

(Des)confiança sistêmica e o direito como generalizador congruente de expectativas normativas

ANDRÉ GALVÃO VASCONCELOS DE ALMEIDA

Resumo: O presente trabalho procura contextualizar, sob a ótica da confiança, desenvolvida na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a capacidade do sistema jurídico em exercer sua função específica no sistema social global, qual seja a de promover generalização congruente de expectativas normativas. Inicialmente, busca-se analisar a relação entre a complexidade social e a função adquirida pela confiança ao longo do tempo, delimitando sua transformação de uma confiança baseada na familiaridade para uma confiança fundada nos sistemas. Posteriormente, é feito um detalhamento dos aspectos mais importantes que permeiam a função do direito de acordo com a teoria de Luhmann para, em seguida, questionar se na sociedade contemporânea, fragmentada, o direito ainda é capaz de exercer sua função de forma satisfatória. Por fim, procura-se demonstrar os efeitos da desconfiança sistêmica – que, nesse ponto, é estabelecida como equivalente funcional da própria confiança – e a necessidade de buscar novos mecanismos de estabilização de expectativas normativas que restaurem a unidade e a confiança no sistema jurídico.

Palavras-chave: (Des)confiança sistêmica. Expectativas normativas. Teoria dos sistemas. Niklas Luhmann.

1. Confiança, complexidade e diferenciação social como pontos de partida

Os principais pontos de partida para compreender a ideia sociológica da confiança sistêmica na doutrina de Niklas Luhmann são a complexidade e a diferenciação social. A relação entre uma sociedade e a complexidade que lhe é peculiar, em determinado contexto, forma a condi-

Recebido em 21/11/16
Aprovado em 19/2/17

ção de evolução dos seus próprios sistemas e, consequentemente, sua própria evolução¹.

A complexidade e a capacidade de relacionar-se com ela surgem, assim, como diretrizes de toda a metodologia funcional da teoria dos sistemas de Luhmann. Nesse sentido, segundo o autor, a confiança se mostra eficaz instrumento de redução de complexidade do mundo que, como veremos, na sociedade moderna, é sempre difícil de manejar. Ela traduz-se em segurança dos estados presentes em face de uma variação infinita dos eventos possíveis, colocando o futuro sempre em prospecção. Ou seja, a confiança liberta o homem da ideia de que “tudo poderia variar simultaneamente com tudo, ideia com a qual seria impossível viver” (LUHMANN, 2005a, p. 25).

A questão da complexidade define o problema fundamental, a partir do qual a confiança pode ser analisada funcionalmente e comparada com outros mecanismos sociais, funcionalmente equivalentes. Onde há confiança há aumento de possibilidades para novas formas de experiência e de ação. Há possibilidade do aumento de complexidade do sistema social; e também há um aumento do número de possibilidades que podem reconciliar-se com sua estrutura, porque a

confiança constrói uma forma efetiva de redução da complexidade (LUHMANN, 2005a, p. 14).

Luhmann desenvolve a ideia de complexidade como um conjunto de acontecimentos infinitos que podem ou não acontecer e, portanto, há sempre mais possibilidades, em termos de informações, experiências e ações, do que a capacidade humana pode realizar (LUHMANN, 1983, p. 45). Em breves palavras: a complexidade é a diversidade de possibilidades/alternativas.

a maneira mais acessível de entender a complexidade é pensar, primeiramente, no número de possíveis relações, dos possíveis acontecimentos e dos possíveis processos. Imediatamente, compreender-se-á que cada organismo, máquina e formação social tem sempre um meio que é mais complexo, e oferece mais possibilidades do que aquelas que o sistema pode aceitar, processar ou legitimar (LUHMANN, 2009, p. 184).

Da complexidade surge a ideia de contingência: os acontecimentos do mundo não são necessários, mas apenas possíveis (LUHMANN, 2004, p. 11). Dessa forma, toda realidade existente poderia ser diferente do que é, e, em um mundo complexo, de possibilidades infinitas, a tomada de decisão carrega consigo uma grande possibilidade de desapontamento e a necessidade de assumir riscos. Se eu posso escolher entre *A*, *B* ou *C*, e escolho, por exemplo, *A*, a probabilidade de eu ter escolhido errado é grande devido ao mundo complexo em que vivemos. A cada escolha surge uma miríade de possibilidades que se abrem para novos contextos, o que provoca a necessidade de incremento dos processos seletivos/decisórios para a realização de novas escolhas, estimulando, também, de forma paradoxal, a renovação de incertezas (contingência).

¹ Cumpre-nos ressaltar que, embora o autor não desconsidere completamente as características do evolucionismo clássico, o termo “evolução”, adotado em sua teoria, não assume características diretamente ligadas à ideia de “progresso”, “propagação de felicidade”, de um “otimismo finalístico” fomentado pelos movimentos evolucionistas do século XIX, ou à relação entre “causa e efeito”, segundo a qual os sistemas se adaptam ao meio ambiente, que age diretamente sobre eles. Luhmann promove uma mudança de pensamento, subvertendo o princípio da causalidade natural e aponta a complexidade e a contingência como mediadoras da relação entre “causa e efeito”, “antes e depois”. Ativa-se, assim, uma circularidade, intrínseca aos sistemas sociais modernos, em que, a todo momento, complexidade e contingência provocam um interminável processo de estabilização e (re)estabilização de expectativas. É por isso que, para a teoria de Luhmann, os sistemas sociais modernos são compreendidos como resultados da transformação de uma multiplicitude de eventos em princípio incontroláveis, imprevisíveis e improváveis.

Assim, o futuro é tão somente uma previsão, que não se pode esperar *quando* ou *como* acontecerá. Em uma frase: a contingência é a imprevisibilidade do resultado. A única coisa de que podemos ter certeza acerca do futuro é que ele é incerto, volátil, e o homem está fadado a viver no presente com esse futuro, hipercomplexo, eternamente.

Luhmann analisa a problemática da confiança sob a ótica do tempo (passado, presente e futuro) e da dificuldade de se construir uma noção de constância relativa dos estados presentes. Busca-se, então, a durabilidade/estabilidade dos eventos. O futuro coloca uma carga excessiva na habilidade do homem de representar as coisas por si mesmo. Assim, o problema da confiança é que o futuro possui muito mais possibilidades do que aquelas que poderiam atualizar-se no presente e do presente transferir-se ao passado (LUHMANN, 2005a, p. 21). Observe que, do ponto de vista dos acontecimentos sociais, o presente se coloca em movimento junto com o futuro e com o passado, de modo que estão completamente disponíveis em forma de alternativas, ou seja, como variação incontrolada. “A variação incorpora tudo o que há, sem exceção” (LUHMANN, 2005a, p. 24).

Entretanto, a base elementar de toda confiança está no presente, considerado como uma espécie de “contínuos intactos de sucessos cambiantes, como a totalidade dos estados com respeito aos quais os eventos podem ocorrer” (LUHMANN, 2005a, p. 20). Trata-se da ideia de duração, que nada mais é do que um “presente continuamente atual”, que deve persistir, apesar da variação dos eventos².

Dessa forma, entre a extrema complexidade social e a capacidade da consciência humana, existe uma lacuna; a confiança atua nessa lacuna. A função da confiança sistêmica é justamente antecipar o futuro e comportar-se como se ele fosse certo, invalidando o tempo, ou melhor, invalidando as diferenças do tempo (LUHMANN, 2005a, p. 15).

Nesse sentido, conforme expõe de forma precisa Misabel Derzi, a confiança é um instrumento que se revela imprescindível para que o homem possa lidar com a extrema complexidade do mundo atual, pois ela desperta a segurança do estado presente na forma de estabilização de alternativas/eventos variáveis, reduzindo a complexidade e se projetan-

² Com base nas lições de Derzi, temos a noção de que existem dois “agoras” que fluem (o agora do sistema e o agora do ambiente), e a redução da complexidade por meio da confiança e do tempo nos dá a sensação de um estado constante, que deve persistir, apesar da variação dos pontos dos “agoras”. “A duração, segundo Luhmann, nada mais é do que o presente continuamente atual, com um futuro sempre em perspectiva e o passado como o agora que não mais se dá. Os estados são identificados apenas na medida em que se dão no presente, em que nele se apresentam. A ideia de variação como aquilo que não se dá no presente é completamente negativa da anterior (o estado). Ou seja, a variação é inconcebível se não se podem supor entidades em relação às quais algo está mudando” (DERZI, 2009, p. 326).

do para o futuro. Dessa forma, as alternativas/ eventos, em princípio infinitos e virtuais do futuro, ficam equiparados às alternativas selecionadas no presente.

A confiança supõe três características elementares: (a) permanência dos estados, de modo que se igualem presente e futuro; (b) simplificação por meio da redução da complexidade e das infinitas possibilidades variáveis; (c) antecipação do futuro, pela projeção daquilo que se dá no presente, para tempos vindouros. (2009, p. 328).

A confiança, portanto, reduz a complexidade social, administrando-a, para tornar a vida suportável e garantir um mínimo de durabilidade/estabilidade nas relações. Ela pode ampliar as possibilidades de ação e conhecimento no presente, e orientar-nos para um futuro que permanece(rá) incerto, mas que se faz minimamente confiável.

2. Da familiaridade à confiança sistêmica

Ao desenvolver sua teoria dos sistemas partindo da confiança como mecanismo de redução de complexidade, Luhmann ilustra as formas de diferenciação social observadas ao longo da história e a forma como a confiança absorvia a complexidade correspondente, transformando-se, paulatinamente, de uma confiança com base na *familiaridade* para uma confiança com base nos *sistemas*. Vejamos.

Inicialmente, nas sociedades tradicionais, típicas sociedades “primitivas”, ou ainda em sociedades “pré-modernas”, não se admitia um elevado grau de complexidade. A característica fundamental de formação desse tipo de diferenciação social se baseava na igualdade entre os subsistemas sociais; existia, assim,

certa igualdade de possibilidades de observação da própria sociedade. A forma de diferenciação dessas sociedades se baseava na observação daquilo que é ou não é familiar (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 100). As funções sociais – sobretudo a econômica, a política e a religiosa – fundamentavam-se no princípio do parentesco (*paterfamilias*), no auxílio mútuo (reciprocidade), na compensação ou até mesmo na represália (LUHMANN, 1983, p. 184).

Aqui, a confiança era outorgada por técnicas como a experiência prévia (concreta), a história das coisas (confiamos apenas naquilo que conhecemos) e os costumes; valia-se, pois, do recurso ao passado para compreender e simplificar a vida. Nessas sociedades, afirma Luhmann, o passado prevalece sobre o presente e sobre o futuro. “O passado já não dispõe de outras possibilidades porque se apresenta (e prevalece) no presente como complexidade já reduzida” (LUHMANN, 2005a, p. 32).

Dessa forma, o baixo grau de possibilidades/alternativas/variação (complexidade) acarretava o baixo grau de mecanismos de confiança na busca por estabilização de expectativas. Bastava o emprego da força ou de uma crença para que a ordem se fizesse presente. Assim, “a palavra certa, o gesto certo, a ‘mágica’ certa, o juramento ou a maldição” eram suficientes para fundamentar a confiança e generalizar expectativas (LUHMANN, 1983, p. 189; 2005a, p. 81).

Porém, na sociedade moderna, explode a complexidade, e não é mais possível produzir interpretações globais/universais do mundo. Na medida em que a complexidade aumenta, o recurso à familiaridade se mostra insuficiente para a redução da complexidade e a estabilização das expectativas. Assim, descreve Luhmann, “a história deixa de ser recordação das coisas experimentadas e passa a ser simplesmente uma estrutura pré-determinada,

constituindo apenas a base da confiança, que agora se transforma em confiança nos sistemas sociais” (LUHMANN, 2005a, p. 34).

Numa época em que não há uma unicidade de pensamento, de crença e de consciência social, encontram-se sistemas cada vez mais específicos, altamente diferenciados e com comunicações próprias, que observam a sociedade por meio de suas próprias funções (LIMA, 2012, p. 30). Dessa forma, afastando-se de qualquer ideia de hierarquia, Luhmann descreve a sociedade moderna como um complexo de sistemas sociais dotados de autonomia funcional, que se movimentam e se conectam uns aos outros. Surge, portanto, a ideia de policontextualidade (LUHMANN, 1998, p. 11). Agora a sociedade é vista sob os olhares de vários observadores, cada um em seu contexto específico, em sua própria realidade.

É nesse ponto que podemos constatar um primeiro rompimento da teoria dos sistemas de Luhmann – que de certa forma é baseada no construtivismo, o qual ele prefere chamar de “construtivismo operativo” – com as teorias clássicas do conhecimento. Nas teorias clássicas, prevalece a ideia do conhecimento do mundo com base na distinção entre sujeito/objeto, segundo a qual a sociedade é observada por um sujeito posicionado em um plano *ab extra*; na teoria dos sistemas de Luhmann, prevalece a ideia de que a realidade é uma operação de construção de quem observa. Ou seja, há tantas realidades quantos forem os observadores e, para que se possa conhecer a realidade, é preciso observar o observador. O observador faz parte da própria realidade que observa; sujeito e objeto confundem-se. Essa concepção de conhecimento, de acordo com Luhmann, seria mais adequada a uma sociedade que se tornou hipercomplexa e policêntrica (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 35-40).

A própria relação conceitual em torno da confiança com base nos sistemas e, conseqüentemente, em torno da generalização de expectativas está intimamente ligada à hipercomplexidade e à contingência da vida moderna. Na medida em que a experimentação/experiência da conduta humana tornou-se incapaz de representar e/ou controlar as possibilidades fáticas e concretas do mundo globalizado, abre-se espaço para a ideia de confiança nos sistemas. A confiança sistêmica é, assim, o reconhecimento da limitação e precariedade da experimentação. Ela antecipa o futuro, ao delimitar, com menos esforço e maior eficiência, a redução de complexidade do mundo.

A organização social com base na experiência vivida apenas pode ser possível em sistemas sociais bastante simplificados e reduzidos, conforme visto anteriormente. Assim, mais compatível com a hipercomplexidade, a confiança sistêmica garante certa independência da

experimentação, ainda que sem excluí-la completamente, o que facilita uma seleção continuada também ao longo do tempo, tendo em vista o horizonte de possibilidades ampliado e mais rico em alternativas (LUHMANN, 1983, p. 46).

A essa independência relativa da experimentação, Luhmann atribui o que chama de *generalização de expectativas* e passa a analisar três aspectos que a caracterizam: o deslocamento parcial da problemática do aspecto *externo* (experiência concreta) para o aspecto *interno* (internalização das incertezas); o processo de *aprendizagem*; e a resolução *simbólica* dos resultados no ambiente social.

Em um mundo familiar, a experiência concreta, fundada na relação pessoal, produz uma “certeza” externa baseada naquilo que é possível vivenciar ou recordar. Supõe-se, aqui, um conhecimento elevado sobre os eventos e, portanto, redução de riscos. Porém, quando o ambiente social se torna hipercomplexo, o sistema também se torna incapaz de captar inteiramente o mundo real, caracterizado pela indeterminação excessiva; assim, passa a internalizar essas incertezas, selecionando informações e, com isso, reduzindo a complexidade. A indeterminação do ambiente passa a ser tolerada por meio de uma ordem interna, construída através de uma complexidade já reduzida e administrada pelos sistemas. Essa ordem interna é o que Luhmann chama de “contínuo intacto de sucessos cambiantes” (LUHMANN, 2005b, p. 20). Trata-se de uma forma de estabilização, mas de estabilização dinâmica (retratada pelo processo recursivo de combinação entre *variação/seleção/(re)estabilização*)³, pois os sistemas devem ser estáveis, mas não estáticos. Embora implique renúncia de informação experimentada, a confiança sistêmica a substitui por essa “ordem” interna equivalente, que passa a ser compartilhada, garantindo um presente também compartilhado em face das diversas expectativas futuras.

³ A estabilidade dinâmica, de acordo com a teoria de Luhmann, é representada pelo processo de evolução dos sistemas. Segundo o autor, os sistemas desenvolvem-se por meio das operações de *variação/seleção/estabilização*. A complexidade e a contingência indicam a multiplicidade de informação e comportamentos, introjeção de elementos novos e, consequentemente, possibilidade de variação no sistema. A variação, assim, apresenta-se como a totalidade dos eventos possíveis. Ela implica em coação à seleção, obrigando o sistema a decidir/eleger/selecionar quais elementos deve absorver. Essa absorção se dá com base na redução de complexidade por parte das estruturas do sistema em busca de estabilização. Como toda comunicação é um processo recursivo e infundável, toda variação depende de uma estabilização anterior, tal como um “engate” que possibilite a continuidade da comunicação. Assim, esse processo transforma-se em um processo contínuo de *variação/seleção/estabilização*, para logo em seguida se transformar em *variação/seleção/(re)estabilização*. Dessa forma, a absorção dos novos elementos se estabiliza a fim de buscar uma identidade/manutenção/durabilidade das novidades no interior do sistema, para um novo ciclo se iniciar. A estabilização representa a unidade do processo evolutivo; porém, ressalte-se, essa é a “unidade da contingência”. É a unidade que ativará novas possibilidades e, consequentemente, novas (in)certezas que deverão ser novamente processadas no interior do sistema por meio de seus processos seletivos. (LUHMANN, 2007, p. 358-399; GONÇALVES; VILLAS BÓAS FILHO, 2013, p. 35-40).

Essa nova forma de confiança (sistêmica) implica renunciar, de forma consciente, à possibilidade de maior informação, assim como ao controle dos resultados. Dessa forma, a confiança não significa mera esperança: “ela implica expectativa confiável que influencia diretamente nas decisões tomadas pela pessoa que confia” (DERZI, 2009, p. 330). Ou seja, quem deposita mera esperança não leva em conta as contingências/riscos do resultado. Já o ato de confiar sempre resulta em análise crítica sobre o resultado de se depositar ou não confiança. A confiança reflete, portanto, a contingência. Já a esperança elimina a contingência (LUHMANN, 2005a, p. 40). Em outras palavras: a confiança pressupõe a consciência das circunstâncias de risco.

Luhmann ressalta o fato de que, onde não há possibilidade de variação incontrolada, não se coloca a questão da confiança. Onde existe supremacia sobre os acontecimentos, não há necessidade de se outorgar confiança, pois ela só é necessária diante de um futuro caracterizado pela indeterminação (LUHMANN, 2005a, p. 26). Assim, de forma paradoxal, a confiança no sistema pressupõe insuficiência de informação, ou seja, desconfiança. O sistema, então, funciona com confiança, buscando superar a desconfiança.

A confiança sistêmica também é resultado de um processo de aprendizagem e se torna reflexiva. Segundo Luhmann, não basta a existência de mecanismos simples de confiança. Isso porque a confiança é “uma força motivadora que produz testemunhas” (LUHMANN, 2005a, p. 120). As relações entre os sujeitos geram experiências que são estendidas a casos similares. O ato de um indivíduo confiar em si mesmo (em sua própria confiança), ou de outros confiarem nele, ou de outros confiarem em terceiros da mesma forma como ele confia leva à automatização de que os outros também confiam com base em alguma coisa (confiança sistêmica). Ou seja, é a confiança na confiança. Passamos de uma confiança espontânea para uma confiança simplesmente “percebida” e que permanece latente (LUHMANN, 2005a, p. 118-121).

Essa reflexividade e latência transformam a própria confiança em valor, como condição essencial para o funcionamento dos mecanismos simbólicos de comunicação. Segundo Luhmann, ela é tão importante e inevitável que não precisa ser percebida de forma consciente como uma atividade subjetiva. Dessa forma, “ela dificilmente se transforma em assunto aberto à discussão pública e, assim, o próprio fato de se manter latente ajuda a manter sua integridade” (LUHMANN, 2005a, p. 99).

Após automatizada, a confiança se institucionaliza e passa a se estabilizar com indiferença “relativa” frente às variações. Essa institucionalização se representa pela simplificação simbólica dos resultados no ambiente. Fala-se, então, nos *meios de comunicação simbolicamente ge-*

neralizados. Esses meios de comunicação, segundo Luhmann, são mecanismos adicionais à linguagem cotidiana, cuja função é “promover a capacidade intersubjetiva dos atos de seleção” (LUHMANN, 2005a, p. 82). Eles atuam para atenuar as dificuldades do processo de comunicação que, segundo Luhmann, é improvável, porém necessária⁴.

Podemos citar como exemplos desses meios a *verdade*, o *amor*, o *dinheiro*, o *poder* e, principalmente, o *direito*. É por meio da capacidade generalizadora desses meios que os sistemas constroem estruturas de linguagem garantidoras de expectativas e normas de motivação, fazendo convergir comportamen-

tos e tornando possível que as seleções feitas por um indivíduo sejam pertinentes a outros (LUHMANN, 2005b, p. 96).

No caso do sistema jurídico, o direito, com sua linguagem própria (código operacional lícito/ilícito), atua como meio de comunicação simbolicamente generalizado, cuja função é promover a *generalização congruente das expectativas normativas*. O fortalecimento dessa função permite que o sistema jurídico se mantenha como um sistema funcionalmente diferenciado e que, por meio de suas operações, a sociedade possa confiar, prever quais expectativas normativas comportamentais são postas no convívio social e, portanto, gerenciar as condutas de acordo elas.

3. Redução de complexidade como aumento de possibilidades

Diante da instabilidade provocada pela complexidade, os sistemas funcionam como instrumento de redução dessa complexidade, permitindo que os “eventos” do ambiente sejam “apreendidos” pelo sistema. Transforma-se, assim, a complexidade desestruturada em complexidade estruturada.

Observe-se que a redução de complexidade não significa eliminação de possibilidades ou supressão de alternativas, numa tentativa de simplificação da sociedade por meio de um enquadramento tal qual ocorria no pensamento iluminista/racionalista. Ocorre justamente o contrário. O próprio rompimento com a dicotomia tradicional sujeito/objeto já nos remete a um confronto entre o pensamento racionalista incorporado pelo iluminismo e a ideia policontextual da teoria sistêmica de Luhmann. Na medida em que não há mais a possibilidade de se sustentar que todos os sujeitos observem, por meio de uma única razão,

⁴No conceito elaborado por Luhmann, a comunicação pode ser concebida como um processo sintético de seleção de três elementos: *informação*, *mensagem/ato de informar e compreensão*. A informação corresponde à própria produção de um conteúdo informativo e à escolha das alternativas que *alter* decide colocar à disposição (o que vou dizer?). Mensagem/ato de informar quer dizer a forma que *alter* utilizou para expressar a sua informação. Ou seja, a própria difusão do conteúdo (como digo?). E por compreensão entende-se a seleção/eleição feita por *ego* sobre o que *alter* pretendeu transmitir. Entende-se que a comunicação apenas se conclui quando *ego* compreende o que *alter* quis dizer, ou seja, quando o receptor consegue distinguir a informação da mensagem. Porém, conforme dito anteriormente, a comunicação é tão necessária quanto improvável. Sobre a improbabilidade da comunicação, Luhmann explica que, em primeiro lugar, é improvável que alguém compreenda perfeitamente o que o outro quis dizer, tendo em vista o isolamento intelectual de cada um. Ou seja, “o sentido só se pode entender em função do contexto e, para cada um, o contexto é basicamente o que sua memória lhe faculta”. Em segundo lugar, o problema reside no aspecto temporal e espacial da interação. É improvável que a comunicação chegue a mais pessoas do que as que se encontram presentes em dada situação. “Uma vez ultrapassados os limites desse sistema de interação, não podem impor-se (pela força) as regras que dentro deles são válidas. Mesmo quando a comunicação conta com transmissores móveis e permanentes, é improvável que possa encontrar atenção devida, já que indivíduos têm diferentes interesses em situações distintas”. E, por fim, não é possível garantir que o receptor aceite o comando emitido, ou, ao menos, o compreenda. E essas dificuldades (contingências sociais) aumentam na medida em que aumentam os participantes da comunicação. Dessa forma, como veremos mais à frente, os sistemas e seus códigos funcionam como “meios de comunicação simbolicamente generalizados”, buscando superar a improbabilidade da comunicação. Sobre a improbabilidade da comunicação, ver Luhmann, 2006, p. 41.

o mesmo mundo, abre-se espaço para a construção da realidade baseada na variedade de observações (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 40).

Conforme nos ensina Gonçalves e Villas Bôas Filho, “se cada estrutura social (objeto) é construção de um observador que dispõe de racionalidade distinta, é possível identificar, nessa nova perspectiva, a negação ao monopólio da observação do racionalismo moderno: a semântica da violência, da opressão das possibilidades” (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 42; CAMPILONGO, 2011, p. 20). Trata-se de um postulado contrário ao projeto de modernidade.

Desse modo, quando se fala em redução de complexidade, estamos falando em aumento de possibilidades através da administração da própria complexidade. A função do sistema jurídico, como veremos adiante, está ligada ao controle das instabilidades e à garantia das expectativas normativas ao longo do tempo.

4. A função do sistema jurídico na perspectiva sistêmica

Para entendermos a função do sistema jurídico no sistema social de comunicação, partiremos das seguintes perguntas realizadas por Luhmann, com base na influência do pensamento de Talcott Parsons: *como é possível a ordem social?* (LUHMANN, 2009, p. 316). *Como é possível estabelecer uma ordem que transforme o impossível em possível e o improvável em provável?* (LUHMANN, 2006, p. 40).

A motivação das perguntas reside no entendimento do conceito de *dupla contingência* e no fato de que, vivendo em uma sociedade hiper-complexa e contingente, onde tudo poderia ser de outra forma, é necessário um instrumento que promova um ponto fixo entre as expectativas reciprocamente geradas, por exemplo, por *alter* e *ego* (expectativas de expectativas). Vejamos.

Frente à *contingência simples*, erguem-se estruturas de expectativas que se apoiam no simples campo da percepção, postas em uma situação de interação limitada, mais ou menos imunes a desapontamentos. Assim, por exemplo, não posso ter certeza de que o céu vai escurecer e que a noite cairá às dezoito horas, mas posso esperar que sim. Não posso ter certeza de que esta uva que pretendo comer tenha o mesmo sabor das que já comi, mas posso esperar que sim (LUHMANN, 1983, p. 47).

Porém, quando falamos em *dupla contingência*, estamos tratando da necessidade de estabelecimento de outras estruturas de expectativas, cujas construções são muito mais complexas e condicionadas. O nível de interação é mais elevado tendo em vista que se deve levar em

conta a liberdade de comportamento do outro. Além da percepção e sentidos possíveis, outros indivíduos se inserem no meu campo de interação como uma espécie de “fontes eu-idênticas de experimentação” (LUHMANN, 1983, p. 46). A partir daí, devo levar em consideração que as possibilidades dos outros são também minhas possibilidades, assim como minhas possibilidades são também possibilidades para os outros. Ou seja, a dupla contingência implica na possibilidade de *ego* contar com a possibilidade de *alter* agir de forma diversa da que ele pensou. E, da mesma forma, *alter* também contar com a possibilidade da variação da conduta de *ego*.

Existe, nesse fato, uma expectativa gerada por ambos acerca de seus comportamentos. Ou melhor, existe uma expectativa gerada sobre a expectativa que o outro tem sobre seu possível comportamento, o que faz com que *ego* se coloque na posição de *alter/ego* para tentar identificar a expectativa que *alter* poderia ter em relação a sua ação. E, por sua vez, *alter* se coloque na posição de *ego/alter* para identificar a expectativa que *ego* poderia ter, também, em relação a sua ação (LUHMANN, 1983, p. 47).

Nas palavras de Luhmann,

o comportamento do outro não pode ser tomado como fato determinado, ele tem que ser expectável em sua seletividade, como seleção entre outras possibilidades do outro. Essa seletividade, porém, é comandada pelas estruturas de expectativas do outro. Para encontrar soluções bem integráveis, confiáveis, é necessário que se possa ter expectativa não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro. Para o controle de uma complexão de interações sociais não é apenas necessário que cada um experimente, mas também que cada um possa ter uma expectativa sobre a expectativa que o outro tem dele (LUHMANN, 1983, p. 47-48).

Essa expectativa da expectativa pode fazer com que *alter* ou *ego* se antecipem buscando suprir as incertezas/inseguranças que permeiam suas condutas. O sistema jurídico atua, portanto, absorvendo essas incertezas/inseguranças através da redução de complexidade, estabilizando as expectativas.

Como visto, dentro do universo dos subsistemas sociais, o direito desempenha, no sistema social global, a função básica e específica de generalizar de forma congruente as expectativas normativas. Para tanto, promove a redução de complexidade do ambiente, transformando complexidade desestruturada em complexidade estruturada (LUHMANN, 2006, p. 47).

Antes de seguirmos interpretando a função do sistema jurídico, é importante, sobretudo para o nosso trabalho, fazermos referência à di-

ferença entre expectativas *cognitivas* e expectativas *normativas*.

Por expectativas cognitivas, devemos entender aquelas que se adaptam à realidade em caso de desapontamento, ou seja, têm capacidade de aprendizado. O mesmo não se pode dizer em relação às expectativas normativas. Tais expectativas não estão dispostas à aprendizagem. Ou seja, são mantidas independentemente das frustrações e não se adaptam ao fato. Vale dizer, elas são contrafáticas. Mantêm-se no tempo (LUHMANN, 1983, p. 56).

Utilizemos aqui um exemplo dado pelo próprio Luhmann: em relação a uma nova secretária, só se pode esperar que ela seja jovem, bonita e amigável no plano cognitivo; não importa que essa esperança seja frustrada. Se ela não se concretiza, é preciso adaptar-se ao desapontamento. Porém, espera-se que ela seja competente para o trabalho e, caso essa esperança não se concretize, não preciso assimilar esse desapontamento, pois a sensação criada é que a expectativa não estava errada; portanto, o desapontamento é atribuído à secretária. Trata-se de uma expectativa normativa, contrafática (LUHMANN, 1983, p. 56).

No plano cognitivo, as expectativas relacionam-se com o fator de *curta durabilidade*. Duram até a ocorrência do fato contrário. Já no plano normativo, as expectativas têm características de *longa durabilidade*. Perpetuam-se, relativamente, no tempo a despeito das desilusões.

Dizemos “relativamente”, porque essa característica contrafática da expectativa normativa não é e não deve ser absoluta. Ela deve ser estável, porém mutável. Luhmann chama a atenção para o cuidado que se deve ter em analisar essas distinções, pois é preciso que se compreenda a função de sua própria diferenciação. Ora, ambas fornecem possibilidade de estratégias frente aos desapontamentos. “Tem-

se a opção de assimilar ou não, e essas possibilidades podem ser úteis para a seqüência dos acontecimentos da vida após esses desapontamentos” (LUHMANN, 1983, p. 57).

Com o auxílio dessa diferenciação a sociedade pode ajustar um compromisso entre a necessidade de adaptação à realidade e de constância das expectativas. Ela institucionalizará cognitivamente expectativas comportamentais, isto é, não censurará seus membros por uma adaptação de expectativa à realidade da ação, se predominar o interesse na adaptação. Ela deslocará e articulará as expectativas ao nível normativo quando forem vitais a segurança e a integração social das expectativas (LUHMANN, 1983, p. 58)⁵.

A normatização da expectativa promove *generalização*, afastando a ideia de subjetividade e individualidade do sistema jurídico. O sistema não está ligado a eventos individuais. Melhor dizendo, não depende de tais eventos para manter-se. Apesar das constantes mudanças no ambiente, os comandos provenientes do sistema permanecem (ou deveriam permanecer) estáveis (CAMPILONGO, 2011, p. 19).

Imagine-se como seria um sistema jurídico que mudasse seus elementos na mesma velocidade com que mudam os elementos do seu ambiente, ou então tivesse que produzir regras individuais para cada participante. Essa ação seria inócua, visto que seria tão complexa e contingente como os eventos do ambiente. Certamente, esse sistema não poderia exercer

⁵Observe-se que, do relacionamento entre ambas as expectativas, surge uma seleção compulsória por parte da sociedade em busca da solução dos seus próprios problemas, ora abandonando o comportamento por conta do desapontamento, ora institucionalizando esse comportamento na busca pela transformação da expectativa cognitiva em expectativa normativa. “O desapontamento pode então levar à formação de normas através da normatização *a posteriori*”. Essa é a forma de pensar o surgimento do direito com base em desapontamentos (LUHMANN, 1983, p. 58).

a função estabilizadora de condutas sociais. Portanto, ressaltamos que todo sistema jurídico, de uma forma ou de outra, permanece impermeável frente às peculiaridades do seu ambiente.

Contudo, a simples adoção das expectativas não é suficiente. Elas, por si só, também são uma estratégia falível. Quem deposita expectativas sobre algo ou alguém está sempre passível de frustração. Seria ingênuo acreditar que o mundo reagirá sempre de acordo com as nossas expectativas. Por isso, Luhmann ressalta que a generalização de expectativas deve ser operada de forma *congruente*. Operar de forma *congruente* quer dizer que essa generalização deve ocorrer em três dimensões: *temporal, social e material*.

A dimensão *temporal* nos remete diretamente à ideia de normatização das expectativas, já comentada anteriormente, no sentido de manter-se estável diante da mudança dos elementos do ambiente. Melhor dizendo, as expectativas normativas permanecem, mesmo diante das frustrações de quem nutriu expectativa (como dito, são contrafáticas). Diante de várias formas de absorção das frustrações, embora ressalte que não seja suficiente, nem infalível, Luhmann cita a *sansão* como o instrumento mais bem-sucedido de absorção das frustrações nas sociedades modernas (LUHMANN, 1983, p. 66-76, 2005b, p. 182-189; VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 135).

A dimensão *social* promove uma aceitação ou consenso suposto/presumido por meio da procedimentalização/institucionalização das expectativas no processo decisório. Observe-se, porém, que essa institucionalização não fomenta o consenso. Como dito acima, ela o supõe, ou melhor, pressupõe. Cria uma espécie de autoevidência presumida frente a terceiros. Ou seja, aquele que se opõe à expectativa deve ter o ônus de justificar sua insatisfação. Como

o consenso se tornou um artigo raríssimo na atual sociedade moderna/fragmentada, a institucionalização tem a função de obter certa generalidade capaz de construir uma pauta comum de comportamento e permitir a convivência dos vários projetos de vida. Destacam-se os procedimentos judiciais e os contratos como exemplos dessa institucionalização (LUHMANN, 1983, p. 77-94)⁶.

Por fim, a dimensão *material* garante, no mundo do ser, uma espécie de imunização contra as incoerências e contradições para se obter a referida generalização. Segundo Luhmann, existem quatro princípios de identificação que operam a abstração das expectativas normativas na dimensão material. Trata-se de representações/orientações que estabelecem o ponto de referência para informações, interesses e experiências. É com base em tais identificações que se reconhece o conteúdo das expectativas comportamentais normativas e que se pode observar em que nível tais expectativas podem ser estabelecidas de forma concreta. São elas *peçoas, papéis, programas e valores* (LUHMANN, 1983, p. 66-76; CAMPILONGO, 2011, p. 20).

A generalização com base em *peçoas* compreende o indivíduo considerado produto social: aquilo de que ele gosta, o que faz, pensa etc. Na sociedade moderna, a generalização nesse nível se mostra bastante precária, tendo em vista que não sabemos do que cada um gosta, o que faz ou pensa. Isso demandaria um grau inatingível de experimentação e concretude de condutas. Salvo em raríssimos e reduzidos grupos de interação, a generalização com base nas *peçoas* não seria bem-sucedida. As relações humanas se tornaram tão complexas que talvez tal generalização seja impossível até em pequenas famílias (LUHMANN, 1983, p. 100).

⁶ Ver também Amado, 2004, p. 330-331.

A generalização com base em *papéis* se mostra um pouco menos problemática, tendo em vista que teríamos, aqui, expectativas sobre indivíduos agrupados pela função, profissão, categoria profissional etc. Os papéis criam certa identificação que ultrapassa as características individuais e nos fornecem instrumentos de redução da complexidade interacional (LUHMANN, 1983, p. 101). É mais expectável o comportamento de um médico, credenciado no conselho de sua categoria como agente no exercício da sua profissão, do que de uma pessoa individualmente considerada.

Também menos problemática é a generalização com base nos *programas* (no caso do sistema jurídico, fala-se em programas condicionais). Os programas são as regras (ou procedimentos) de decisão que podem vincular todos os agentes, envolvidos ou não em determinada interação. Ou seja, direcionam-se tanto às pessoas quanto a um agrupamento de pessoas (papéis). Esse nível de generalização garante uma maior abstração e variabilidade, pois permitiria uma multiplicidade de regras decisórias para um maior número de pessoas ou papéis, de acordo com a especificação exigida para cada caso. Porém, ainda que seu nível de abstração seja maior, os programas não são dotados de vagueza operacional de modo a alcançar um número ilimitado de expectativas. Sua variabilidade permite que eles se direcionem para a solução de determinados casos, acompanhando a mutabilidade social (AMADO, 2004, p. 336). Segundo Luhmann, “as regras podem ser modificadas sem que as pessoas e os papéis percam sua identidade e, vice-versa, a vigência da regra não seja afetada pela morte de uma pessoa concreta ou pelo fato de determinados papéis estarem desocupados” (LUHMANN, 1983, p. 103; 2005b, p. 223-274).

O caso dos *valores* é diferente, pois eles apresentam um nível de abstração demasiadamente alto, e sua generalização, por vezes, torna-os imprestáveis no nível operacional (LUHMANN, 1983, p. 103-104). O consenso em torno dos valores é tão vago e ambíguo que faz com que eles possam ser usados para tudo. Pensemos no princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo. Não há limites para a operacionalização desse princípio, que pode ser utilizado para justificar tanto as ações voltadas para o “bem” como as voltadas para o “mal”. Aliás, se considerarmos “bem” e “mal” como valores, “o que”, “quem” ou “onde” define-se o que é “bem” e o que é “mal”? Assim, os valores, embora importantes, se usados de forma isolada, são pouco eficientes para orientar uma decisão.

Diante disso, Luhmann considera que os *papéis* e, sobretudo, os *programas* apresentam-se como mecanismos mais eficientes para promover a generalização das expectativas normativas no plano material. Assim, quanto mais os indivíduos forem adaptados em papéis e os va-

lores forem operacionalizados/instrumentalizados em programas, maiores serão as chances de o sistema de generalização de expectativas ser bem-sucedido sem, contudo, tornar-se demasiadamente complexo.

Luhmann ressalta, porém, que não se deve excluir a importância de uma inter-relação entre os quatro princípios de identificação, que sempre trabalham em estado de condicionamento recíproco (LUHMANN, 1983, p. 104-105). Assim, os valores são imprescindíveis para a interpretação e desenvolvimento dos programas; no mesmo sentido, de nada adiantariam os valores sem programas de decisão que promovessem e assegurassem sua realização. Um bom exemplo é a posituação dos valores com o surgimento dos Estados sociais e a influência dos princípios constitucionais ligados à dignidade da pessoa humana nas regras processuais. Os valores transformam a complexidade desestruturada do ambiente em complexidade passível de estruturação, mas, apenas com a adoção dos programas, essa complexidade pode transformar-se em complexidade estruturada, capaz de viabilizar uma decisão.

É nesse aspecto, conforme argumenta Marcelo Neves (2013, p. 119), que não há hierarquia linear entre tais princípios de identificação. Se, por um lado, as regras dependem do direcionamento ou construção com base nos princípios, por outro, estes só ganham significado prático ao encontrarem correspondência em regras que lhes garantam densidade e relevância para a solução do caso.

Por óbvio, os papéis também dependem de pessoas que executam determinadas funções. Embora os papéis promovam expectativas de continuidade (confiança) diante de terceiros, que passam a não depender apenas de certas individualidades, não se pode desconsiderar que uma pessoa concreta, com suas decisões, pode influenciar na expectativa construída em torno de determinado papel. As ações de um médico, agindo como “pessoa física”, por exemplo, podem influenciar tanto a forma como os outros observam o papel do médico como pessoa jurídica na sociedade, quanto da própria categoria sobre seu papel.

Assim, conclui-se que o sucesso (e o desafio) da função do sistema jurídico consiste, justamente, na eficiência em selecionar as expectativas comportamentais e fazer com que elas sejam congruentes nas três dimensões de sentido: *temporal*, *social* e *material/prática*. Ou seja, a norma jurídica (conforme/não conforme o direito) deve ser respeitada a ponto de se manter relativamente invariável no tempo (estabilidade contratária – dimensão temporal), por meio de procedimentos institucionalizados (dimensão social) exercidos efetivamente pela sociedade, identificados no contexto factual pela inter-relação dos quatro princípios de identificação: pessoas, papéis, programas e valores (dimensão material). Isso quer dizer, em uma frase: o direito evolui por meio da

tensão entre consistência jurídica e adequação social.

Um Estado Democrático de Direito, com uma Constituição repleta de normas de conteúdo social, deve utilizar mecanismos que garantam a manutenção dessas normas e, conseqüentemente, a concretização delas no plano factual. Dessa forma, a própria adequação social (reconhecimento das expectativas sociais) depende da autonomia do sistema jurídico, ou seja, de sua consistência jurídica que, conseqüentemente, produzirá confiança.

5. Enfraquecimento do direito como generalizador de expectativas normativas

Como visto, o direito é um meio de comunicação simbolicamente generalizado cuja função é generalizar de forma congruente as expectativas normativas. A confiança no sistema jurídico está condicionada a sua capacidade de exercer essa função, diferenciando-se do ambiente por meio de linguagem própria.

Historicamente, o direito, tão necessário para manter a ordem social, passou por diversas transformações. De um direito pretensamente imutável e universal, idealizado pelo positivismo dos Estados liberais, passou a um direito que, inserido em um Estado Constitucional Democrático de Direito, no qual o poder judiciário assume papel de protagonista, constrói-se com base nas irritações do seu entorno social.

Entendia-se a lei como um instrumento claro e objetivo, que deveria prever todas as condutas, sem margem para interpretação criativa. Texto e norma se confundiam. A letra da lei gerava confiança, previsibilidade e segurança, condensando a um só tempo o sentimento, a justiça e sua vinculação com o direito. Como

a lei e o direito se confundiam, a lei era, ela mesma, considerada meio simbólico de comunicação por excelência, capaz de gerar expectativas confiáveis.

Contudo, o texto frio da lei, hoje, não tem mais a capacidade de acompanhar a velocidade e a particularidade das situações concretas do mundo do ser. Técnicas legislativas que deixam margem de liberdade para o intérprete na realização do direito representam verdadeiros poros/aberturas do sistema jurídico na busca por uma dinamicidade e adaptabilidade à realidade social. Agora, texto e norma não mais se confundem, e o direito perde sua vinculação unilateral de identidade com a produção legislativa. Toda essa evolução resultou em uma maior adaptação do sistema jurídico (abertura cognitiva) aos problemas sociais, fazendo com que ele passasse a ser, na medida do possível, mais dinâmico.

O juiz, no centro do sistema, compelido pela obrigatoriedade de decidir (*non liquet*), promove a interiorização das contingências sociais, e as decisões jurídicas passam a ser o lugar para o qual são direcionadas as expectativas normativas.

De fato, quando se tem consciência teórica de que a decisão nem sempre é resultado de critérios previamente normatizados, mas pode constituir regra, fundada em elementos que não estão presentes na legislação, destinada a regular um caso concreto, não há como deixar de perceber que as expectativas que recaíam na lei transferem-se para a decisão judicial. A segurança jurídica passa a estar estritamente vinculada à decisão; essa é responsável pela previsibilidade em relação ao direito, e, portanto, tem que contar com estabilidade (MARINONI, 2012).

Porém, embora essa abertura seja importante para o desenvolvimento do direito, ao caminhar em busca de uma maior adequação

social, o sistema passa a produzir uma maior incerteza jurídica, o que sacrifica, de certa forma, o seu fechamento operacional e, conseqüentemente, enfraquece sua função básica de promover generalização congruente de expectativas normativas. O que ocorre é um alívio das expectativas apenas no plano individual, uma espécie de resposta *ad hoc* para uma demanda específica, ao passo que a congruência das expectativas em nível geral acaba sendo sacrificada, gerando desconfiança sistêmica.

6. Desconfiança sistêmica e a necessidade de estabilização das expectativas normativas

Segundo Luhmann,

o homem poderia, em certos aspectos da vida social, decidir se outorga confiança ou não. Porém, uma completa ausência de confiança lhe impediria, inclusive, de se levantar pela manhã. Seria vítima de um sentido vago de medo e de temores paralisantes. Inclusive, não seria capaz de formular uma desconfiança definitiva e fazer disso um fundamento para medidas preventivas, já que isto pressuporia confiança em outras direções (LUHMANN, 2005a, p. 5).

Como visto anteriormente, para Luhmann, a confiança se mostra eficaz instrumento de redução de complexidade do mundo, que é sempre difícil de administrar. Onde há confiança há uma garantia relativa de integridade do presente, aumentando as possibilidades de experiência e de ação. Ela liberta o homem da ideia de que “tudo poderia variar simultaneamente com tudo, ideia com a qual seria impossível viver” (LUHMANN, 2005a, p. 25).

O sistema jurídico outorga para si o monopólio da resolução de conflitos sociais sob o pretexto de garantir a vida em sociedade e,

para tanto, deve ser capaz de produzir estruturas/instrumentos aptos a dar à sociedade relativa tranquilidade e segurança na sua função. Nesse sentido, quem possui supremacia sobre os acontecimentos – no caso, o Estado – não precisa de proteção da confiança, pois ele mesmo provoca os eventos por meio de suas estruturas simbólicas motivadoras, como as leis, os impostos, os contratos, as decisões judiciais etc. (LUHMANN, 2005b, p. 26; DERZI, 2009, p. 328).

Por outro lado, quem confia – o cidadão – está assumindo a existência do risco pela consciência da hipercomplexidade do mundo, por sua falta de habilidade em atualizar-se, no presente, das possibilidades no futuro; dessa forma, deposita no sistema a confiança da gerência dos acontecimentos. Ao depositar tal confiança, o cidadão promove uma redução de complexidade do ambiente social, viabilizando sua vida e suas ações.

Ocorre que, para Luhmann, a desconfiança, além de ser o oposto da confiança, é uma espécie de equivalente funcional, pois a desconfiança também atua como instrumento redutor de complexidade; figura-se, porém, altamente destrutiva, pois quem desconfia precisa de mais informações do que quem confia. No entanto, tem a informação limitada àquilo em que sente que pode confiar. Ou seja, “torna-se mais dependente com menos informação” (LUHMANN, 2005a, p. 124).

A confrontação com a assustadora complexidade do mundo em alto nível é mais do que a capacidade humana pode suportar. Quem se recusa a outorgar confiança automaticamente restaura a complexidade original do ambiente social e se vê encarregado de dar conta do excessivo número de acontecimentos, o que leva à incapacidade de ação ou, ao contrário, a agir de forma negativa/destrutiva (LUHMANN, 2005a, p. 124). Desloca-se, assim, para o uni-

verso da incerteza e da imprevisibilidade incontrolável. Sem confiança, para o homem, seria possível qualquer coisa e tudo.

Conforme expõe Luiz Guilherme Marinoni, o estado de incerteza e imprevisibilidade provocado pela desconfiança sistêmica tem estreita relação com a ausência de um mecanismo que estabilize as expectativas normativas. Leciona o autor que a uniformidade na qualificação das situações jurídicas é imprescindível para que o cidadão espere determinado comportamento ou se poste de determinada forma. A garantia da previsibilidade em relação às consequências das ações é inerente a um Estado que pretende ser considerado um Estado de Direito. “O cidadão deve saber, na medida do possível, não apenas os efeitos que suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas” (MARINONI, 2010, p. 123).

Para o ilustre processualista, a previsibilidade depende da confiança. E discorre:

Não há como prever sem confiar. De modo que também pode ser dito que a confiança também é um requisito da previsibilidade. Portanto, o Estado tem o dever de garantir a previsibilidade, cabe-lhe tutelar ou proteger a confiança do cidadão em relação às consequências das suas ações e às reações dos terceiros diante dos seus atos, assim como no que diz respeito aos efeitos dos atos do poder público [...] a tutela da confiança certamente depende de normas. Lembre-se que um ordenamento destituído de capacidade de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas e, assim, de gerar um sentimento de segurança nos cidadãos não pode sobreviver, ao menos enquanto ordenamento ‘jurídico’ (MARINONI, 2010, p. 137-138).

O cidadão tem o direito de prever que o Estado e os terceiros irão comportar-se de acordo com as regras postas e que os órgãos responsáveis por aplicá-las as farão valer em caso de descumprimento (MARINONI, 2010, p. 122).

Assim, quando se pensa em previsibilidade no sentido de calculabilidade de ações, como objetivo a ser perseguido pelo sistema jurídico, nos dizeres de Teresa Alvim, “não se quer com isso dizer que as partes tenham sempre condições de prever de forma precisa como será a decisão de um processo em que contendem. Mas a decisão não deve ser daquelas que jamais poderiam ser imaginadas” (WAMBIER, 2009, p. 10). Nesse sentido, não há que se falar em previsibilidade e segurança jurídica como valores absolutos, mas fala-se em estabilidade das relações jurídicas como continuidade do ordenamento jurídico, para que o Estado de Direito não seja transformado em um Estado “provisório”, Estado “efêmero”, incapaz de se impor como ordem jurídica dotada de eficácia e potencialidade diante dos cidadãos.

É nesse mesmo sentido que, ao discorrer sobre previsibilidade e segurança jurídica, Carlos Aurélio Mota de Souza faz a seguinte comparação:

Alguém que caminhasse à noite contaria com elementos objetivos para lhe dar segurança: o concreto do solo, as defensas laterais, as lanternas reflexivas, as linhas brancas da divisão da pista e das bordas; seguindo tais indicações, pode “prever” que chegará a seu destino, pois elas valem, têm valor normativo, dão, portanto, segurança. A estrada sinalizada não será uma incógnita e interiormente saberá se guiar por ela. Sabe que, observando os sinais (positivos ou permissivos), nada lhe ocorrerá; mas se desatender às indicações (negativas ou proibitivas), poderá sofrer ou causar dano e ser responsabilizado por seus atos [...] a segurança é um apriori jurídico para os cidadãos; e a certeza é a confiança do cidadão nas leis, que lhe permitem agir eticamente, adotando condutas razoáveis e previsíveis, de que seu agir é “direito” e não “torto”, de que suas atuações em sociedade não poderão sofrer sanções, pois as rodovias (leis) não mudam seu traçado (princípio da legalidade), para não surpreender aos cidadãos (SOUZA, 1996, p. 10).

Sem confiança e previsibilidade no sistema jurídico como valores que direcionam a vida do cidadão e a atividade do Estado, a igualdade e, conseqüentemente, o acesso à justiça também acabam sendo desrespeitados.

Nas palavras de Luhmann: “Todo o aspecto normativo de uma decisão jurídica tem, portanto, que pretender sua generalização, implicando que casos iguais serão decididos da mesma forma” (LUHMANN, 1985, p. 34; 2005b, p. 289). Esse é o pressuposto básico de um Estado Democrático de Direito e a fórmula ideal de justiça para Luhmann (*justiça como fórmula de contingência*)⁷.

Assim,

o juiz enfrenta a dupla exigência: decidir sobre cada caso e decidir de forma justa. O que em outras palavras quer dizer: aplicar a igualdade nos casos iguais, é aplicar as mesmas regras. Aqui a interpretação da lei – que na competência judicial desenvolve suas próprias regras – deve ser justa. A necessidade de que se decida e a liberdade que surge precisamente ao buscar razões para chegar a uma decisão, resultam restringidas pelos pontos de vista da justiça. E é esta conjugação entre necessidade, liberdade e restrição que produz-se o direito (LUHMANN, 2005b, p. 366).

⁷ Luhmann refere-se à justiça como *fórmula de contingência do sistema jurídico*, ressaltando que sua finalidade seria justamente promover a consistência das decisões judiciais. Nesse sentido, rejeita uma conotação valorativa/axiomática do termo “justiça” e promove a ideia de justiça ligada ao autocontrole e à consistência das operações internas do sistema, com vistas a permitir a efetividade da sua função de generalização congruente de expectativas normativas. A partir daí, vislumbra-se a efetividade da igualdade como resultado. Ou seja, justiça significa consistência, que permite o funcionamento adequando do sistema, que permite a efetivação da igualdade. Sobre justiça como fórmula de contingência, ver Luhmann, 2005b, p. 275-301; Gonçalves; Villas Bôas Filho, 2013, p. 120-126.

A massificação da vida social decorrente de sua complexificação, a liberdade na realização do direito por parte do juiz e a fluidez da legislação são elementos que trazem parâmetros menos seguros que podem gerar decisões completamente diferentes umas das outras, em casos materialmente idênticos (MARINONI, 2012).

Teresa Alvim ressalta ainda que a liberdade concedida por meio desses diversos expedientes técnicos, que configuram a abertura cognitiva do direito, não é destinada ao juiz individualmente considerado. São valores absorvidos como ganho evolutivo pelo poder judiciário como um todo, de modo que não deve existir liberdade para que cada juiz adapte o direito de uma maneira exclusivamente (inter) pessoal, mas que o direito seja fruto de um processo dinâmico e flexível, porém sistemático e racional. Essa liberdade “é engendrada pelo sistema para que o Judiciário, como um todo, adapte o direito às alterações da sociedade ou às alterações de casos concretos, respeitando o princípio da igualdade” (WAMBIER, 2009, p. 12).

Nesse sentido, Garcia Amado (2004) destaca que a referência descontrolada a valorações externas não trariam contribuição ao sistema jurídico, tendo em vista que a única racionalidade possível é a que configure um estado interno que permita que o sistema cumpra sua função redutora de complexidade e estabilização das expectativas normativas. Com referência em Luhmann, comenta:

A sociedade pressiona o sistema jurídico para que este abarque proporções cada vez maiores de sua complexidade. Isto requer um aumento de complexidade do sistema, traduzido em uma maior quantidade de normas, um caráter minucioso de suas regulações, câmbios normativos mais frequentes etc. Mas as possibilidades desse aumento não podem ser ilimitadas. O direito

deverá manter limitações de tempo disponível para as decisões, de número e coordenação entre normas, etc. A complexidade do sistema será adequada e se poderá dizer, para Luhmann, que é justo, quando seu grau de complexidade seja o máximo compatível com as consistências das decisões dentro do sistema (AMADO, 2004, p. 338).

E, de forma esclarecedora, completa:

O direito poderá aumentar sua complexidade, mas somente até o ponto em que não impeça que as decisões que nele recaem sejam consistentes, i.e., que se tratem os casos iguais de forma igual. Por exemplo, um direito puramente casuístico, que atendesse a todas as variáveis concorrentes em cada problema que se julga, não cumpriria com esse requisito. E sem ele não seria o direito garantia de expectativas confiáveis e estáveis” (AMADO, 2004, p. 338).

Sem instrumentos que produzam a estabilização das expectativas, em um sistema provido de flexibilidade normativa, o cidadão comum passa a viver numa espécie de hiato jurídico. Com o princípio da legalidade cada vez mais enfraquecido, a lei por si só não diz muita coisa sobre seus direitos. Vê-se, assim, diante de uma justiça que chama para si a prerrogativa de assegurar, constituir ou declarar tais direitos, porém não garante o acesso a ela.

Deve-se evitar que a hipercomplexidade interna do sistema jurídico – ou até mesmo a superadequação social provocada por sua abertura – provoque uma discrepância na aplicação de normas para casos iguais e, assim, comprometa a confiança e estabilidade na prestação jurisdicional. A falta de confiança no sistema jurídico está intimamente ligada à ausência de previsibilidade e, conseqüentemente, provoca violação ao princípio da igualdade, assim como do acesso à justiça em seu sentido mais amplo. Permitir que casos iguais sejam tratados de forma desigual seria o mesmo que

permitir que uma lei fosse tratada de forma diferente em casos iguais, o que seria uma violação ao Estado Democrático de Direito.

É inerente a qualquer Estado Democrático de Direito Contemporâneo a adoção de instrumentos que promovam confiança na uniformização das ações do sistema jurídico. Essa confiança garante limites para o exercício da discricionariedade na aplicação da norma e, ao mesmo tempo, garante liberdade aos jurisdicionados na medida em que tomam conhecimento daquilo que é conforme ou não conforme com o direito.

Por meio da confiança sistêmica é possível a redução de complexidade do ambiente, o que permite a viabilização das ações do indivíduo. Nas palavras de Luhmann: “A confiança faz emergir gradualmente expectativas de continuidade, que se formam como princípios firmes, através dos quais podemos conduzir nossas vidas cotidianas” (LUHMANN, 2005a, p. 41).

7. A propósito de conclusão: o sistema jurídico frente a novos mecanismos de estabilização

É importante observarmos que a teoria sistêmica não chega a ser ingênua a ponto de desconsiderar as interferências externas do ambiente social no sistema jurídico. Pelo contrário. O sistema jurídico é operacionalmente fechado, porém cognitivamente aberto. O ambiente é parte constitutiva do próprio sistema, pois é dele que o sistema nasce. Como bem observa Marcelo Neves, “ao se fechar cognitivamente, o sistema proporcionaria um paradoxo insuperável da autopoiese: não permitiria, portanto, a interrupção da interdependência dos componentes internos através da referência ao ambiente” (NEVES, 2006, p. 83). Ocorre que

o direito não pode, simplesmente, mudar conforme o interesse do momento. Se assim fosse, perderia sua autonomia e se tornaria inútil.

Devido à nova configuração da sociedade moderna, não parece ser possível, muito menos adequado, ignorar a positivação dos valores por meio das referências externas do ambiente. O fato é que essa nova arquitetura social demanda do sistema novas formas de concretização de sentidos, de modo a vincular minimamente o futuro, produzindo confiança.

Isso parece ser possível se, em torno da interpretação das regras “abertas” a serem preenchidas pela decisão judicial, houver redundância argumentativa, fundamentos sobre premissas. A concretização dos sentidos por meio dessa redundância pode produzir novas abstrações, com uma permanente sistematização e ressystematização dos fatores externos no ordenamento jurídico, capazes de orientar escolhas futuras, promovendo, novamente, a estabilização das expectativas normativas. Nas palavras de Gonçalves e Villas Bôas: “deve haver certa linearidade e coerência entre as decisões judiciais” (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 96).

Parece-nos, portanto, que os mecanismos de uniformização de jurisprudência, como a adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais (contando, inclusive, com todas as suas técnicas de modulação de efeitos em caso de modificação), entre outros, podem ser um caminho para aliviar o processo de enfraquecimento do direito como estabilizador de expectativas normativas. A criação desses mecanismos estabelece um sentido específico a determinado valor. O processo de vinculação e redundância argumentativa concretiza o conteúdo dos princípios, operacionalizando-os e transformando-os em programas condicionais de decisão (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 96).

Porém, cumpre-nos ressaltar, de forma veemente, que tais mecanismos não podem ser utilizados como uma aplicação automática de enunciados normativos. Eles devem ser entendidos como instrumentos que buscam soluções jurídicas para problemas jurídicos, levando em conta as diversas comunicações existentes nas relações processuais, possibilitando, assim, o desenvolvimento do direito. Embora tragam benefícios para a administração da justiça – a exemplo da concretização de uma duração razoável do processo, um dos princípios mais caros ao direito processual brasileiro –, a visão que se deve ter desses mecanismos é, predominantemente, jurídica e não administrativa. Implementar um sistema de uniformização sob uma visão predominantemente administrativa ocasionaria uma verdadeira sobreposição de códigos e a possibilidade de “desdiferenciação” do sistema.

Assim, não se pode ignorar nem interromper as possibilidades de “irritações” no interior do sistema, provocadas pelos fatos, argumentos, fundamentos e razões utilizados nas decisões, ocasionando um solipsismo cognitivo e a esterilização sistêmica. O sistema deve produzir estruturas capazes de processar novos elementos, fortalecendo e incrementando as próprias operações sem limitá-las e sem negar o *status* jurídico do seu código operacional. Precedentes judiciais devem funcionar como instrumentos redutores de complexidade que, ao mesmo tempo, apontam para uma nova complexidade, em um processo recursivo interminável. Figuram-se, portanto, como mais uma etapa da comunicação jurídica, e não o fim dela.

Sobre o autor

André Galvão Vasconcelos de Almeida é doutorando e mestre em direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap), Recife, PE; pós-graduado em direito tributário pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco (FDR-UFPE), Recife, PE; advogado.
E-mail: andregalv@hotmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁸

SYSTEMIC (MIS)TRUST AND RIGHT AS A CONGRUENT GENERALIZER OF
NORMATIVE EXPECTATIONS

⁸ Sem revisão do editor.

ABSTRACT: The present work tries to contextualize, from the point of view of confidence, developed in Niklas Luhmann's system theory, the capacity of the legal system to exercise its specific function in the global social system, which is: to promote consistent generalization of normative expectations. Initially, it seeks to analyze the relationship between social complexity and the function acquired by trust over time, delimiting its transformation from a trust based on familiarity to a trust based on systems. Subsequently, a more detailed analysis is made of the most important aspects that permeate the function of law according to Luhmann's theory, and then ask whether in contemporary fragmented society the law is still capable of fulfilling its function satisfactorily. Finally, the aim is to demonstrate the effects of systemic mistrust (which is established as a functional equivalent of trust) and the need to seek new mechanisms to stabilize normative expectations that restore unity and confidence in the legal system.

KEYWORDS: SYSTEMIC (MIS)TRUST. NORMATIVE EXPECTATIONS. SYSTEMS THEORY. NIKLAS LUHMANN.

Como citar este artigo

(ABNT)

ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. (Des)confiança sistêmica e o direito como generalizador congruente de expectativas normativas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 213, p. 241-263, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p241>.

(APA)

Almeida, A. G. V. de (2017). (Des)confiança sistêmica e o direito como generalizador congruente de expectativas normativas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(213), 241-263. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p241

Referências

AMADO, Juan Antônio Garcia. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Org.) *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

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

LIMA, Fernando Rister de Souza. *Sociologia do direito: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. 1 v.

_____. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. 2 v.

- _____. *Sistemas sociales: lineamentos para una teoría general*. México: Anthropos, 1998.
- _____. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES Jr., Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. *Confianza*. México: Anthropos, 2005a.
- _____. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. México: Herder, 2005b.
- _____. *A improbabilidade da comunicação*. 4. ed. Lisboa: Passagens, 2006.
- _____. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007.
- _____. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme et al. *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 577-597.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- SOUZA, Carlos Aurelio Mota. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico jurídico*. São Paulo: LTR, 1996.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, v. 34, n. 172, jun. 2009.