

Estudos Jurídicos

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS

Av. Unisinos, 950, 93022-000 São Leopoldo, RS, Brasil – Tel. (51) 3591 1122 (ramal 3103)

Homepage: <http://www.unisinos.br> E-mail: revistas@helios.unisinos.br

Editores/Editors

André Copetti

Volume 39 nº1 – janeiro-junho 2006 – ISSN 0100-2538

Comissão científica/Scientific committee

Albano Marcos Bastos Pepe (UNISINOS)

André Copetti (UNISINOS)

Flávia Clarici Mädche (UNISINOS)

Jay Mootz (Dickinson School of Law, Penn State University, EUA)

Joan Picó y Junoy (Universitat Rovira i Virgili, Espanha)

Jorge Miranda (Universidade de Lisboa, Portugal)

José Luis Bolzan de Moraes (UNISINOS)

Lenio Luis Streck (UNISINOS)

Leonel Severo Rocha (UNISINOS)

Luc Foisneau (CNRS, França)

Vicente de Paulo Barreto (UNISINOS)

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Biblioteca - Setor de Processamento Técnico de Periódicos

São Leopoldo - RS - Brasil

Estudos jurídicos / Universidade do Vale do Rio dos

Sinos. - Vol. 1, n. 1 (1971)- . - São Leopoldo :

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 1971- .

Quadrimestral.

ISSN 0100-2538

1. Direito. I. Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

CDU 34

Bibliotecária Fabiane Pacheco Martins - CRB 10/1256

Assinatura / Subscription

Unidade Acadêmica de Pesquisa e Pós-Graduação

Editoria de Periódicos Científicos e Acadêmicos

Av. Unisinos, 950 – 93022-000 – São Leopoldo, RS, Brasil

Fone/Fax: 51.35908283

E-mail: revistas@helios.unisinos.br

UNISINOS

Reitor/President: Marcelo Fernandes de Aquino

Vice-Reitor/Vice-President: Aloysio Bohnen

DIRETORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA/RESEARCH AND GRADUATE STUDIES OFFICE

Diretor/Director: Ione Maria Ghislene Bentz

A terceira questão – O uso criativo dos paradoxos no Direito e na história do Direito¹

The Third Question: The creative use of paradoxes in Law and Legal History

Niklas Luhmann

Tradução:
Cicero Krupp da Luz²
Jeferson Luiz Dutra³

Resumo: Para este artigo, minha proposta é usar a mão invisível do paradoxo do direito com uma orientação para a investigação do pensamento da história do pensamento jurídico. Se a suposição sustenta que há sempre uma necessidade primária em evitar o paradoxo, podem haver maneiras diferentes de se fazer isso. Em muitas maneiras, as formas de desparadoxar o paradoxo dependem das condições sociais de aceitabilidade, e essas condições mudam com as transformações do sistema social da sociedade. Eles dependem das estruturas sociais e são portanto, condições históricas. A presunção anterior dos fundamentos paradoxais do sistema do direito oferece a possibilidade de conectar reflexões lógicas e históricas, e ver as correlações entre mudanças, nas estruturas sociais e mudanças na semântica jurídica. Nós temos que permanecer preferencialmente num nível separado – ao nível da terceira questão e ao nível de observar observadores. Porém os conceitos e as teorias desenvolvidas por esse nível têm sido influentes nas questões práticas e eu deverei tocar alguns desses tópicos durante o curso do meu artigo.

Palavras-chave: Direito, Teoria dos Sistemas, paradoxo, auto-referência, fundamento, observação.

Abstract: For this lecture my proposal is to use the invisible hand of the legal paradox as a guideline for an investigation of the history of legal thought. If the assumption holds that there is always necessity to avoid paradox, there may be different ways to do so. In many ways the forms of deparadoxing the paradox depend on conditions of social acceptability, and these conditions change with the transformations of the social system of the society. They depend on social structures and are therefore historical conditions. The background assumption of the paradoxical foundation of the legal system offers the possibility to connect logical and historical reflection and to see correlations between changes in social structures and changes in legal semantics. We have to remain at a rather detached level – at the level of the third question and at the level of observing observers. But concepts and theories developed for this level have been influential in practical matters, and I shall touch on some of these issues during the course of my lecture.

Key words: Law, Systems Theory, paradox, self-reference, foundation, observation.

¹ N.T. Do original *The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History*. Na Língua Inglesa, as palavras *Law* e *Legal* assumem o sentido tanto de Direito ou jurídico ou de legal (em referência exclusiva à Lei). Optou-se aqui por traduzi-las ora num sentido ora em outro, de acordo com o contexto e com as traduções já efetuadas do autor. Essa tradução integra o projeto de pesquisa,

“Comunicação Jurídica e Decisão”, financiado pelo CNPq, assim como as pesquisas desenvolvidas na UNISINOS pelo grupo Teoria do Direito, inscrito no CNPq. Também faz parte da Linha de pesquisa 2 do PPGD-UNISINOS, “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”.

² Aluno da graduação em Direito pela UNISINOS. Bolsista balcão CNPq. Membro colaborador do grupo de pesquisa Teoria do Direito da Unisinos, inscrito no CNPq.

³ Mestre e Doutorando em Direito pela UNISINOS. Membro colaborador do grupo de pesquisa Teoria do Direito da Unisinos, inscrito no CNPq.

Um recente livro de Henri Atlan com o sugestivo título *A tort et à raison*⁴ (certo e errado) começa contando uma famosa história, de origem sabidamente talmúdica. Um professor foi perguntado sobre a sua opinião numa questão discutida entre alguns estudantes. O primeiro estudante explicou seu ponto de vista. Depois de uma longa reflexão, o professor respondeu: “Você está certo”. E o segundo estudante que não tinha sido ouvido até então, protestou e deu seus argumentos. E o professor respondeu novamente: “Você está certo”. Diante disso, outros estudantes intromete-

ram-se, alegando que ele não poderia aceitar as duas opiniões se as mesmas se contradiziam. E o professor, depois de uma longa reflexão, mais uma vez disse: “Vocês estão certos”. A terceira questão, também, recebeu uma resposta positiva.

Esse sentimento tem sido compartilhado, me parece, pelo pai de Tristram Shandy. “Isso é uma pena”, disse ele, “que a verdade possa estar apenas de um lado, irmão Toby – considerando tamanha a ingenuidade que todos estes homens letrados têm demonstrado em suas soluções”⁵. Assim, apesar da

⁴ Ver H. Atlan, *A tort et à raison; Intercrique de la science et du mythe* (1986). É essencialmente o mesmo tema central em J.-L. Lyotard, *Le différend*.

⁵ L. Sterne, *Tristram Shandy* Vol. III, cap. 41, apud N. Rescher, *The Strife of Systems: An Essay on the Grounds and Implications of Philosophical Diversity* (1985) p. 236

⁶ N.T. Do Original *who is right and who is wrong?* As palavras *right* e *wrong* podem significar tanto certo e errado quanto direito e não direito. Portanto, devido a essa restrição semântica da língua portuguesa, optou-se oportunamente pelo uso de um dos termos. Todavia, para uma leitura mais completa e rica do texto, sugere-se a compreensão dessa ambivalência proposital e sofisticada que o autor utiliza no presente trabalho.

codificação binária, parecem existir boas razões para dar razão a ambos lados e de aceitar também o código binário da verdade.

De certo modo, isso é inofensiva e inocente auto-referência. O professor se apresenta esforçando-se para ver o melhor em cada caso. Nas relações sociais, essa é a maneira mais fácil de não ficar se intrometendo em desavenças alheias. Um terapeuta provavelmente reagiria de uma maneira similar. O terapeuta, também, começaria concordando e então, lembrando seus ou suas obrigações profissionais, adicionaria “mas você também poderia ver isso de uma maneira diferente”.

Mas e um juiz? A um juiz, evidentemente, não pode ser permitido deixar de tomar um lado. Um juiz tem que decidir. O problema diário de um juiz é: quem está certo e quem está errado? E um juiz tem conhecimento suficiente de doutrinas e vida para decidir a causa. Mas lembre-se da terceira questão! Por um lado, ao juiz não é permitido tomar a posição do professor e aceitar o certo para ambas partes. Por outro, devem existir razões mais profundas para aceitar controvérsias como certas em ambos lados, e se é assim, o quê e quem justificaria ao juiz abster-se dessas razões, como se não fossem válidas?

O juiz tem que pagar por isso, para ter certeza. Não existe nada gratuito. O preço é aceitar o paradoxo de um código binário aplicado a ele mesmo.⁶ O quê, então, sobre o certo e o errado decide sobre o certo e o errado? Como é que alguém tem o direito de dizer que uma posição ou uma opinião é errada? Existe algum certo para inventar o errado, criar o errado, ou mais recentemente falando, “construir” o errado?

Num famoso ensaio⁷ Walter Benjamin chega a esse ponto dizendo que não existe certo sobre o certo e errado, nenhum super-certo. Existe apenas *Gewalt*⁸. Todos da teoria crítica da Escola de Frankfurt iriam juntar-se a ele, porque, para eles, crítica significaria expor as contradições que existem na realidade, por exemplo, as contradições entre assumir o certo e assumir o errado. Mas então nós nos encontramos voltados para a mesma questão epistemológica: como provar com uma lógica não-contraditória que a realidade é contraditória?

Existem paradoxos em todos os lugares, sempre que procuramos por fundamentos. O problema fundamental encontrado no Direito, então, não é encontrar e identificar o motivo máximo ou razão que justifique sua existência. O problema é como suprimir ou atenuar o paradoxo no qual um observador com tendências lógicas ou com um grau suficiente de insatisfação poderia ver e articular a qualquer hora. Permanece possível fazer a terceira questão: podemos aceitar opiniões contraditórias como sendo ambas certas ou erradas? Ou eventualmente: como podemos acertadamente ou erroneamente diferenciar o certo do errado? No mínimo sob condições modernas, nós não podemos evitar o tema. Mas também é possível não fazer a pergunta

e transformar o paradoxo num tema menos perturbador. Por algum tipo de troca a *Gestalt* podem haver maneiras de transformar a questão, o que torna possível obter uma resposta. Ou podem haver respostas que tornem possível fazer a pergunta.

Para esta preleção, minha proposta é usar a mão invisível do paradoxo do direito com uma orientação para a investigação do pensamento da história do pensamento jurídico. Se a suposição sustenta que há sempre uma necessidade primária em evitar o paradoxo, podem haver maneiras diferentes de se fazer isso. Em muitas maneiras, as formas de desparadoxizar o paradoxo dependem das condições sociais de aceitabilidade, e essas condições mudam com as transformações do sistema social da sociedade. Eles dependem das estruturas sociais e são portanto, condições históricas.

A presunção anterior dos fundamentos paradoxais do sistema do direito (e, quanto a isso, todos os sistemas que trabalham sob o código binário) oferece a possibilidade de conectar reflexões lógicas e históricas, e ver as correlações entre mudanças, nas estruturas sociais e mudanças na semântica jurídica. Nós temos que permanecer preferencialmente num nível separado – ao nível da terceira questão e ao nível de observar observadores⁹. Porém os conceitos e as teorias desenvolvidas por esse nível têm sido influentes nas questões práticas e eu deverei tocar alguns desses tópicos durante o curso da minha preleção.

||

Primeiramente, nós temos que limitar o caso. Existem muitos paradoxos no direito conectados com problemas específicos. Normalmente eles passam despercebidos. Mas desde o momento em que a teoria do direito desenvolve um interesse na argumentação jurídica e tomada de decisão, paradoxos emergem.

Um recente ensaio de George Fletcher¹⁰ discute alguns deles; por exemplo, os paradoxos ligados em observar a obrigatoriedade da lei, a sua ignorância ou o erro referente a questões legais, ou paradoxos das mudanças de interpretação que o direito tem que, mas não pode, se referir a algum tipo de legislação. Outros paradoxos são conectados, levando-se em conta a autoconsciência subjetiva, refletindo circunstâncias moderadas na quebra da lei. E, ainda, outros são referentes a então chamada teoria econômica do direito, que calcula as consequências de decisões jurídicas divergentes, incluindo as consequências das próprias decisões para o comportamento futuro, e então usando essas consequências como um critério para a própria decisão.

Fletcher mostra que a teoria do direito enfrenta tais paradoxos com inovações conceituais. Ele observa dois cami-

⁶ Claramente, o paradoxo no sentido lógico apenas surge se nós vemos a relação de certo e errado como uma relação lógica. Mas mesmo se fosse somente uma questão de retórica, isso teria importância para os tribunais e, dessa forma, na construção do sistema legal.

⁷ Ver W. Benjamin, “Zur Kritik der Gewalt” em *idem. Gesammelte Schriften* 2.1 (1977) p. 179-203.

⁸ Eu deixo o termo *Gewalt* não traduzido. Continua-se, embora inaudível mesmo para a maioria dos ouvidos alemães, as tradições do Latim *vis* e *potestas*. Não é simplesmente “violência”.

⁹ Também chamado de observação de segunda ordem ou cibernética de segunda ordem. Ver H. von Foerster, *Observing Systems* (1981). Ou R. Glanville, “Distinguished and Exact Lies” em *Cybernetics and System Research* 2 (R. Trappl: 1984) p. 655-662.

¹⁰ G. P. Fletcher, “Paradoxes in Legal Thought” (1985) 25 *Columbia Law Review* p. 1263-92.

nhos para tratar tais problemas: tanto por abster-se da prática jurídica que leva a contradições e por limitar o alcance de atenção para razões e interesses; ou por encontrar ou construir uma distinção que decomponha o paradoxo. Apenas a segunda técnica é criativa e leva a avanços no pensamento do direito. Então, Fletcher continua por distinguir as novas distinções. Existem aquelas que já foram descobertas ou construídas e hoje estão incorporadas na estrutura do pensamento jurídico; elas já são direito, por assim dizer. E existem outras ainda desconhecidas. Elas devem ser descobertas ou construídas e permanecerem, por enquanto, objeto de um assunto jurídico futuro.

Nós podemos compartilhar desta perspectiva otimista e acompanhar o desenvolvimento da teoria do direito com os melhores anseios. Mas uma questão permanece, e isto é, de um aspecto diferente, novamente a terceira questão. Nós temos certeza de que podemos substituir todos paradoxos emergentes do direito por distinções apropriadas? O que dizer dos paradoxos aplicados no uso das distinções, os paradoxos do mesmo que é tratado como diferente? E sobretudo, o que fazer com o paradoxo que define o direito pela distinção de direito e não direito.

A questão leva de volta ao meu tópico. Eu quero reformular a terceira questão da seguinte forma: Como uma sociedade pode impor um código binário? Como alguém poderá ter sempre certeza de que a verdade não é a não-verdade e o certo não é o errado – exemplos que são relatados em tragédias gregas ou romances sul-americanos? Ademais, o que acontece dentro do sistema legal quando a sociedade impõe seu próprio código?

III

A principal parte da minha preleção irá abster-se de adicionais argumentos teóricos e substituí-los por uma pesquisa histórica, comparando diferentes tipos de sociedade com respeito aos modos pelos quais elas concebem – dentro uma determinada estrutura e de limitações semânticas – esse problema do código binário.

As maiores sociedades do passado eram organizadas de duas formas diferentes – em estratos sociais e centro/periferia. Elas se descreviam como hierarquicamente ordenadas em castas ou propriedades e eram ao mesmo tempo o que nós chamaríamos de “sociedades urbanas” ou “sociedades camponesas”, dependendo na distinção entre centros urbanos e periferia rural.

Colocando ênfase em uma forma ou outra, eles poderiam observar sua unidade olhando para o topo ou para o centro.

Não havia nenhum problema em representar a unidade do sistema dentro do sistema. Estas sociedades poderiam

ver sua ordem como ordem natural, podendo por esse motivo caracterizar alternativas como desordem. Surgiram ambigüidades, particularmente na Idade Média, quando ambas formas se desintegraram – isto é, quando a aristocracia não era mais a aristocracia urbana, e também quando os grupos dominantes se repartiram de acordo com funções religiosas e políticas sem uma clara supremacia (ou com uma supremacia semântica religiosa e uma supremacia real de políticas baseadas na propriedade). Mas mesmo então, o sistema era descrito como uma ordem natural, e o conceito de natureza tinha conotações normativas porque seu antônimo era desordem – e não, por exemplo, civilização.

Essas sociedades poderiam facilmente descrever o direito como direito natural. Dentro das antigas tradições místicas, a gênese da ordem era concebida como emanação. O um (que na aritmética grega não era um número) gerava os números, que são, a diferença entre números ímpares e pares. Toda multiplicidade surgiu da unidade¹¹. O motor imóvel criou a diferença entre as coisas móveis e imóveis. Nesse sentido, foi fácil conceber o direito no sentido fundamental de direito eterno ou divino, criando a distinção entre direito natural e positivo, e também a distinção entre conduta legal e ilegal.

A essa altura você deve perceber que isto é uma maneira de se tratar o paradoxo. O paradoxo permaneceu invisível e foi substituído por um conto narrativo de distinções de gêneses. Entretanto, essa estratégica semântica não prosperou completamente. Paradoxos têm uma tendência fatal em reaparecer. Necessidades surgiram – ou no mínimo necessidades urgentes de decidir em ocasiões particulares contra o direito válido, o famoso *excessum iuris communis propter bonum commune*. Para esse propósito, novas caracterizações foram inventadas que provocaram novos antônimos. O direito foi caracterizado como estrito e formal – e equidade foi inventada para justificar sua negligência nos casos onde seria difícil de seguir o direito. Essa distinção entre crueldade e clemência (*crudelitas/clementia*) serviu para rejeitar o código jurídico de certo e errado e para reincorporar o direito na sociedade humana. Depois de séculos de tomadas de decisões, esta distinção retorna ao direito e nós encontramos um casuismo que lembra os casos nos quais o próprio direito permite tolerância, atenuando causas.¹² A distinção que primeiro articulou o paradoxo do direito recusável é finalmente transformado num dispositivo para aprendizagem social criativa dentro do sistema jurídico.

Algo similar aconteceu com outra distinção, do mesmo modo usada para apresentar um paradoxo e sugerir maneiras criativas de resolvê-lo. Nesse caso, o direito era caracterizado como *normal* – e o instituto da *derrogação*¹³ foi inventado para justificar a violação do direito na visão de necessidades maiores ou utilidades (e a ordem social não deixou dúvida sobre

¹¹ Para dar apenas uma citação: dentro do contexto “de potestate principum” L. Zechius, *Politicorum sive de principatus administratione libri III* (1607; J. Gymnicum) p. 62ff, escreve: “Omnis multitudo ab uno procedit et per unum mensuatur” e procede elaborando em *in creatum/creatum, immobile/mobile*, e assim por diante.

¹² Esse desenvolvimento não depende necessariamente que uma diferenciação organizacional de tribunais conforme se a lei ou a equidade guiam as decisões. Nós encontramos isso também na teoria continental do Direito. Um exemplo é Columna Romanus (Egidio Colonna), *De regimine principum libri III* (1607) p. 531 e seguintes. Para Idade Média ver M. Boulet-Sautel, *Equité, justice et droit chez les glossateurs du XIIème siècle* (1951); C. Lefebvre, “Natural Equity and Canonical Law” (1963) 8 *Natural Law Forum* p. 122-36.

¹³ Uma cuidadosa, e, até onde eu saiba, não superada análise dessa instituição é A. Bonucci, *La derogabilità del diritto naturale nella scholastica* (1906).

quem era ou quem não era capaz de fazer aquilo).¹⁴ O paradoxo reapareceu em longos debates sobre se a derrogação é uma instituição de direito natural, permitindo a violação do direito natural, ou se essa pode e deve ser justificada como direito positivo somente na visão das condições do infralapsário. A primeira opinião poderia referir-se a do ditado de Cícero *communis utilitas derelicto contra naturam est*.¹⁵ A segunda parada psicológica. Isso tem que ser praticado *à regret et en soupirant* como Gabriel Naudé recomenda.¹⁶

Entretanto, o paradoxo não apenas reapareceu, ele também re-desapareceu. Tão logo equidade e derrogação evoluem para um sistema de definições e regras – e o que mais poderia um jurista fazer com elas – o paradoxo faz um movimento evasivo, sendo despreparado para aceitar regulações. Como Wittgenstein perguntou, “Que utilidade tem uma regra para nós aqui? Não poderíamos (de outra forma) errar aplicando-a?”¹⁷

IV

Durante os séculos XVII e XVIII ocorreu uma notável mudança. A terceira questão procura por novas respostas. O paradoxo do direito procura por novos lugares para se esconder. Aparecem em novos disfarces, mais apropriados às mutantes condições sociais. O direito natural se reduz e se torna o direito de argumentos racionais, supondo que razão é ao menos, a natureza dos seres humanos. Isso dá mais liberdade da supervisão teológica e mais esperança para progresso, refinando e improvisando o controle próprio dos interesses humanos. Razão apela para razão como o último tribunal que é encarregado de ser capaz de julgar seus próprios interesses. Daqui, o paradoxo é mantido como tautologia – como uma distinção que se supõe não ser nada: como razão racional. (Para assuntos que não se enquadram na jurisdição da razão, nós encontramos bruscamente ao mesmo tempo, conceitos paralelos de auto-autenticação, ou seja, gosto para arte e amor para relações íntimas¹⁸).

E novamente, o paradoxo reaparece, sendo mais sofisticado que a própria razão. Nos casos práticos de aquisição e uso da propriedade, razão argumenta com a mesma força para igualdade e desigualdade. O desejo por propriedade e

sua acumulação é claramente errado, violando a natural (e a criada) igualdade dos seres humanos. E a demanda por igualdade está claramente errada, violando o direito a propriedade. Como, então, dirigir o paradoxo para o seu recuo invisível?

Uma solução fácil consiste em usar o duplo conceito de natureza. A razão natural pode exigir a superação da natureza. Homens nascem nus, mas eles são visivelmente melhores de roupas.¹⁹ Mas então, nós temos que encarar a questão de se a natureza nos ensina que somos mais ricos com uma distribuição desigual de propriedade.

Por mais de um século, a questão da propriedade torna-se o problema em termos de quais fundamentos da sociedade são discutidos. “Le partage des biens est la première loi de la société, et le tronc, pour ainsi dire, de toutes les autres lois”, escreveu Marquis de Mirabeau.²⁰ Juristas tendem a reconhecer um contrato, embora um contrato implícito, porque a aquisição e o uso da propriedade implica no reconhecimento da propriedade dos outros.²¹ Também, até a segunda metade do século XVIII, a própria sociedade pensou ter sido baseada no contrato com rigorosamente o mesmo tipo de argumento.²² Assim, não há lugar para separar Estado e sociedade; a desparadoxização tem que ter lugar dentro do contexto de reflexões sobre sociedade política e os argumentos têm que levar de volta a suas origens.

IV

Neste sentido, os autores dos séculos XVII e XVIII usaram pensamentos de origem grega e romana para reformular o paradoxo. A forma era novamente uma narração quase-mítica. No princípio havia a propriedade comum no estado de natureza. Mas então, a multiplicação das pessoas e a invenção das artes e ciências fizeram aconselhável separar os bens e dar a chance a cada indivíduo de aumentar a sua propriedade.²³ Durante um certo tempo, as seleções de construções romanas sob o título de “sobre a aquisição de propriedade”²⁴ representaram um papel decisivo legitimando o direito como tal. Durante uma longa discussão, distinções foram aperfeiçoadas. Pufendorf baseando-se em Grotius, introduziu a famosa distinção entre uso comum da propriedade negativo e positivo – o negativo sendo, de certo modo, a propriedade

¹⁴ Visto desse ponto de vista, poder-se-ia encontrar Machiavel firmemente estabelecido dentro de uma antiga tradição católica, apenas falando um pouco mais enfaticamente sobre seus princípios e violando o sadio pavor em abordar o paradoxo. Ver também R. de Mattei, *Dal Premachiavellismo al Antimachiavellismo europeo del Cinquecento* (1969). As agltadas disputas sobre as perfídias de Machiavel em torno de 1600 são, assim, uma sintoma de que a posição do paradoxo está mudando e que o novo sistema político, chamado “o Estado”, poderia oferecer soluções institucionais para irregularidades formais.

¹⁵ Cícero, *De officiis III*, VI, 30 (Hubert Ashton Holden:1966) p. 106.

¹⁶ G. Naudé, *Science des Princes, ou Considérations politique sur le coups d'état* (1712) Vol. I p. 341.

¹⁷ L. Wittgenstein. *Über Gewissheit – On Certainty* (G. E. M. Anscombe e G. H. von Wright:1969) seção 26.

¹⁸ Compare A. Baeumler, *Das Irrationalitätsproblem in der Aesthik und Logik des 18. Jahrhunderts bis zur Kritik der Urteilskraft* (1967; 2ª ed.) R. G. Saisselin, *Taste in Eighteenth Century rance: Critical Reflections on the Origin of Aesthetics or an Apology for Amateurs* (1965); N. Luhmann, *Love as Passion: The Codification of Intimacy* (1986).

¹⁹ Ver Colonna, op. cit., n. 9 p. 504 para vestuário mas também para servidão.

²⁰ V. de Riqueti, Marquis de Mirabeau, *L'ami des hommes ou Traité de la population* (1750) 1883, p. 3.

²¹ Pacto quodam, disse Grotius, “aut expresso, ut per divisionem, atu tacito, ut per occupationem.” Ver H. Grotius, *De iure belli ac pacis* lib. II, cap. II, section 2.5 (1720) p. 188.

²² A despeito dessa similaridade de argumentos as teorias sociais da sociedade civil e as teorias do Direito de propriedade foram apresentadas em textos diferentes. Ver J. G. A. Pocock, “The Mobility of Property and the Rise of Eighteenth-Century Sociology” In *Theories of Property: Aristotle to the Present* (A. Pare and T. Flanagan:1979) p. 141-66.

²³ Para um tema específico de relevância atual, a liberdade do mar, comparar H. Grotius, *Mare liberum* (1608; Latin-English ed. 1916); J. Selden, “Mare clausum seu De Dominio Maris libri duo (1635)” em *Works* (1726) Vol. 2, pp. 1179-1436. Para a típica versão generalizada ver F. Hutchinson, “A System of Moral Philosophy in Three Books” (1755) em *Collected Works* Vol. V (reprint 1969) pp. 309ss; C. Wolff, *Jus naturae methodo scientifica pertractata* (1742) reprint 1968, part. II, cap. I e II.

²⁴ Digesta 41.1, *De rerum divisione*, ver também *Institutiones* 2.1, *De rerum divisione et adquirendo earum dominio*.

avant la lettre (propriedade antes da lei), o positivo sendo a propriedade privada com mais de um dono.²⁵ John Locke acrescentou a idéia de que a real razão para a distinção entre estado de natureza e civilização era a necessidade de organizar o trabalho, e que a situação só se tornou problemática pela invenção do dinheiro, removendo alguns limites na aquisição e preservação da propriedade.²⁶

Eu não posso entrar em detalhes aqui, mas tenho que mencionar dois pontos. O primeiro é que, neste cálculo (*account*), a origem da propriedade deve ser um princípio mítico, não simplesmente um estado-histórico.²⁷ Conseqüentemente, a estrutura inteira da desaparadoxização tornou-se vulnerável à pesquisa histórica e comparativa. Isto aconteceu na metade do século dezoito, particularmente nos escritos e conferências de David Hume e Adam Smith. Em segundo lugar, se nós deciframos a estrutura do pensamento olhando através de sua forma mítica, nós encontramos a concepção de direitos naturais. Direitos naturais são direitos cujo reconhecimento não depende de obrigações complementares. Eles são direitos no sentido de Thomas Hobbes ou de Jeremy Taylor, quer dizer, direitos antes do direito, direitos que não dependem do reconhecimento de outros (por exemplo, o direito pessoal de preservar e mover o próprio corpo, o velho *potestas in se ipsum*) – isto é, direitos antes da distinção entre certo e errado.²⁸ Você pode reconhecer isto: é um direito paradoxal, um direito respondendo a terceira questão.

Mas este é um conceito do século XVII.²⁹ O século XVIII, preocupado com moralidade e razão, achou o que pareciam ser bons argumentos contra este conceito e insistiu que não pudesse haver direitos sem obrigações complementares.³⁰ Claro que não! O paradoxo tem que permanecer invisível. Mas então, onde ele se esconde agora?

V

No decurso do século XVIII, a estratégia de desaparadoxização foi invertida. A tradição iniciou com a idéia de um começo inocente. Uma vez existiu uma idade do ouro. Uma vez, no estado de natureza, seres humanos podiam viver de acordo com as suas necessidades num estado de paz comum. Então, a deterioração começa e mecanismos

para compensá-la são necessários. Já no século dezessete, dúvidas foram levantadas sobre esta versão, como em Hobbes, mas o contra-modelo não podia realmente ser construído. Havia a disputa dos antigos e dos modernos³¹ e havia a idéia que, em geral, nós poderíamos ser melhores (*better off*) nos tempos modernos. Mas apenas na segunda metade do século XVIII nós encontramos a reversão completa. Só então nós encontramos a idéia de que o começo estava errado, que o começo era violência, ou que consistiu em isolar a propriedade, e na cooperação das pessoas estúpidas o bastante para acreditar que isto era justo.³² Então, sentiu-se que somente o processo³³ de civilização nos levaria a um futuro melhor e justificaria o passado em retrospecto. A mensagem escondida do paraíso perdido já não era mais o pecado (como pressupõe a lei) mas a violência de Deus, expulsando Adão e Eva do jardim do Éden e impedindo seu retorno com tropas armadas.

Nós encontramos este olhar novo em autores que rejeitaram a idéia de uma origem contratual do direito – uma idéia que é evidentemente tautológica (isto é, paradoxal) fundando o direito na pressuposição do direito. Nós encontramos esta rejeição e a origem correspondente do direito na violência em Linguet, um desses escritores da França pós-iluminismo que estava particularmente apaixonado por paradoxos banais.³⁴ E nós a encontramos, mais conhecida, mas também menos intrigante, em Kant.

No princípio era violência. Esqueça isso. As coisas são muito melhores agora e nós podemos melhorar ainda mais, por exemplo projetando uma constituição.³⁵ Mas então, nós estamos conhecendo o desconhecido? O futuro? E, fazendo isso, rejeitando o passado, nós rejeitamos também a história da Torre de Babel?

De qualquer modo, o paradoxo, como o sol, se põe, passa oculto por baixo da Terra e reaparece no futuro. As tentativas para domesticá-lo através de uma elaboração razoável falham, é claro.³⁶ A inflação kantiana de esperanças relativa às origens do direito não impressionou os profissionais do direito, da religião, e nem da pedagogia. Os nomes famosos são Gustav Hugo e Anselm Feuerbach,³⁷ mas uma escola inteira de pensamento desenvolveu-se criticando os modos inexatos e superficiais pelos quais o kantismo foi transferido para

²⁵ Ver S. Pufendorf, *De iure naturae et gentium lib. IV* (1744) Vol. I, cap. IV, secções II e V, pp. 512ss, 513, 518. Durante o século dezoito esta distinção se tornou geralmente aceita. Ver J. G. Heineccius, *Elementa iuris naturae et gentium* (1749; 3 ed.) liv. I, secções CCIIss, pp. 182ss; J. Taylor, *Elements of Civil Law* (1769, 3 ed.) pp. 460ss; G. Achenwall, *Prolegomena iuris Naturalis* (1781; 5 ed.) secção 116, pp. 97ss.

²⁶ J. Locke, *Two Treatises of Government* (1690) Vol. II, cap. V.

²⁷ Comparar também P. Bowles, "The Origin of Property and the Development of Scottish Historical Science" (1985) 46 *J. History of Ideas* pp. 197-209.

²⁸ "Nesta guerra de todo homem contra todo homem" disse Hobbes num lugar famoso (*Leviathan* cap. 13), "isto também é conseqüente: que nada pode ser Injusto. As noções de Certo e Errado, Justiça e Injustiça não encontram lá lugar."

²⁹ T. Hobbes, *Leviathan* (1651/1953) Vol. I, cap. 14, p. 66s; J. Taylor, "Ductor Dubitantium" em *The Whole Works* (1970; 1851/2) Vols. IX e X, especialmente Vol. IX, pp. 279ss. Comparar também N. Luhmann, "Die Theorie der Ordnung und die natürlichen Rechte" (1984) 3 *Rechtshistorisches j.* p. 133-49.

³⁰ Porém, nós achamos um argumento semelhante em A. Smith's *Lectures on Jurisprudence* (1978; ed. 1763) p. 13, aqueles direitos naturais são indiscutíveis considerando que, no caso da propriedade, a exclusão de outros precisa de justificação.

³¹ Ver a até agora clássica monografia de R. F. Jones, *Ancients and Moderns: A Study of the Rise of the Scientific Movement in Seventeenth Century England* (1965; 2 ed.)

³² Ver o famoso começo da segunda parte do discurso de Rousseau "Sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes" em E. Rousseau, *Oeuvres complètes* (1964 ed.) Vol. II, p. 164.

³³ Processo num novo sentido, introduzido aí justamente para dar um novo sentido a unidade natural para a história que conduz a um desconhecido mas não obstante projetável futuro. Ver K. Röttgers, "Der Ursprung der Prozessidee aus dem Geiste der Chemie" (1983) 27 *Archiv für Begriffsgeschichte* p. 93-157.

³⁴ Ver S.-H. Linguet, *Théorie des loix civiles, ou Principes fondamentaux de la société* (1767) Vol. I, em particular o "Discours Préliminaire" p. 1-177.

³⁵ Para a transformação e radicalização da idéia de uma Constituição durante as últimas décadas do século dezoito ver D. Grimm, "Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus" em *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages* (1987) p. 46-71.

³⁶ Ver H.-G. Deggau, *Die Aparien der Rechtslehre Kants* (1983).

³⁷ Comparar J. Blühdorn, "Kantianer" und Kant: Die Wende von der Rechtsmetaphysik zur Wissenschaft vom positiven Recht" (1973) 64 *Kant-Studien* p. 363-94.

a Teoria do Direito.³⁸ Na ocasião, uma ciência do direito positivo estava em demanda, e as opções pareciam ser se a lei positiva deveria ser projetada através de construções conceituais, levando em conta as experiências históricas de gerações de advogados, ou se, na base do Estado constitucional, a legislação deveria ser a estrada preferida para o futuro.

O paradoxo agora disfarça a si mesmo como o futuro esplêndido do divino gênero humano, o futuro de liberdade e igualdade, o futuro da emancipação e constituições democráticas, ou o futuro da maior felicidade do maior número de pessoas, e finalmente como o futuro da sociedade comunista como o novo estado de natureza, o estado depois do estado, depois da propriedade, depois de todas as divisões e distinções. O paradoxo impede observações e descrições, o futuro se torna inobservável por si mesmo de qualquer maneira. O futuro se torna a desculpa principal para todas as ações ilegais da nova sociedade industrial, a desculpa principal para aplicar o direito que a própria sociedade produz de acordo com um cálculo de interesse e, cada vez mais, como uma reação para seus próprios problemas auto-produzidos.

E novamente, como sempre, nós achamos formas mais técnicas de desaparadoxização. Uma delas é a distinção entre legislação e administração da justiça. Leis devem ser gerais, decisões de tribunal devem aplicar a lei ao caso concreto. A produção da lei deve proceder sem prestar atenção a casos particulares, e acha sua justificação, se não sua inocência, em sua forma geral. Decisões de tribunal têm que distribuir os símbolos “certo” e “errado” para circunstâncias particulares, tendo a validade da lei como dada. Em muitos sentidos, esta não é a resposta definitiva. Lá permanecem os conhecidos problemas de leis auto-referentes e o problema de voltas circulares entre legislação e adjudicação.³⁹ Mas estas são preocupações teóricas. Na prática, a diferenciação institucional de papéis funciona suficientemente bem, e problemas remanescentes podem ser reunidos sob o título de “legitimidade”, entendida como a popularidade de governos, expostos a eleições periódicas. Além disso, é agora fácil de resolver um paradoxo muito antigo, que é o paradoxo do direito de mudar o direito. O sistema legal pode reconhecer motivos políticos como suficientes para mudar o direito – mas somente ao nível da legislação e não ao nível da adjudicação.⁴⁰

Esta, também, é uma forma de substituir o paradoxo por uma distinção. Além disso, sua característica distintiva está evitando qualquer referência ao direito natural ou à moralidade, recorrendo apenas ao direito positivo. Isto torna

significativo substituir a distinção entre certo e errado pela distinção entre legal e ilegal e fica assim atenuado o problema. O que tinha sido um paradoxo moralmente aborrecedor pode ser visto agora como uma contradição simples entre moralidade e legalidade – por exemplo, uma desobediência à lei moralmente exigida.

O outro dispositivo moderno é a prática orientada por resultados em ambos os níveis, na legislação e no tribunal. O que conta não é um princípio, nem uma dedução lógica, nem a construção conceitual elegante, mas a diferença de uma decisão tomada tanto na realidade social como no próprio sistema legal. São os efeitos legais então o critério do direito? Esta não é certamente uma teoria convincente⁴¹ mas é a prática habitual e a marca distintiva do bom advogado. Isto é algo como cortar o futuro em pequenos blocos que podem ser manejados nas situações de vida diária. Mas novamente, e apesar disso, o futuro permanece inobservável. As decisões legais aspiram serem imediatamente certas (e não erradas), e permanecem assim se seus resultados almejados ocorrem ou não mais tarde.

Logicamente então, a validade de um programa depende de sua própria execução. A execução do programa torna-se a condição da execução do programa. Enforce o homem se – e somente se – você o enforca. Esta instrução, é claro, faria as questões indecidíveis. Você realmente precisa do futuro – quer dizer, suas opiniões presentes sobre o futuro – para diferenciar decisões e para desaparadoxizar um programa condicional auto-condicionado. Mas então você tem a questão: as suposições válidas sobre o futuro são suposições de quem? Que se traduz na questão: quem está no poder?

Quando esta forma de desaparadoxização torna-se institucionalizada, nós podemos esperar uma necessidade por mecanismos compensatórios, em particular por dispositivos auto-corretivos. Quando os resultados não aparecem, o direito tem que ser mudado adequadamente. O futuro permanece o futuro,⁴² os problemas mudam suas formas, as situações podem ser manejadas num sentido ou no outro. O sistema legal cresce pelo que pode ser chamado, usando um termo lingüístico, hiper-correção. A máquina termina ficando constantemente em reparo. O paradoxo promovido (*promoting*) permanece invisível.

VI

Nós poderíamos fazer disto um sonho, talvez um pesadelo – a torre esmalgada de Babel sem a esperança da Jerusalém

³⁸ Um bom exemplo é A. F. J. Thibaut, “Über den Einfluss der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze” em id., *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts* (1798) Vol. I, p. 140-207.

³⁹ Sob uma perspectiva muito diferente soluções similares podem ser traçadas de volta ao livro um da *Retórica* de Aristóteles. Encarando a pressão de redes sociais, de grandes famílias, seus parentes, e sua clientela, o legislador tem a vantagem de não poder prever o futuro, conseqüentemente de não poder observar o impacto da sua lei na rede concreta de relações sociais; e o juiz, sendo obrigado aplicar a lei sem olhar de lado, está impossibilitado também de adaptar a lei às constelações concretas da estratificação social. Ver Colonna, op. cit., n. 9, p. 507s. Assim, a distinção de legislação e adjudicação ocorre na distinção interna dos sistemas legais, promovendo a diferenciação do sistema legal pela diminuição do impacto das estruturas sociais.

⁴⁰ Para instância ver H. L. A. Hart, “Self-Referring Law” em id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983) p. 170-8; T. Eckhoff, “Feedback in Legal Reasoning and Rule Systems” (1978) *Scandinavian Studies in Law* p. 39-51.

⁴¹ Ver meus argumentos em N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974) p. 31s. Para as reações de defesa típicas dos juristas protegendo o que parece a eles bons argumentos, ver T. W. Wälde, *Juristische Folgenorientierung* (1979); H. Rottleuthner, “Zur Methode einer folgenorientierten Rechtsanwendung” em *Wissenschaften und Philosophie als Basis der Jurisprudenz* edição especial (1980) 13 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (eds. F. Rotter et. al.) p. 87-118; G. Lübke-Wolff, *Rechtsfolgen und Realfolgen* (1981).

⁴² Ver N. Luhmann, “The Future Cannot Begin: Temporal Structures in Modern Society” em id., *The Differentiation of Society* (1982) p. 271-288.

⁴³ Ver M. Serres, “Dream” em *Disorder and Order: Proceedings of the Stanford International Symposium* (Sept. 14-16 1981) (1984; ed. P. Livingston) p. 225-239.

celestial.⁴³ Nós também poderíamos decidir arriscar outro olhar para o paradoxo ou fazer a terceira questão novamente.

Uma resposta para a terceira questão é um meio de pôr um porão debaixo do edifício, um porão no qual podem ser preservados os segredos do sistema, ou, como alguns preferiram supor, os cadáveres. Nós precisamos deste porão como a regra sem exceção, isto é, como a exceção para a regra que não há nenhuma regra sem exceção. Nós precisamos disto como o paradoxo.

Pode não ser óbvio que nós precisamos de uma origem paradoxal de qualquer forma. Por certo, a linguagem do direito permite a construção de orações que são incompatíveis. Isto é verdade para todas as linguagens especializadas em cognição, e tanto mais para linguagens normativas. Mas por que nós simplesmente não evitamos estas armadilhas, por que não desviar certas questões e certas construções e, com esta precaução, usar a linguagem do direito sem o embaraço de olhar para a face gorgônea do paradoxo? Mesmo lógicos e filósofos tentam, construindo sistemas formais, projetar dispositivos de exclusão ou simplificar pondo um fim no que, caso contrário, pareceria ser um possível movimento. Nós sabemos que isto não funciona, exceto *ad hoc*.⁴⁴ Mas o que nos impede de fazer isto não obstante? Poderia ser suficiente dizer que há regras com exceções e regras sem exceções. Ou que há reivindicações certas e reivindicações erradas. Entretanto, o que é indicado pelo “e” e o que é excluído pelo “e”? Nada. O “e” serve como o brincalhão (*joker*) recolocando dentro do sistema a unidade do sistema. Como o fim do sistema o “e” dos sistemas opera como símbolo para a unidade do sistema dentro do processo de reprodução do sistema – aqui e agora. Não é uma descrição suficiente da unidade do sistema. É novamente um esconderijo do paradoxo.

A unidade do sistema não é algo fora do sistema. Não é algo dentro do sistema.⁴⁵ Como e onde, então, nós podemos observar a unidade? O sistema é a multiplicidade de suas operações. Nunca age como esta multiplicidade, nunca age como a rede de suas operações – por exemplo, como a rede de todas as decisões jurídicas. Não é nada mais que os constrangimentos produzidos por uma decisão para outros do mesmo sistema. Estes constrangimentos excluem outras possibilidades do mesmo sistema. Mas então, como nós justificamos estas exclusões – por exemplo, de mulheres a certos clubes, de não-donos à propriedade, de prisioneiros à liberdade? O próprio sistema contém estas possibilidades excluídas.⁴⁶ Se você tem clubes, você tem os sócios e não-sócios. Se você tem prisões você tem pessoas dentro e fora da prisão. Para todo dono de uma casa há hoje cinco bilhões de não-

donos desta casa. Como competir com estas atrocidades? Tecnicamente falando, dispositivos de exclusão podem funcionar suficientemente bem. O direito pode proibir ou pode tornar simplesmente inválido fazer a terceira questão. Pode prescrever a quem se comporta como uma pessoa sábia a expulsão do gabinete de um juiz. E realmente, todos nós sabemos que há uma lei que proíbe a oposição à justiça. Isto torna possível ignorar o problema. Não o elimina.

Do ponto de vista dos sistemas nós podemos, seguindo Talcott Parsons,⁴⁷ fazer uma distinção entre este nível técnico da execução de funções sociais e um nível institucional no qual um sistema tem que refletir sua integração no sistema abrangente da sociedade total. Teorias mais recentes fazem uma distinção entre dispositivos “naturais” e “artificiais”⁴⁸ para manipular os paradoxos de auto-referência ou entre observação interna e externa.⁴⁹ Estas diferenças no estilo conceitual refletem avanços na teoria dos sistemas que nós podemos desconsiderar no momento. Minha questão final é, mais propriamente, existem razões estruturais na sociedade moderna que fazem apropriado obrigar este pensamento em dois níveis no sistema legal e garantir níveis mais altos de descrição, seja interna ou externa, que vão além da opinião meramente técnica? E minha proposta será que na sociedade moderna esta não é simplesmente uma questão de legitimação no sentido de levar em conta valores simbolicamente compartilhados comunicando as intenções que guiam suas ações.⁵⁰ Realmente, isto é muito fácil de fazer. O problema é, então, melhorar na transparência dos funcionamentos internos de sistemas funcionalmente diferenciados para eles mesmos e para os outros. Mas se paradoxos são os obstáculos cruciais para observar sistemas, e se os modos pelos quais sistemas lidam com seus paradoxos produzem transparências e intransparências como dois lados da mesma moeda, então este assunto deve substituir o tópico bastante trivial da legitimação. E a distinção entre os dois níveis de teorias operativas e de teorias refletivas, de opinião técnica na solução de problema legal e de reflexão sobre os modos pelos quais um sistema fica compreensível para si mesmo e para os outros, pode não se tornar a solução do problema e certamente não uma técnica nova de auto-legitimação, mas ao menos um modo adequadamente diferenciado para produzir descrições.

Agora, tudo isso pode parecer ser um problema altamente teórico sem qualquer impacto em negócios práticos. É provável que advogados que são programados para decisões achem este tipo de problema desinteressante. Minha intenção foi mostrar que este não é o caso. A pesquisa histórica

⁴³ Ver os argumentos de J. L. Mackie, *Truth, Probability and the Paradox: Studies in Philosophical Logic* (1973) p. 237s.

⁴⁴ Ver R. Glanville e F. Varela, “Your Inside is Out and Your Outside In In’ (Beales 1968)” em *Applied Systems and Cybernetics* (1981; ed. G. E. Lasker) Vol. II, p. 638-41, para os casos extremos de distinções universais e distinções elementares.

⁴⁵ Ver Y. Barel, *Le paradoxe et le système: Essai sur le fantastique social* (1979) sobre “potencialização”.

⁴⁶ Ver T. Parsons, “Some Ingredients of a General Theory of Formal Organization” em id., *Structure and Process in Modern Societies* (1960) p. 59-96. Parsons distinguiu três níveis: o nível técnico, o nível administrativo (ou profissional), e o nível institucional, e postulou “relações de controle” conectando estes diferentes níveis.

⁴⁷ Ver L. Löfgren, “Some Foundational Views on General Systems and the Hempel Paradox” (1978) 4 *International J. of General Systems* pp. 243-53 at p. 244. Comparar também id., “Unfoldment of Self-Reference in Logic and Computer Science” em *Proceedings of the 5th Scandinavian Logic Symposium* (1979) p. 205-29.

⁴⁸ Ver N. Luhmann, *Die soziologische Beobachtung des Rechts* (1986).

⁴⁹ Relativo a “legitimação” há uma tendência para substituir esperança por desespero e desespero por uma determinação resoluta de tentar apesar de (nós não podemos agir sem isto). Mas depois de ter observado este jogo por aproximadamente cem anos (Georg Jellinek, Max Weber, Jürgen Habermas, e os seguidores incontáveis na teoria legal e social) pode nos ocorrer cedo ou tarde que pode haver algo errado com a questão.

ensina que há uma técnica geral de evitar a terceira questão, substituindo nominalmente isto por uma distinção.³¹ O código do sistema legal, a distinção entre certo e errado ou, para condições modernas, entre atos legais e ilegais, é um primeiro esquema para articular o paradoxo, fundar a possibilidade de auto-referência. Entretanto, são necessárias distinções adicionais para resolver os problemas resultantes, distinções como justiça rígida e equidade, ou regras e exceções, ou as distinções de propriedade, ou a diferenciação entre leis e decisões de tribunal, ou entre decisões com conseqüências mais ou menos desejadas para interesses legítimos. Neste nível de distinções secundárias o direito adapta-se a evolução social e, em particular, a sua própria diferenciação crescente. Estas distinções têm um lado técnico. Elas são suposições indiscutidas nos razoamentos de advogados como pessoas de competência prática. Mas elas também têm um lado institucional que medeia entre as decisões e a unidade do sistema. “Distinção

salvadora” – esta é a receita para resolver o paradoxo, e “salvadora” deveria ser entendida no duplo sentido de salvar o sistema despistando o paradoxo através de uma distinção e salvar a própria distinção pela operação que faz uso delas.

A opinião prevalecente nas ciências jurídica e social descreve a unidade do sistema como um *valor*, representando a autonomia social e cultural como sua tarefa. O sistema legal então deve implementar justiça. Isto chega quase a ser tautológico. Em minha opinião, a unidade de um sistema é realizada por sua distinção guia.³² O sistema legal então tem que implementar a distinção de legalidade e ilegalidade. Isto chega quase a ser paradoxal, vendo unidade como a unidade de uma diferença.

Estas são teorias nitidamente competitivas. Nós teremos que escolher entre começar e terminar com unidade ou com diferença. E não há nenhuma outra resposta decisiva à terceira questão.

³¹ Uma explicação similar da emergência de diferente e divergente sistema filosófico é dada por N. Rescher, *op. cit.*, n. 2. Aqui, distinções são a técnica de reproduzir com antinomias que aumenta em qualquer tentativa para explicar o mundo.

³² Ver N. Luhmann, “Distinctions directrices: Über Codierung von Semantiken und Systemen” em “Kultur und Gesellschaft” edição especial (1986) 27 *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* (eds. F. Neidhardt et al.) p. 145-61.