o conceito de sistema cruzou seu meridiano e nada mais é do que uma anomalia europeia vinculada à impressão tipográfica que perderá destaque na evolução de uma cultura da informática global.

Referências

- AMSTUTZ, M. 2007. Der Text des Gesetzes: Genealogie und Evolution von Art. 1. *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, **126**(2):237-286.
- ASSMANN, A. 1999. *Erinnerungsräume*. München, C.H. Beck, 424 p.
- BAECKER, D. 2005a. *Form und Formen der Kommunikation*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 284 p.
- BAECKER, D. 2005b. *Kommunikation*. Leipzig, Reclam, 120 p.
- BOHRER, K.H. 2007. Was heißt unabhängig denken. *Merkur*, **61**(7):563-653.
- BOTTÉRO, J. 1992. *Mesopotamia: writing, reasoning, and the gods*. Chicago, University of Chicago Press, 311 p.
- BUCHER, H.J. 2004. Die Medienrealität des Politischen. In: U. FREVERT; W. BRAUNGART (eds.), *Sprachen des Politischen*. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, p. 268-303.
- DAVIES, J. 2005. The Gortyn Laws. In: M. GAGARIN; D. COHEN (eds.), *Cambridge Companion to Ancient Greek Law*. Cambridge, Cambridge University Press, p. 305-327. <http://dx.doi.org/10.1017/CCOL0521818400.017>
- DERRIDA, J. 1974. *Grammatologie*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 540 p.
- FOERSTER, H. 2002. *Der Anfang von Himmel und Erde hat keinen Namen*. Wien, Döcker, 280 p.
- FÖGEN, M.T. 2003. *Römische Rechtsgeschichten*. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 230 p.
- GADAMER, H.G. 1960. *Wahrheit und Methode*. Tübingen, Mohr, 524 p.
- GAIUS. 2004. *Institutiones*. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 448 p.
- GUEHENNO, J.M. 1994. *Das Ende der Demokratie*. München, Artemis & Winkler, 179 p.
- GIORGI, R. de. 2005. Das Gedächtnis des Rechts. In: R.M. KIESOW; R. OGOREK; S. SIMITIS (eds.), *Summa: Dieter Simon zum 70. Geburtstag*. Frankfurt am Main, Klostermann, p. 99-116.
- GRONDIN, J. 2000. *Einführung zu Gadamer*. Tübingen, Mohr Siebeck, 262 p.
- HAHN, A. 2004. Ist Kultur ein Medium? In: G. BURKHART; G. RUNKEL (eds.), *Luhmann und die Kulturtheorie*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, p. 40-57.
- HUBER, T. 2007. *Systemtheorie des Rechts*. Baden-Baden, Nomos, 244 p. <http://dx.doi.org/10.5771/9783845200088>
- KIROV, J. 2005. *Die soziale Logik des Rechts*. Göttingen, V & R Unipress, 223 p.
- KRÄMER, S. 2001. *Sprache, Sprechakt, Kommunikation*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 286 p.
- KRÄMER, S. 1998. Das Medium als Spur und als Apparat. In: S. KRÄMER (ed.), *Medien, Computer, Realität: Wirklichkeitsvorstellungen und Neue Medien*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 328 p.
- KRÄMER, S. 2003. Schriftbildlichkeit oder: Über eine (fast) vergessene Dimension der Schrift. In: H. BREDEKAMP; S. KRÄMER (eds.), *Bild, Schrift, Zahl*. München, Fink, p. 157-176.
- LADEUR, K.H. 2006. *Der Staat gegen die Gesellschaft*. Tübingen, Mohr, 524 p.
- LADEUR, K.H.; VESTING, T. 2008. Geistiges Eigentum im Netzwerk. In: M. EIFERT; W. HOFFMANN-RIEM (eds.), *Geistiges Eigentum und Innovation: Innovation und Recht I*. Berlin, Duncker & Humblot, p. 123-144.
- LEFORT, C. 1999. *Fortdauer des Theologisch-Politischen?* Wien, Passagen Verlag, 101 p.
- LUHMANN, N. 2000. *Organisation und Entscheidung*. Opladen, Westdeutscher Verlag, 478 p. <http://dx.doi.org/10.1007/978-3-322-97093-0>
- LUHMANN, N. 1997. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main, Suhrkamp.
- LUHMANN, N. 1996. *Die Realität der Massenmedien*. Opladen, Westdeutscher Verlag, 219 p. <http://dx.doi.org/10.1007/978-3-663-01103-3>
- LUHMANN, N. 1995. *Soziologische Aufklärung*. Bd. 6. Köln, Westdeutscher Verlag, 275 p.
- LUHMANN, N. 1990. *Die Wissenschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 732 p.
- LUHMANN, N. 1993. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 597 p.
- LUHMANN, N. 1984a. *Soziale Systeme*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 674 p.
- LUHMANN, N. 1984b. The Self-Description of Society. *International Journal of Comparative Sociology*, **25**(1/2):59-72.
- OPPEL, H. 1937. Kanon: Zur Bedeutungsgeschichte des Wortes und seiner lateinischen Entsprechungen (regula-norma). In: *PAilologus*, Supplementband XXX, Heft 4. Leipzig, Dieterich, XIV+108 p.
- PICHOT, A. 1991. *Die Geburt der Wissenschaft*. Frankfurt am Main, Campus, 576 p.
- PLATON. 2011. *Kratylos*. [s.l.], Zenodot, 72 p.
- RITTER, J.; GRÜNDER, K. (eds.). 1992. *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. Bd. 8. Basel, Schwabe.
- ROBB, K. 1994. *Literacy and Paideia in Ancient Greece*. New York, Oxford University Press, 310 p.
- RORTY, R. 1981. *Der Spiegel der Natur*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 438 p.
- SCHULZ, F. 1961. *Geschichte der Römischen Rechtswissenschaft*. Weimar, H. Böhlaus Nachfolger, 462 p.
- SIMON, J. 2003. *Kant: die fremde Vernunft und die Sprache der Philosophie*. Berlin-New York, De Gruyter, 590 p. <http://dx.doi.org/10.1515/9783110204773>
- STEIN, P. 1966. *Regulae iuris: from juristic rules to legal maxims*. Edinburgh, University Press, 206 p.

STETTER, C. 1997. *Schrift und Sprache*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 671 p.
STETTER, C. 2005. *System und Performanz*. Weilerswist, Velbrück Wissenschaft, 337 p.
STETTER, C.; CHOMSKY. 2004. Überlegungen zu einer symboltheoretisch fundierten Linguistik. In: J. FOHRMANN (ed.), *Rhetorik. Figurativität und Performanz*. Stuttgart, Metzler, p. 193-218.
TEUBNER, G. 2004. *Netzwerk als Vertragsverbund*. Baden-Baden, Nomos, 286 p.
VESTING, T. 2007. *Rechtstheorie*. München, C.H. Beck, 165 p.
VIETTA, S. 2001. *Ästhetik der Moderne*. München, Fink, 317 p.

VILLERS, J. 2005. *Das Paradigma des Alphabets*. Würzburg, Königshausen & Neumann, 497 p.
WIEACKER, F. et al. 1988. *Römische Rechtsgeschichte* (Erster Abschnitt). München, C.H. Beck, 724 p.
WITTGENSTEIN, L. 2003 [1945]. *Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 299 p.

Submetido: 23/03/2014

Aceito: 01/04/2014