

LUHMANN E O DIREITO COMO SISTEMA DE GENERALIZAÇÃO CONGRUENTE DAS EXPECTATIVAS COMPORTAMENTAIS

Dagoberto Lima Godoy¹

UCS –Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul - RS

RESUMO

A partir de uma resenha da “Sociologia do Direito, vol. I”, de Niklas Luhmann, o artigo discute a possibilidade de entender a concepção luhmaniana do direito e avaliá-la convincente o bastante para derrogar o paradigma normativista. Concentrando-se nas abordagens da *formação* e da *dinâmica* do direito, inseridas na concepção *sistêmica* da sociedade, o autor conclui que, no aspecto evolutivo, o conceito de “generalização congruente” de LUHMANN é capaz de contemplar uma dinamicidade compatível com a complexidade e contingência crescente dos sistemas sociais modernos. O direito não nasce da vontade política de grupos dominantes e nem pode ser explicado inteiramente como um contrato social, baseado no consenso; a sua institucionalização dá-se a fim de preencher uma função indispensável à sociedade, constituída sensorialmente e processada a partir do *consenso presumido*, mantendo-se enquanto “quase todos supõem que quase todos supõem que quase todos estejam de acordo”. Opina o autor que a teoria de LUHMANN aponta caminhos mais seguros do que outras igualmente inovadoras, como a de DWORKIN, visto que, ao contrário destas, não faz propostas que podem ser (bem ou mal) interpretadas como inspiradoras de um “direito alternativo”, este que, se não abandona de todo as normas, as relativiza de tal forma que vai tornando o direito uma mera expectativa do que farão os juízes e tribunais alternativos.

PALAVRAS-CHAVE: Luhmann; sociologia; Direito; expectativas; desapontamentos.

LUHMANN AND THE LAW AS A CONSONANT GENERAL SYSTEM FROM THE BEHAVIOUR EXPECTATION

ABSTRACT

Based on a report of Niklas Luhmann’s “Sociology of Law I”, the article argues the possibility of understanding Luhmann’ conception of Law and evaluates his theory convincingly enough to derogate the normativist paradigm. Focusing on formation and dynamic approaches of Law, inserted in the systemic conception of society, the author concludes that, in an evolutionary way, LUHMANN’s “congruent generalization” concept is able to contemplate a sort of dynamicity compatible with the growing complexity and contingency of modern social systems. Law does not born from dominant group’s politics will, neither can be entirely explained as a consensus based social contract; its institutionalization occurs in order to fulfill a society indispensable function, sensorial constituted and processed over the “presumed consensus”, valid as long as “almost all suppose that almost all suppose that almost all agree”. From author’s point pf view, LUHMANN’s theory indicates more secure ways than equally innovative other ones, such as DWORKIN’s, once he does not make proposals that can be (rightly or wrongly) interpreted as to be inspiration for an “alternative Law”, which — if doesn’t abandon norms at all — carries them into so large relativity that turns Law a mere expectation of what judges and courts may do.

KEY-WORDS: Luhmann; sociology; Law; expectations; disappointments.

¹ Professor Ms. (licenciado) da Universidade de Caxias do Sul. E-mail para contato: godoy@terra.com.br.

INTRODUÇÃO

“O direito não é primariamente um ordenamento coativo”² (Luhmann, 1983, p. 115). Nessa afirmação, Niklas LUHMANN ressalta sua iconoclasta divergência com as concepções predominantes do direito - como formuladas por KELSEN e outros luminares da ciência jurídica -, sua repulsa à concepção paradigmática³ baseada simplesmente em uma hierarquia das fontes de direito. Soma a favor dessa posição discordante o processo de globalização que caracteriza o presente momento histórico, o qual põe em cheque o normativismo, na medida em que este se apóia no Estado como instituição fundamental da teoria jurídica. Faz-se necessária uma noção mais ampla de sistema político, que inclua como instituições, além do Estado, os partidos políticos, os sindicatos e os grupos de pressão, ou seja, deve-se tratar mais de “ciência política” do que de Teoria Geral do Estado⁴.

Então, o que deve ser o direito, primariamente? Como se dá sua gênese? Aqueles que acreditam na indispensabilidade do direito como estabilizador da sociedade têm interesse em obter respostas confiáveis a essas questões. Neste trabalho, propomo-nos buscar essas respostas em LUHMANN e, complementarmente, em NICOLA⁵ e MAGALHÃES⁶, especialmente quando envolvidos aspectos da fase autopoiética dos estudos de LUHMANN, consagrado como um dos mais importantes expoentes da nova sociologia do direito. Ainda que suas abordagens dos conceitos de complexidade, contingência, expectativas e expectativas sobre expectativas comportamentais, etc., sejam bastante conhecidos, a sofisticação de seu texto exige um exame mais detido daqueles que, como este autor,

² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

³ Refiro-me, aqui, ao conceito de paradigma científico de KUHN - KUHN, Thomas. S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2000.

⁴ ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma de sociedade globalizada. Anuário do programa de pós-graduação em direito - Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS, São Leopoldo, p. 117-137. 2001.

⁵ NICOLA, Daniela. R. Mendes. Estrutura e função do direito na teoria da sociedade, in **Paradoxos da Auto-observação**. Organizado por: Leonel Severo Rocha. Curitiba: JM, 1997.

⁶ MAGALHÃES, Juliana N. O uso criativo dos paradoxos do direito, in **Paradoxos da Auto-observação**. Organizado por: Leonel Severo Rocha. Curitiba: JM, 1997, p. 269-271.

insatisfeitos tal qual LUHMANN com o paradigma normativista, procuram uma teoria capaz de superá-lo. Mas, necessitam do *entendimento* para serem convencidos.

2 A SOCIOLOGIA DO DIREITO

LUHMANN apresenta-se como um crítico severo das visões tradicionais da sociologia do direito, de MARX a PARSONS e ERLICH, passando por MAINE, DURKHEIM e MAX WEBER. Reconhece-lhes o mérito de se terem afastado do direito natural, com suas normas superiores, sua fundamentação moral e seus princípios indubitáveis, para enfrentar a contingência⁷ como o tema central da sociologia do direito, identificando suas premissas comuns: 1) o direito é a estrutura normativa da sociedade (não mais é a sociedade); 2) direito e sociedade são variáveis interdependentes, cuja correlação se dá em termos evolucionistas, no século XIX, identificados com a categoria moral do progresso; 3) essa correlação é passível de hipóteses empiricamente verificáveis e controláveis. Mas imputa a todas a falta de bases teóricas adequadas e de instrumental adequado, pelo que teriam resultado em análises parciais, que não lograram esclarecer a totalidade do fenômeno jurídico contemporâneo, escapando-lhes especialmente o fenômeno que melhor caracteriza o direito da sociedade industrial moderna: a *positividade* do direito. Desde o século XIX, a modificação rotineira do direito pelo processo legislativo impôs-se, praticamente, em paralelo ao surgimento da sociologia do direito, o que não foi devidamente considerado pelas citadas abordagens clássicas.

Até hoje, “não existe nenhuma abordagem digna de registro, no sentido de uma teoria sociológica do direito”⁸. Ele aponta para a teoria dos sistemas como um caminho para enfrentar questões desconhecidas pela sociologia clássica do direito, cuja complexidade só se torna visível com recurso a um instrumento conceitual mais

⁷ “O direito surge, então, como uma construção social em princípio indispensável, mas sempre contingente em cada efetuação. Essa contingência, esse condicionamento da opção por outras possibilidades, torna-se o tema da sociologia do direito.” (op. cit., p. 21)

abstrato e a novas pesquisas sobre ação, expectativa, interação e formação de sistemas. Mas, antes que se adotasse esse rumo, a sociologia, na busca de sua afirmação como ciência que procede de forma analítica e abstrata, passou a ter um interesse seletivo com relação ao homem concreto, ainda que a partir dos problemas inseridos no sistema social. Exemplifica com SIMMELS e WIES, cujas análises pareceriam reduzir o conceito de sociedade a um emaranhado de relações sociais, ou com GEIGER, que teria tentado “fundamentar a sociologia do direito como pesquisa empírica de relações causais mediadas por normas”⁹. Para LUHMANN, o indivíduo e sua vida estão fora do sistema social, reservados como tema da psicologia – o homem como “ambiente” da sociedade¹⁰. Essa crítica às abordagens sociológicas centradas no homem concreto valeu-lhe, em contrapartida, a censura de HABERMAS, que manifestou sua discordância com o pretendido “desacoplamento conceitual” dos sistemas social e psíquico - o primeiro baseado somente na comunicação e o segundo, só na consciência (Leydesdorff, 2000).

Finalmente, LUHMANN conclui que somente uma abordagem conjunta, pelos ângulos da *teoria dos sistemas* e da *teoria social*¹¹, sobre a formação do direito e as modificações do direito ao longo do desenvolvimento social, pode levar a sociologia a apreender a positividade do direito. Dessa forma, LUHMANN vai ao encontro das demandas conceituais colocadas pela globalização, justificando o enorme interesse que sua teoria tem conquistado, nas últimas décadas.

⁸ Op. cit. p. 35.

⁹ Op. cit. p.36.

¹⁰ LEYDESDORFF, Loet. *Luhmann, Habermas, and the theory of communication. Systems research and behavioral science*, Amsterdam; Wiley Inter Science, n. 17 (3), p. 273-288. 2000. Essa concepção corresponde à fase posterior – *autopoietica* – do pensamento luhmaniano.

¹¹ “...é necessário ver e pesquisar o direito como estrutura e a sociedade como sistema em uma relação de interdependência recíproca” (Luhmann, 1983, p.15) – *destaques nossos*.

2.1 Variabilidade estrutural e positividade

Sociologicamente, *evolução* corresponde à *elevação da complexidade social*, entendida esta como “a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido”¹². E o direito integra esse processo como elemento co-determinante e co-determinado, fomentando-o ao adaptar-se às suas necessidades. Se a sociedade se torna mais rica em possibilidades, o seu direito tem que ser estruturalmente compatível com um número crescente de situações possíveis. Entretanto, um “Estado de Direito” não permite a complexidade totalmente desestruturada, o que significaria o arbítrio e a igualdade de todas as possibilidades; portanto ele deve excluir, de forma mais ou menos efetiva, muitos comportamentos. Mas, ao mesmo tempo – e por isso mesmo – ele abre possibilidades para outras formas de comportamento. A evolução social pode ser, então, avaliada pelo *grau de variabilidade estrutural consentida*¹³.

2.2 A formação do direito

LUHMANN não se satisfaz com a teoria da formação do direito baseada na tipologia das normas, a qual, a partir do *hábito*, meramente fático, desprovido de exigência ou obrigatoriedade, lança as raízes do direito no *uso* e no *costume*, seguidos pelas *regras morais*. Essa tipologia leva a supor a existência de sociedades arcaicas *sem direito* e resultou em definições formais, como a do *dever-ser*, pressuposto como o *fato* básico da vida jurídica.

Entretanto, LUHMANN chama atenção para a necessidade de mais ser indagado sobre o seu sentido, a sua função, quais os comportamentos dele decorrentes, propondo-se ir mais fundo, num campo de pesquisa ao mesmo tempo pré-psicológico e pré-sociológico, em busca das origens da singular necessidade de ordenamento, que é satisfeita pelo direito, e das bases das estruturas e dos processos

¹² Op. cit., p.12.

¹³ Ou *complexidade estrutural permissível*.

elementares na formação do direito. Parte do “fato de que a relação do homem com o mundo é constituída de *forma sensitiva*”¹⁴ e recorre a mecanismos de pesquisa que caracteriza como elementares, por não utilizarem construções sistêmicas especificamente psíquicas ou sociais, e poderem ser aplicados a sociedades modernas altamente complexas. Escaparia, assim, das armadilhas metodológicas que, em seu entender, vitimaram os sociólogos clássicos, que se fixaram, ou em micro-sistemas estruturados, ou em grandes quantidades homogêneas, pouco estruturadas.

3 COMPLEXIDADE, CONTINGÊNCIA, EXPECTATIVAS E DESAPONTAMENTOS

É *sensorialmente* que o homem percebe o mundo e a multiplicidade de possíveis experiências que ele oferece; para tanto, dispõe de uma capacidade limitada, em termos de percepção, assimilação de informação e de ação atual e consciente. Cada experiência concreta se desdobra em outras possibilidades, ao mesmo tempo *complexas* – existem sempre mais possibilidades do que ele pode realizar – e *contingentes* – as possibilidades emergentes poderiam ser diferentes das esperadas. Se a complexidade força o homem a fazer seleções, a contingência significa para ele perigo de *desapontamento* e necessidade de assumir riscos. Então, ele busca formas de seleção que reduzam os desapontamentos, das quais as bem sucedidas fazem *sentido*, podendo ser apreendidas como coisas, eventos, símbolos, palavras, conceitos, normas. O homem já não se enreda em impressões momentâneas, impulsos instintivos, excitações e satisfações imediatas; ele passa a dispor de uma seleção estável, liberando-se para um horizonte mais amplo de novas

¹⁴ Op. cit., p. 44.

possibilidades e alternativas. Nessa seleção, ancoram-se as *expectativas* em relação ao mundo complexo e contingente.¹⁵

Entretanto, além dos demais sentidos possíveis, o homem se depara com outros homens, que surgem como *alter ego*, semelhantes na capacidade de experimentar e agir com iniciativa. Na medida em que os outros homens lhe apresentam suas possibilidades experimentadas, ele pode absorver as perspectivas deles, dessa forma ampliando mais rapidamente seu próprio horizonte de expectativas. Crescem, então, tanto a complexidade quanto a contingência, que passa ao nível da *dupla contingência* do mundo social.

O preço da absorção de perspectivas alheias é a sua não confiabilidade, o que aumenta o perigo de *desapontamento* e potencia os *riscos*. O controle do encadeamento de interações sociais exige que cada um possa ter uma expectativa sobre a expectativa que o outro tem dele; isto é, além da expectativa imediata de satisfação ou desapontamento diante do comportamento que se espera do outro, é preciso avaliar o significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro. As estruturas sociais necessitam de construção mais complicada e condicionada, apoiando-se sobre *expectativas de expectativas*. O convívio social depende do grau em que essa *refletividade* é dominada pelos convivas. Uma pessoa que pode desenvolver expectativas sobre expectativas de outras se habilita a um maior acesso às possibilidades do mundo e, ao mesmo tempo, fica menos vulnerável a desapontamentos. Ela pode superar a complexidade e a contingência, ainda que maiores, em um nível mais abstrato, realizando internamente as adequações de comportamento necessárias, sem depender tanto da comunicação¹⁶. O grau e a forma com que o indivíduo consegue realizar tais ajustamentos não manifestos, no convívio social, determinam sua inserção em um determinado grupo, seu *status social* e sua

¹⁵ Aqui reside uma das principais contribuições de LUHMANN, ao propor que todos os processos de tomada de decisão têm de levar em consideração as expectativas, com o que sua sociologia rompe com o conservadorismo e volta-se para o futuro e para a transformação da sociedade (Rocha, op. cit.).

¹⁶ "...evitar verbalizações desnecessárias é um momento essencial do tato social" (op. cit., p. 48). Ou, como reza o dito popular, "calar é ouro ..."

capacidade de impor-se. Amistosidade ou inamistosidade, sociabilidade ou animosidade, decorrem mais da estrutura de expectativas do que dos eventuais desacertos interpessoais.¹⁷

Percebe-se melhor o grau de complexidade das relações do simples convívio cotidiano ao considerar que os planos da refletividade de expectativas se superpõem, em meio a uma multiplicidade de pessoas e de temas, cuja relevância por sua vez se altera conforme variam as situações. Torna-se, portanto, impossível para o indivíduo, em sua experiência direta cotidiana - muitas vezes cansado, desinteressado ou distraído - acompanhar fática e concretamente tão intrincadas estruturas de expectativas, principalmente quando envolvido em um sistema social mais complexo que uma família, um grupo de amigos ou algo de simplicidade semelhante. Diante de tanta complexidade e contingência, impõe-se a necessidade de reduções, simplificações, abrandamentos - tanto no plano psíquico como no social - que tornem possível estruturar as expectativas, até mesmo quando se interprete erradamente a realidade.

Os sistemas sociais realizam essa tarefa de forma *generalizante*, estabilizando expectativas objetivas que orientem as pessoas¹⁸, sob forma do dever-ser, envolvendo também determinações qualitativas, delimitações de campos de ação e regras de cuidado. Aqui, LUHMANN coloca *um ponto central de sua tese*, ao alertar para o pouco alcance da visão predominante que se concentra no *dever-ser* e na questão da *garantia* do comportamento conforme as expectativas. Para ele, a função estruturante

tem seu centro de gravidade no plano reflexivo da expectativa sobre expectativas, criando aqui segurança em termos de expectativas, à qual se segue, apenas secundariamente, a segurança sobre o comportamento próprio e a previsibilidade do comportamento alheio. É muito importante,

¹⁷ Luhmann reconhece que esse tema da reciprocidade das expectativas já fora tratado no idealismo alemão, mas afirma que é novo o esclarecimento da construção das estruturas de expectativas no convívio cotidiano.

¹⁸ Os psicólogos denominam “projeção” o processo de simplificação, através da internalização da questão posta pela expectativa sobre expectativas.

para a compreensão do direito, ter uma visão clara dessa diferença” 52) – destaques nossos.¹⁹

As regras surgem, assim, como sínteses comportamentais de caráter anônimo, reguladoras do sentido, uma espécie de fórmula simbólica curta para a integração de expectativas concretas. A orientação a partir das regras substitui a orientação a partir das expectativas, o que resulta na eliminação ou, ao menos, na redução do risco de erros de expectativa: supõe-se que aquele que diverge da regra age erradamente, isto é, que a discrepância nasce da ação (alheia) errada e não da expectativa (própria) equivocada.

“A orientação a partir da regra dispensa a orientação a partir das expectativas. [...] a regra alivia a consciência no contexto da complexidade e da contingência”²⁰. Entretanto, é possível escapar das regras, quando se for capaz de superar o risco e construir expectativas ou expectativas sobre expectativas que contrariem a regra. Nesses casos, a regra deve ser revista para adequar-se concretamente às novas expectativas e vai-se buscar no entendimento mútuo a base para um comportamento que altere, modifique ou, até, transgrida a regra vigente, o que se processa com maior flexibilidade nos sistemas sociais simples, onde há mais possibilidades de estabelecer divergências em comum e chegar a concordâncias casuísticas²¹. Na medida em que tal é impossível em todos os momentos e para todas as expectativas de todas as pessoas, impõe-se a *vigência* das normas²².

3.1 Expectativas cognitivas e normativas

A fim de enfrentar a complexidade e a contingência do mundo experimental, as sociedades criam estruturas, que LUHMANN prefere definir a partir de sua

¹⁹ Op. cit., p. 52. É a importância da distinção entre “segurança de orientação” e “segurança de realização”, segundo GEIGER, citado por LUHMANN.

²⁰ Op. cit., p.53.

²¹ É o caso do procedimento conhecido como “jeitinho brasileiro”.

²² Nessa ótica, as normas não “são”, apenas estão, isto é, “vigem”.

função de fortalecimento da seletividade, uma vez que esta possibilita a *dupla seletividade*: alguém escolhe uma comunicação²³ entre outras tantas possíveis e o seu destinatário a acolhe não mais como seleção, mas como fato, a partir do qual ele, por sua vez, seleciona; assim, incorporando a escolha do primeiro, o segundo fica em grande parte aliviado do exame das alternativas disponíveis. As estruturas de expectativas (como a linguagem²⁴) potencializam esse efeito de alívio, ao sedimentarem as referências de uma seleção à outra, restringindo, quase sempre despercebidamente, o âmbito das possibilidades de escolha.

Por seletivas, as estruturas são enganosas em relação à complexidade do mundo, ao substituírem a sobrecarga permanente dessa complexidade pelo problema eventual do *desapontamento*. Pois a estabilização de estruturas envolve *um balanceamento entre uma complexidade sustentável²⁵ e uma carga suportável de desapontamentos*, disponibilizando mecanismos para o encaminhamento destes, “tal como um serviço de manutenção e reparos da estrutura”²⁶. Entretanto, em uma sociedade altamente complexa e contingente, impõe-se a existência de duas possibilidades contrárias de reação aos desapontamentos de expectativas, sem o que as tensões e os problemas de orientação poderiam tornar-se insuportáveis: (a) modificar-se a expectativa desapontada, adaptando-a à realidade decepcionante – *expectativa cognitiva*; ou (b) sustentar-se a expectativa e se continuar a viver, sob protesto – *expectativa normativa*.²⁷ Assim, as expectativas cognitivas caracterizam-se por uma (nem sempre consciente) disposição de assimilação, em termos de *aprendizado*, enquanto as expectativas normativas são caracterizadas pela

²³ Como LUHMANN reafirmaria com DE GIORGI. Na *Teoria della Società*, a sociedade deve ser entendida como o sistema social da comunicação, sendo a comunicação a única operação genuinamente social (Nicola, 1997)

²⁴ LUHMANN elege a linguagem como o melhor exemplo de aplicação de estrutura sobre si própria, numa potencialização dessa restrição: utilizando como estrutura a seleção prévia de um código dos significados possíveis, a linguagem permite a escolha fluente e coerente da verbalização.

²⁵ Complexidade sustentável = Grau adequado de variabilidade estrutural consentida.

²⁶ Op. cit., p. 55.

²⁷ LUHMANN inova nessa definição, que tem em vista a resolução de um determinado problema, preferindo-a a outras tantas utilizadas na sociologia, como a que liga *cognitiva* com *informativa* e *normativa* com *diretiva*.

determinação de *não assimilar os desapontamentos*²⁸. Daí, a asserção de que *normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos*, eis que sua vigência independe da efetiva satisfação do que nelas se dispõe (nisto residindo o sentido e a função do dever-ser).

LUHMANN ressalta que não é o caso de extrapolar-se dessa diferenciação uma oposição entre *ser* e *dever-ser*, mas sim de compreender a função dessa diferenciação, que é a de disponibilizar duas estratégias diferentes, mas funcionais e equivalentes, a serem adotadas diante dos desapontamentos: assimilá-los ou não. Daí, conclui ele que “a separação entre ser e dever-ser, ou entre verdade e direito, não é estrutura do mundo *a priori*, mas uma aquisição da evolução”²⁹. É a sociedade que vai institucionalizar cognitivamente as expectativas comportamentais (não censurando as adaptações praticadas por seus membros), quando predominar o interesse social nessas adaptações; ou optar pela normatização, quando forem vitais a segurança e a integração social das expectativas. Aqui, LUHMANN lança uma hipótese que reputa importante: na medida em que cresce a complexidade do sistema social, crescem também os riscos estruturais, os quais têm que ser controlados por uma maior diferenciação entre as expectativas cognitivas e as normativas; isto é, quanto maior sua complexidade, mais a sociedade terá que optar pela normatização.

Expectativas cognitivas e normativas apresentam-se combinadas de três formas diferentes. A primeira surge no contexto das expectativas elementares ou em sociedades primitivas, nas quais os dois tipos aparecem entremeados; somente a partir dos desapontamentos é que surge a diferenciação das expectativas e a normatização. “Esta é a forma de pensar o surgimento do direito a partir de desapontamentos”³⁰. No Quadro 1, procuramos esquematizar essa gênese, que se detalha como segue.

²⁸ Conservadorismo.

²⁹ Op. cit., p. 58.

³⁰ Op. cit., p. 59.

Naquela condição indiferenciada, a saída mais típica diante do comportamento desapontador é encará-lo como perturbação, isolando-o como exceção e, no caso de reiterada repetição, “normalizando-o” ou concluindo por sua inevitabilidade; transgressões a regras de sociabilidade dos tipos esquisitice, mal-entendido, brincadeira, etc., não levam a *normatizações*, mas a *normalizações* - as perturbações a que dão causa são descartadas através de “explicações”, ou tornadas “expectáveis”; os casos de repetidas transgressões graves são tratados como doença mental, como transgressões à própria verdade ou como incapacidade de reconhecer o mundo. Então, o que caracteriza esse contexto elementar - que LUHMANN denomina *pré-normativo*³¹ - é a evidência das expectativas e a indiferenciação entre os componentes cognitivos e normativos (mais do que, por exemplo, envolver convenções sem sanções).

É desta base indiferenciada que se selecionam as expectativas comportamentais mais específicas, não caracterizadas pela evidência. Para estas, impõe-se a fixação antecipada da forma de reação diante de desapontamentos — assimilando-os ou não — só então aí surgindo a diferenciação entre as expectativas cognitivas e normativas (o que consiste na segunda forma de sua combinação). Essa diferenciação, flagrada por LUHMANN como *o ato criador do direito*, representa um alto risco para os sistemas sociais mais simples, eis que a decisão diferenciadora³² deve ser tomada sem conhecimento das conseqüências futuras da opção pela manutenção ou o abandono das expectativas desapontadas. Desentrelaçar o que estava entremeado significa enfrentar o duplo problema da complexidade e da contingência e dar-lhe respostas: na opção pela expectativa cognitiva, há que se levantar suposições hipotéticas da realidade, passíveis de revisão (como o conceito de verdade da ciência contemporânea); já no caso de expectativa normativa, será

³¹ “Pré-normativo” não significa “pré-jurídico”, como veremos adiante.

³² Essa decisão implica a *criação de diferença*, corporificando o próprio sentido da sociedade e direcionando a visão sociológica de LUHMANN para o futuro e a evolução da sociedade (Rocha, op. cit.).

preciso estabilizá-la em termos contrafáticos, isto é, imunizar sua vigência em relação ao desapontamento (como o faz o Estado de direito com suas normas).

Quadro 1 - A GÊNESE DO DIREITO A PARTIR DOS DESAPONTAMENTOS DAS EXPECTATIVAS (Segundo Niklas Luhmann)

	Expectativas		Desapontamentos	Reações da sociedade
Estágio pré-normativo	Evidentes (indiferenciação de expectativas cognitivas e normativas)		Esporádicos	Encarados como perturbação e isolados como exceção.
			Contumazes	Considerados inevitáveis e “normalizados”. Perturbações descartadas com explicações (tornadas expectáveis). Transgressões graves repetidas tratadas como doença mental, transgressões à própria verdade ou como incapacidade de reconhecer o mundo.
Criação	Não evidentes (selecionadas as mais específicas e	Cognitivas		Assimilação e aprendizado levam à mudança.
				Não assimilação fixa paradigmas.

do direito	diferenciadas	Norma		Resistência, leva à
	em			tivas
	cognitivas e			Limite de resistência
	normativas:			esgotado leva à mudança
	<i>ato criador do</i>			da lei e/ou da
	<i>direito)</i>			jurisprudência.

De qualquer forma, a diferenciação implica evolução, na direção do aumento de complexidade da estrutura de expectativas, que se torna assim mais adequada ao mundo. Entretanto, remanesce o *risco*, num e noutro caso. No âmbito das expectativas cognitivas, desapontamentos podem não ser assimilados (não levando ao aprendizado), como é o caso emblemático da fixação dos paradigmas na ciência, desvelado por KUHN³³. E, quanto às expectativas normativas, não é sem limites sua capacidade de resistir a repetidos desapontamentos, como fica claro nos casos das leis que caem em desuso ou do “discutido aperfeiçoamento da legislação através da jurisprudência”³⁴, ou, ainda, das modificações do direito, nas sociedades onde este é positivado. Não obstante, na visão do sociólogo, tais contradições não anulam o direcionamento original, que continua sendo a base do comportamento regular.

Um terceiro modo de combinação das expectativas cognitivas e normativas está baseado na possibilidade de se ter *expectativas sobre expectativas*, formando cadeias de expectativas que acomodam possibilidades tanto de assimilação quanto de não assimilação dos desapontamentos. “A” pode esperar, cognitivamente ou normativamente, que “B” tenha expectativas cognitivas ou normativas, donde nascem quatro possibilidades de combinação. Reconhecendo a insuficiência das pesquisas existentes sobre tais possibilidades, LUHMANN detém-se nas duas utilizações do esquema que lhe parecem mais compreensíveis e úteis para o propósito de identificar o processo de formação do direito. Na primeira, explica que

³³ BOMBASSARO, Luiz Carlos. *Ciência e mudanças conceituais*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1994.

³⁴ Op. cit., p. 63.

a expectativa normativa de expectativas, seja de um ou de outro tipo, favorece a regulamentação social, uma vez que o indivíduo está orientado a aceitar regras que definam qual o tipo de expectativa ele deve adotar em cada caso. Na segunda, mostra como a expectativa cognitiva de expectativas dos dois tipos privilegia a assimilação individual das reformulações que outros dêem a suas expectativas normativas ou cognitivas. Para a sociologia do direito, a primeira formulação é a que deve ser estudada mais a fundo, na busca do entendimento dos mecanismos de processamento das decisões que constroem o direito.

3.2 Processamento de desapontamentos

Os desapontamentos constituem-se em problema na medida em que põem em risco a estabilização das estruturas seletivas de expectativas e ameaçam anular o efeito redutor da expectativa estabilizada, reavivando a complexidade das possibilidades e a contingência de possíveis ações divergentes, enfim, trazendo de volta a incerteza.

O desapontamento de expectativas normativas provoca no desapontado uma *reação*, de natureza emocional, que freqüentemente se transmite ao sistema orgânico e desencadeia processos psicológicos, especialmente quando refeedas as possibilidades de ação. Tendo em vista as perigosas repercussões sociais dessa reação, o tratamento do desapontamento não pode ser deixado apenas a cargo dos mecanismos individuais de excitação e tranqüilização do desapontado; o sistema social tem que orientar e canalizar o processo de desapontamentos, criando preventivamente expectativas estabilizadas em termos contrafáticos, isto é, *normas*³⁵.

LUHMANN sustenta que, na função normativa, a definição das possíveis reações diante de desapontamentos importa mais do que a ameaça de sanções. Muitas transgressões a normas são superadas simplesmente por serem ignoradas, eis

³⁵ Não obrigatoriamente, ainda, normas jurídicas.

que as normas se apóiam em comunicações e não em fatos; entretanto, quando o desvio é por demais evidente, a preservação da norma exige que o desapontado primeiro reconheça experimentalmente o desapontamento como fato e, segundo, que ele disponha de comportamentos alternativos, ações através das quais ele possa expressar a continuidade da vigência da expectativa não correspondida. Assim, a discrepância é *imputada* ao desapontador; a norma permanece norma e a causa do desapontamento é atribuída ao comportamento divergente. Dessa forma faz-se do acontecimento um fato isolado, uma exceção, e cria-se um ponto de referência para uma *explicação* do desapontamento.

“As explicações de desapontamentos têm a função de acomodar no mundo o desapontamento que se tornou inegável enquanto fato”³⁶. Elas têm diversas possibilidades: atribuir o incidente a forças sobrenaturais; apontar para a culpa do transgressor ou caracterizá-lo em papéis, como “inimigo” ou “estranho”; apelar para conceitos ou regras “pseudocientíficas”, como complexos de inferioridade, situações de classe, forças circunstanciais, etc.; ou, ainda, associar o ato a estereótipos negativos, como “a burocracia”, “os políticos”, “os capitalistas”, etc.. A escolha entre tantas alternativas de explicações é condicionada por dados do sistema social vigente, sobressaindo o apoio nas estruturas cognitivas (naquilo em que se acredita – magia, religião ou ciência) embora dentro de certos limites; entretanto, quanto mais desenvolvido o ordenamento jurídico, menos eficientes tais explicações para afastar a suposição da culpa individual. Note-se que as explicações, como exigência da preservação da vigência da norma, acontecem não só por iniciativa do transgressor, ansioso por justificar-se, mas são exigidas pelos expectadores, também abalados em suas expectativas de expectativas.

Correntemente, bastam argumentos, esclarecimentos, justificativas, desculpas, escusas, para salvar a norma ameaçada, neutralizando dúvidas ou ressentimentos; entretanto, quando o comportamento evidencie uma clara intenção de contrariar a

³⁶ Op. cit., p. 69.

norma, a saída mais típica é a sanção, pela qual o desapontado pune o desapontador, no intuito de impor sua expectativa, pelo menos para casos futuros, e de demonstrar inequivocamente sua decisão de manter vigente a norma. É essa reação, segundo LUHMANN, que leva à usual tentativa de definição do conceito da norma a partir do uso de sanções. Ele afirma, entretanto, que “a manutenção da expectativa é mais importante que sua imposição”³⁷, bem como critica a “teoria da sanção”, por apoiar-se na contradição intransigente entre desapontador e desapontado, ignorando os muitos casos em que ambos cooperam para reabilitar a norma ofendida.

Enfim, são inúmeras as possíveis explicações de desapontamentos e formas de reação, o que abre às expectativas normativas uma ampla perspectiva de persistência, mesmo que esta não seja de antemão consensual, consistente ou livre de contradições. O fato é que a personalidade humana necessita da estabilização normativa de suas estruturas seletivas, o que leva a uma superprodução de normas com vigência relativamente estável, em número muito superior àquele que o sistema social possa transformar em direito. Essa tese de uma necessária superprodução de expectativas normativas é considerada por LUHMANN de fundamental importância para uma teoria evolutiva do direito. Ele discorda dos que classificam essa multiplicidade de expectativas normativas como meramente subjetivas e facultativas e não aceita nem mesmo a chamada *teoria do estágio prévio*, “pois ela não explica por que o estágio prévio ainda é necessário mesmo após o direito já estar plenamente desenvolvido”³⁸. Para ele, o mecanismo de superprodução de expectativas normativas, decorrente das necessidades criadas pelo convívio social, é fundamental para a formação do direito, que surge, então, como uma estrutura seletiva e redutora.

³⁷ Op. cit., p. 73.

³⁸ Op. cit., p. 76.

4 INSTITUCIONALIZAÇÃO

Se, no contexto de uma sociedade, a sociologia considera normal a existência de contradições entre expectativas e até mesmo um grau tolerável de conflito declarado, isso não a afasta da busca de soluções ou, no mínimo, do abrandamento dos problemas derivados desses conflitos. Afinando, aparentemente, com a conceituação de PARSONS³⁹, LUHMANN aprofunda-se no exame da *institucionalização de expectativas comportamentais*, buscando “delinear o grau em que as expectativas podem estar apoiadas sobre expectativas de expectativas supostas em terceiros”⁴⁰.

A relação entre o que espera e aquele que atua, conforme ou contra a norma, é uma relação social, mas as relações sociais que levam à formação do direito são mais complexas, pois contam com a possibilidade da participação de *terceiros*. Luhmann faz questão de distinguir as figuras do “terceiro” e do “espectador”. Para ele, o espectador é um terceiro que pode ser atraído pelos atores diretamente envolvidos com um tema, podendo ser influenciado e induzido a modificar suas disposições diante da situação concreta tratada. Esta condição desclassifica o espectador como guardião da instituição; somente a opinião dos terceiros desconhecidos (anônimos), sem expectativas ou ações concretas relativas ao tema, é que pode sustentá-la. Mas, se o terceiro se faz necessário como amenizador de conflitos, é preciso atrair sua atenção e trazê-lo para o papel desejado, eventualmente até para proferir um julgamento. Neste problema – a capacidade limitada de atenção dos terceiros, em um mundo complexo – estaria o início do mecanismo de institucionalização. E aqui apareceriam as vantagens do papel profissional do juiz, sendo a primeira a facilidade da sua invocação.⁴¹

³⁹ LUHMANN diferencia três versões do conceito de instituição: (a) os juristas resumem-no em um complexo de normas coerentes; (b) os sociólogos referem-no como resposta às necessidades antropológicas fundamentais no âmbito da relação social; (c) na sociologia de PARSONS, a referência faz-se à necessidade específica de dar segurança às expectativas complementares no complexo do sistema em ação .

⁴⁰ OP, cit., p. 77.

⁴¹ A presença do juiz seria mais importante, inicialmente, que sua própria competência.

As “expectativas supostas em terceiros” envolvem a idéia corrente – desde a derrocada do direito natural - de que a vigência do direito está fundamentada em convicções comuns, ou seja, no *consenso*. LUHMANN (segundo Rocha⁴², revelando sua perspectiva hegeliana) afirma que o consenso fático, como uma experimentação sincrônica no tempo e no sentido, seria muito raro e, quando possível, não se obteria em termos de uma experimentação totalmente adequada e, muito menos, de um pleno consenso. Diante desta realidade, a institucionalização de expectativas sobre expectativas consistirá no aproveitamento seletivo de experiências atuais de algumas pessoas, em alguns sentidos e em determinados momentos, tornando o “consenso social geral” algo expectável e ativável, caso necessário. Esta seria a *função das instituições: antecipar o consenso como pressuposto para tornar desnecessária, em geral, sua expressão concreta*. Assim torna-se possível algo imprescindível ao convívio social: mesmo com a inclusão de desconhecidos e sem um entendimento explícito prévio, pode-se presumir uma concordância genérica quanto a um conjunto mínimo de expectativas sobre expectativas.

Como funciona o mecanismo de formação dessa concordância genérica? Ora, toda interação social exige a escolha de sentidos de acolhida comum; entretanto, a comunicação não é capaz de revelar todas as implicações contidas em cada sentido. Assim, para que a ação seja coerente com o sentido proposto, torna-se necessária uma definição aceita, a qual é desenvolvida de fato por *alguns* participantes, aqueles que assumem a liderança, conseguem a atenção geral e logram passar aos demais seu entendimento. Pode haver discordâncias, mas ninguém que se disponha a participar de interações pode protestar contínua e explicitamente contra tudo que está implícito no sentido proposto - cada ator tem três possibilidades: a) assumir ele próprio o centro das atenções e a condução seletiva do tema; b) fazer um protesto genérico e romper a relação; ou aceitar o consenso em torno do sentido proposto pelos condutores. No último caso, o engajamento positiva-se através da presença, da

⁴² Op. cit.

continuidade da participação, ainda que não intencional, que representa o consenso genérico; reduz-se a multiplicidade de opiniões manifestáveis.

A institucionalização assim se processa, inicialmente de forma desarticulada, sem estabilizar por completo as expectativas (especialmente as de natureza normativa); a estabilização dá-se inicialmente sob forma de hipóteses de continuidade. Assim, a redução institucional não deve ser confundida com *compulsão social* ou com determinação social do comportamento, mesmo porque ficam em aberto, tanto a definição sobre o caráter cognitivo ou normativo das projeções normativas, como a possibilidade de divergências e de modificação para adaptação a condições alteradas. Dela costumam derivar, inclusive, sub-culturas divergentes (delinqüentes).

LUHMANN explica também como se fortalecem as instituições. Em primeiro lugar, aparece o peso de uma auto-evidência presumida, contra a qual terá que investir o discordante, tornando-se incômodo ou até perigoso; seu ataque não tem a cobertura de expectativas pré-estabilizadas (ou seja, já institucionalizadas); ele terá que tentar a conquista do centro das atenções e propor mudanças, caracterizando pretensões de liderança, que sempre geram resistências. A seguir, vem o encargo da verbalização: a instituição constituiu-se quase despercebidamente, mas quem quiser mudá-la necessita da palavra, assumindo os ônus de redespertar a complexidade e a contingência para propor reduções alternativas. Na medida em que estas podem não ser aceitas, seu ataque termina por reforçar a unidade dos que as rejeitam em torno da instituição. Finalmente, ocorre que, mesmo aqueles que se engajaram inicialmente através da simples presença, passam a envolver-se existencialmente; e, já que estão todos ligados entre si, pela comunicação com base nas mesmas premissas, sentem-se todos obrigados a manter os compromissos e auto-imagens, inclusive na relação com os terceiros, destes se diferenciando.

LUHMANN sustenta que só assim se formam instituições culturalmente relevantes e independentes de situações individuais; os nelas engajados esperam

iguais expectativas também de não participantes, cuja experiência fática não pode ser controlada e cuja aprovação não pode ser obtida explicitamente. Daí, reafirmar que não é o consenso daquela pessoa visada pela expectativa, mas sim *a incógnita de terceiros relevantes que garante a confiabilidade e a homogeneidade das instituições*. “Sua continuidade está garantida enquanto quase todos suponham que quase todos concordem; e, possivelmente, até mesmo enquanto quase todos suponham que quase todos suponham que quase todos concordem”⁴³. Obter-se-iam dessa forma, afirma, maior estabilidade e sensibilidade mais apurada do que um pretense consenso de fato.

4.1 Encadeamento de expectativas

Como não se pode participar diretamente da consciência dos outros, a expectativa de expectativas só se faz possível pela integração do indivíduo em um mundo de fundamentos comuns para todas as expectativas, um mundo das coisas, das ações visíveis e do invisível simbolizado. Um mundo que faz *sentido*, pois as possibilidades de experiência aparecem ordenadas, em uma seleção aceita intersubjetivamente. Nesse mundo, as expectativas não aparecem isoladamente, mas formam *uma cadeia de mútua confirmação e reforço*, com valor próprio, tanto para o indivíduo como para a sociedade, de forma que as expectativas que a integram já não são abaladas por eventuais desapontamentos isolados. Viver bem nesse mundo exige do indivíduo a capacidade de abstrair esse sentido do contexto existencial, exigência tanto maior quanto mais elevado for o desenvolvimento social, na direção de complexidade e contingência crescentes. Um grau insuficiente de abstração incapacita o indivíduo a processar as experiências cotidianas e realizar adequadamente a separação entre expectativas cognitivas e normativas, expondo-o a

⁴³ Op. cit., p.84.

excessivos desapontamentos e à inadaptação; já a abstração exagerada pode levar à inadaptação pelo outro extremo: o da indiferença social.

A abstração se dá pela generalização de expectativas comportamentais que contenham um mesmo princípio de identificação – um sentido - que as ancore no mundo. Ela se dá em diferentes planos, eis que as expectativas podem referir-se, numa ordem crescente de abstração, a *pessoas, papéis, programas e valores*. Destes conceitos, cremos que só cabe esclarecer o significado atribuído por LUHMANN aos “programas”: são regras cujas condições de aplicabilidade são especificadas, servindo de apoio a decisões e expectativas – programas *intencionais* fixam conseqüências para a ação esperada, enquanto programas *condicionais* definem certas causas desencadeadoras de ações determinadas (no esquema “se/então”).

Essas referências não se excluem, mas o encadeamento de expectativas vai se caracterizar pelo grau de primazia de cada uma delas. As sociedades mais complexas necessitam crescentemente de premissas mais abstratas, a fim de permitir e legitimar mais amplas possibilidades de expectativas e de comportamentos. Entretanto, essa evolução não se dá simplesmente a partir da orientação individual (referenciada a pessoas), passando pela normalização através de papéis e de programas, para culminar em normas assentes em valores sedimentados. Parece é que, com o crescer da complexidade social, todos os planos de generalização estão inter-relacionados, são mais fortemente exigidos e necessitam maior diferenciação. A sociologia é, então, desafiada a esclarecer qual a função do direito nessa diferenciação e quais as conseqüências desta no próprio direito.

Na medida em que a diferenciação dos planos de generalização se torna mais clara, ganha-se uma variabilidade relativamente independente; isto porque fica possível não só utilizar concomitante e combinadamente diferentes princípios de identificação de expectativas, como também modificá-los separadamente. Por exemplo, podem-se enfraquecer valores (como o da nacionalidade, face à crescente globalização), sem afetar o conjunto de papéis ou a identidade do indivíduo. Aliás,

são justamente as identidades intocadas que mantêm um nível de segurança das expectativas, enquanto a revolução de valores acontece para adaptação às mudanças sociais.

Na evolução social, a diferenciação entre a pessoa e o papel evidenciou-se para a sociologia, inicialmente, sob forma da alienação e do anonimato. Para LUHMANN, o mesmo não se logrou realizar entre programas e valores, que considera “disparatadas”, “controversas” e “carregadas de pretensões exageradas”, as abordagens conceituais existentes⁴⁴. De qualquer forma, ele supõe que, no estágio atual da sociedade, a formação das estruturas sociais se oriente centralmente pelos planos dos papéis e dos programas, uma vez que as pessoas seriam identificações demasiado concretas e os valores, referências abstratas demais. De fato, as pessoas desdobram-se na multiplicidade dos papéis existentes, enquanto que os valores, através dos programas, são obnubilados pelas ideologias.

LUHMANN sustenta a suposição de que o direito (também mecanismo) deslocou-se para as generalizações com base nos papéis e nos programas, os quais passaram a orientar o processo decisório jurídico. Não que as pessoas e os valores tenham perdido significado para o direito, mas se percebe que o sentido do mundo do direito não mais se identifica e se altera em função da unidade de uma pessoa ou da justificação de um valor. A variabilidade do direito na sociedade industrial moderna nasce e se alimenta do alto grau de complexidade das expectativas generalizadas por papéis e programas.

5 O DIREITO COMO GENERALIZAÇÃO CONGRUENTE

Podemos assim resumir o visto até aqui: o convívio social, em um mundo de crescente complexidade e contingência, impõe a necessidade de *reduções*, que estabilizem as expectativas comportamentais recíprocas contra frustrações,

⁴⁴ Op. cit., p. 107.

orientando-se a partir das expectativas sobre tais expectativas. Isto se faz através de generalizações que se processam em três dimensões distintas: na *temporal*, através da *normatização* — com a diferenciação entre expectativas cognitivas e normativas e o processamento dos desapontamentos — obtendo-se a continuidade de uma determinada expectativa (ainda que ela venha a ser frustrada em determinado tempo); na *social*, pela *institucionalização*, assentada em um suposto consenso de terceiros (mesmo inexistindo uma aprovação individual); e na *objetiva*, ou *prática*, com a identificação do sentido de um encadeamento de expectativas, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas (apesar das diferenças objetivas existentes entre as expectativas)⁴⁵.

Entretanto, sendo diferentes os mecanismos de generalização, em cada uma dessas dimensões, não se pode esperar que eles estejam permanentemente afinados, de forma a generalizar expectativas idênticas. Se tal acontecesse — o que corresponderia à idéia do direito natural — o direito não evoluiria, tal como podemos constatar nas evidências históricas. Na verdade, as grandes discrepâncias entre os citados mecanismos levam a generalizações de expectativas diferentes e até incompatíveis, o que se constitui num problema estrutural comum a todas as sociedades, como mostra LUHMANN em vários exemplos, dos quais citamos alguns.

Observem-se os diferentes modos pelos quais as sociedades arcaicas relacionaram a normatização e a institucionalização: enquanto alguns povos afirmaram sua consciência do próprio direito, inclinando-se fortemente para a litigância, outros cultuaram como virtudes a convivência prática e a renúncia, desencorajando institucionalmente a imposição do direito. Já entre as sociedades mais complexas, tal diferença aparece menos, sendo comum uma outra forma de discrepância entre as generalizações temporal e social: em todas as sociedades passam a existir mais expectativas normativas do que é possível institucionalizar. Há

⁴⁵ Gerando o que LUHMANN denomina *indiferença inofensiva* em relação às outras expectativas possíveis.

até casos de normas que, embora proclamadas oficialmente como normas jurídicas, não logram institucionalização na prática, desconsideradas por juízes ou negadas nas expectativas normais do cotidiano⁴⁶. Outro exemplo é o das situações em que pode existir interesse em se conservarem valores ou programas na forma do apenas desejável, identificando-os, mas não os normatizando antes que se tenha a garantia de poder manter determinadas expectativas a salvo de frustrações⁴⁷. Finalmente, citamos os casos em que, na busca do consenso e de uma normatização que perdure e contemple situações diversas, um princípio de sentido tem que ser formulado de forma tão vaga que termina por perder, total ou parcialmente, seu valor prático como ordenamento⁴⁸.

Em que pese, como exemplificado, a incongruência natural dos mecanismos de generalização, a evolução acontece porque, para vários encaminhamentos dos problemas enfrentados, é possível encontrar configurações coerentes, a partir das possibilidades presentes em cada uma das dimensões, a saber: na dimensão temporal existem as explicações e o processamento de desapontamentos; na social, o processo de institucionalização tem muitas variantes; e, na prática, a formação de sentido pode adaptar-se às necessidades de muitas formas, em vários níveis de abstração da lógica estrita do cotidiano. É claro que tantas possibilidades implicam riscos, os quais, não obstante, podem ser amenizados com a adoção de encaminhamentos adequados, para o que se faz necessário um processo de seleção que garanta a *compatibilidade recíproca* dos diversos mecanismos de generalização, pois estes se limitam uns aos outros, na atuação conjunta.

Tal processo de seleção não elimina divergências entre projeções normativas, institucionalizações ou identificações de sentido. Mas constitui uma restrição na escolha das expectativas comportamentais, elegendo aquelas que são generalizáveis nas três dimensões e, portanto, apresentadas com maior proeminência e segurança.

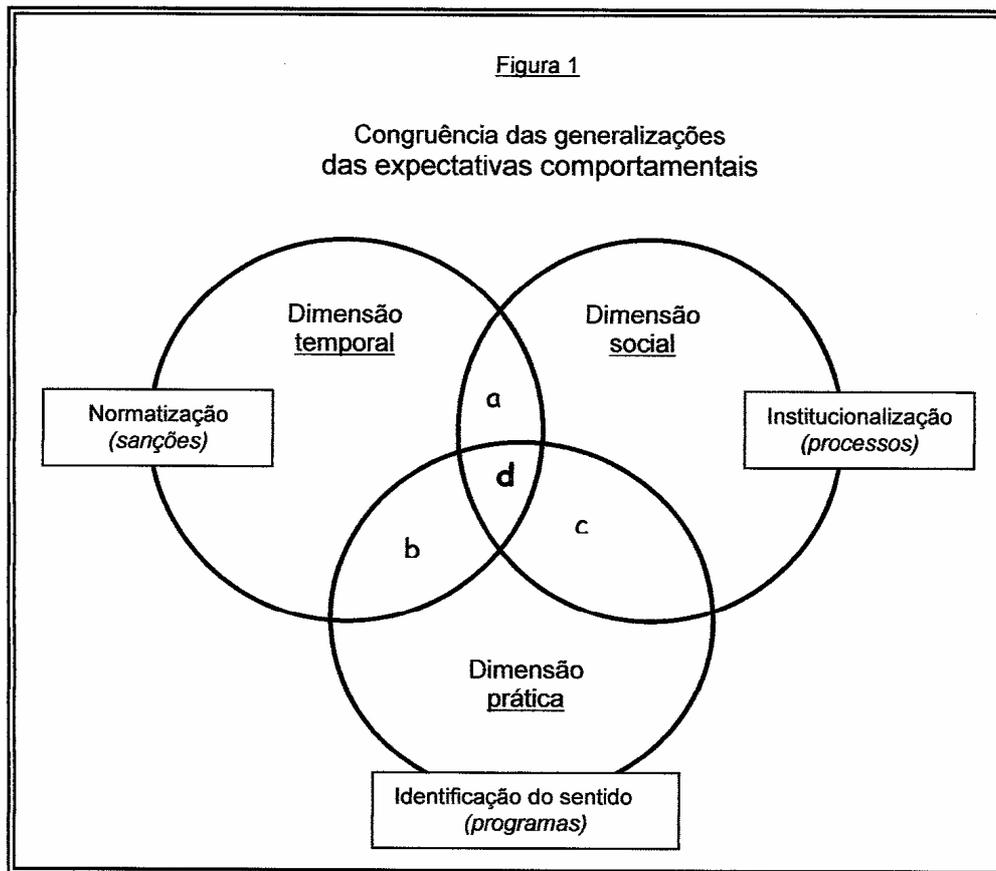
⁴⁶ No Brasil, esses casos são conhecidos como as “leis que não pegam”.

⁴⁷ A Constituição Federal brasileira de 1988 é fértil em exemplos desse tipo.

Pois, é a partir desse conjunto de expectativas comportamentais, assim generalizadas congruentemente, que LUHMANN vai identificar o direito de um sistema social.

A função do direito consiste, então, em efetuar com eficiência essa seleção congruente, de forma evolutiva, na direção da generalização mais apropriada e compatível com as modificações do sistema social. Assim, na dimensão temporal, o interesse na congruência leva à preferência pelos mecanismos de processamento dos desapontamentos que se mostrarem mais eficazes com vistas à institucionalização das normas (a sanção é preferida a desconhecimento, sofrimento ou vingança, por ser mais convincente na afirmação do consenso subentendido perante terceiros); na dimensão social, a seleção das expectativas institucionalizáveis far-se-á através de *processos* específicos (os quais, por sua vez, deverão ser previamente institucionalizados), tendo em vista a inconveniência de se dar forma jurídica a todas as possibilidades de institucionalização; finalmente, na dimensão prática, o direito se configura num conjunto de *programas*, em função destes afinarem mais (do que pessoas, valores e, até, que papéis, enquanto princípios para o encadeamento de expectativas) com as *sanções* (como modo de processamento de frustrações) e *processos* (como modo de institucionalização). Na Figura 1, tentamos representar essa situação: na amplitude de cada círculo, as amplas possibilidades de generalização encontradas na respectiva dimensão; na área (a), a redução às normatizações que podem ser institucionalizadas; na área (b), as normatizações que merecem ser levadas a compor programas; na (c), os programas institucionalizáveis; finalmente, na área (d), as generalizações congruentes nas três dimensões, ou seja, a redução seletiva efetuada pelo direito.

⁴⁸ Aqui, o exemplo brasileiro é o consenso em torno da necessidade de uma reforma tributária, que é logo abalado por qualquer proposta objetiva de institucionalização.



LUHMANN chega, assim, à conjugação dos mecanismos de *sanção-processo-programa*, reconhecendo-os como “características usuais de definições do direito” (Luhmann, 1983, p. 119). Mas, destaca que tais características não precisam ser introduzidas por pura convenção, eis que, como demonstrou, podem ser deduzidas sociologicamente e objetivamente fundamentadas, através da pesquisa dos processos elementares da formação do direito. Ainda mais, desta forma fica claro que o direito não pode ser entendido apenas sob a ótica de ordem e proibição, repressão de tendências naturais ou coação externa; este enfoque tradicional não permite, como induz o proposto por ele, que se perceba a amplitude das formas jurídicas disponíveis.

Só quando entendido como a *generalização congruente das expectativas comportamentais*, o direito aparece como uma conquista da evolução social, em

permanente diferenciação estrutural, de forma a acompanhá-la em seus graus crescentes de complexidade e contingência.

LUHMANN tem a cautela de destacar os limites de seu conceito. Assim, distingue-o de outras interpretações de expectativas, sujeitas a outras formas de compatibilização congruente, pois o direito refere-se a: (1) expectativas *comportamentais*, indo além de interpretações puramente estéticas; (2) expectativas sobre o comportamento *de outras pessoas*, não a interpretações puramente racionais do comportamento próprio; e (3) expectativas *normativas*, não ao campo do conhecimento cognitivo, regulado pela verdade e pelos métodos científicos. Além disso, LUHMANN procura delimitar com nitidez os campos do direito e da linguagem (e seus acessórios, como as regras da ortografia), apresentando aquele como uma *nova redução* da seleção realizada por esta, de forma que o direito não anula as possibilidades que a linguagem enseja na comunicação, mas as trata como *possibilidades* para fazer suas próprias escolhas. Com isso, LUHMANN afina seu conceito, definindo o direito como “*estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas*”⁴⁹.

6 CONCLUSÃO

Sem precisar avançar mais na obra citada, nem adentrar no ulterior relacionamento da teoria de LUHMANN com a da *autopoiesis*, de MATURANA e VARELA⁵⁰, julgamos ter reunido elementos suficientes para refletir sobre a conceituação luhmaniana e avaliar se somos capazes de entendê-la e aceitá-la, como convincente o bastante para derrogar o paradigma normativista.

Concentramo-nos nas abordagens da *formação* e da *dinâmica* do direito, inseridas na concepção *sistêmica* da sociedade.

⁴⁹ Op. cit., p.121.

⁵⁰ Nicola, op. cit; Rocha, op. cit.

No primeiro aspecto, destaca-se sua afirmação (com que abrimos este trabalho) de que *o direito não é primariamente um ordenamento coativo*. Não que LUHMANN exclua de sua conceituação do direito os elementos convencionais do *dever-ser* e do mecanismo da *sanção estatal*; o que caracteriza sua divergência é considerá-los características secundárias (ainda que importantes), eis que “a necessidade de segurança que molda o direito se refere inicialmente à segurança das expectativas próprias, principalmente enquanto expectativas sobre expectativas, referindo-se apenas secundariamente à segurança do preenchimento dessas expectativas através do comportamento esperado”⁵¹. Isto é, como já vimos, afirma que “a manutenção da expectativa é mais importante que sua imposição”. Então, o direito não surge de uma fonte transcendental (direito natural) ou de uma ordem estatal sustentada pela idéia moral de justiça (positivismo⁵²), nem mesmo em uma norma fundamental⁵³. O direito é um código de comunicação e não de conduta; não é por recorrer a sanções que o direito exercita sua função, pois quanto mais o fizer tanto mais se revelará ineficiente na determinação de condutas⁵⁴. Não existe um salto da sociedade pré-jurídica para a sociedade do direito⁵⁵, mas sim uma evolução paulatina através da diferenciação funcional do direito⁵⁶, num processo de construção social, a partir da superprodução de expectativas normativas, em decorrência das necessidades criadas pelo convívio social. Essa “produção da diferença” é vista como o sentido da sociedade, numa perspectiva dialético-

⁵¹ LUHMANN, op. cit., p. 115.

⁵² Inclusive as correntes mais modernas do positivismo, como em HART e DWORKIN (ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

⁵³ KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1986.

⁵⁴ NICOLA, op. cit.

⁵⁵ Para LUHMANN, não existe sociedade sem direito, pois este preenche uma função necessária em toda a sociedade que se constitui sensorialmente. Entretanto, ao localizar na diferenciação do processamento dos desapontamentos a própria origem do direito, LUHMANN aparentemente se contradiz, pois ele mesmo fala de um estágio “pré-normativo”, nas sociedades em que as expectativas permanecem indiferenciadas.

⁵⁶ MAGALHÃES, op. cit.

hegeliana⁵⁷. O direito não nasce da vontade política de grupos dominantes e nem mesmo pode ser explicado inteiramente como um contrato social, baseado no consenso: a institucionalização se dá a fim de preencher uma função indispensável a toda sociedade que se constitui sensorialmente e se processa a partir do *consenso presumido*, mantendo-se enquanto “quase todos supõem que quase todos supõem que quase todos estejam de acordo”.

No aspecto evolutivo, o conceito de “generalização congruente” de LUHMANN é capaz de contemplar uma dinamicidade compatível com a complexidade e contingência velozmente crescentes dos sistemas sociais modernos (a tese de uma necessária superprodução de expectativas normativas é considerada por LUHMANN de fundamental importância para uma teoria evolutiva do direito). Nas circunstâncias históricas atuais, o tempo passa a ter uma importância essencial, dada a velocidade da revolução cultural em curso. O direito tradicional, baseado em programações condicionais, não pode responder às novas necessidades sociais, pois consagra referenciais do passado⁵⁸. Já na concepção de LUHMANN, temos como referencial a produção de diferenças através de programações intencionais (finalísticas), ou seja, um direito capaz de acompanhar e colaborar com a evolução social. Entretanto, ao prestar-se ao enfrentamento dos desafios de nossa época, a teoria de LUHMANN, em nossa opinião, aponta caminhos mais seguros do que outras igualmente inovadoras, como a de DWORKIN⁵⁹, visto que, ao contrário destas, não faz propostas que podem ser (bem ou mal) interpretadas como inspiradoras de um “direito alternativo”, este que, se não abandona de todo as normas, as relativiza de tal forma – ao pretender adaptar as decisões judiciais às

⁵⁷ ROCHA, Leonel Severo. “O direito na forma de sociedade globalizada”. In: **Anuário do programa de pós-graduação em direito**. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. São Leopoldo, 2001.

⁵⁸ ROCHA, op. cit.

⁵⁹ É assim com as teses “dos direitos” e da “resposta certa”, de DWORKIN (CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: **Paradoxos da Auto-observação**. Organizado por: Leonel Severo Rocha. Curitiba: JM, 1997, p. 153-195). Interpretando-as, bem ou mal, o juiz alternativo não se contenta em ser juiz e se investe no papel de “engenheiro social” (OST, François; Vande Kershove, Michel. *“Jalons pour une théorie critique du Droit”*. Bruxelas: Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 1987).

circunstâncias e necessidades sociais – que vai tornando o direito uma mera expectativa do que farão os juízes e tribunais alternativos⁶⁰.

Neste ponto, de importância tão atual no quadro jurídico brasileiro, interpretamos as lições de LUHMANN como uma recomendação de buscar-se a resposta dinâmica às novas exigências da sociedade pós-industrial através do fenômeno central da *positividade* do direito. Instalado o regime da democracia representativa em uma sociedade politizada, o poder legislativo será o mecanismo mais adequado para proceder às modificações rotineiras do direito, construindo – e mantendo atualizadas – programações finalísticas, sintonizadas com o consenso geral presumido (legitimado pelo processo eleitoral). Segundo nos parece, *data venia*, brilhantes juristas e sociólogos tomam um descaminho quando procuram encontrar no âmbito interno do campo jurídico – na conceituação de BOURDIEU⁶¹ – a solução para o desafio da atualização do direito. Parecem desconsiderar que o direito – como ainda melhor compreendeu, em sua fase “autopoiética”, o próprio LUHMANN – é um subsistema do sistema social, no qual interage com o subsistema político, na modalidade de “*double interchanges*”: num primeiro intercâmbio, o político fornece ao jurídico premissas decisórias sob forma de legislação, enquanto recebe deste a realização do poder político (legitimação, segundo WEBER); numa segunda troca, o direito fornece ao político premissas para o uso da força física, sob forma de decisões coletivamente vinculantes, deste recebendo a possibilidade de coerção para fazê-las cumprir⁶². Então, é adequado deixar as premissas decisórias à competência do subsistema político, evitando-se a exorbitância de juízes e tribunais alternativos. Afinal, a resposta democrática à denunciada lentidão do legislativo deve ser dada

⁶⁰ “Campo jurídico” seria o espaço de atividade social cuja lógica específica está determinada duplamente: primeiro, pelas relações de força específicas que lhe conferem a estrutura e que orientam os conflitos de competência que nele se dão; segundo, pela lógica interna das ações jurídicas que limitam, em cada momento, o espaço do possível e, daí, o universo de soluções propriamente jurídicas (BOURDIEU, Pierre. Elementos para una sociología del campo jurídico. In: *La Fuerza Del derecho*. Organizado por: Morales de Setién Ravina, Carlos. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, p. 155-217, 2000).

⁶² NICOLA, op. cit.

com estímulos ao exercício — geral, intenso e pleno — da cidadania, nunca com a absurda transferência do poder decisório da sociedade para o arbítrio de juízes ou tribunais, inegavelmente mais falíveis do que o sistema social como um todo.

Concluimos por reconhecer no conjunto das idéias de LUHMANN uma contribuição lúcida e estimulante à oxigenação do dogmatismo jurídico - crescentemente inadequado à realidade do mundo globalizado, complexa e vertiginosamente mutante -, na medida em que é capaz de propor teses inovadoras e avançadas, ao mesmo tempo privilegiando o caminho sensato da atualização do direito pela insuperável via do sistema democrático. O tempo dirá se a obra de LUHMANN será capaz de alicerçar um novo paradigma para a Ciência do Direito, arregimentando em torno de si os pesquisadores da “ciência normal” para atualizar a promessa de uma nova visão do direito, então

ampliando-se o conhecimento daqueles fatos que o paradigma apresenta como particularmente relevantes, aumentando-se a correlação entre esses fatos e as predições do paradigma e articulando-se ainda mais o próprio paradigma⁶³.

⁶³ KUHN, Thomas. S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2000.

6 REFERÊNCIAS

BOMBASSARO, Luiz Carlos. **Ciência e mudanças conceituais**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1994.

BOURDIEU, Pierre. Elementos para una sociología del campo jurídico. In: *La Fuerza Del derecho*. Organizado por: Morales de Setién Ravina, Carlos. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000, p. 155-217.

CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin, in: **Paradoxos da Auto-observação**. Organizado por: Leonel Severo Rocha. Curitiba: JM, 1997, p. 153-195.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1986.

KUHN, Thomas. S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LEYDESDORFF, Loet. *Luhmann, Habermas, and the theory of communication*. In: *Systems research and behavioral science*, Amsterdam; Wiley Inter Science, n. 17 (3), 2000. p. 273-288.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MAGALHÃES, Juliana N. O uso criativo dos paradoxos do direito., In: **Paradoxos da Auto-observação**. Organizado por: Leonel Severo Rocha. Curitiba: JM, 1997, p. 269-271.

NICOLA, Daniela. R. Mendes. Estrutura e função do direito na teoria da sociedade. In: **Paradoxos da Auto-observação**. Curitiba: JM, 1997.

OST, François e Vande Kershove, Michel. *Jalons pour une théorie critique du Droit*. Bruxelas: Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 1987.

ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma de sociedade globalizada, **Anuário do programa de pós-graduação em direito - Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS**, São Leopoldo, p. 117-137, 2000.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

Enviado: 17/02/08

Aceito: 16/07/08

Publicado: 31/07/08