

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

SUELEN DA SILVA WEBBER

**DECISÃO JUDICIAL, EXPECTATIVAS E ESTABILIZAÇÃO SOCIAL:
REPENSANDO A LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO NA SOCIEDADE
COMPLEXA**

São Leopoldo

2015

Suelen da Silva Webber

**DECISÃO JUDICIAL, EXPECTATIVAS E ESTABILIZAÇÃO SOCIAL:
REPENSANDO A LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO NA SOCIEDADE
COMPLEXA**

Tese apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Doutora em
Direito, pelo Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade do Vale do Rio
dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

São Leopoldo

2015

W371d Webber, Suelen da Silva
Decisão judicial, expectativas e estabilização social:
repensando a legitimação pelo procedimento na sociedade
complexa / Suelen da Silva Webber -- 2015.
387 f. ; 30cm.
Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do
Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São
Leopoldo, RS, 2015.
Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.

1. Sociologia jurídica. 2. Decisão judicial. 3. Sociedade -
Expectativa. 4. Legitimação - Procedimento. 5.
Aprendizagem. I. Título. II. Rocha, Leonel Severo.

CDU 34:316

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**DECISÃO JUDICIAL, EXPECTATIVAS E ESTABILIZAÇÃO SOCIAL: REPENSANDO A LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO NA SOCIEDADE COMPLEXA**”, elaborada pela doutoranda **Suelen da Silva Webber**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTORA EM DIREITO.

São Leopoldo, 09 de dezembro de 2015.



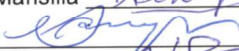
Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Leonel Severo Rocha _____ 

Membro: Dr. Rolando José Dario Rodriguez Mansilla _____ 

Membro: Dr. Celso Fernandes Campilongo _____ 

Membro: Dr. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro _____ 

Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira _____ 

AGRADECIMENTOS

Ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) por subsidiar a realização deste doutoramento.

“Contempla la luz y admira la belleza.

Cierra los ojos y observa.

Lo que has visto primero ya no está y lo que verás después no está todavía.”

Leonardo Da Vinci

RESUMO

Esta pesquisa sustenta que, em uma dinâmica social que precisa de estabilidade para evoluir e se sustentar, a Legitimação pelo Procedimento luhmanniana ainda pode ser considerada como um elemento eficaz para conter decepções e desapontamentos que podem afetar tanto o Sistema Social como o Sistema Psíquico. Mas isso só será possível se relida pela autopoiese, e pensada na forma de estrutura, necessitando de outros elementos para cumprir esta função estabilizadora. Entre eles, a argumentação nos moldes delineados nesta tese por nós, além do sentido que, juntos, levarão à aprendizagem. Em um cenário de comunicações sociais em que a decisão judicial parece ter assumido o centro das expectativas dos cidadãos, já que grande parte das questões da vida cotidiana são levadas ao Poder Judiciário para serem decididas, surgem novas expectativas, desapontamentos e expectativas de expectativas que, se não forem bem gerenciados, podem causar irritações e colapsos nos sistemas. Dada a importância que a decisão judicial adquire na Sociedade de comunicações, é preciso observar qual papel julgadores e organizações desempenham dentro do processo de tomada de decisão, uma vez que uma Sociedade que se caracteriza pelo excesso de possibilidades, ou seja, pelo fato de que existem muito mais possibilidades do que é possível se experimentar ou vivenciar, não há como pensar em estabilização social e canalização de desapontamentos através da tentativa de antever o resultado da decisão. A decisão, para ser válida e legítima, precisa trazer consigo apenas uma certeza, qual seja, a de que haverá uma decisão, nada mais. Isso leva a questionar por que em um país democrático deve ser cumprida uma decisão, e onde está a legitimidade da mesma, quando argumentos de poder não são mais suficientes para responder a estas perguntas. Para o desenvolvimento de todas estas observações, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica acompanhada de dados empíricos para exemplificar as situações teóricas que são retradas, tudo com base essencialmente na Teoria dos Sistemas desenvolvida por Niklas Luhmann.

Palavras-Chave: Expectativas. Decisão judicial. Legitimação pelo procedimento. Aprendizagem.

ABSTRACT

This research argues that, in a social dynamics that needs stability to evolve and support itself, Luhmann's Legitimation by Procedure can still be considered an effective element in order to restrain disappointments which may affect either Social System and Psychic System. But this would be possible only if reread by autopoiesis, and thought as a structure, which needs other elements to fulfill this stabilizing function. Among them, the reasoning in patterns outlined in this thesis, and the meaning that, together, will lead them to a learning process. In this setting of social communications in which the judicial decision seems to have assumed the center of citizens' expectations, as several issues concerning everyday life are took to Judiciary to be solved, new expectations are created, disappointments and expectations of expectations that, if not well managed, may cause irritations e collapses in systems. As long as the judicial decision becomes more important in the Society of communications, to observe the judge's and organization's role on taking decisions process is needed, once a Society is characterized by the excess of possibilities, that is, by the fact that there are much more possibilities that it is possible to experience or to see, there is no way to think of social stabilization and disappointments channelling through the attempt of foreseeing the decision's outcome. The decision, to be valid, must bring in itself only one certainty, that there will be a decision, nothing else. This makes us question why in a democratic country a decision must be complied, and where is its legitimacy, when arguments of power are no longer enough to answer these questions. To develop all these observations, it will be used a bibliographic research followed by empiric data, in order to exemplify the theoretical circumstances pictured, all essentially based on Niklas Luhmann's Theory of Systems.

Key-words: Expectations. Judicial decision. Legitimation by procedure. Learning.

RESUMEN

Esta pesquisa sustenta que, en una dinamica social que necesita de estabilidad para evolucionar e se sustentar, la Legitimación pelo Procedimiento luhmanniana todavía puede ser considerada como un elemento eficaz para contener decepciones y desapontamientos que pueden afectar tanto el Sistema Social como el Sistema Psíquico. Pero, esto sólo es posible desde la releitura por la autopoiesis y pensada en la forma de estructura, necesitando de otros elementos para cumplir esta función estabilizadora. Entre ellos, la argumentación en el formato delineado en esta tesis por nosotros, allá del sentido que, juntos, llevarán a la aprendizagen. En un escenario de comunicaciones sociales en que la decisión judicial parece ter asumido el centro de las expectativas de los ciudadanos, una vez que gran parte de las cuestiones de la vida cotidiana son llevadas a la corte para una toma de decisión, surgen nuevas expectativas, desilusiones y expectativas de expectativas que, se não fueren más bien gerenciadas, pueden causar irritaciones y colapsos en los sistemas. Dada la importância que la decisión judicial obtiene en la Sociedad de comunicaciones, es necesario observar cuál el rol juzgadores y organizaciones hay desempeñado dentro de lo proceso de toma de decisión, una vez que la Sociedad que se caracteriza por el exceso de posibilidad, es decir, por el hecho de que existen mucho más posibilidad que lo posible probar o vivenciar, no hay como no pensar en estabilización social y canalización de desapontamientos a través de lo intento de antever el resultado de la decisión. La decisión, para tener validez y legitimidad, necesita trae consigo solamente una certeza, la certeza de que habrá una decisión, nada más. Eso lleva a cuestionar porque en un país democrático una decisión debe ser cumplida, y donde están la legitimidad de la misma, cuándo los argumentos del poder no sano más suficientes para contestar las dos preguntas. Para lo desarrollo de las observaciones que aquí sano puestas, la investigación bibliográfica será utilizada, acompañada de datos empíricos para la exemplificación de las situaciones teóricas que se presentan, todo embasado esencialmente en la Teoria de los Sistemas de Niklas Luhmann.

Palabras- llave: Expectativas. Decisión judicial. Legitimación pelo procedimiento. Aprendizagen.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 OBSERVAÇÕES SOBRE EXPECTATIVAS E O INDIVÍDUO NA SOCIEDADE COMPLEXA	22
2.1 Expectativas	23
2.1.1 Expectativas Cognitivas e Normativas	35
2.1.2 Expectativas de Expectativas	46
2.2 Repensando o Lugar do Indivíduo na Teoria dos Sistemas	53
2.2.1 Para onde foram todas as Pessoas?	54
2.2.2 Indivíduos, Pessoas, Sujeitos ou Seres Humanos: Afinal, do que se trata?.....	75
2.2.3 Sistema Psíquico.....	102
2.3 Autorreferência/Heterorreferência	116
2.4 Decepções e Desapontamentos	126
3 SOCIEDADE, DEMOCRACIA E TEORIA DOS SISTEMAS	133
3.1 Sistema da Política	133
3.1.1 A recepção de Expectativas no Sistema da Política	152
3.1.2 Dupla Seleção e Eleição	156
3.1.3 Um Exemplo Privilegiado entre os Sistemas da Política e do Direito.....	162
3.2 Estabilidade Social	174
3.2.1 A Sociedade Complexa	175
3.3 Sistema do Direito	191
3.3.1 Organização	202
3.3.2 O Papel do Decisor	224
3.3.3 A Expectativa como Origem dos Conflitos.....	232
4 DECISÃO, SELEÇÃO, ARGUMENTAÇÃO E APRENDIZAGEM	242
4.1 Decisão Jurídica	243
4.1.1 Comunicação e Institucionalização: a civilização das expectativas	254
4.1.2 A Duração Temporal das Expectativas	269
4.1.3 Seleção, Argumentação e Fundamentação.....	275
4.2 Legitimação pelo Procedimento	281
4.2.1 Por que Deve ser Cumprida esta Decisão?	292
4.2.2 Procedimento: estrutura e generalização	297
4.2.3 Autopoiese.....	303

4.3 Consenso	308
4.3.1 Consenso em Habermas.....	309
4.3.2 Consenso em Luhmann	332
4.4 Aprendizagem: quem pode aprender e o que pode ser aprendido.....	345
5 CONCLUSÃO	355
REFERÊNCIAS.....	376

1 INTRODUÇÃO

Apurar se a Legitimação pelo Procedimento luhmanniana pode ser um mecanismo capaz de canalizar desapontamentos oriundos da decisão jurídica na Sociedade contemporânea. Este é o objetivo central desta tese.

Diariamente, seja no mundo acadêmico, entre advogados, ou na mídia jornalística, há perguntas recorrentes envolvendo a decisão judicial, entre elas: “o que o juiz irá decidir neste caso?”. Recentemente surgiram muitas destas situações que criam expectativas em toda a Sociedade, e não apenas nos envolvidos diretamente no processo. Assim, diversas dúvidas têm sido comunicadas: “acusados do Mensalão serão condenados ou não?”, “a nova composição do Supremo Tribunal Federal vai mudar a decisão anteriormente proferida sobre as condenações e penas dos réus do mensalão?”, “alguém será condenado na operação Lava Jato?”, “quem serão os próximos investigados?”, “o que a Suprema Corte vai decidir sobre o *impeachment*?”. Todas estas questões remetem a um denominador comum: a decisão jurídica, e, com ela, as expectativas que são geradas a seu respeito.

Seja em casos expressivos como o do julgamento da Ação Penal número 470 ou em casos cotidianos, situações que são decididas por conciliadores, juízes leigos, árbitros, mediadores e juízes togados, o fato é que os indivíduos e a Sociedade sempre estão à espera de uma decisão. Nas últimas décadas, no Brasil, em grande parte das vezes, estão à espera de uma decisão jurídica sobre a qual não se tem certeza do conteúdo. Sobre esta decisão, sabem apenas que será tomada, mas não sabem como, criam expectativas. Logo, a Sociedade move-se cotidianamente na expectativa de uma decisão, e tais expectativas geram comunicações e mais expectativas, e com isso latência. Com a decisão tomada, muitas vezes o conteúdo gera frustrações, desapontamentos e desestabilização, por se ter uma expectativa frustrada em diversos níveis. Ao mesmo tempo tem-se estabilização, pois a decisão foi tomada e a complexidade daquele momento reduzida. É uma dinâmica complicada, que exige uma observação mais depurada.

O desenvolvimento, evolução e diferenciação da Sociedade eram considerados os problemas mais importantes para Niklas Luhmann. Com eles, a necessidade de estabilização desta mesma Sociedade. Portanto, passa a ser de fundamental importância um estudo sobre como encontrar meios de se pensar em estruturação de expectativas dos participantes de um processo judicial para

viabilizar a estabilização do sistema, dentro da perspectiva de que a decisão é sempre contingente.

Devido à evolução da Sociedade e sua posterior diferenciação funcional, existem inúmeras possibilidades de decisão para cada caso em discussão, impedindo que se possa previamente ter certeza da decisão a ser proferida pelo julgador, embora, paradoxalmente, a decisão deva ser estabilizadora de expectativas e redutora de complexidade. Diante deste contexto, surge um problema a ser respondido: em que termos se pode pensar em estruturação de expectativas dos participantes de um processo judicial e reestabilização do sistema, se a decisão sempre será contingente? A hipótese levantada para responder esta a questão considera que a única certeza é a de que haverá uma decisão, sobre a qual não se tem conhecimento do conteúdo, embora se criem expectativas sobre ele. Assim, a forma de estruturar as expectativas e estabilizar o sistema se dará com a criação de um mecanismo capaz de absorver e canalizar os desapontamentos e instabilidades comunicados pela contingência da decisão.

Portanto, desenvolver argumentos para uma discussão fundamentada sobre a possibilidade de estruturação das expectativas da Sociedade, diante da permanente contingência das decisões jurídicas que decidem sobre aspectos relevantes da vida, é o que motiva o desenvolvimento de uma tese que gira em torno da temática da decisão judicial. Principalmente porque o problema proposto não pode ser resolvido pelas técnicas de planejamento hoje existentes, pois nelas mesmas há uma grande fonte de surpresas e instabilidade.

O tema assume relevância na medida em que, na comunidade acadêmica jurídica, ao longo dos últimos anos, o grande foco dos debates, de forma direta ou indireta, tem sido a decisão, em especial a decisão judicial, justamente diante da instabilidade que ela apresenta. Ocorre que, em nossa observação, estas pesquisas têm se mostrado insuficientes, uma vez que normalmente voltam seus esforços para discussões sobre arbitrariedades, solipsismos, discricionariedades, moralidades, posturas que defendem uma maior ou menor liberdade dos julgadores no momento de decidir os casos que são postos ao seu crivo. O que estas pesquisas, em linhas gerais, têm em comum, é que seu foco é buscar uma maneira de controlar, de prever o conteúdo da decisão. Isso é incompatível com a forma de Sociedade atual. É pertinente voltar a observação para uma questão prévia: como é possível se falar em estabilidade, redução de complexidade e evolução da Sociedade, quando tudo

isso está vinculado fortemente às expectativas dos indivíduos? Some-se ainda que a evolução social com diferenciação funcional e desenvolvimento do Sistema depende da estabilização destas expectativas, que por sua vez têm uma relação de dependência com a tomada de decisão e o controle da latência dentro do próprio sistema.

Para enfrentar esta questão prévia ao processo de tomada de decisão, e dar sequência ao projeto que já foi desenvolvido enquanto dissertação de mestrado – o qual tratava da decisão apenas no âmbito de observar como o Direito reconstrói o sentido do Sistema da Saúde na tomada de decisão sobre pedidos de medicamentos, ou, em outras palavras, o que vinha sendo decidido pelo Sistema do Direito em relação aos pedidos de medicamentos experimentais ajuizados contra o Estado, no processo de internalização de informações –, é fundamental retomar os escritos e teorias de Niklas Luhmann dando um novo enfoque: a possibilidade de se repensar a Legitimação pelo Procedimento na condição de uma estrutura, relida pela noção de autopoiese, discutindo o papel do indivíduo neste processo.

O quadro atual do Poder Judiciário brasileiro retrata condições, estruturas, projetos e metas que vão na contramão da qualidade. Seu objetivo, em linhas gerais, tem sido celeridade e a adoção de métodos para reforçá-la, com pouca preocupação com a qualidade, com o conteúdo. Resultado: os participantes do processo, mesmo quando participam ativamente deste procedimento, ao invés de terem uma expectativa natural sobre a decisão a ser proferida, a qual efetivamente deve ser contingente para manter a própria noção de decisão, passam a ter angústia e desestabilização, e não mais surpresa. Isso afeta as estruturas da própria Sociedade, motivo pelo qual merece ser estudado pela mesma academia que tem dirigido suas pesquisas para a observação do que é decidido pelos julgadores e concentrado seus esforços – inutilmente – em tentar apontar meios de antecipar o conteúdo das decisões.

Para observar estas questões que foram aqui lançadas, é necessário escolher uma teoria que tenha condições de enfrentar a complexidade da temática proposta. Portanto, a escolha da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann como teoria de base justifica-se porque apenas uma teoria que seja ao mesmo tempo uma teoria do próprio Sistema, mas também possa ser vista como uma teoria da decisão, tem um instrumental para possibilitar esta observação. Diante de sua estrutura, ela é capaz de dar suporte a discussões sobre redução de complexidade no Sistema do Direito e

ainda sobre o processo de seletividade para a tomada de decisão que levará a esta redução de complexidade. Como o problema central, assim como a hipótese, versa sobre postulados desta teoria, a melhor forma de responder satisfatoriamente ao problema proposto é revisitando as bases teóricas da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Por certo, far-se-á isso com o aporte de comentadores e pesquisadores de suas obras, além do auxílio de outros estudiosos não luhmannianos, mas que apresentam trabalhos que conseguem facilmente ser conectados a esta pesquisa, sem implicarem em mixagens teóricas, pelo fato de que compartilham a mesma base sociológica.

Através deste marco, permite-se que se elaborem estruturas de absorção de desapontamentos e estabilização das expectativas, considerando ainda a existência de altos níveis de latência e de um consenso apenas fictício. Isso só é possível porque esta é uma teoria capaz de observar dinâmicas de decisão e comunicação que não são lineares, e isto encontra-se de forma mais evoluída na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, aquela que será preciso confrontar para se encontrar as respostas.

Para solucionar a questão proposta, a presente tese é dividida em três grandes capítulos: Observações sobre expectativas e o indivíduo na Sociedade Complexa; Sociedade, Democracia e Teoria dos Sistemas; e Decisão, Seleção, Argumentação e Aprendizagem. Em grandes linhas, os três capítulos compõem fragmentos de análises de pressupostos da Teoria dos Sistemas e de questões fáticas da Sociedade brasileira, que juntos conseguem responder ao problema proposto.

De maneira mais específica, o capítulo Observações sobre expectativas e o indivíduo na Sociedade Complexa é dividido em quatro grandes pontos. O primeiro deles, trata das expectativas. Comunicam-se muitas expectativas na Sociedade, e delas também decorrem muitos desapontamentos. O que são expectativas, como Luhmann tratou delas, e como a sua diferenciação em cognitivas e normativas interfere no que ressoa e no que irrita as comunicações sociais, são amplamente exploradas neste ponto, para que não surjam dúvidas sobre as verdadeiras preocupações e sobre os limites das respostas que podem ser dadas por esta tese. Se as expectativas, e até mesmo as expectativas de expectativas fazem parte de toda a comunicação social, e se o que se tem hoje basicamente são expectativas, não certezas, segurança, confiança, mas expectativas de que as coisas vão ocorrer

de determinada forma, será preciso encontrar uma maneira de gerenciar isso, para que se possa manter as comunicações da Sociedade, mormente em uma Sociedade que apresenta muitas possibilidades. Aliás, muitas boas possibilidades. A expectativa é uma condição que lida com o futuro e se perfectibiliza no presente, sendo confirmada ou rejeitada pela decisão, neste caso, jurídica. Ocorre que o Direito também é uma expectativa, ele é uma expectativa de generalizações congruentes, o qual tem que lidar tanto com expectativas normativas como com expectativas cognitivas, que chegam ao interior de seu Sistema Social.

Por isso, o segundo ponto deste capítulo aborda uma das questões mais controvertidas da Teoria dos Sistemas, o lugar do indivíduo no pensamento luhmanniano, ou, como foi denominado: “para onde foram todas as pessoas?”. Aqui, questiona-se o papel do sujeito no Sistema do Direito e na decisão judicial. Para isso, precisa-se antes questionar que papel assumem sujeito, ser humano, pessoa e indivíduo na própria Sociedade. A partir da análise destes termos, surge a necessidade de abordar o Sistema Psíquico, e como ele se localiza no entorno da Sociedade, criando a relação Sociedade/Entorno. Neste ponto também foram trazidas algumas críticas de autores estrangeiros quanto à concepção que Luhmann desenvolveu para tratar do ser humano, e com isso fugir das armadilhas do transcendentalismo.

A distinção precisa que cada uma das denominações acima significa, e a resposta à pergunta para “onde foram todas as pessoas?”, remete à necessidade de explorar a autorreferência e a heterorreferência, e como entender esta forma é fundamental para entender a própria Teoria dos Sistemas e o problema da decisão e dos seres humanos em uma Sociedade de comunicações. É também a partir destas definições que será possível entender que o Sistema Psíquico não implica em vontades e subjetivismos, e tampouco é irrelevante por estar no entorno. A partir da autorreferência/heterorreferência, mostrar-se-á como, mesmo na Teoria dos Sistemas, os seres humanos são determinantes, e como suas expectativas cognitivas, que surgem no entorno, podem afetar o lado social, e sua reflexividade afetar o processo de aprendizagem.

Com base neste aparato que se estabeleceu até o momento, emerge a urgência de falar sobre as decepções e desapontamentos que acompanham as comunicações e são diretamente ligadas às expectativas, tanto cognitivas como normativas. Retoma-se por um momento a questão da estabilidade. A estabilidade é

importante porque, sem ela, um mundo de possibilidades surge para o observador, que tem sua visão ofuscada pela complexidade desorganizada, e ele não consegue perceber estas possibilidades que o mundo lhe apresenta. Quando começam a ser comunicadas muitas decepções e desapontamentos na Sociedade, isso cria instabilidades, as quais dificultam a comunicação e, assim, a evolução Social. As duas possibilidades dadas pelo sistema para lidar com os desapontamentos são a aprendizagem e a canalização destes desapontamentos. Ou seja, não se estará falando aqui de desapontamentos, decepções particulares, que ficam no campo íntimo, mas de sua comunicação na Sociedade e seus efeitos nela, mesmo que parta de um único Sistema Psíquico. Por isso, a mera realização pessoal dos seres humanos, quando se levanta um problema como a decisão jurídica, que é Social, pode-se adiantar, não é a resposta ao problema.

Com isso, voltam-se as observações para a Sociedade, Democracia e Teoria dos Sistemas. Em muitos aspectos da vida cotidiana, a legitimidade e a legitimação do Estado dão sinais de esgotamento, enquanto o Poder Judiciário parece mais do que nunca assumir a decisão de questões extremamente relevantes para a continuidade das comunicações sociais. Quando se está diante de situações inovadoras na Sociedade, como as inovações tecnológicas, as inovações médicas, as novas possibilidades de negociação com mercados estrangeiros, casos sem precedentes dos Tribunais, entre outros, as expectativas que emergem destas situações são de como serão respondidas estas incertezas, os medos da Sociedade. Mais do que isso, há expectativas também relacionadas a quem vai responder a estas incertezas, que são, finalmente, novas possibilidades. Normalmente, a pergunta que surge é: “como o Direito vai resolver isso?”; “o Direito vai ficar parado?”. Deve-se, no entanto, perceber que o problema, assim colocado, está voltado para o Sistema Político, e não propriamente ao Sistema do Direito. Por este motivo, o primeiro capítulo desta parte geral tratará sobre o Sistema da Política. Qual o seu papel nas comunicações e decisões sociais, como recebe as expectativas e como opera frente a elas.

Criam-se conflitos, litígios em razão destas expectativas, e principalmente, porque estas expectativas e suas comunicações muitas vezes são direcionadas a um sistema que não tem a função, e nem mesmo possibilidades, de dar respostas a estas insatisfações ou anseios. Outra fonte desta instabilidade é a forma como muitas vezes as expectativas são recepcionadas pela Política e como elas se

transformam em leis, que causam ainda mais desapontamentos. Ainda dentro do capítulo sobre o Sistema Político, falar-se-á da dupla seleção e das eleições que o sistema faz. A fim de demonstrar como isso não se apresenta apenas como uma possibilidade teórica, mas efetivamente acontece na Sociedade brasileira, são apresentados exemplos da legislação penal, assim como casos da Lei Maria da Penha e dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

A estabilidade social ganhou espaço próprio, no qual ela foi analisada, e foi explicado por que a estabilidade é tão importante para a Sociedade. Como ela ocorre e, em que consiste estabilidade, em termos sistêmicos. Para isso, recorre-se ao tema Sociedade Complexa, que dá nome a um subcapítulo. Nele, além de postulados da Teoria dos Sistemas, utilizou-se os trabalhos de Philip Selznick e Phillippe Nonet, para se responder afinal: “com que autoridade?”. Com que autoridade as decisões são tomadas, qual a fonte de legitimação das decisões judiciais? Como na atualidade legitimidade não pode ser confundida com poder, e muito menos pode o medo ser entendido como aceitação. Diante destes questionamentos, trabalham-se perspectivas sociais de Política e de Direito, modelos de governar e de decidir ao longo da história, a fim de confrontá-los com a situação atual. Para o nosso problema de tese, faz diferença estar em um Estado Democrático?

Voltando a observação para o Sistema do Direito, que compõe outro capítulo desta tese, o foco deixou de ser a análise minuciosa de seus pressupostos, uma vez que isso já foi feito na dissertação de mestrado. Com isso, foi possível aprofundar as observações para se perceber que as frustrações não são assimiladas pelas pessoas desde sempre. O que mudou é que, embora a estrutura do Sistema do Direito permaneça o mesmo, o Poder Judiciário se tornou mais acessível para todos, até mesmo assumindo um papel de protagonista. Veja-se que hoje nem é preciso de advogado para se poder ingressar com um pedido que será processado pelo Poder Judiciário, o que se deve aos Juizados Especiais. Assim, frente a este sistema, aumentaram-se as possibilidades, e, com isso, ampliaram-se as frustrações. Será que este sistema está preparado estruturalmente para lidar com esta espécie de comunicação? Mesmo com sua codificação secundária de poder, ele tem condições de lidar com as expectativas trazidas, por exemplo, com as demandas enquadradas como Lei Maria da Penha?

Para ser julgador, primeiramente, é preciso estar dentro de uma organização.

A organização ganha seu espaço na discussão sobre o Sistema do Direito. O Poder Judiciário é a organização mais importante deste sistema, justamente porque é a responsável pela tomada de decisão. Mas no que consiste a organização? A organização tem espaço para se comunicar com o Sistema Psíquico? Como lidar com a dinâmica de ser composta por seres humanos, membros exercendo um papel social, mas ainda assim ser um sistema social que precisa decidir de forma social? Estas perguntas levam à análise do papel dos seres humanos dentro desta organização e, com isso, ao papel do próprio julgador. O julgador, antes de tudo, é um observador. A questão aqui é se ele será um observador de primeira ou segunda ordem, quando isso dependa de sua decisão.

Com o próximo ponto, retomou-se a questão das expectativas. Isso porque, constatou-se que elas são, muitas vezes, a origem dos conflitos, em especial, dos conflitos levados ao Sistema do Direito. As insatisfações advindas delas e das respostas que o Sistema dá para estas expectativas causam ainda mais instabilidade. O que fazer para evitar isso? Ao contrário do que parecem, as expectativas não são um fator negativo na Sociedade. Até mesmo as expectativas que são erroneamente direcionadas, ou aquelas que causam uma margem de decepção e desapontamento, têm o seu papel na dinâmica comunicacional. Elas levam, inclusive, à aprendizagem. Percebe-se que os próprios direitos sociais no Brasil são fonte de decepções e de desapontamentos, justamente porque criam expectativas que não são garantidas e nem canalizadas. Mais uma vez, retorna-se ao processo judicial. Nos dias atuais, direitos sociais não cumpridos pelo Estado significam ação judicial reivindicando estes direitos sociais do Estado, seja por parte de grupos organizados ou de cidadãos.

Deste modo, chega-se ao último capítulo da tese, Decisão, Seleção, Argumentação e Aprendizagem. Para confeccionar este capítulo, o pressuposto principal é que, devido ao fato de se estar em uma Sociedade Complexa, em um Estado de modelo democrático, existem muitas boas possibilidades de decisões judiciais para o mesmo caso, e não apenas uma única resposta que possa ser considerada boa. A decisão jurídica sempre será algo em aberto e, portanto, não há como prever seu resultado e nem o seu conteúdo. Ela precisa criar um sentido que seja capaz de civilizar as expectativas comunicadas pelos envolvidos.

Como se está dentro de um sistema de comunicações sociais, de uma organização, não se pode tomar qualquer decisão sobre qualquer coisa. Isso torna

mais complicada a tomada de decisão do Direito e a estabilização social através dela, na medida em que, mesmo que não seja qualquer questão que possa ser decidida pelo Sistema do Direito, elas são levadas aos julgadores, que precisam tomar uma decisão. Por isso será necessário pensar uma forma de civilizar as expectativas dos participantes do processo judicial. Um recurso para isso será encontrado no papel exercido pelo advogado no processo judicial e na sua comunicação com as partes. Portanto, coube questionar: há um substituto para o papel do advogado como institucionalizador nos Juizados Especiais?

Estas expectativas, além de serem civilizadas, também necessitam de uma duração temporal, que se dá através de um sistema. Isso porque, o tempo e a sua dinâmica de passado, presente e futuro, precisam ser sincronizados às comunicações realizadas. Essa sincronização é necessária para que se possa falar em sentido, em seleção, argumentação e fundamentação.

Ao falar em argumentação, é importante esclarecer – e isso foi feito neste capítulo – que não se tem a intenção aqui de dizer como deve ser a argumentação de uma decisão jurídica, trabalhar os melhores elementos para sua composição, e muito menos analisar a resposta correta, como ocorre com diversas teorias. É preciso pensar a argumentação não como uma forma de antever o conteúdo da decisão, através de teorias para a sua concepção, mas como condição de legitimidade e validade das decisões judiciais, sendo a argumentação, ligada à legitimação do emissor, um dos critérios de estabilização de expectativas e produção de sentido, com manutenção da surpresa e da tolerância, afastando a função apenas simbólica da Legitimação pelo Procedimento.

A Legitimação pelo Procedimento ganha capítulo próprio, diante da sua relevância para esta pesquisa. Considerando que se parte da premissa de que as respostas serão sempre incertas, passa a ser fundamental explorar de que forma a decisão proferida terá legitimidade neste sistema, fundamento que diretamente estará ligado à capacidade de convencimento de que esta decisão tem que ser cumprida e os desapontamentos gerados precisam ser absorvidos pelo indivíduo. Em outras palavras, como esta decisão irá conseguir produzir sentido a ponto de ser aceita socialmente, mesmo que o indivíduo em si não se sinta satisfeito com a decisão de seu caso, e ainda assim ele cumpra o que a decisão determina, sem que para isso tenha que se voltar aos métodos das sociedades arcaicas e estratificadas de imposição de cumprimento.

Frente a estas questões e às situações que foram colocadas na tese até este ponto, parece de importância ímpar uma releitura da Legitimação pelo Procedimento luhmanniano, para esclarecer que ela não se trata apenas de um meio para se chegar a uma decisão tomada por alguém que foi aprovado em um concurso. Tampouco está na linha de discussão de teorias procedimentalistas ou substancialistas. O interesse aqui é o de observar como a autopoiese introduzida nesta teoria pode gerar uma estrutura capaz de solucionar o problema apresentado.

Por outro lado, é preciso ter presente a noção de que a função do procedimento não será nem a obtenção da justiça e nem da verdade. Talvez sua função principal esteja vinculada à pergunta: “por que deve ser cumprida esta decisão?”. Ocorre que apenas o procedimento não responde a esta indagação a ponto de criar um sentido para ser comunicado na Sociedade. Em um modelo de Sociedade Democrática, que caminha para um modelo de Direito Responsivo, o simples fato de a decisão ter sido proferida por um julgador que é legitimado para estar naquele cargo e possui poder para decidir, não é suficiente para gerar convencimento a ponto de que se aceite por que deve ser cumprida uma decisão judicial. A autopoiese e o sentido oferecem elementos muito mais sofisticados para responder a esta indagação, que não é apenas teórica, mas que surge cada vez com mais frequência na Sociedade.

De qualquer modo, é importante saber que a Legitimação pelo Procedimento não leva ao consenso, e que o consenso não responde pela estabilização social e muito menos “por que deve ser cumprida esta decisão?”. Dito isso, e considerando que se está falando de estabilização social, de desapontamentos e expectativas, não se poderia deixar de abordar o debate entre Habermas e Luhmann sobre o papel do consenso na Sociedade.

Por fim, o último capítulo desta tese culmina na resposta a todas as perguntas que ainda não haviam sido respondidas no decorrer do trabalho, e também das questões que foram surgindo a cada análise realizada. Utilizando por base as subteses que se desenvolveram ao longo da pesquisa, conseguiu-se embasar a tese final e responder ao problema de pesquisa proposto. Assim, este último capítulo trata da aprendizagem e vem para responder questões como “é possível um sistema social aprender?”, “o que pode ser aprendido?”, “quem pode aprender?”.

Ao longo dos capítulos, será possível encontrar uma pesquisa de dados realizada na Comarca de Farroupilha/RS, entre os anos de 2010 e 2014, junto aos

Juizados Especiais Cíveis e Criminais, assim como na observação de casos relacionados à Lei Maria da Penha. Esta cidade é o mesmo ponto de observação utilizado na pesquisa anterior. A uma, porque se trata de uma continuidade de trabalhos. A duas, para mostrar como aquela Comarca se desenvolve em outros ramos que não o Direito à Saúde, o que vem ligado à ideia de continuidade e solidificação da pesquisa. A três, por ser o local em que por algum tempo agiu-se como observador participante destas discussões. O diferencial desta pesquisa para a anterior é que o foco são os Juizados Especiais, questões envolvendo a lei Maria da Penha e, somada às observações via Poder Judiciário, também procurou-se observar expectativas junto à Coordenadoria da Mulher, órgão da gestão municipal que faz o atendimento às vítimas de agressões enquadradas como Lei Maria da Penha. A importância e atualidade desta pesquisa que busca repensar a Legitimação pelo Procedimento luhmanniano, repensar o papel do indivíduo na Teoria dos Sistemas, e com isso responder à pergunta pela decisão judicial e a estabilização de expectativas da Sociedade, encontra-se justamente em situações fáticas como as que serão encontradas neste trabalho. As mesmas são apenas um auxiliar demonstrativo desta pesquisa, e não o seu foco, que como poderá ser constatado, é essencialmente teórico.

Ainda, nestas primeiras linhas, é preciso dar-se conta que, embora algumas discussões pareçam as mesmas, as razões utilizadas no debate produzem diferenças significativas. Segundo as distinções introduzidas aqui por nós enquanto observadores, a originalidade desta tese está justamente na discussão anterior que se propõe, ou seja, não é o foco combater solipsismos ou indicar a melhor maneira de se tomar decisões judiciais, seja por princípios, regras, com base na moral, em argumentos metafísicos ou não, ou simplesmente apontar as decisões proferidas que parecem ter ausência de fundamentação. Ou seja, o interesse não está em discutir como chegar ao conteúdo da decisão de forma antecipada, como se esta fosse a resposta para estabilizar expectativas. A proposta aqui é desenvolver uma questão que se antepõe a esta discussão, observando a figura dos participantes e do decisor enquanto indivíduos e atores sociais, através de uma redefinição do que seja indivíduo para Luhmann, bem como da Legitimação pelo Procedimento no Estado Democrático de Direito na condição de uma estrutura que na autopoiese do Sistema pode canalizar desapontamentos e estabilizar expectativas. O que se pretende não é seguir as observações de Alexy, Dworkin ou Hart, e tantos outros

autores que trabalham com a decisão jurídica, mas seguem a linha indicada acima. Na leitura desta tese, você encontrará observações da seletividade de um Sistema contingente com alta latência, que para se estabilizar e estabilizar as expectativas precisa encontrar um modo de canalizar os desapontamentos sofridos, dado seu papel de destaque nas comunicações sociais.

É exatamente por isso que o presente trabalho se encontra vinculado às pesquisas desenvolvidas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. A conexão entre a reestruturação de expectativas dos indivíduos, que com suas comunicações compõem a Sociedade, tem ligação direta com a Linha de Pesquisa dois: Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização. A discussão aqui proposta é fundamentalmente sobre a estrutura da Sociedade e sua vinculação com o Direito, bem como a possibilidade de estabilização de expectativas através de um procedimento, quando a Sociedade, e com isso o próprio Sistema do Direito, encontram um excesso de possibilidades para as decisões que tem que produzir. Por estes mesmos motivos, a presente tese enquadra-se nas pesquisas realizadas pelo orientador Leonel Severo Rocha, na atualidade, um dos maiores estudiosos de Teoria dos Sistemas, assim como conhecedor dos demais referenciais utilizados para o desenvolvimento de nosso estudo.

Ao finalizar a introdução do que o leitor encontrará neste trabalho, ressalta-se que o que se pretende aqui é desenvolver um discurso de fundamentação prévia para a análise da decisão judicial que é proferida em uma Sociedade diferenciada, que tem como problema e objetivo o fato de que precisa aprender a reaprender cognitivamente sobre as suas decisões e as suas expectativas. É assim que a presente tese encontra-se estruturada, e estes são os delineamentos necessários para que o interlocutor possa observar com qualidade as possibilidades que a tese oferece.

2 OBSERVAÇÕES SOBRE EXPECTATIVAS E O INDIVÍDUO NA SOCIEDADE COMPLEXA

Em todos os tempos, a Sociedade apresentou problemas. Sempre existiu e possivelmente sempre existirá algo que naquele tempo deva ser considerado ou melhor, é observado como um problema de amplitude social, que foge à esfera dos pequenos grupos, comunicando para toda a Sociedade. Em nossa observação, na atualidade, existe uma grande gama de problemas sociais das mais diversas ordens, que podem ser solucionados ou decididos de diferentes formas, porque se está em uma Sociedade com diferenciação funcional. “Un problema social, por ejemplo, puede tener diversos modos de solución, todos ellos equivalentes dado que solucionan el problema¹.”

O modo de solução que será abordado neste momento é a decisão jurídica. Isso porque, no contexto social atual, em que todo o tipo de expectativa é levada ao decisor jurídico, ela tem papel de destaque nas comunicações. A decisão jurídica é a solução, ou, melhor dizendo, é a maneira de dar respostas que produzam um sentido comunicativo, para um problema social. Então, pode-se observar várias boas decisões jurídicas, diferentes em sua fundamentação e resultado, e que ainda assim são boas decisões jurídicas, mesmo sendo diferentes em conteúdo.

Como podem ter diversas formas de solução para o problema, e todas elas boas de alguma forma, busca-se estruturar a nossa observação com base na Teoria dos Sistemas. Certamente ela apresentará uma resposta para a questão da decisão judicial, mesmo que não seja a teoria tradicionalmente utilizada para isso.

Todo o observar deve distinguir entre o uso de formas de dois lados, e a lógica bivalente, tem simplesmente um valor negativo e outro positivo (ser/não-ser), e não lida com indicações como verdadeiro e falso². Ou seja, só se pode definir algo quando se pode distinguir. Por isso alguns temas não podem ser abordados por perspectivas mais tradicionais, pois oferecerão respostas tradicionais que não dão conta de explicar a complexidade atual. Logo, o primeiro diferencial que se propõe nesta tese é a possibilidade de se falar em decisão judicial, como um tema de comunicação das

¹ “Um problema social, por exemplo, pode ter diversos modos de solução, todos eles equivalentes, uma vez que solucionam o problema.” (tradução nossa). RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío. Nota a la versión en español: la improbabilidad y la diferencia. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. XIV.

² LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 717.

observações sociais a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.

2.1 Expectativas

Tudo o que acontece na Sociedade é comunicação. Esta é uma afirmação conhecida de Niklas Luhmann, e que se apresenta em suas diversas obras, em muitas passagens diferentes dos seus livros. Pode-se dizer que antes de serem comunicações e, ao mesmo tempo em que são comunicações, tudo é expectativa. Todas as manifestações, as comunicações, os contatos, são realizados movidos por esta generalização simbólica. Na Política, grande parte da criação legislativa e das decisões tomadas visam atender expectativas (seja dos eleitores ou do partido); já no Direito o litígio advém de expectativas e toda a decisão pode gerar, ou não, a estabilização das mesmas. Isto é, muitas são as expectativas comunicadas na Sociedade e muitos mais os desapontamentos delas decorrentes.

Devido a sua diferenciação funcional e sua função decisional, o Direito torna-se indispensável para a Sociedade porque possibilita a estabilização de expectativas nas interações sociais. Esta é uma das primeiras passagens da obra *Legitimação pelo Procedimento*³, em sua versão brasileira, que conta com uma comunicativa apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Junior. Este livro é um dos marcos teóricos deste trabalho de releitura. Na verdade, a relação entre Direito e expectativas é ainda mais próxima, uma vez que o próprio Direito é uma generalização de expectativas congruentes. Da mesma forma, a Política terá uma grande vinculação com as expectativas pois, além de recepcioná-las, as normas que cria também serão expectativas.

Observe-se que, ao colocar em evidência a incerteza, as expectativas, a estabilização, o Direito e a Política, não se pretende trabalhar em uma tese que traga respostas de como se chegar a uma melhor decisão, ou sobre como controlar o futuro através da defesa de teorias que acreditam na possibilidade de que se pode ter certeza das respostas antes mesmo de serem dadas; isso precisa ficar claro desde já. O ponto de partida é justamente o oposto, até porque a teoria que sustenta nossa argumentação parte do pressuposto de que se deve observar e descrever o que efetivamente ocorre na Sociedade, e não como nossas expectativas gostariam

³ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 01.

que as situações ocorressem.

Nessa senda, a inferência basal é de que as decisões, quanto ao seu conteúdo, são sempre incertas. A única certeza possível é a de que, em determinados momentos, decisões serão tomadas. Assim, é complexa a dependência existente entre a decisão judicial e a possibilidade de estabilização da Sociedade, mormente quando na contemporaneidade experimenta-se uma grande confusão: “o acesso à justiça é confundido com o acesso aos tribunais.”⁴ É esta a importância que é preciso retomar, um trabalho que já se iniciou em nossa dissertação de mestrado, a fim de que reste claro do que se está falando e com o que se está tratando neste marco teórico.

Como foi dito na introdução, este é um trabalho de continuação. Continuação de nossas reflexões anteriores e que foram feitas na dissertação de mestrado. Como continuação, é necessário retomar nosso questionamento final, para seguirmos as reflexões:

As comunicações sociais estabeleceram sistemas com suas funções e programações próprias e únicas. O mínimo que se deve fazer para manter e estimular esta comunicação é tomar-se decisões que respeitem esta estrutura sistêmica. **Talvez assim seja possível estabilizar as expectativas cognitivas e normativas do cidadão** frente à garantia de proteção a meios de cuidado com a saúde, sem colocar estas pessoas e a comunicação em risco⁵. (grifo nosso).

Quer dizer, quando se volta a observação para as questões de saúde pública no Brasil e a instabilidade (que não é confundida com insegurança) que as decisões judiciais e as comunicações (ou falta delas) entre os sistemas envolvidos na questão geravam, um de nossos apontamentos mais enfáticos foi no sentido de que o respeito à estrutura dos sistemas na tomada de decisões é uma forma de estabilização social nas questões sanitárias. Logo, isso não será rediscutido neste espaço, embora deva sempre ser lembrado como algo já concluído por nós e que vai dar continuidade às reflexões: uma decisão jurídica deve observar os limites operativos e cognitivos de seu sistema, a fim de fomentar estabilidade e não instabilidade, promover sentido e comunicação. O importante a ser destacado neste

⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 30. Este é um grande erro, pois o acesso à justiça compreende muitos outros mecanismos, até mesmo acesso a setores administrativos, como secretarias de saúde, INSS, Defensorias Públicas, entre outros.

⁵ WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão, risco e saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 168.

momento é que isso deve ser assim, mesmo que as expectativas que são levadas a este sistema, não correspondam à sua estrutura. Não se pode esquecer.

Outra consideração que merece ser lembrada aqui, e que também envolve as expectativas, é a seguinte:

Em uma palavra final: somente a partir de uma nova observação por parte dos Sistemas envolvidos será possível pensar uma forma de estabilizar as expectativas sociais em relação à Saúde Pública. No que tange aos julgadores, é necessária uma observação mais qualificada e comprometida do contexto fático, pois é somente através da comunicação com os demais sistemas que o Direito poderá, sem corromper sua autopoiese, decidir de maneira capaz de promover o gerenciamento dos riscos, e ao mesmo tempo produzir comunicações com sentidos que atendam aos anseios da sociedade⁶.

Portanto, precisa-se seguir as observações deste ponto.

A estabilidade e instabilidade estão sempre ligadas à ideia de expectativa⁷, e expectativa, neste contexto, “é a intencionalidade que aponta para o futuro do fluxo da experimentação, que procura sempre conteúdos cambiantes, e que experimenta a realidade através do seu câmbio”⁸. A vantagem deste arranjo reflexivo é de que fica evidenciado que as expectativas (e sua estabilização) não induzem a pensar que haveria, em algum momento, uma estagnação da realidade. A estabilidade não significa que as coisas não possam ser modificadas, que exista um controle do futuro. Pelo contrário, um sistema só consegue se modificar e se estabilizar porque a instabilidade é o caos de excesso de possibilidades, da angústia, e a estabilização é o gerenciamento deste caos, permitindo que se tenha acesso à complexidade organizada. Por conseguinte, para se tratar de expectativas, será preciso também falar da Sociedade em sua dimensão temporal (passado, presente e futuro).

Isso porque, quando se estabelece uma observação a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann⁹, certas concepções, inclusive de tempo, são

⁶ WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão, risco e saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 178.

⁷ LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de bienestar*. Versión española Fernando Vallespín. Madrid: Alianza, 2007. p. 85.

⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 97.

⁹ É feita a referência direta ao autor Niklas Luhmann, porque existem outros autores que também trabalham com a ideia de sistema, embora ela seja bem diferente da concepção luhmanniana, como é o caso de Claus Canaris, Talcott Parsons, Fritjof Capra e na atualidade Gunther Teubner (que trata de questões como o pluralismo jurídico, a reflexividade, e os diferentes níveis de fechamento e abertura que um sistema autopoético pode ter, dando uma versão diferenciada e sofisticada à autopoiese), entre outros autores.

modificadas. Como a observação aqui recai sobre a tomada de decisão, que já foi elencada no início do capítulo como a grande questão da atualidade, já que quase tudo é submetido ao Poder Judiciário ou à consulta de juristas, é preciso considerar que as decisões lidarão com o novo, e que há uma crescente demanda pela tomada de decisões. Isso vai afetar a concepção de tempo. Será preciso pensar uma nova forma de lidar com as situações apresentadas, que tradicionalmente esperam os fatos ocorrerem até o fim, ou surjam os danos¹⁰, passar de experiências (passado), para a observação de expectativas (futuro)¹¹.

Passado e futuro, experiências e expectativas, são vistas desta forma em termos de Teoria dos Sistemas, e por isso que é tão importante falar em expectativas. Elas passam a ser o novo “objeto” de trabalho, de manuseio e compreensão nas decisões judiciais. Com isso, será possível o presente se abrir de novas formas para as diferentes experiências e complexidades que precisa observar.

Con eso el pasado se libera para segmentarlo en épocas históricas y el presente se abre a lo que en él acontece de otra manera – de manera desviante, nueva. Aquí puede por cierto observarse y relatarse mucho. Las ideas tradicionales del tiempo se deforman bajo la presión de la necesidad de dar cuenta de lo nuevo – lo cual acontece de forma masificada – y, de la creciente demanda de tomar decisiones; en el tiempo hay que colocar cada vez más cosas heterogéneas. Sin embargo, no está aclarado con suficiencia ni la forma exacta, ni la profundidad de la reorientación, ni su nexa con los desarrollos sociestructurales. Muchas veces se cree que la descripción del tiempo pasa de ideas cíclicas o lineales a un concepto de futuro abierto. Correspondientemente se llegaría entonces a la modificación de las bases de orientación: pasar de experiencias a expectativas, es decir, de pasado a futuro¹².

¹⁰ Como ocorre no caso do Direito Ambiental, e se mostra um dos grandes empecilhos para encontrar respostas satisfatórias, na medida em que quando se espera para ver se o dano no meio ambiente efetivamente vai ser perfectibilizar, dificilmente é possível recuperá-lo, o que se faz, é uma compensação. Neste sentido ver CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

¹¹ Podemos pensar que se a expectativa é futuro, e se os litígios vêm de expectativas, então os litígios vêm do futuro, e se perfectibilizam enquanto conflito no presente, em uma dinâmica temporal assimétrica e incomum.

¹² “Com isso o passado se libera para se segmentar em época históricas e o presente se abre ao que nele acontece de outra maneira – de maneira desviante, nova. Aqui pode por certo se observa e se relata muito. As ideais tradicionais do tempo se deformam abaixo da pressão da necessidade de dar conta do novo – o qual acontece de forma masificada – e, da crescente demanda de tomar decisões; no tempo tem que colocar cada vez mais coisas heterogéneas. No entanto, não está claro o suficiente nem a forma exata, nem a profundidade da reorientação, nem seu nexa com os desenvolvimentos socio-estruturais. Muitas vezes se acredita que a descrição do tempo passa de

Embora a “expectativa” seja um tema que já foi abordado na dissertação de mestrado – e como já foi mencionado, esta pesquisa é uma extensão daquela –, dada a sua importância tanto na teoria que se utiliza como base quanto para enfrentar o problema proposto nesta tese e estruturar sua resposta, precisa-se retomar algumas noções primárias sobre este ponto. Mostra-se necessário ser um pouco descritivo neste momento, mas não com a finalidade de explicar Niklas Luhmann, tampouco Teoria dos Sistemas – o que inclusive não teria sentido, pois há estudiosos muito mais qualificados para isso –, mas para deixar clara nossa posição na observação e nosso objetivo final. Não compreender este ponto pode comprometer o entendimento da tese final.

Talvez o elemento que mais demonstre a importância de se explorar novamente esta categoria sistêmica está na própria definição de Direito, que, em razão do problema proposto, é o nosso norte. O Direito é a condição de possibilidade¹³ para se pensar em decisão jurídica. Então é preciso saber em que consiste o Direito.

Pois bem, neste contexto de observações, o Direito será compreendido como uma estrutura de expectativas de generalizações congruentes¹⁴. Como o Direito de alguma forma (talvez equivocada) é sempre ligado à sanção, esclarece-se que neste cenário ela servirá para a estabilização das expectativas sociais¹⁵. Logo, pode-se

ideias cíclicas ou lineares a um conceito de futuro aberto. Correspondentemente, chegaria-se então a modificação das bases de orientação: passar de experiências a expectativas, é dizer, de passado a futuro”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 790-791.

¹³ Interessante ressaltar que no Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, a expressão “condição de possibilidade” ficou vinculada à linha de pesquisa um, “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos” e, principalmente, a Nova Teoria do Direito desenvolvida pelo professor Lenio Streck. No entanto, nos parece um equívoco entender que esta expressão, tão comum em uma linguagem mais sofisticada, seja vista como pertencente à hermenêutica filosófica, já que foi usada por vários outros pensadores da filosofia e da sociologia, inclusive pelo próprio Niklas Luhmann, como pode ser visto em seu livro, a *Sociedade da Sociedade*. Segue um exemplo: “Si el entorno evolucionara en modo *distinto* al sistema, la evolución encontraría rápidamente su término en un “optimal fit”. No se trata de que la evolución deba *producir* la adaptación del sistema al entorno; más bien *presupone* la adaptabilidad (del sistema al entorno) como una especie de mínima **condición previa de posibilidad**.” (grifo nosso, tradução nossa). “Se o entorno evoluísse de um modo distinto ao sistema, a evolução encontraria rapidamente seu fim em um ajuste perfeito. Não se trata de que a evolução deva produzir a adaptação do sistema ao entorno; mais presuppõe a adaptabilidade (do sistema ao entorno) como uma espécie de mínima condição prévia de possibilidade.” LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 341.

¹⁴ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 31.

¹⁵ LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). *Direito penal e funcionalismo*. Trad: André Luís Callegari, Nereu José; KALIL Giacomolli e Lúcia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 15.

trazer o primeiro “questionamento guia” para desenvolvimento de nosso raciocínio central: como fica esta estabilização se o sistema falha e não aplica a sanção? Existe uma possibilidade de se entender que o sistema pode falhar ao não aplicar uma sanção?

Embora ainda não se tenha subsídios para responder a estas indagações, o fato é que: “A vida em sociedade, com todas as suas interações, se desenvolve com base em expectativas, e as normas são ‘estruturas sociais transmitidas por comunicação’¹⁶.

Sendo assim, é possível perceber a importância da noção de expectativa para a Sociedade de Complexidade da contemporaneidade, assim como uma clara compreensão do Direito e de sua relação com a sanção. “El derecho no tiene ningún poder obligatorio; se compone únicamente de comunicación, las cuales desembocan en una interpretación normativa”¹⁷. Portanto, é preciso afastar a ideia que transpareceu nas teses de alguns autores como Kelsen¹⁸, de que o Direito tem o poder de obrigar que as condutas sociais sejam de determinada forma; o que o Direito faz, mesmo tendo a sanção como um instrumental válido e legítimo, é apenas criar uma expectativa de comportamento.

Esta observação, hoje mais corriqueira no mundo acadêmico das pesquisas, é importante, na medida em que traz consequências substanciais para a nossa tese, uma vez que um dos questionamentos gira em torno da pergunta: “por que cumprir esta decisão jurídica?” Quando a sanção não é mais suficiente para legitimar esta resposta, é preciso encontrar outro elemento capaz de responder satisfatoriamente esta inquietação. As leis ou normas utilizadas pelo Sistema do Direito e emanadas pelo Sistema da Política – o que é possível através de acoplamentos – apenas indicam quais são expectativas normativas daquela Sociedade. Elas foram assim normatizadas graças as comunicações internalizadas pelo Sistema da Política. Assim, elas apenas apontam as sanções que os cidadãos estão sujeitos caso optem por não observar estas expectativas normativas em seu comportamento.

A sanção vem como forma de, em certa medida, manter vigente esta expectativa normativa. Contudo, isso não impede que os cidadãos optem por agir de

¹⁶ LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). *Direito penal e funcionalismo*. Trad: André Luís Callegari, Nereu José; KALIL Giacomolli e Lúcia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 18.

¹⁷ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2002. p. 80.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amador Editor Sucessor, 1976.

outra maneira, já que as leis não têm o poder de obrigar que algo seja feito. Elas apenas se referem a um conjunto de expectativas normatizadas que criam expectativas de conduta por parte da Sociedade¹⁹. Ao invés de se ter obrigatoriedade, o que se tem são novas expectativas. Expectativas cognitivas respaldadas em expectativas normativas de que as expectativas normativas serão perfectibilizadas. Como é sabido, isso pode ocorrer, mas as coisas podem invariavelmente ocorrer de outra forma.

Como se viu ao explorar o problema da “judicialização” da saúde pública no Brasil há uma série de expectativas normativas de que o cidadão terá acesso a todos os meios para garantir que poderá ser manter saudável. Em cima destas expectativas normativas, estes mesmos cidadãos criaram uma série de expectativas cognitivas de que terão acesso às mais variadas formas de atingir uma plena qualidade de vida, o bem estar completo. Sempre que as expectativas não são atingidas, cria-se instabilidade. Esta instabilidade pode ser local, passageira, nuclear, ou ela pode comunicar-se rapidamente entre diversos grupos e organizações, e em pouco tempo criar uma instabilidade capaz de afetar a Sociedade como um todo.

É justamente isso que ocorre com a concessão de medicamentos e tratamentos médicos via Poder Judiciário. Entretanto, esta é apenas uma pequena parcela deste problema, pois muitas outras expectativas, das mais variadas origens, são levadas na atualidade aos julgadores. A instabilidade gerada vem se tornando insustentável, tanto que a decisão judicial está sempre nos holofotes das observações coletivas.

Por isso, sempre que uma expectativa não é satisfeita, cria-se um problema de instabilidade²⁰, o que eleva à complexidade do sistema. Os cidadãos tendem a não aceitar os desapontamentos sem obter uma resposta do porquê disso ter acontecido. Esta resposta não é simplesmente um “procedente”, “parcialmente procedente” ou “improcedente”, mas ela precisará justificar por que determinada expectativa não foi atingida através daquele meio. O que você fez de errado e o que a outra parte fez de certo, em termos bem singelos. Quando isso acontece, há uma

¹⁹ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 38.

²⁰ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 39.

re-entrada a qual é vigorosamente testada²¹.

Como já foi referido em diversos dos nossos trabalhos, o Sistema do Direito é obrigado a decidir. Não há como não se tomar uma decisão, pois, ao fazer isso, já se está decidindo não decidir. A decisão tomada pode ou não atender às expectativas, e ela sempre deve limitar-se ao que determina o código e estrutura do sistema ao qual foi submetida, sob pena de romper a autopoiese do sistema e ruir com sua estrutura, no caso do Sistema do Direito, que é um Sistema Autopoiético.

Mas as expectativas não estão presentes apenas nos pedidos que são levados aos julgadores. Elas podem ser percebidas também nas comunicações de expectativas estabelecidas em Sociedade e nas comunicações estabelecidas sobre estas expectativas com o Sistema da Política. As programações que irão alimentar e renovar o Sistema do Direito para que os casos sejam decididos também serão expectativas. Estas comunicações muitas vezes não obtêm sucesso, são afetadas por ruídos, e isso, além de outros elementos, faz com que as mais variadas expectativas sejam levadas ao Sistema do Direito.

A saúde foi o exemplo usado anteriormente e que refletiu isso com perfeição. Basta ver os casos que foram apurados naquela pesquisa, que denotam uma infundável variedade de pedidos que extrapolam a legislação, o código, estrutura e programação do Sistema do Direito.

Em uma observação mais ampla, que se quer apresentar nesta tese, um dos novos exemplos advêm da Lei número 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha. O que a redação desta lei pretendeu comportar foi a normatização de uma série de expectativas de vários setores da Sociedade brasileira, de que as mulheres não fossem mais subjugadas dentro de seus lares e/ou em suas relações afetivas, por serem mulheres, pessoas do sexo feminino²². No entanto, o que se pode constatar

²¹ Em outros termos: "It is its re-entry that is vigorously tested. These may not be indications of a systemic survival problem, but they can be indicating a crisis." (tradução nossa) "é esta re-entrada que é vigorosamente testada. Isto pode não ser indicações de um problema de sobrevivência do sistema, mas elas podem indicar uma crise." PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. Niklas Luhmann: Law, Justice, Society. A GlassHouse book, 2010. p. 88.

²² Importante ressaltar que ainda hoje existe uma grande discussão se casais do mesmo sexo estariam amparados por esta legislação ou não. Assim como se casos em que, por exemplo, mãe e filha, ou vice-versa são as envolvidas no litígio, estariam ou não amparadas por esta legislação, frente a suposta ausência de hipossuficiência, além de casos em que a mulher é vítima de um filho, mas atualmente, ela possui outra orientação sexual. A respeito, observe-se o seguinte julgado. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Conflito de jurisdição n. 70036742047*. Sulsuscitado: Juízo de Dir da Vara de Família e Sucessões de Sapucaia do Sul. Suscitante: Juízo de Dir da Vara Crim de Sapucaia do Sul. Relator: Des Ivan Leomar Bruxel. Data da distribuição: 28 maio 2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?

em uma série de casos²³, é que as expectativas cognitivas das mulheres envolvidas nessas situações demonstram que mais uma vez, mesmo sendo uma lei extremamente nova, ela não dá conta das expectativas cognitivas que estas vítimas envolvidas nas situações possuem. Mesmo que em tese devessem ser abarcadas por esta nova legislação, estas expectativas não conseguem ser sequer respondidas. Ocorre que esta legislação mesma criou expectativas cognitivas que não pode atender via Poder Judiciário, tudo em razão da forma como foi tratada nos meios de comunicação.

As expectativas cognitivas da Sociedade que foram institucionalizadas pela Política, e lançadas ao Direito, são insuficientes para dar a resposta que as vítimas muitas vezes procuram. Isso porque, o que muitas destas mulheres buscam é que o Poder Judiciário enfrente questões que não competem a ele. Elas querem que os juízes e serventários ensinem seus maridos e a elas mesmas como terem um bom relacionamento afetivo. Quando os questionamentos são realizados, a fim de verificar se há uma situação de risco, qual o objetivo da vítima com aquele registro de ocorrência policial, elas afirmam que querem que “vocês se responsabilizem por ele”, que ajudem o casal a “se acertar”, ou ainda, que façam com que seus companheiros deixem de ingerir bebidas alcoólicas²⁴.

Por isso, é importante ter presente e bem definido com que limites do Sistema do Direito e a decisão jurídica trabalham em termos de expectativas. Expectativas que podem ser trabalhadas pelo Sistema do Direito e seus acoplamentos não significam desejo ou vontades subjetivas, sentimentos. As expectativas são o orientador de condutas das Sociedades. Mais ainda, as expectativas de expectativas “dizem” o que determinada pessoa deveria fazer, e os demais, em regra, norteiam suas condutas, comunicações e expectativas a partir desta expectativa de expectativas.

nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70036742047&num_processo=70036742047&codEmenta=3668348&temIntTeor=true>. Acesso em: 24 ago. 2015. Também há casos em que esta legislação já foi utilizada para a defesa de vítimas do sexo masculino. Neste sentido, ver: LEI Maria da Penha aplicada para proteger homem. [S.l., 2015?]. Disponível em: <<http://direito-publico.jusbrasil.com.br/noticias/157860/lei-maria-da-penha-e-aplicada-para-protger-homem>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

²³ Estes casos serão trazidos ao longo da tese para ilustrar melhor o nosso argumento.

²⁴ Isso foi possível constatar através de conversas informais com vítimas que se dirigiam para sua primeira audiência no Poder Judiciário de Farroupilha/RS. Da mesma forma, no tempo em que foram acompanhados os atendimentos realizados pela Coordenadoria da Mulher, órgão da municipalidade que presta auxílio jurídico e encaminhamentos para outras áreas assistencias para vítimas de violência doméstica.

A elaboração do conceito de ação com base na comunicação implica que é relevante o esquema social de interpretação do ocorrido, porque, se as normas são ‘estruturas reflexivas de expectativas’, a relação de comunicação sempre se define pelo contexto. As condutas se determinam de acordo com as expectativas de expectativas, é dizer, sobre expectativas recíprocas: eu realizo minha conduta de acordo ao que os outros esperam de mim.²⁵

Não é apenas a lei Maria da Penha que cria estas expectativas ou faz com que deliberadamente parte da Sociedade crie expectativas. A lei número 9.099/95 em seu aspecto penal de procedimento dos delitos de menor potencial ofensivo, também faz com que as pessoas busquem o Poder Judiciário para uma decisão que ele não pode dar. Um exemplo disso pode ser constatado através das inúmeras ocorrências de “contravenções penais” que são registradas diariamente no Brasil, por casais que tiveram um processo conturbado de dissolução de sua relação que geralmente deixa o vínculo permanente de convivência em razão dos filhos. Nestes casos, todos os recentimentos criados da separação resultam agora em ocorrências policiais por atraso de horas ou minutos na entrega da criança ao final do dia de visitas, desacordos dos pais variados na forma de educar, atrasos de pagamento de pensão alimentícia e, principalmente ocorrências ainda mais infundadas quando um novo companheiro ou companheira surgem²⁶. De qualquer forma, a expectativa

²⁵ LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). *Direito penal e funcionalismo*. Trad: André Luís Callegari, Nereu José; KALIL Giacomolli e Lúcia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 19.

²⁶ Em pesquisa realizada na Comarca de Farroupilha/RS entre os anos de 2010 e 2013 junto ao Juizado Especial Criminal daquele Comarca, tomando por base apenas a audiência preliminar ou conciliatória, ou seja, o primeiro procedimento da ocorrência após chegar ao Poder Judiciário, apurou-se um grande número de ações desta natureza. Entre elas, as citadas a seguir: 048/212.xxxx.1xx-5 (audiência em 13/02/2012 às 15 horas); 048/212.xxxx1xx-8; 048/212.xxxx1xx-4; 048/212.xxxx.1xx-9 (todos com audiência em 13/02/2012 às 15h e 30min); 048/212.xxx.1xx-6 (audiência em 13/02/2012 às 16h); 048/212.xxxx.1xx-0 e 048/212.xxxx.1xx-8 e 048/212.xxxx.1xx-4 (todos das mesmas partes com audiência em 30/01/2012 às 16h e 30min); 048/212.xxx.0xx-3 (audiência em 23/01/2012 às 15h e 30min); 211.xxxx.0xx-8 e 048/211.xxxx.0xx-7 (todos das mesmas partes com audiência em 23/01/2012 às 15h e 30min); 048/212.xxxx.4xx-0 (audiência em 04/10/2012 às 14h); 048/212.xxx.8xx-9 (audiência em 22/11/2012 às 14h e 30min); 048/212.xxxx.8xx-2 (audiência em 22/11/2012 às 14h e 30min); 048/212.xxxx.3xx-3 (audiência em 17/12/2012 às 14h e 30min); 048/212.xxx.8xx-0 (audiência em 19/04/2012 às 15h e 30min); 048/212.xxxx.1xx-8 (audiência em 29/03/2012 às 14h); 048/210.xxx. 2xxx-3 (audiência em 13/09/2010 às 15h); 048/210.xxx.1xxx-5 (audiência em 14/07/2010 às 15h e 30min); 048/210.xxxx.9xx-8 (audiência em 10/05/2010 às 15h); 048/213.xxx.2xxx-7 (audiência em 19/09/2013 às 15h); 048/213.xxx.3xxx-4 e 048/213.xxx.3xxx-0 (todos das mesmas partes com audiência em 03/10/2013 às 14h e 30min); 048/213.xxx.1xx-3 (audiência em 15/08/2013 às 15h e 30min); 048/213.xxx.1xxx-3 (audiência em 15/08/2013 às 15h); 048/212.xxx.1xxx-0 (audiência em 12/07/2012 às 14h); 048/211.xxx.1xxx-6 (audiência em 23/09/2011 às 15h); 048/211.xxx.1xxx-0 e 048/211.xxx.1xxx-6 (ambos das mesmas partes com audiência em 18/07/2011 às 15h); 048/211.xxx.1xxx-2 e 048/211.xxx.1xxx-4 e 048/211.xxx.1xxx-2 (todos das mesmas partes com audiência em 15/08/2011 às 14h e 30min); 048/211.xxx.1xxx-6 (audiência em 01/08/2011 às 16h); 048/211.xxx.1xxx-2 (audiência em 06/06/2011 às 16h); 048/210.xxx1xxx-3 (audiência em

destas pessoas nada tem a ver com a norma, mas com uma expectativa cognitiva de que o Poder Judiciário resolva seus problemas pessoais, íntimos, que castiguem o outro e digam que eles estão certos, ou ainda, de alguma forma, mantenha a convivência entre eles, nem que seja através destas audiências.

As expectativas têm a função de orientar as comunicações, de modo que elas sejam relativamente estáveis, pois elas fazem uma redução da complexidade do mundo a ser comunicada²⁷. Por isso elas se mostram tão únicas quando nos propomos a analisar a estabilidade social e evolução social, tendo como campo de observação as comunicações e operações envolvendo decisões jurídicas.

As expectativas são tão importantes que elas estão na base da Sociedade. Entretanto, há algumas expectativas que não podem ser comportadas pelo Direito, e que mesmo assim fazem com que ele siga vigente. Estas expectativas são possíveis de serem “renunciadas” pela observação dos julgadores. No entanto, quando se tem uma grande demanda de expectativas desta natureza, demanda essa que ocupa grande parte das observações do sistema jurídico (Juízes, servidores do Poder Judiciário, servidores das Delegacias de Polícia, oficiais de justiça, entre outros) é preciso abrir alguns questionamentos, como o que foi realizado²⁸.

04/04/2011 às 14h; 048/210.xxx.2xxx-0 (audiência em 28/02/2011 às 14h); 048/210.xxx.2xxx-0 (audiência em 06/12/2010 às 15h e 30min); 048/210.xxx.2xxx-0 (audiência em 13/12/2010 às 16h); 048/213.xxx.3xxx-0 (audiência em 24/10/2013 às 16h); 048/213.xxx.4xxx-1 (audiência em 19/12/2013 às 15h e 30min); 048/211.xxx.2xxx-9 (audiência em 10/10/2011 às 15h); 048/213.xxx.3xxx-6 (audiência em 14/11/2013 às 15h); 048/211.xxx.2xxx-2 e 048/211.xxx.2xxx-0 (ambos das mesmas partes com audiência em 21/11/2011 às 15h e 30min); 048/211.xxx.2xxx-4 (audiência em 26/09/2011 às 17h e 30min); 048/211.xxx.1xxx-4 (audiência em 01/08/2011 às 15h e 30min); 048/210.xxx.2xxx-4 e 048/210.xxx.2xxx-1 (ambos com audiência em 04/10/2010 às 15h e 30min). Cabe esclarecer ainda que estes números listados são apenas indicativos e não representam a totalidade dos processos desta natureza ocorridos no período. Ainda, por prática adotada na Comarca, nas tardes em que ocorrem audiências do Juizado Especial Criminal, são marcadas cinco audiências a cada meia hora, sendo todas agendadas na hora cheia.

²⁷ BARALDI, Claudio. Expectativas (Erwartungen). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. Glosário. p. 106.

²⁸ Neste norte, inclusive a estrutura destes mecanismos, como no caso do Direito Penal, por mais moderno que se considere ele hoje, pode ser questionada. “La moderna dogmática jurídico-penal concibe las instituciones como base de la sociedad, de ahí que las expectativas a que se hace alusión deban ser vinculadas con instituciones negativas e instituciones positivas que hacen posible la propia existencia de la sociedad, al mismo tiempo que la impulsan. Las primeras se encuentran ligadas a la esfera de libertad de la persona en la medida que cada persona há de organizar su esfera de actuación sin afectar la esfera de organización de los demás (abstención de originar daños); mientras que las segundas se ocupan de una prestación positiva que ha de llevar a cabo una determinada persona para posibilitar la propia existencia de la sociedad, esto es, para edificar un mundo en común. De tal forma que quien toma parte en el contato social (relaciones sociales) podrá orientarse normativamente a través de las expectativas. Ahora bien, dentro de la sociedad sólo se garantizan jurídico-penalmente aquellas normas que no es posible renunciar para el mantenimiento de la configuración social básica. Esta concepción del derecho penal, a diferencia de aquella que concibe como su función la protección de bienes jurídicos fuera de los márgenes

Importante ressaltar que o que é favorável ou desfavorável observar na Sociedade também vai estar ligado diretamente às expectativas. De alguma maneira, são elas que indicam o que é favorável, pois esta qualificação da observação vai depender do conteúdo da expectativa. Finalmente, o poder também é vinculado à expectativa.

El poder sólo se usa cuando se construye una combinación de alternativas *más desfavorables* ante una expectativa dada. La diferenciación entre lo favorable y lo desfavorable depende de la expectativa y, por lo tanto también de la perspectiva ofrecida en cualquier momento²⁹.

“Pero antes que otra cosa debe esclarecerse por qué ciertas distinciones se prefieren y otras no³⁰.” Quer dizer, porque se fala em expectativas com toda esta amplitude, e não falar de vontades, de angústias. Afinal, o que elas realmente significam e modificam nas comunicações e condutas sociais, já que se afirmou que não se tratam de desejos ou subjetividades dos indivíduos? O certo, é que as expectativas movem as comunicações da Sociedade.

sistémicos del derecho, pone el acento en la función que lleva a cabo la norma de sanción y no en la norma de conducta.” (tradução nossa): “A moderna dogmática jurídico-penal concebe as instituições como base da sociedade, por isso que as expectativas a que se faz alusão devem ser vinculadas com instituições negativas e instituições positivas que fazem possível a própria existência da sociedade, ao mesmo tempo em que a impulsionam. As primeiras se encontram ligadas a esfera da liberdade da pessoa na medida em que cada pessoa tem de organizar sua esfera de atuação sem afetar a esfera de organização dos demais (abstenção de gerar danos); enquanto que as segundas se ocupam de uma prestação positiva que tem de levar ao fim uma determinada pessoa para possibilitar a própria existência da sociedade, isto é, para edificar um mundo em comum. De tal forma que quem toma parte no contrato social (relações sociais) poderá orienta-se normativamente através das expectativas. Afora, dentro da sociedade, somente se garante jurídico-penalmente aquelas normas que não são possíveis de renunciar para a manutenção da configuração social básica. Esta concepção do direito penal, diferentemente daquela que concebe como sua função a proteção dos bens jurídicos fora da margem sistêmica do direito, coloca no lugar a função que leva ao fim da norma de sanção e não na norma de conduta”. COELLO, Julio F. Mazuelos. Revisión crítica de la teoría del bien jurídico. El bien jurídico como segmento del acoplamiento estructural entre la política criminal y el derecho penal funcional. In: LYNET, Eduardo Montealegre (Coord.). *Derecho penal y sociedad: estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. t. 2, p. 94.

²⁹ “O poder só se usa quando se constrói uma combinação de alternativas mais desfavoráveis frente a uma expectativa dada. A diferenciação entre o favorável e o desfavorável depende da expectativa e, portanto também da perspectiva oferecida em qualquer momento”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Poder*. Rubí: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología: Pontificia Universidad Católica de Chile, Primeira Reimpresión: 2005. p. 34.

³⁰ “Mas, antes de mais nada, deve se esclarecer por que se prefere certas distinções e não outras”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 456.

2.1.1 Expectativas Cognitivas e Normativas

Pode parecer falho o questionamento quanto à possibilidade de estabilização da Sociedade diante das expectativas nela existentes, ou a pergunta acerca da possibilidade de se falar em reestruturação de expectativas. Na Teoria dos Sistemas cunhada por Luhmann, por diversas vezes ouve-se que não há homens nesta Sociedade, não há espaço para os indivíduos. Seria, portanto, inconcebível pensar na relação Sistema e expectativas? Parece que não e, ao longo deste trabalho, será dito o porquê.

Com efeito, há uma relação de dependência entre homem e Sociedade. Isso é muito diferente de ter o homem como centro de tudo, que é o que ocorre com algumas teorias, presas ao paradigma da linguagem. Aqui há uma relação entre os homens, os seres humanos, que compõem esta Sociedade, entre eles mesmos, e deles com o próprio Sistema.

Não são apenas as comunicações advindas de uma organização ou de um ator social que serão consideradas. A “palavra dada” por uma pessoa em um negócio ressoa no sistema tanto quanto a resposta de uma organização. A morte de uma pessoa, o nascimento e algumas conquistas pessoais, quaisquer que sejam, podem ter relevância jurídica. As vontades pessoais ressoam como contingência do prometido. Neste contexto, o Direito será visto justamente como um sistema com a função de, através de suas decisões, regular a Sociedade e todas estas informações e expectativas que interagem ou esperam interação (como visto anteriormente, a Política também se destaca neste ponto). Ele será indispensável, pois somente ele tem a função de estabilizar as expectativas existentes em uma interação. A decisão jurídica será o meio para que isso ocorra. No entanto, em uma decisão jurídica, alguém sempre sai como perdedor ou como parcialmente derrotado. A decisão sempre está sujeita a contingências e decepções.

Para ficar mais claro, observe-se a seguinte situação:

[...] podemos imaginar uma situação entre dois indivíduos que trocam entre si, por exemplo, tijolos por madeira. Não é impossível prever-se que esta troca pudesse ser realizada sem que o direito nela interviesse como estrutura. Quando, porém, começamos a pensar nas contingências que poderiam afetar as expectativas recíprocas dos trocadores, veremos que há uma série de fatores que complicam a situação *ad infinitum*. Para que haja um mínimo de garantia, é preciso que as partes possam ter uma relativa certeza de que o

combinado agora prevalecerá no futuro. Não só pela mutabilidade das opiniões e desejos, mas também das contingências biofísicas (alguém pode morrer antes de completada a transação), o negócio está sujeito a variações imprevisíveis *no tempo*. Contra esta contingência temporal que afeta as expectativas recíprocas, é o estabelecimento de *normas* que irá dar a elas a garantia requerida. [...]. Assim, estabelecido por via contratual que o negócio será realizado dentro de 30 dias, respondendo a parte inadimplente pelos prejuízos, etc., fica garantida a *expectativa* de cada um contra o comportamento desiludidor do outro. As normas não podem evitar as desilusões (por exemplo, que os tijolos não sejam entregues), mas garantem a expectativa, permitindo que, apesar dos fatos contrários ao que se esperava, a parte prejudicada mantenha, sob protesto, o seu ponto de vista.³¹

Tem-se nesta citação o exemplo de uma negociação relativamente simples e comum, na qual se tem a expectativa de trocar tijolos por madeira. De saída, pode-se perceber que há uma série de informações e possibilidades que começam a alterar esta expectativa ou influenciar as expectativas futuras. O primeiro ponto destacável relaciona-se com a importância que os indivíduos (seres humanos) enquanto indivíduos e suas condições pessoais têm nesta negociação, já que cogitamos a possibilidade de mudança das opiniões e desejos. O segundo é que, pelo que foi visto na situação telada, parece que tudo pode ser solucionado por meio de uma norma.

Essa não é a nossa resposta. A norma, como forma de estabilização, só traria resultados satisfatórios se ainda estivéssemos em uma Sociedade Segmentária ou Estratificada em modelos totalmente Repressivos ou integralmente Autônomos³². Com a alta complexidade da Sociedade, uma norma não tem o poder de solucionar os conflitos, absorvendo os desapontamentos e eliminando ou limitando as contingências. Ela apenas representa uma prévia redução de complexidade. Como a nossa preocupação aqui é com manutenção, reestruturação de expectativas e estabilização dos Sistemas, a norma não resolve as incertezas acima elencadas (e tantas outras), mesmo fornecendo duração temporal para a expectativa. A norma, afinal não é criada pelo Sistema do Direito, mas pelo Sistema da Política. De qualquer forma, ela é apenas uma pequena peça deste quebra-cabeça.

Ocorre que as normas apenas garantem a expectativa, mas não garantem o comportamento nas interações sociais. Como já referido no início deste capítulo, o

³¹ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 1-2.

³² Detalharemos as peculiares deste tipo de Sociedade em tópico futuro.

outro sempre pode agir de forma inesperada. As normas não são mecanismos capazes de lidar com os desapontamentos e desilusões, muitas vezes criados pela “segurança” que esta própria norma (ou documentos particulares elaborados com base na legislação em vigor) ilusoriamente proporcionam. Veja-se:

Mesmo com a celebração de um contrato no sentido de norma entre as partes, novas contingências poderiam ser previstas. Uma delas seria a interposição de outra norma, de fora, que provocasse uma reviravolta na expectativa garantida. Qual delas prevalece, em caso de dúvida? Aqui entra um segundo mecanismo de controle das contingências e que se refere à **possibilidade de garantir uma expectativa** normativa contra a outra. Para obtê-la, temos que *supor* que os outros, aqueles que não participam do negócio, apóiam isto ou aquilo. Segundo Luhmann, os mecanismos sociais que permitem esta suposição, isto é, que permitem imputar a terceiros um **consenso suposto** que garante o sucesso provável de uma expectativa normativa contra as demais chama-se *instituições*. E o processo referido de suposição se chama **institucionalização**³³. (grifo nosso).

Então, pode-se dizer que, mesmo que se tenha mecanismos para garantir uma expectativa normativa contra outra expectativa normativa, ainda assim isso não impede que ocorram desapontamentos. O problema dos desapontamentos é que geram instabilidade social, caso não sejam devidamente canalizados ou oportunizada a aprendizagem³⁴. Mais do que isso, nem toda a contingência e a complexidade podem ser abarcadas por esta institucionalização, pois, em qualquer Sociedade passam a existir mais expectativas normativas que possibilidades de institucionalização³⁵. Mesmo com as instituições, ainda podem haver decepções.

No que diz respeito ao conteúdo das expectativas em jogo, pode haver, por último, um terceiro tipo de contingência. Que nos garante que os tijolos, objeto da troca, sejam na intenção de ambas as partes, a mesma coisa? De qualidade superior ou inferior, na hora de se concretizar a troca, tijolos e madeira podem desiludir as expectativas quanto ao seu conteúdo. Para enfrentar esta terceira contingência Luhmann se refere aos núcleos significativos, isto é, centros doadores de sentido dotados de **garantia relativa**. Por exemplo, **o dono dos tijolos confia pessoalmente no dono da madeira. A pessoa funciona como centro doador de sentido à**

³³ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 01-02.

³⁴ Esta é uma questão que será vista no momento oportuno.

³⁵ Em outra perspectiva, Luhmann também falará em civilização das expectativas através do Estado. LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 189.

troca realizada em termos de conteúdo daquilo que se espera. Ou se confia no dono da madeira que é um comerciante respeitado, caso em que o núcleo significativo é o *papel* social exercido. Ou, caso nem pessoa nem papel sejam conhecidos, se confia na equidade ou na justiça que devem prevalecer, caso em que o núcleo significativo é um valor³⁶. (grifo nosso).

O problema é que tanto equidade como justiça sofrem dos mesmos problemas que a negociação mencionada em nosso exemplo. A justiça (que por vezes é igualada a equidade³⁷) torna-se importante porque, no caso de rompimento de expectativas, um dos elementos prévios que sustenta uma margem de estabilidade da decisão contingencial futura é a expectativa de que se decidirá com justiça. O fato é que, nesta análise, até o momento, as expectativas ainda estão sem uma margem de estabilização mais estruturada.

Nessa ordem de ideias, seguindo as colocações do caso apresentado acima, será preciso, além de uma confiança no sistema ou no ator social, a confiança³⁸ também no indivíduo, como referido no início deste capítulo³⁹.

O que se pode dizer neste momento é que a expectativa é um conceito

³⁶ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 1-2.

³⁷ Neste sentido ver a obra de RAWLS, John. *Justiça como equidade*. Tradução de BERLINER, Claudia. São Paulo: Martins Fontes, 2003 e RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

³⁸ Este tema tem grande relevância para a obtenção e construção de nossa resposta final. A confiança e a aprendizagem estão intimamente ligadas, e não tem mais referência apenas às conexões pessoais dos envolvidos na comunicação. Para Luhmann “al cambiar la confianza personal por la confianza en el sistema, el proceso de aprendizaje se hace más fácil, pero el control es más difícil”. (tradução nossa): “ao mudar a confiança pessoal pela confiança no sistema, o processo de aprendizagem torna-se mais fácil, mas o seu controle é mais difícil”. LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Tradução de Amanda Flores. Barcelona: Anthropos; Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Universidad Católica de Chile, 2003. p. 86.

³⁹ “A confiança, assim, vai se erigindo *tridimensionalmente*. Duas dessas dimensões pertencem ao âmbito da confiança pessoal. Nessa perspectiva, ela é condição essencial para o convívio dos indivíduos em sociedade, pois o homem orienta-se especialmente pela confiança que é depositada nas pessoas e no mundo. Contudo, transcende-se este âmbito em situações de elevada complexidade: surge então uma terceira dimensão, denominada por Luhmann *confiança sistêmica*, a qual para operar depende dos meios de comunicação *simbolicamente generalizados*. Em suma, duas dimensões da confiança estão diretamente vinculadas à *confiança pessoal*, sendo que uma terceira dimensão, demonstra como se estabelece uma relação de *confiança sistêmica*”. ROCHA, Leonel Severo; BARRETO, Ricardo Menna. Confiança e ciberespaço: uma observação sistêmica do direito dos contratos eletrônicos. In: ENCONTRO DO CONPEDI, 15., 2008, Brasília, DF. *Anais eletrônicos...* Brasília, DF, 2008. p. 50-52. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/leonel_severo_rocha.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2015. Na mesma perspectiva: ROCHA, Leonel Severo; BARRETO, Ricardo Menna. Confiança nos contratos eletrônicos: uma observação sistêmica. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 7, n. 2. p. 409-425, jul/dez. 2007. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index/revjuridica/article/view/575/492>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

contingente⁴⁰. Ou melhor, entende-se que seu conteúdo é contingente. Sendo contingente, a expectativa que é uma, poderia facilmente ser outra, e pode efetivamente ser uma e passar a ser outra. Tanto no âmbito cognitivo (de forma muito mais fácil) como no âmbito normativo, que embora encontre processos mais sólidos para modificações, ainda assim apresenta esta possibilidade.

É importante esclarecer que expectativas cognitivas e normativas não sustentam uma diferenciação apenas nominal, semântica, mas estrutural também. Enquanto as expectativas normativas apresentam uma duração temporal considerável, estruturada, e possuem em sua essência a ideia da possibilidade de trabalhar a absorção de desapontamentos, as expectativas cognitivas não precisam necessariamente ser estruturadas e, ao contrário das expectativas normativas, assumem grande capacidade de modificação, embora nem sempre lidem bem com os desapontamentos, pois não estão necessariamente preparadas para eles, como, em tese, estão as expectativas normativas. Em outros termos, “ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride.⁴¹”

[...] normative expectations rarely change: their normativity is expected to be able to stabilise expectations. Cognitive expectations, on the other hand, can change in the form of adaptation to disappointment. The legal system reduces complexity by fixing normative expectations that have the ability to maintain and perpetuate themselves. [...]. The two categories of expectations, in direct analogy to a system's structural closure and cognitive openness, are combined by the system to achieve its evolution; [...]. Thus, although the selection of whether a disappointment will be handled normatively or cognitively is made by the system, specifically for the legal system the processing of expectations entails institutionalisation, and this occurs predominantly through normative expectations. However, the production of cognitive expectations is on the rise⁴².

⁴⁰ LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). *Direito penal e funcionalismo*. Trad: André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 14.

⁴¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 56.

⁴² “[...] expectativas normativas raramente mudam: espera-se que sua normatividade seja capaz de estabilizar expectativas. Expectativas cognitivas, por outro lado, podem mudar na forma de adaptação ao desapontamento. O sistema legal reduz complexidade ao fixar expectativas normativas que tem a habilidade de manter-se e perpetuar-se. [...]. As duas características de expectativas, em analogia direta ao fechamento estrutural do sistema e abertura cognitiva, são combinadas pelo sistema para alcançar sua evolução. [...]. Assim, embora a seleção de se um desapontamento será tratado normativamente ou cognitivamente é feito pelo sistema, especialmente para o sistema legal o processamento de expectativas requer institucionalização, e

Como o foco da pesquisa é o Subsistema do Direito, quando se fala em expectativas sociais ele terá uma diferenciação funcional de extrema relevância para a Sociedade, pois compete a este sistema dizer o que é Direito/Não-Direito. “But, within its boundaries its lawful/unlawful code constructs not only what is, but also what is not in the system⁴³”. Quer dizer que as expectativas neste subsistema, de alguma forma, vão girar a partir deste prisma. A partir desta concepção, muitas decisões serão tomadas, e este é um dos elementos que vão mensurar se as vítimas de violência doméstica, por exemplo, podem ou não ter suas expectativas atendidas ou discutidas por este sistema, sem que isso implique em sua corrupção. Quais expectativas ele consegue perceber e quais expectativas ele gera a partir de sua funcionalidade?

Quando sua função não é respeitada ou não é observada ou como popularmente no meio jurídico se diz: “isso não é fazer direito, é fazer outra coisa através do Direito”, vê-se aumentada a complexidade e começa a gerar ruídos nas comunicações. Como a função deste sistema é outra, qual seja, reduzir a complexidade social através de suas decisões e criar estabilidade para proporcionar evolução, a própria função se torna complexa, na medida em que o Direito talvez seja um dos poucos sistemas em que se pode dizer que “ejerce un protagonismo activo y está produciendo realidad.⁴⁴”

Esta produção de realidade precisa ser observada a partir de um código – no caso, Direito/Não-Direito –, e de programas. Os programas mais uma vez se reportam às expectativas, pois eles representam todas as comunicações de expectativas cognitivas e normativas necessárias para a internalização das informações, possibilitando que se tome uma decisão jurídica. Para exemplificar como esses programas se perfectibilizam, a Constituição Federal se mostra um exemplo privilegiado, pois foi formada a partir de expectativas cognitivas advindas dos mais diversos setores da Sociedade⁴⁵, que se tornaram anseios positivados

isto ocorre predominantemente através de expectativas normativas. Entretanto, a produção de expectativas cognitivas se eleva.” (tradução nossa). PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. Niklas Luhmann: Law, Justice, Society. A GlassHouse book, 2010. p. 89.

⁴³ “Mas dentro dos seus limites seu código direito/não-direito constrói não apenas o que é, mas também o que não é o sistema”. (tradução nossa). PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. Niklas Luhmann: Law, Justice, Society. A GlassHouse book, 2010. p. 88.

⁴⁴ “o direito exerce um protagonismo ativo e está produzindo realidade.” (tradução nossa). GARCIA, Jesús Ignacio Martínez. Para leer a Luhmann: avisos para juristas. In: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2002. p. 19.

⁴⁵ Como mencionado na dissertação, este é o caso da constitucionalização do direito à saúde, que teve grande força dos movimentos sanitários, e até mesmo sindicais, tendo em vista a saúde do

(expectativas normativas). Isso indica ainda que, além de pessoas, as expectativas cognitivas podem estar ligadas a grupos sociais ou a organizações, não sendo algo exclusivo de um cidadão. As expectativas cognitivas não podem ser vistas apenas como um problema do indivíduo, de um ser humano.

Outro elemento relevante desta teoria que está conectado às expectativas e interfere nelas é o risco. O risco está ligado às duas formas de expectativas e diretamente relacionado à tomada de decisão, e, com isso, à evolução social. Da mesma forma que as expectativas cognitivas, ele não pode mais ser visto como um problema do Sistema Psíquico, vinculado ao homem, mas é um problema do Sistema Social. Não é apenas a pessoa, sozinha, em seu íntimo, que sente medo. Na Sociedade de Complexidade, o risco faz parte das comunicações da Sociedade, as quais afetam o comportamento de todos os grupos sociais, variando de acordo com as expectativas⁴⁶ deste grupo.

Nessa linha de abordagem, em que o foco da observação se dá sobre a forma de diferenciação, e não da ideia de conceitos, mostra-se adequado recordar que o risco não é oposto de segurança⁴⁷. A segurança, na atualidade, é uma mera

trabalhador.

⁴⁶ Em outras palavras: “En la actualidad, el problema del riesgo há sido descubierto también por las ciencias sociales, pero, para decirlo de algún modo, no en el jardín propio, sino porque el jardín del vecino no se había cuidado y regado suficientemente. Tanto los antropólogos culturales como los antropólogos sociales, así como los politólogos, han señalado – indudablemente con razón – que la evaluación del riesgo y la disposición a aceptarlo no es sólo un problema psíquico, sino sobre todo, un problema social.” (tradução nossa). “Na atualidade, o problema do risco tem sido descoberto também pelas ciências sociais, mas, para o dizer de algum modo, não em seu jardim próprio, senão porque o jardim do vizinho não tinha sido cuidado e regado suficientemente. Tanto os antropólogos culturais como os antropólogos sociais, assim como os politólogos, tem assinalado – indubitavelmente com razão – que a avaliação do risco e a disposição em aceitá-lo não é somente um problema psíquico, mas sobretudo, um problema social.” LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura. México: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 48.

⁴⁷ “O sentido do risco como oposição à noção de segurança (risco/segurança) é suplantando a partir a consciência de que na sociedade nenhuma ação é precisamente segura. Por essa razão, o sentido atribuído ao risco decorre de sua distinção da noção de perigo (risco/perigo). O risco consiste nas consequências indesejadas e danos futuros decorrentes dos processos de tomada de decisão (de um determinado sistema), havendo certa possibilidade de controle, e vincula-se às decisões tomadas no presente, consistindo-se na face construtiva da distinção risco/perigo, pela sua maior suscetibilidade ao controle pelas decisões, a partir da constatação de que as decisões vinculam o tempo, ainda que não se possa conhecer suficientemente o futuro, nem mesmo o futuro produzido pelas próprias decisões do sistema. A comunicação do risco consiste exatamente nas incertezas a respeito do futuro decorrentes das decisões tomadas no presente. Em síntese, o risco consiste na descrição das frustrações pelo próprio agente. Como exemplos de situações de risco, tem-se a utilização da energia nuclear, a biotecnologia entre outros processos marcadamente inerentes à industrialização e ao desenvolvimento tecnológico ocorrido no último século. Já o perigo detém o sentido de descrever situações em que as consequências indesejadas são provenientes do ambiente (externas ao sistema observador). Trata-se da perspectiva da vítima. Em outras palavras, a noção atribuída às situações de perigo parte da perspectiva externa ao sistema observador, sendo-lhe mais escasso, o acesso aos

expectativa, com alta probabilidade de que não ocorra⁴⁸. Não há certeza (que não é um elemento desta complexidade social) de que algo será de determinada forma, apenas a expectativa de que a situação irá se desenvolver de determinada maneira: expectativas cognitivas e normativas (afinal, existe uma lei sobre isso) de que não seremos assaltados ao sair de casa, de que o médico nos receitará o melhor medicamento para uma enfermidade específica, de que os julgadores decidam da melhor forma possível. De certa forma, por outro lado, é a segurança que mantém uma série de expectativas, as quais se mantêm através da ilusão de que a segurança existe. Ao invés de se pensar em gerenciamento do risco e confiança, é mais seguro cognitivamente se pensar em segurança. Ou seja, as expectativas podem ser observadas em diversos aspectos de nossa cotidianidade, desde que focadas sob o ângulo certo.

Mas é mantida esta expectativa de segurança dos indivíduos na Sociedade de Complexidade, se o que se tem é uma alta probabilidade de que a segurança não ocorra, por que, mesmo assim sempre se recorre a pensar mais nela do que com maior frequência na confiança ou no gerenciamento? Para responder isso é preciso falar brevemente em gerenciamento do risco.

Recordando em uma nova perspectiva. Através do gerenciamento do risco – que implica em dizer que não há risco zero, mas risco administrado –, consegue-se evitar os desastres que poderiam atingir a Sociedade, em suas mais diversas áreas. Com esta resposta, possibilita-se a confirmação das expectativas de segurança dos cidadãos (mesmo que isso efetivamente seja diverso de segurança). Com isso, cria-se um nível de estabilidade que permite aumentar as probabilidades de comunicação⁴⁹. Com mais comunicação, mais evolução social. Mas,

conhecimentos que permitiriam o controle das consequências futuras prejudiciais. As catástrofes naturais, bem como os fenômenos meteorológicos consistem em exemplos, uma vez que as consequências decorrem de eventos exteriores à sociedade. Em que pese a diferença entre o risco e o perigo cingir-se ao ponto de observação (interno ao sistema, no caso do risco, e externo, no do perigo), tem-se que o que é perigo para um observador (vítima) é risco para outro (agente). A partir desta constatação feita por Niklas Luhmann, com o maior controle do homem sobre as condições da vida apresenta-se uma crescente transformação de perigos em riscos.” CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 62-63.

⁴⁸ Dito de outra forma: “Definitivamente no podemos renunciar con seguridad a una ventaja insegura, porque la renuncia posiblemente no es tal.” (tradução nossa): “Definitivamente não podemos renunciar com segurança uma vantagem insegura, porque a renúncia possivelmente não é segura.” LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura. México: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 66.

⁴⁹ Luhmann afirma que existem três improbabilidades da comunicação acontecer: “Em primeiro lugar, é improvável que alguém compreenda o que o outro quer dizer, tendo em conta o isolamento e a

paradoxalmente, com mais comunicações cria-se mais complexidade, e para reduzir-se complexidade é preciso tomar uma decisão. Novamente ter-se-á um paradoxo: a tomada de decisão diminui o risco, mas gera mais risco, porque, ao mesmo tempo em que ela reduz complexidade, ela aumenta o risco a partir daquela complexidade que se impõe na decisão tomada, e gera um risco maior de desapontamento das expectativas. Portanto, como já se questionou antes, a nossa indagação agora será: como tomar uma decisão?

Todas estas colocações têm ligação direta com as expectativas, tanto das pessoas como das organizações sociais. Tanto as expectativas normativas como as cognitivas serão afetadas de uma forma ou de outra pelo risco das decisões tomadas. Neste sentido:

Tomando como exemplo a expectativa normativa de que os profissionais da Saúde fazem um juramento de que não vão fazer mal a seus pacientes, tal situação gera a expectativa cognitiva (e também normativa no enfermo) de que o medicamento que está sendo receitado para ele não pode fazer-lhe mal já que o médico tem um compromisso social de não fazer mal, a seus pacientes. Contudo, estas expectativas só podem ser mantidas se o risco for satisfatoriamente gerenciado, já que nada pode garantir que efetivamente o médico não está tentando fazer mal a seu paciente, como por exemplo, receitando um medicamento experimental, seja qual for sua motivação. Assim, a manutenção destas expectativas só vai se dar se houver um bom gerenciamento do risco⁵⁰.

Ou seja, para a manutenção das expectativas, é preciso que se tomem decisões que gerenciem o risco (colocou-se esta reflexão anteriormente e para nós ela é consolidada). Mas hoje, em uma Sociedade de Complexidade, em que existem

individualização da sua consciência. O sentido só se pode entender em função do contexto, e para cada um o contexto é, basicamente, o que a sua memória lhe faculta. [...]. A segunda improbabilidade é a de aceder aos receptores. É improvável que uma comunicação chegue a mais pessoas do que as que se encontram presentes numa situação dada. O problema assenta na extensão espacial e temporal. O sistema de interação dosa indivíduos que se encontram presentes em cada caso, garante a atenção suficiente para que se produza a comunicação, desintegrando-se quando se comunica de modo perceptível que não se deseja comunicar." [...]. A terceira improbabilidade é a de obter o resultado desejado. Nem sequer o facto de que uma comunicação tenha sido também aceite. Por <<resultado desejado>> entendo o facto de que o receptor adopte o conteúdo selectivo da comunicação (a informação) como premissa do seu próprio comportamento, incorporando à selecção novas selecções e elevando assim o grau de selectividade. A aceitação como premissa do próprio comportamento pode significar actuar em virtude das directrizes correspondentes, bem como experimentar, pensar e assimilar novos conhecimentos, supondo que uma determinada informação seja correcta." LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. Tradução de Anabela Carvalho. 4.ed. Lisboa: Passagens; Vega, 2006. p. 42-43.

⁵⁰ WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão, risco e saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 77.

muitas possibilidades que podem se mostrar interessantes para a resolução de um caso, é preciso mais do que gerenciamento de risco. Entende-se que é preciso agregar a este gerenciamento uma fundamentação capaz de demonstrar por que os argumentos de uma parte são melhores do que os da outra, e que, portanto, consigam criar um convencimento de que a decisão proferida, embora não atenda às minhas expectativas (tanto cognitivas como normativas), deve ser cumprida. Para isso não será necessário apenas o gerenciamento e a fundamentação, mas uma alteração no que se conhece por Legitimação pelo Procedimento. Voltar-se-á a isso após ser definido melhor nosso ponto sobre as expectativas.

Outro elemento que não pode deixar de ser mencionado é a observação. Neste caso, visto que se focará muito na observação de decisões judiciais e pedidos trazidos ao Sistema do Direito, reobservar a observação de segunda ordem é fundamental. Ao observar-se uma decisão judicial, é possível vislumbrar o que o julgador observou sobre o caso em que lhe foi colocado para decisão. Ao tomar a decisão de observar o que já foi observado, pode-se incorrer em dupla contingência. O efeito disto no ponto das expectativas é que, na contingência simples, ergueram-se “estruturas estabilizadas de expectativas, mais ou menos imunes a desapontamentos [...]. Frente à dupla contingência necessita-se outras estruturas de expectativas, de construção muito mais complicada e condicionada: as expectativas.⁵¹”

Com esta observação tem-se uma potencialização do risco. Isso porque, observar as expectativas de outro só é possível quando eu reconhecer no outro eu mesmo (um outro eu). Justamente porque para o outro, embora o mundo seja complexo e contingente, as complexidades e contingências percebidas serão outras, elevando as contingências de simples para duplas⁵². Nas palavras de Leonel Severo Rocha, com a dupla contingência ocorre o “estabelecimento dos próprios limites em relação ao objeto a partir do próprio objeto, conseguindo-se expectativas razoavelmente seguras de um futuro aberto.⁵³”

As expectativas são tão importantes que até mesmo as irritações que surgem nas comunicações são uma expectativa cognitiva. Elas são surpresas no sistema, e não há como ter certeza sobre elas, mas apenas expectativas. Sendo assim, as

⁵¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 47.

⁵² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 47.

⁵³ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 70.

expectativas são fortemente ligadas ao observador⁵⁴. No entanto, ao contrário das expectativas normativas, as cognitivas, enquanto cognitivas, não se constituem em estrutura. Elas só serão estrutura, ou melhor, serão duradoras no tempo, quando se constituírem em expectativas normativas.

Já as novidades (que são um forte componente dos meios de comunicação), vão conseguir atingir, quebrar, com mais força as expectativas cognitivas, justamente porque estas não são estruturadas. Ao fazer isso, surgirão novas possibilidades⁵⁵ de responder às questões.

E nesta Sociedade há muitas formas de responder a estas questões, porque sempre existe a expectativa de que as situações se desenvolvam de uma determinada forma, mas elas invariavelmente podem ocorrer de outra, mesmo que estejam positivadas (expectativas normativas). Um exemplo disso são os direitos fundamentais, os quais confirmam expectativas normativas que apenas deslocam os conflitos do campo individual para o campo da relação entre coletividade e Estado. Do mesmo modo, os direitos a prestações do Estado de Bem-Estar Social transferem os conflitos políticos para o Direito, sobre o qual ninguém mais pode se queixar politicamente de que faltam direitos, embora se possa continuar o conflito, agora, contra a morosidade da organização judiciária, na realização concreta destes direitos⁵⁶. O mesmo ocorre com a saúde pública no Brasil, e será visto neste trabalho que é o que ocorre com muitos casos que chegam aos julgadores através dos Juizados Especiais Estaduais e das ocorrências policiais envolvendo a Lei Maria da Penha.

As satisfações e decepções a que estamos expostos, são condicionados pelas nossas expectativas; condicionadas à forma como elas são recepcionadas e a forma como são comunicadas na Sociedade. Cognitivas ou normativas, elas enfrentam as satisfações e desapontamentos de modo diverso.

En el caso de expectativas normativas, satisfacción y decepción se consideran según la distinción entre comportamiento conforme (que satisface las expectativas) y comportamiento desviante (que las decepciona). En el caso de las expectativas cognitivas, la satisfacción

⁵⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2002. p. 510.

⁵⁵ LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005. p. 57.

⁵⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito, energia e tecnologia: a reconstrução da diferença entre energia e tecnologia na forma da comunicação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 274.

y decepción se consideran según la distinción entre saber (que satisface las expectativas) y no saber (que las decepciona). Así la diferencia entre satisfacción y decepción se propone de nuevo en las distinciones conformidad/desvío y saber/no saber referidas a las modalidades respectivamente cognitiva e cognitiva de las expectativas⁵⁷.

Em resumo: uma expectativa normativa é aquela que se converte em estrutura, com duração temporal, e é contrafática. Uma expectativa cognitiva, por sua vez, é aquela em que há um espaço mais amplo para se falar em desapontamentos, em frustrações e possibilidade de mudanças sem nenhuma burocracia. Essa diferença é fundamental para que se possa seguir a discussão em termos sistêmicos, sem desvios, mal entendidos ou conclusões equivocadas.

2.1.2 Expectativas de Expectativas

A princípio, o que queremos é ter muitas escolhas, muitas possibilidades, e em algum momento isto acaba sobrecarregando as nossas expectativas. “É sabido que o mundo é complexo e contingente, e que, portanto, os outros podem agir de forma inesperada”⁵⁸. Esta forma inesperada, pode conduzir-nos a frustrações e litígios, devido às expectativas cognitivas que temos em relação ao outro e dos outros em relação a nós, e, mais ainda, de nossas expectativas sobre as expectativas dos outros (expectativas de expectativas).

Atualmente, “em qualquer sociedade passam a existir mais expectativas normativas que possibilidades de institucionalização”⁵⁹. Como lidar com isso então? Como enfrentar o grande dilema do sistema, que é a necessidade de sempre se estabilizar⁶⁰, se as próprias expectativas em si, que se apresentam a todo o

⁵⁷ “No caso de expectativas normativas, satisfação e decepção se consideram segundo a distinção entre comportamento conforme (que satisfaz as expectativas) e comportamento desviante (que as decepciona). No caso das expectativas cognitivas, a satisfação e decepção se consideram segundo a distinção entre saber (que satisfaz as expectativas) e não saber (que as decepciona). Assim a diferença entre satisfação e decepção se propõe novamente nas distinções conforme/desviante e saber/não-saber referidas as modalidades respectivamente cognitiva e cognitiva das expectativas”. (tradução nossa). BARALDI, Claudio. Expectativas (Erwartungen). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 110-111.

⁵⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 56.

⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 111.

⁶⁰ “El problema fundamental de todo sistema es su estabilidad, es decir, el reforzamiento y la estabilización de los límites entre sistema y universo.” (tradução nossa). “O problema fundamental

momento no sistema, são complexas e contingentes?

Estas indicaciones, sin embargo, son complejas y contingentes; complejas porque cada vez hay más posibilidades que son indicadas y contingentes porque las indicaciones de otras posibilidades de la vivencia también pueden llevar a engaño en la medida en que apuntan a algo que no es alcanzable o que no está ya ahí una vez que se han adoptado las necesarias precauciones para la vivencia actual (como, por ejemplo, cuando se ha ido hasta el lugar de encuentro). La complejidad y la contingencia son sobreexigencias y riesgos de la expectativa que no pueden ser eliminados, puesto que ello acabaría con las ventajas de unas mayores posibilidades de elección, pero que pueden ser reelaborados y convertidos en cargas llevaderas para el comportamiento. Los riesgos no eliminables han de permanecer en la expectativa misma, es más, han de estar fundidos con el sentido de las expectativas⁶¹.

Sem tardar, pode-se perceber que esses elementos não possuem apenas um aspecto negativo. Existe também um aspecto positivo. Isso porque, todas estas possibilidades, a possibilidade de se ter expectativas sobre expectativas, a possibilidade de que tanto expectativas cognitivas como normativas possam, de alguma forma, gerar até mesmo conflitos, é positiva, na medida em que observada como uma maior possibilidade de escolhas para comportamentos e comunicações. Nessa ordem de ideias, a decisão jurídica, que é uma redutora de complexidade e condutora da estabilização, é complexa e contingente, e se criam muitas expectativas e expectativas de expectativas sobre ela. Será que uma Sociedade que está em constante transformação tem mecanismos que lhe permitem se estabilizar?

É para responder a esta questão, que foi necessário relembrar o gerenciamento. O gerenciamento é uma das chaves para a obtenção desta resposta, como mencionado no ponto anterior. Portanto, e esta é uma das teses

de todo sistema é sua estabilidade, ou seja, o reforçamento e a estabilização dos limites entre sistema e universo". DE GIORGI. Rafaella. *Ciencia del derecho y legitimacion*. México: Universidad Iberoamericana, 2007. p. 240.

⁶¹ LUHMANN, Niklas. *La moral de la sociedad*. Traducción de Iván Ortega Rodríguez. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 32-33. (tradução nossa). "Estas indicações, não obstante, são complexas e contingentes; complexas porque cada vez existem mais possibilidades que são indicadas e contingentes porque as indicações de outras possibilidades de vivência também podem levar ao engano na medida em que apontam para algo que não é alcançável ou que não está imediatamente ali, uma vez que se adotaram as necessárias precauções para a vivência atual (como, por exemplo, quando se foi até o lugar do encontro). A complexidade e a contingência são sobre-exigências e riscos de expectativas que não podem ser eliminados, uma vez que isso acabaria com a vantagem de maiores possibilidades de escolha, mas que podem ser reelaborados e convertidos em cargas toleráveis para o comportamento. Os riscos não elimináveis têm de permanecer na expectativa mesma, é mais, têm de estar fundidos com o sentido das expectativas."

dentro da tese é preciso gerenciar expectativas. No trabalho anterior (Decisão, Risco e Saúde) se falava em gerenciar o risco. Agora, nesta nova fase da pesquisa, em que se quer atingir um outro nível de discussão, mormente em relação à decisão judicial, é preciso falar em gerenciamento de expectativas, que, de certa forma, fará parte do gerenciamento do risco, diante das comunicações, penetrações e irritações que ocorrem nos sistemas.

As expectativas são observadas pelo Sistema mesmo que não estejam dentro dele, mas em seu entorno. A própria observação que o Sistema faz de seu entorno, o faz em forma de expectativa, pois esta realidade do entorno é incompreensível ao sistema, e ele precisa traduzir para algo que ele possa comunicar internamente na forma de sentido. Por isso, as expectativas são convenientes para esta observação, pois trazem a incerteza, indeterminação e imprevisibilidade em si, assim como o que ocorre no entorno do sistema, de acordo com a observação do próprio sistema. Entretanto, na forma de expectativas, elas são incertezas, indeterminações e imprevisibilidades com as quais o sistema consegue lidar. Nisso são semelhantes ao risco, e, portanto, podem ser gerenciadas.

As expectativas de expectativas são também denominadas de expectativas reflexivas. Elas se fundem de tal forma que passam a ser estruturas do sistema. Ou seja, algo permanente e duradouro. Dessa maneira, o sistema tem instrumental para observar desta forma. É assim, por exemplo, que é possível ao Sistema do Direito observar o Sistema psíquico.

Para la función de orientación, las expectativas organizan episodios de la existencia autopoiética de los sistemas, o bien convierten en estructuras de los sistemas. Éstas en efecto permiten la reproducción de las operaciones de los sistemas psíquicos y sociales, garantizando la capacidad de conexión entre los elementos (pensamientos o comunicaciones). Las expectativas, entonces, son los vínculos estructurales de las operaciones del pensamiento y de la comunicación, en cuanto fijan la expectación de los eventos⁶².

Em um sistema autopoietico, as expectativas funcionam como um elo entre

⁶² “Para a função de orientação, as expectativas organizam episódios da existência autopoietica dos sistemas, ou convertem em estruturas dos sistemas. Estas, com efeito permitem a reprodução das operações dos sistemas psíquicos e sociais garantindo a capacidade de conexão entre os elementos (pensamentos ou comunicações). As expectativas, então, são os vínculos estruturais das operações do pensamento e da comunicação, enquanto fixam a expectação dos eventos”. (tradução nossa). BARALDI, Claudio. Expectativas (Erwartungen). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 107.

pensamentos que estão no Sistema Psíquico e a Sociedade, que se compõe de comunicações⁶³. Este elo é tão forte que possibilita que as expectativas criem estruturas duradouras que permitem que se criem expectativas sobre as ações que surgirão a partir daí.

As comunicações não são realizadas apenas com base nas expectativas de quem está envolvido na comunicação, mas sim, com base em expectativas de expectativas. As comunicações, além de observarem o que está sendo dito, são emitidas com base naquilo que se espera que o outro manifeste, reacione. Melhor dizendo, cria-se uma expectativa sobre as expectativas que o outro tem de se manifestar, e vice-versa. Em outras palavras.

Para poder actuar en relación com Alter, Ego debe orientarse no sólo a las expectativas del actuar de Alter, sino y sobre todo, a las expectativas de sus expectativas. La comunicación no se realiza simplemente con base a la expectativa que cada uno de los participantes tiene de la selectividad del otro: es necesario que cada uno pueda esperar lo que el otro espera de él. Sólo las expectativas del otro permite a Ego y a Alter insertar en la propia orientación lo que orienta la selectividad del otro⁶⁴.

Além deste papel de destaque nas comunicações, as expectativas de expectativas ocupam uma posição de destaque nos sistemas sociais, pois fazem parte de sua estrutura. Ao se afirmar que as expectativas reflexivas são estruturas

⁶³ Veja-se que a comunicação é o elemento que propicia que posteriormente se fale em ação. Luhmann há muito rompeu com a ideia de que a ação é a base da Sociedade, como pensava Parsons. Neste sentido, pode ser percebida a diferença dessa mudança na observação de nossa problemática: “Al concluir debe recordarse que la teoría de la diferenciación de los sistemas aquí esbozada – y que todavía habrá de elaborarse más adelante – se refiere a comunicaciones y no a acciones. Quien observa acciones encuentra típicamente la pertenencia de ésta a diversos sistemas; esto tan sólo por el hecho de que el actor mismo se desempeña – física y mentalmente – como punto de atribución y porque además una acción puede participar en diferentes sistemas funcionales según sean los motivos y los efectos”. (tradução nossa): “Ao concluir, deve-se recordar que a teoria da diferenciação dos sistemas aqui esboçada – e que todavia haverá de elaborar-se mais adiante – refere-se a comunicações e não a ações. Quem observa ações encontra tipicamente o pertencimento destas à diversos sistemas; isto tão somente pelo fato de que o ator mesmo se desempenha – física e mentalmente – como ponto de atribuição e porque ademais uma ação pode participar em diferentes sistemas funcionais segundo sejam os motivos e os efeitos”. LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 482.

⁶⁴ “Para poder atuar em relação com Alter, Ego deve orientar-se não somente as expectativas do atuar de Alter, mas sobretudo, as expectativas de suas expectativas. A comunicação não se realiza simplesmente com base a expectativa que cada um dos participantes tem da seletividade do outro: é necessário que cada um possa esperar do outro o que o outro espera dele. Somente as expectativas do outro permitem a Ego e a Alter inserir na própria orientação o que orienta a seletividade do outro”. (tradução nossa). BARALDI, Claudio. Expectativas (Erwartungen). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 108.

dentro do sistema, é possível dimensionar a sua importância. O significado disso é que “las expectativas de expectativas al interior de los sistemas sociales son estructuras, y así son las únicas estructuras posibles: las estructuras de los sistemas sociales consisten en expectativas de expectativas o expectativas reflexivas (expectativas que se refieren a otras expectativas)⁶⁵.”

No mais das vezes, as expectativas de expectativas estão envoltas na estrutura do sistema e têm grande participação no universo da comunicação, criando uma série de anseios e, não há outro termo para se dizer isso de outra maneira, expectativas. Estas acabam gerando decepções, visto que são contingentes; são de uma forma, mas poderiam facilmente ser de outra. Sendo contingentes, elas também se tornam imprevisíveis, o que gera instabilidade e decepções que podem levar ao conflito ou aumentar a improbabilidade da comunicação⁶⁶.

E não é apenas as expectativas que são reflexivas, mas a contingência também pode ser dupla (dupla contingência). Com esta relação de expectativas de expectativas e dupla contingência, a decepção pode se potencializar sobremaneira nesta interação. É aqui que se quer chegar. A decepção nem sempre vai consistir em algo que se considere no senso comum ou, no senso comum teórico dos juristas⁶⁷, como algo ruim. A partir das decepções é que se abre um novo horizonte para a aprendizagem, a qual é determinante para se falar em estabilização e evolução social. As perturbações advindas de um desapontamento podem ser canalizadas pelo Sistema e reobservadas de outra forma.

Por isso,

La decepción de las expectativas tiene una función importante, ya que permite tratar lo sorprendente que acontece en el entorno, en particular, en las situaciones de doble contingencia: un sistema

⁶⁵ “As expectativas de expectativas no interior dos sistemas sociais são estruturas, e assim são as únicas estruturas possíveis: as estruturas dos sistemas sociais consistem em expectativas de expectativas ou expectativas reflexivas (expectativas que se referem a outras expectativas)”. (tradução nossa). BARALDI, Claudio. Expectativas (Erwartungen). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 109.

⁶⁶ BARALDI, Claudio. Expectativas (Erwartungen). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 109.

⁶⁷ Para mais referências sobre o senso comum teórico dos juristas, ver: WARAT, Luis Alberto. *A digna voz da majestade: lingüística e argumentação jurídica, textos didáticos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. v. 4 e WEBBER, S. S.; HOHENDORFF, R. V. *Ensino jurídico em Terrae Brasilis: reflexões a partir das lições Waratianas do senso comum teórico dos juristas*. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei, MEZZARROBA, Orides; MOTTA, Ivan Dias da (Org.). *Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos*. 1. ed. Curitiba: 2013. p. 163-184.

puede transformar una complejidad indeterminada en decepciones y por lo tanto afrontar las diferentes situaciones que se presentan en su entorno. La decepción hace evidente la referencia de una expectativa a la realidad externa, realidad cuyo poder de perturbación puede ser captado precisamente a través de las decepciones⁶⁸.

A partir disso, a pergunta que se coloca para ser respondida ao longo desta tese é: o Sistema do Direito consegue fazer esta captação da realidade através das decepções? Na atualidade, com a complexidade que se impõe ao sistema hoje, ele tem mecanismos legítimos para transformar esta complexidade indeterminada em decepção e enfrentar a partir dela as situações do entorno? E finalmente, o Direito pode aprender, enquanto Sistema?⁶⁹

Estas três perguntas nos encaminham para falar em decepções. Quando se fala em decepções, é preciso sempre relacioná-las com a noção de expectativas cognitivas e normativas em separado. Como foi visto, a forma de reação e o impacto nas comunicações sociais serão diferentes em cada uma das observações particulares que elas oferecem.

Quando se fala em expectativas cognitivas, é sempre mais fácil falar em aprendizagem, pois são expectativas mais maleáveis. Por outro lado, é por isso mesmo que elas são mais suscetíveis às decepções, e necessitam, atualmente, de uma grande atenção. Na medida em que, como já introduzimos, ao falar em decisão judicial, atualmente se tem uma série de expectativas que são levadas ao Poder Judiciário e não podem ser atendidas por aquela organização, pois extrapolam os limites estruturais, operacionais e comunicativos daquele sistema, isso gera uma série de desapontamentos em cadeia. Esses desapontamentos fazem com que, em certo espaço de tempo, comecem a ser comunicadas na Sociedade uma série de insatisfações contra este Sistema. Embora sejam oriundas de expectativas

⁶⁸ “A decepção das expectativas tem um função importante, já que permite tratar o surpreendente que acontece no entorno, em particular, nas situações de dupla contingência: um sistema pode transformar uma complejidad indeterminada em decepções e portanto afrontar as diferentes situações que se apresentam no seu entorno. A decepção se faz evidente a referência de uma expectativa a realidade externa, realidade cujo poder de perturbação pode ser captado precisamente através das decepções”. (tradução nossa). BARALDI, Claudio. Expectativas (Erwartungen). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 109.

⁶⁹ É preciso esclarecer neste momento que, embora seja de conhecimento desta doutoranda que alguns professores entendem que uma tese se constrói com base em apenas um questionamento, em razão da temática que foi aqui proposta e da teoria de base que se elegeu para tratar dela, que não é uma teoria de uso tradicional nesta esfera, opta-se e assume-se o risco de ir construindo esta tese com base em pequenas teses intermediárias que são construídas a partir dos questionamentos que vão sendo lançados no decorrer dos capítulos.

cognitivas e não normativas, dependendo da dimensão que esta comunicação alcança na Sociedade, ela pode gerar uma irritação no Sistema do Direito ou, mais pontualmente, no Poder Judiciário.

La sociedad pone a disposición dos posibilidades distintas para reaccionar frente a las decepciones de expectativas, o bien dos modalidades de la expectativa: 1) cambiar las expectativas delusorias adaptándolas a la realidad que sufre la decepción; 2) detener las expectativas, sin importar la realidad desilusoria. En el primer caso, se habla de expectativas cognitivas (*cogniciones*); en el segundo, de expectativas normativas (normas). En el primer caso, el sistema aprende y en el segundo no. Se trata de dos estrategias funcionalmente equivalentes: se pueda estar dispuesto a aprender (expectativas cognitivas), o bien se puede decidir no aprender (expectativas normativas)⁷⁰.

Ao pensar em expectativas normativas, parte-se da concepção primária de que elas, como são estruturadas, não podem ou não precisam aprender. Modificar esta percepção, é um dos desafios propostos neste trabalho. Na medida em que mesmo as expectativas normativas podem causar desapontamentos legítimos que afetem a estrutura do sistema, e em algum momento, comunicarem isso, é necessário encontrar uma forma para que elas aprendam com os desapontamentos gerados e se modifiquem, ou levarão o sistema ou a organização ao colapso. Como elas também geram expectativas de expectativas, tanto descontentamentos como aprendizados podem ser comunicados a partir delas. Até porque, estas expectativas geram expectativas de como iremos reagir frente a sua frustração⁷¹.

A pergunta que fica é: quais são estas estruturas do Sistema do Direito na

⁷⁰ “A sociedade coloca a disposição duas possibilidades distintas para reagir frente as decepções das expectativas, ou duas modalidades de expectativas: 1) mudar as expectativas desilusórias adaptando-as a realidade que sofre a decepção; 2) manter as expectativas, sem importar a realidade desilusória. No primeiro caso, se fala de expectativas cognitivas (cognições); no segundo, de expectativas normativas (normas). No primeiro caso, o sistema aprende e no segundo não. Trata-se de duas estratégias funcionalmente equivalentes: se pode estar disposto a aprender (expectativas cognitivas), ou se pode decidir não aprender (expectativas normativas)”. (tradução nossa). BARALDI, Claudio. Expectativas (Erwartungen). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 110.

⁷¹ “Deben tenerse expectativas aun con respecto a cómo se reaccionará frente a la decepción de las expectativas. Es decir, son necesarios dispositivos para el tratamiento de las decepciones, dispositivos que son parte constitutiva de las estructuras mismas, determinando las diferentes modalidades de la expectativa”. (tradução nossa): “Devem se ter expectativas ainda com respeito a como se reagirá frente a decepção das expectativas. Ou seja, são necessários dispositivos para o tratamento das decepções, dispositivos que são parte constitutiva das estruturas mesmas, determinando as diferentes modalidades da expectativa”. BARALDI, Claudio. Expectativas (Erwartungen). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 110.

atualidade? Ele tem mecanismos para trabalhar com as decepções geradas por suas decisões, mesmo que elas sejam legitimadas por um procedimento? De fato, como o Sistema do Direito contém muito mais expectativas normativas do que cognitivas em suas comunicações, ele “puede decidir no aprender⁷².” No entanto, desde já pode-se dizer que há uma maior disposição de aprendizado do que para a inércia, por permanecer no erro. E isso, simplesmente pela sistemática da Sociedade, que exige comunicação, e a comunicação tem problemas para se efetivar quando há muitas frustrações desta natureza.

É fato que, quando se fala em expectativas cognitivas, é mais fácil pensar em aprendizagem, não apenas pela sua constituição, mas porque existem expectativas de expectativas de que cognitivamente se possa aceitar mudanças de maneira mais flexível. Ou ainda, expectativas de que ocorram as mudanças em suas expectativas, mesmo que não se aceite ou aprenda com elas, e se comunique justamente sobre isso. Mas isso não significa que não se pode falar em um mecanismo de canalização de desapontamentos, que possa gerar, inclusive, mais do que aprendizado para os seres humanos, mas aprendizado nos sistemas.

Mantenha-se isso em suspenso por um momento. Antes do aprofundamento destas questões, outros esclarecimentos são necessários para que se definam bem os diferenciais deste trabalho. As diferenças nas conclusões que serão obtidas dependem, em grande parte, de uma elucidação sobre alguns termos nebulosos desta teoria. Restando claro o que se deve observar quando se falar em expectativas, talvez o principal esclarecimento que precise ser feito agora para que a discussão sobre a decisão jurídica seja realizada de forma qualificada é definir qual o papel dos indivíduos na Sociedade. Afinal, tratou-se de pessoas, seres humanos, indivíduos, sujeitos e comunicações. Qual o espaço que estes termos têm na teoria sistêmica?

2.2 Repensando o Lugar do Indivíduo na Teoria dos Sistemas

Uma das maiores controvérsias em termos de Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann é o lugar e o papel dos indivíduos nesta construção. Para seguir até a resposta do problema inicialmente proposto, é necessário esclarecer algumas

⁷² “pode decidir não aprender.” (tradução nossa). BARALDI, Claudio. Expectativas (Erwartungen). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 110.

nebulosidades que existem sobre esta questão. Igualmente, deve-se observar algumas críticas que poderiam afetar a observação final, na medida em que se questiona o papel do sujeito no Sistema Jurídico e na decisão judicial.

A primeira destas questões é, como já colocou Penelope Munro⁷³: “Where have all the people gone?”, ou seja, “Para onde foram todas as pessoas?” Então inicia-se este ponto justamente por esta questão, que certamente, ao final, poderá ser vista como mais uma das bases que sustentará a tese principal. O próximo título retrata justamente esta questão, que foi colocada de forma inusitada mas muito bem apresentada, dada a sua complexidade. Embora aquele contexto tenha sido outro, assim como as finalidades, a nossa preocupação com as pessoas e a Teoria dos Sistemas é a mesma.

2.2.1 Para onde foram todas as Pessoas?

É corriqueiro escutar que não há lugar para os indivíduos, para as pessoas nesta teoria. Quando se indica que irá se tratar de Teoria dos Sistemas ou, que determinado tema foi observado sobre a perspectiva sistêmica, se você não estiver entre sistêmicos – e às vezes até entre eles –, esta crítica sempre surge em algum momento do debate. Aliada a ela, segue-se que se trata de uma teoria que não pode ser considerada ou aceita, porque não existe a possibilidade de se excluir o ser humano assim como faz Luhmann. Alguns afirmam que isso beira ao absurdo. Sequer é preciso citar uma fonte bibliográfica destas críticas, pois elas são fatos notórios que acompanham a vida de todos nós que de alguma forma utilizamos este referencial teórico. Junto a ela, vem a crítica contra a autopoiese, que embora possa não parecer em um primeiro momento, tem conexão íntima com o papel dos indivíduos no nosso referencial teórico.

Reforçando estas afirmações de maneira mais consistente academicamente, tem-se inclusive um livro do autor Ignacio Izuzquiza, que se dedica a tratar do tema. Seu trabalho é intitulado *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*⁷⁴, entre ele, surgem outros trabalhos de maior ou menor expressão. Por

⁷³ Em sua tese intitulada “The discreditation of mad people within legal and psychiatric decision making: a systems theory approach”, apresentada para obtenção do título de doutora em filosofia, Penelope Munro, trata sobre a questão dos doentes mentais sob a perspectiva da Teoria dos Sistemas, para verificar, entre outras coisas, o papel destes doentes mentais, em uma Sociedade formada por comunicações.

⁷⁴ IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*. 2. ed.

isso, parece interessante iniciar este tópico trazendo alguns comentários feitos contra esta concepção sistêmica, para que após se possa introduzir o assunto de maneira a respondermos questão: “Para onde foram todas as pessoas?”

Um autor que não é citado com muita frequência na literatura brasileira, mas que tece algumas críticas ao lugar dado por Luhmann aos indivíduos é Zenon Bankowski. A importância de trazermos os escritos deste autor se dá na medida em que ele faz ataques pontuais ao nosso tema, e com uma certa carga teórica a ser considerada.

Uma das observações que Zenon Bankowski faz e que nos é relevante é: “that autopoiesis leaves the individual stranded on the outside of numerous impenetrable social systems⁷⁵”. O mesmo autor conclui em seu texto, a partir de sua análise sobre Teoria dos Sistemas, que

Individuals are no longer required to take responsibility for their actions since it is not they, but the systems operations which dictate outcomes. In addition, the closure of systems implies that we can never achieve consensus on responsibility was correctly exercised by the individual⁷⁶.

Deste excerto, pode-se observar que há uma confusão muito grande no pensamento do autor. Primeiramente, porque ele quer partir de uma visão altamente compartimentada para a análise do referencial sistêmico, o que é patente, levará a equívocos, na medida em que esta teoria não admite uma visão compartimentada. A Teoria dos Sistemas exige uma visão sistêmica, e, com isso, ela já quer dizer que se trata de uma observação do todo, considerando apenas que existem pontos cegos e, no máximo, aproximações mais detidas sobre um tema do que outro, mas nada compartimentado. Logo, não se pode isolar a noção de autopoiese, mais a concepção de ação, e assim, construir que dados estes dois elementos, os indivíduos não são mais responsáveis por suas ações. Isso sequer faz sentido sistemicamente; é como se as palavras não se comunicassem nesta construção,

Rubí, ES: *Anthropos*, 2008.

⁷⁵ “a autopoiese deixa o indivíduo preso de fora de numerosos impenetráveis sistemas sociais.” (tradução nossa). BANKOWSKI, Zenon. How does it feel to be on your own? The person in the signit of autopoiesis. In: Nelken, D. (Ed.). *Law as communication*. Aldershot: Dartmouth, 1996. p. 65.

⁷⁶ “Indivíduos não são mais necessários para assumir a responsabilidade por suas ações uma vez que não é eles, mas as operações do sistema que ditam os resultados. Além disso, o fechamento dos sistemas sugere que nós nunca podemos alcançar o consenso sobre se a responsabilidade foi exercitada corretamente pelo indivíduo.” (tradução nossa). BANKOWSKI, Zenon. How does it feel to be on your own? The person in the signit of autopoiesis. In: Nelken, D. (Ed.). *Law as communication*. Aldershot: Dartmouth, 1996. p. 66.

elas não tem nenhum sentido.

Outro erro reside no fato de que os sistemas autopoieticos não são fechados. São apenas operativamente fechados, mas cognitivamente abertos, justamente por serem autopoieticos. Trata-se de uma noção basilar sobre autopoiese. Ela é a exatamente a única possibilidade de se ter um sistema fechado e aberto ao mesmo tempo, e mesmo assim se ter um sistema⁷⁷. Aos leigos pode não parecer, mas este “detalhe” é fundamental para a compreensão do que é proposto nesta teoria. Isto é, há uma falta de compreensão até dos mais básicos elementos das terminologias utilizadas por Luhmann. Críticas assim não se sustentam, mas precisam ser observadas, porque geram uma série de comunicações corrompidas, e que ganham muitos apoiadores e disseminadores.

Mais um elemento a ser sublinhado refere-se ao fato de que esta é uma teoria que trata de comunicações, e não de ações. Logo, não são as ações dos indivíduos que refletem ou comunicam nos sistemas e entre os sistemas, mas as suas comunicações. As comunicações dos sistemas podem ser alteradas e podem alterar as ações dos envolvidos. Ademais, os indivíduos, pessoas ou seres humanos, podem participar, através de comunicações de vários sistemas, e certamente ser responsabilizados por estas comunicações. Em um exemplo apresentado na tese anteriormente mencionada, é possível visualizar isso corretamente: “So health practitioners may *choose* to act illegally to secure an outcome which they is optimum for a service user's health⁷⁸.” A autopoiese não tira a liberdade de agir de ninguém. Muito menos a forma operacional dos sistemas limita as ações dos seres humanos no sentido de excluírem suas responsabilidades.

Transferindo para o ponto de observação atual, pode-se dizer que, da mesma forma, julgadores podem decidir agir de forma ilegal para garantir uma decisão jurídica que eles entendam pessoalmente, que será melhor para aquela parte que está litigando. O fato de estas comunicações e operações ocorrerem dentro do

⁷⁷ É importante esclarecer que autopoiese é um processo que permite este fechamento operacional e uma abertura cognitiva que nada tem a ver com a concepção de sistemas abertos, como a pensada por Claus Canaris ou de um sistema fechado, como a pensada por Parsons e muito menos uma contradição de fechado e aberto, mas sim, um paradoxo autopoietico. CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistemas na ciência do direito*. Trad. ROCHA, Antonio Manuel da. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

⁷⁸ “então profissionais da saúde podem escolher agir ilegalmente para assegurar um resultado que eles pensam ser ótimo para a saúde de um usuário do serviço.” (tradução nossa). MUNRO, Penelope. *The discreditation of mad people within legal and psychiatric decisionmaking: a systems theory approach*. 2008. Thesis (Doctor of Philosophy) -- University of Nottingham, 2008. Disponível em: <<http://eprints.nottingham.ac.uk/11716/1/493103.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

Sistema do Direito não retira a sua liberdade de escolha ou sua responsabilidade nas ações. Porém, de acordo com o sistema em que se observar esta ação comunicada, ter-se-á uma perspectiva sobre ela ser “boa ou ruim”, ou seja, uma valoração sobre ela. O porquê de poder ser feita esta escolha é o nosso foco central ao explorar estas questões e responder “para onde foram todas as pessoas?”.

Nesta linha, observe-se o exemplo trazido por Paterson⁷⁹, ao abordar a morte pela honra, em texto em que questiona com quem Bankoski estaria falando ao tecer suas críticas. Segundo ele, quando se mata alguém por honra, e se escolhe observar pela perspectiva da honra, então se encontra a necessidade de agir quando é comunicada uma desonra a esta pessoa. No entanto, isso significa também a possibilidade de sofrer uma interferência do sistema legal, desde que este sistema jurídico assuma a posição de que matar por honra é ilegal (e que isso seja comunicado a este sistema). Na visão da comunidade que respeita amplamente o código da honra, isso pode ser visto como algo válido para aquela comunidade, mas ela pode optar por ter uma observação diferente disto⁸⁰.

O fato de ser um Sistema Psíquico e agir, comunicar ou ter ações em outro sistema não implica dizer que não haverá uma escolha das pessoas de como vão operar dentro de um sistema social e em qual sistema vão comunicar suas ações

⁷⁹ Esclarecemos que embora estejamos citando Paterson neste momento como um pensamento por nós compartilhado, isso reside basicamente neste ponto de sua observação sobre os escritos de Luhmann. É de nosso conhecimento que sua teoria traz concepções que são consideradas bem distintas das criadas por Luhmann, em especial, no que se refere a aprendizagem dos sistemas (ponto que será nosso elemento final nesta tese). Resumidamente, Paterson acredita que o Sistema do Direito, com sua reflexividade (e portanto, em conexão com o pensamento de Teubner, embora discorde dele quanto aos níveis de abertura e fechamento dos sistemas), pode aprender a melhor se equipar para entender como os outros sistemas observam a si mesmos e, assim, influenciá-los. Para ele, o segredo de uma melhor regulação ou controle mais efetivo repousa na própria compreensão do Direito e sobretudo uma compreensão de como outros sistemas vêem a si próprios. Também é de nosso conhecimento que Luhmann rejeitou em texto específico a ideia do Direito Reflexivo (LUHMANN, Niklas. Some problems with reflexive law. In: FEBBRAJO, Alberto; NELKEN, D. *The European yearbook of the sociology of law*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 390-415). Ainda, não desconhecemos as críticas esclarecedoras tecidas por Michael King contra o pensamento desenvolvido por Paterson. Para mais detalhes destas críticas pontuais ver: KING, Michael. What's the use of Luhmann's theory? In: KING, Michael; THORNHILL, Chris (Ed.). *Luhmann on law and politics: critical appraisals and applications*. Oxford: Hart Publishing, 2006, em especial, nas páginas 41 a 45.

⁸⁰ “example of honour killing: if one chooses to observe the honour system then one is faced with the necessity of acting when ones honour has been impugned, but this means also choosing the possibility of interference from the legal system (assuming the legal system in question treats honour killings as illegal). Of course, the individual acting within a community which widely respects a code of honour may feel highly constrained to observe it. But she nonetheless remains free to act in a different way, as is demonstrated by the fact that people can and do opt to observe minority religious and moral distinctions despite considerable pressure from the legal and political systems to conform to generic moral codes.” PATERSON, John. Who is Zenon Bankowski Talking to? the person in the sight of autopoiesis. *Ratio Juris*, [S.l.], v. 8, n. 2, p. 215, July 1995.

operativas. Justamente por ser Sistema Psíquico e estar no entorno é que ele pode decidir, por exemplo, matar para manter sua honra, mesmo sabendo que o sistema jurídico entende isso como errado, como crime. Igualmente por isso, aquela comunidade, enquanto organização, pode decidir que aquilo foi certo, ou que foi errado. Existe sim o poder de decidir que está vinculado à figura de uma pessoa ou de um grupo de pessoas ou de seres humanos, e não é apenas o sistema que decide sobre responsabilidades ou liberdades, como se ele fosse algo mecânico ou transcendental, dos quais estas mesmas pessoas não fizessem parte. É esta liberdade que possibilita isso, e isto só é assim porque as pessoas não estão dentro do sistema social.

Não são apenas estas as concepções equivocadas que observamos. Roger Cotterrell⁸¹, por exemplo, afirma que, em razão da autopoiese, existe a construção de um mundo em que os indivíduos “not only lost control but in relation to which they might also absolve themselves of autonomous action⁸²”. Ou seja, que na forma como a teoria de Luhmann estaria estruturada, para este pesquisador, os indivíduos simplesmente não precisariam mais assumir as responsabilidades por suas ações, justamente na mesma linha do que Bankowski defende. Novamente, trata-se de uma observação viciada pela figura do transcendental, uma observação que parte de outras bases teóricas e que não possibilita que o pesquisador veja o que realmente foi proposto.

Pelas críticas que foram trazidas até o momento, é fácil constatar que as insurgências quanto ao suposto papel do indivíduo de alguma forma aparecem vinculadas a queixas contra a autopoiese. Isso ocorre justamente porque a autopoiese sofre de uma incompreensão tão grande quanto o indivíduo nesta teoria. Portanto, a autopoiese terá seu próprio espaço dentro desta tese.

Mas por que surgem todas estas críticas? Justamente porque, de forma objetiva, Luhmann vai dizer que o ser humano, as pessoas, os indivíduos, ou qualquer outra destas denominações, encontram-se no entorno da Sociedade. Quer dizer, há uma diferenciação Sistema/Entorno, e o homem está neste entorno, o que

⁸¹ Roger Cotterrell atualmente é professor de Direito da Birkbeck College em Londres, local em que esta pesquisadora, por intermédio da Universidade do Vale do Rio dos Sinos realizou curso de curta duração sobre Direitos Humanos durante seu mestrado.

⁸² “não apenas perderam o controle senão em relação ao que eles poderiam também absolver a si mesmos de uma ação autônoma”. (tradução nossa). COTTERRELL, Roger. *Sociological perspectives on legal closure*. In: NORRIE, A. *Closure or critique: new directions in legal theory*. Edinburgh: Edinburgh University Press. 1993. p. 50.

significa que, em certa medida, ele realmente está fora da Sociedade. Esta concepção não é de fácil assimilação, pois demanda uma série de desprendimentos teóricos que são enraizados em todos nós pesquisadores.

A primeira dificuldade está em entender a noção de Sistema/Entorno (ou Sistema/Ambiente), e Sociedade/Entorno, que é algo muito diferente do que se via tradicionalmente nas teorias. Como este é um trabalho de continuidade de nossa dissertação, o que já foi explicado, vamos retomar apenas elementos essenciais para se compreender este ponto de abordagem, e não ensinamentos sobre a teoria. Ademais, já superamos esta primeira dificuldade na dissertação.

Como o que se quer é saber “para onde foram todas as pessoas?”, antes é preciso entender por que o ser humano é entorno e não um sistema da Sociedade enquanto homem.

Esto trae finalmente como consecuencia que ya no se puede afirmar que la sociedad consiste de seres humanos, porque ésto ya no se pueden ubicar en ningún sistema parcial ni en ninguna otra parte de la sociedad. Precisamente por eso, la semántica paralela enfatiza la (¡natural!) autonomía del individuo como portador de los derechos y como punto de referencia del cálculo autorreferencial y racional. Como consecuencia resulta que los seres humanos deben conceptuarse como entorno del sistema de la sociedad (tal como los hemos hecho desde el principio) y que el último lazo que parecía garantizar una especie de 'matching' entre sistema y entorno se ha roto también⁸³.

Para responder às críticas, esta explicação se mostra insuficiente. Mas ela traz um detalhe importante: os termos seres humanos e indivíduos. Embora eles estejam no entorno, isso não significa que não existam, ou não importam, ou que na Sociedade só há comunicação. Eles existem e, para a construção desta teoria, precisaram se solidificar e localizar de uma maneira inovadora. Assim como Heidegger criou palavras para dar conta do que queria explicar em sua teoria, Luhmann também precisou criar concepções que fizessem com que as coisas se encaixassem em sua estrutura comunicacional, pensada para explicar a Sociedade.

⁸³ “Isto traz finalmente como consequência que já não se pode afirmar que a sociedade consiste de seres humanos, porque já não se pode localizar estes em nenhum sistema parcial nem em nenhuma outra parte da Sociedade. Precisamente por isso, a semântica paralela enfatiza a (natural!) autonomia do indivíduo como portador dos direitos e como ponto de referência do cálculo autorreferencial e racional. Como consequência resulta que os seres humanos devem conceituar-se como entorno do sistema da sociedade (tal como o temos feito desde o início) e que o último laço que parecia garantir uma espécie de ‘encaixe’ entre sistema e entorno se quebrou também”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 589-590.

Se as observações sobre o homem fossem mantidas nos patamares já existentes, a sua teoria não conseguiria se sustentar.

Entretanto, dizer somente isso é diminuto para fundamentar uma mudança tão grande de paradigmas. Da mesma forma, demonstrá-lo apenas com base na afirmação de que o ser humano não pode ficar localizado em um único subsistema do Sistema Social, por não poder ficar aprisionado àquela funcionalidade, e por esse motivo ter que ir para o entorno, deixa margem para muitas outras questões. Após afirmar a necessidade de permanecer no entorno com base nestas premissas, é preciso dizer porque ele não pode ficar localizado apenas em um ou em alguns sistemas parciais da Sociedade⁸⁴.

Dito isso, respondido objetivamente para onde foram as pessoas, pode-se esclarecer outra situação que ganha contornos problemáticos, antes de voltarmos a dizer porque elas precisaram ir para este entorno.

Ao contrário do que muitos pensam ou compreendem, Luhmann não rejeita a figura do ser humano, do homem. Tampouco ele despreza ou minimiza a sua importância na Sociedade. O que ele fez – e que se segue fazendo -, foi observar a questão de outra forma, partindo de um novo ponto de observação (a Sociedade em si mesma, da Sociedade para a Sociedade), a fim de evitar algumas questões que ele considera “sem saída” que se apresentaram ao longo da história, e foram e são constantemente trabalhadas pela filosofia.

Luhmann entende que o ser humano, nas demais teorias, não recebe o “devido valor”, e, mais do que isso, é posto em uma posição descômoda e que traz problemas teóricos insolúveis. Nós, a partir destas concepções, acreditamos que efetivamente, do ponto de observação que ele se propõe a observar, não há outra forma de pensar em lugar dos indivíduos nesta Teoria. Sendo assim, se todas as observações que fizermos, mesmo as observações de questões fáticas buscando respostas baseadas nesta teoria, não seguirem este elemento central, as respostas apresentadas serão equivocadas para as bases teóricas utilizadas. Por isso, não há como esquecer ou observar a questão do indivíduo de outra maneira.

Há poucos trabalhos em que o autor aborda esta questão, muito

⁸⁴ Luhmann mesmo não exita em usar os termos sistemas parciais, subsistemas ou sistema (direito, economia, política, como sendo parte da sociedade), como sinônimos. Eles são todos iguais nesta perspectiva e, pelo que se observa da teoria, tem o mesmo significado, sendo que isso nunca foi abordado ou explicado por Luhmann. O autor, em nenhum momento, explicou porque usar uma terminologia ou a outra.

provavelmente porque seu foco era a Sociedade, o Sistema Social e seus subsistemas de composição. Como as pessoas estavam no entorno, não havia espaço nas pesquisas que conseguiu realizar antes de seu falecimento. No entanto, não quer dizer que eram menos importantes. Por certo, Luhmann acreditava que o homem já recebia atenção de pesquisas de várias áreas, mas que ele não deveria necessariamente ser o foco de tudo, e portanto optou por fazer algo diferente.

Mesmo com poucos trabalhos sobre o tema, ele conseguiu deixar, de forma clara, algo que foi compreendido erroneamente. Na verdade, sua teoria valoriza mais o ser humano que todas as demais. É que em sua teoria o indivíduo é mais valorizado porque ele é percebido através do Sistema Psíquico. É um lugar de destaque único, que não se confunde com mais nada. Já nas demais concepções teóricas calcadas na filosofia, o indivíduo, recebe apenas um papel parcial entre consciência, racionalidade e fenomenologia, entre outros.

Luhmann era um conhecedor de grande parte das teorias filosóficas de expressão. Pelo que se pode perceber de seus escritos, para ele era evidente que as teorias filosóficas têm grande contribuição com suas descobertas, mas também é patente que elas não têm mais como sair dos problemas que lhes foram apresentados. Para superar estas falhas, e não incorrer nos mesmos erros, a única forma seria fazer este deslocamento.

Luhmann suggests that because systems theory does not conceive of psychic systems being components of social systems, far from diminishing the status of the individual, it elevates it. Human beings should not be conceived of as cogs in machines, capable of acting in only one way because of the constraints of the system⁸⁵.

A mesma perspectiva é adotada por Teubner que, na atualidade, pode-se dizer que tem uma teoria sistêmica própria, mais moderna e que enfrenta questões fáticas mais atuais, polêmicas e, principalmente, policontexturais. Mesmo este autor, que vive uma nova fase da teoria sistêmica, assume que a posição do indivíduo atribuída pelas observações de Luhmann é um dos pontos fortes desta teoria e deve ser mantido. Gunther Teubner:

⁸⁵ “Luhmann sugere que, porque a teoria dos sistemas não concebe os sistemas psíquicos como sendo componentes dos sistemas sociais, longe de diminuir o status do indivíduo, ela o eleva. Os seres humanos não deveriam ser concebidos como peças de engrenagens, capazes de agir somente de uma forma por causa dos obstáculos/restrições do sistema.” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. Some problems with reflexive law. In: FEBBRAJO, Alberto; NELKEN, D. *The European yearbook of the sociology of law*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 76.

[...] argues that the separation between mind and society which Luhmann posits is one of the greatest strenghts of systems theory, since it avoids (evades?) the problems facing phenomenologists tring to understand the role consciousness plays in meaning making such as Husserl) and the role language plays in meaning making (such as Wittgenstein). There are two sites of meaning making, the individual and the social, and their closure to each other can be understood in precisely the same way as we understand the closure of the legal system to the political⁸⁶.

Assim, o não se abrir para esta construção teórica única faz com que nada mais desta teoria seja compreendido em sua plenitude, e sua produção de sentido. Da mesma forma, as respostas que são apresentadas aos problemas propostos também não são entendidas, e até mesmo os questionamentos feitos, muitas vezes, serão incompatíveis, assim como as críticas serão falhas.

Penelope Munro, apresenta uma resposta coerente para as críticas elencadas aqui até o momento. Compartilha-se deste entendimento, acrescido da elementar falta de conhecimento teórico sobre sistemas autopoieticos. Analisando a fundo, estas críticas nem nos incomodam, pois não podem ser dirigidas a esta construção teórica, considerando os elementos que as embasam.

To some extente these criticisms can be answered by the observation that they could be extended equally both to all forms of constructivist social theory, and all theories (including systems theories) wich argue that social systems or institutions function to constrain the behaviour (or operations) of individuals/psychic⁸⁷.

Portanto, observar a partir deste marco teórico é abandonar os conceitos

⁸⁶ “sustenta que a separação entre mente e sociedade que Luhmann apresenta é uma das maiores forças da teoria dos sistemas, uma vez que ela evita (escapa?) os problemas e encarar os fenomenológicos tentando compreender o papel que a consciência exerce na criação do sentido/significado (tal como Husserl) e o papel da linguagem na criação de sentido/significado (tal como Wittgenstein). Há dois lugares de criação de sentido, o indivíduo e o social, e o fechamento de um para o outro pode ser compreendido precisamente do mesmo modo que nós compreendemos o fechamento do sistema legal para o político”. (tradução nossa). TEUBNER, Gunther. *Economics of gift: positivity of justice: the mutual paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann. Theory Culture & Society*, [S.l.], ano 1, v. 18, p. 30, 2001.

⁸⁷ “De certa forma estas críticas podem ser respondidas pela observação de que elas poderiam ser estendidas igualmente para todas as formas de teorias sociais construtivistas, e a todas as teorias (incluindo as teorias dos sistemas) que sustentam que sistemas sociais ou instituições funcionam para compelir o comportamento (ou operações) dos sistemas individuais/psíquicos.” (tradução nossa). MUNRO, Penelope. *The discreditation of mad people within legal and psychiatric decisionmaking: a systems theory approach*. 2008. f. 57. Thesis (Doctor of Philosophy) -- University of Nottingham, 2008. Disponível em: <<http://eprints.nottingham.ac.uk/11716/1/493103.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

filosóficos⁸⁸ e buscar uma nova concepção. Essa não é uma tarefa fácil, porque efetivamente este não é um ponto tão claro nesta teoria, e as concepções filosóficas estão muito arraigadas na formação intelectual ligada ao Direito. É por isso que nesta tese procura-se esclarecer esta situação, pois nos parece que, sem esse esclarecimento, algumas questões como a decisão judicial não receberão uma resposta clara e satisfatória. Esta é uma questão prévia que se torna condição de possibilidade para falar em decisão jurídica e estabilização social, mesmo frente às expectativas que, como vimos, são contingentes.

É interessante observar que outros pressupostos da teoria são aceitos com grande facilidade, como o fato de que o Direito e a Política, a Política e a Religião, a Saúde e a Economia, possuem um fechamento operacional. Contudo, quando se traz a ideia de que o indivíduo está no entorno, isso é rejeitado. Entretanto, a lógica empregada é a mesma, é uma argumentação que parte de um fechamento. É em razão de nossas ortodoxias que o envolvimento do ser humano faz com que se observe o funcionamento da engrenagem de forma diferente. Não é compreensível que se aceite este sistema em relação à Política e ao Direito, à Economia e à Saúde, a Religião e à Política, mas não se acolha em relação ao Sistema Psíquico e ao Sistema Social, que colocam o sujeito no entorno da Sociedade.

Mas então, “para onde foram todas as pessoas?” A resposta imediata e que todos conhecem é: todas as pessoas foram para o entorno da Sociedade. Mas afinal, o que isso significa? Inicialmente, significa que as pessoas, enquanto comunicações, não estão dentro do Direito (porque, caso contrário, operariam apenas sob a noção Direito/Não-Direito e comunicariam coisas que só observassem esta forma), da Política, da Economia. Elas são/estão em um espaço próprio, e participam com sua constituição e comunicação de muitos Sistemas Sociais.

Notoriamente as pessoas, enquanto seres de carne e osso, que estão na Sociedade, nas ruas, nas organizações, nas famílias, etc, existem, e isso não é negado pela teoria. Nós vemos as pessoas, isso é um fato. O que ocorre em nossa concepção é que, enquanto estas constituições, elas estão fora das comunicações

⁸⁸ Isso não quer dizer que eles estejam errados, sejam inúteis ou inferiores. Apenas que eles são incompatíveis nesta perspectiva, embora se mostrem muito melhores em outras. Tudo dependerá do que se irá tratar e como será feito isso. O que não pode ocorrer em nossa opinião, são mixagens teóricas ou meros aproveitamentos de partes de teorias que lhe convém, descartando as outras partes e somando os “bons” argumentos a argumentos de outras bases, inclusive muitas vezes contraditórias. Ao fazer isso, seria preciso uma explicação muito bem fundamentada do porque seria possível e válido realizar dita construção.

do que é social. No entanto, vale lembrar que nesta teoria tudo é dinâmico, tudo ocorre ao mesmo tempo em que ocorre, e sendo assim, estar fora não passa a ser visto como algo que exclui o ser humano. A exclusão é o que possibilita a inclusão (exclusão/inclusão).

Por consiguiente, la exclusión debe entenderse como forma cuyo lado interior (inclusión) se señala como oportunidad de que las personas se tomen en cuenta socialmente. [...]. Por eso, inclusión no significa que partes, procesos u operaciones aislados de un sistema ocurran en otro. Lo que más bien quiere indicarse es que el sistema sociedad predispone a las personas asignándoles lugares en cuyo marco pueden actuar de acuerdo a expectativas complementarias. De manera un tanto romántica podría decirse que, como individuos, se sienten en casa⁸⁹.

Repetindo: a inclusão não significa que partes, processos ou operações isolados de um sistema ocorram em outro. O que se quer dizer é que o Sistema Sociedade predispõe as pessoas, ele precisa das pessoas para existir. Mas elas não se estabelecem dentro dele e, ao mesmo tempo, quando ingressam nele e passam a atuar de acordo com suas expectativas cognitivas em comunicação com expectativas normativas daquele sistema, elas se sentem em casa. Uma maneira melhor de dizer isso, me parece que é afirmando que: é como se as visitas (pessoas) se sentissem em sua própria casa, na casa do anfitrião (Sociedade).

Logo, os indivíduos não podem se operacionalizar na Sociedade, não podem se colocar e permanecer nela funcionalmente. Cada um dos sistemas funcionais (e não só os psíquicos), refletem o próprio indivíduo na Sociedade, enquanto operações que realizam a partir da obtenção de informações possibilitada por sua abertura cognitiva, mas não como partes isoladas de um sistema ou outro. “Ahora, los individuos ya no pueden ser colocados socialmente en la sociedad porque *cada* sistema funcional refleja la inclusión de *todos* los individuos, pero la inclusión se refiere únicamente a las propias operaciones⁹⁰.”

⁸⁹ “Consequentemente, deve se entender a exclusão como forma cujo lado interior (inclusão) se assinala como oportunidade de que as pessoas se assumirem socialmente [...]. Por isso, inclusão não significa que partes, processos ou operações isolados de um sistema ocorram em outro. A melhor indicação é que o sistema sociedade predispõe das pessoas atribuindo-lhes lugares cujo marco podem atuar de acordo com as expectativas complementares. De maneira um tanto romântica poderia-se dizer que, como indivíduos, se sentem em casa”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 492.

⁹⁰ “Agora, os indivíduos já não podem ser colocados socialmente na sociedade porque *cada* sistema funcional reflete a inclusão de *todos os indivíduos*, mas a inclusão se refere unicamente as próprias

É esta forma de exclusão/inclusão que permite que o ser humano seja integrado na Sociedade, sem nenhum tipo de distinção. Só há estas diferenciações entre as pessoas quando se abandona a forma de inclusão/exclusão, que tem como um de seus pressupostos a mobilidade contínua. Não há nada fixo, e sempre que algo é excluído ele também poderá, em algum momento, ser incluído.

Essa forma não pode ser confundida com uma separação por classe social, raça ou crenças. É uma diferença de fundo, que mostra como há uma integração do ser humano na Sociedade. “Cuando a partir de esto se concibe la inclusión sin la exclusión (inclusión 'del' ser humano en 'la' sociedad), se hace necesaria una lógica totalitaria, que reemplaza la vieja lógica de divisiones según los géneros y las especies (tal como griegos y bárbaros)⁹¹.”

Pois bem, as pessoas têm tanta relevância social que elas “têm”, elas “são” sistemas próprios, que lhes permitem comunicar com todos os outros sistemas, e por isso não podem estar “presas” dentro de um sistema em que suas comunicações não sejam o foco. Tampouco que sejam limitadas a concepções biológicas, antropológicas, teleológicas entre outras.

Isso não implica dizer o mesmo que as teoria da filosofia ou da antropologia dizem, mas com outras palavras? Claro que não. A grande diferença reside no fato de que o homem, o indivíduo, não é mais o centro de tudo, o mais importante. A comunicação é que ocupa este papel na Sociedade de possibilidades. O homem tem grande importância, a ponto de ao invés de ser um Ser, um Dasein, um sujeito transcendental ou um ser racional, ele se constitui em um sistema, que compõe sistema próprios, que não são sistemas sociais, mas que conseguem se comunicar com todos os sistemas sociais. Um exemplo disso é a figura do cidadão. Quando afirmamos que é direito do cidadão ter acesso a meios que lhe garantam a saúde, a nossa referência não é a uma pessoa em sentido antropológico, a uma pessoa biológica (embora, é evidente, a pessoa de carne e osso exista e seja o cidadão, e

operações”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 606-607.

Como Habermas será um de nossos debatedores, desde já podemos dizer que para ele, ao contrário de Luhmann, os indivíduos, enquanto indivíduos, estarão dentro da Sociedade. É por isso que lá será possível introduzir outros pressupostos na discussão, que aqui não produzem sentido.

⁹¹ “Quando a partir disso se concebe a inclusão sem a exclusão (inclusão “do” ser humano “na” sociedade), se faz necessária uma lógica totalitária, que substitui a velha lógica de divisões segundo os generos e as espécies (tal como gregos e bárbaros)”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 496.

seja este corpo físico que precise de remédios), mas a comunicação que é feita é em relação a esta pessoa que é vista como algo criado pela Política. A condição de cidadão é uma condição política, e, em muitos casos, uma questão constitucional; um acoplamento entre Direito e Política, mas não é uma questão filosófica ou biológica. É uma comunicação entre sistemas.

A ideia de o homem ter que estar a todo o momento dentro de um sistema, ser a Sociedade ou estar “dentro da sociedade” seria contraditória até mesmo com a noção de direitos humanos⁹². E os direitos humanos, contraditoriamente, são usados como argumento contra Luhmann. Isso porque,

Quando se parte de la distinción sistema/entorno hay que colocar al ser humano (como ser viviente y consciente) o en el sistema o en el entorno; dividirlo o fraccionarlo en tercios no es viable empíricamente. Si se tomara al hombre como parte de la sociedad, la teoría de la diferenciación tendría que diseñarse como teoría de la clasificación de los seres humanos – ya sea por estratos sociales, por naciones, por etnias, por grupos. Pero con esto se entraría en oposición evidente el concepto de derechos humanos, en especial, con el de igualdad. Tal 'humanismo' fracasaría ante sus propias ideas. Así que no queda otra posibilidad que la de considerar al hombre por entero – en cuerpo y alma – como parte del entorno del sistema sociedad⁹³.

⁹² Os Direitos Humanos são para Luhmann, uma criação política, e não tem nada a ver com a essência do homem ou com os pressupostos trabalhos por Kant e sua dignidade da pessoa humana. Muito se tem recorrido ao pensamento kantiano para justificar os Direitos Humanos. Isso porque, Kant distingue pessoas, coisas e animais em seu reino dos fins, afirmando que: “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então ele tem dignidade”. E nesta linha, quem não tem preço, é o homem, que vai se ligar a noção de imperativo categórico. Assim, este é o autor chave para se pensar os Direitos Humanos em uma concepção clássica e filosófica, ainda hoje muito utilizada. Para uma visão mais completa destas bases, ver: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997. p. 77. Já para Luhmann, como referido, como ele não adota preceitos filosóficos ou ontológicos, ele vai entender que existem Direitos Humanos, mas que eles são fruto de uma criação política das comunicações sociais, e nada intrínseco ao homem, ao ser humano. Uma autora que vem trabalhando muito ao longo dos anos com este tema é Juliana Magalhães. Para um aprofundamento nesta questão, recomenda-se: MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O paradoxo dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 52. p. 31-48, 2010. Na obra de Luhmann, além dos livros já listados em nossa bibliografia, inclui-se especificamente LUHMANN, Niklas. La constituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKI, Gustavo; PROTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jorg. *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

⁹³ “Quando se parte da distinção sistema/entorno tem que colocar o ser humano (como vivente e consciente) ou no sistema ou no entorno; dividir-lo ou fracioná-lo em terços não é viável empiricamente. Se se tomar o homem como parte da sociedade, a teoria da diferenciação teria que se desenhar como teoria da classificação dos seres humanos – já seja por estratos sociais, por nações, por etnias, por grupos. Mas com isto se entraría em oposição evidente com o conceito de direito humanos, em especial, com o de igualdade. Tal “humanismo” fracassaria ante suas próprias ideias. Assim que não resta outra possibilidade que a de considerar ao homem por inteiro

Muitas vezes é possível ver Luhmann discorrendo sobre o humano a partir das terminologias Alter/Ego, sempre no formato de forma, ao contrário de sua utilização tradicional. Isso era feito para indicar que o ser humano é algo completo, que não pode ser partido ou contaminado com outras dinâmicas (o que ocorreria se estivesse dentro da dinâmica social, que não é determinada por ele, mas pelas comunicações sociais, das quais ele poderá participar, mas não ser o centro). Ao adotar a terminologia de Alter/Ego em seus trabalhos, Luhmann quer dizer que o ser humano é sempre Alter e Ego ao mesmo tempo. O ser humano está dentro e fora, pois toda a forma tem dois lados. É justamente nesta forma que se encontrará a comunicação do ser humano. “Quien piense sólo en esta situación debería evitar la terminología ego/alter, que, por contrario, quiere expresar precisamente que *cada ser humano* – si forma parte (y únicamente si forma parte) de la comunicación es *siempre ego y alter*⁹⁴.”

Em termos de autopoiese, também seria incabível pensar homem e Sociedade como uma única coisa. A autopoiese surgiu para explicar o funcionamento de auto-reprodução, auto-observação e auto-organização das células, exatamente de forma biológica, científica. Apenas após um longo tempo ela foi introduzida por Luhmann em sua teoria sobre a Sociedade. Porque lembrar isso? Justamente para acentuar a ideia de que cada sistema vivencia uma autopoiese própria. E isso serve para confirmar a ideia de que não há como o sujeito, que tem sua própria autopoiese (biológica e psíquica), ser considerado parte de outro sistema que também tem sua autopoiese própria. O Direito, por exemplo tem sua auto-organização voltada para seu código, assim como a sua auto-reprodução voltada para a comunicação jurídica, e não para a auto-organização e auto-reprodução de células, como o ser humano precisa. As comunicações sociais, que alimentam a autopoiese do Direito, da Saúde, da Economia, não fazem sentido para a autopoiese biológica do homem. São autopoieses totalmente distintas, e processos sem comunicação.

Nas palavras de Luhmann,

– em corpo e alma – como parte do entorno do sistema sociedade”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 16.

⁹⁴ “Quem pensa somente nesta situação deveria evitar a terminologia ego/alter, que, pelo contrário, quer expressar precisamente que *cada ser humano* – se forma parte (e unicamente se forma parte) da comunicação é *siempre ego e alter*”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 258.

‘Personas’ entendidas aquí – como en otras ocasiones – como marcas de identidad a las que uno se refiere en el proceso de la comunicación, a diferencia de los procesos celulares, orgánicos y psíquicos que respectivamente ocurren de hecho en el entorno. [...]. No se trata entonces de una incorporación en el sentido de mezclar tipos de autopoiesis totalmente heterogéneas, sino tan sólo de una interpenetración en el sentido de referir globalmente a procesos del entorno altamente complejos e incontrolables por aislado (simultáneamente actuales)⁹⁵.

Estar neste tão mal fadado entorno não é nenhum demérito ou uma frustração. Na verdade, a Sociedade é entorno social do Sistema Psíquico, já que o Sistema Psíquico é entorno dela. Estar no entorno não significa ser insignificante, não ter liberdade de decisão, não ter responsabilidades de escolha. Existem comunicações e interações que podem ocorrer também com este entorno, na medida em que elas se derem com outros sistemas, como o psíquico. Mais do que isso, todos os sistemas serão entorno um dos outros. As interações e comunicações são simultâneas: há uma transinteração entre organizações, pessoas e a Sociedade, que finalmente é o reflexo destas comunicações como um todo, mesmo o ser humano estando no entorno.

Pero la sociedad no sólo realiza interacciones: es también entorno societal de estas mismas. Esta diferencia – interna a la sociedad – impide que todo lo que pasa, gusta o disgusta en las interacciones influya en las estructuras del sistema de la sociedad. Todo el sentido – y en particular, por tanto, lo que puede ser persona o rol – se construye de manera transinteraccional con una mirada puesta en usos más allá de la interacción en curso⁹⁶.

A partir desta citação, é possível concluir que mesmo que todas as pessoas tenham ido para o entorno da Sociedade, elas podem influenciar, a partir de suas comunicações, esta mesma Sociedade. Na Sociedade não se realizam apenas

⁹⁵ “‘Pessoas’ entendidas aqui – como em outras ocasiões – como marcas de identidade as que alguém se refere no processo da comunicação, a diferença dos processos celulares, orgânicos e psíquicos que respectivamente ocorrem de fato no entorno. [...]. Não se trata então de uma incorporação no sentido de mesclar tipos de autopoieses totalmente heterogêneas, senão tão somente de uma interpenetração no sentido de referir globalmente a processos do entorno altamente complejos e incontroláveis por isolado (simultaneamente atuais)”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 492.

⁹⁶ “Mas a sociedade não somente realiza interações: é também entorno social das mesmas. Esta diferença – interna da sociedade – impede que tudo o que passa, gosta ou desgosta nas interações influa nas estruturas do sistema da sociedade. Todo o sentido – e em particular, portanto, o que pode ser pessoa ou papel – se constrói de maneira transinteraccional com uma visão posta em usos mais além da interação em curso”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 378.

interações sociais. Veja-se que não apenas enquanto papéis sociais (juízes, professores, presidente, cidadão), mas enquanto Sistemas Psíquicos, Orgânicos e Celulares, o homem pode se comunicar com o Sistema Social, mesmo sendo entorno dele. Isso é mais difícil, mas ocorre. É difícil, porque no entorno existe uma complexidade desorganizada, uma série de ruídos que, se fossem “ouvidos” em sua integralidade pelo sistema, levariam a um colapso.

Então, tudo que não é sistema é entorno, e tudo será entorno do sistema de onde parte a observação. Logo, a Sociedade será entorno do homem quando a observação partir do homem. E a Sociedade será entorno do sistema psíquico quando a observação partir do seu interior. De fato, o que se pode dizer é que ao misturar ou confundir a localização do homem jogando ele dentro da Sociedade, esquece-se inclusive da concepção mais defendida por estes partidários, de que há uma separação entre sujeito e objeto. Ao fazer isso, nesta linguagem, estar-se-ia objetificando o sujeito e tornando ele em algo incompatível com a complexidade atual.

Existe um paradoxo na construção da Sociedade, com base em sujeitos. No momento em que o sujeito se coloca como subjacente do mundo – que é o que ocorre com a ontologia – ele se coloca nesta posição em relação a todos os demais sujeitos e, uns sujeitos em relação aos outros. Isso só será possível se for feita uma interpretação transcendental do sujeito, usando a noção de conceito. Para isso, seria preciso conhecer cada sujeito empírico para saber se ele é subjacente ou não a todos os demais, o que seria impossível. Por isso, Luhmann vai lembrar que o próprio Habermas, que é um autor que adota o posicionamento de que o ser humano está dentro da Sociedade, abandona a concepção de sujeito, diante desta carga teórica que ela carrega.

Así, la sociedad se concibe como sociedad de los sujetos. Aunque – como puede verse fácilmente – esto es una construcción paradójica. Un sujeto que se pone a sí mismo como subyacente a sí mismo y al mundo y que no puede conocer (ni reconocer) otras premisas que las que sí mismo, también está puesto como subyacente a los demás ‘sujetos’: entonces ¿Cada uno subyacente a todos los demás? Eso sólo es posible afirmarlo dándole una interpretación transcendental teórica al concepto de sujeto; puesto que tratándose de individuos empíricos habría que conocer los nombres y las direcciones para averiguar si efectivamente este sujeto se pone como subyacente a

todo y a todos los demás. [...] ⁹⁷.

Neste modelo de Sociedade funcional (então é preciso antes de tudo aceitar que a observação parte desta criação conceitual), as pessoas não podem pertencer a um único sistema. Operativamente os sistemas são fechados, mas cognitivamente eles são abertos e permitem que os indivíduos sejam incluídos (na forma de sistemas), mas mantenham a sua exclusão. A inclusão será cognitiva, mantendo-se a exclusão operativa. As operações sempre serão determinadas pelo sistema em si, e nunca pelo sistema com quem se realiza a comunicação. Esse movimento de inclusão e exclusão é essencial para manter as comunicações da Sociedade e, nesta perspectiva, a individualidade, e não de indivisibilidade do sujeito, como proposto pela filosofia ⁹⁸.

Outro erro que se comete na observação da Sociedade em termos de sujeitos e comunicações diz respeito à subjetividade e à generalidade. É aqui que esta o erro de se pensar em uma Sociedade formada por sujeitos, e não por comunicações e sistemas.

El error de construcción está en igualar subjetividad y generalidad, y en atribuir esta igualación a la conciencia – la cual se encuentra simplemente dada a sí misma. La individualidad no se piensa individualmente sino como lo más general en absoluto – igualando desde este punto de vista también al sujeto y al objeto – es, decir, asimilando en uno solo al concepto de lo individual (que, por supuesto, es concepto general que designa a todos los individuos) y a los individuos mismos. Pero esto hace que toda comunicación sea superflua, algo que con definitiva radicalidad llega a su expresión [...]. De él penden ciertas expectativas normativas que están ligadas al concepto de sociedad moderna, de modo que surge la sospecha de que una sociedad sin sujeto ya no sería una sociedad moderna, sino una posmoderna; en torno a eso versa hoy día la disputa ⁹⁹.

⁹⁷ “Assim, a sociedade concebe como sociedade os sujeitos. Embora – como pude ser visto facilmente – isto é uma construção paradóxica. Um sujeito que se coloca a si mesmo como subjacente a si mesmo e ao mundo e que não pode conhecer (nem reconhecer) outras premissas que as que si mesmo, também está posto como subjacente aos demais ‘sujeitos’. Então, cada um subjacente a todos os demais? Somente é possível afirmar isso dando-lhe uma interpretação transcendental teórica ao conceito de sujeito; posto que se tratando de indivíduos empíricos teria que conhecer os nomes e os endereços para averiguar se efetivamente este sujeito se coloca como subjacente a tudo e a todos os demais”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 813.

⁹⁸ Isto é: “Ahora vale que lo más general en el hombre es precisamente su individualidad, ya que <<cualquiera>> es un individuo concreto.” (tradução nossa): “Agora, vale dizer que o mais geral no homem é precisamente sua individualidade, já que qualquer um é um indivíduo concreto.” LUHMANN, Niklas. *¿Cómo es posible el orden social?* México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2009. p. 75.

⁹⁹ “O erro de construção está em igualar subjetividade e generalidade, e em atribuir esta igualação a consciência – a qual se encontra simplesmente dada a si mesma. La individualidade não se pensa

Esse erro é o que nos aprisiona na modernidade, e não permite a evolução social. O ser humano não pode ficar localizado apenas em sistemas parciais que não sejam os sistemas dos quais ele se constitui¹⁰⁰. Os seres humanos não podem mais ter lugares fixos na Sociedade. É isso que Luhmann pretende estabelecer com esta teoria. O homem é importante, mas não é figura central¹⁰¹. O que não significa que apenas a comunicação seja relevante. O importante é a Sociedade, que é constituída de indivíduos em seus papéis sociais e também de organizações e subsistemas, e todos fazem comunicação, em grupo organizado ou de forma não organizada, dentro de contextos menores¹⁰². Não há superioridades ou supremacias

individualmente senão como o mais geral em absoluto – igualando desde este ponto de vista também ao sujeito e ao objeto – ou seja, assimilando em um somente ao conceito do individual (que, certamente, é conceito geral que designa a todos os indivíduos) e a indivíduos mesmos. Mas isto faz com que toda a comunicação seja supérflua, algo que com definitiva radicalidade chega a sua expressão [...]. Dele pendem certas expectativas normativas que estão ligadas ao conceito de sociedade moderna, de modo que surge a suspeita de que uma sociedade sem sujeito já não seria uma sociedade moderna, senão uma pós-moderna; em volta disso versa a disputa hoje”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 814-815.

¹⁰⁰ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 590.

¹⁰¹ Como a ideia de que o homem deve guiar o desenvolvimento social, Luhmann diz que já ocorreram experiências muito ruins, e apenas isso já seria suficiente para nos afastar dos “humanismos” na modernidade. Por isso: “Por lo demás, no se entiende la razón por la cual la colocación en el ambiente del sistema de la sociedad deba ser tan mala. Yo, en todo caso, no querría cambiarla. Uno puede preguntarse si este bosquejo acaso no le impide a la sociedad desarrollarse <<humanamente>>. Pues bien, no excluye de suyo ninguna semántica societal; pero lo cierto es que orientándose por <<representaciones humanas>> se han tenido tan malas experiencias, que ante ellas se debería estar prevenido. Con demasiada frecuencia las representaciones sobre los seres humanos han servido para, mediante referencias externas, endurecer asimetrías de roles y apartarlas de la disposición social. Al respecto puede pensarse en las ideologías de la raza y en la distinción entre elegidos y malditos, en la doctrinaria prescrita por el socialismo, o en lo que significan para los norteamericanos la ideología melting pot y el American way of life. Nada de esto estimula a la repetición o tan siquiera a realizar reediciones modificadas. Todas las experiencias hablan en favor de la elaboración de teorías que nos protejan de los humanismos.” (tradução nossa): “Ademais, não se entende a razão pela qual a colocação no ambiente do sistema da sociedade deva ser tão ruim. Eu, em todo o caso, não queria mudá-la. Alguém pode perguntar-se se este esboço por acaso não impede a sociedade de desenvolver-se <<humanamente>>. Pois bem, não se exclui dele nenhuma semântica socialista; mas o certo é que se orientando por <<representações humanas>> se teve experiências tão ruins, que frente a elas deveria-se estar prevenido. Com muita frequência as representações sobre os seres humanos tem servido para, mediante referências externas, endurecer asimetrías de papéis e separá-las da disposição social. A respeito se pode pensar nas ideologias da raça e na distinção entre escolhidos e maldito, na doutrina prescrita pelo socialismo, ou no que significa para os norteamericanos a ideologia de mistura cultural e o estilo de vida americano. Nada disto estimula a repetição e nem sequer a realizar reedições modificadas. Todas as experiências falam em favor da elaboração de teorias que nos protejam dos humanismos.” LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 228.

¹⁰² Embora se diga comumente que a sociologia não trabalha com casos isolados, é preciso esclarecer que a Sociologia não se importa enquanto números, mas se importa em relação a ação social, ao que é comunicado. Por isso, ela se preocupa, mesmo que seja uma única decisão. Ressalto ainda que, hoje não existe mais caso isolado, com toda a publicidade que cerca as

em uma teoria circular, nem mesmo entre sistema e entorno. O que pode ocorrer é uma relação de permanência. A Sociedade vive de auto-observações e auto-descrições, que não passam de operações comunicativas, que precisam estar em conexão com os acontecimentos do sistema.

Por lo demás, la sociedad ya sólo se considera como entorno del sistema funcional considerado y no como inferioridad o supremacía específica. Con todo, esto no significa que las dependencias entre los sistemas parciales disminuyan; al contrario, aumentan. Pero adquieren la forma de la diferencia entre sistema y entorno: no pueden ya normarse específicamente, no pueden legitimarse dentro del todo de la sociedad como condición del orden en sí; sino que consisten ahora en una dependencia – general y altamente diferenciada – de condiciones constantemente cambiantes del entorno interno a la sociedad¹⁰³.

A própria Sociedade como um todo já se considera entorno do sistema funcional sem inferioridades ou supremacias específicas. Por isso, mesmo que o indivíduo esteja no entorno, não quer dizer que ele seja desconsiderado, seja

comunicações sociais e judiciais. Portanto, esta perspectiva de que só os números importam é ultrapassada, e não produz sentido. Da mesma forma, como inúmeras vezes observamos pesquisadores dizendo que os juízes não aceitam instituto X ou Y, porque a maior parte das ações, em números estatísticos, que são interpostas sobre estas questões X e Y são julgadas improcedentes. Ocorre que este é um erro grosseiro que é cometido continuamente em nossas pesquisas no Brasil. O fundamental em uma pesquisa destas, não é ver apenas a margem de procedências e improcedências, mas os fundamentos que levaram a esta decisão. Muitas vezes, os casos de improcedência, não ocorrem porque não se aceita a socioafetividade, a homossexualidade, a mudança de sexo ou o casamento homoafetivo, mas porque não se conseguiu provar o que era necessário para a concessão do pedido. Ou seja, por isso é preciso ver o caso individual, “isolado”, para saber se haverá um interesse sociológico em relação à ele, e não apenas quantas ações existem tratando desta questão. Diferente ainda, é o fato de que a sociologia não estuda fenômenos individuais: “Como é sabido, para Luhmann la sociología tiene como objeto de estudio a la sociedad y la sociedad es, ni más ni menos, el sistema social que comprende todas las comunicaciones.” (tradução nossa): “Como é sabido, para Luhmann a sociologia tem como objeto de estudo a sociedade e a sociedade e, nem mais e nem mesmo, o sistema social que compreende todas as comunicações.” Isso deve ser lido no contexto explicitado acima. Um caso considerado isolado, ainda assim pode ser objeto de comunicações sociais e, por isso mesmo, não será isolado, apenas representará uma pequena porcentagem estatística. Pensar assim, é inclusive um contra-senso com os marcos desta teoria. MONTEAGUDO, Jorge Galindo. La teoría sistémica de la sociedad de Niklas Luhmann: alcances y límites. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. XXVI – XXVII.

¹⁰³ “Ademais, a sociedade já somente se considera como entorno do sistema funcional considerado e não como inferioridade ou supremacia específica. Com tudo, isto não significa que as dependências entre os sistemas parciais diminuam; ao contrário, aumentam. Mas adquirem a forma da diferença entre sistema e entorno: não podem já “normar-se” especificamente, não podem legitimar-se dentro do todo da sociedade como condição da ordem em si; senão que consistem agora em uma dependência – geral e altamente diferenciada – de condições constantemente alteradas do entorno interno da sociedade”. (tradução nossa). MONTEAGUDO, Jorge Galindo. La teoría sistémica de la sociedad de Niklas Luhmann: alcances y límites. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 590-591.

menos. Por outro lado, partindo destas premissas, tem-se que aceitar que, quando o ser humano exerce um papel social, este exercício do papel é importante, tanto quanto, ou, dependendo do caso, mais do que a organização.

Neste contexto, Simmel apresenta uma pergunta que se mostra relevante para nós: “¿cómo es posible una sociedad que consiste de individuos¹⁰⁴?”. Não fossem as considerações que já tecemos a este respeito, Luhmann não responde diretamente a esta pergunta, mas afirma que esta questão: “oculta una pregunta más profunda que debería decir: ¿cómo es posible el orden social sobre la base de una síntesis hecha por una subjetividad plural?, dando por supuesto de que no existe ninguna instancia externa¹⁰⁵.”

Para o autor, não seria possível a ordem social se a Sociedade efetivamente se constituísse de indivíduos, no sentido ontológico, com seus objetivismos, ou de cidadãos dotados de intersubjetividade. Isso levaria ao mesmo beco sem saída em que as demais teorias do conhecimento baseadas nestes pressupostos já se encontram. Mais diretamente, haveria um aprisionamento das comunicações, e não haveria como falar em autoobservações e autodescrições. Tudo seria ruído.

Ao contrário, quando se tem o homem fora do Sistema Social, em seu entorno, é possível falar em ordem social, na medida em que suas expectativas podem ser filtradas quando ingressam na Sociedade. Com isso, é comunicado aos subsistemas sociais, através do Sistema Psíquico, apenas uma pequena parcela das expectativas cognitivas, graças às dinâmicas temporais e de comunicação sistema/entorno que existem e interferem nesta relação. Este deslocamento do indivíduo afeta também a dinâmica temporal.

Una de las razones tal vez más importantes – rara vez enfatizada – del favoritismo moderno por el individuo, es que los individuos pueden imaginarse como personas y, en esta forma, pueden *simbolizar el carácter de desconocido del futuro*. Puede conocerse a las personas aunque sin saber cómo actuarán. Esta integración peculiar de pasado y futuro se institucionaliza en la forma semántica de individuo/persona y en la concesión social de libertad – lo cual, como se ve fácilmente, sucede a costa de la seguridad social. La

¹⁰⁴ “como é possível uma Sociedade que consista em indivíduos?” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *¿Cómo es posible el orden social?* México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2009. p. 88.

¹⁰⁵ “Como é possível a ordem social sobre a base de uma síntese feita por uma subjetividade plural?, considerando certamente que não existe nenhuma instância externa”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *¿Cómo es posible el orden social?* México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2009. p. 88.

manera como las personas actúen dependerá de cómo otras personas lo hagan. Las interdependencias sociales multiplican entonces la incertidumbre del futuro. Con ello la sociedad confirma aquel acrescentamiento de la desconexión entre pasado y futuro que ella produce mediante la diferenciación de los sistemas – lo cual luego ella vuelve plausible con la forma-personas. Mientras que la persona (éticamente alabada) se afirma en la libertad de su actuar, parece que la función latente de la individualización/personalización moderna reside más bien en volver plausibles las relaciones de tiempo que la sociedad há creado y que ahora hay que soportar. Esto también explica la extraña exigencia de originalidad, singularidad, autenticidad del darse a sí mismo sentido, con la cual se ve enfrentado el individuo moderno y que psíquicamente no puede cumplir sino copiando patrones de individualidad¹⁰⁶.

Estar fora do sistema é justamente o que permite ao homem a liberdade¹⁰⁷ real para comunicar, elemento este que surgiu nas críticas de autores ao pensamento luhmanniano, no início deste capítulo. Tendo liberdade para comunicar, ele também tem liberdade para decidir como irá agir, e assim ser responsabilizado. Havendo decisão e responsabilização, haverá a necessidade de gerenciamento do risco e, como já referimos em nossa tese, gerenciamento das próprias expectativas.

¹⁰⁶ “Uma das razões talvez mais importantes – raras vezes enfatizada – do favoritismo moderno pelo indivíduo, é que os indivíduos podem imaginar-se como pessoas e, nesta forma, podem simbolizar o caráter de desconhecido do futuro. Pode conhecer-se as pessoas ainda que sem saber como atuaram. Esta integração peculiar de passado e futuro se institucionaliza na forma semântica de indivíduo/pessoa e na concessão social de liberdade – a qual, como se vê facilmente, sucede-se as custas da segurança social. A maneira como as pessoas venham a atuar dependerá de como outras pessoas o façam. As interdependências sociais multiplicam então a incerteza do futuro. Com isso a sociedade confirma aquele acrescentamento da desconexão entre passado e futuro que ela produz mediante a diferenciação dos sistemas – o qual logo ela volta plausível com a forma-personas. Enquanto que a pessoa (éticamente louvada) se afirma na liberdade de atuar, parece que a função latente da individualização/personalização moderna reside melhor em fazer plausíveis as relações de tempo que a sociedade tinha criado e que agora tem que suportar. Isto também explica a estranha exigência de originalidade, singularidade, autenticidade do dar-se a si mesmo sentido, com a qual se ve enfrentado o indivíduo moderno e que psíquicamente não pode cumprir senão copiando padrões de individualidade”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 807-808.

¹⁰⁷ “Aunque, por otro lado, la idea de ser finalidad en sí se transfiere al hombre como individuo y como sujeto – y con Kant se interpreta como libertad. Lo cual agudiza la distinción de praxis y técnica, culminando finalmente en Habermas en la idea normativa de racionalidad práctica. Se indemniza al otro lado – que ahora se llama sistema, técnica, actuar estratégico o comunicación en forma de monólogo – otorgándole concesiones. Pero, ¿ No habría que comprender a la sociedad como la unidad de ambos?” (tradução nossa): “Embora, por outro lado, a ideia de ser finalidade em si se transfere ao homem como indivíduo e como sujeito – e com Kant se interpreta como liberdade. O qual aguça a distinção de práxis e técnica, culminando finalmente em Habermas e na ideia normativa de racionalidade prática. Se compensa o outro lado – que agora se chama sistema, técnica, atuar estratégico ou comunicação em forma de monólogo – outorgando-le concessões. Mas, não haveria que compreender a sociedade como a unidade de ambos?”. O nosso conceito de liberdade não é esse, ele não é ligado ao sujeito ou a antologia ou a racionalidade prática. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 815-816.

O ser humano pode escolher como agir precisamente porque, como está no entorno da Sociedade, mesmo se constituindo em Sistemas Psíquico, Orgânico e Celular, nada o aprisiona em nenhuma dinâmica social. Não se impõe a ele nenhuma operação ou código de qualquer subsistema, a não ser seu próprio.

O que ocorre é que normalmente as observações se dão enquanto este homem está exercendo algum papel social, como um juiz, médico, professor, cidadão. Mesmo neste papel social, ele tem liberdade para decidir o que irá comunicar e como irá agir, mas isso não significa que poderá agir de qualquer maneira. Há uma pequena margem em que, embora seja livre, o Sistema Sociedade acaba lhe limitando em suas comunicações. O Sistema Psíquico ainda tem liberdade, mas, enquanto juiz, o Sistema do Direito tem limites e padrões de suas decisões, pois aqui ele incorpora ao ser humano a comunicacionalidade social de determinado subsistema. Esta linha é muito tênue, e, efetivamente, às vezes é possível ver julgadores “fazendo o que querem” quando decidem. Esta talvez seja mais uma prova de que, mesmo o homem estando fora do Sistema Social, ele ainda é de grande importância, e comunica sim na Sociedade, não estando excluído dela em sua totalidade, mas apenas enquanto operacionalidade. A abertura cognitiva dos sistemas permite esta margem de comunicação.

Ao longo dos capítulos desenvolvidos até aqui, foi-se apresentando questionamentos e colocando as respectivas respostas, com o que surgem novas indagações. Se observarmos, nestas primeiras páginas usamos quase que indistintamente os termos seres humanos, pessoas, homem. Isso não foi por acaso. Luhmann atribui sentido específico para cada um destes termos. Vamos observá-los.

2.2.2 Indivíduos, Pessoas, Sujeitos ou Seres Humanos: Afinal, do que se trata?

Restando estabelecido que existe uma Sociedade e um entorno, e que as pessoas, sujeitos, seres humanos ou indivíduos estão no entorno, é preciso trabalhar bem estas definições para saber finalmente do que se está falando.

A definição do que seria o sujeito, ser humano, indivíduo ou pessoa, merece especial atenção na teoria luhmanniana, precisamente pelo fato de não ser objeto frequente de análise por parte dos seus comentadores. Isso se deve ao fato de que, desde o século XVII, principalmente com Descartes, viu-se o sujeito ganhando uma astúcia e um apoderamento que vieram a contaminar todas as demais concepções

teóricas. O apego a esta posição é tal que, quando se trabalha com uma teoria que coloca as pessoas no entorno, a mesma é rechaçada por grande parte dos demais pesquisadores.

Ocorre que, na verdade, as perguntas que são feitas a esta teoria é que estão equivocadas. A pergunta não é mais “é possível uma sociedade sem sujeitos?” A partir disto, “[...] no se pregunta si acaso es posible, sino cómo es posible¹⁰⁸” pensar de forma diferente estas concepções.

Primeiro, de forma sucinta, faz-se necessária uma breve retomada do conceito de pessoa no decorrer da história. Do que significa pessoa e do que significa ser humano. Isso porque, na verdade, pessoa, indivíduo, ser humano, são todas percepções distintas. Luhmann se propõe a essa retomada¹⁰⁹ porque ele quer entender por que existe a pessoa, ou, mais precisamente, por que existem as pessoas e existe a Sociedade.

Até hoje, uma das concepções mais fortes do que seriam as pessoas, os seres humanos, enfim, todas estas categorias, estão na noção do sujeito transcendental, que se originou na época moderna, com pensadores como Descartes, Kant, Hegel e Hume. Basicamente, o pensamento deles converge na ideia de que existe um Eu que está fora do mundo. O Eu que é o sujeito transcendental. É ele quem conhece o mundo, e também conhece ele mesmo, como se ele fosse uma consciência que se conhece, mas ao mesmo tempo ele é objeto do conhecimento. Então é como se esse Eu conseguisse sair de si mesmo, olhar para si mesmo e pensar sobre si mesmo, o que seria esta autoreflexão, esta autoconsciência. E é essa concepção que a Teoria dos Sistemas critica, por não aceitá-la como suficiente para descrever o ser humano em sua relação com a Sociedade.

Luhmann não é o único a fazer esta crítica. Nesta linha, tem-se vários outros autores, como Heidegger, que embora ao final apresente uma proposta teórica bem afastada do pensamento luhmanniano, traz em sua construção algumas preocupações compartilhadas, que só podem ser percebidas a partir de uma

¹⁰⁸ “não se pergunta se acaso é possível, senão como é possível.” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *¿Cómo es posible el orden social?* México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2009. p. 34.

¹⁰⁹ Os textos de Luhmann que são voltados especificamente para esta questão, e trazem um aparato seguro para o desenvolvimento deste trabalho são “La astucia del sujeto y la pregunta por el hombre” e “La forma <<persona>>”, dois capítulos do livro LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

observação muito sofisticada. Ambos os pensadores não aceitam esta noção de Eu transcendental, e buscam formas de enfrentar este problema¹¹⁰.

A principal crítica de Luhmann tange ao fato de que, nesta corrente de pensamento, é como se Eu não precisasse sair de mim mesmo para conhecer o mundo. Quer dizer que tudo que Eu preciso para o conhecimento está em si mesmo. Mas, ocorre que deve haver uma sutileza nesta observação, em razão da existência da Sociedade. Isto é, ao mesmo tempo, se Eu não preciso sair de mim para conhecer o mundo, mas Eu vivo em uma Sociedade, se Eu aceito que existe uma Sociedade, tem que existir algo que liga a minha consciência às outras consciências, e esse é o inconveniente. É um problema, precisamente porque Luhmann, assim como muitos outros, entendem que não há uma ligação direta entre as consciências. Na observação luhmanniana, essa ligação (comunicação) das consciências, depende de algo externo ao homem, que é a Sociedade. A Sociedade, portanto, existe, e isso não pode ser variável ou flexibilizado. Para solucionar este impasse, aparecem alguns argumentos na própria filosofia¹¹¹, os quais também não serviram

¹¹⁰ Em sua obra principal, *Ser e Tempo*, Heidegger apresenta a concepção de homem como ser-no-mundo. Com o intuito de construir um conceito de ser humano capaz de superar as concepções da metafísica da tradição, o filósofo alemão busca descrever o modo de ser do *Dasein* em bases existenciais. O próprio termo *Dasein* passa a ser utilizado como forma de romper com a maneira tradicional de compreender o homem. Enquanto ser-no-mundo, o homem deixa de ser um sujeito transcendental ou um sujeito racional, explicado a partir dos entes, e passa a ser compreendido em sua relação primordial com o Ser.

¹¹¹ A empatia é uma resposta apresentada para esta questão das consciências e sua ligação ou ausência de ligação. Um dos argumentos é que existe, por exemplo, a empatia. Quando você vê uma injustiça, você se coloca na posição ou no lugar de quem foi injustiçado e toma as dores desta pessoa. Estes filósofos da modernidade, eles diziam que na verdade eu só tenho acesso a minha consciência, mas que pela expressão das outras pessoas, eu deduzo que a outra pessoa é igual a mim, que tem uma consciência igual a mim e que sente a mesma coisa que eu. Dan Zahavi elabora de forma clara o argumento da analogia que, em última instância, reproduz tanto o problema da intersubjetividade como o da empatia: "The only mind I have direct access to is my own. My Access to the mind of another is always mediated by his bodily behaviour: But how can the perception of another person's body provide me with information about his mind? Starting from my own mind and linking it to the way in which my body is given to me, I then pass to the other's body and by noticing the analogy that exists between this body and my own body, I *infer* that the foreign body is probably also linked in a similar manner to a foreign mind. In my own case, screaming is often associated with pain; when I observe others screaming, I infer that it is likely that they are also feeling pain. Although this inference doesn't provide me with indubitable knowledge about others, and although it doesn't allow me to actually experience other minds, at least it gives me more reason to believe in their existence, than for denying it." (tradução nossa): "A única mente à qual eu tenho acesso é a minha própria. Meu acesso à mente dos outros é sempre mediada pelo seu comportamento corporal. Mas como pode a percepção do corpo de outra pessoa me fornecer informação sobre a sua mente? Partindo da minha própria mente e ligando-a ao modo no qual meu corpo é dado a mim, eu então passo para o corpo do outro e pela observação da analogia que existe entre este corpo e meu próprio corpo, eu *infiro* que o corpo do outro está provavelmente também ligado de uma maneira similar à mente do outro. No meu próprio caso, gritar é frequentemente associado à dor; quando eu observo outros gritando, eu infiro que é provável que eles estejam também sentido dor. Embora esta inferência não me forneça conhecimento indubitável sobre os outros, e embora ela não me permita de fato ter a experiência de outras mentes, pelo menos ela me

como resposta para os problemas levantados por Luhmann.

Estes filósofos da modernidade trabalhavam com a noção de intersubjetividade¹¹². Por isso, em razão da intersubjetividade é que seria possível que alguém falasse uma coisa e a outra pessoa entendesse. A linguagem seria um tipo de intersubjetividade¹¹³. Essa era a resposta dada para justificar como as consciências podem se relacionar, mantendo, dessa forma, o sujeito, a pessoa como um transcendental. No entanto, mais uma vez, Luhmann critica esta posição, porque ele entende que isso só faz duplicar o problema. Justamente, se eu não estou conseguindo explicar bem nem a minha consciência, e eu atribuo consciência também ao outro, então eu estou duplicando essa impossibilidade de explicação da consciência. Em uma concepção sistêmica, criar-se-ia uma dupla contingência

Com uma rápida visão histórica, é possível levantar elementos que solidificam esta crítica. Na Grécia antiga, por exemplo, nos clássicos não existia esta ideia de consciência, não existia nem a ideia de um Eu, a pessoa estava sempre na Sociedade. Foi com Descartes¹¹⁴ que teve início esse Eu que tem todas as ferramentas para chegar ao conhecimento. Segundo Luhmann,

El siglo XVII da a la conciencia del individuo, con Descartes, la forma existencial del sujeto y, con ello, un nuevo sentido a la subjetividad misma. Anteriormente, sujeto significava aquello que subyace a las cualidades, o también, aquello a lo que se pueden referir los predicados. Ahora, la subjetividad de los sujetos se transfiere a la conciencia, y la conciencia se convierte en el sujeto sin más. Como es conocido, la fundamentación dice que sólo en la realización de operaciones concientes radicaría una certeza incondicional, ya que con ellas la conciencia sabe de sí misma, tanto en el caso de que sus contenidos sean verdaderos como en el caso de que sean falsos. La certeza reside en la autorreferencia misma, con total independencia, por lo pronto, de si <<el>> sujeto se identifica a sí mismo como el <<yo>> del <<yo pienso>>¹¹⁵.

dá mais razão para acreditar na sua existência, do que para negá-la.” ZAHAVI, Dan. Beyond empathy: phenomenological approaches to intersubjectivity. *Journal of Consciousness Studies*, [S.l.], v. 8, n. 5-7, p. 151-67, 2001. Disponível em: <<http://philpapers.org/rec/ZAHBE>>. Acesso em: 09 set. 2015.

¹¹² Atente-se para o fato de que eles trabalhavam com a noção de intersubjetividade, mas o termo em si, não aparece em seus escritos com frequência.

¹¹³ O próprio Habermas que não é exclusivamente ligado a filosofia, recorrerá a intersubjetividade.

¹¹⁴ Para tanto, ver as obras: DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. Revisão Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 1999. DESCARTES, René. *Meditações metafísicas*. Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. Revisão Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹¹⁵ “O século XVII dá a ciência do indivíduo, com Descartes, a forma existencial do sujeito e, com isso, um novo sentido a subjetividade mesma. Anteriormente, sujeito significava aquele que subjaze as qualidades, ou também, aquele ao que se podem referir os predicados. Agora, a

A dificuldade reside na circunstância de que se o Eu tem todas as ferramentas, não precisaria da Sociedade. Aliás, pode-se concluir que a Sociedade de fato não existe, ou melhor, o Eu pode até mesmo concluir que a Sociedade não existe. Mas Luhmann defende que existe uma Sociedade, e o que está errado é esta ideia de um Eu transcendental. Basta dizer que nós vemos e comunicamos a Sociedade. Ela está aí. É deste ponto que vão emergir as críticas dele ao pensamento de Husserl e Heidegger. Isso porque, conforme Luhmann, eles tentaram e não conseguiram responder a este problema da intersubjetividade e do transcendental, embora afirmem que conseguiram.

Luhmann não nega que existe a consciência, ele não nega a consciência. Pelo contrário, ela existe e será um elo fundamental para a comunicação social e o Sistema Psíquico. O que Luhmann nega, o que ele critica tanto, o que ele acredita que está errado, é a noção de consciência transcendental. Ou melhor, deste Eu transcendental. O que existe são várias consciências; todos têm consciência. Logo, são várias consciências, que por serem algo definido como consciência, têm algo em comum, mas que não é nada transcendental. Sistemicamente, a consciência será parte de um processo neurológico.

Sendo assim, para abordar este tema a partir da Teoria dos Sistemas, é necessária uma depuração terminológica¹¹⁶, para fugir da armadilha de usar a mesma terminologia moderna. Ademais, é salutar lembrar que a Teoria dos Sistemas tem uma terminologia própria, e utilizar termos com suas concepções prontas e comuns contamina o raciocínio. Então Luhmann quer realizar esta depuração terminológica. Em termos mais informais, ele quer “limpar o caminho” para definir quais distinções vão ser utilizadas para tratar da pessoa, e chegar até o ponto em que se consiga observar Sociedade/Entorno.

Na filosofia, quando se separa a pessoa, o ser humano, o indivíduo, é porque se parte de uma diferença, qual seja, ser humano diferente dos animais. E a pergunta que se impõe frente a esta diferença é: em que eles diferem?

subjetividade do sujeitos se transfere a consciência, e a consciência se converte no sujeito sem mais. Como é conhecido, a fundamentação diz que somente na realização de operações conscientes radicaria uma certeza incondicional, já que com elas a consciência sabe de si mesma, tanto como no caso de que sejam falsos. A certeza reside na autoreferência mesma, com total independência, por tanto, de si <<ele>> sujeito se identifica a si mesmo como o <<eu>> do <<eu penso>>”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *¿Cómo es posible el orden social?* México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2009. p. 67.

¹¹⁶ LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Jostx Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 224.

Independente da resposta (e a filosofia vai apresentar várias respostas para isso), esta resposta sempre é uma questão ontológica. Por que isso é importante? Porque para a filosofia¹¹⁷ a ontologia resolve o problema do ser humano, resposta com a qual Luhmann não concorda. Para ele: “Designamos como ontología el resultado de una forma de observar que parte de la distinción ser/no ser y que todas las demás distinciones las subordina a esta distinción¹¹⁸”. Dito de outra forma, ele não concorda com a ontologia da tradição metafísica, que procura definir *o que* é o homem – ressalva feita a Heidegger, cuja ontologia fundamental procura descrever *como* é o homem¹¹⁹ -, porque a ontologia deve estar ligada a uma forma que possibilita distinções. Quando ela diz o que é, ela deixa tudo subordinado ao ser, esquecendo-se do não-ser. A distinção ser/não-ser a qual a ontologia se vincula, permitiria que o observador conseguisse ver apenas o ente, pois, na forma ser/não-ser, o lado negativo não tem correlato na Sociedade. A ontologia é limitadora da observação. Segundo Luhmann,

Ontology is here understood to mean that an observer operates with the distinction being/nonbeing and with the help of this distinction designates what he deems relevant, connectable, in short: “being” [*seiend*]. To designate being [*Sein*], such an observer has only one logical value at his disposal, a designation value, to adopt Gotthard Günther’s formulation. He needs the second value only to control his observations, to reflect, to unmask errors. Bivalent logic consequently comprises an apparatus that is specific observation; that is to say, for such an observer, the negative has no correlate in reality. The possibility of negation serves merely to disavow his own operations of observation, operations that factually run as they do regardless of whether they lead to true or false results.

As long as there is one such observer, several observers are in the same situation. They can point out errors to each other; that is to say, they can break through the operative indistinguishability of recognition

¹¹⁷ A filosofia é sempre o nosso interlocutor na discussão desta temática, já que tem a posição mais marcante/contaminante sobre isso, e foi ela quem iniciou estes questionamentos ou no mínimo, foi a partir das concepções filosóficas que estes questionamentos surgiram.

¹¹⁸ “Designamos como ontología o resultado de uma forma de observar que parte da distinção ser/não-ser e que todas as demais distinções são subordinadas a esta distinção”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 710. p. 710.

¹¹⁹ Conforme um dos mais importantes estudiosos de Heidegger no Brasil “Ser e Tempo é a obra em que se abandonou definitivamente a possibilidade de responder o que é o homem, para afirmar que só se pode questionar como é o homem. A resposta vem diretamente do fato de que ele é ser-no-mundo e ser-aí. Com essa resposta o filósofo remete o ser humano para o lugar da compreensão do ser. Seu modo de ser consiste em compreender o ser, de tal modo que a pergunta pelo ser se torna a pergunta pelo modo como ele se dá: pelo ser-aí que compreende o ser.” STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Ijuí: Editora Unijuí, 2008. p. 175. Ainda, no próprio Heidegger, ver a analítica existencial desenvolvida em *Ser em Tempo*.

and error. They can learn with one another because they all have only one value at their disposal to designate reality, and they stand, as it were, under compulsion to agree. Accordingly, ontology limits the observation of observers to two functions: critique and learning. There is only one world for the observers, even if they observe one another – and hence there is perpetual conflict among them¹²⁰.

Mas o que difere o ser humano do animal? A biologia, exemplificativamente, diz que há uma quantidade diversa de cromossomos em um com relação ao outro. No entanto, isso apenas vai diferenciar o ser humano do animal, mas a pergunta “o que te faz uma pessoa?”, não é respondida desta forma. Para a filosofia moderna, esta questão é respondida a partir da concepção de consciência¹²¹.

Luhmann não aposta especificamente nesta ideia de consciência. Ele trabalha com a distinção, e não com a diferenciação. Para ele, as perguntas mais importantes

¹²⁰ “Ontologia é aqui compreendida para significar que um observador opera com a distinção ser/não-ser e com a ajuda desta distinção designa o que ele julga relevante, conectável, em resumo: “ser” [seiend]. Para designar ser [Sein], tal observador tem apenas um valor lógico a sua disposição, uma designação de valor, para adotar a formulação de Gotthard Günther. Ele precisa do segundo valor somente para controlar suas observações, para refletir, para desmacarar erros. A lógica bivalente conseqüentemente compreende um aparato que é específico para observação; o que significa dizer, para tal observador, o negativo não tem correlato na realidade. A possibilidade de negação serve meramente para rejeitar suas próprias operações de observação, operações que faturalmente ocorrem como ocorrem apesar de se elas levam a resultados verdadeiros ou falsos. Na medida em que há tal observador, diversos observadores estão na mesma situação. Eles podem apontar erros uns para os outros; o que significa dizer, eles podem romper a indistinguibilidade operativa de reconhecimento e erro. Eles podem aprender uns com os outros porque todos eles tem apenas um valor à sua disposição para designar a realidade, e eles se colocam, por assim dizer, sob compulsão para concordar. Por conseqüente, a ontologia limita a observação de observadores à duas funções: crítica e aprendizado. Há somente um mundo para os observadores, mesmo que eles observem uns aos outros – e portanto há um conflito perpétuo entre eles. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Theories of distinction: redescribing the descriptions of modernity*. Edited and introduced by William Rasch. Translations by Joseph O’Neil, Elliot Schreiber, Kerstin Behnke, and William Whobrey. Stanford University Press. Stanford, California, 2002. p. 187-188.

¹²¹ Estas concepções permitem uma séria de discussões na atualidade. Algumas teorias da neurociência afirmam que se alguém esta em coma, em morte cerebral, deixa de ser uma pessoa. Seguindo esta linha, futuramente teremos o problema da substituição por coisas: os órgãos substituídos por outras coisas, por aparelhos. Com a revolução da medicina, engenharia genética, será possível a substituição de órgãos, e talvez até mudar todo o corpo. A partir daí, o que vai te definir como pessoa? Pode-se deixar de ser ser humano e ainda ser pessoa. E se a memória for passada para um computador que a processe? É cabível entender que a constituição física é diferente do que é a constituição mental, é possível existir uma unidade no físico e mental, mas como serão vistas estas definições? É por estes e outros motivos que na filosofia usam-se palavras diferentes, mais ligadas ao mental ou ao físico. Pode-se falar em consciência artificial? Ou seja, ir além da inteligência artificial? Essa é uma discussão sobre a mesmidade. Afinal, o que mantém a mesmidade da pessoa? Isso vai estar ligado a sua identidade social ou apenas a sua identidade pessoal? Diversas teorias trabalham esta questão do corpo, mente e sua conexão. Entre elas, podemos citar as teorias monistas, dualistas, paralelistas, computacional, entre outras. Boas referências a respeito são: DAMÁSIO, Antonio. *O livro da consciência*. Lisboa: Temas e Debates. 2010. DAMÁSIO, Antonio. *El error de Descartes: la emoción, la razón y el cerebro humano*. Traducción castellana de Joandomènec Ros. Buenos Aires: Paidós, 2013. DREYFUS, Hubert, L. *What computers still can’t do: a critique of artificial reason*. Cambridge: The MIT Press, 1992.

não provém do “o que é X?”, ou “o que são Y”. A pergunta relevante é “do que se distingue X?” ou “do que se distingue Y?”.

Tomando en consideración todo esto, habría que someter al concepto de sujeto – si además luego se presenta con pretensiones de exclusividad – a la pregunta: ¿de qué se distingue el sujeto mismo?, ¿del mundo?, ¿de objetos?, ¿de otros sujetos? O tan sólo ¿de sí mismo – del no-yo?¹²²

Então, quando se apresenta a pergunta “do que se distingue o sujeito?”, a resposta terá que ser dada como uma distinção. Assim, deve-se lembrar que a distinção pressupõe uma forma, ou seja, dois lados que possuem uma unidade fixa. Essa distinção não é encontrada na visão do diferente biológico, nem do sujeito moderno, o que torna estas concepções anêmicas e insuficientes.

Con arreglo a la forma, por tanto, su propia unidad les es dada sólo como paradoja: como unidad de algo que es una multiplicidad, como mismidad de lo diferente. Bien es verdad que el distinguir no es difícil, puesto que sin realizar una distinción en ningún caso se puede observar. Pero el problema se cifra entonces en saber de qué se distingue el sujeto: ¿de los animales, de otros sujetos, del mundo, o de sí mismo? Por consiguiente, dos son las preguntas que hemos de plantear al sujeto: la primera es la referente a de quién o de qué se distingue; y la segunda, la relativa a qué es su propia unidad, dado que ésta es definida por una distinción que puede seleccionarse variadamente¹²³.

A diferença na forma de colocar estes questionamentos é essencial. Ao se perguntar “o que é?”, “o que são?”, já se cai na armadilha da filosofia, do sujeito. É por esse motivo que se entende que as perguntas, “o que é X?”, “o que são Y?”, trazem respostas ontológicas, que mantêm a astúcia do Eu transcendental, que vive

¹²² “Levando em consideração tudo isso, haveria que submeter o conceito de sujeito – se além disso logo se apresenta com pretensões de exclusividade – a pergunta: do que se distingue o sujeito mesmo?, do mundo?, de objetos?, de outros sujeitos?, Ou tão somente, de si mesmo – do não-eu?”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 690.

¹²³ “Com arranjo a forma, portanto, sua própria unidade lhe é dada somente como paradojo: como unidade de algo que é uma multiplicidade, como mesmidade do diferente. Bem, é verdade que o distinguir não é difícil, posto que sem realizar uma distinção em nenhum caso se consegue observar. Mas o problema estima-se então em saber do que se distingue o sujeito: dos animais, de outros sujeitos, do mundo, ou de si mesmo? Por conseguinte, duas são as perguntas que temos que apresentar ao sujeito: a primeira é a referente à de quem ou de que se distingue; e a segunda, a relativa à o que é sua própria unidade, dado que esta é definida por uma distinção que pode seleccionar-se variadamente”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 219.

como se não houvesse a Sociedade¹²⁴.

Assim, para falar da pessoa, Luhmann recorre ao conceito de forma. Consequentemente, a pessoa passa a ser um conceito meramente formal, por isso que ele não recorre a biologia ou a nada do gênero. No fundo, Luhmann não vai dizer *o que é* uma pessoa, ele vai dizer *como é* uma pessoa, qual a *forma* pessoa¹²⁵, *do que se distingue* uma pessoa¹²⁶.

Embora o conceito de forma tenha uma especificação clara nesta teoria (unidade de dois lados), neste trabalho é claro que essa concepção de pessoa é observada no sentido de formal tradicional, que não se afasta da forma binária utilizada por Luhmann. Isto porque, a pessoa não tem propriedades ou características. Na realidade, o próprio conceito de forma da Teoria dos Sistemas é ligado ao formal, porque apenas em uma situação concreta vai se poder dizer, por exemplo, o que é Direito/Não-Direito, que finalmente é um código, uma distinção representada por uma forma binária, que tem como unidade o Direito, e, em forma de código, é vista como valor negativo e positivo desta unidade.

Luhmann é da linha de pensamento que afirma que existem indivíduos, existem pessoas. O que não existe é “A” pessoa, “O” indivíduo. Por esta razão que

¹²⁴ É justamente isso que Heidegger tenta explicar: o que é o homem, o que são as coisas. Já nas primeiras linhas de *Ser e Tempo*, em que vai colocar por que deve ser realçada a questão do Ser, e por que ela deve ser relançada agora de forma diferente do que fizeram os pré-socráticos, que se verifica a presença da pergunta “o que é?”. Heidegger afirma que os pré-socráticos colocaram a indagação de forma equivocada. Para ele, “toda a metafísica pensou o ente enquanto dizia ser o Ser. O que a metafísica chamou de Ser, na verdade era o ente”. Na verdade, a partir da perspectiva de Heidegger, sabe-se que nem mesmo o ente foi pensando nesta lógica, porque só se tem acesso ao ente enquanto ele está sendo, e, para ele ser, é preciso conhecer o Ser. Ou seja, “Lo puesto en cuestión en la pregunta que tenemos que elaborar es el ser, aquello que determina al ente en cuanto ente, eso con vistas a lo cual el ente, en cualquier forma que se lo considere, ya es comprendido siempre. El ser del ente no “es”, él mismo, en ente.” Nesta passagem, pode-se ter ideia de como é relançada esta questão, de tal maneira que com Hervé Pasqua se pode formular que: “O Ser não é o ente e, contudo, o ente é! Qual a natureza desta diferença?”¹ Mas o que significa dizer que uma coisa *É*? Como podemos dizer o que é o Direito, o que é o ser humano, o que é um giz? É esta a questão cuja tentativa de resposta fora construída ao longo de toda a obra *Ser e tempo*. HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*. Traducción de Jorge Eduardo Rivera C. Santiago del Chile: Editorial Universitaria, 1997. p. 29. (tradução nossa): “O que se coloca em questão na pergunta que precisamos elaborar é que o ser, aquilo que determina o ente enquanto ente, isso com vistas ao qual o ente, em qualquer forma que se considere, já é sempre compreendido. O ser do ente não “é”, o mesmo no ente”. PASQUA, Hervé. *Introdução à leitura de ser e tempo de Martin Heidegger*. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 9.

¹²⁵ Tanto que este é o título de um dos trabalhos dele, citado anteriormente.

¹²⁶ Heidegger também não diz o que é uma pessoa, mas como ela é, criando a figura do *Dasein*. HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*. Traducción de Jorge Eduardo Rivera C. Santiago del Chile: Editorial Universitaria, 1997. HEIDEGGER, Martin. *Seminários de Zollikon*: protocolos, diálogos, cartas. 2. ed. rev. Tradução de Gabriella Arnhol, Maria de Fátima de Almeida Prado; Revisão de tradução: Maria de Fátima A. Prado e Renato Kirchner- Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2009.

ele desenvolve um conceito formal, que tem conteúdo ou que tem propriedades da pessoa. Não é quem tem cabeça ou cérebro, estas seriam definições de um conceito material. Ao adotar a forma para solucionar este problema e fugir da armadilha do Eu transcendental, Luhmann adota uma marcação de limites, dada pelos dois lados da unidade. Para ele, a pessoa tem que ter este limite.

A pessoa é um tipo específico de distinção que guia o observar. É uma forma como se observam objetos como indivíduos humanos. A pessoa é ligada à maneira como se observa os objetos, sem que com isso se objetifique a pessoa, como ocorre na observação sujeito/objeto proposta pela filosofia moderna. Por isso é formal. A pessoa é uma forma de observar.

Así, pues, una persona no es simplemente otro objeto como un ser humano o un individuo, sino otra forma, con la que se observan objetos como individuos humanos. Lo principal, entonces, es determinar la otra cara de esta forma; es decir, aclarar en qué específico sentido una persona puede ser no-persona, sin que por ello deje de ser hombre, individuo¹²⁷.

A partir desta citação, é possível entender com clareza a Teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs¹²⁸, ou, ao menos, seu cerne, no que tange ao ponto mais criticado (curiosamente o mesmo ponto que é o mais criticado na Teoria dos Sistemas), que é a ideia de não pessoa. Quando Jacobs afirma que quem viola as normas deve ser encarado como não-pessoa, ele não quer dizer que a pessoa passa a ser um animal ou um objeto. O que ele quer dizer, é que eles não comunicam mais naquela Sociedade. Sua comunicação negativa que levou a uma conduta de violação da normal, desvalora suas demais comunicações. Mas ele

¹²⁷ “Assim, pois, uma pessoa não é simplesmente outro objeto como um ser humano ou um indivíduo, senão outra forma, com a que se observam objetos como indivíduos humanos. O principal, então, é determinar a outra cara desta forma; ou seja, esclarecer em que específico sentido uma pessoa pode ser não-pessoa, sem que por isso deixe de ser homem, indivíduo”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 237. Trecho semelhante pode ser encontrado no idioma alemão no trabalho de Luhmann *Die For “Person”*, conforme vemos a seguir: “Eine Person ist dann nicht einfach ein anderer Gegenstand als ein Mensch oder ein Individuum, sondern eine andere Form, mit der man Gegenstände wie menschliche Individuen beobachtet. Es kommt dann alles darauf an, herauszufinden, was die andere Seite dieser Form, ist in welcher spezifischen Hinsicht eine Person also Unperson sein kann, ohne deswegen nicht Mensch, nicht Individuum zu sein”. LUHMANN, Niklas. *Die For “Person”*. In: LUHMANN, Niklas. *Die Soziologie und der Mensch*. Opladen: GmbH 1995. Bd. 6: *Soziologische Aufklärung*, p. 148.

¹²⁸ Para observar este assunto de uma perspectiva diferenciada, recomenda-se: JAKOBS, Günther. *¿Ciencia del derecho: técnica o humanística?* Traducción de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996.

continua sendo um ser humano e até, politicamente, um cidadão. O que não se comunica é o seu observar.

De forma mais clara, vamos voltar nossa observação ao Direito Penal. Ele que serviu de exemplo para trabalharmos as expectativas, vem novamente como uma forma de clarificar o que se quer dizer, com uma situação prática, em relação a não pessoa.

En todo caso, en el ámbito de la comunicación es correcto afirmar que los enfermos mentales y los menores no comunican en el plano de derecho penal, y así lo han recogido la mayoría de legislaciones penales al establecer la minoría de edad penal en el caso de los menores incapaces o la inculpabilidad de los enfermos mentales; sin embargo, y ahí se observa una contradicción en dicho planteamiento, por un lado, sí existiría una comunicación por parte de aquellos definidos como “enemigos”: precisamente, en palabras de Jakobs, la falta de fidelidad al ordenamiento jurídico, por más decidida y duradera que ésta sea, se trata de una comunicación en términos del derecho penal (un comportamiento con sentido jurídico penal); y, de otro lado, la reacción jurídico penal (la pena) apreciada en la legislación que pertenecería al ámbito del derecho penal del enemigo, seguiría siendo una reacción contrafáctica, por más grave que fuese el castigo a imponerse; de ahí que la pena seguiría desplegándose en el ámbito de la comunicación. La pena como es concebida en la actualidad recae sobre los derechos del individuo que él mismo tiene atribuidos en cuanto persona. Esto impediría dar el salto de definir a los “enemigos” en términos absolutos como no-personas¹²⁹.

A pessoa não pode ser considerada em uma observação sistêmica, em seu conceito tradicional, antropológico, filosófico ou qualquer outra concepção que não seja estritamente a que se introduziu a poucos instantes. É por isso que sistemicamente é possível aceitar a ideia de não-pessoa, sem que isso consista em um escândalo. Trata-se na verdade da ausência de possibilidade de a linguagem

¹²⁹ “Em todo o caso, no âmbito das comunicações é correto afirmar que os doentes mentais e os menores não comunicam no plano do direito penal, e assim tem recorrido a maioria das legislações penais ao estabelecer a menoridade penal no caso dos menores incapazes ou a inculpabilidade dos enfermos mentais; Entretanto, e aqui se observa uma contradição em dita explicação, por um lado, se existiria uma comunicação por parte daqueles definidos como “inimigos”: precisamente, na palavras de Jakobs, a falta de fidelidade ao ordenamento jurídico, por mais decidida e duradoura que esta seja, se trata de uma comunicação em termos do direito penal (um comportamento com sentido jurídico penal); e, do outro lado, a reação jurídico penal (a pena) querida na legislação que pertenceria ao âmbito do direito penal do inimigo, seguiria sendo uma reação contrafática, por mais grave que fosse o castigo a ser imposto; daí que a pena seguiria desdobrando-se no âmbito da comunicação. A pena como é concebida na atualidade recae sobre os direitos do indivíduo que ele mesmo tem atribuídos enquanto pessoa. Isto impediría dar o salto de definir aos “inimigos” em termos absolutos como não-pessoas”. (tradução nossa). COELLO, Julio F. Mazuelos ¿El derecho penal del enemigo: un modelo para desarmar? (Las inconsistencias del desacoplamiento estructural entre política criminal y derecho penal. In: LYNET, Eduardo Montealegre (Coord.). *Derecho penal y sociedad: estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. t. 2, p. 163-164.

mediar uma comunicação compreensível de outra forma pelo Sistema da Política ou do Direito, que não a de que nega a comunicação deles. A comunicação aqui constituiu-se em uma afronta à estrutura social e que observa as limitações de observação das operações fomentadas pelo Sistema Psíquico.

Por meio da diferenciação e forma sistêmica, é possível entender por que se deixa de ser uma pessoa, por que se vira uma não-pessoa, quando ocorre uma violação da norma contra o Estado. O que ocorre é que se deixa de ser pessoa nestes termos sistêmicos, mas não se deixa de ser um ser humano, não se passa a ser um animal. As críticas “humanistas” sequer conseguem entender a complexidade e a qualidade do que é proposto.

A pessoa sempre estará em um caso individual. A forma sempre vai se dar em uma situação individual¹³⁰. Isso faz com que elas sejam vinculadas a expectativas de condutas, que se relacionam fortemente com o Direito Penal (em nossa visão a partir do Sistema do Direito). O direito, em especial o penal, nada mais faz do que lidar e tentar prever expectativas de condutas. Ele formaliza expectativas de expectativas. A pessoa, nesta perspectiva, como se dá sempre em um caso individual, será limitada por essa individualidade, suas possibilidades de conduta.

En las relaciones sociales las personas conducen conforme a ciertas regularidades que permiten construir expectativas. Las normas sociales encierran expectativas de comportamiento entre las personas en el marco de una sociedad organizada, de tal forma que cada uno puede esperar del otro un determinado comportamiento y viceversa¹³¹.

A pessoa, portanto, é uma marcação de limite. É o limite individual de possibilidade de comunicação daquela pessoa, é a “limitación individualmente atribuida de las posibilidades de conducta¹³².”

¹³⁰ LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 237.

¹³¹ “As pessoas conduzem nas relações sociais conforme certas regularidades que permitem construir expectativas. As normas sociais confinam expectativas de comportamento entre as pessoas no marco de uma sociedade organizada, de tal forma que cada um pode esperar do outro um determinado comportamento e vice-versa”. (tradução nossa). COELLO, Julio F. Mazuelos. Revisión crítica de la teoría del bien jurídico. El bien jurídico como segmento del acoplamiento estructural entre la política criminal y el derecho penal funcional. In: LYNET, Eduardo Montealegre (Coord.). *Derecho penal y sociedad: estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. t. 2, p. 93.

¹³² “a limitação individualmente atribuída das possibilidades de conduta.” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción

Como já foi mencionado, para Luhmann há uma diferença entre os termos sujeito, indivíduo e pessoa, e ele percebe que existe uma confusão entre estes termos. Essa confusão deve-se ao fato de que, no mundo moderno (que é o que estamos hoje), os indivíduos devem ser definidos pela auto-observação, e não pela consciência ou pelas diferenças biológicas, como normalmente são compreendidos.

Desta sorte, os indivíduos são definidos pela auto-observação, que deve ser entendida como a observação do próprio observar, e, portanto, de segunda ordem. Então essa autoconsciência, dada pela filosofia moderna, seria uma observação de segunda ordem; é como se você se duplicasse, como se existissem dois “Eus”, que você pudesse acessar individualmente.

Todo esto tiene su base de convencimiento en la estructura autorreferencial – individualmente accesible e individualmente apropiable – de la consciencia. Por eso, el sujeto de inmediato se postula como individuo. No obstante, dado que los seres humanos no se distinguen por esa característica de ser sujetos (i.e., individuos), sino únicamente por lo que significativamente hacen con ello, el sujeto puede muy bien pretender hablar por el “ser humano”. Es – por así decirlo – el prototipo de todos los singulares colectivos, el *corpus mysticum* de la individualidad. [...]. Tampoco puede excluir ya más a las personas. La regulación de las inclusiones se confía a los sistemas funcionales. [...]. De los individuos modernos se demanda ser observadores que observan su propio observar: autoobservadores de segundo orden¹³³.

No entanto, isso só acontece porque o ponto de início de uma concepção como esta está equivocado, na medida em que não existe uma distinção em que um dos lados da diferença seja completado pelo sujeito.

De maneira mais singela, o que se tem é que, para Luhmann, o problema

de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 237. Trecho semelhante pode ser encontrado no idioma alemão no trabalho de Luhmann Die For “Person”, conforme vemos a seguir: “Dies Ziel läßt sich erreichen, wenn man die Form “Person” bestimmt als *individuell attribuierte Einschränkung von Verhaltensmöglichkeiten*.” LUHMANN, Niklas. Die For “Person”. In: LUHMANN, Niklas. *Die Soziologie und der Mensch*. Opladen: GmbH 1995. Bd. 6: Soziologische Aufklärung, p. 148.

¹³³ “Tudo isto tem sua base de convencimento na estrutural autorreferencial – individualmente acessível e individualmente apropriável – da consciência. Por isso, o sujeito imediatamente se postula como indivíduo. Todavia, dado que os seres humanos não se distinguem por essa característica de serem sujeitos (indivíduos), senão unicamente pelo que significativamente fazem com isso, o sujeito pode muito bem pretender falar pelo “ser humano”. É – por assim dizer – o protótipo de todos os singulares coletivos, o *corpus mysticum* da individualidade. [...]. Tampouco pode excluir jamais as pessoas. A regulação das inclusões se confia aos sistemas funcionais. [...]. Dos indivíduos modernos se demanda serem observadores que observam seu próprio observar: autoobservadores de segunda ordem”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 812.

está no que indivíduo, sujeito, ser humano ou pessoa significam, com toda a sua carga de sentido histórico herdada desta criação da filosofia moderna. É esse significado que ele não aceita. De fato, os seres humanos não podem ser excluídos da Sociedade e rejeitados, como se não tivessem importância. É preciso ver de outra forma, e colocar os seres humanos em outra posição nesta observação, o que significa dizer que eles precisam ficar no entorno, para que possam ter liberdade¹³⁴ e a Sociedade possa evoluir enquanto uma Sociedade de comunicações. Os indivíduos modernos são auto-observadores de segunda ordem, que ficam no entorno, mas não é por isso que são menos importantes ou inexistentes. Em uma comparação com a geografia global, tem-se uma maneira mais lúdica de explicar o impacto desta forma de observação para a Sociedade.

Si excluimos a los seres humanos, como sistemas vivos y concientes, así como a los países, con sus peculiaridades geográficas y demográficas, no por ello se pierden para la teoría. Lo único que ocurre es que ahora no se encuentran allí donde hasta el momento, y con consecuencias fatales para el desarrollo de la teoría, se los había supuesto. Ellos no se encuentran en la sociedad, sino en su entorno¹³⁵.

Ser humano: este é o termo mais adequado até o momento para nos referirmos às pessoas de carne e osso de nossa Sociedade, justamente naquele sentido mais singelo de uma palavra que represente as “pessoas”. Dos termos tradicionais disponíveis para a nossa observação, ser humano é a denominação que traz menores implicações ideológicas e terminológicas para nossas pesquisas sistêmicas, permitindo manter a pureza terminológica da teoria e, ao mesmo tempo, comunicar algo com uma linguagem mais acessível e compreensível.

Desde sus comienzos, la sociología se há librado de este síndrome. Es cierto que en su vocabulario ha mantenido la palabra ‘sujeto’ como término alternativo para individuo, hombre, persona entendiendo por ello al ser humano como individuo cognoscente,

¹³⁴ Liberdade, como já referido, não vem no sentido de uma racionalidade prática, como em Habermas, e tampouco de um sujeito, mas vem no sentido de Ego poder dizer que não.

¹³⁵ “Se excluirmos aos seres humanos, como sistemas vivos e conscientes, assim como aos países, com suas peculiaridades geográficas e demográficas, nem por isso se perdem para a teoria. A única coisa que ocorre é que agora não se encontram ali onde estavam até o momento, e com consequências fatais para o desenvolvimento da teoria, se os tinha suposto. Eles não se encontram na sociedade, senão em seu entorno”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Jostxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 54.

pensante y actuante¹³⁶.

Assim, é possível fazer referência a um ser vivo cognoscente que pensa, comunica e age. No entanto, salienta-se que o fato de a sociologia luhmanniana ainda utilizar estes termos, não significa que se considere a introdução do ser humano, do homem, dentro da Sociedade. Como já foi dito no capítulo anterior, é patente que os seres humanos “de carne e osso” estão na relação Sociedade, mas estão nesta relação desde o entorno. A relação que move a Sociedade não é uma conexão entre seres humanos, mas uma correspondência de comunicações que depende do meio social, porque somente a comunicação será uma operação genuinamente social.

Sobre este fundamento se hace evidente que los concretos seres humanos forman parte no de la sociedad, sino de su entorno. Tampoco sería muy adecuado decir que la sociedad consiste de las <<relaciones>> entre seres humanos. El concepto de comunicación encierra una oferta mucho más precisa (pero que posiblemente reconstruye lo que el común de los sociólogos quiere decir cuando habla de <<relaciones>>). No basta, por ejemplo, con que un ser humano vea u oiga a outros seres humanos – a no ser que observe esta conducta con ayuda de la distinción entre participación (*Mitteilung*) e información -. Tampoco basta con hablar o escribir acerca de alguien para catalogar la relación con él como una relación social. Sólo la comunicación misma es una operación social¹³⁷.

Mesmo revendo as definições de ser humano, segue-se no binômio Sociedade/Entorno, onde o ser humano continua no entorno desta Sociedade. Mesmo que existam muitos seres humanos, e que seja possível pensar o ser humano observando outro ser humano, ou observando a Sociedade, ainda assim a

¹³⁶ “Desde o seu começo, a sociologia tem se livrado desta síndrome. É certo que no seu vocabulário tem mantido a palavra ‘sujeito’ como termo alternativo para indivíduo, homem, pessoa entendendo por isso ao ser humano como indivíduo cognoscente, pensante e atuante”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 816.

¹³⁷ “Sobre este fundamento se faz evidente que os concretos seres humanos formam parte não da sociedade, senão do seu entorno. Tampouco seria muito adequado dizer que a sociedade consiste das <<relações>> entre seres humanos. O conceito de comunicação prende uma oferta muito mais precisa (mas que possivelmente reconstrói o que o comum dos sociólogos querem dizer quando falam de <<relações>>). Não basta, por exemplo, com que um ser humanos veja ou escute a outros seres humanos – a não ser que observe esta conduta com a ajuda da distinção entre participação (*Mitteilung*) e informação – . Tampouco basta com falar ou escrever sobre alguém para catalogar na relação com ele como uma relação social. Somente a comunicação mesma é uma operação social”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 58.

comunicação dependerá do meio social¹³⁸. Não existe uma transcendentalidade entre os homens que lhes permita comunicar sem a Sociedade, e tampouco há uma superioridade do Eu que faça com que eles permaneçam livres dentro de um sistema social. O que se tem é uma observação do entorno, para a Sociedade. Esta observação se dará através do homem ou, melhor, do Sistema Psíquico.

Aunque puede formalmente concederse que la sociedad se observa por los sistemas conscientes de los seres humanos particulares (o también por sus cuerpos, por sus sistemas inmunológicos, etcétera), sin embargo, estas observaciones resultan desalentadoramente inadecuadas en vista de la complejidad de la sociedad. Tenemos entonces un caso que la filosofía del sujeto no necesitó tomar en cuenta, el caso de que toda cognición se guía mediante autoobservación y autodescripción. Se debe renunciar a una observación externa competente – aunque idiosincrásica. El sistema mismo debe lograr también la observación de su observar, la descripción de sus descripciones. Por eso no puede concebirse ni como sujeto ni como objeto en el sentido clásico de esta distinción¹³⁹.

Torna-se inadequado pensar, diante da complexidade existente, que a observação da Sociedade através de sistemas conscientes dos seres humanos particulares, por seus corpos e seus cérebros operacionalmente fechados, seria suficiente. A uma, porque os seres humanos, enquanto observadores externos, não conseguem observar toda a complexidade social, uma vez que eles não tem

¹³⁸ “Dicho con toda dureza: queda excluido que el individuo pueda <<formar parte>> de la sociedad. No hay comunicación entre individuo y sociedad, ya que la comunicación es siempre sólo una operación interna del sistema de la sociedad. La sociedad no puede salir de sí misma con sus operaciones y tomar al individuo; con sus propias operaciones sólo puede reproducir sus propias operaciones. Que la sociedad no puede operar fuera de sus propios límites es algo que debería ser fácil de comprender, pero ¿por qué no se acepta? Lo mismo vale también a la inversa, es decir, para la vida y la conciencia del individuo.” (tradução nossa). “Dito com toda a dureza: fica excluído que o indivíduo possa <<formar parte>> da sociedade. Não tem comunicação entre indivíduo e sociedade, já que a comunicação é sempre somente uma operação interna do sistema da sociedade. A sociedade não pode sair de si mesma com suas operações e tomar ao indivíduo; com suas próprias operações somente pode reproduzir suas próprias operações. Que a sociedade não pode operar fora de seus próprios limites é algo que deveria ser fácil de compreender, mas por que não se aceita? O mesmo vale também ao inverso, é dizer, para a vida e a consciência do indivíduo”. LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 62.

¹³⁹ “Embora possa formalmente conceder-se que a sociedade se observa pelos sistemas conscientes dos seres humanos particulares (ou também por seus corpos, por seus sistemas imunológicos, etc), entretanto, estas observações resultam desalentadoramente inadequadas em vista da complexidade da sociedade. Temos então um caso que a filosofia do sujeito necessita levar em conta, o caso de que toda a cognição se guia mediante autoobservação e autodescrição. Deve-se renunciar a uma observação externa competente – ainda que indiosincrásica. O sistema mesmo deve conseguir também a observação do seu observar, a descrição de suas descrições. Por isso não pode conceber-se nem como sujeito nem como objeto no sentido clássico desta distinção”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 694-695.

mecanismos que lhes permitam isso. A duas porque, para saber que algo foi observado, é preciso que se comunique isso, e essa comunicação só ocorre na Sociedade. Não há comunicação entre os seres humanos sem o uso do meio social. É a mesma relação usada para trabalhar a questão de que as consciências, entre si, não se comunicam diretamente.

Não são apenas os termos pessoas ou seres humanos que necessitam de novas formas de observação; o indivíduo também pressupõe um novo enfrentamento. Isso porque, tradicionalmente, eles têm a capacidade de observar o que eles mesmos observam, ou seja, uma percepção transcendental que não se sustenta. Luhmann aproveita este entendimento para introduzir a discussão de forma cômica, pois um indivíduo assim é tão auto-suficiente, que ele mesmo é o seu próprio analista. “Individuo en el sentido moderno es quien puede observar su propio observar. Y quien no logra esto por sí mismo o con la ayuda de su terapeuta, tiene la posibilidad de leer novelas y proyectarlas sobre sí mismo – como *uno, nessuno e centomila*¹⁴⁰.” Este é um indivíduo que não precisa de ninguém, ele supera o seu próprio observar. Mas não pode ser assim, não existe esta possibilidade de projeção de si mesmo, não existe uma individualidade tão marcante que possa ser lida como esta forma de projeção.

Uma noção que pode ser apontada como equivocada na explicação do indivíduo é a de indivíduos são serem indivisíveis. Esta é uma explicação, segundo Luhmann, utilizada pela filosofia. Na Sociedade, existem muitos, milhares, bilhões de seres humanos, e nem todos são conhecidos por todos. Mesmo assim, é possível saber que cada cérebro em suas operações autopoieticas é único, do mesmo modo que cada um tem a sua história de vida, com suas observações. Todos eles são indivisíveis, como afirma a tradição, pois os indivíduos, se forem fisicamente divididos, não serão mais os indivíduos, mas sim outra coisa. Acontece que apenas os primeiros elementos (cérebro, história, observação) são passíveis de serem

¹⁴⁰ “Embora possa formalmente conceder-se que a sociedade se observa pelos sistemas Indivíduo no sentido moderno é quem pode observar seu próprio observar. E quem não consegue isto por si mesmo o com a ajuda de seu terapeuta, tem a possibilidade de ler romances e projetá-los sobre si mesmo – como *uno, nessuno e centomila*”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 137. Apenas para esclarecer, “uno, nessuno e centomila” (ou Um, Nenhum e Cem Mil) é um livro de romance do autor Luigi Pirandello, que é construído por um narrador que também é personagem, Vitangelo Marcarada. Ele vive imerso na experiência da modernidade até que sua esposa lhe aponta um defeito físico em seu rosto. A partir disso o personagem emerge em uma negação e em conflitos da pessoa e suas relações com a Sociedade e também em relação ao corpo e sua imagem.

utilizados para esta finalidade de definição do indivíduo, porque, ao contrário do que se utiliza, a indivisibilidade não pode ser atribuída para tratar da distinção do indivíduo.

Não é que os indivíduos não sejam indivisíveis. De fato, se alguém tentar dividir um indivíduo ao meio, não seria possível continuar tendo um indivíduo¹⁴¹. No entanto, isso ocorre com diversas coisas. Com muitos objetos ocorre o mesmo, eles são indivisíveis em suas qualidades ou definições do que são, e nem por isso são seres humanos, eles permanecem objetos.

La sociología puede sin duda partir del hecho de que la individualidad es un artefacto cultural de *todos* los seres humanos – incluyendo a los desconocidos que no se ha de explicar biológica ni psicológicamente. La singularidad de cuerpo y conciencia de cada ser humano y las clausuras operativas de las *autopoiesis* correspondientes son obviedad antepuesta a todas las variaciones históricas de la sociedad. También el cerebro de cada ser humano se distingue de todos los otros; no hay dos humanos con el mismo cerebro. Sin embargo, no es sino hasta la Edad Moderna que el ser-individuo se institucionaliza a tal grado, que se permite a los individuos e, incluso, se espera que se presenten correspondientemente como tales: This myth leads people to posture as individuals. No es sino hasta esse momento que el sentido de ‘individuo’ pasa (literalmente) de indivisibilidad a singularidad¹⁴².

Para Luhmann, seres humanos, ou indivíduos, não podem ser nem mesmo diferenciados (lembrando que não se trabalha aqui com diferenciação, e sim com distinção), pela noção de indivisibilidade. Ele dirá que até mesmo pratos são indivisíveis, e isso não os coloca, de nenhuma forma, nem perto do que seria um indivíduo.

Acontece que muitas e muitas coisas podem ser indivisíveis. Logo, algo tão comum, que se apresenta para indivíduos e objetos, não pode ser termo de

¹⁴¹ O fato de se poder amputar um membro e permanecer vivo não implicam na possibilidade de dividir o indivíduo.

¹⁴² “A sociedade pode sem dúvida partir do fato de que a individualidade é um artefato cultural que *todos* os seres humanos – incluindo aos desconhecidos que não se tem de explicar biológica nem psicologicamente. A singularidade do corpo e consciência de cada ser humano e as clausuras operativas das *autopoiesis* correspondentes são obviedade anteposta a todas as variações históricas da sociedade. Também o cérebro de cada ser humano se distingue de todos os outros; não tem dois seres humanos com o mesmo cérebro. Porém, não é senão até a Idade Moderna que o ser-indivíduo se institucionaliza a tal grau, que se permite aos indivíduos e, inclusive, espera-se que se apresentem correspondentemente como tais. Este mito leva as pessoas a se portarem como indivíduos. Não é senão até este momento que o sentido de ‘individuo’ pasa (literalmente) de indivisibilidad para singularidade”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 805-806.

distinção. Uma característica que serve para gerar diferenciação não pode ser usado para outras coisas, pois não está diferenciando, simplesmente qualificando. Certamente, existe uma falha de observação sobre todos estes elementos, que recai em um erro sobre a concepção de indivíduo.

Os indivíduos são todos estes aspectos, não são indivisíveis, mas sim singulares, eles são individuais, que possuem coisas iguais: respiram, nascem, morrem, tem seus cérebros autopoieticos, suas historias de vida, etc. E em suas singularidades, encontram a sua individualidade, que faz com que eles não se tornem vazios e sem sentido. A individualidade é, portanto, um elemento fundamental na construção do indivíduo, e é uma característica que substitui a indivisibilidade.

Mas mesmo com esta individualidade e singularidade do indivíduo, ainda haverá a necessidade da Sociedade. Para a complementação da distinção do sujeito (que será diferente do indivíduo), é obrigatória a inclusão de outra distinção: a distinção exclusão/inclusão. Apenas assim é possível explicar a introdução do sujeito nesta Sociedade.

El sujeto es la fórmula de inclusión por excellence. Dentro del nuevo orden social no tiene ningún lugar fijo y, por tanto, no puede esperar una <<vida buena>>. Por un lado, la vida humana se reduce consecuentemente a la pura vida, en el sentido de la materia sensible, a partir de la cual se debe hacer todo lo demás. Por el otro, existen ofertas sustitutivas para la vida buena en los conceptos de reflexión de la nueva teoría del sujeto. En el siglo XVIII, sobre todo, la idea del gozo de sí mismo o de la felicidad, con la que el sujeto se satisface a sí mismo dado que no puede comunicar suficientemente sobre si mismo a los demás. La felicidad es, por así decir, aquello que queda de la vida buena, después de que se ha radicalizado la estructura autorreferencial de la conciencia y que se há descubierto, consecuentemente, la incomunicabilidad de la experiencia del yo. La vida es ahora sólo aquello que sirve de punto de partida para la felicidad.

[...]. En ello se muestra semánticamente un sujeto capaz de adaptación. No obstante, se mantiene la estructura básica de la subjetividad de la autorreferencia, que permanece invariable porque simboliza la inclusión¹⁴³.

¹⁴³ “O sujeito é a fórmula da inclusão por excelência. Dentro da nova ordem social não tem nenhum lugar fixo e, portanto, não pode esperar uma <<vida boa>>. Por um lado, a vida humana se reduz consequentemente à pura vida, no sentido da matéria sensível, a partir da qual se deve fazer todo o restante. Por outro, existem ofertas substitutivas para a vida boa no conceitos de reflexão da nova teoria do sujeito. No século XVIII, sobretudo, na idéia do gozo de si mesmo ou da felicidade, com aquela que o sujeito se satisfaz a si mesmo dado que não pode comunicar suficientemente

É assim que os sujeitos “entram” na Sociedade. Porque ao mesmo tempo em que são excluídos, eles são incluídos. Em uma dinâmica social de simultaneidade, eles não têm lugares fixos. O outro lado da exclusão é a inclusão, que sempre se faz presente. Através das diversas formas que os seres humanos assumem (indivíduo, pessoa, sujeito), eles interagem em uma comunicação de incluídos/excluídos, que permite que, ao mesmo tempo em que eles estão fora, eles possam estar dentro, na medida da forma que assumem naquela comunicação e observação. Como a binariedade incluídos/excluídos não é fixa, com isso queremos dizer que quem é incluído necessariamente poderá ser um excluído em alguma comunicação. Isso faz com que se crie uma grande capacidade de adaptação deste sujeito de interação, que abrirá um lugar destacado para a consciência, pois ela opera na forma de condensação e reiteração das estruturas de inclusão/exclusão e nas operações auto-referentes/hetero-referentes¹⁴⁴.

sobre si mesmo com os demais. A felicidade é, por assim dizer, aquilo que fica da vida boa, depois de se ter radicalizado a estrutura autorreferencial da consciência e que se tem descoberto, conseqüentemente, a incomunicabilidade a experiência do eu. A vida é agora somente aquilo que serve de ponto de partida para a felicidade. [...]. Nisso se mostra semanticamente um sujeito capaz de adaptação. No entanto, mantém-se a estrutura básica da subjetividade da autorreferência, que permanece invariável porque simboliza a inclusão”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *¿Cómo es posible el orden social?* México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2009. p. 71.

¹⁴⁴ “Aunque formulada de otra manera, esto era también la proposición central de la fenomenología de Husserl, ya que para éste conciencia y fenómeno son una y la misma realidad, que expresada por el concepto de <<intención>> se convierte en el concepto de forma de la conciencia. Por eso, los sistemas psíquicos sólo pueden ser observados refiriéndose a la distinción entre autorreferencia y heterorreferencia, y viendo el modo en que el sistema observado procede con ella. Una manera de observar que utilice este esquema se corresponde, aproximadamente, con aquello que por lo general se denomina <<comprensión>>.” Ele esclarece ainda que “<<Procede con ella>>debe entenderse en el sentido de: qué estructuras se condensan con la reiteración y el cruce, qué es lo confirmado y qué lo excluido mediante la no reutilización – y por consiguiente es olvidado -; pero ante todo: qué peso tienen en las operaciones ordinarias del sistema autorreferencia y heterorreferencia.” (tradução nossa). “Embora formulada de outra maneira, isto era também a proposição central da fenomenologia de Husserl, já que para este consciência e fenômeno são uma e a mesma realidade, que expressada pelo conceito de <<intenção>> se converte no conceito de forma da consciência. Por isso, os sistemas psíquicos somente podem ser observados referindo-se a distinção entre autorreferência e heterorreferência, e vendo o modo que o sistema observado procede com ela. Uma maneira de observar que utiliza este esquema corresponde, aproximadamente, com aquele que geralmente se denomina <<compreensão>>. [...]. <<Procede com ela>> deve entender-se no sentido de que: que estruturas se condensam com a reintegração e a cruz, que é o confirmado e que o excluído mediante a não reutilização – e por conseguinte é esquecido - mas ante tudo: que peso tem na operações ordinárias do sistema autorreferência e heterorreferencia?”. LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Joesetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 233-234. Trecho semelhante pode ser encontrado no idioma alemão no trabalho de Luhmann *Die For “Person”*, conforme vemos a seguir: “Dies war, wenn auch in anderer Formulierung, die Kernaussage der Husserl-schen Phänomenologie gewesen: Bewußtsein und Phänomen ist für Husserl ein und dieselbe Realität und “Intention” der Begriff, der diese Einheit zum Ausdruck bringt, also der Formbegriff des Bewußtseins. Man kann psychische Systeme daher nur beobachten, wenn man sich auf die Unterscheidung von Selbstreferenz und

Por outro lado, a forma que o sujeito vai adotar dentro desta Sociedade será a autorreferência/heterorreferência, que não aparece na distinção do indivíduo. Rapidamente, pode-se dizer que a autorreferência é uma capacidade de observação mediante o auto-contato. Ou melhor, quando ela está ligada a algo que lhe pertence nesta mesma observação. Como não é algo transcendental, o observador deverá ser a unidade da própria diferença. Já a heterorreferência é entendida como a abertura do sistema para o entorno. Autorreferência e heterorreferência vão remeter à aprendizagem, e por isso vão ter espaço próprio.

Por isso, o sujeito não é uma consciência transcendental que consegue sair de si mesmo, mas ele é a distinção autorreferência/heterorreferência¹⁴⁵. A pessoa, o sujeito, o indivíduo, sempre terão a forma de distinção. Aliás, até mesmo o observar depende de uma forma de distinção. “Con el concepto de sujeto se vota a favor de la autonomía y en contra de la heteronomía, a favor de la emancipación y en contra de la manipulación¹⁴⁶.” Porque a noção de sujeito baseada em autorreferência e heterorreferência permite que ele libertem-se de pré-concepções. A forma de abertura e fechamento auto e heterorreferentes garante a autonomia.

Segundo Luhmann, sujeito seria “la distinción entre autorreferencia y heterorreferencia, que habría de ser actualizada en cada caso de nuevo y estaría siempre acompañada de sus otras respectivas determinaciones¹⁴⁷.” Ocorre que o próprio Sistema Psíquico é descrito com esta mesma distinção. Isto é: “Por todo ello, podemos decir que la forma de los sistemas psíquicos es la distinción entre

Fremdreferenz beziehen und sehen kann, wie das beobachtete System damit umgeht. (“Damit umgeht” soll heißen: welche Strukturen beim Wiederholen und beim Kreuzen kondensieren, was bestätigt bzw. durch Nicht-wiederbenutzung ausgeschieden, also vergessen wird und grundsätzlicher: welche Gewichtung Selbstreferenz im Verhältnis zu Fremdreferenz in den täglichen Operationen des Systems bekommt). Eine Beobachtungs – weise, die Differenzschema benutzt, entspricht ungefähr dem, was man alltäglich als “Verstehen” bezeichnet”. LUHMANN, Niklas. Die For “Person”. In: LUHMANN, Niklas. *Die Soziologie und der Mensch*. Opladen: GmbH 1995. Bd. 6: Soziologische Aufklärung, p. 144- 145.

¹⁴⁵ Nessa esteira, o sujeito sera uma fórmula re-entry de uma distinção sistema/entorno. LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josexo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 220-221.

¹⁴⁶ Segundo Luhmann, Incluso Habermas – bajo condiciones “posmetafísicas” - todavía se prende a esta ventaja, aunque abandona el concepto de sujeto. (tradução nossa). “Com o conceito de sujeito se vota a favor da autonomia e contra a heteronomia, a favor da emancipação e contra a manipulação”. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 814.

¹⁴⁷ “A distinção entre autorreferência e heterorreferência, que teria que ser atualizada em cada caso novamente e estaria sempre acompanhada de suas outras respectivas determinações”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josexo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 220.

*autorreferencia y heterorreferencia*¹⁴⁸.”

A consequência disso é de grande impacto na teoria e nas críticas que lhe são feitas, na medida em que o sujeito passa a ser determinante para o desenvolvimento da dinâmica social, mesmo ficando no entorno. Com base no que Luhmann escreveu, tem-se que: o sujeito é a distinção entre autorreferência e heterorreferência; o Sistema Psíquico também é a distinção entre autorreferência e heterorreferência; logo, o Sistema Psíquico vai ser o sujeito. Esta é a nossa nova observação.

Com isso, o que foi dito no início deste capítulo se confirma: Luhmann não nega a existência da consciência. Pelo contrário, ela existe e será um elo fundamental entre a comunicação e o Sistema Psíquico.

Observe-se que consciência não é igual a Sistema Psíquico, e o Sistema Psíquico não é igual a pessoa. Fala-ser-á mais detidamente sobre suas diferenças, para que se possa finalizar a compreensão do sujeito. Para isso, precisar-se-á voltar a falar da pessoa.

A pessoa, em sua forma distinção, a qual foi estabelecida previamente, servirá para o acoplamento entre os Sistemas Psíquicos e Sociais. “[...] Luhmann teoriza la <<persona>> como aquella forma que sirve – de modo evolutivamente cambiante – al acoplamiento estructural entre sistemas psíquicos y sociales¹⁴⁹.”

Ou seja, a pessoa é o acoplamento entre Sistemas Psíquico e Social, que permite falar em mudança evolutiva e em socialização, o que vai nos possibilitar falar em aprendizado futuramente. Além disso, esta distinção indica que os Sistemas Psíquicos são diferentes das pessoas, pois cada um tem uma forma, que é comunicada através de um acoplamento. As pessoas em seu observar servem para acoplamentos entre os Sistemas Psíquicos e sociais, mas não se confundem com eles.

¹⁴⁸ “Por tudo isso, podemos dizer que a forma dos *sistemas psíquicos* é a *distinção entre autorreferência e heterorreferência*”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 233. Trecho semelhante pode ser encontrado no idioma alemão no trabalho de Luhmann *Die For “Person”*, conforme vemos a seguir: “Wir können deshalb sagen: Die Form psychischer Systeme ist der Unterschied von Selbstreferenz und Fremdreferenz”. LUHMANN, Niklas. *Die For “Person”*. In: LUHMANN, Niklas. *Die Soziologie und der Mensch*. Opladen: GmbH 1995. Bd. 6: Soziologische Aufklärung, p. 144.

¹⁴⁹ “[...] Luhmann teoriza a <<pessoa>> como aquela forma que serve – de modo evolutivamente mutável – ao acoplamento estrutural entre sistemas psíquicos e sociais”. (tradução nossa). BERIAN, Josetxo; BLANCO, José María García. Introducción. In: LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 20.

Para falar deste acoplamento, é necessário retornar à consciência. Afinal, o que é a consciência? Essa pergunta é pertinente, porque esta consciência não pode ser a consciência transcendental da filosofia moderna. Ela também não é simplesmente algo biológico. A consciência é um sistema autopoietico¹⁵⁰ biológico¹⁵¹, que vai fazer parte do Sistema Psíquico e dos Sistemas Vivos (temos um acoplamento estrutural), embora não se confunda com eles. Ela é ligada aos neurônios e a todos os processos neurológicos que, por sua vez, são ligados ao sistema biológico e físico.

Assim, o próprio Sistema Psíquico mesmo tem consciência de que é pessoa (observar). Ou, é como ter consciência de que se é pessoa. A forma pessoa sobreforma o Sistema Psíquico mediante uma descrição adicional (uma forma além), justamente a representada por um repertório de condutas restringidas, encontradas quando o Sistema Psíquico adota a forma pessoa. Neste momento, restringe-se a possibilidade de condutas, porque ele vai estar ligado a um Sistema Social, e a pessoa é vinculada a uma individualidade, que se dá em um caso particular.

A pessoa na verdade reduz a complexidade do acoplamento entre Psíquico e Social, e assim reduz as possibilidades de conduta. Sobretudo porque a pessoa só vai ser dar no caso individual, o que reduz ainda mais a complexidade, e então as reduz expectativas. Enfatizando: o Sistema Psíquico adota a forma de pessoa, mas ele não é a pessoa¹⁵².

Mesmo que já tenha sido esclarecido que há uma diferenciação entre sujeito, forma pessoa e consciência, é preciso afastar desta construção a personalidade: a

¹⁵⁰ LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 224.

¹⁵¹ Esta é uma observação muito genuína, na medida em que a autopoiese vem da biologia, e que Maturana e Varela utilizam muito os processos neurológicos para explicar a autopoiese.

¹⁵² “Todo este aparato conceptual, sólo fatigosamente adquirible, es necesario para poder decir que las personas sirven al acoplamiento estructural entre sistemas psíquicos y sociales. Ellas hacen posible que los sistemas psíquicos experimenten en su propio yo las limitaciones con las que contarán en el tráfico social.” (tradução nossa). “Todo este aparato conceitual, somente fatigosamente adquirível, é necessário para poder dizer que as pessoas servem ao acoplamento estrutural entre sistemas psíquicos e sociais. Elas tornam possível que os sistemas psíquicos experimentem em seu próprio eu as limitações com que contarão no tráfico social”. LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 243. Trecho semelhante pode ser encontrado no idioma alemão no trabalho de Luhmann *Die For “Person”*, conforme vemos a seguir: “Diesen nur umständlich zu gewinnenden Begriffsapparat brauchen wir, um nun sagen zu können: *Personen dienen der strukturellen Kopplung von psychischen und sozialen Systemen*. Sie ermöglichen es den psychischen Systemen, am eigenen Selbst zu erfahren, mit welchen Einschränkungen im soziale Verkehr gerechnet wird LUHMANN, Niklas. *Die For “Person”*. In: LUHMANN, Niklas. *Die Soziologie und der Mensch*. Opladen: GmbH 1995. Bd. 6: Soziologische Aufklärung, p. 153.

personalidade não é necessária para o Sistema Psíquico se observar, para perceber seus pensamentos ou sentir dores¹⁵³. Um exemplo esclarecerá melhor. Quando uma pessoa sente dor, esta pessoa sabe que é ela que sente dor, mas ela não precisa adotar a forma pessoa para saber isso. É interno dela, de seu corpo, não é necessária uma comunicação social para saber que se sente a dor. Não preciso de ligação com o sistema social para sentir a dor, eu sinto e pronto. Não há um sistema social que emite as comunicações de dor. Isso é do entorno.

Agora, quando se tem uma situação na qual há várias comunicações e possibilidades que não se referem apenas ao interior daquela pessoa, a forma pessoa precisa resolver o problema da dupla contingência¹⁵⁴, para o sistema social. A dupla contingência, só existe onde há comunicação.

O mais importante disso tudo é que os sistemas Psíquico e Social têm relação e podem evoluir conjuntamente, através de acoplamentos estruturais e operacionais. Eles são viáveis. Porém, não interferem nas operações destes dois sistemas autopoiéticos. Logo, não há uma intersecção entre eles ou entre as suas operações. O único tipo de relação existente é comunicativa. Aliás, até mesmo quando existe um acoplamento entre subsistemas sociais isso permanece assim, ou seja o acoplamento não interfere na operação.

Perceba-se esta relação tendo o Direito como ponto de observação. Tudo que “entrar” - que comunicar é o certo – do Sistema Psíquico para o Sistema do Direito, vai ter que se moldar às operações do Direito, ou ser rejeitada, ou apenas parcialmente ressoada. Por isso que têm ocorrido muitas frustrações, porque quando chega o momento de operacionalizar esta informação através do Sistema do Direito, nem sempre se pode dar uma resposta dentro das margens esperadas. Não se atende às expectativas de resposta, porque o sistema não comporta formas de melhor operacionalizar aquilo que lhe foi comunicado, mas não tinha como ser operacionalizado. As pessoas servem para o acoplamento entre sistemas Psíquicos e Sociais, mas isso não quer dizer que a pessoa, mesmo em acoplamento, possa modificar o lado operacional do social.

O que surge neste espaço é muito mais promissor e é chamado de *ocasião*. A ocasião leva os Sistemas Psíquicos aos Sistemas Sociais, pois ela é oferecida pela

¹⁵³ LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Jostxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 241.

¹⁵⁴ LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Jostxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 242.

dupla contingência. As pessoas, por consequência, condensam-se como efeito secundário da necessidade de resolver o problema da dupla contingência. E é a partir dele que se deve chegar a formação dos Sistemas Sociais. Daqui que se disciplinem as expectativas e se delimite o repertório de condutas. “Esta situación precária, inestable y circular de la doble contingencia es lo que provoca la creación de persona¹⁵⁵.” Este repertório de condutas será o que oportunamente vai aparecer na comunicação social.

A ocasião é quando o Sistema Psíquico encontra o Sistema Social. É nesse raro momento em que ocorre mais do que um acoplamento de comunicação, dá-se o que Luhmann chama de ocasião. A ocasião vai se mostrar importante porque ela é o momento mais marcante da dinâmica sistema/entorno. Adiante, veremos que o momento em que o juiz da uma decisão é uma ocasião, e é por isso que precisa do Sistema Psíquico, e não só do procedimento.

Pois bem. A ocasião estará ligada à dupla contingência, porque é um problema que auto-catalisa o Sistema Social¹⁵⁶. Essa situação precária, estável e circular é o que provoca a criação de pessoas, é ela que faz com que os participantes, ocorra o que ocorra no plano psíquico se encontram no Sistema Social como pessoa. Assim, neste momento da ocasião, sempre haverá uma dupla contingência que necessita de um catalisador, pois é uma situação precária e com muita instabilidade, que provoca a criação das pessoas¹⁵⁷.

¹⁵⁵ “Esta situação precária, instável e circular da dupla contingência é o que provoca a criação da pessoa”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 239. Trecho semelhante pode ser encontrado no idioma alemão no trabalho de Luhmann *Die For “Person”*, conforme vemos a seguir: “Es ist diese instabile, zirkuläre Notlage der doppelten Kontingenz, die die Entstehung von Personen provoziert”. LUHMANN, Niklas. *Die For “Person”*. In: LUHMANN, Niklas. *Die Soziologie und der Mensch*. Opladen: GmbH 1995. Bd. 6: Soziologische Aufklärung, p. 149. **Atenção!** Veja-se que a palavra *Entstehung* significa formação, origem, em um sentido um pouco distinto de *criação* do idioma espanhol. Do mesmo modo, *Notlage* significa situação de emergência. Ou seja, a frase seria: “Esta situação de emergência instável e circular da dupla contingência que provoca a origem da pessoa”, o que nos traz um sentido um pouco diverso.

¹⁵⁶ LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 238-239.

¹⁵⁷ “Con esta pregunta ponemos el puente que nos lleva hasta los sistemas sociales. Y esto es así porque la ocasión por la que se pregunta no es otra que la ofrecida por la doble contingencia, una característica que es consustancial a las situaciones sociales en cuanto problema que autocataliza la emergencia de los sistemas sociales. En una situación con doble contingencia – lo cual significa que en ella cada uno de los participantes tiene que hacer depender su conducta ante los otros de que éstos actúen hacia él satisfactoriamente – existe una necesidad apremiante de que se limite el repertorio de posibilidades. Esta situación precaria, inestable y circular de la doble contingencia es lo que provoca la creación de personas; o dicho más precisamente: es ella lo que hace que los partícipes – ocurra lo que ocurra en el plano psíquico – se compongan en el sistema social – o

Entretanto, mesmo se tratando de uma ocasião, as pessoas nunca são sistemas¹⁵⁸, pois elas não têm operações próprias, elemento essencial para ser um sistema. Tampouco se confundem com a forma do Sistema Psíquico. As pessoas não podem ser sistemas¹⁵⁹, elas são simplesmente uma individualização que vai

sea, comunicativamente – como personas, y de acuerdo con las circunstancias dosifiquem las cualidades sorprendidas de su conducta (bien preparándose cuidadosamente de antemano, para así no topar con límites muy estrechos; bien segmentándola, de manera que otras posibilidades puedan ser rechazadas o ignoradas como no pertinentes al rol; o bien mediante el manejo de formas de sociabilidad – entre ellas el humor - , de modo que sea fácilmente reconocible que la persona misma se retira de ellas y sólo se evidencia su buena educación).” (tradução nossa). “Com esta pergunta colocamos a ponte que nos leva até os sistemas sociais. E isso é assim porque a ocasião pela qual se pergunta não é outra que a oferecida pela dupla contingência, uma característica que é consubstancial as situações sociais enquanto problema que autocataliza a emergência dos sistemas sociais. Em uma situação com dupla contingência – a qual significa que nela cada um destes atuam por ele satisfatoriamente – existe uma necessidade urgente de que se limite o repertório de possibilidades. Esta situação precária, instável e circular da dupla contingência é o que provocada a criação das pessoas; ou dito de forma mais clara: é ela que faz que os participantes – ocorra o que ocorrer no plano psíquico – componham-se em sistema social – ou seja, comunicativamente – como pessoas, e de acordo com as circunstâncias dosifiquem as qualidades de surpresa de sua conduta (melhor preparando-se cuidadosamente de antemão, para assim não topar com limites muito estritos; melhor segmentando-lá, de maneira que outras possibilidades possam ser rejeitadas ou ignoradas como não pertinentes ao papel; ou melhor mediante o manejo de formas de sociabilidade – entre elas o humor –, de modo que seja facilmente reconhecível que a pessoa mesma se retira delas e somente se evidencia sua boa educação)”. LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 238-239. Trecho semelhante pode ser encontrado no idioma alemão no trabalho de Luhmann *Die For “Person”*, conforme vemos a seguir: “Wir schlagen mit dieser Frage die Brücke zum sozialen System. Denn die Antwort wird lauten: doppelte Kontingenz sozialer Situationen als desjenige Problem, das die Entstehung sozialer Systeme autokatalysiert. In einer Situation mit doppelter Kontingenz, in der jeder Teilnehmer sein Verhalten gegenüber anderen davon abhängig macht, daß diese in ihm gegenüber zufriedenstellend handeln, besteht ein zwingendes Bedürfnis nach Einschränkung des Spielraums der Möglichkeiten. Es ist diese instabile, zirkuläre Notlage der doppelten Kontingenz, die die Entstehung von Personen provoziert: oder genauer: die die Beteiligten, was immer psychisch in ihnen abläuft, dazu bringt, sich im Sozial-system, also kommunikativ, als Person zu geben und die Überraschungsqualitäten ihres Verhaltens entsprechend vorsichtig zu dosieren – sei es von vornherein hoch anzusetzen, um nicht an zu enge Grenzen zu stoßen; sei es so zu segmentieren, daß andere Möglichkeiten als nicht zur Rolle gehörig abgewiesen bzw. Ignoriert werden können; sei es gesellschaftliche Formen (inklusive Humor) so zu handhaben, daß erkennbar wird, daß die Person selbst sich aus ihnen zurücknimmt und nur ihre gute Erziehung für sich sprechen läßt”. LUHMANN, Niklas. *Die For “Person”*. In: LUHMANN, Niklas. *Die Soziologie und der Mensch*. Opladen: GmbH 1995. Bd. 6: Soziologische Aufklärung, p. 149.

¹⁵⁸ LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 236.

¹⁵⁹ Não se desconhece que em alguns trechos de traduções, é citado o “sistema pessoal” ou o “sistema de pessoas”. Por exemplo: “Con la traducción de este esquema de descomposición a la conceptualización teórica sistémica, se está obligado a distinguir entre los **sistemas de personas** y los sistemas sociales. Dado que ambos tipos de sistema presuponen un entorno, las personas pertenecen al entorno de los sistemas sociales y los sistemas sociales al entorno de las personas.” “Com a tradução deste esquema de decomposição da conceitualização teórica sistémica, está-se obrigado a distinguir entre os sistemas de pessoas e os sistemas sociais. Considerando que ambos os tipos de sistema pressupõem um entorno, as pessoas pertencem ao entorno dos sistemas sociais e os sistemas sociais ao entorno das pessoas”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 114; “Una consecuencia de

regular uma interação social¹⁶⁰, pois está ligada a papéis ou níveis sociais.

Deste modo, supera-se mais alguns entraves que a Teoria dos Sistemas nos coloca para a elaboração desta tese. Com isso estabilizado, um novo sistema deve ser explorado: o Sistema Psíquico.

esta perspectiva es que los **sistemas personales** y sociales se pueden influenciar mutuamente sólo a través de la utilización de los correspondientes procesos autorreferenciales y sólo de manera estructuralmente específica.” “Uma consequência desta perspectiva é que os sistemas pessoais e sociais podem se influenciar mutuamente somente através da utilização dos correspondentes processos autorreferenciais e somente de maneira estruturalmente específica”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 117; “La interpenetración presupone que los sistemas se distinguen y que, a pesar de ello, se traslapna, lo que significa que tienen algo en común. Este <<algo>> podría ser, en el caso de los **sistemas personales** y sociales, las acciones individuales. Una persona interpenetra con sus acciones individuales a este o aquel sistema social. Y viceversa, aquella cantidad de acciones que constituye un sistema social, se genera solamente debido al hecho de que una pluralidad de personas se pone a disposición con sus acciones. La diferencia de los sistemas se mantiene. [...]. Las acciones requieren correspondientemente, en ambos tipos de sistema, de distintos procesos para poder producir conexiones selectivas: en los **sistema personales**, conciencia, y en los sistemas sociales, comunicación.” “A interpenetração pressupõe que os sistemas se distinguem e que, apesar disso, “traslapna”, o que significa que tem algo em comum. Este <<algo>> poderia ser, no caso dos sistemas pessoais e sociais, as ações individuais. Uma pessoa interpenetra com suas ações individualmente neste ou naquele sistema social. E vice-versa, aquela quantidade de ações que constituem um sistema social, gera-se somente devido ao fato de que uma pluralidade de pessoas se coloca a disposição com suas ações. A diferença dos sistemas se mantém. [...]. As ações requerem correspondentemente, em ambos tipos de sistema, de distintos processos para poder produzir conexões seletivas: nos sistemas pessoais, consciência, e nos sistemas sociais, comunicação”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 118. (grifo do autor). No entanto, entendemos que pelas considerações que seguem este termo, suas explicações e conexões, trata-se apenas de uma questão de tradução e contexto, mas que mesmo assim, a pessoa não é um sistema. Entretanto, é este tipo de situação que deixa sempre margens para que se discuta em Teoria dos Sistemas, a própria Teoria dos Sistemas.

¹⁶⁰ Como já referido, a pessoa vai ser diferente do ser humano. “Persona es conductio, status, munus, quod quisque inter homines et in vita civile regit” - así resume un diccionario el sentido lato de la voz latina en el uso lingüísticoromano -. También pueden ser mentados roles o posiciones en específicos contextos interactivos – en los juicios, por ejemplo – pero en cualquier caso no el ser humano como un todo por completo individualizado, tanto corporal como espiritualmente.” “Pessoa é condição, estatus, munus, nas pessoas e na vida das regras civis que toda a gente – assim resume um dicionário o sentido lato da voz latina no uso linguístico-romano –. Também podem ser pensados papéis ou posições em qualquer caso não o ser humano como um todo por completo individualizado, tanto corporal como espiritualmente”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 236. Trecho semelhante pode ser encontrado no idioma alemão no trabalho de Luhmann Die For “Person”, conforme vemos a seguir: “Persona est conditio status, munus, quod quisque inter homines et in vita civili gerit” – so faßt ein Lexikon den erweiterten Sinn des lateinischen Wortes im römischen Sprachgebrauch zusammen. Auch Rollen oder Positionen in besonderen Interaktionskontexten, zum Beispiel in Gerichtsverhandlungen, konnten gemeint sein, jedenfalls aber nicht der körperlich und seelisch voll individuierte Mensch im gazen.” LUHMANN, Niklas. Die For “Person”. In: LUHMANN, Niklas. *Die Soziologie und der Mensch*. Opladen: GmbH 1995. Bd. 6: Soziologische Aufklärung, p. 146-147. **Atenção!** A palavra *seelisch* significa psíquico e não espiritual como consta na versão espanhola, que faz total diferença na compreensão de nosso pensamento sistêmico.

2.2.3 Sistema Psíquico

Ao mesmo tempo em que se estipulou que todos os seres humanos foram para o entorno, e que foram para lá porque eles não podem ser constituídos por operações sociais, necessita-se observar um pouco melhor como se dá a diferenciação do Sistema Psíquico. O próprio ser humano é constituído de sistemas, e a Sociedade é constituída por comunicações sociais (e portanto de subsistemas sociais). As comunicações levam às operações, e para que as operações sociais ocorram, é preciso sentido de ambos os lados: do entorno e da Sociedade.

Enquanto é possível ver em uma abordagem mais singela a clássica afirmação de que não há comunicação da Sociedade com o entorno, com o aprofundamento na temática do papel dos seres humanos na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, emerge a necessidade de delinear novos contornos para esta observação. O objetivo é mostrar que esta observação é apenas uma perspectiva inicial introdutória, para facilitar a compreensão desta dinâmica altamente complicada.

O ponto de partida desta observação, que levará a uma nova conclusão sobre a comunicação Sistema/Entorno, é o sentido.

Nenhuma operação da Sociedade se perfectibiliza sem o sentido. Para se comunicar é preciso reduzir complexidade, e o sentido é o que proporciona e permite esta redução. Concomitantemente, o sentido também mantém a complexidade necessária para que se tenham possibilidades de escolha. “En otras palabras, para poder actuar, para que la comunicación tenga lugar, se hace necesario reducir la complejidad y el sentido permite hacerlo, dado que obliga a la selección, bajo la forma de la remisión a otras posibilidades de vivencia y acción. [...] el sentido reduce y mantiene la complejidad¹⁶¹.”

A definição de sentido de Luhmann não é mais vinculada ou faz referência ao sujeito, pois, como já visto, a figura do sujeito ganha uma nova observação neste contexto teórico. O sentido, tampouco estará ligado ao subjetivismo ou a vontade. “El sentido es el correlato necesario de la clausura operacional de los sistemas

¹⁶¹ “Em outras palavras, para poder atuar, para que a comunicação tenha lugar, se faz necessário reduzir a complexidade e o sentido permite fazê-lo, dado que obriga a seleção, sob a forma da remissão a outras possibilidades de vivência e ação”. (tradução nossa). RODRÍGUEZ MANSILLA. La sociología y la teoría de la sociedad. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. XI.

cognitivos y es un producto de las operaciones que lo utilizan. Los sistemas sociales son sistemas constituyentes de – y constituidos por – sentido¹⁶²”.

Observando a citação acima, tem-se que se trata, portanto, de uma definição de sentido que é uma pretensão teórica que observa os sistemas cognitivos em sua clausura operativa e abertura comunicacional. Logo, observa como o sentido pode reduzir complexidade no mesmo momento em que proporciona o aumento da complexidade a partir de vivências, que advém dos indivíduos enquanto Sistemas Psíquicos.

Esta construção é muito relevante, pois ela abre um novo espaço ao Sistema Psíquico. Ele ganha uma importância imensa a partir do sentido, uma vez que estabelece contanto com as comunicações sociais, e traça um estreitamento das relações entre o Sistema e o entorno. Tudo, na medida em que se tem o produto cognitivo dos Sistemas Psíquicos, na própria constituição do Sistema Social, que é constituído por este sentido. De maneira simples, para que se tenha sentido, é preciso do Sistema Psíquico, e o sentido vai constituir a Sociedade. Não é mais necessário o sujeito. No lugar disso, tem-se um elemento genuíno comunicacional, e não transcendental. Não há pré-compartilhamentos de sentido, ou pré-disposições a ele.

Para possibilitar a observação deste diferencial, novamente deve-se voltar o olhar para a constituição sistêmica do próprio ser humano.

ser humano no es un sistema, sino que está constituido por diversos sistemas, uno de los cuales resulta fundamental importancia para la teoría de Luhmann: el sistema psíquico. [...] las consciencias de los individuos operan en el médium del sentido. [...]. Evidentemente, el desarrollo de dichas estrategias presupone la participación activa de seres humanos¹⁶³.

Portanto, mesmo que não seja sob a ótica de operação, o próprio conceito de

¹⁶² “O sentido é o correlato necessário do fechamento operacional dos sistemas cognitivos e é um produto das operações que o utilizam. Os sistemas sociais são sistemas constituintes de – e constituídos por – sentido”. (tradução nossa). RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío. *La sociología y la teoría de la sociedad*. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. XI.

¹⁶³ “Ser humano não é um sistema, senão que está constituído por diversos sistemas, um dos quais resulta fundamental importância para a teoria de Luhmann: o sistema psíquico. [...] as consciências dos indivíduos operam no médium do sentido. [...]. Evidentemente, o desenvolvimento de ditas estratégias pressupõe a participação ativa de seres humanos”. (tradução nossa). MONTEAGUDO, Jorge Galindo. *La teoría sistémica de la sociedad de Niklas Luhmann: alcances y límites*. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p.XXVIII.

ser humano vai representar um problema, porque ele é visto como unidade. No entanto, ele é constituído por uma diferença¹⁶⁴. Ao adotar-se esta perspectiva comunicativa, ao invés do sujeito, é o indivíduo que passa a ser o Sistema Psíquico¹⁶⁵. Em outras palavras e de maneira mais direta, pode-se dizer que: “Si, por otra parte, se pretende que sujeto sea el nombre dado a los seres humanos individuales, es indudablemente mejor llamarlos individuos, personas o, como la teoría luhmanniana prefiere, sistemas psíquicos¹⁶⁶.”

A única forma de observar isso é derrubando a concepção de que a Sociedade não pode ou não consegue se comunicar com o entorno. Sendo a Sociedade formada por comunicações e operações de comunicações em seus subsistemas sociais, e estas dependendo do sentido, o qual depende do Sistema Psíquico e da consciência, não há como não haver comunicação com o entorno. O Sistema Psíquico está no entorno, porque ele é parte do indivíduo. Portanto, a diferenciação Sistema/Entorno representa e compreende mais uma forma que separa comunicação e operação social dos sistemas que compõem o homem, ou do algo que não pode ser comunicado. Lembrando, ainda, que tudo se torna entorno a partir do ponto de observação e, assim, pode vir a ser ponto de informação e comunicação.

O entorno social é muito mais complexo para a Sociedade do que o seu meio, pois nele tudo está organizado a partir da complexidade social, assim como a

¹⁶⁴ “el ser humano se encuentra en el entorno del sistema social. ¿Por qué? Porque para poder observar algo esta teoría busca operaciones que constituyan sistemas y el ser humano no puede ser concebido como una operación. De hecho, desde esta óptica el concepto mismo de ser humano se vuelve problemático porque, justamente, eso que la tradición há concebido como unidad debe ser pensado como cúmulo de diferencias. “O ser humanos se encontra no entorno do sistema social. Por que? Porque para poder observar algo esta teoria busca operações que constituam sistemas e o ser humano não pode ser concebido como uma operação. De fato, a partir desta perspectiva o conceito mesmo de ser humano se torna problemático porque, justamente, isso que a tradição tem concebido como unidade deve ser pensado como cúmulo de diferenças”. (tradução nossa). MONTEAGUDO, Jorge Galindo. La teoría sistémica de la sociedad de Niklas Luhmann: alcances y Límites. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. XXVIII

¹⁶⁵ “[...] es la de renunciar al concepto de sujeto, porque éste tiene un contenido transcendental muy difícil de evitar en la elaboración teórica.” “[...] é a de renunciar ao conceito de sujeito, porque este tem um conteúdo transcendental muito difícil de evitar na elaboração teórica”. (tradução nossa). RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío. Nota a la versión en español: La improbabilidad y la diferencia. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. X.

¹⁶⁶ “Se, por outro lado, pretende-se que sujeto seja o nome dado aos seres humanos individuais, é sem dúvida melhor chamarmos indivíduos, pessoas ou, como a teoría luhmanniana prefiere, sistemas psíquicos”. (tradução nossa). RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío. Nota a la versión en español: la improbabilidad y la diferencia. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. X.

operação social é altamente complexa para o Sistema Psíquico. Da mesma forma, cada um destes sistemas observa a complexidade e comunicação desordenados, pois suas dinâmicas são diferentes. O que possibilitará esta interação é a linguagem.

Essa perspectiva de comunicação torna-se necessária porque, no âmbito das comunicações Sistema/Entorno, Sociedade/Homem, não existe como ser feita esta tradução de “idiomas” sem a linguagem. A única forma de que estes sistemas tão distintos possam se comunicar em algum momento se dá por meio da linguagem; ela possibilitará a comunicação. A linguagem se faz necessária até mesmo para a comunicação dos sistemas psíquicos entre si, pois não existe como os Sistemas Psíquicos ou as consciências individuais se comunicarem diretamente. Esta comunicação só pode ser feita por intermédio da linguagem. E entendemos que embora se tenha apenas uma Sociedade, com vários subsistemas, não temos apenas um Sistema Psíquico. O que se tem é um entorno, no qual existem vários Sistemas Psíquicos. Não fosse assim, estaríamos falando que todos os seres humanos têm seus Sistemas Psíquicos conectados ou suas consciências ligadas, o que nos levaria novamente aos paradigmas que já questionamos.

Mesmo com a linguagem, o Sistema Psíquico se mostra necessário, porque não há uma comunicação direta através da linguagem entre indivíduo e Sociedade. A linguagem é apenas um possibilitador da comunicação, mas não consegue realizá-la sozinha. Os Sistemas Psíquicos são clausurados, e não possibilitam interpenetrações. Quem pensa, quem raciocina, é a consciência no Sistema Psíquico. Então, o mediador linguagem só consegue intermediar comunicação entre os seres humanos e a Sociedade a partir do Sistema Psíquico. No entanto, isso não se dá através da linguagem entre o Sistema Psíquico ou entre consciências. Como referimos, não existe apenas um Sistema Psíquico. Mas isso não quer dizer que eles possam se comunicar entre si utilizando apenas o entorno e a linguagem. Sempre que houver uma interação linguística, isso acontecerá na Sociedade. Afinal,

No existe comunicación – de conciencia a conciencia – que no sea socialmente mediada, así como no existe comunicación entre individuo y sociedad. [...]. Sólo la conciencia puede pensar, pero no puede pensar con pensamientos propios dentro de otra conciencia¹⁶⁷.

¹⁶⁷ “Não existem comunicação – de consciência para consciência – que não seja socialmente

Nessa senda, precisa da estrutura do Sistema Psíquico para que este sistema que está no entorno se comunique com outros Sistemas, a partir da linguagem, produzindo sentido. Enquanto ser humano, não há como ocorrer esta mediação, pois não há linguagem ou esquema compatível que possibilite isso. Enquanto simplesmente consciência, que é operacionalizada por processos químicos e biológicos vinculados ao cérebro, essa comunicação também não é possível. Agora, ao se empregar a estrutura de um sistema, do Sistema Psíquico, é possível empregar a linguagem como um meio para produzir comunicação. Há um acoplamento estrutural que ocorre entre a consciência e a linguagem. “Como puede reconocerse fácilmente, el acoplamiento estructural ordinario entre sistemas de conciencia y sistemas de comunicación se hace posible por el lenguaje¹⁶⁸.”

A dúvida que surge então é: o que acontece com os seres humanos que não conseguem dominar a linguagem, ao menos esta linguagem social? Eles vão permanecer no entorno da Sociedade sem produzir sentido?

When the implications of this theory for people with mental health needs are considered we seem to return to the same problematic which motivated Foucault to excavate the history of psychiatry: the silence of the mad in the face of psychiatric discourse. But his problematic now seems to carry an additional burden. What kinds of communications were made using those ‘stammered imperfect words without fixed syntax’? Can ‘mad’ utterances form communications, or if there is no social system within which they can be understood, are they inevitably just noise?¹⁶⁹

Parece que mesmo estas “comunicações loucas” podem ser comunicadas e ressoarem na Sociedade – tanto que se está discutindo sobre elas nesta tese, que é

mediada, assim como não existe comunicação entre indivíduo e sociedade. [...]. Somente a consciência pode pensar, mas não pode pensar com pensamentos próprios dentro de outra consciência”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 76.

¹⁶⁸ “Como pode se reconhecer facilmente, o acoplamento estrutural ordinário entre sistemas da consciência e sistemas de comunicação se faz possível pela linguagem”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 79.

¹⁶⁹ “Quando as implicações desta teoria para pessoas com necessidades de saúde mental são consideradas nós parecemos retornar à mesma problemática que motivou Foucault a escavar a história da psiquiatria: o silêncio dos loucos na cara do discurso psiquiátrico. Mas a problemática dele agora parece carregar um fardo adicional. Que tipos de comunicações foram feitas usando aquelas “palavras imperfeitas gaguejadas sem sintaxe fixa”? Podem declarações ‘loucas’ formar comunicações, ou se não há sistema social dentro do qual elas podem ser compreendidas, são elas inevitavelmente apenas barulho?” (tradução nossa). MUNRO, Penelope. *The discreditation of mad people within legal and psychiatric decisionmaking: a systems theory approach*. 2008. f. 61. Thesis (Doctor of Philosophy) -- University of Nottingham, 2008. Disponível em: <<http://eprints.nottingham.ac.uk/11716/1/493103.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

um espaço social. O que ocorre é que, possivelmente, haverá problemas de sentido e no retorno desta comunicação. Possivelmente ela ressoe de modo diferente do que o emissor tinha expectativas. Mas como fica a situação de seres humanos que não conseguem se comunicar de nenhuma forma, por exemplo, as pessoas que estão em coma? Estas pessoas que não conseguem comunicar (e não apenas falando, mas que em razão de sua doença não conseguem comunicar nos padrões da Sociedade de nenhuma forma), elas ocupam qual espaço? Veja-se, esta é uma questão altamente complexa e que originará uma resposta tão complexa quanto. Ao mesmo tempo em que ela não comunica e não faz este elo de sentido com a Sociedade, ela está na Sociedade, participando de diversos subsistemas sociais, como é o caso do Sistema da Saúde. Com isso, quer-se dizer que nem sempre a linguagem, em suas formas mais conhecidas, faz esta conexão. Aqui, as linguagens neurológicas e biológicas fazem com que, de alguma forma, aquele estado comunique no sistema, que responde a ele, com sentido, tomando decisões e comunicando informações para, inclusive, tentar reverter aquele estado¹⁷⁰.

Continuamente o Sistema Psíquico observa a Sociedade, pois é nele que está a capacidade de decisão de ego/alter¹⁷¹. Na realidade, há muito mais observação do entorno da Sociedade, ou seja, do Sistema Psíquico para a Sociedade do que da Sociedade para o seu entorno. Isso acontece porque toda a comunicação, “tudo o que importa”, acontece dentro da Sociedade, e, assim, as observações do Sistema Psíquico, se não comunicadas, não têm importância. São como se não existissem, uma vez que elas vão existir apenas na esfera do observador individual. Dito de

¹⁷⁰ Em conversa com o professor Darío Mansilla Rodriguez em uma de suas visitas à Unisinos, o mesmo afirmava que inicialmente, tinha a concepção de que não poderia haver um sistema da saúde, justamente porque os enfermos não teriam a capacidade de se comunicar. No entanto, naquele momento já estava começando a rever o seu posicionamento. Nós, no entanto, mantemos sempre nosso posicionamento de que a Saúde é atualmente um sistema social. A uma, porque a comunicação com o enfermo não é o único elemento a ser considerado para que seja um sistema; mesmo que não se comunique com o enfermo, pode-se comunicar sobre ele, e o código saúde/enfermidade, continuará operativo. A duas, porque não são todos os enfermos que não tem capacidade de comunicação. A três, pelos mesmos motivos elencados por Penelope Munro, em seu questionamento sobre os doentes mentais.

¹⁷¹ “La distinción ego/alter no remite, pues, a personas concretas, sino a posiciones comunicativas.” Por isso, ao usar estas expressões, que eram constantemente utilizadas por Luhmann, não se volta a marcos do sujeito/objeto ou do transcendental. Sempre que utilizadas, elas tem esta conotação de comunicação. Reconheço, contudo, que esta é uma posição bem própria e que deveria ter sido melhor explicada por Luhmann, já que estes termos que carregam, historicamente, uma grande carga de sentido diversa desta. “a distinção ego/alter não remete, pois, a pessoas concretas, mas a posições comunicativas”. (tradução nossa). MONTEAGUDO, Jorge Galindo. La teoría sistémica de la sociedad de Niklas Luhmann: alcances y límites. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. XXXVII.

outra forma,

Los sistemas psíquicos evidentemente pueden observar a la sociedad desde afuera, pero socialmente esto queda sin consecuencias si no se comunica, es decir, si la observación no se efectúa en el sistema social. Em otras palabras: la sociedad constituye el caso extremo de autoobservación policontextural¹⁷².

Esta policontexturalidade acontece justamente porque os Sistemas Psíquicos conseguem observar a Sociedade de fora, de seu entorno, já que eles estão neste entorno, e, logo, seu ponto de observação é o entorno. Esta é uma teoria de sistemas observadores, observadores e autoreferenciais¹⁷³. Sim, porque na mesma situação ou na mesma observação, a percepção fica diferente de acordo com o ponto de observação. Mas não basta que se olhe o que está sendo observado, e não só ver a partir do ponto de vista, mas é elementar observar quem é o observador – tanto social como psíquico. Mas no fim, será que se tivermos um Sistema Psíquico como observador, mesmo assim tem informação e comunicação? Ao que se apurou até o momento, a resposta seria negativa.

Os Sistemas Psíquicos não são como entidades metafísicas. É preciso ficar claro. Nesta sua formatação de diferenciação do ser humano, ele se faz presente no mundo sem a necessidade de algo transcendente que o fundamente. Até mesmo processos biológicos estarão ligados à sua concepção. Assim, pode-se dizer que eu sou um Sistema Psíquico, mas quando eu saio de mim mesmo e me observo, eu sou eu, e, sou diferente do mundo exterior. Este eu que se separa do mundo exterior seria um observador externo de si mesmo. Mas o observador externo tem que observar, porque no Sistema Psíquico ninguém pode ser observador interno e comunicar esta observação. Eu mesmo não consigo observar esta diferença, ao contrário do que é dito pelas outras teorias. E não consigo fazer isso pelo simples motivo de que nenhuma consciência é acessível aos outros enquanto consciência.

Dessarte, por mais policontextural que uma observação possa ser, a observação de uma consciência não é passível de observação pelos outros sem a

¹⁷² “Os sistemas psíquicos evidentemente podem observar a sociedade de fora, mas socialmente isto fica sem consequências se não se comunica, quer dizer, se a observação não se efetua no sistema social. Em outras palavras: a sociedade constitui o caso extremo de autoobservação policontextural”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 63.

¹⁷³ LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 225.

interferência da linguagem e do sentido. Já “Un sistema social – y naturalmente de modo especial una sociedad – puede observa-se a sí mismo simultánea o sucesivamente de maneras muy diversas – diríamos que “policontexturales¹⁷⁴”. Esta observação policontextural que permite observações diversas da mesma coisa é mais fácil de ser encontrada na Sociedade, porque ela mesma se constitui de comunicações, ao contrário do entorno e dos sistemas que o habitam.

Mais um esclarecimento se faz necessário, para não gerar uma grande confusão, que arruinaria toda a nossa tese. O Sistema Psíquico não é ligado aos neurônios. Os neurônios e o todo processo neurológico são ligados ao Sistema Biológico, Físico. Neurônios não são o Sistema Psíquico. O Sistema Psíquico é ligado ao pensamento, e o pensamento acontece a todo instante e a todo o momento. O pensamento é individual, é do ser humano, daquele ser humano em que ocorre o pensamento. São processos químicos, neurológicos, físicos, específicos, que são mais ligados à consciência do que ao Sistema Psíquico. Quando se fala em Sistema Psíquico, fala-se em uma autopoiese de sentido. Esse é o ponto. Podemos falar em acoplamento entre estes elementos, mas não podem ser observados como sendo iguais ou partes constituintes um do outro.

Ao lado do acoplamento que existe entre consciência e linguagem, apresenta-se mais um acoplamento necessário para que ocorra a comunicação, e é a relação mais impactante para nós até o momento. Como sabemos, a comunicação é o elemento mais importante da Sociedade. A Sociedade, que tem uma dinâmica social que coloca o homem no entorno, comunica-se com ele a partir da introdução da linguagem nessa relação. Mas, a condição prévia de possibilidade para que qualquer comunicação exista é a ocorrência de um acoplamento entre a própria comunicação e a consciência.

Trata-se de um co-pertencimento tão grande e necessário que o acoplamento se realiza na forma de estrutura, pois da duração e da estabilidade dele é que depende toda a comunicação. “En el sentido de este concepto bastante complejo, toda comunicación está acoplada estructuralmente a la conciencia. Sin conciencia la comunicación es imposible. [...]. Sin embargo, la conciencia no es ni “sujeto” de la

¹⁷⁴ “Um sistema social – e naturalmente de modo especial, uma sociedade – pode observar-se a si mesma simultaneamente ou sucessivamente de maneiras diversas – diríamos que “policontexturais”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 62.

comunicación ni en algún otro sentido “portador” de la comunicación¹⁷⁵.”

Com isso, sela-se definitivamente que a Sociedade precisa dos seres humanos, em suas mais diversas formas e concepções sistêmicas. Afinal, apenas os seres humanos têm consciência; os sistemas não têm consciência. A Sociedade depende da comunicação, e a comunicação está acoplada estruturalmente à consciência. Mais uma vez, Sistema Psíquico não pode ser confundido com neurônios, assim como não pode ser confundido com consciência, uma vez que é um sistema.

Através de sua descrição teórica, é possível observar que o próprio Luhmann indica, de maneira indireta, que os seres humanos são fundamentais para a interação social, mesmo estando em seu entorno. A diferença em estar no entorno se dá na medida em que a comunicação não pertence aos indivíduos, ela pertence ao próprio comunicar (se é que se pode falar em pertencimento). Ela é produzida pela consciência – que já representa um acoplamento entre psíquico e biológico – e se coloca como um dos pontos da comunicação. Então, de alguma forma, mesmo na Teoria dos Sistemas mais tradicional, a pessoa é importante, ainda que observada sob a diferença de Sistema/Entorno, mais precisamente enquanto Sistema Psíquico, como consciência, que, por consequência, depende do Sistema Biológico para existir. Não há como existir apenas um Sistema Psíquico.

Toda esta estrutura por certo vai interferir na forma como se observa a decisão jurídica, visto que os Sistemas Psíquicos têm uma forma para influenciar a Sociedade. Logo, o entorno pode sim se comunicar com o meio, e isso não surge agora de uma invenção acadêmica, mas de uma construção baseada na observação do que Luhmann já havia escrito, antes e após a autopoiese. Inclusive, o próprio Luhmann reconhece isso no livro *Sociedade da Sociedade*, quando trata desta relação com o Sistema Psíquico, ao afirmar que: “Su dinámica consiste en que la comunicación actúa sobre la comunicación y, en este sentido: transforma permanentemente las distinciones e indicaciones actuales, pero no configura nunca el entorno exterior¹⁷⁶.” Em seguida, ele acrescenta, o que em muitas observações

¹⁷⁵ “No sentido deste conceito bastante complexo, toda a comunicação está acoplada estruturalmente com a consciência. Sem consciência a comunicação é impossível. [...]. Entretanto, a consciência não é nem “sujeito” da comunicação e nem em algum outro sentido “portador” da comunicação”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 75.

¹⁷⁶ “Sua dinâmica consiste em que a comunicação atua sobre a comunicação e, neste sentido: transforma permanentemente as distinções e indicações atuais, mas não configura nunca o

têm passado despercebidas: “En breve, veremos que esta declaración tiene que modificarse dentro del alcance de este estado de cosas mediante el concepto de acoplamiento estructural¹⁷⁷.”

Além da liberdade que o indivíduo tem por estar fora da dinâmica social, que lhe seria limitadora, pois, embora apresente diversas possibilidades, estas possibilidades apresentadas são apenas em termos sociais, há uma liberdade de reagir aos sentidos produzidos por esta comunicação. É praticamente uma dupla liberdade. “Con la forma de comunicación se da la posibilidad de reaccionar con aceptación o rechazo a las propuestas de sentido – y sólo por ello los cambios externos pueden influir sobre la sociedad a través de estados de conciencia de los sistemas psíquicos¹⁷⁸”.

Como se dá está percepção de reação aos sentidos? Ocorre que a consciência tem uma capacidade de percepção sensorial. Quer dizer, a consciência tem a capacidade de observar tudo, de sentir tudo, de vivenciar tudo, mas é um sistema operacionalmente fechado. A sua abertura sensorial é uma abertura cognitiva. Sendo assim, nem tudo que é percebido pela consciência consegue ser transmitido pela comunicação. Aliás nem tudo precisaria ou interessaria em uma comunicação. Ademais, a própria comunicação não consegue perceber nada (nem mesmo do mundo físico), sem que seja através da consciência. Tudo precisa passar por um filtro, um filtro duplo: da consciência e da possibilidade de se tornar comunicação.

Mientras que los sistemas de conciencia pueden percibir sensorialmente, los sistemas de comunicación sólo pueden afectarse a través de la conciencia. [...]. Es necesario tener claro ante los ojos (de manera literal: ante los ojos) lo que esto significa: la totalidad del mundo físico – incluyendo los fundamentos físicos de la comunicación misma – puede influir sobre la comunicación sólo a través de cerebros operativamente clausurados y éstos, a su vez, únicamente a través de sistemas de conciencia operativamente clausurados y, por tanto, sólo

entorno exterior.” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 68.

¹⁷⁷ “Em breve, veremos que esta declaração tem que ser modificada dentro do alcance deste estado de coisas, mediante o conceito de acoplamento estrutural.” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 68.

¹⁷⁸ “Com a forma de comunicação se dá a possibilidade de reagir com aceitação ou rejeição as propostas de sentido – e somente por isso as mudanças externas podem influenciar sobre a sociedade através dos estados de consciência dos sistemas psíquicos.” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 391-392.

a través de 'individuos'¹⁷⁹.

Não há comunicação completa – dentro de seus limites de completude, considerando todas as suas improbabilidades –, sem um indivíduo. O duplo filtro possibilita a comunicação, e é uma forma de exclusão/inclusão do que pode ser incluído na percepção do Sistema Social pela comunicação com seu entorno e o que está excluído desta percepção.

A própria ideia de inclusão/exclusão que está na base desta teoria remete a pessoas, a sujeitos físicos, que, a partir da estratificação da Sociedade, regula quem serão as pessoas incluídas ou excluídas de determinado sistema desta Sociedade. Isto é, finalmente, qual ser humano fará parte da dinâmica social de cada subsistema social. Para que as pessoas possam ser vistas em extratos sociais, em condições sociais, como cidadão, como enfermo, como juiz, antes de tudo elas têm que ser pessoas físicas, em Sistemas Psíquicos que se comunicam com a Sociedade¹⁸⁰. São os seres humanos que estão em um extrato da Sociedade ou não.

Retomando o ponto capital deste capítulo: pode haver comunicação com o entorno? A resposta é sim. Quando se trabalha com sistema autopoieticos, deve-se levar em consideração que se trata de um sistema operativamente fechado. O Sistema Psíquico, como já foi dito, é um sistema operacionalmente fechado¹⁸¹, assim como a Sociedade é operacionalmente fechada; toda a operação social só

¹⁷⁹ “Enquanto que os sistemas de consciência podem perceber sensorialmente, os sistemas de comunicação somente podem afetar-se através da consciência. [...] É necessário ter claro frente aos olhos (de maneira literal: frente aos olhos) o que isto significa: a totalidade do mundo físico – incluindo os fundamentos físicos da comunicação mesma – podem influenciar sobre a comunicação somente através de cérebros operativamente fechados e estes, por sua vez, unicamente através de sistemas de consciência operativamente fechados e, portanto, somente através de ‘individuos’”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 83.

¹⁸⁰ “La estratificación regula la inclusión de los seres humanos en la sociedad fijando las inclusiones y las exclusiones respecto a los sistemas parciales. Sólo se puede pertenecer a un estrato social y precisamente por lo mismo se está excluido de los otros.” “A estratificação regula a inclusão dos seres humanos na sociedade, fijando as inclusões e as exclusões com respeito aos sistemas parciais. Somente se pode pertencer a um estrato social e precisamente por isso mesmo está excluído dos outros.” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 545.

¹⁸¹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 66. Da mesma forma, o cérebro também é um sistema fechado. “Esto, sin embargo, constituye tan sólo una posibilidad adicional para probar que el cerebro trabaja como sistema operativamente clausurado.” “Isto, sem dúvida, constitui somente uma possibilidade adicional de provar que o cérebro trabalha como um sistema operativamente fechado.” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 909.

pode ser operacionalizada dentro da Sociedade. O Sistema Psíquico nunca poderá operacionalizar uma operação social, e o Sistema Social nunca poderá operacionalizar uma operação psíquica. Contudo, isso não impede que ocorram observações externas para o entorno, e nem mesmo auto-observações. Portanto, o que não pode ocorrer nesta estrutura é um contato das operações do sistema com o seu entorno, ou com sistemas do entorno, mas as comunicações são possíveis, pois elas ingressam na forma de acoplamentos (e nessa relação ocorrem diversos acoplamentos simultâneos, como consciência e linguagem, Sistema Psíquico e Biológico através da consciência, etc).

Tudo isso é possível porque, embora as operações permaneçam na clausura, o Sistema Social tem abertura cognitiva, assim como o Sistema Psíquico. É essa abertura que permite, e inclusive necessita deste contato com os sistemas do entorno.

Com este acoplamento, não há a necessidade de o Sistema Social reconstruir a sua complexidade interna após ter contato comunicacional com o entorno. Com o acoplamento, já ocorre a seleção do que pode ser absorvido pelo sistema, sem lhe causar danos ou corrupções¹⁸². Mesmo se tratando de acoplamento entre Sistema Nervoso e entorno, ou da comunicação com a consciência, não há possibilidade de inclusão de formas de operação externa para a reconstrução de ordenação de complexidade¹⁸³.

É claro que o interior do sistema é muito mais determinante para estas comunicações ou para o que será comunicado. No interior se pode ter um controle real. Porém, o determinante é o interior do Sistema que emite a comunicação, e não do que a recebe.

Por supuesto que esto incluye la comunicación sobre las dependencias respecto al entorno, pero aun en este caso la determinación de lo que se comunica se efectúa con base en la distinción propia del sistema (autorreferencia/heterorreferencia),

¹⁸² Mais a frente será visto que há uma frustração muito grande com o Poder Judiciário em relação as suas decisões, porque na atualidade, ocorrem tantas destas comunicações, que os acoplamentos não tem mais conseguido dar conta de limitar este filtro do que é recebido pelo sistema. Embora ele siga operando pelos códigos do Direito, muitas coisas do entorno são comunicadas para dentro deste sistema sem uma filtragem de qualidade, levando diversas expectativas cognitivas para este meio social, que não tem ferramentas operacionais para trabalhar estas questões. Portanto, é preciso encontrar dentro do próprio sistema, meios operacionais de estabilização destas expectativas.

¹⁸³ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 78.

reiterando y anticipando recursivamente otras comunicaciones¹⁸⁴.

Isso impede que ocorra um caos desorganizado no sistema pois, se fosse possível comunicar e visualizar tudo o que está no entorno, na verdade não se conseguiria comunicar nada. Não haveria por que haver esta separação. Esta obrigação da comunicação no entorno se dá apenas em uma relação com o Sistema Psíquico¹⁸⁵, e funciona como um ponto cego que possibilita a comunicação.

El hecho de que los sistemas de comunicación estén acoplados en modo directo sólo a los sistemas de conciencia (y así aprovechen su selectividad sin ser especificados por ella) actúa como un blindaje que en general impide que la entera realidad del mundo incida en la comunicación¹⁸⁶.

Sendo assim, toda a comunicação está ligada à consciência e ao Sistema Psíquico e ao final, mesmo que sob outra denominação, ao ser humano¹⁸⁷, até mesmo quando se fala em organizações. Observem-se estes aspectos mais detalhadamente. Como anteriormente referido, não existe comunicação sem consciência, pois apenas ela tem a capacidade de percepção para criar e selecionar a comunicação. Dito isso, é necessário lembrar que a consciência não é a detentora da comunicação¹⁸⁸. O ser humano não pode comunicar. Conforme Luhmann¹⁸⁹, o que comunica é a comunicação, e isso tem que ser visto de forma bem distinta para não se retornar para a armadilha transcendental.

Por outro lado, isso não quer dizer que quem comunica não possa se identificar com esta comunicação, e ainda assim permanecer em uma observação

¹⁸⁴ “Certamente que isto inclui a comunicação sobre as dependências a respeito do entorno, mas ainda neste caso a determinação do que se comunica se efetua com base na distinção própria do sistema (autorreferência/heterorreferência), reiterando e antecipando recursivamente outras comunicações”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 69.

¹⁸⁵ Neste trecho, Luhmann fala em sistemas de consciência e sistemas psíquicos. Com as pesquisas realizadas para esta tese, entendemos neste caso específico, como sinônimos, assim como sistema jurídico, sistema legal e sistema do direito.

¹⁸⁶ “O fato de que os sistemas de comunicação estão acoplados em modo direto somente aos sistemas de consciência (e assim aproveitam sua seletividade sem ser especificados por ela) atua como uma blindagem que em geral impede que a inteira realidade do mundo incida na comunicação”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 84.

¹⁸⁷ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 75.

¹⁸⁸ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 75.

¹⁸⁹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 76.

não transcendental. Ocorre que, se o filtro vai estar primeiro vinculado à consciência e, além disso, será dali que partirá a distinção comunicacional de informação e de transmissão de informação ao conhecimento do Sistema Social, haverá uma identificação nos sucessos das comunicações¹⁹⁰, e isso faz parte do processo de identificação da comunicação comunicada. Uma organização sem seres humanos não vai conseguir fazer isso.

Assim sendo, o que se tem entre o Sistema Social e os sistemas “humanos” do entorno da Sociedade é uma cooperação que permite inclusive que a dinâmica social tenha continuidade. Para respaldar esta posição, seguem as palavras de Luhmann:

Pero independientemente del sistema social que se seleccione como referencia sistémica, el ser humano (¡individual!) formará siempre parte del entorno del sistema. Ningún hombre puede ser encuadrado en un sistema social de manera tal que su reproducción (en cualquiera de sus dos planos sistémicos: el orgánico o el psíquico) sea una operación social, consumada por la sociedad o por alguno de sus subsistemas. Esto es una consecuencia inevitable de tomar como punto de partida la teoría de sistemas anteriormente esbozada – tan inevitable que huelgan explicaciones adicionales. Con ello no se niega la existencia de relaciones causales y acoplamientos estructurales entre los sistemas. E evidente que la comunicación sólo puede verificarse de un modo habitual y autorreproductivo **si la conciencia coopera**; y ello no debe entenderse en el sentido de que ésta empiece a surtir efecto de *antemano* como una causa necesaria, sino en el de una cooperación de carácter *simultáneo*¹⁹¹. (Grifo nosso).

¹⁹⁰ “Por su modo inadvertido y silencioso de funcionar, el acoplamiento estructural (conciencia/comunicación) no excluye en absoluto que quienes forman parte del suceso comunicativo se identifiquen en la comunicación, o que además sea a ellos a quienes se dirija la palabra. Uniéndonos en este aspecto a una vieja tradición los llamaremos “personas”, diremos por tanto que el proceso de comunicación está en condiciones de “personalizar” referencias externas. Toda comunicación debe poder distinguir entre información y darla-a-conocer; de otro modo no se distinguiría a la comunicación misma. Pero esto significa que se forman las referencias objetuales y personales correspondientes.” “Por seu modo inadvertido e silencioso de funcionar, o acoplamento estrutural (consciência/comunicação) não exclui em absoluto que quem forma parte do suceso comunicativo se identifique na comunicação, ou que além disso seja a ele a quem se dirija a palavra. Unindonos neste aspecto a uma velha tradição os chamaremos “pessoas”, diremos portanto que o processo de comunicação está em condições de “personalizar” referências externas. Toda a comunicação deve poder distinguir entre informação e dar-ela-a conhecer, de outro modo não se distinguiría a comunicação mesma. Mas isto significa que se formam as referências objetuais e pessoais correspondentes”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 77.

¹⁹¹ “Mas independente do sistema social que se seleccione como referência sistémica, o ser humano (individual!) formará sempre parte do entorno do sistema. Nenhum homem pode ser enquadrado em um sistema social de maneira tal que sua reprodução (em qualquer de seus planos sistémicos: o orgânico ou o psíquico) seja uma operação social, consumada pela sociedade ou por algum de

A longa citação se justifica porque, além de confirmar as posições no que tange à comunicação e ao papel exercido pelo Sistema Psíquico, ela aponta a possibilidade de se discutir a decisão jurídica e o papel dos julgadores, desde que não calcado na figura do sujeito. Até porque, a literatura moderna sequer sabe dizer o que é o sujeito¹⁹².

Frente a esta constante comunicação e à possibilidade real de cooperação entre sistema e entorno, tendo como base a consciência, pode-se definitivamente dizer que: “por todo ello, podemos decir que la forma de los sistemas psíquicos es la distinción entre *autorreferencia* y *heterorreferencia*”¹⁹³. Agora só resta observar o que esta distinção comunica e como isso terá reflexos na estabilização social.

2.3 Autorreferência/Heterorreferência

Como foi visto nos últimos dois capítulos, a autorreferência e a heterorreferência são a *forma* do sujeito, enquanto a *distinção* entre autorreferência e heterorreferência é o Sistema Psíquico. Isto é, o sujeito é o **esquema** auto/hetero, enquanto o Sistema Psíquico é a **diferença** entre auto e hetero. Não bastasse essa

seus subsistemas. Isto é uma consequência inevitável de tomar como ponto de partida a teoria dos sistemas anteriormente esboçada – tão inevitável que haverá explicações adicionais. Com isso não se nega a existência de relações causais e acoplamentos estruturais entre os sistemas. Evidente que a comunicação somente pode se verificar de um modo habitual e autorreprodutivo se **a consciência coopera**; isso não se deve entender no sentido de que esta comece a surgir efeito de antemão como uma causa necessária, senão no de uma cooperação de caráter *simultâneo*”. (grifo nosso, (radução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Jostxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 227.

¹⁹² “En la literatura moderna [...]. En ella vale como evidente que los seres humanos son sujetos, que los sujetos son individuos y que los individuos son personas, pero no se especifica qué quieren decir estos <<son>>.” “Na literatura moderna [...] nela fica como evidente que os seres humanos são sujeitos, e que os sujeitos são indivíduos, e que os indivíduos são pessoas, mas não se especifica o que querem dizer estes <<são>>”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Jostxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 231. Trecho semelhante pode ser encontrado no idioma alemão no trabalho de Luhmann *Die For “Person”*, conforme vemos a seguir: “Die moderne Literatur [...]. Daß Menschen Subjekte, Subjekte Individuen und Individuen Personen sind (aber was heißt: “sind”?), gilt als selbstverständlich”. LUHMANN, Niklas. *Die For “Person”*. In: LUHMANN, Niklas. *Die Soziologie und der Mensch*. Opladen: GmbH 1995. Bd. 6: Soziologische Aufklärung, p. 142.

¹⁹³ “Por tudo isso, podemos dizer que a forma dos sistemas psíquicos é a distinção entre autorreferência e heterorreferência.” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Jostxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998.p. 233. Trecho semelhante pode ser encontrado no idioma alemão no trabalho de Luhmann *Die For “Person”*, conforme vemos a seguir: “Wir können deshalb sagen: *Die Form psychischer Systeme ist der Unterschied Von Selbstreferenz und Fremdreferenz*”. LUHMANN, Niklas. *Die For “Person”*. In: LUHMANN, Niklas. *Die Soziologie und der Mensch*. Opladen: GmbH 1995. Bd. 6: Soziologische Aufklärung, p. 144.

distinção e forma, este esquema ganha grande relevância no nosso problema, na medida em que a elas estará ligada, além da noção de aprendizagem, as expectativas.

Uma das perguntas iniciais era: “é possível um sistema social aprender?” Até aqui, a apresentação desta pergunta e a inclusão do termo social é totalmente adequada, pois tem-se nesta dinâmica de comunicações, além do Sistema Social, Sistemas Psíquicos e Biológicos, os quais lidam com a aprendizagem, em suas diversas formas, o tempo todo.

Enquanto a forma autorreferência/heterorreferência representa o sujeito, para falar em aprendizagem trabalharemos com a distinção entre autorreferência e heterorreferência.

Anteriormente se conceituou a autorreferência como sistemas que se referem a si mesmo em cada uma de suas operações. Esclarece-se ainda mais esta noção agora, ao dizer que esta referência significa que a autorreferência é ligada ao lado operacional do sistema, e não ao lado cognitivo, a forma de observar. De outra banda, a heterorreferência vai ser toda a abertura do sistema para o entorno. Portanto, algo menos operativo e mais cognitivo. É uma autodescrição, que nada mais é do que o assinalamento de algumas coisas e o não assinalamento de outras, no caso, operações¹⁹⁴. Na heterorreferência ter-se-á toda a descrição que o sistema faz do entorno. “El concepto de autorreferencia excluye entonces toda continuidad entre sistema y entorno. Esto conlleva que cada descripción que el sistema hace del entorno (por lo tanto, toda heterorreferencia y toda apertura) es posible sólo como construcción del sistema¹⁹⁵.”

Sistemas que possuem autorreferência são sistemas que só podem observar a realidade mediante autocontato (isto é, entre sistema e entorno), ainda que mantenham suas operações unicamente dentro do ambiente do sistema, o que vale tanto para os Sistemas Sociais como para os Psíquicos e Biológicos.

No entanto, mesmo com a necessidade de autocontato, a definição do que seja autorreferência não é feita através de um conceito analítico, transcendental e

¹⁹⁴ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 691.

¹⁹⁵ “O conceito de autorreferência exclui então toda a continuidade entre sistema e entorno. Com isso implica que cada descrição que o sistema faz do entorno (portanto, toda heterorreferência e toda abertura) e possível somente como construção do sistema.” (tradução nossa). CORSI, Giancarlo. Autorreferencia (Selbstreferenz). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 47.

nem mesmo traz em si uma margem para o solipsismo¹⁹⁶. Não é solipsista e nem transcendental porque está no sistema, e não em um Eu. Acima disso, exige que seja capaz de distinguir o que é do sistema e o que pertence ao entorno. “Los sistemas constituidos de modo autorreferencial deben ser capaces de distinguir entre lo que es propio del sistema (sus operaciones) y lo que se atribuye al entorno¹⁹⁷.”

Também é por causa da distinção entre autorreferência/heterorreferência que os sistemas não são máquinas triviais. A diferença reside no fato de que nas máquinas não há um raciocínio. As operações são certas e programadas e seguem um padrão já pré-estabelecido de acordo com a informação que for introduzida na máquina¹⁹⁸. Agora, nos sistemas, de acordo com os estímulos de autorreferência/heterorreferência, as operações podem ser observadas e alteradas internamente por este sistema. A forma autorreferência/heterorreferência representa um raciocínio próprio do sistema, que pode agir de forma diferente, e não necessariamente pré-estabelecida e, desta forma, limitada.

Igualmente, não é tautológica porque a operação de referência não é referência a si mesmo, mas é referente ao si (auto) do sistema a que pertence, para gerar informação na observação. “Se presenta la autorreferencia cuando la operación de observación está incluida en lo que se indica, es decir, cuando la observación indica algo a lo que pertenece¹⁹⁹”. São referências que vêm de dentro

¹⁹⁶ E nem poderia ser, pois se estamos trabalhando com uma teoria da Sociedade, não existe possibilidade de haver solipsismo, ou como Luhmann referiu “Para la convivencia social en el mundo de la vida, el solipsismo no es una opción real.” “Para a convivência social no mundo da vida, o solipsismo não é uma opção real.” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *¿Cómo es posible el orden social?* México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2009. p. 71.

¹⁹⁷ “Os sistemas constituídos de modo autorreferencial devem ser capazes de distinguir entre o que é próprio do sistema (suas operações) e o que se atribui ao entorno”. (tradução nossa). CORSI, Giancarlo. Autorreferencia (Selbstreferenz). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 44.

¹⁹⁸ Apensar de que isso vem mudando com o tempo, com o computador por exemplo, e os estudos de inteligência artificial. Em relação as modificações que o computador pode causar na Sociedade, há um texto de Dirk Baecker, no qual ele faz uma análise de como uma Sociedade Sistêmica como a de Luhmann pode ser afetada pelo computador. Segundo ele, Luhmann ve a Sociedade atual como uma Sociedade moderna, a qual tem como um de seus principais elementos os meios de comunicação. Sendo assim, sua questão principal é como esta Sociedade vai conseguir lidar com o computador e com o que ele proporciona na comunicação. Assim, ele vai desenvolver seu artigo dizendo que o computador é o maior dos testes que a Teoria dos Sistemas pode receber. BAECKER, Dirk. Niklas Luhmann in the society of the computer. *Cybernetics & Human Knowing: a journal of second-order cybernetics, autopoiesis, and cyber-semiotics*, [S.l.], n. 13, p. 25-40, 2006.

¹⁹⁹ “A autorreferência apresenta-se quando a operação de observação está incluída no que se indica, quer dizer, quando a observação indica algo a que pertence”. CORSI, Giancarlo. Autorreferencia (Selbstreferenz). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la*

(auto) e referências que vêm de fora (hetero), e que são operacionalizadas ou observadas de forma diversa de acordo com cada um dos lados desta forma.

A forma autorreferência/heterorreferência individualiza o sistema, justamente por ser uma forma interna bivalente. É esta bivalência que garante que a capacidade de seletividade não dependa só do observador²⁰⁰. Como a forma de observação obedece a esta bivalência, a forma de auto-reprodução também é bivalente. Deste modo, tem-se uma redução forçada de complexidade. Através da autorreferência/heterorreferência, o mundo se apresenta de maneira diferente para cada Sistema Psíquico.

Por eso, los sistemas psíquicos sólo pueden ser observados refiriéndose a la distinción entre autorreferencia y heterorreferencia y viendo el modo en que el sistema observado procede con ella. Una manera de observar que utilice este esquema se corresponde, aproximadamente, con aquello que por lo general se denomina <<comprensión>>²⁰¹.

Obviamente não é uma concepção de fácil assimilação. Traz termos complexos e sua própria dinâmica é conturbada, pois não é casual, e normalmente

teoría social de Niklas Luhmann. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 44.

²⁰⁰ “Contrariamente a cuanto puede parecer a primera vista, la autorreferencia no define el sistema observador: la forma del observador no se da por su simple autoindicación, sino por la diferencia entre autorreferencia y heterorreferencia en cuanto diferencia. De manera más radical, es necesario decir que el observador es la unidad de tal diferencia: el sí mismo puede denominarse sólo como diferencia del resto y en el fondo la unidad del observador se da como una paradoja, como unidad de lo diferente, como simultaneidad de autorreferencia y de heterorreferencia.” “Ao contrário do que pode parecer a primeira vista, a autorreferência não define o sistema observador: a forma do observador não se dá por sua simples autoindicação, senão pela diferença entre autorreferência e heterorreferência enquanto diferença. De maneira mais radical, é necessário dizer que o observador é a unidade de tal diferença: o si mesmo pode denominarse somente como diferença do resto e no fundo da unidade do observador se dá como um paradoxo, como unidade do diferente, como simultaneidade de autorreferência e de heterorreferência”. (tradução nossa). CORSI, Giancarlo. Autorreferencia (Selbstreferenz). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 48.

²⁰¹ “Por eso, los sistemas psíquicos sólo pueden ser observados refiriéndose a la distinción entre autorreferencia y heterorreferencia, y viendo el modo en que el sistema observado procede con ella. Una manera de observar que utilice este esquema se corresponde, aproximadamente, con aquello que por lo general se denomina <<comprensión>>”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 234. Trecho semelhante pode ser encontrado no idioma alemão no trabalho de Luhmann *Die For “Person”*, conforme vemos a seguir: “Man kann psychische Systeme daher nur beobachten, wenn man sich auf die Unterscheidung von Selbstreferenz und Fremdreferenz beziehen und sehen kann, wie das beobachtete System damit umgeht. [...]. Eine Beobachtungsweise, die dieses Differenzschema benutzt, entspricht ungefähr dem, was man alltäglich als “Verstehen” bezeichnet”. LUHMANN, Niklas. *Die For “Person”*. In: LUHMANN, Niklas. *Die Soziologie und der Mensch*. Opladen: GmbH 1995. Bd. 6: Soziologische Aufklärung, p. 144 - 145.

não vem detalhada em trabalhos que envolvam a Teoria dos Sistemas. Desse jeito, possivelmente um exemplo do que foi dito até o momento possa clarear alguns pontos nebulosos que podem vir a conturbar a construção final.

Un sistema social, por ejemplo, puede producir sólo comunicación y es capaz de considerar la realidad sólo comunicando; la autorreferencia está implícita en toda comunicación en forma de emisión. Del mismo modo una conciencia sólo puede pensar y la realidad adquiere importancia sólo como objeto de referencia de los pensamientos²⁰².

Sendo assim, apenas um lado da forma se mostra insuficiente. Isso porque, apenas tendo autorreferência, não há como comunicar toda a operação que ocorre internamente no sistema. A autorreferência é necessária para produzir, de alguma maneira, a comunicação. Como ocorre na consciência, a autorreferência está presente no pensar. Por outro lado, está-se falando em sistemas com um recurso de clausura operativa, que se constituiu na própria autorreferência, em termos sistêmicos²⁰³. A consequência disso, quando se fala de sujeitos ou de consciências, que era o nosso tema anterior, é que apenas com a autorreferência, não se tem acessibilidade do que se pensa, é não é porque a autorreferência queira negar estes pensamentos ou informações a outros sistemas ou ao exterior, mas é porque ela sozinha não tem esta capacidade.

A consciência, como referido antes, não pode se constituir em um sistema de comunicações, justamente por ser incapaz de acessar outras consciências ou comunicar o seu próprio acesso a si mesma. “Esto é necesaria e inevitablemente así, dado que el otro hombre no está conectado a la autorreferencia basal de cada una de las otras conciencias. La figura autorreferencial con la que el sujeto asegura su sí mismo, no asegura también al del otro²⁰⁴.”

Ocorre que, somado a isso, quando se fala de Sistema Psíquico, de

²⁰² “Um sistema social, por exemplo, pode produzir somente comunicação e é capaz de considerar a realidade somente comunicando; a autorreferência está implícita em toda comunicação em forma de emissão. Do mesmo modo uma consciência somente pode pensar e a realidade adquire importância somente como objeto de referência dos pensamentos”. (tradução nossa). CORSI, Giancarlo. *Autorreferencia (Selbstreferenz)*. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 44.

²⁰³ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 46.

²⁰⁴ “Isto é necessária e inevitavelmente assim, dado que o outro homem não está conectado a autorreferência basal de cada uma das outras consciências. A figura autorreferencial com a que o sujeito assegura a si mesmo, não assegura também a do outro”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *¿Cómo es posible el orden social?* México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2009. p. 70.

consciência ou de seres humanos, a noção de autorreferência/heterorreferência está ligada a um recurso temporal. “Un sistema autopoietico – también, por ejemplo, el de la conciencia individual – sólo puede construir una identidad propia recurriendo continuamente a su propio pasado, es decir, distinguiendo entre autorreferencia y heterorreferencia²⁰⁵.”

Ou seja, para a manutenção temporal do sistema, o recurso de retorno ao passado para observação de possibilidades presentes e expectativas futuras exige que se observe o passado e o sistema pelas lentes da autorreferência/heterorreferência. É com isso que se constrói a identidade individual de cada um, de forma que haja singularidade desvinculada da transcendentalidade.

O que se tem até o momento é que a autorreferência/heterorreferência está presente em vários contextos que foram trazidos à tese, e levam a um retorno espaçado aos diferentes temas já abordados. Permite-se assim que se observe com mais clareza, após a absorção de algumas informações, elementos mais complexos que fazem parte do mesmo denominador. Embora seja uma teoria dinâmica e de completude, dada a sua dificuldade, às vezes é necessário introduzir aos poucos elementos que agregam mais informações e novas características.

Volta-se então ao sujeito. Os sujeitos são autorreferências. Agora que se tem mais claro o que é um sujeito e o que é autorreferência, talvez seja mais fácil entender por que nada referente às ações e operações da Sociedade possa ser atribuído à consciência de um único indivíduo.

Com o sujeto no se designa una substancia que con su puro ser soporta todo lo demás; sujeto es, más bien, la autorreferencia misma como fundamento del conocer y del actuar. Sin embargo, las experiencias efectuadas con esta figura de pensamiento no son tan alentadoras como para caer en la tentación de transferirlas sin más a la sociedad considerada como el verdadero sujeto – quizá con el título de espíritu o de intersubjetividad – para entonces imputarle todo lo que antes se atribuía a la conciencia del individuo. No es necesario ignorar los resultados de la filosofía del sujeto, pero sí hay que verlos como bancos de arena en donde el barco de la teoría de la sociedad no debería encallar. Una serie de resultados siguen siendo importantes y pueden retomarse. Entre ellos está el que la autorreferencia establecida en el nivel operativo (clásicamente: el

²⁰⁵ “Um sistema autopoietico – também, por exemplo o da consciência individual – somente pode construir uma identidade própria recorrendo continuamente ao seu próprio passado, quer dizer, distinguindo entre autorreferência e heterorreferência”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Jostxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 133.

pensar) se introduce en todos los procedimientos codificados – aun el verdadero/falso; puesto que después puede confirmarse a sí misma, aun con resultado no verdaderos²⁰⁶.

Assim, classicamente, a autorreferência pode ser entendida como o pensar, que estará vinculado à consciência e acoplada ao Sistema Psíquico. Não da forma tradicional proposta com Kant por meio da razão ou através de análises psicanalistas do inconsciente, em que tudo isso mostrou-se um poço sem fundo e sem saída para explicar sujeito e Sociedade. Mas na forma de uma operação, que consegue se introduzir em todos os procedimentos codificados. Isto é, com esta citação acima, Luhmann confirma que o pensamento, desde que visto como autorreferência, pode se introduzir em qualquer sistema. Isso ocorre “justamente porque la conciencia opera de manera autorreferencial²⁰⁷”, o que não abre espaços para a intersubjetividade ou a socialização partindo da pura relação entre sujeitos²⁰⁸.

Por outro lado, mantem-se a forma de entrada deste sujeito na Sociedade (inclusão/exclusão), que implica em ter capacidade de autorreferência. Da mesma forma, enquanto Sistema Psíquico, haverá uma observação da Sociedade através

²⁰⁶ “Com o sujeito não se designa uma substância que com seu puro ser suporta todos os demais; sujeito é, melhor, a autorreferência mesma como fundamento do conhecer e do atuar. Entretanto, as experiências efetuadas com esta figura de pensamento não são tão alentadoras como para cair na tentação de transferi-lás sem mais a sociedade considerada como o verdadeiro sujeito – talvez com o título de espírito ou de intersubjetividade – para então imputar-lhe tudo o que antes se atribuía a consciência do indivíduo. Não é necessário ignorar os resultados da filosofia do sujeito, mas assim é preciso vê-los como bancos de areia onde o barco da teoria da sociedade não deveria encalhar. Uma série de resultados seguem sendo importantes e podem ser retomados. Entre eles está o que a autorreferência estabelecida no nível operativo (classicamente: o pensar) se introduz em todos os procedimentos codificados – ainda no verdadeiro/falso; posto que depois pode confirmar-se a si mesma, ainda que com resultados não verdadeiros”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 689.

²⁰⁷ “Isso ocorre justamente porque a consciência opera de maneira autoreferencial.” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *¿Cómo es posible el orden social?* México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2009. p. 76.

²⁰⁸ Dito de outro modo: “Entretanto, este sujeto comprendido antropológicamente há mostrado ser, después de análisis cada vez más extensos y profundos, un barril sin fondo, en cuya superficie se reflejan las danzas macabras de los psicoanalistas alternativos. Ya no se trata solamente del abismo de la razón (Kant), sino adicionalmente del abismo del inconsciente, en el que se disuelve todo pino de apoyo, justamente porque la conciencia opera de manera autoreferencial. Allí, tampoco puede echar anclas la intersubjetividad y la socialización sólo puede conducir a la <<enajenación>>. El sujeto es una construcción de outro sujeto.” “Entretanto, este sujeito comprendido antropológicamente tem mostrado ser, depois de análises cada vez mais extensas e profundas, um barril sem fundo, em cuja superfície se refletem as danças macabras dos psicoanalistas alternativos. Já não se trata somente do abismo da razão (Kant), senão adicionalmente do abismo do inconsciente, no que se dissolve todo pino de apoio, justamente porque a consciência opera de maneira autorreferencial. Ali tampouco pode deitar ancoras a intersubjetividade e a socialização só pode conduzir a <<alienação>>. O sujeito é uma construção de outro sujeito”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *¿Cómo es posible el orden social?* México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2009. p. 76.

da heterorreferência.

A partir do afastamento da noção de sujeito/objeto feita no capítulo anterior, pode-se falar em autorreferência e heterorreferência. Esta forma afasta qualquer traço de transcendentalidade que se possa querer encontrar nesta tese, mesmo quando afirma-se que os julgadores também precisam ser observados em suas decisões dentro da organização. E esta preocupação é legítima, na medida em que, como se viu acima, o pensar, na forma de autorreferência, consegue introduzir-se nas codificações. Além disso, no Sistema Psíquico, quando ocorre a ocasião, também se permite uma penetração da singularidade nas comunicações sociais, e apostamos que certamente também nas decisões jurídicas.

Ao incorporar esta nova forma de distinção no observar e no operar, é possível observar velhas questões de um modo mais qualificado e que produza sentido. Curiosamente, a autorreferência é a base da forma do sentido²⁰⁹.

Se habla de autorreferencia a diferencia de heterorreferencia, de distinción a diferencia de designación. Con ello se hacen posibles formulaciones más ricas, por ejemplo, con la pregunta: qué puede un sistema autorreferencial distinguir y señalar (= observar) y cómo en el observar actualiza a la vez la auto y la hetero referencia, porque sólo de esta manera puede efectuar una observación como una operación propia, aunque no se dirija a sí mismo²¹⁰.

Existem três possibilidades de autorreferência trabalhadas pela Teoria dos Sistemas até o momento²¹¹. Entre as três, a que mais nos interessa é a que envolve

²⁰⁹ CORSI, Giancarlo. Autorreferencia (Selbstreferenz). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 44.

²¹⁰ “Fala-se de autorreferência a diferença de heterorreferência, de distinção a diferença de designação. Com isso se fazem possíveis formulações mais ricas, por exemplo, com a pergunta: o que pode um sistema autorreferencial distinguir e marcar (= observar) e como no observar atualiza a auto e a hetero referência, porque só desta maneira pode efetuar uma observação como uma operação própria, embora não se dirija a si mesmo”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 692.

²¹¹ Duas das possibilidades são: “a) Si lo se refiere a sí mismo es un elemento del sistema (una comunicación, un pensamiento, una célula), si tiene autorreferencia basal (basal Selbstreferenz). El concepto elemento indica lo que para el sistema es una unidad sin posible descomposición ulterior, precisamente elemental. Por un lado, cada elemento es tal solo relativamente a un sistema y no existen elementos sin un sistema para el cual sean tales. Por el otro, cada elemento existe sólo en relación con otros elementos y lo que lo constituye es entonces precisamente la diferencia y conexión entre elemento y relación. La distinción que permite al elemento autorreferirse es entonces la que se da entre elemento y relación, con base en la cual las operaciones del sistema forman una circularidad de referencias a sí mismas mediante la relación con otras operaciones del sistema. La autorreferencia basal es la forma del sentido, en cuanto el dato regresa a sí mismo mediante la relación con el posible al que hace referencia. En el caso de los sistemas sociales, se tiene autorreferencia basal em cuanto que las comunicaciones no

o processo de reflexividade, pois estará diretamente relacionado à capacidade de um sistema aprender no tempo, e de como este aprender diferencia-se de uma percepção clássica que foca o aprender sobre algo, sobre algo objetificado para a aprendizagem.

[...] b) Cuando el *auto* de la referencia es un proceso, se da la reflexividad (Reflexivität), que puede ser observada con base en la distinción antes/después. La reflexividad consiste en el refuerzo de la selectividad del proceso mediante la aplicación del proceso a sí mismo antes que a lo que se procesa. Un ejemplo es **aprender a aprender**, que en vez de referirse directamente al objeto del aprendizaje, se refiere al proceso mismo del aprendizaje, y refuerza su capacidad y la selectividad²¹².

poseen otra referencia que otras comunicaciones, y sólo con base en esta referencia permiten la autopoiesis del sistema. Las relaciones admitidas entre los elementos son seleccionadas por las estructuras del sistema: en este sentido las distinciones entre elemento y relación no son observables en el plano de las estructuras, sino precisamente en el de la autopoiesis. Los sistemas constitutivos de sentido producen sus elementos propios como operaciones y en esta producción tienen absoluta responsabilidad: la identidad y la calidad de un elemento pueden constituirse sólo al interior del sistema por el cual el elemento es tal. No se puede pensar en la recepción de operaciones elementales del exterior, ni siquiera la determinación externa de las relaciones entre ellas, ya que esto significaría la destrucción del sistema. [...]. c) En el tercer caso el sistema se refiere a sí mismo mediante sus propias operaciones, y esto requiere que el sistema pueda distinguirse a sí mismo de lo externo, es decir, de su entorno. Se presenta entonces la reflexión (Reflexion). La distinción que guía en este caso a la autorreferencia es la que se da entre el sistema y el entorno.” “a) refere-se a si mesmo é um elemento do sistema (uma comunicação, um pensamento, uma célula), se tem autorreferência basal (basal Selbstreferenz). O conceito elemento indica o que para o sistema é uma unidade sem possível decomposição ulterior, precisamente fundamental. Por um lado, cada elemento é tão somente relativamente a um sistema e não existem elementos sem um sistema para o qual o sejam. Pelo outro, cada elemento existe só em relação com outros elementos e o que o constitui é então precisamente a diferença e conexão entre elemento e relação. A distinção que permite ao elemento autorreferir-se é então a que se dá entre elemento e relação, com base na qual as operações do sistema formam uma circularidade de referências a si mesmas mediante a relação com outras operações do sistema. A autorreferência basal é a forma do sentido, enquanto o dado regressa a si mesmo mediante a relação com o possível ao que faz referência. No caso dos sistemas sociais, tem-se autorreferência basal enquanto que as comunicações não possuem outra referêncui que outras comunicações, e só com base nesta referência permitem a autopoiese do sistema. As relações admitidas entre os elementos são seleccionadas pelas estruturas do sistema: neste sentido as distinções entre elemento e relação não são observáveis no plano das estruturas, senão precisamente no da autopoiese. Os sistemas constitutivos de sentido produzem seus elementos próprios como operações e nesta produção tem absoluta responsabilidade: a identidade e a qualidade de um elemento podem constituir-se só ao interior do sistema pelo qual o elemento é tal. Não se pode pensar na recepção de operações elementares do exterior, nem sequer a determinação do sistema. [...]. c) Em terceiro caso o sistema se refere a si mesmo mediante suas próprias operações, e isto requer que o sistema possa distinguir-se a si mesmo do exterior, quer dizer, de seu entorno. Apresenta-se então a reflexão (Reflexion). A distinção que guia neste caso a autorreferência é a que se dá entre sistema e o entorno”. (tradução nossa). CORSI, Giancarlo. Autorreferencia (Selbstreferenz). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 45-46.

²¹² “[...] b) quando o *auto* da referência é um processo, dá-se a reflexividade (Reflexivität), que pode ser observada com base na distinção antes/depois. A reflexividade consiste no reforço da seletividade do processo mediante a aplicação do processo a si mesmo antes que ao que se

A passagem acima destacada já dá indícios de como vários sistemas podem sim apreender, pois muitos sistemas são auto autorreferentes/heterorreferentes, entre eles o Sistema Psíquico (tem uma aceitação mais fácil da ideia de aprendizagem), o Direito e a Política. “Los sistemas que operan en el médium del sentido pueden (e incluso deben) distinguir la autorreferencia de la heterorreferencia. [...]. Es esta distinción la que hace posibles aquellos procesos que normalmente llamamos 'aprender'”²¹³.

Uma nova concepção originada da observação sistêmica é apresentada aqui: a aprendizagem. Mais do que um recurso que visa o objeto, que visa aprender sobre algo, aqui ela se reinventa e tem foco no processo de aprendizagem em si. Por isso, vai ao encontro do que foi proposto e argumentado desde o projeto. Qual seja, de que se trata de aprender a aprender, que leva em conta a capacidade de seletividade e de distinção da autorreferência e heterorreferência. Portanto, a preocupação não é como aprender sobre a Sociedade, sobre como canalizar as decepções e desapontamentos, mas como aprender a aprender a fazer isso.

Em nenhuma de suas formas a autorreferência se confunde ou deixa o sistema se confundir com o entorno. O sistema usa a autoreferência/heterorreferência para ter clausura autorreferencial autopoietica, o que torna os sistemas autônomos, justamente neste aspecto, autorreferencial. O entorno, entretanto, não se afasta ou se isola. Ele ainda está presente como margem de ampliação das possibilidades. A margem de ampliação das possibilidades se dá no jogo auto/hetero, pois somente um sistema auto-referencial pode observar²¹⁴ o que está em seu entorno, e se manter com operações exclusivas do sistema.

Si se interpreta el entramado recursivamente autorreferencial como condición de la *producción* de las operaciones del sistema, entonces se llega al concepto de *autopoiesis*; y en virtud de él es posible decir que la conciencia (como también otros sistemas) es un sistema

processa. Um exemplo é **aprender a aprender**, que em vez de se referir diretamente ao objeto de aprendizagem, refere-se ao processo mesmo de aprendizagem, e reforça sua capacidade e a seletividade”. (tradução nossa). CORSI, Giancarlo. Autorreferencia (Selbstreferenz). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 45 .

²¹³ “Os sistemas que operam no médium do sentido podem (e inclusive devem) distinguir a autorreferência da heterorreferência. [...]. É esta distinção que faz possível aqueles processo que normalmente chamamos ‘aprender’”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 33.

²¹⁴ CORSI, Giancarlo. Autorreferencia (Selbstreferenz). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 48.

autopiético²¹⁵.

Assim, a heterorreferência pode ser utilizada como meio para a resolução de alguns paradoxos, pois ela tem a capacidade de introdução de terceiros excluídos, de elementos externos ao sistema que possam trazer um novo ponto de observação para situações que, até o momento, “não tem saída.” Rafael Simioni afirma que até mesmo em Habermas pode ser vista esta ideia, mas proposta como transcendentalização²¹⁶.

Então a heterorreferência é um instrumental de observação de grande importância para o gerenciamento de risco e até mesmo o gerenciamento de expectativas como vem sendo proposto nesta tese. É uma circunstância presente em nossas comunicações que, em vários momentos, precisa resolver os paradoxos. A heterorreferência é essa abertura do sistema para buscar um referencial que faça a desaparadoxação deste paradoxo. Voltar-se-á a isso mais a frente.

Destarte, tem-se uma conclusão muito importante a ser tecida aqui. Se a autorreferência é ligada à operação e ao fechamento, e a heterorreferência à abertura e informação, juntas elas são a constituição da autopoiese, que é entendida como a capacidade de auto-reprodução, auto-organização e auto-observação. No entanto, enquanto forma binária, a nossa tese propõe que a autopoiese seja observada como o código autorreferência/heterorreferência, já que, em termos sistêmicos, parece desajustado ter um conceito de autopoiese.

2.4 Decepções e Desapontamentos

Alguém pode estar se perguntando: afinal, por que é importante a estabilização da Sociedade?²¹⁷ A resposta é “simples”: com a alta complexidade (isto é, a totalidade de todos os eventos que são possíveis) do mundo, e sem estabilidade, os indivíduos não conseguem perceber o que ocorre neste mundo, e nem mesmo os Sistemas conseguem comunicar suas informações. “Nuestra experiencia, entonces, se sobrecarga de pretensiones excesivas que la vuelven

²¹⁵ “Se interpreta-se o caixilho recursivamente autorreferencial como condição da *produção* das operações do sistema, então se chega ao conceito de *autopoiese*; e em virtude dele é possível dizer que a consciência (como também outros sistemas) é um sistema autopiético”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 224.

²¹⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 301.

²¹⁷ Neste sentido ver LUHMANN, Niklas *¿Cómo es posible el orden social?* México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2009.

incierto, que amenazan su capacidad de orientarse en el mundo con éxito”.²¹⁸

Sendo assim, o problema volta a ser: como manter a estabilidade? Vale a pena ressaltar a pergunta inicial desta tese: é possível estabilização de uma Sociedade complexa e contingente? Ou ainda, é possível pensar em estabilidade em uma Sociedade de pluralismos?²¹⁹ Direcionando a observação apenas para o Sistema do Direito, o qual toma grande parte das decisões que influenciam a vida desta Sociedade: como seria possível estabilizar as expectativas dos participantes do processo jurídico, já que a decisão, para ser válida, sempre precisa ser incerta? A incerteza é a condição de possibilidade para que se tenha uma decisão jurídica legítima, mas que necessita estabilizar as comunicações sociais.

Como Luhmann afirmou – e, de resto, como já foi referido nesta pesquisa -, o mundo é contingente e complexo, e a instabilidade pode levar ao caos que impeça as comunicações. “Especialmente em um mundo com crescente complexidade e contingência isso poderia conduzir a um nível insustentável de tensões e problemas de orientação, caso o sistema social da Sociedade como um todo não apresentasse duas possibilidades contrárias de reação a desapontamentos de expectativas”²²⁰. Que duas possibilidades seriam essas? A aprendizagem e a canalização de desapontamentos para gerar aceitação.

Aprender “significa buscar otras posibilidades”²²¹. Já os desapontamentos permitem que as frustrações daquela expectativa sejam expressados. Ou melhor, “Seja qual for a explicação escolhida para o desapontamento, sua função consiste em possibilitar a manutenção da expectativa apesar de acontecimentos

²¹⁸ “Nossa experiência, então se sobrecarrega de pretensões excessivas que a deixe incerta, que ameçam sua capacidade de orientar-se no mundo com êxito”. (tradução nossa). DE GIORGI. Raffaele. *Ciencia del derecho y legitimación*. México: Universidad Iberoamericana, 2007. p. 235.

²¹⁹ Esta pergunta torna-se viável na medida em que, “O pluralismo jurídico global, no entanto, não é simplesmente o resultado de um pluralismo jurídico. É, ao invés, a expressão de contradições profundas entre setores colidentes de uma sociedade global. Em seu cerne, a fragmentação do direito global não se reduz à colisão de normas jurídicas ou a conflitos entre políticas. Sua origem está, na verdade, nas contradições entre racionalidades institucionais espraiadas por toda a sociedade – as quais o direito não pode solucionar, mas que impõem a necessidade de uma nova abordagem jurídica para as colisões normativas”. FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Colisões de regimes – a busca vã por unidade jurídica na fragmentação do direito global. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/50474>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

²²⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 55.

²²¹ “Aprender significa buscar outras posibilidades.” (tradução nossa). DE GIORGI. Raffaele. *Ciencia del derecho y legitimacion*. México: Universidad Iberoamericana, 2007. p. 256.

discrepantes”²²². Permitindo que a decepção seja expressada e não fique reprimida, há mais possibilidades de se poder falar em estabilização, e, logo, em aceitação. Importa destacar que aceitação não significa uma satisfação interior, algo agradável, mas que o Sistema esteja protegido dos desapontamentos de quem não aceita sua decisão. Protegido, de modo que estes desapontamentos não gerem nenhuma ressonância no Sistema²²³.

Como se verá, embora o Direito, através da decisão, seja um grande meio de estabilização social e aprendizagem dos indivíduos, ele também apresenta um paradoxo. É muito mais difícil aprender quando se é diretamente desapontado, quando se perde; mas é também este o momento mais favorável para o aprendizado. Dito de outra forma: “Sin duda, las condiciones para el aprendizaje en el procedimiento son bastante desfavorables, puesto que resulta difícil aprender en determinadas situaciones decepcionantes”²²⁴. No Direito, na maior parte das vezes, alguém sempre se percebe como perdedor.

Quando se fala em decisão jurídica no atual contexto brasileiro, muitas são as situações decepcionantes socialmente (ou seja, não apenas individualmente para quem perde a demanda), dada a conduta de alguns julgadores. Isso tornou-se caso notório, por exemplo, no processo civil em que Eike Batista era demandado, e foi determinada a apreensão de seus bens. Não bastasse o próprio ato de apreensão ter sido questionável, dada a cronologia do processo²²⁵, algum tempo após a apreensão dos bens, foi provado que o juiz que a determinou estava usufruindo irregularmente dos bens apreendidos, em favor próprio. Outro exemplo em que as situações decepcionantes socialmente são percebidas, é no tocante ao atual parcelamento que os salários dos servidores estaduais do Estado do Rio Grande do Sul vem sofrendo. A decepção social, neste tocante, manifesta-se na decisão judicial

²²² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 71.

²²³ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 100.

²²⁴ “Sem dúvida, as condições para a aprendizagem no procedimento são bastante desfavoráveis, uma vez que é difícil aprender em determinadas situações decepcionantes”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La moral de la sociedad*. Traducción de Iván Ortega Rodríguez. Madrid: Editorial Trotta, 2008. p. 55.

²²⁵ Uma vez que a norma processual prevê nestes casos apenas a restrição dos bens com registro nos prontuários dos mesmos, visto que ainda não havia nenhuma condenação contra o réu, e estava-se apenas em um processo de conhecimento. Aliado a isso, a apreensão em si foi questionada, na medida em que, em caso de apreensão, o depósito dos bens normalmente é deixado com o proprietário, que assume como fiel depositário, a não ser que se recuse, o que não foi o ocorrido na situação fática narrada, ao menos, pelo que as notícias nacionais relataram.

proferida pelo STF que determinou que os salários fossem pagos integralmente, pois irregular seu parcelamento, mas mesmo assim, o governador do Estado disse que não tinha cumprir a decisão e, efetivamente, não cumpriu. Em nenhum dos casos a intenção é fazer juízos de valores sobre as condutas e analisar culpabilidade ou não, mas mostrar com exemplos simples e notórios, que a decisão judicial pode causar decepções e desapontamentos.

Destas situações (e de tantas outras que não são observadas pela mídia, e por isso não são de conhecimento geral), surgem insatisfações que são comunicadas na Sociedade e, quando começam a virar a base das comunicações sobre determinado assunto, geram um desconforto nas comunicações. Se isto dominar as comunicações, começam a se criar conflitos (que podem originar inclusive disputas de poder) e irritações.

Isso também leva ao risco e ao perigo (anteriormente já trabalhou-se a sua diferenciação). Por que o risco e o perigo são chamados nesta discussão? Porque eles, em especial o risco, estão diretamente relacionados à decisão, a qual é uma fonte de decepções e desapontamentos, mormente quando não ocorre um gerenciamento do risco.

Estes desapontamentos e frustrações iniciam-se com a circunstância de que, juridicamente, dentro de seu respectivo papel jurídico (partes, advogados, julgadores, promotores de justiça, entre outros), que é a forma de os seres humanos entrarem nas comunicações sociais jurídicas, alguns decidem e outros recebem a decisão. Nada mais. Eles tomam algumas decisões que levam à decisão final, mas não decidem sobre ela. Assim como o julgador final que, não pode decidir sobre as decisões prévias que vão delimitar a sua decisão final.

Outra fonte destes desapontamentos é que até mesmo na decisão jurídica, tem-se incluídos e excluídos. O problema reside no fato de que inclusive os excluídos do processo de decisão (portanto, excluídos do procedimento) são afetados por algumas decisões. Decisões de concessão de tratamentos experimentais de alto custo, por exemplo, afetam a distribuição de renda para áreas da saúde pública. E isso tem resultados graves, como visualizou-se na cidade de Farroupilha/RS, em que o único hospital local acabou com atividades suspensas à população atendida pelo SUS, por algum tempo²²⁶.

²²⁶ WEBBER, Suelen da Silva; ROCHA, Leonel Severo. Acesso à justiça e saúde pública: os números e os contextos da judicialização da Saúde no Brasil. In: COUTO Mônica Bonetti; ESPINDOLA,

O tempo é outra fonte de decepções e desapontamentos. O instrumental, ou melhor, a técnica para a resolução dos conflitos, em certos momentos, encontra-se atrasada e demonstra-se insuficiente. Uma lei aprovada hoje, sobre marcos da nanotecnologia, por exemplo, já deixou margem para vários desapontamentos anteriores, pois a situação fática já se apresentava há muito tempo²²⁷.

Como siempre, este acoplamiento estructural sirve también para canalizar las irritaciones. La técnica misma define y varía los límites de la transformación de energía en trabajo. Los riesgos que aquí habrían de tomarse en cuenta van en aumento, y el futuro depende de técnicas aún no disponibles en este momento.

Las consecuencias sociales de este cambio hacia el riesgo – desencadenado por la técnica e intensificado por decisiones organizadas – difícilmente pueden sobrevalorarse. [...]. Pero cuando, por el contrario, se trata de riesgos que la sociedad debe a decisiones consideradas racionales porque son necesarias para aprovechar las oportunidades o para evitar algo peor, entonces se arriba a consecuencias diametralmente opuestas. Se llega a conflictos entre quienes deciden y los afectados – conflictos entre cálculos del riesgo (efectuados en la mayoría de los casos en las organizaciones) y personas excluidas de las decisiones pero incluidas en las consecuencias. Porque lo que para 'quien decide' es un riesgo, para los afectados es un peligro venido de fuera – peligro que, sin embargo, tiene su origen en la misma sociedad, precisamente en la decisión a la cual se atribuye²²⁸.

Outro elemento que pode ser trazido a esta gama de causas de decepções é

Angela Araújo da Silveira; SILVA, Maria dos Remédios Fontes (Org.). *Acesso à justiça I: (re) pensando o direito: desafios para a construção de novos paradigmas*. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI/UFSC, 2014. v. 1, p. 216-242. e WEBBER, Suelen da Silva; ROCHA, Leonel Severo. *Acesso à justiça e saúde pública: a banalização de uma conquista*. In: Congresso Mundial de Sociologia do Direito. Unilasalle. No prelo.

²²⁷ Neste sentido ver a situação do consumo de produtos com nanotecnologia e a falta de observação disso pela Anvisa, que vem a emitir normativas somente após anos de consumo de medicamentos, cosméticos e alimentos manipulados desta forma. ENGELMANN, Wilson; WEBBER, Suelen da Silva. Qualquer semelhança não é mera coincidência: os riscos e os pontos cegos na observação da nanotecnologia e da indústria farmacêutica. *Revista de Direito do Consumidor – RDC*, São Paulo, ano 23, n. 95, p. 311-348, set./out. 2014.

²²⁸ “Como sempre, este acoplamento estrutural serve também para canalizar as irritações. A técnica mesma define e varia os limites da transformação de energia em trabalho. Os riscos que teriam que ser considerados aumentam, e o futuro depende de técnicas ainda não disponíveis neste momento. As consequências sociais desta mudança faziam o risco – desencadeado pela técnica e intensificado por decisões organizadas – difícilmente podem sobreavaliarem-se. [...]. Mas quando, pelo contrário, tratam-se de riscos que a sociedade deve a decisões consideradas racionais porque são necessárias para aproveitar as oportunidades ou para evitar algo pior, então se chega a consequências diametralmente opostas. Chega-se a conflitos entre quem decide e os afetados – conflitos entre cálculos de risco (efetuados na maioria dos casos nas organizações) e pessoas excluídas das decisões mas incluídas nas consequências. Porque o que ‘para quem decide’ é um risco, para os afetados é um perigo vindo de fora – perigo que, entretanto, tem sua origem na mesma sociedade, precisamente na decisão a qual se atribui”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 421.

a indeterminação, que está presente em diversos aspectos sociais, entre eles a decisão jurídica, mas também a democracia. A democracia, é um entrelaçado histórico de desencantamento, indeterminação²²⁹ e desapontamentos.

A própria evolução da Sociedade e o aumento de possibilidades criam todo este movimento, que dificulta cada vez mais a reestabilização social. Com a complexidade, os indivíduos passam a ficar mais exigentes, e com isso também se tornam mais intransigentes. Atualmente, basta sair nas ruas, estar no trânsito, em um supermercado, ou em situações cotidianas do nosso dia-a-dia para perceber que as pessoas estão cada vez mais intolerantes e intransigentes²³⁰.

Segundo Luhmann, estes problemas de insatisfação surgem no entorno da Sociedade, e com o passar dos anos eles conseguem interferir no equilíbrio social, afetando o processo de reestabilização²³¹. Esta intransigência cada vez maior dos indivíduos faz com que eles sofram cada vez mais decepções e desapontamentos.

O primeiro caminho para corrigir isso é a auto-realização dos indivíduos. “Assim como se intenta sugerir a los individuos que no sólo son reales sino que además necesitan autorrealizarse [...]”²³². Se os seres humanos existem na Sociedade, mesmo na Sociedade Sistêmica, é essencial que eles se realizem, para que seja viável a reestabilização social.

Mas esta não é uma tarefa fácil. Na verdade, as sensações negativas têm mais facilidade de aparecerem e se fixarem do que as sensações positivas. Não há um controle sobre estas auto-realizações pessoais. “O cortejo de decepções e a sensação de traição que desde sempre a acompanham têm sido tão intensos justamente pelo fato de que sua definição permanece incompleta. Tal vacilação constitui o impulso de uma busca e de uma insatisfação que se esforçam

²²⁹ ROSANVALLON, Pierre. *Por uma história do político*. Tradução de Christian Edward Cyril Lynch. São Paulo: Alameda, 2010. p. 74-75.

²³⁰ Claro, isto também é um problema de educação.

²³¹ “En la segunda mitad del siglo XX, la sociedad total ya sólo puede caracterizarse a través de los problemas específicos que, en este nivel sistémico, surgen en el entorno externo de la sociedad: las condiciones ecológicas de la reestabilización en curso, y los individuos cada vez más intransigentes y enajenados. Ahora ya no se espera de la evolución una adaptación cada vez mejor.” “Na segunda metade do século XX, toda a sociedade já só pode caracterizar-se através dos problemas específicos que, neste nível sistêmico, surgem no entorno externo da sociedade: as condições ecológicas da reestabilização no curso, e os indivíduos cada vez mais intransigentes e alienados. Agora já não se espera da evolução uma adaptação cada vez melhor”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 449.

²³² “Assim como se tenta sugerir aos indivíduos que não só são reais senão que ademais necessitam autorealizar-se”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 857.

simultaneamente por se explicitar²³³.” Assim, a resposta para a nossa pergunta não pode estar na realização pessoal, mas ela tem que ser algo social.

Embora as decepções e desapontamentos surjam no entorno na concepção de Luhmann, observa-se que, na atualidade, eles surgem também, e com igual intensidade, do relacionamento comunicacional entre sistema e entorno. Algumas expectativas cognitivas só se transformam em desapontamentos, em frustração, quando se chocam com as expectativas normativas, decisões e comunicações sociais. Deste modo, a nossa solução não poderá se dar pela satisfação e auto-realização pessoal, ainda mais em uma Sociedade que até mesmo o fato dos cachorros latirem é motivo para se procurar o Poder Judiciário²³⁴. Não, a resposta pela estabilização social e aprendizado não se dá com auto-realização, mas com um elemento encontrado no próprio sistema social. Os capítulos seguintes guiarão a busca desta resposta.

²³³ ROSANVALLON, Pierre. *Por uma história do político*. Tradução de Christian Edward Cyril Lynch. São Paulo: Alameda, 2010. p. 74.

²³⁴ O fato de “os cachorros latirem” não é apenas força de expressão. Nos acompanhamentos realizado junto ao Juizado Especial da Comarca de Farroupilha/RS, observou-se que por vezes chegam ocorrências de perturbação do sossego com esta natureza. Além disso, fatos como “passou na frente da minha casa”, “fica olhando para a minha casa de sua janela”, “falou de mim para um vizinho”, “usou a rua que passa em frente a minha casa quando podia ter usado outra” ou ainda “acelerou o carro para me acordar”, são temas recorrentes nesta esfera judicial. Para comprovação destes argumentos, citam-se exemplificativamente os seguintes processos que tiveram sua audiência preliminar ou conciliatória no JECRIM entre os anos de 2010 e 2013, sendo que todos os envolvidos como autores do fato e vítimas possuem mais de um processo envolvendo esta formação de polo processual, com reciprocidade na maior parte das vezes. 048/213.xxx.3xxx-9 (com audiência em 24/10/2013 às 16h); 048/213.xxx.3xxx-0 sendo vizinhos e irmãos (com audiência em 05/12/2013 às 14h e 20min); 048/213.xxx.4xxx-5 (com audiência em 19/12/2013 às 17h); 048/211.xxx.2xxx-2 (com audiência em 05/12/2011 às 15h); 048/210.xxx.1xxx-6 e 210.xxx.1xxx-0 (com audiência em 14/07/2010 às 16h). Os processos a seguir pertencem todos a mesma suposta vítima 048/211.xxxx.7xx-0 (com audiência em 11/04/2011 às 15h); 048/210.xxx.2xxx-5 e 048/210.xxx.2xxx-3 e 048/210.xxx.2xxx-0 (os três com audiência em 13/12/2010 às 16h e 30 min). Com isto, é possível observar como os cidadãos, inúmeras vezes recorrem desnecessariamente ao Poder Judiciário, sequer tentando assumir a responsabilidade pelas situações em que estão envolvidos (espontaneamente ou não). Isto resultado de diversos fatores, como a baixa escolaridade, a ociosidade, critérios de cultura social em que o culpado é sempre o outro, assim como a responsabilidade de solucionar os problemas é do outro. Ademais, existem ainda os critérios sociais ligados à própria estrutura paternalista do Estado, a qual acaba atingindo a dinâmica comunicacional e o posicionamento dos cidadãos nas comunicações dos sistemas em que participam.

3 SOCIEDADE, DEMOCRACIA E TEORIA DOS SISTEMAS

Ao longo dos anos a Sociedade foi evoluindo. Mas mais do que isso, chegou um momento em que começaram a ocorrer processos de diferenciação funcional. Com esta diferenciação, muitos cenários foram modificados. Direito e Política estão entre os elementos que foram mudando de acordo com a evolução da Sociedade. A Política, em suas diversas formas e concepções, sempre esteve presente. Seja na forma de protestos e manifestações populares e partidárias, como as que o Brasil experimentou mais recentemente, seja na forma de discursos de politização como os que ocorriam na Grécia, o fato é que a Política é uma parte importante da Sociedade.

É importante que na Sociedade Complexa a Política não seja confundida com partidos políticos ou com eleições, o que sempre remete a considerações valorativas de bom ou ruim. Isso leva a declarações como as clássicas “eu não me interesso por política”, “política é só corrupção e roubalheira”, “as coisas estão assim em razão das atitudes do partido X”. Na verdade, esta é apenas uma pequena parte da Política em seu âmago. Por esse motivo, torna-se importante esclarecer algumas questões sobre a Política neste modelo de Sociedade.

O Direito, por sua vez, mostrou-se constantemente como uma forma de solucionar conflitos, de disciplinar condutas e na maior parte do tempo, como o meio de punir quem comunicava e agia fora dos padrões da Sociedade. Mais uma vez, nesta forma de observação, o Direito vai ganhar outros contornos, e terá outras atribuições comunicativas.

Em uma Sociedade em que o cerne é a comunicação e com ela o excesso de possibilidades, a Democracia deve ser solidificada. A Democracia não deixa de ser uma forma de variar as possibilidades, de abrir um novo leque comunicacional, que só é permitido neste modelo de Estado, de Direito e de Política.

Portanto, é a partir destes três pontos, direta ou indiretamente, que será desenvolvido este capítulo que se apresenta.

3.1 Sistema da Política

O Direito e a Política no Brasil, desde a modernidade, tornaram-se institutos separados, mas sempre tiveram uma forte ligação. Na contemporaneidade, são tão

ligados que muitas vezes as observações superficiais não conseguem perceber que criam expectativas jurídicas, sobre assuntos que são de operação do Sistema da Política. Ao trabalhar a questão da saúde pública e da concessão de medicamentos, em especial experimentais, via Poder Judiciário, tentou-se mostrar que a relação entre os dois sistemas é íntima, mas também indicou-se que eles são sistemas separados que não se confundem²³⁵. Observemos de forma mais detida.

A Política também é um sistema social, assim como o Direito. E como um sistema social, opera como todos os demais. Ou seja, com um código próprio, com linguagem, programações e operações próprias. Além disso, é necessário acrescentar que a Política é um sistema social autopoietico.

Começemos pelo código. O código do Sistema Político é Governo/Oposição. Este código é que determina todas as aberturas e operações deste sistema. Isso quer dizer que, para a Política, o que lhe atrai são comunicações que possam ser trabalhadas mediante este código. Portanto, questões como Saúde/Enfermidade, Direito/Não-Direito, não estão no seu radar de observação, não ao menos nesta ótica. A saúde é observada pelas lentes e filtros do Sistema Político, assim como o Direito. Este código Governo/Oposição não significa que tudo se observe de modo a ganhar o jogo e alcançar o poder, mas que as comunicações convergem para uma forma de que este jogo se mantenha, independentemente de quem assumirá este governo. O esquema Governo/Oposição tem que ser alimentado por estas observações.

É possível que surjam questionamentos no seguinte sentido: Sistema da Política e Estado são a mesma coisa? Na verdade, eles são figuras distintas, mas que têm uma co-relação. Enquanto a Política é um sistema, o Estado é uma base territorial administrada por um grupo ligado a uma organização política. Sua correlação está formada na figura do código. O código Governo/Oposição pressupõe a existência do Estado para a sua manutenção. Ocorre que, mesmo que alguns pesquisadores já indiquem a fragilidade do Estado e apontem que ele vai deixar de existir, o fato é que ainda hoje ele existe e, ao contrário do que muitos afirmam, ele ainda é uma instituição relevante.

²³⁵ E isso pode ser esclarecido melhor através de alguns exemplos políticos, como as manifestações ocorridas em 15/03/2015, em que uma parte da população pedia o *impeachment* da presidente Dilma Roussef, fato este que remete a uma questão política. No entanto, isso só poderia ser oficializado legalmente através do Direito, motivo pelo qual o Procurador Geral da República manifestou-se de imediato dizendo que não havia causa jurídica para isso, naquele momento.

Além disso, o Estado não é importante apenas em razão da concepção de base territorial, mas porque a manutenção do Sistema Político como é conhecido hoje, isto é, com seu código Governo/Oposição, depende deste Estado. O Sistema Político, na forma como observado e descrito por Luhmann, só existe se existir o Estado.

Por otra parte, la diferenciación funcional depende, para muchas de sus funciones, de la diferenciación segmentaria dentro de los subsistemas funcionales. El ejemplo más espectacular es, por supuesto, el sistema político. Incluso el sistema global de la sociedad mundial tiene todavía que cambiar el hecho de que la política precisa de una base territorial para la toma de decisiones, especialmente si pretende maximizar el consenso y la norma democrática. Así, el sistema político de la sociedad mundial está dividido en Estados nacionales, y ello no sólo en el sentido de un <<residuo>> histórico más o menos obsoleto, sino también, aparentemente, como un prerrequisito para la especificación funcional²³⁶.

A Sociedade global, tão aclamada com o discurso da globalização, com o fim das fronteiras em questões ambientais e cibernéticas ou digitais, não foge à necessária e tradicional necessidade de divisão em Estados, no nosso caso, democráticos de Direito²³⁷. Essa divisão é fundamental, pois é ela quem mantém as especificações funcionais do Sistema da Política. Como nos indica a citação, certamente o Estado mostra-se uma figura obsoleta diante da complexidade social atual. No entanto, ainda não se pensou em outra forma capaz de dar conta da estrutura – inclusive sistêmica – que ele sustenta até o momento. A ideia de sociedade global tem falhado nisso.

Se no futuro esta necessidade cessar, o que ocorrerá não é apenas uma desvinculação do Estado. Neste caso, será preciso também uma mudança no

²³⁶ “Por outro lado, a diferenciação funcional depende, para muitas de suas funções, da diferenciação segmentária dentro dos subsistemas funcionais. O exemplo mais espetacular é, evidentemente, o sistema político. Inclusive o sistema global da sociedade mundial tem ainda que mudar o fato de que a política precisa de uma base territorial para a tomada de decisões, especialmente se pretende maximizar o consenso e a norma democrática. Assim, o sistema político da sociedade mundial está dividido em Estados nacionais, e isso não só no sentido de um <<resíduo>> histórico mais ou menos obsoleto, senão também, aparentemente, como um pré-requisito para a especificação funcional”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 86.

²³⁷ No entanto, é importante registrar que hoje, em especial a partir do pensamento desenvolvido por Teubner, é possível pensar no Sistema Político a partir da noção Centro/Periferia, e com isso eliminar a base territorial. Ao fazer isso, todavia, tem-se uma perspectiva diferente da cunhada por Luhmann, e ela impõe outras observações, marcos e novas formas de comunicação para a Sociedade Global, que não se alinham por completo com o pensamento desenvolvido por Luhmann e aqui adotado.

código binário e, com isso, o que se tem é o surgimento de um novo sistema que pode ou não substituir as funções e comunicações do sistema que operava sob a forma Governo/Oposição. Assim, ao se pensar em uma sociedade global, seria preciso pensar em uma nova estrutura de Política que pudesse ser sustentada neste contexto²³⁸.

Esta funcionalidade e esta forma vinculada a uma base territorial não garantem apenas a funcionalidade deste sistema como o conhecemos, mas é o que garante a democracia na forma como conhecemos. Democracia esta que tem um papel importante em nossa discussão, na medida em que a resposta dada ao nosso problema quanto à estabilização social e o aprendizado é condicionada à democracia. Se o nosso espaço de fala não partisse de um Estado Democrático, não haveria margem para este tipo de questionamento. A estabilização se daria com o cumprimento das ordens emanadas pelos governantes, as expectativas geradas seriam limitadas à forma de governo, ou seriam voltadas para uma alteração na forma de governar. Os descontentamentos seriam contidos pela força ou pelo poder. Como se está na democracia, os espaços de questionamentos, de estabilidades e instabilidades sociais são ampliadas, paradoxalmente, pela própria existência da democracia, que deixa a margem entre tudo isso muito tênue.

Não basta simplesmente a existência da Política para garantir a existência da democracia, mesmo que se fale apenas em democracia vinculada ao voto. A existência deste sistema é um pressuposto prévio. É preciso a criação de programas políticos que visem à manutenção da democracia. Como estes programas são criados pelos partidos políticos, de certa forma a sua criação já incrementa a existência deste sistema, independente do conteúdo desta programação, pois já adota a forma Governo/Oposição; alguns partidos são guiados pelo lado Governo e outros pelo lado Oposição.

Além disso, frente à dinâmica de evolução da Sociedade e às novas possibilidades experimentadas, este sistema precisa sempre se manter atualizado, para dar conta dos novos anseios sociais e para ter condições de disciplinar novas questões. Esta atualização não é feita sem a participação do Estado. O Estado é o

²³⁸ Talvez por isso, a Comunidade Européia enfrente problemas na atualidade. Ela se mostra um modelo que vai além de um Estado territorial, embora tenha um limite territorial, e que segue com a mesma estrutura de sistema político. Assim, em longo prazo, ela não consegue se sustentar, porque são muitos os descompassos apresentados. Obviamente ela enfrenta outros problemas, mas este é um fator que certamente afeta a sua dinâmica e sustentabilidade.

responsável por esta atualização. A função do Estado que está vinculada à democracia e é mais presente e fácil de observar é a organização e realização das eleições²³⁹.

Los programas políticos se establecen por los partidos políticos (por organizaciones, pues) con el imperativo sistémico de distinguirse – lo cual de acuerdo con la lógica objetual de los problemas no siempre resulta fácil; y la decisión de actualizar la política es cosa de otra organización: el Estado, que entre otras cosas organiza también las elecciones políticas. Sin esta diferenciación en el plano organizativo y sin el constante observar observaciones que con ello se hace posible no habría democracia²⁴⁰.

Nesta dinâmica, um dos elementos de maior fonte para as confusões que ocorrem na observação entre sistema do Direito e Sistema da Política, e que em países como o Brasil é a base oficial da democracia, é a Constituição Federal. É ela que garante oficialmente que se terá democracia, e também é ela que contém uma série de expectativas normativas, que hoje geram instabilidade social, frustrações e desapontamentos. Isso porque a Constituição Federal é recheada de anseios, de esperanças e expectativas cognitivas que foram comunicadas ao Sistema Político no momento de sua criação.

Mas nem mesmo isso garante que se evitem arbitrariedades. A existência da Política, democracia e constituição, na qual contém a positivação das expectativas da população, não consegue evitar abusos, venham de onde vierem. Quer dizer, tanto da Política como do Direito, não são suficientes. Inclusive se os direitos fundamentais, que são os mais clamados e observados pela população, previstos pela Política e observados pelo Direito, estivessem sendo cumpridos na sua

²³⁹ Até mesmo na realização das eleições existe um acoplamento com o Direito. Um exemplo que pode retratar isso é que as eleições são coordenadas pela Justiça Eleitoral, supervisionada por funcionários da justiça, por juízes de direito “comuns” que recebem esta atribuição especial por determinado período temporal (não há concursos para juiz eleitoral, mas sim o concurso estadual, e durante a carreira e de acordo com as disposições da Comarca em que o juiz estiver, a corregedoria atribui-lhe esta função e o juiz estadual passa a exercer uma função federal em relação ao pleito), bem como os promotores de justiça. No entanto, as eleições são genuinamente políticas, e representam para os cidadãos (outra concepção que é jurídica para a entrada no ser humano neste sistema) o exercício de um direito político.

²⁴⁰ “Os programas políticos se estabelecem pelos partidos políticos (por organizações, pois) com o imperativo sistémico de distinguir-se – o qual de acordo com a lógica objetual dos problemas nem sempre resulta fácil; e a decisão de atualizar a política é coisa de outra organização: o Estado, que entre outras coisas organiza também as eleições políticas. Sem esta diferenciação no plano organizativo e sem o constante observar observações que com ele se fazem possíveis não haveria democracia”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 670.

totalidade²⁴¹.

Estes excessos, que sequer podem ser evitados com a existência destes três itens, aliados à efetividade Política, têm origem no período Medieval, mais especificamente na figura do Estado. É este o motivo pelo qual nem a Política, em uma nação democrática, consegue evitar caprichos, porque estas arbitrariedades surgem com o poder. A figura do Estado – assim como e juntamente com a igreja – é a primeira instituição desde a época Medieval a ser um grande centro de poder.

O mais grave é que “no puede evitarse que haya un momento de arbitrariedad – es decir, sin derecho²⁴².” Ou seja, quando ocorre qualquer utilização indevida do poder, significa que o Direito se ausenta daquela relação e até mesmo, em casos mais extremos, daquela Sociedade. Em um Estado Democrático de Direito, isso afeta todas as bases da comunicação social²⁴³.

Outra situação grave é que, na Era Medieval, de onde herdamos estes

²⁴¹ E como já defendemos em nosso trabalho anterior, eles não vêm sendo efetivados em sua totalidade.

²⁴² “En el sistema político, la reflexión moderna empieza con el paso del concepto medieval al moderno de soberanía, que ya no busca aprehender tan sólo la independencia en la relación con el imperio y la Iglesia, sino la unidad del poder del Estado en el ámbito de un territorio. Parece se que en la praxis del poder supremo del Estado – que no puede ser forzado por ningún otro poder – no puede evitarse que haya un momento de arbitrariedad – es decir, sin derecho. En un principio esta concesión está dirigida contra la nobleza, que en cuestiones de derecho, de honor y de moral está acostumbrada a seguir su propio parecer.” “No sistema político, a reflexão moderna começa com o passo do conceito medieval ao moderno de soberania, que já não busca aprender tão somente a independência em relação ao império e a igreja, senão a unidade do poder do Estado no âmbito de um território. Parece que na praxis do poder supremo do Estado – que não pode ser forçado por nenhum outro poder – não se pode evitar que haja um momento de arbitrariedade – quer dizer, sem direito. Em princípio esta concessão está dirigida contra a nobreza, que em questões de direito, de honra e de moral está acostumada a seguir seu próprio parecer”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 765.

²⁴³ Guardadas as devidas proporções, o caso do CTG de Pelotas/RS oferece um bom exemplo de arbitrariedade. Ali ocorreu uma arbitrariedade travestida de dignidade, de direitos humanos e outras tantas máscaras, pois um juiz impôs a uma instituição privada, como é o Centro de Tradições Gauchas, uma entidade particular, que não pertencia àquela comunicação (casamento coletivo municipal), e que, portanto não participou do procedimento – embora em alguns momentos a mídia divulgou que o patrão (nome do responsável pela gestão da entidade durante determinado período, equivalendo-se à figura de um diretor ou presidente) havia oferecido a entidade. Esta notícia depois foi complementada com a informação de que esta pessoa estava afastada do cargo da entidade e da organização à qual ela é vinculada – realizar um ato que ia contra as suas concepções morais e finalidades. O caso repercutiu muito, e causou muitos abalos e estragos, como o ato de terem incendiado o local antes da referida cerimônia. Além disso, a juíza, em particular, recebeu muita atenção da mídia, tanto que, pouco tempo depois, participou da “Parada Gay” de Porto Alegre como uma celebridade. Outro caso de arbitrariedade é visto neste momento no fato de alguns bens que foram apreendidos do empresário Eike Bastista estarem à disposição do juiz de direito que determinou a sua apreensão, em total desrespeito a qualquer preceito legal. Portanto, nestas relações, o Direito esteve ausente. Paradoxalmente, do ponto de vista meramente formal, são decisões legítimas pois proferidas por profissionais competentes organizacionalmente para isso. No entanto, sem a argumentação e fundamentação que nesta tese consideramos necessária.

postulados, não se procurava aprender. O uso do poder de forma arbitrária era comum e não se procurava evitá-lo. Na arbitrariedade reiterada, não há aprendizado. Desta forma, a saída da Era Medieval se deu com a quebra do poder, sucessivas vezes. Importa dizer mais uma vez que, em uma Sociedade de muitas possibilidades, a aprendizagem é elemento fundamental e indispensável. Voltar-se-á a isso.

Mais do que ser responsável pela instabilidade social, e ao mesmo tempo pela estabilidade social – já que sem uma Constituição²⁴⁴ não se teria democracia e nem a garantia mínima de expectativas, o que levaria à instabilidade em níveis caóticos –, a Constituição Federal representa um acoplamento entre o Direito e a Política. Talvez o acoplamento estrutural mais bem sucedido (em termos unicamente de acoplamento, e não de efetividade) entre todos os sistemas. A Constituição é criada na Política, e é a base tanto da Política como do Direito. Ambos os sistemas são vinculados a ela, mesmo que atualmente ela não alcance efetividade plena de suas previsões.

2) El acoplamiento entre derecho y política se regula por la Constitución. Por un lado, la Constitución (**¡si es que funciona!**) vincula al sistema político con el derecho, con la consecuencia de que acciones contrarias a la ley comportan el fracaso político; y – por otro – la Constitución hace posible que el sistema jurídico se llene de innovaciones mediante una legislación políticamente inducida – lo cual a su vez se atribuye como éxito o fracaso a la política. [...]. El derecho abre el espacio para que se modele aquello que después políticamente hace posible la formación de la voluntad democrática; aunque las operaciones (entrelazadas recursivamente en cada uno de los sistemas) se mantienen separadas. La importancia política de una ley (credibilidad, problematicidad) es algo enteramente distinto a su validez jurídica²⁴⁵. (grifo nosso).

Assim, a Constituição passa a ser tanto uma das grandes responsáveis pelo sucesso como fracasso político da Sociedade. Aliada ao Direito, a Política não

²⁴⁴ Fala-se em Constituição, mas refere-se a qualquer documento com a mesma força legal e Política.

²⁴⁵ “2) O acoplamento entre direito e política regula-se pela Constituição. Por um lado, a Constituição (**se é que funciona!**) vincula o sistema político com o direito, com as consequências de que ações contrárias a lei comportam o fracasso político; e – por outro – a Constituição faz possível que o sistema jurídico encha-se de inovações mediante uma legislação politicamente induzida – a qual por sua vez atribui êxito ou fracasso a política. [...]. O direito abre o espaço para que se modele aquilo que depois politicamente faz possível a formação da vontade democrática; embora as operações (entrelaçadas recursivamente em cada um dos sistemas) mantenham-se separadas. A importância política de uma lei (credibilidade, problematicidade) é algo inteiramente distinto de sua validade jurídica”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 620.

consegue fazer com que as disposições da Constituição dirigidas aos cidadãos sejam cumpridas, então ela fracassa. Também, se ela não cumpre as obrigações constantes na Constituição e que são dirigidas à administração pública, além de fracassar, cria instabilidade social.

Em termos sistêmicos, a arbitrariedade é um processo de desacoplamento e diferenciação²⁴⁶. Desacoplamento entre o Direito e a Política. Luhmann chega a dizer que do ponto de vista empírico não existe a arbitrariedade, e por isso é difícil resolvê-la. O que se tem é que é uma política mais ou menos exitosa ou mais ou menos apta ao consenso, mas não arbitrariedade Política, e nem mesmo do Direito²⁴⁷. No entanto, enquanto comunicações e relações sistêmicas, ela efetivamente se faz presente, e representa a utilização de um poder não legítimo por algum dos subsistemas.

Como referido, a Política é um sistema fundamental para o funcionamento da Sociedade, tanto quanto para o funcionamento do Direito. Esta relação é tão próxima, que muitas vezes é confundida pelo senso comum, ou por observações mais superficiais. Ocorre que as competências da Política, para criar “o direito”, isto é, programas (leis, decretos, normas, diretrizes, etc), e também para modificar o direito, limita-se a uma criação e modificação reconhecida pelo próprio Direito (que é autopoietico).

²⁴⁶ Para quem busca uma diferença entre arbitrariedade e discricionariedade, que não é o nosso caso, recomenda-se a obra de Clarissa Tassinari. Embora contenha outra base teórica, traça um bom paralelo sobre esta diferença. TASSINARI, CLARISSA. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

²⁴⁷ “Aunque es claramente reconocible que la semántica de la arbitrariedad describe un proceso de desacoplamiento y diferenciación, sigue en principio siendo oscurra la solución del problema agudizado de esta manera. Porque, desde un punto de vista empírico, no existe ninguna arbitrariedad, sino únicamente una política más o menos existosa o más o menos apta para el consenso. Una reacción obvia se encuentra en la transposición de la terminología de civitas a respublica y, en relación con ello, de cives a súbditos. Con esto se designa una complementariedad de roles específicamente política, referida al Estado, la cual prescinde de recordar al príncipe como civis o como noble de sus respectivas obligaciones, y que – por otro lado – reconoce más y más que ser súbdito no es idéntico con el ser humano, sino que se topa con barreras que ya no son estamentales – sino que se expresan en el reconocimiento de los derechos humanos y civiles.” “Embora seja claramente reconhecível que a semântica da arbitrariedade descreve um processo de desacoplamento e diferenciação, segue em princípio sendo obscura a solução do problema aguçado desta maneira. Porque, desde o ponto de vista empírico, não existe nenhuma arbitrariedade, senão unicamente uma política mais ou menos exitosa ou mais ou menos apta para o consenso. Uma reação óbvia se encontra na transposição da terminologia de civitas e respublica e, em relação com isso, de civil a súditos. Com isso designa-se uma complementariedade de papéis especificamente política, referida ao Estado, ao qual prescinde de recordar ao príncipe como civil ou como nobre de suas respectivas obrigações, e que – por outro lado – reconhece mais e mais que ser súdito não é igual com o ser humano, senão que se topa com barreiras que já não são estamentais – senão que se expressam no reconhecimento dos direitos humanos e civis”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 766.

El problema del derecho convertido en sistema autónomo es su positividad, *i.e.*, su autofundamentación. La relación entre enmienda y no enmienda del derecho debe tratarse dentro del derecho. Si se concede a la política la competencia para modificar al derecho, esto sucede en la forma de un organismo competente reconocido por el derecho y reservándose el derecho de control en el sistema del derecho²⁴⁸.

Portanto, até mesmo as competências de decisão do Direito podem ser modificadas pela Política, desde que o Direito, previamente, em uma inter-relação com a Política, permita isso. De qualquer modo, sempre será o Direito que manterá o controle do Sistema do Direito, e a sua forma de decisão, por mais que possa ser alterada, não poderá ferir a funcionalidade do sistema. Em outras palavras, significa que a Política pode fazer uma nova lei determinando que o andamento de um processo seja diferente, que a sentença contenha novas informações, mas nunca poderá impor o seu modo de decidir ao Direito.

Nenhum sistema consegue impor a sua racionalidade de decisão a outro. A Economia, por exemplo, até pode “comprar” um cientista, pagando valores monetários para que ele diga que é verdade que determinada substância funciona. Este cientista pode aceitar o dinheiro e fraudar a pesquisa, dizendo que é verdadeira a sua afirmação sobre a eficácia de certa substância, mas, cientificamente, ela não será. Tanto que, se ela fosse verdadeira, não haveria a fraude. E isso ocorre também quando os sistemas têm uma relação muito forte, como o Direito e a Política. A racionalidade da Política não pode ser imposta ao Direito. Um exemplo marcante para os gaúchos e para a história nacional da Política, e que exemplifica bem essa posição é o caso do governador do Estado do Rio Grande do Sul José Ivo Sartori, que tomou uma decisão e depois, em razão da pressão e desaprovação da opinião pública, modificou a sua decisão no dia seguinte.

A reportagem intitulada “Sartori volta atrás e anuncia que abre mão de reajuste salarial²⁴⁹” relata justamente que, após a publicação no Diário Oficial de Justiça do reajuste do salário do governador e de seu vice-governador, o que

²⁴⁸ “O problema do direito convertido em sistema autônomo é sua positividade, sua autofundamentação. A relação entre emenda e não emenda do direito deve se tratar dentro do direito. Se concede-se a política a competência para modificar o direito, isto acontece na forma de um organismo competente reconhecido pelo direito e reservando-se o direito de controle no sistema do direito”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 773-774.

²⁴⁹ SARTORI volta atrás e anuncia que abre mão de reajuste salarial. *G1 RS*, Porto Alegre, jan. 5. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/01/sartori-volta-atras-e-anuncia-que-abre-mao-de-reajuste-salarial.html>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

ocorreu em 16 de janeiro de 2015, no dia 19 de janeiro de 2015 Sartori convocou uma entrevista coletiva para informar que havia voltado atrás e desistia do aumento já oficializado. Arrematou as críticas dos repórteres afirmando que: “Quem mais erra é quem não tem humildade de eventualmente voltar atrás. Sou uma pessoa como qualquer outra.”²⁵⁰

Sua justificativa para esta mudança de opinião foi a seguinte:

Poderia ter vetado, poderia ter silenciado e achei melhor e mais conveniente tomar uma atitude, daquilo que foi aprovado, sancionado, porque envolvia inclusive outros poderes no mesmo projeto de lei. **Devo dizer que a opinião pública reagiu, e quero deixar bem claro para vocês todos que não tenho receio nunca de rever posições** e muito menos de não tomar atitudes que reconheçam essa situação²⁵¹. (grifo nosso).

Essa é uma possibilidade que existe na Política, mas que não se aplica ao Direito. A racionalidade Política observa como um de seus principais elementos, a opinião pública – que é um termômetro de retorno em uma eleição –, vai reagir a determinada informação. Para o Direito, esse é um fator que não deve ser observado na tomada de decisão. Após a prolação de uma decisão, mesmo com a pressão popular, o mesmo juiz não pode, de ofício, sem obedecer ao procedimento, modificar a sua decisão. Para este sistema, a opinião pública não tem papel determinante a ponto de possibilitar que suas decisões sejam alteradas com base nisso. Falaremos mais sobre isso quando tratarmos da decisão judicial.

Não é apenas na tomada de decisão que há uma confusão entre Direito e Política. Esta confusão sequer se limita à observação quanto à elaboração das leis. Ela está muito mais enraizada. Outro exemplo. Quando se fala em política criminal, ou no Direito Penal do Inimigo, ou até mesmo na guerra, está-se falando de Política, e não de Direito. Nestes casos, há uma sobreposição da Política sobre o Direito – não sistêmica, operacional – em termos de percepção social. Quem define a guerra é a Política; a ideia de guerra pertence primeiro à Política, e não ao Direito. É politicamente que se define a instauração ou não de uma guerra, e a tarefa de identificar inimigos é do Sistema Político, e não do Sistema do Direito. Todas as

²⁵⁰ SARTORI volta atrás e anuncia que abre mão de reajuste salarial. *G1 RS*, Porto Alegre, jan. 5. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/01/sartori-volta-atras-e-anuncia-que-abre-mao-de-reajuste-salarial.html>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

²⁵¹ SARTORI volta atrás e anuncia que abre mão de reajuste salarial. *G1 RS*, Porto Alegre, jan. 5. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/01/sartori-volta-atras-e-anuncia-que-abre-mao-de-reajuste-salarial.html>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

agências que trabalham nisso, como a CIA, Europol, Interpol, FBI, entre outras, são órgãos vinculados à Política e ao Estado. Não são membros diretos do Sistema do Direito²⁵². Uma prova/amostra do acoplamento entre o Direito e a Política pode ser vista mais do que no Direito Penal do cotidiano, mas nesta ideia mais extrema de guerra e também em uma visão mais intermediária, como a do inimigo.

Da mesma forma, quando se trata da expansão do Direito Penal, é obrigatório ter em mente que se fala primeiramente de Política, e não de Direito. Em outras palavras, “la decisión de si se trata de un proceso de criminalización excesivo o de una defensa necesaria de lo nuclear de la sociedad es puramente política y no jurídico penal²⁵³.” Os alvos desta definição também são políticos.

En este sentido, la segregación del delincuentes es propia de un derecho penal del ciudadano y de un derecho penal del enemigo, lo que difiere es la forma en que se llega a dicha segregación y la intensidad de la misma. [...].

Ahora bien, desde la perspectiva de los acoplamientos estructurales entre política criminal y derecho penal, es en el sistema político donde se define qué tipo de personas y bajo qué criterios han de ser separados de la sociedad por un espacio de tiempo en áreas de la preservación del orden social. En este sentido, la pena es un instrumento de aseguramiento del Estado²⁵⁴.

²⁵² Por este motivo, entendemos que o que se tem bem no fim não é um direito penal do inimigo, mas sim uma política criminal do inimigo.

²⁵³ “El derecho penal del enemigo mostraría la preferencia de la política sobre el derecho o, en palabras de SAUER, gravemente la sustitución del derecho mediante la guerra. En efecto, la idea de guerra no pertenece en primer término al derecho sino a la política, es políticamente como se define la instauración o no de una guerra. Esta primera afirmación nos conduce a sostener que la identificación de enemigos no es una tarea propia del derecho, y menos del derecho penal, sino una función que pertenece al ámbito del sistema político y, para el tema que nos ocupa, al ámbito del sistema político criminal. Ello es advertido por el propio JAKOBS [...]” “O direito penal do inimigo mostraría a preferência da política sobre o direito ou, nas palavras de SAUER, gravemente a substituição do direito mediante a guerra. Com efeito, a ideia de guerra não pertence em primeiro lugar ao direito senão a política, é politicamente que se define a instauração ou não de uma guerra. Esta primeira afirmação nos conduz a sustentar que a identificação de inimigos não é uma tarefa própria do direito, e muito menos do direito penal, senão uma função que pertence ao âmbito do sistema político e, para o tema que nos ocupa, ao âmbito do sistema político criminal. Isso é advertido pelo próprio JAKOBS [...]”. (tradução nossa). COELLO, Julio F. Mazuelos. ¿El derecho penal del enemigo: un modelo para desarmar? (Las inconsistencias del desacoplamiento estructural entre política criminal y derecho penal. In: LYNET, Eduardo Montealegre (Coord.). *Derecho penal y sociedad: estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. t. 2, p. 165.

²⁵⁴ “Neste sentido, a segregação dos delinquentes é própria de um direito penal do cidadão e de um direito penal do inimigo, o que difere é a forma em que se chega a dita segregação e a intensidade da mesma. [...]. Agora, melhor, desde a perspectiva dos acoplamentos estruturais entre política criminal e direito penal, é no sistema político onde se define que tipo de pessoas e sob que critérios tem que ser separados da sociedade por um espaço de tempo em áreas de preservação da ordem social. Neste sentido, a pena é um instrumento de segurança do Estado”. (tradução nossa). COELLO, Julio F. Mazuelos. ¿El derecho penal del enemigo: un modelo para desarmar?

É o Sistema da Política quem faz tudo isso, mas se tem a impressão de que o Sistema do Direito é quem controla todas estas situações. Ao se ter um problema de repressão, por exemplo, de descontrole, como as manifestações, o que se quer é mais leis, o que se pensa é que são necessárias mais leis para solucionar a questão. Quando ocorre um distúrbio social, terrorismo, alta criminalidade, é um momento em que o Direito é superado, e a legislação também. Eles são superados pelo comportamento de parte da Sociedade. Neste momento, não se pede para terminar com o Direito ou com a legislação, mesmo eles tendo sido suplantados. Em termos gerais, somos idealistas neste ponto, crendo que mais leis vão resolver este problema. Mas mais uma vez nossa crença é duplamente equivocada: ela é depositada no sistema errado e a própria expectativa de mais leis como solução é errada. Nestes momentos, inclusive, pensa-se que o Estado mais rígido e que mostra mais poder penal e armamentístico é o melhor Estado. Outro erro.

Portanto, não é o Sistema do Direito quem diz em abstrato quem será punido, embora esteja na lei quem será punido e por que será punido, ao contrário do que geralmente se observa. O Direito diz isso em termos concretos, quando há um processo, baseado em leis feitas pelo Sistema Político, que trazem indicativos de quem poderia ser considerado um criminoso ou um inimigo. Em termos de Direito Penal do Inimigo, por exemplo, que não é do nosso cotidiano, é a Política quem define que tipo de pessoas serão separadas da Sociedade (no sentido de não produzirem comunicação), e não o Direito.

Isso demonstra também como Estado e Sistema Político são conectados, pois muitas destas definições referem-se à garantia de manutenção do próprio Estado, do poder daquele Governo em relação àquela base territorial.

Todas estas informações e observações são comunicadas na Sociedade, e esta depende das comunicações para existir. A Sociedade é estruturada em processos comunicativos. As normas são processos comunicativos. Por isso, é tão importante falar em Direito e Política, para podermos questionar em que termos se pode pensar em estruturação de expectativas dos participantes de um processo judicial e reestabilização do Sistema se a decisão sempre será contingente?

Como a comunicação é o elemento mais importante da Sociedade, pois é o

(Las inconsistencias del desacoplamiento estructural entre política criminal y derecho penal. In: LYNET, Eduardo Montealegre (Coord.). *Derecho penal y sociedad: estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. t. 2, p. 170.

ponto comum entre todos os Sistemas, ela se torna “la única operación genuinamente social”²⁵⁵. Assim, é preciso ver o que cada Sistema comunica quando se comunica, pois nem tudo pode ser comunicado, absorvido e compreendido pelo receptor. Carlos Jara Díez nos traz um exemplo muito didático sobre isso.

Ejemplos claros pueden verse con la conciencia: si cada onda sonora registrada por el oído generara información en el cerebro, éste no tardaría mucho en saturarse en cualquier ciudad. Si el sistema jurídico se tuviera que ocupar de todos los incontables conflictos sociales que surgen diariamente, pronto se vería absolutamente bloqueado²⁵⁶.

Esta estrutura da Sociedade em normas e seleções comunicativas, faz com que a própria realidade se transforme e se traduza dentro da comunicação de cada sistema. Isso remete novamente à forma Sistema/Entorno, justamente porque

Ello tiene su origen en la separación estructural entre sistema y entorno y, a su vez, en la distinción entre sentido y naturaleza, por lo que a la sociedad no pertenecen las realidades propias de la naturaleza, sino que ella está estructurada por procesos comunicativos: normas²⁵⁷.

Logo, as normas que representam as nossas liberdades sociais, o certo e o errado juridicamente, e até mesmo traçam paralelos que futuramente vão definir incluídos e excluídos, são criadas pelo Sistema da Política. Como são as normas que determinam tudo isso, o que elas representam é a realidade traduzida do sistema social, e é por isso que os processos comunicativos sociais mais

²⁵⁵ “a única operação genuinamente social”. (tradução nossa). GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Teoría de sistemas y derecho penal: culpabilidad y pena em una teoría constructivista del derecho penal. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA Editores, 2007. p. 474.

²⁵⁶ “Exemplos claros podem ser visto na consciência: se cada onda sonora registrada pelo ouvido gerasse informação no cérebro, este não tardaria muito em saturar-se em qualquer quantidade. Se o sistema jurídico tivesse que se ocupar de todos os incontáveis conflitos sociais que surgem diariamente, de imediato se veria absolutamente bloqueado”. (tradução nossa). GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Teoría de sistemas y derecho penal: culpabilidad y pena em una teoría constructivista del derecho penal. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA Editores, 2007. p. 480.

²⁵⁷: “Isso tem sua origem na separação estrutural entre sistema e entorno e, por sua vez, na distinção entre sentido e natureza, pelo que a sociedade não pertencem as realidades próprias da natureza, senão que ela está estruturada por processos comunicativos: normas”. (tradução nossa). COELLO, Julio F. Mazuelos. Revisión crítica de la teoría del bien jurídico. El bien jurídico como segmento del acoplamiento estructural entre la política criminal y el derecho penal funcional. In: LYNET, Eduardo Montealegre (Coord.). *Derecho penal y sociedad: estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. t. 2, p. 92.

importantes estão nas normas. Estando nas normas, está na Política. A tarefa é um encargo da Política, ela deve observar as expectativas sociais muito antes do Direito. Inclui-se aqui também o Direito Penal, o qual é sempre o foco de observação do senso comum.

Esta es, sin embargo, na tarea eminentemente política o de política social ajena al derecho penal; la discusión acerca de los bienes materiales necesarios para el ejercicio de la libertad, la igualdad, la convivencia social, etc., es previa al sistema jurídico-penal; éste recibe ya la concención de ese proceso anterior y, tratándose de un sistema jurídico, opera con normas sociales que recogen expectativas de comportamiento respecto de los miembros de la sociedad, y observa a estos como personas y no como individuos rodeados de bienes²⁵⁸.

Embora o objeto de proteção da segurança, da liberdade, da individualidade transpareça nas operações do Direito, em especial nestes casos no Direito Penal, quem identifica este objeto que deverá ser zelado pelo Direito para garantir estes bens jurídicos é a Política. Por isso, estas escolhas e determinações são feitas democraticamente.

De outro norte, “Es en el marco una solución política que encierra la participación democrática de la ciudadanía a través de las formas jurídicamente previstas para ello²⁵⁹”. Isto é, a garantia de participação democrática, de participação

²⁵⁸ “Esta é, entretanto, em tarefa eminentemente política ou de política social alheia ao direito penal; a discussão acerca dos bem materiais necessários para o exercício da liberdade, a igualdade, a convivência social, etc., é prévia ao sistema jurídico-penal; este recebe já a concessão deste processo anterior e, tratando-se de um sistema jurídico, opera com normas sociais que recolhem expectativas de comportamento a respeito dos membros da sociedade, e observa este como pessoas e não como indivíduos rodeados de bens”. (tradução nossa). COELLO, Julio F. Mazuelos. Revisión crítica de la teoría del bien jurídico. El bien jurídico como segmento del acoplamiento estructural entre la política criminal y el derecho penal funcional. In: LYNET, Eduardo Montealegre (Coord.). *Derecho penal y sociedad: estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. t. 2, p. 96-97.

²⁵⁹ “É no marco de uma solução política que termina a participação democrática da cidadania através das normas jurídicamente previstas para isso.” (tradução nossa). E segue o autor: “La definición del objeto que há de proteger el derecho penal corresponde al sistema político y no al sistema jurídico-penal. Es en el marco una solución política que encierra la participación democrática de la ciudadanía a través de las formas jurídicamente previstas para ello, donde há de definirse qué se quiere proteger en un caso determinado mediante el recurso al derecho penal.” “A definição de que objeto o direito penal tem que proteger corresponde ao sistema político e não ao sistema jurídico-penal. É neste marco uma solução política que fecha a participação democrática da cidadania através das formas jurídicamente previstas para isso, onde tem de (tradução nossa). definir-se o que se quer proteger em um caso determinado mediante o recurso ao direito penal”. COELLO, Julio F. Mazuelos. Revisión crítica de la teoría del bien jurídico. El bien jurídico como segmento del acoplamiento estructural entre la política criminal y el derecho penal funcional. In: LYNET, Eduardo Montealegre (Coord.). *Derecho penal y sociedad: estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*. Bogotá:

dos cidadãos para estas escolhas, é encerrada no momento em que estas questões saem da esfera da Política e entram na esfera do Direito. A intenção é que, até este momento, a democracia foi garantida e a legitimidade alcançada; agora, no âmbito jurídico, a legitimidade vai se seguir não com a participação (mesmo que fictícia) de cada cidadão, mas com a participação dos envolvidos no procedimento. Veremos se este envolvimento, mais o procedimento, serão suficientes.

Esta é a motivação para que a pretensão de proteção de um objeto jurídico, de um bem, dê-se através da Política. “En definitivo, la selección de las expectativas que debido a su trascendencia para el funcionamiento de la sociedad caracterizan el núcleo de la identidad normativa de la sociedad no es una tarea del derecho penal, sino de la política criminal²⁶⁰”. Dito de outra forma:

Sólo políticamente (¡y no desde el sistema jurídico-penal!) puede definirse la pretensión de proteger penalmente determinados objetos, por lo que el contenido crítico tradicionalmente atribuido al bien jurídico no forma parte del derecho penal, sino del sistema político, es ahí donde la sociedad ha de ejercitar sus demandas de protección jurídica (o de desprotección), de acuerdo a los parámetros democráticamente establecidos. Desde el sistema político (participativo y democrático) se há de identificar el núcleo de la identidad normativa de la sociedad, luego de ello ha de tener incidencia el sistema jurídico a través del acoplamiento estructural de la Constitución Política: jurídicamente se establecen los parámetros de participación social en la identificación política de la identidad normativa de la sociedad mediante la participación ciudadana (elecciones, partidos políticos, parlamento, etc.), a los cuales há de sujetarse el Estado, y, adicionalmente, es en la propia Constitución

Universidad Externado de Colombia, 2007. t. 2, p. 101.

²⁶⁰ “En definitivo, la selección de las expectativas que debido a su trascendencia para el funcionamiento de la sociedad caracterizan el núcleo de la identidad normativa de la sociedad no es una tarea del derecho penal, sino de la política criminal. El derecho penal brinda las herramientas acerca de cómo afrontar determinado conflicto social, no define qué conflicto ha de afrontar; esto es una decisión política. Es a través de la elección democrática que el sistema jurídico adquiere legitimidad en cuanto a las operaciones que lleva a cabo (en términos tradicionales respecto de su intervención). Luego, es en sede político-criminal donde el bien jurídico desarrolla su capacidad legitimadora de la intervención penal.” “Em definitivo, a seleção das expectativas que devido a sua transcendência para o funcionamento da sociedade caracterizam o núcleo da identidade normativa da sociedade não é uma tarefa do direito penal, senão de política criminal. O direito penal brinda as ferramentas acerca de como afrontar determinado conflito social, não define que conflito tem de afrontar; isto é uma decisão política. É através da eleição democrática que o sistema jurídico adquire legitimidade enquanto as operações que conduz ao fim (em termos tradicionais a respeito de sua intervenção). Logo, é em sede político-criminal em que o bem jurídico desenvolve sua capacidade legitimadora da intervenção penal”. (tradução nossa). COELLO, Julio F. Mazuelos. Revisión crítica de la teoría del bien jurídico. El bien jurídico como segmento del acoplamiento estructural entre la política criminal y el derecho penal funcional. In: LYNEX, Eduardo Montealegre (Coord.). *Derecho penal y sociedad: estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. t. 2, p. 102.

Política donde aparece recogida la discusión política acerca de dicha identidad, con cuyo código legal-ilegal puede operar el sistema penal²⁶¹.

É legítimo que o sistema funcione assim: a Política determina os bens, as ações e limitações, e o Direito os operacionaliza. A legitimidade da Política encontra-se nas eleições democráticas. Assim, a democracia aparece novamente em nossa tese como um elemento importante para solucionar o nosso problema – e não como um impasse –, uma vez que todo este processo, que é assim também pela necessidade de legitimidade democrática, é criador de estabilidade e instabilidade. Mesmo que no caso brasileiro existam algumas questões envolvendo o próprio processo político, e até mesmo a qualificação dos eleitores, ou ainda, a qualidade das leis, e as ofertas assistenciais, ainda assim não se esvai a legitimidade desta dinâmica Política e Direito.

Acontece que a Política talvez seja um dos únicos sistemas capaz de dar poder social até mesmo para quem, isoladamente, não tem poder nenhum. Isso ocorre através das eleições.

El sistema político de la sociedad asume la acción, la administración y el control del poder para la sociedad.

Sin embargo, la ley no sólo garantiza una participación en el poder social par aquellos que no tienen poder, también pone orden en la cooperación de diferentes fuentes de poder; sobre todo en la cooperación del poder económico, político y militar. Con la ayuda de la dicotomía legal/ilegal, es posible condicionar aquellas comunicaciones que unen a varios portadores de poder en cadenas, en las que uno puede reclamar el poder del otro. Si aceptamos la idea de Strinchcombe, que dice que estas posibilidades de recurso condicionado a las reservas de poder de otros demuestra que un

²⁶¹ “Só politicamente (e não apartir do sistema jurídico-penal!) se pode definir a pretensão de proteger penalmente determinados objetos, pelo que o conteúdo crítico tradicionalmente atribuído ao bem jurídico não forma parte do direito penal, senão do sistema político, é aqui onde a sociedade tem de exercitar suas demandas de proteção jurídica (ou de desproteção), de acordo com os parâmetros democraticamente estabelecidos. A partir do sistema político (participativo e democrático) se tem de identificar o núcleo da atividade normativa da sociedade, logo ele tem de ter incidência no sistema jurídico através do acoplamento estrutural da Constituição Política: juridicamente se estabelecem os parâmetros de participação social na identificação política da identidade normativa da sociedade mediante a participação cidadã (eleições, partidos políticos, parlamento, etc.), aos quais tem de se sujeitar ao Estado, e, adicionalmente, é na própria Constituição Política onde aparece recolhida a discussão política acerca de dita identidade, com cujo código legal-ilegal pode operar o sistema penal”. (tradução nossa). COELLO, Julio F. Mazuelos. Revisión crítica de la teoría del bien jurídico. El bien jurídico como segmento del acoplamiento estructural entre la política criminal y el derecho penal funcional. In: LYNETH, Eduardo Montealegre (Coord.). *Derecho penal y sociedad: estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. t. 2, p. 101-102.

poder es legítimo, entonces podemos ver que la ley como código del poder; crea legitimidad *estructuralmente* (sin estar ligada a valores particulares o incluso a la convicción de la persona sujeta al poder). Entoces, la legitimidad no es nada más que el enlace de contingencias en el ámbito del poder²⁶².

É necessário observar que não é apenas quem vence a eleição que detém poder. O poder no Sistema Político, e até mesmo na Sociedade, advém de várias fontes e predomina em várias comunicações. A Política, e ainda mais, o processo eleitoral, é apenas um momento em que vários detentores de poder comunicam suas intenções. Pois é, justamente por isso que Luhmann diz que há uma chance de os “sem poder” serem representados.

Por isso, anteriormente foi dito que era preciso esclarecer que a Política não se limita a discursos políticos e preferências partidárias. A Política interessa para todos. A formação do poder político é relevante socialmente, pois as mudanças sociais passam por esta formulação política²⁶³.

²⁶² “O sistema político da sociedade assume a ação, a administração e o controle do poder para a sociedade. Entretanto, a lei não só garante uma participação no poder social por aqueles que não tem poder, também coloca ordem na cooperação de diferentes fontes de poder, sobre tudo na cooperação do poder econômico, político e militar. Com a ajuda da dicotomia legal/ilegal, é possível condicionar aquelas comunicações que unem os vários portadores de poder em cadeias, nas que um pode reclamar do poder do outro. Se aceitarmos a ideia de Strinchcombe, que disse que estas possibilidades de recurso condicionado as reservas de poder dos outros demonstram que um poder é legítimo, então podemos ver que a lei como um código de poder; cria legitimidade estruturalmente (sem estar ligada à valores particulares ou inclusive à convicção da pessoa sujeita ao poder). Então, a legitimidade não é nada mais do que enlace de contingências no âmbito do poder”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Poder*. Rubí: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontífica Universidad Católica de Chile, 2005. p. 70.

²⁶³ É importante destacar que, além da concepção de sistema político, nos escritos de Rosanvallon encontraremos uma diferença entre a política e o político, que pode ser aliada aos escritos de Lefort, Rocha e de Luhmann. Primeiramente, é importante dizer que embora alguns pesquisadores como Rafael Simioni indiquem que o pensamento de Lefort se conjuga com o pensamento de Habermas, entendemos que não é este o caso. Conforme a citação a seguir, poderemos começar a esclarecer algumas coisas: “Na verdade, o conceito do político hegemônico no campo da história e das ciências sociais francesas foi produzido no âmbito dos pesquisadores integrantes do Centro de Pesquisas Políticas Raymond Aron (CRPRA), sediado na Escola de Altos Estudos em Ciências Sociais (EHESS). Esse centro se originou da fusão, em 1992, do setor de política do Centro de Estudos Transdisciplinares: Sociologia, Antropologia e Política (CETSAP), dirigido por Claude Lefort, com o Instituto Raymond Aron, fundado em 1984 por François Furet.” ROSANVALLON, Pierre. *Por uma história do político*. Tradução de Christian Edward Cyril Lynch. São Paulo: Alameda, 2010. p. 14. Isso afeta nossas considerações sobre Rosanvallon na medida em que ele segue os estudos de Lefort, assim como o nosso orientador Leonel Severo Rocha também o faz, e atualmente trabalha com o pensamento de Niklas Luhmann. Além disso, Rosanvallon também fala de sistemas. Feitos os esclarecimentos necessários, pode-se dizer que a política consiste em um sistema social, como trabalhou-se até aqui. Já o político, pode ser definido da seguinte forma: “Aqui podemos nos referir às observações muito esclarecedoras de Claude Lefort, que define o político como o conjunto de procedimentos a partir dos quais desabrocha a ordem social. Interpretado nesse sentido, o político e o social são indissolúveis, este derivando daquele seu significado, sua forma e sua realidade.” ROSANVALLON, Pierre. *Por uma*

La formulación del poder político no sólo es relevante para la política; cambia a la sociedad como un todo. Con la formación de sistemas políticos especiales, capaces de basarse en una violencia física permanentemente superior; puede lograrse una cierta sistematización y especificación de propósito – de este modo, también una dependencia más compleja de la toma de decisiones antes de que el poder se comprometa – pero no una mono polización completa del poder en las manos del Estado²⁶⁴.

Após as eleições, para que este poder não fique monopolizado nas mãos do Governo e, do Estado através da política, agora sim, partidária, a forma empregada é a observação e comunicação de todos os setores sociais, irritando e alimentando este sistema. A Oposição sempre se faz presente nas discussões, assim como movimentos de protesto. A tomada de decisão política dificilmente é uma decisão isolada.

Entretanto, ao falar em decisões políticas, não se fala precisamente em coerência, mas sim em continuidade e descontinuidade. Essa desnecessidade de coerência direta decorre da própria evolução da Sociedade, da separação e aperfeiçoamento dos sistemas.

história do político. Tradução de Christian Edward Cyril Lynch. São Paulo: Alameda, 2010. p. 41. Assim, a política está sempre na sombra do político. “[...] o político como domínio transcendente dos limites da política entendida como subsistema social, a articular a existência comunitária. Para ambos, a política não passa de um subsistema entre outros – como o jurídico, o econômico e o religioso -, que surge com o advento da modernidade e, como tal, permanece à sombra do político. As semelhanças, porém, não vão além.” ROSANVALLON, Pierre. *Por uma história do político*. Tradução de Christian Edward Cyril Lynch. São Paulo: Alameda, 2010. p. 21. Ela se relaciona muito mais com a gênese de discussões do poder, da vida em comum, do que com um sistema de administração guiado pelo código governo/oposição. Embora seja o sistema da política que cria as leis e faz tudo o que foi dito até aqui, ele só consegue fazer isso porque em sua gênese está o político. “Ao falar substantivamente do político, qualifico desse modo, tanto uma modalidade de existência da vida comum, quanto uma forma de ação coletiva que se distingue implicitamente do exercício da política. Referir-se ao político e não à política, é falar do poder da lei, do Estado e da nação, da igualdade e da justiça, da identidade e da diferença, da cidadania e da civilidade; em suma, de tudo aquilo que constitui a polis para além do campo imediato da competição partidária pelo exercício do poder, da ação governamental cotidiana e da vida ordinária das instituições.” ROSANVALLON, Pierre. *Por uma história do político*. Tradução de Christian Edward Cyril Lynch. São Paulo: Alameda, 2010. p. 73. Mas ao final, mesmo com estas considerações, o próprio Rosanvallon reconhece que é impossível dissociar a política do político. ROSANVALLON, Pierre. *Por uma história do político*. Tradução de Christian Edward Cyril Lynch. São Paulo: Alameda, 2010. p. 97.

²⁶⁴ “A formulação do poder político não só é relevante para a política; muda a sociedade como um todo. Com a formação de sistemas políticos especiais, capazes de basearem-se em uma violência física permanentemente superior, pode-se conseguir uma certa sistematização e especificação de propósito – deste modo, também uma dependência mais complexa da tomada de decisões antes que o poder se comprometa – mais não uma monopolização completa do poder nas mão do Estado”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Poder*. Rubi: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociologia. Pontífica Universidad Católica de Chile, 2005. p. 129.

El poner la atención en la prestación de la política puede poner en peligro, o al menos limitar, la capacidad de realización de la función dominante de la política, porque incrementaría la proporción de asuntos indecibles. Además, cuando se opera en un entorno cambiante, el sistema político tiene que ofrecer coherencia en sus decisiones a lo largo del tiempo. En las sociedades tradicionales este logro correspondía al derecho. Sin embargo, cuando las sociedades modernas distinguen los sistemas político y legal, relacionándolos con diferentes funciones, y al mismo tiempo hacen posible cambiar el derecho por medio de decisiones políticas, el orden legal deja ya de ofrecer garantías suficientes para la toma de decisiones políticamente coherentes. Debe producirse entonces una nueva clase de autorreflexión política, orientada hacia la alternativa entre continuidad y discontinuidad de las premisas políticas de la toma de decisiones. Tal autorreflexión, por supuesto, no puede ser reducida a una elección entre convicciones progresistas y conservadoras²⁶⁵.

Antes, as decisões políticas lidavam com coerência. Na medida em que as possibilidades e expectativas aumentaram, a coerência política tornou-se um empecilho, que limitava a capacidade de absorção e decisão política. Na Sociedade de complexidade, a coerência nas decisões passa a ser uma obrigação primeira do Direito, e não mais da Política, que, conforme Luhmann, tem uma autorreflexão para decisão guiada pela continuidade e descontinuidade.

Quando tem-se movimentos de protesto, por exemplo, deve-se considerar que, para Luhmann, eles se encontram na periferia, e por isso buscam impor novos temas na comunicação. Se estivessem no centro, não precisariam protestar. Bem sucedidos, estes movimentos provocam dissonâncias nas organizações dominantes. Estas de fato procuram se manter no poder; aqui está a coerência no Sistema da Política, e não em suas decisões. Portanto não precisa e nem há como existir coerência nas decisões, mas sim continuidade, porque os decisores podem ser alterados a todo o momento, inclusive por força destes movimentos de protesto, ou por suas propensões decisórias diversas das que estão no poder. Ocorrendo a troca

²⁶⁵ "O colocar a atenção na prestação da política pode colocar em perigo, ou ao menos limitar, a capacidade de realização da função dominante da política, porque incrementaria a proporção de assuntos indecisíveis. Ademais, quando se opera em um entorno que se modifica, o sistema político tem que oferecer coerência em suas decisões ao longo do tempo. Nas sociedades tradicionais este ganho correspondia ao direito. Entretanto, quando as sociedades modernas distinguem os sistemas político e legal, relacionando-os com diferentes funções, e ao mesmo tempo fazendo possível mudar o direito por meio de decisões políticas, a ordem legal deixa já de oferecer garantias suficientes para a tomada de decisões politicamente coerentes. Deve se produzir então uma nova classe de autoreflexão política, orientada até a alternativa entre continuidade e descontinuidade das premissas políticas da tomada de decisões. Tal autoreflexão, certamente, não pode ser reduzida a uma eleição entre convicções progressistas e conservadoras". (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad*. de la unidad a la diferencia. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 82.

do governo pela oposição, ela não vai se mostrar coerente com o que havia antes, mas terá que dar continuidade nas decisões, mesmo que decida pela descontinuidade dos projetos. Da mesma forma, se os movimentos de protesto assumirem agora o poder, não se pode esperar uma coerência de suas decisões com as decisões tomadas anteriormente por quem estava no poder. O que se deve esperar é que tenha uma continuidade de tomadas de decisões sobre os assuntos, mas não que se guarde coerência entre as novas e as velhas decisões.

Dito isso, fica mais claro para nossa observação que, atualmente, o Sistema Político é que detém o controle de boa parte da dinâmica de recepção das expectativas sociais. Como detentor deste poder, assume a tarefa de gerenciamento destas expectativas, até para que possa garantir a manutenção deste poder enquanto governo.

3.1.1 A recepção de Expectativas no Sistema da Política

Ao finalizar a primeira parte destas considerações, explorou-se a questão de como o Sistema do Direito e o Sistema da Política têm entre si uma forte ligação. Da mesma forma, foi possível vislumbrar que o Estado ainda tem grande relevância nas comunicações sociais, embora não seja mais o centro exclusivo de produção da normatização. Já no primeiro capítulo desta tese, focou-se nas expectativas, no papel do ser humano na Sociedade e na busca por estabilização. Pode-se ainda verificar que a tomada de decisão jurídica é fundamental, bem como que o Estado de Direito, em sua pretensão democrática, tem grande contribuição neste processo de criação de instabilidade. Isso porque

El Estado de Bienestar produce inestabilidad en la medida en la que debe reaccionar frente a necesidades que él mismo há provocado pero que no supo predecir; en la medida, pues, en la que invoca su <<competencia de compensar la incompetencia>> y en cómo esto absorbe sus medios.²⁶⁶

Para tentar obter respostas que estabilizem a Sociedade, o que se torna

²⁶⁶ “O Estado de Bem-Estar produz instabilidade na medida em que deve reagir frente a necessidades que ele mesmo provocou, mas que não soube profetizar; na medida, em que invoca sua competência de compensar a incompetência e como isto absorve seus meios”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de bienestar*. Versión española Fernando Vallespín. Madrid: Alianza, 2007. p. 86. Isso foi justamente o que se mostrou na dissertação de mestrado e no livro *Decisão, Risco e Saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais*, em relação a saúde pública.

conveniente em tempos em que os protestos são constantes e direcionados ao Sistema Político²⁶⁷, recorre-se ao Direito (que é uma expectativa generalizada). Em termos sistêmicos, ao falar em Direito, fala-se em expectativas de comportamento, principalmente no Direito Penal, que se torna um exemplo privilegiado da recepção das expectativas cognitivas pelo Sistema da Política e pelo Sistema do Direito²⁶⁸.

Na ânsia de acalmar as incertezas e angústias, e obterem-se respostas, ou até mesmo por um descontentamento com as respostas que foram dadas por outros Sistemas, as pretensões são voltadas para o Direito, e, na maioria das vezes, para o Direito Penal. A desgraça, a insatisfação, o descontentamento, sempre sabem o caminho das Delegacias de Polícia e dos Fóruns. O senso comum, ao se sentir desapontado²⁶⁹, por qualquer motivo, geralmente vai à Delegacia de Polícia “reclamar” uma solução para o seu problema. Isso acaba abarrotando os Juizados Especiais Criminais com situações atípicas e ou de mínima relevância no contexto jurídico social. Quando em grupos mais organizados, voltam-se para os meios de comunicação de massa, a fim de convencer os legisladores, que para atender às expectativas da população, as penas têm que ser mais rígidas e mais condutas tipificadas. O mote da necessidade de mais segurança é sempre utilizado. Assim, vê-se que “o desapontamento pode então levar à formação de normas através da

²⁶⁷ Observando os recentes protestos ocorridos no Brasil, poucas, ou quase nenhuma, foram as reclamações dirigidas ao Poder Judiciário. Ao contrário, o que se viu foi uma grande aposta no Poder Judiciário, em que muitos dos cartazes ostentados pelos manifestantes continham frases de exaltação ao papel do Ministro Joaquim Barbosa, ou ao Juiz Federal Sérgio Mouro que proferiu dezenas de decisões na operação “Lava Jato”.

²⁶⁸ Interessante observar que Lescano e Teubner também trazem esta relação de absorção de expectativas e Direito Penal quando tratam da Sociedade global. Em seu estudo de caso, utilizam a “desaparición” Argentina para ilustrar “como questões contingenciais, sob condições de interação e de absorção da incerteza, podem ser transformadas em direito criminal internacional” e como isso é tratado pelo TPI. FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Colisões de regimes – a busca vã por unidade jurídica na fragmentação do direito global. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/50474>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

²⁶⁹ É o caso por exemplo de uma senhora na cidade de Farroupilha/RS que procurou o Juizado Especial Cível querendo ingressar com uma ação, porque uma pessoa na rua havia lhe dito que tinha um bilhete premiado, mas que precisava urgente de dinheiro e então trocava o bilhete por dez mil reais. Sendo assim, esta senhora entregou os dez mil reais, sem nenhum tipo de coação, apenas com a expectativa de obter um grande lucro. Obviamente, o bilhete era falso. O que ela queria era uma ação para reaver o seu dinheiro, embora não soubesse nada da pessoa para quem entregou espontaneamente dez mil reais. A ação não foi interposta por falta de condições jurídicas, e a pessoa foi orientada a procurar a Delegacia de Polícia. Quando recebeu esta orientação, disse que já havia estado lá, e naquele órgão não haviam feito nada. Posteriormente, chegou ao conhecimento desta pesquisadora que a mesma senhora procurou vários escritórios particulares da cidade para tentar ingressar com esta ação. Além disso, “o nada” feito pela Delegacia de Polícia, referia-se ao fato de que lá lhe disseram que dificilmente conseguiriam reaver o dinheiro dela.

normatização *a posteriori*²⁷⁰. Então, mais uma vez é possível ver como os desapontamentos precisam de atenção na Sociedade de Complexidade, pois eles podem causar grandes irritações e modificações.

Nestes termos, tem-se que a sanção há muito tempo, em muitos modelos de Sociedade, é vista como um meio de estabilização social. Portanto, a sanção também é um mecanismo de estabilização momentânea e pontual. “Entre los mecanismos capaces de asegurar la consistencia de las expectativas normativas en el tiempo, a través de la canalización de la decepción, el derecho elige la *sanción*”²⁷¹. O problema é que a sanção não tem mecanismos para proporcionar a estabilização a longo prazo. Ela não absorve desapontamentos do perdedor, não dá espaço para desabafos e tampouco está disponível para todas as esferas jurídicas. A sanção é um meio que só funciona em Sociedades muito atrasadas cognitivamente.

Observe-se que as expectativas, mesmo que cognitivas, em um sistema autopoietico são altamente relevantes, porque elas só irão se tornar normativas após terem gerado comunicação e desapontamentos enquanto expectativas cognitivas. Grande parte das leis decorrem deste processo. Com isso, não se quer dizer que não podem ocorrer imprevistos e que qualquer desapontamento comunicado deva ou possa virar uma expectativa normativa, mas que elas, dependendo da ressonância que causam, precisam de um mecanismo estabilizador que não simplesmente a sanção.

Para uma melhor observação da construção teórica que aqui se propõe, talvez seja necessário falar um pouco sobre a relação do Direito Penal e da Sociologia. Diz-se que a base do Direito Penal é sociológica justamente porque o que se encontra em sua tipificação é a descrição, através de conceitos, de fenômenos sociais. E este ponto não pode ser negado: as tipificações penais são a descrição e tentativa de limitação de comportamentos relevantes (este último, agora, questionável) socialmente, assim como a estipulação do que é um crime ou o que torna uma conduta escusável. Trata-se, sem dúvida, de uma base sociológica que leva a indagar sobre como devem ser os processos de tipificação de condutas. Por

²⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 59.

²⁷¹ “Entre os mecanismos capazes de assegurar a consistência das expectativas normativas no tempo, através da canalização da decepção, o direito escolhe a sanção”. (tradução nossa). DE GIORGI, Raffaele. *Ciencia del derecho y legitimación*. México: Universidad Iberoamericana, 2007. p. 254.

isso um de seus instrumentos pode ser por muito tempo observado como modo de estabilização social.

Uma das irritações mais interessantes que podem ser percebidas é a realizada pelos Meios de Comunicação no Sistema da Política, e em seu acoplamento com o Sistema do Direito. No momento da elaboração de uma lei, em uma sociedade de alta complexidade²⁷² o que se tem é um processo de redução de possibilidades. Uma lei é a representação disto: a redução forçada de complexidade²⁷³. Além disso, é neste momento que será realizada a comunicação das diversas expectativas cognitivas, advindas de diversos Sistemas, os quais possuem linguagem própria, gerando um paradoxo: o momento em que se elabora uma lei é um dos momentos de maior comunicação voltada ao Sistema da Política e acoplada ao Sistema do Direito. Este é o instante em que surge o maior número de possibilidades sobre determinada ação, mas a lei deverá representar uma redução drástica destas possibilidades fáticas. Isto é, muitas possibilidades para definir a redução de possibilidades. Como este jogo nem sempre funciona, a redução de complexidade na produção da lei pode efetivamente resultar em maior complexidade e risco social.

Este é um jogo complicado, que deveria demandar muito conhecimento sobre o assunto que é tratado. Entretanto, todos nós sabemos que não é isso que ocorre. Na verdade, grande parte do corpo político de países como o Brasil é composto de membros com baixa escolaridade ou com uma visão não tão qualificada das questões. Paradoxalmente, é isso que faz com que as expectativas da população sejam recebidas de maneira muito mais fácil e aberta do que, por exemplo, no Direito, que por lei tem seus mais relevantes cargos ocupados por pessoas com no

²⁷² Parece importante destacar que a Sociedade passou por vários momentos de evolução. Na perspectiva aqui adotada, entende-se que a sociedade passa por processos de evolução e não simples modificação ou adaptação. Deste modo, na atualidade, ela encontra-se em uma fase de alta complexidade e que muitos elementos dialogam, entre eles o risco, que ao contrário do que defende Beck, não é o elemento central da Sociedade, mas apenas mais um elemento, dentro de uma sociedade constituída por comunicações e não constituída por riscos. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nova modernidad*. Tradução de Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998. Tais considerações tornam-se necessárias, na medida em que foi este processo evolutivo que permitiu que se estabelecesse discussão aqui travada, o que não seria possível em uma sociedade segmentária ou estratificada. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 42-44 e 44-46.

²⁷³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Más allá de la oposición Constructivismo vs. Ontologismo: recensión a la monografía de Juan Ignacio Piña Rochefort, rol social y sistema de imputacion. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal. Barcelona: J. M. Bosch, 2005. *CEDP: Política Criminal*, Santiago, n. 5, p. 1-7, 2008. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_05/r_2_5.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

mínimo curso superior completo.

Na Política, as expectativas cognitivas ingressam e comunicam mais facilmente, não apenas em razão de seu código Governo/Oposição, mas porque a composição de candidatos e membros com um conhecimento, digamos, menos específico e mais popular, cria uma identificação com a população, mormente com a população mais carente, mais fragilizada.

Parece curioso que este sistema funcione assim, e que algo que é tão criticado por nós – pois quem é ligado ao Direito normalmente critica a falta de conhecimento de quem faz as leis – em alguma medida, seja uma forma de incluir pessoas e suas expectativas. O problema é que estas expectativas nem sempre são as que têm algum fator de modificação ou relevância social. Grande parte das vezes se resumem em preocupações locais, que são relevantes apenas para um determinado grupo, o que facilita a corrupção²⁷⁴. Evidentemente, isso não representa uma defesa de que os membros da política efetivamente não tenham que ter estudo. É claro que não. O fato é que, enquanto grande parte da população brasileira não tiver educação, este sistema vai continuar funcionando assim, e por isso as expectativas cognitivas que serão recepcionadas mais facilmente serão também as mais duvidosas na maioria dos casos, especialmente quando se fala em política em nível municipal, por exemplo.

E não há motivos para modificar a funcionalidade do sistema em termos de recepção de expectativas, mesmo com estes pontos negativos. Isso porque, embora elas sejam recepcionadas pelo sistema, e gerem alguma espécie de comunicação, elas não necessariamente resultarão acolhidas. Podem não passar no filtro de seleção. Assim, é possível manter a ideia de que todos podem fazer parte da Política, embora nem todo o comunicado vá ressoar na Sociedade.

3.1.2 Dupla Seleção e Eleição

Com efeito, em que pese esta separação moderna entre Sistema do Direito

²⁷⁴ Por experiência própria, relato que ao assistir algumas seções nas Camaras de Vereadores em Farroupilha/RS e em Caxias do Sul/RS, inclusive para a confecção desta tese, era espantoso como os vereadores que não tinham a mínima escolaridade, e que no modo de ver de pessoas mais cultas, não conseguiam construir propostas com o menor nexos, sempre eram as mais ovacionadas pelos grupos sociais previamente vinculados que assistiam. Com isso, explica-se de outra forma que não apenas como uma anedota, a eleição de pessoas como o Tiririca. Há uma identificação dele com grande parte da população, de alguém pobre, sem estudo, que pode ter o poder de decisão.

(autopoiético) e Sistema da Política (autopoiético), há laços estreitos e evidentes entre eles. Mesmo assim, atualmente, são sistemas distintos, em razão de suas funções, mas conseguem se comunicar em razão da autopoiese. Embora por muitos séculos tenham sido um só, hoje eles são distintos. Não se pode esquecer que, por algum tempo, dentro deste período histórico havia um casamento com o Sistema Religioso, que exercia um papel importantíssimo em termos de “tipificação” de crimes, e que ainda são percebidos hoje, como proibição do aborto. Também não se ignora que hoje, em alguns momentos, Direito e Política possam parecer confundir-se, como por exemplo no caso do *Julgamento do Mensalão, da Operação Lava-Jato* e todas as demais deflagradas pelo Ministério Público e Polícia Federal, e autorizadas pela Justiça Federal, em que alguns votos e colocações dos julgadores parecem revestir-se muito mais de argumentos de Política do que de Direito. São, contudo, distintos, se observados a partir de um Estado Democrático de Direito.

Assim, em que pesem estes momentos conturbados, a partir do instante em que as comunicações sociais levaram à evolução da Sociedade e emergiu a diferenciação funcional, houve a separação entre Direito (Direito/Não-Direito) e Política (Governo/Oposição), e, com isso, seus processos de seleção e eleição de observações foram diferenciados²⁷⁵.

La promulgación de una ley en el parlamento puede ser registrada como éxito político. En ese acto terminan largos esfuerzos por lograr un consenso sólido, y esa nueva ley cambia, simultáneamente, la situación de vigencia del derecho: sirve de instrucción para los tribunales y más allá sirve para todo aquel que quiera saber, en el ámbito de sentido correspondiente, qué es lo conforme a derecho (y lo que no)²⁷⁶.

Na perspectiva de um Estado de Direito (Democrático²⁷⁷), ou seja, formado

²⁷⁵ Embora, seja curioso que, mesmo com esta separação, os Ministros dos tribunais tomem posse em seus cargos por uma escolha política, e não jurídica. A lista de indicação (lista tríplice) parte de entidades de classe como a Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público e do Poder Judiciário, além de, em alguns casos, por indicações de outras instituições de relevância. Todavia, a escolha final entre os nomes destas listas é feita pelo chefe do Poder Executivo. Após, eles passam por uma sabatina interna, mas a escolha é feita por membros do Sistema da Política para compor os mais altos cargos do Poder Judiciário.

²⁷⁶ “A promulgação de uma lei no parlamento pode ser registrada como êxito político. Neste ato existem muitos esforços para se conseguir um consenso sólido, e essa nova lei modifica, simultaneamente, a situação de vigência do direito: serve de instrução para os tribunais e também serve para todos aqueles que queiram saber, no mesmo sentido, o que é conforme o direito (e o que não é)”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2002. p. 501.

²⁷⁷ As expressões foram distribuídas desta forma porque parece complicado falar em democracia se nem mesmo os direitos sociais mais básicos, como a saúde, são efetivados pela administração

pelo acoplamento estrutural entre os Sistemas da Política e do Direito (que tem uma relação parasitária), haverá sempre uma ligação entre legislação e jurisdição²⁷⁸. O problema é que o Sistema da Política, diante de sua função e da forma como se dá a sua abertura cognitiva, acaba em diversas ocasiões recepcionando expectativas (trazidas ou fomentadas pelos meios de comunicação de massa e grupos de protestos) e criando legislações inócuas, sem perspectiva social e muitas vezes expansionistas.

Assim, caberá ao Direito, que exerce a jurisdição, frear isso. É um jogo de pesos e contrapesos contínuo, pois as expectativas recepcionadas pela Política serão permanentemente questionáveis, pois a seleção obedece critérios operacionais do Subsistema, e não éticos, morais ou jurídicos. E isso deve seguir assim. O próprio sistema dará recursos para se trabalhar isso. Porém, em alguns casos sua desproporção e indução será mais evidente do que em outros²⁷⁹. Por isso Luhmann questiona:

¿Hemos de aceptar que día tras día los políticos del gobierno y de la oposición se enfrenten verbalmente utilizando la moral, a pesar de que luego, de acuerdo con una correcta comprensión de la democracia, no somos requeridos a elegir entre ellos según criterios morales?²⁸⁰

O problema que irá refletir no Direito é que a Política tem legitimação, dada pelo próprio Direito –, o procedimento já foi pré-estabelecido, e o conteúdo não pode ser definido pelo Direito - para a elaboração destas leis. Então, como conciliar este lapso temporal (legitimação antes de aprovação) em que o Direito terá que decidir com base nestas leis, muitas vezes apenas com legitimação procedimental, mas sem produção de sentido²⁸¹? A través de uma nova fomentação de comunicações a

pública. A mera eleição de governantes não pode ser suficiente, em uma Sociedade de Complexidade, para definir a democracia.

²⁷⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2002. p. 482.

²⁷⁹ Por exemplo no caso do aumento de pena para delitos de embriaguez ao volante, em que não há nenhum dado realmente confiável que indique que existam possibilidades de se solucionar o problema desta forma, embora a mídia e o senso comum (responsável pela eleição dos candidatos) acreditem que sim.

²⁸⁰ “Temos que aceitar que dia após dia os políticos do governo e da oposição se enfrentem verbalmente utilizando a moral, apesar de que logo, de acordo com uma correta compreensão da democracia, não somos solicitados a eleger entre eles segundo critérios morais?”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 209.

²⁸¹ O sentido seria “una determinada estrategia del comportamiento selectivo a condición de alta complejidad. La indetificación del sentido permite recoger, mantener firme y presente por un cierto

partir de uma nova manifestação de expectativas pela mudança.

[...] la activación de la política para modificar el derecho se reproduce continuamente en la comunicación social, y dado que el derecho legitima esa activación legalizando la actividad legislativa parlamentaria, en la práctica resulta, para el derecho, la necesidad de distinguir entre el origen de las modificaciones jurídicas a través de la interpretación ‘activa’ del derecho, y la espera de una nueva formación de opinión política²⁸².

O que pode causar estranheza, embora não seja um problema, é que, nesta Sociedade complexa, a legitimidade de uma lei estará justamente no fato de que ela é criada por um Sistema diverso do qual a aplica. Esta afirmação já foi feita nesta tese. O que não foi dito é que, justamente por esta razão, existe a expectativa de que, sendo ela criada pelo Sistema da Política, espelhe o que aquela Sociedade merece que seja espelhado, uma vez que a abertura cognitiva da Política e sua forma de operacionalização é muito mais abrangente para as expectativas gerais dos cidadãos do que em qualquer outro sistema social. Assim, quando se discute sobre a qualidade de determinada lei, pode-se dizer que,

na dogmática jurídico-penal, tal análise não corresponde, entretanto, ao “intérprete” do Direito Penal. [...]. Não se trata do Direito Penal de uma Sociedade desejável, mas do Direito Penal daquela sociedade que o sistema jurídico gerou por diferenciação. A decisão sobre o alcance dos processos de criminalização seria uma tarefa puramente política, não jurídico-penal, na qual à ciência do Direito Penal só corresponderia determinar quais são os efeitos da regulação legal e, sua correspondência ou não com as valorações estabelecidas²⁸³.

tiempo una cierta cantidad de posibilidades de experiencia, es decir, permite aislar dentro de la ingente cantidad de lo posible una unidad, definida por el sentido, La cual neutraliza temporalmente otras posibilidades, sin excluirlas totalmente, obviamente, como posibilidades.”
 “Uma determinada estratégia de comportamento seletivo a condição de alta complexidade. A identificação do sentido permite arrumar, manter firme e presente por um certo tempo uma quantidade de possibilidades de experiência, ou seja, permite isolar dentro da grande quantidade do possível uma unidade, definida pelo sentido, a qual neutraliza temporalmente outras possibilidades, sem excluir-las totalmente, obviamente, como possibilidades”. (tradução nossa).
 DE GIORGI. Raffaele. *Ciencia del derecho y legitimacion*. México: Universidad Iberoamericana, 2007. p. 239.

²⁸² “a ativação da política para modificar o direito se reproduz continuamente na comunicação social, e considerando que o direito legitima essa ativação legalizando a atividade legislativa parlamentária, na prática resulta, para o direito, a necessidade de distinguir entre a origem das modificações jurídicas através da interpretação “ativa” do direito, e a espera da formação de uma nova opinião política”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2002. p. 482.

²⁸³ PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZALÉS, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Tradução de

É por isso que o momento de elaboração de uma lei é uma etapa difícil, porque várias comunicações e expectativas se fazem presentes. Considerando, porém, que todos comunicassem algo (Sistemas Sociais e Sistemas Psíquicos) quando desta criação legislativa, como se daria a seletividade para a tomada desta decisão? Pode-se dizer que esta seleção vai se dar conforme o código do Sistema que a receber, e isso vai acontecer de acordo com a função exclusiva e específica daquele Sistema. Para a Política, por exemplo, o que vai importar de todas as comunicações advindas da Sociedade é a possibilidade de eleição, de votos, necessidade de se desacreditar o adversário (mesmo que seja construindo uma realidade com base nos meios de comunicação)²⁸⁴.

Com efeito, a Política e o Direito na Sociedade atual recebem muitos influxos informacionais e anseios de todos os Sistemas, mas têm capacidades limitadas de ação. Mesmo assim, acabam sendo os destinatários de todas as injustiças experimentadas ou percebidas pelos indivíduos “sea porque los perros ladren por la noche o los multimillionarios quieran poner a recaudo sus millones”²⁸⁵. Acaba-se sempre recorrendo à Política e, equivocadamente, ao Direito: “queremos uma lei para parar as mortes no trânsito” é o pedido do senso comum, organizado ou espontâneo.

Hoje, toda e qualquer frustração ou dissabor enfrentado na cotidianidade é reportado ao Sistema Político; as pessoas não estão acostumadas a conviver com aborrecimentos ou aceitá-los, embora gostem de ver notícias sobre eles²⁸⁶. O Sistema Político é limitado pela própria ideia de Estado Democrático de Direito, o qual prescreve que é preciso respeitar liberdades previstas na Constituição Federal antes de prescrever punições.

Assim, quando estas pretensões dos cidadãos esbarram nas limitações que o Sistema Político sofre, elas buscam socorro no Poder Judiciário, organização central

André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003. p. 22.

²⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005. p. 37-42.

²⁸⁵ “seja porque os cachorros latem durante a noite ou os multimilionários querem colocar em segurança seus milhões”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de bienestar*. Versión española Fernando Vallespín. Madrid: Alianza, 2007. p. 148.

²⁸⁶ ADAMS, John. *Risco*. Tradução de Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: Senac, 2009. p. 35. Dentre estas catástrofes preferidas pelos indivíduos, Luhmann vai dizer que as reportagens e notícias que lidam com conflitos têm seu espaço na atenção das pessoas porque lidam com a própria incerteza do que está sendo noticiado, bem como pela quantidade de pessoas que são atingidas por ele. Além disso, outro ponto que vai despertar interesse será a transgressão à norma, aliada a escândalos e à atualidade dos mesmos. LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005. p. 57-67.

do Sistema do Direito. Esse socorro geralmente vem através de Juizados Especiais e tem como porta de entrada as Delegacias de Polícia (um órgão da administração pública, e não do Poder Judiciário). Entretanto, ocorre que as limitações constantes no Sistema do Direito são semelhantes às limitações da Política, e então estas frustrações acabam gerando instabilidade. Pode-se até falar em dupla decepção: “De esta manera, seguirá dándose una y otra vez que la norma de uno se convierte en la decepción de otro. Las normatizaciones entran en conflicto y con ello surge un problema nuevo, <<de nivel superior >>: el problema de la *doble decepción*”²⁸⁷.

Mas não basta a simples comunicação de uma expectativa na Sociedade ou, como falamos, a identificação da população com o candidato e do candidato com as demandas de um grupo ou de um cidadão, para que a Política recepcione isso. A eleição destas expectativas que serão recepcionadas ou não pela Política é feita de acordo com o código Governo/Oposição. Por isso, para uma expectativa ser internalizada pelo Sistema da Política e se transformar em uma lei (em termos amplos), ela terá que suplantar alguns elementos do sistema. Entre estes elementos, está a eleição.

A eleição, neste sentido, não se refere à escolha de um candidato ou sigla política, mas à escolha da expectativa ou informação que vai ser absorvida e operacionalizada pelo sistema. Além da eleição, é preciso que esta expectativa passe por uma dupla seleção. A seleção primeira é do Sistema da Política. Posteriormente, existe também uma segunda seleção do Sistema do Direito, porque a própria política já estabeleceu anteriormente que suas leis precisam passar por um controle de constitucionalidade, e quem faz isso é o Direito. Eis aí a dupla seleção. Ela nem sempre ocorre de forma imediata, e por diversas vezes, esta questão temporal causa ruídos nos sistemas. Agora, é esta mesma questão temporal que permite que, havendo dúvidas, a legislação criada pela política possa ser questionada a qualquer tempo. As dúvidas e incertezas nem sempre surgem de forma imediata.

Outra forma de pensar nesta dupla seleção em relação às expectativas cognitivas é a seguinte. A eleição destas expectativas que serão recepcionadas ou não é feita de acordo com o código Governo/Oposição. Desta maneira, para uma

²⁸⁷ “Desta maneira, seguirá se dando uma ou outra vez que a norma de alguém se converte na decepção de outro. As normatizações entram em conflito e com isso surge um problema novo, de nível superior: o problema da dupla decepção”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La moral de la sociedad*. Traducción de Iván Ortega Rodríguez. Madrid: Editorial, 2008. p. 46.

expectativa ser internalizada pelo sistema da política e depois operacionalizada pelo Sistema do Direito em suas decisões, ela passa por uma dupla seleção. É uma primeira seleção para sair do entorno e entrar nas comunicações da Sociedade, e depois uma seleção para entrar no próprio sistema, que trabalha com eleição.

Assim, embora a Política seja a porta de entrada das expectativas dos cidadãos, nem sempre estas expectativas vão conseguir comunicar dentro daquele sistema. Agora, mesmo que a Política as recepcione, isso nem sempre quer dizer que elas vão se manter vigentes na dinâmica de decisões jurídicas e das novas comunicações sociais sobre elas.

Restando claramente estabelecido o papel exercido pelo Sistema da Política na Sociedade e em sua estabilização, é preciso voltar o olhar para as configurações do Sistema do Direito e seu instrumental para solucionar nosso problema de tese.

3.1.3 Um Exemplo Privilegiado entre os Sistemas da Política e do Direito

As explicações tecidas até o momento sobre o funcionamento da Política e, superficialmente, sobre o papel do Direito na recepção e na elaboração das leis, pode ser melhor visualizado através de um exemplo efetivo de nossa Sociedade atual.

De início, reforça-se novamente uma questão que é de extrema importância, e passa despercebida por muitos, inclusive pesquisadores da área do Direito. Não é o Sistema do Direito o responsável pela elaboração das leis²⁸⁸, e isso é um dos elementos que dá legitimação para que ele possa operacionalizar, em uma ocasião posterior, estas leis elaboradas pelo Sistema Político. É o Sistema da Política que tem a função da elaboração das leis. De fato, em um dado lapso temporal, haverá uma interpenetração entre Sistema do Direito e Sistema Político - interpenetração esta legítima. Contudo, não é o Direito que cria as leis com as quais fundamenta seus julgamentos.

Isso quer dizer que todas as irresignações neste sentido têm que ser

²⁸⁸ Por exemplo, quando questionamos “o que o direito fará para disciplinar as novas tecnologias”, nossa indagação está direcionada para o sistema errado. Interessante observar as considerações (irônicas) de Celso Campilongo, com as quais compartilha-se: “Desconfio, a partir das minhas premissas, que não seja possível ao Direito promover desenvolvimento científico. Tenho a sensação de que não seja viável, com ferramentas jurídicas, promover desenvolvimento econômico. Tenho dúvidas se o Direito pode transformar muitas outras coisas além do próprio Direito.” CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 93.

comunicadas à Política, preferencialmente antes da aprovação destas legislações, e não ao Direito (ou não somente ao Direito).

Es necesario aquí, hacer una prevención. Naturalmente en la legitimación democrática puede apreciarse una interpenetración del sistema político en el sistema jurídico. Sin embargo es imprescindible tener presente que, desde una perspectiva sistémica, la ley no forma parte del sistema jurídico. Éste sólo está integrado por 'comunicaciones con contenido jurídico', de modo que sólo una vez que el sistema jurídico penal tematiza una ley (como estructura) y opera conforme a ella, se produce la incorporación comunicativa de la prescripción o prohibición como programa condicional. Soló en 'ese' momento la ley se hace relevante para el Derecho.²⁸⁹

Ainda que seja a Política a responsável pela elaboração da legislação e ela seja um Sistema Autopoiético (ou seja, operacionalmente fechado e cognitivamente aberto), o fato é que evidentemente as leis não são elaboradas com base apenas em suas informações internas, e tampouco têm como considerar os interesses de todos.

Não se sabe, por exemplo, quais as tendências da reforma universitária seriam preferidas pelos camponeses, qual a melhor organização judiciária para as donas de casa, quais condições de comércio atacadista são preferidas por professores secundários. Em termos realísticos é necessário supor que tais opiniões sequer possam existir ou serem geradas, e que só se possa produzir a ficção institucional das opiniões. Isso remete à necessidade da política²⁹⁰.

Essa é uma das funções do Sistema da Política e sua relação direta com as expectativas cognitivas. A Política precisa captar as expectativas dos cidadãos, fazer a dupla seleção e transformá-las em estruturas estáveis, com duração temporal e que transmitam a sensação de segurança. A sensação de segurança leva à estabilidade. Entretanto, não há como se considerar as expectativas e interesses de

²⁸⁹ “É necessário aqui, fazer um alerta. Naturalmente na legitimação democrática pode verificar-se uma interpenetração do sistema político no sistema jurídico. No entanto, é imprescindível saber que, em uma perspectiva sistêmica, a lei não faz parte do sistema jurídico. Este está integrado apenas por 'comunicações com conteúdo jurídico', de modo que apenas quando o sistema jurídico penal tematiza uma lei (como estrutura) e opera conforme ela, se produz a incorporação comunicativa da prescrição ou proibição como programa condicional. Apenas neste momento a lei se torna relevante para o Direito.” (tradução nossa). PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del derecho penal: ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA Editores, 2007. p. 331.

²⁹⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 86.

cada cidadão, e a criação legislativa então é feita através de uma ficção de que esta lei representa o interesse de todos.

Isto é o que se verifica com as tipificações das leis de trânsito, especialmente no que concerne aos delitos de embriaguez ao volante. Esta tipificação foi criada na tentativa de estabilizar as expectativas sociais, decorrentes dos desapontamentos cognitivos que as pessoas experimentavam em razão das diversas mortes no trânsito²⁹¹ e da necessidade de se encontrar um culpado (sistema psíquico mais estabilização social). Como isso não solucionou o problema a que se propunha solucionar (e nem poderia); geraram-se novos desapontamentos. Rapidamente, podem-se apontar quatro enfrentamentos políticos e jurídicos, em relação aos anseios de diminuição dos números de mortes no trânsito no Brasil.

A primeira delas, consta no Código de Trânsito de Brasileiro, de 1997.

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

A segunda é a que vigorou até o final do ano de 2012, e que sofreu diversas interpretações dos Tribunais:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008).

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008).

²⁹¹ Vale lembrar o que já foi tratado em outros trabalhos nossos: estas mortes nem sempre são necessariamente vinculadas à embriaguez, mas sim à imprudência, negligência e imperícia dos motoristas, ao excesso de velocidade, precário estado de conservação dos veículos, ou até mesmo os interesses dos meios de comunicação em manipular estatísticas e as informações a respeito do assunto. ROCHA, Leonel Severo; WEBBER, Suelen. Um eterno retorno: a (i)legitimidade sistêmica da tipificação dos delitos de trânsito no Brasil. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 8. n. 15, p. 46-65, 2013 e CALLEGARI, André Luís; WEBBER, Suelen. Os ruídos e as comunicações estabelecidas entre direito penal, sistema político e os meios de comunicação: o surgimento de um discurso expansionista. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 40, n. 129, p. 37-62, mar. 2013.

A terceira tentativa frustrada de tentar estabilizar expectativas de menos violência no trânsito, através do Direito e da Política, está contida no tão esperado Anteprojeto do Código Penal, o qual desde 1940 vem recebendo apenas retalhos de modificações. Neste caso, têm-se duas, isso mesmo, duas tipificações para este tipo de conduta social, com um aumento de pena²⁹².

Condução de veículo sob influência de álcool

Art. 202. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a segurança viária:

Penas – prisão, de um a três anos, sem prejuízo da responsabilização por qualquer outro crime cometido.

§ 1º A infração poderá ser demonstrada mediante qualquer meio de prova em direito admitida.

§ 2º O condutor tem o direito de solicitar a imediata realização do teste de bafômetro ou de exame de sangue em hospital da rede pública.

Condução de veículo com manifesta incapacidade

Art. 203. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, sendo manifesta a incapacidade para fazê-lo com segurança:

Penas – prisão, de um a três anos, sem prejuízo da responsabilização por qualquer outro crime cometido.

Enquanto aguardam-se os trâmites para a aprovação, elaboração e possível entrada em vigor do Novo Código Penal, na ânsia de contentar movimentos sociais e talvez buscar diminuir o número de mortes no trânsito, está em vigor uma quarta tentativa que entendemos frustrada. Desde o final de 2012, o Código de Trânsito Brasileiro trouxe nova tipificação e pena para esta conduta. Vejamos:

²⁹² Observe-se que mais um sintoma desta necessidade de tornar mais grave o fato foi que antes a conduta estava tipificada no Código de Trânsito, e agora, ela é trazida para o Código Penal, dando a ideia de que é ainda mais grave. Mas com a justificativa de que se pretendeu compilar todas as leis esparsas existentes e que tivessem relevância penal, a fim de evitar injustiças na disposição das penas. Para isso, conforme a justificativa introdutória do Anteprojeto do Código Penal, explicou ainda a comissão que cada crime previsto na parte especial do Código Penal atual ou na legislação extravagante foi submetido, portanto, a um triplo escrutínio: I) se permanece necessário e atual; II) se há figuras assemelhadas previstas noutra sede normativa; III) se as penas indicadas são adequadas à gravidade relativa do delito. Tudo isso, diante: “a) da necessidade de adequação às normas da Constituição de 1988 e aos tratados e convenções internacionais; b) da intervenção penal adequada e conforme entre a conduta e a resposta de natureza penal por parte do Estado; c) da seleção dos bens jurídicos imprescindíveis à paz social, em harmonia com a Constituição; d) da criminalização de fatos concretamente ofensivos aos bens jurídicos tutelados; e) da criminalização da conduta apenas quando os outros ramos do direito não puderem fornecer resposta suficiente; f) da relevância social dos tipos penais; g) da necessidade e da proporcionalidade da pena”. BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas. *Anteprojeto de Código Penal – Requerimento n. 756, de 2011*. Relatório final. Brasília, DF, 2012. p. 05-06. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/ante-projeto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas: detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I- concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 de álcool por litro de ar alveolar; ou

II- sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alterações da capacidade psicomotora.

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Recentemente, em 24 de setembro de 2015, foi aprovado pela Câmara dos Deputados novo projeto de lei número 5512/2013²⁹³, que prevê a duplicação da pena para quem causar um homicídio de trânsito estando embriagado, assim como aumenta a pena para quem causar lesões corporais no trânsito estando sob a influência de álcool²⁹⁴.

O que se pode perceber é que não se realizou nenhum estudo sociológico ou até mesmo utilizou-se um critério racional sistêmico nas tipificações e penalizações para esta conduta. Este é apenas um dos casos em que se pode experimentar a dupla decepção, oriunda de uma seleção de expectativas falha, e não por irritações posteriores. Mais precisamente porque já se sabia que o número de mortes no trânsito não era ocasionado mais por causa da ingestão de bebidas alcoólicas, mas por excesso de velocidade, precariedade dos veículos e imprudência e imperícia dos

²⁹³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 55/12/2013*. Altera dispositivo da Lei nº 9.503 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, para dispor sobre o índice tolerável de alcoolemia na direção de veículos automotores. Disponível em: <www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=575823>. Acesso em 09 nov. 2015. Importante ressaltar que este projeto encontra-se apensado a outro Projeto de Lei que trata da embriaguez ao volante, o Projeto de Lei número 5.568/2013. Agora, eles seguem para o Senado com o número 5.568-A/2013 e PL 1468/2015.

²⁹⁴ Aqui parece que as coisas começam a tomar nova forma, porque sairia-se da esfera da possibilidade e se provaria a conexão do fato embriaguez ligado ao evento culpa na morte ocorrida no trânsito. Claro que ainda assim mesmo com a embriaguez o acidente pode estar ligado aos outros fatores já citados, mas neste caso, há um nexos causal que de alguma forma a embriaguez contribuiu para isso e, cabe a parte que assumiu este risco, provar o contrário. De qualquer forma, embora esta nova legislação possa ser um avanço, não vejo como o aumento da pena, sozinho, poderá resolver o problema das mortes no trânsito. Com isso, voltamos a discussão anterior.

motoristas. Tudo isso já era sabido antes da elaboração das leis que visava apenas ter um caráter de mais punibilidade.

Internalizada esta comunicação social na Política e operacionalizada dentro dela, transformando-se em lei, a questão agora ressoa dentro do Poder Judiciário. Ao longo destas mudanças normativas, os delitos e as condutas continuaram ocorrendo ininterruptamente na Sociedade e chegando aos julgadores para decisões. Em dado momento, com a Lei número 12.769, chegou-se ao ponto de surgir uma série de decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul conflitantes, com interpretação de que alguns grupos da Sociedade deram à norma. Alguns julgadores entendiam, por exemplo, que era necessária a prova não apenas da alcoolemia, mas que de esta tenha alterado o estado psicomotor do condutor²⁹⁵. Outros, entendiam que a mera prova de que a pessoa estava embriagada já era suficiente para punição, sendo que também haviam entendimentos que reportavam-se aos critérios numéricos da norma anterior. Nas decisões mais recentes do Tribunal, após a alteração desta legislação, ainda encontra-se este debate, pois

²⁹⁵ Neste sentido: "APELAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. BAFÔMETRO. PROVA PERICIAL INVÁLIDA. AUSÊNCIA DE VERIFICAÇÃO DO INMETRO. 1. Conforme a atual redação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, constitui conduta típica a condução do veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada (caput) em razão da concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 decigramas (§ 1º, I) ou em razão do consumo de substâncias psicoativas (§ 1º, II). Assim, a adequação típica da conduta, agora, depende não apenas da constatação da embriaguez (seis dg de álcool por litro de sangue), mas, também, da comprovação da alteração da capacidade psicomotora pelos meios de prova admitidos em direito. 2. De fato, apesar de a modificação legislativa ter inserido nova elementar no tipo penal, continua exigindo a demonstração específica da quantidade de álcool por litro de sangue ou por litro de ar e, para isso, é imprescindível, a existência de prova pericial válida, assim compreendida como aquela produzida em estrita conformidade aos preceitos legais (nos quais se inserem as Resoluções do CONTRAM) e processuais penais. É o que decorre do princípio da estrita legalidade. 3. A calibragem tem por finalidade estabelecer, tecnicamente, os padrões de funcionamento do aparelho; a verificação, por sua vez, se destina a conferir se o aparelho está devidamente calibrado e em normais condições de funcionamento, conforme as exigências do INMETRO. São, de fato, coisas diferentes, e exatamente em razão dessa diferença devem ser observadas cumulativamente, uma independentemente da outra, inclusive porque a verificação se presta a garantir que o aparelho utilizado esteja calibrado, e, pois, em condições de uso. 4. No caso concreto, não há nos autos prova da efetiva verificação do aparelho de etilômetro. Assim, é inválida a prova pericial, por inobservância dos requisitos formais de funcionamento do aparelho de bafômetro utilizado, sendo, pois, impositiva a absolvição. RECURSO PROVIDO. POR MAIORIA. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação crime nº 70055335301*, da Terceira Câmara Criminal. Apelado: Ministério Público. Apelante: Jair Taborda Ramos. Relator: Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, Julgado em: 03 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70055335301&num_processo=70055335301&codEmenta=5484395&temIntTeor=true>. Acesso em: 28 ago. 2015. Ressalto que em que pese este desembargador já ter se aposentado no ano de 2014, ainda é de grande relevância seus julgados, na medida em que as pessoas que receberam estas decisões não terão as mesmas modificadas. Além disso, estas decisões foram comunicadas do sistema para a Sociedade, e com isso geraram novas comunicações.

tanto advogados como Promotores de Justiça e juízes de primeiro grau ainda estão perdidos neste turbilhão de modificações precariamente estruturadas²⁹⁶.

²⁹⁶ Veja-se que em todas as ementas a seguir colacionadas, que advém de relatores distintos, em algum momento é levantada esta questão da modificação da lei, e do que é exigido agora para que se comprove a tipificação do delito de embriaguez ao volante. “Processo Crime: Segredo de Justiça. APELAÇÃO CRIME. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. (Art. 306 do CTB). DIRIGIR VEÍCULO SEM HABILITAÇÃO (ART. 309 do CTB). MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. Teste de alcoolemia realizado com aparelho de ar alveolar que atendia ao determinado na Resolução nº 206/2006. Fato anterior à alteração legislativa de 2012. A redação do art. 306 do CTB vigente à época do fato exigia, como única forma de comprovação da embriaguez, a constatação de concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas, ou a equivalência de 3 (três) décimos de miligrama de álcool por litro de ar expelido pelos pulmões, conforme disposição do art. 2º, inc. II, do Decreto n.º 6.488. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. Desnecessária a comprovação do perigo de dano, além de ser crime formal, ou seja, independe de resultado naturalístico. ART. 309 DO CTB. Demonstrado que o réu dirigia veículo sem CNH e colidiu em viatura da polícia, na contramão de direção. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação crime nº 70065818304*, da Segunda Câmara Criminal. Apelado: Ministério Público. Apelante: Omar Vargas da Silva. Relator: Luiz Mello Guimarães. Porto Alegre, Julgado em: 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70065818304&num_processo=70065818304&codEmenta=6449255&temIntTeor=true>. Acesso em: 28 ago. 2015. Processo Crime: Segredo de Justiça. APELAÇÃO CRIMINAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI 9.503/97. PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. DOSIMETRIA DA PENA. 1. Materialidade e autoria comprovada. Provas são suficientes para demonstrar que o réu praticou o crime do art. 306 do CTB, tendo sido comprovada, por meio do teste do etilômetro, a concentração de 1,58 mg/L. 2. O delito de embriaguez no volante, mesmo após a redação dada pela Lei 12.760/2012, é de perigo abstrato, sendo que, para sua configuração, não se exige resultado ou demonstração de perigo. Presume-se, a partir da concentração de álcool por litro de sangue acima do permitido, a alteração da capacidade psicomotora. Precedentes. APELAÇÃO PROVIDA. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação crime nº 70064188105*, da Primeira Câmara Criminal. Apelado: Laury Voese. Apelante: Ministério Público. Relator: Julio Cesar Finger. Porto Alegre, Julgado em: 26 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70064188105&num_processo=70064188105&codEmenta=6435665&temIntTeor=true>. Acesso em: 28 ago. 2015. Processo Crime: Segredo de Justiça. Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. ARTS. 306 E 309 DO CTB. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. DIREÇÃO SEM HABILITAÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA. ABSORÇÃO DO DELITO DO ART. 309 PELO DELITO DO ART. 306 IMPOSSIBILITADA. PENA DE MULTA MANTIDA. 1. As provas são suficientes para demonstrar a incidência do réu no tipo do art. 306, caput, do CTB. Segundo a nova redação do art. 306, a prova testemunhal, em conformidade com o exposto na resolução 432 do CONTRAN, é apta a demonstrar a materialidade do crime. 2. O réu conduziu veículo automotor sem habilitação, perdendo o controle, embriagado, caindo em uma valeta lateral à rodovia, sendo demonstrado o perigo concreto. 3. A conduta de dirigir veículo automotor sem habilitação, gerando perigo de dano, não é um crime-meio necessário para que ocorra a conduta do delito de embriaguez ao volante, uma vez que ambos são delitos autônomos. 3. A multa é preceito secundário do tipo pelo qual o réu foi condenado, não havendo previsão legal para a isenção do pagamento, ainda que se trate de réu pobre. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação crime nº 70064655897*, Primeira Câmara Criminal. Apelado: Ministério Público. Apelante: Cloacir Matiolevis Peres. Relator: Julio Cesar Finger. Porto Alegre, Julgado em: 26 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70064655897&num_processo=70064655897&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&foro=0&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1>. Acesso em: 28 ago. 2015. Processo Crime: Segredo de Justiça. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ARTIGO 306 DO CTB).

O fato é que, independente de como se tenha estabelecido normativamente e jurisprudencialmente a forma de comprovar a tipificação do delito, os acidentes de trânsito e as conduções de veículos automotores sob a influência de álcool continuam acontecendo.

A Sociedade é um complexo sistema de comunicações, e as comunicações são a base da interação social. Consequentemente, estas comunicações serão o pilar da definição das ações. Deste modo, mesmo que nós não tenhamos ainda detalhado o Sistema do Direito, para entender melhor o que ocorre com o nosso exemplo dos delitos de trânsito, podemos dizer que, quando se fala em Direito, fala-

Praticado o fato depois do advento da Lei nº. 12.760/2012, afigura-se viável a demonstração da infração prevista no artigo 306, caput, do Código de Trânsito Brasileiro por meio de prova outro que não a verificação do índice de alcoolemia, através da realização de teste com etilômetro. Caso em que o estado de embriaguez do acusado vem demonstrado pela prova oral coligida, mormente pelas declarações prestadas pelos agentes policiais, bem assim pelo exame clínico, constatando que apresentava o recorrente, na oportunidade, vestes desalinhadas, equilíbrio alterado, hálito etílico, atividade eufórica e face de coloração ruborizada. DESACATO. Induvidosa existência e autoria da infração imputada a denunciado que, abordado, veio irrogar ofensas aos policiais militares. Condenações mantidas. APELO DESPROVIDO. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação crime nº 70065895898*, da Primeira Câmara Criminal. Apelado: Justiça Pública. Apelante: Rafael de Oliveira Vaz. Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto. Porto Alegre, Julgado em 26 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70065895898&num_processo=70065895898&codEmenta=6440459&temIntTeor=true>. Acesso em: 28 ago. 2015. Processo Crime: Segredo de Justiça. APELAÇÃO-CRIME. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ABSOLVIÇÃO. ATIPICIDADE. Atipicidade. O princípio da legalidade constitui pedra angular do ordenamento jurídico pátrio e é basilar da democracia. Previsão constitucional no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal e legal no artigo 1º do Código Penal. Referido princípio também é consagrado internacionalmente, a exemplo do artigo XI, 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e artigo 9º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Decorrencia do princípio da legalidade é a irretroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu (artigo 5º, XL, da Constituição Federal e artigo 2º, parágrafo único do Código Penal). A interpretação a luz dos princípios aludidos é pressuposto para compreensão da matéria. Alteração no tipo penal. O delito pelo qual o réu foi denunciado possuía elementar típica consistente em "conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas [...]", ao passo que, com a redação alterada, em 20 de dezembro de 2012, pela Lei nº 12.760, a conduta delituosa passou a ser: "conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou outra substância que determine dependência". No caso concreto, a lei nova criminalizou uma conduta antes atípica (conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada) e tornou atípica uma conduta antes criminosa (conduzir veículo automotor com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas). Insuficiência de provas. Além da atipicidade constatada, inexistem nos autos provas aptas a demonstrar a alteração da capacidade psicomotora do acusado. Os policiais militares que realizaram a abordagem referiram "sinais de embriaguez", mas não há indicação de qualquer conduta concreta que sinalizasse a configuração da elementar típica inserida pela Lei nº 12.760/2012. APELO PROVIDO. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação crime nº 70060065943*, da Terceira Câmara Criminal. Apelado: Ministério Público. Apelante: Alaor Fontel. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Porto Alegre, Julgado em: 02 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70060065943&num_processo=70060065943&codEmenta=5978483&temIntTeor=true>. Acesso em: 28 ago. 2015.

se de um conceito que se refere “aquellas estructuras de expectativas que se han institucionalizado (en procedimientos formalizados) con vigencia para el conjunto de la sociedad. [...]. Dicho en una nueva expresión, el Derecho define la configuración de la sociedad”²⁹⁷.

Mas o Direito não tem conseguido definir esta configuração social, muito menos com o que lhe é repassado pela Política. O problema que se enfrenta neste exemplo é que os delitos deveriam ser a expressão de frustrações de expectativas que não puderam e não podem mais ser reestabilizadas por outros Sistemas ou setores que não o Direito Penal. No entanto, antes mesmo de tentativas de outros sistemas, antes que se oportunize recomunicar isso em outra direção, a Política acolhe esta insatisfação, muitas vezes por interesses outros que não os de solucionar a questão, e tipifica a conduta, fazendo com que se perca esta particularidade. Com isso, força o próprio Direito, em certa medida, a perder suas características.

Há um excesso de expectativas variadas e um inegável e elevado poder de comunicação na Sociedade e na estrutura de recepção dos Sistemas. Diante deste cenário, é preciso pensar como será internalizada esta discussão sobre a estabilização da Sociedade em relação às expectativas emanadas pelo Poder Legislativo ao Poder Judiciário. Ou, quais serão as expectativas que integraram o acoplamento privilegiado entre Direito e Política?

[...] es qué expectativas son las que protege el sistema jurídico penal. [...]. El eje de la discusión acerca de la legitimidad no gira sólo en torno a las 'clases' de expectativas garantizadas, sino que, muy especialmente, a 'quiénes' son los destinatarios de esas expectativas. Este problema generalmente se elude – o se da erradamente por supuesto -, pues lo primero que parece suponerse es que dichos destinatarios son los *partícipes de la vida en sociedad*, es decir, las personas. Sin embargo, hay razones para suponer que el problema es largamente más complejo²⁹⁸.

²⁹⁷ “aquelas estruturas de expectativas que se tem institucionalizado (em um procedimento formal) com vigência para o conjunto da sociedade. [...]. Dito de outra forma, o Direito define a configuração da sociedade.” (tradução nossa). MÜSSIG, Bernd. Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva em derecho penal: puntos de partida para una sistematización. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA Editores, 2007. p. 255.

²⁹⁸ “quais são as expectativas que o sistema jurídico penal protege. [...]. O eixo da discussão em relação à legitimidade não gira apenas em torno das “classes” de expectativas asseguradas, mas, especialmente, em torno de “quem” são os destinatários destas expectativas. Este problema geralmente se elude – ou enganosamente se supõe – pois o primeiro que parece se supor é que

A dificuldade em responder a esta pergunta é muito mais complexa e difícil do que parece à primeira vista. Isso se deve ao fato de que Direito não deve estabilizar apenas expectativas das comunicações sociais, dos indivíduos ou de outros sistemas, mas “*el sistema del Derecho incluso debe estabilizar expectativas que se le dirigen a él mismo*”²⁹⁹, para que possa viabilizar a sua própria operação.

E como se daria a estabilização destas expectativas, se nos voltarmos apenas para o Direito Penal, que é o berço do nosso exemplo? Em uma lógica de estabilização social e interna, a punição ou a sanção não podem mais satisfazer esta resposta. Além de ser mais apropriada para Sociedades arcaicas, sistemicamente, a punição não é uma forma de estabilização, pois há estabilização tanto quando se aplica uma punição como quando não se aplica. Por isso que a punição deve ser algo excepcional na Sociedade. Em termos de estabilização, algumas vezes estabiliza-se mais com a não punição do que com a própria punição.

Én otros términos, *es un error identificar la función del Derecho Penal con la función de la pena*. La función del sistema jurídico-penal, de estabilización de expectativas, no sólo se verifica cuando se impone una pena (o medida de seguridad) sino también cuando no se aplica ninguna de ellas, por ejemplo, por haber operado algunas de sus estructuras de legitimidad. Es decir, tanto la pena (P), como la no-pena (~P), forman parte de la función del sistema jurídico penal. En un ejemplo sencillo: es tan perturbador de la normatividad social el hecho de quedar impune un homicida que há obrado culpablemente, como el hecho de condenar a una persona por un hecho no tipificado legalmente. Luego, la estabilización de la norma se produce a ambos lados de la distinción. El Derecho penal cumple su función y, por tanto, opera legítimamente, tanto cuando se castiga al homicida como cuando no pena a quien há cometido una conducta que, aunque lesiva para los intereses sociales, no estaba tipificada³⁰⁰.

ditos destinatários são os participantes da vida em sociedade, ou seja, as pessoas. No entanto, há razões para supor que o problema é muito mais complexo”. (tradução nossa). PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del derecho penal: ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA Editores, 2007. p 323.

²⁹⁹ “o sistema do Direito inclusive deve estabilizar as expectativas que são dirigidas a si mesmo”. (tradução nossa). PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del derecho penal: ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA Editores, 2007. p. 325.

³⁰⁰ “Em outros termos, é um erro identificar a função do Direito Penal com a função da pena. A função do sistema jurídico-penal, de estabilização de expectativas, não apenas se verifica quando se impõe uma pena (ou medida de segurança), mas também quando não se aplica nenhuma delas, por exemplo, por ter operado alguma de suas estruturas de legitimidade. Ou seja, tanto a pena (P), como a não-pena (~P), formam parte da função do sistema jurídico penal. Em um exemplo

É preciso ficar claro: mesmo que exista estabilidade, ainda assim há a possibilidade de ocorrerem decepções. Isso não será um problema, desde que ela fique isolada, seja trabalhada, e não cause irritação. Dito de outro modo: que se trate de um caso individual e não de uma prática costumeira. Não podem ocorrer mais decepções do que realizações.

Da mesma forma, as normas por si só, mesmo que sejam expectativas de comportamento na forma generalizada e com duração temporal, permitem que ocorram desilusões. Ainda assim, como possuem consistência, podem se manter. Por exemplo: quando um conhecido comete um crime de furto, você passa a não acreditar mais naquele ser humano; justamente, porque “o crime desacredita a própria pessoa, e totalmente”³⁰¹. Ou seja, há uma desacreditação pessoal da pessoa daquele ser humano e se experimenta uma decepção (cognitiva). Independentemente dos desapontamentos que se experimentou diante deste fato, e da decisão que seja tomada sobre ele – condenado ou absolvido –, a norma, que é uma espécie de expectativa, segue vigente, segue válida e estável.

Agora, agregam-se outros elementos. Este conhecido poderia ser um Juiz, e então o sentido desta desacreditação tem outros níveis: você deixa de acreditar no conhecido, mas não deixa de acreditar, de ter expectativas sobre o papel social dos juízes (não se deixou de acreditar na Magistratura com a condenação do Juiz “Lalau”, ou do “caso do ex-juiz Rocha Mattos”³⁰²). Embora tenha, possivelmente, aumentado a desconfiança no Poder Judiciário (o que mostra que sempre há um

simples: perturba tanto a normatividade social o fato de ficar impune um homicida que tenha agido com culpa, como o fato de condenar uma pessoa por um fato não tipificado legalmente. Logo, a estabilização da norma produz a ambos os lados da distinção. O Direito penal cumpre sua função e, portanto, opera legitimamente, tanto quando se castiga o homicida como quando não se pune alguém que tenha tido uma conduta que, ainda que lesiva aos interesses sociais, não estava tipificada”. (tradução nossa). PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del derecho penal: ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA Editores, 2007. p. 330.

³⁰¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 106.

³⁰² Apenas para relembrar. O “caso do Juiz Lalau”, refere-se ao ex-Magistrado Nicolau dos Santos Neto, ex-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, que foi condenado por desviar valores da construção do prédio da sede do Tribunal, e decorrente deste ato, outras tipificações, construção essa que começou em 1992. O processo foi aberto em 1999, com condenação definitiva em 2002 a pena de vinte seis anos de prisão, que hoje ele cumpre em regime domiciliar. Já o “caso do ex-juiz Rocha Mattos” envolve o ex-juiz Federal João Carlos da Rocha Mattos, que foi condenado por ser mentor de uma organização criminosa que negociava decisões judiciais, sendo desvendado seu esquema através da operação da polícia federal denominada Anaconda, iniciada em 2003. Em abril de 2015, ele foi condenado a dezessete anos, cinco meses e dez dias de prisão pelos crimes de lavagem de dinheiro e evasão de divisas, além de ter perdido o cargo.

jogo entre a pessoa e a organização).

Em pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas Direito do Rio de Janeiro, com apoio do Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas (Ipespe), verificou-se que os brasileiros ainda têm confiança tanto no Poder Judiciário como nos Julgadores. Conforme os dados da pesquisa, o Poder Judiciário era o 9^o colocado no critério confiança, enquanto o Juiz era o 5^o profissional mais confiável³⁰³. Estes dados não mostram apenas que a confiança nos Magistrados permaneceu após as condenações de juizes, mas que há uma forte vinculação da imagem do ser humano na confiança social. Isso explica, por exemplo, por que o Poder Judiciário não tem a mesma faixa de confiabilidade que os seus membros, o que pode parecer inclusive contraditório³⁰⁴.

Talvez aqui esteja um dos mais intrigantes pontos de estudo proporcionados pelo Direito Penal á recepção de expectativas e a produção de desapontamentos, em termo de Teoria dos Sistemas: o crime e a penalização consideram estritamente a pessoa do acusado, e as expectativas necessariamente têm que ser trabalhadas em dois níveis. Sendo assim, vale à pena voltar a isso: quais são estas expectativas sociais que se tenta estabilizar?³⁰⁵ Em que termos se pode pensar em estruturação de expectativas dos participantes de um processo judicial e estabilização do Sistema?

Até o momento, pode-se dizer que o que existe é um Sistema de expectativas, e são elas que permitem a vida social³⁰⁶. Por isso é importante questionar: como estruturar estas expectativas frente a decisões jurídicas sempre contingentes?

³⁰³ FALCÃO, Joaquim. O brasileiro e o judiciário. *Conjuntura Econômica*, Rio de Janeiro, v. 63, n. 4, abr. 2009.

³⁰⁴ Da mesma forma, esta pesquisa aponta que, na época, o Presidente da República do Brasil era dotado de grande taxa de confiabilidade, por ser a pessoa do Lula. FALCÃO, Joaquim. O brasileiro e o judiciário. *Conjuntura Econômica*, Rio de Janeiro, v. 63, n. 4, abr. 2009.

³⁰⁵ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del derecho penal: ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA Editores, 2007. p. 322.

³⁰⁶ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del derecho penal: ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA Editores, 2007. p. 355.

3.2 Estabilidade Social

As formas de organização da Sociedade e de suas comunicações variam com o tempo e a evolução, como foi visto no primeiro capítulo. As formas de legitimação e de estabilização também. O que não muda é que, em Sociedades complexas, a questão central (que antes sequer era observada em Sociedades arcaicas) passa a ser a estabilização. Tudo gira em torno disto.

La estabilización de los sistemas es la cuestión central de la ciencia social, constituye el punto de referencia funcional de sus temas y de sus teorías en cuanto que el mantenimiento y el crecimiento del grado de comprensión y de reducción de la complejidad alcanzado a través del sistema, es el problema fundamental de la ciencia social. Y esto es posible sólo si los sistemas son estables³⁰⁷.

Os sistemas só conseguem resolver seus problemas se estão estabilizados, e estabilizar-se também é um problema constante e de grande dificuldade, que exige muito esforço e concentração. A partir do momento em que a questão fundamental passa a ser esta, qual seja, estabilidade para manter sua existência, será preciso criar uma estrutura³⁰⁸.

El sistema tiene necesidad de disponer de una estructura estable, consistente, adecuada, de una estructura capaz de resistir las variaciones del entorno y de reaccionar de manera apropiada ante los eventos que se verifican en el interior del sistema; de una estructura capaz de controlar las interferencias y las desviaciones, de aislar las decepciones preparando los mecanismos que impidan a las

³⁰⁷ “A estabilização dos sistemas é a questão central da ciência social, constitui o ponto de referência funcional dos seus temas e de suas teorias enquanto que a manutenção e o crescimento do grau de compreensão e de redução da complexidade alcançado através do sistema, é o problema fundamental da ciência social. E isto é possível somente se os sistemas são estáveis”. (tradução nossa). DE GIORGI, Raffaele. *Ciencia del derecho y legitimación*. México: Universidad Iberoamericana, 2007. p. 241.

³⁰⁸ Essa é uma preocupação que irá se manter mesmo na ocorrência de transição de uma Sociedade nacionalmente organizada para uma Sociedade global. Lescano e Teubner expõem esta preocupação com a necessidade de se encontrar mecanismos capazes de absorver incertezas, no sentido de trabalhar os desapontamentos. Para eles, a resposta estará em uma rede judicial estabelecida em nível global, capaz de lidar com esta complexidade. “No sistema jurídico policêntrico, a segurança jurídica não pode ser garantida por uma instância decisória hierarquicamente superior posicionada no centro do direito. Em seu lugar, o que pode ser esperado realisticamente é a absorção de incerteza por um processo de conexão interativa entre decisões. [...]. Nesse sentido, há uma conexão com a questão da absorção de incerteza nas redes e nas organizações formais, isto é, aceitação de decisões precedentes com um potencial constante para variações.” FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Colisões de regimes – a busca vã por unidade jurídica na fragmentação do direito global. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/50474>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

decepciones prevalecer sobre la certeza y sobre la reducción de la complejidad alcanzadas por el sistema³⁰⁹.

Mas atualmente, qual seria a estrutura capaz de lidar com a expectativa de estabilidade social, e além de permitir que se projete a mesma no futuro, consiga estabilizá-la no tempo presente? Quais os desafios que uma Sociedade de Complexidade, em um país com Democracia, com um Sistema Jurídico onibarcador e uma Política que enfrenta diversas dificuldades operacionais, impõem ao processo de estabilização? Ainda é possível pensar em estabilização em nível social?

3.2.1 A Sociedade Complexa

A Sociedade enquanto Sistema é constituída de complexidade, e esta complexidade é, por sua vez, constituída de um paradoxo, já que é uma unidade de multiplicidades de possibilidades. Ou seja, assim como uma folha que possui dois lados mas é uma única folha, a complexidade, embora seja uma, é a representação de uma série de atos em potencial que podem ocorrer a qualquer momento. Complexidade, risco, expectativas e contingência estão sempre ligados.

A ligação entre risco e complexidade³¹⁰ vai se dar no momento da redução da complexidade: para reduzir complexidade exige-se decisão, e decisão leva a risco. Neste caso, principalmente, leva ao risco de desapontamento de expectativas. Somado a tudo isso, tem-se a contingência: a decisão tomada sempre poderia ter sido outra. Isto é, não há espaço para se falar na certeza quanto ao conteúdo de uma decisão jurídica, mesmo quando se quer falar em estabilização de expectativas. “Certeza jurídica, aqui, vai entendida enquanto certeza de que uma decisão será tomada e não como antecipação do conteúdo da decisão³¹¹”. Esse esclarecimento é

³⁰⁹ “O sistema tem necessidade de dispor de uma estrutura estável, consistente, adequada, de uma estrutura capaz de resistir às variações do entorno e de reagir de maneira apropriada diante dos eventos que se verificam no interior do sistema; de uma estrutura capaz de controlar as interferências e os desvios, de isolar as decepções preparando os mecanismos que impeçam que as decepções prevaleçam sobre a certeza e sobre a redução da complexidade alcançadas pelo sistema”. (tradução nossa). DE GIORGI. Raffaele. *Ciencia del derecho y legitimacion*. México: Universidad Iberoamericana, 2007. p. 246.

³¹⁰ Esta relação entre risco, complexidade e decisão já foi exaustivamente explorada quando da dissertação de mestrado. Como trata-se da continuidade daquele trabalho, as considerações lá feitas devem acompanhar esta leitura.

³¹¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 82.

fundamental.

Dessa forma, sendo um Sistema composto por comunicações observadas a partir de um código, e considerando que o Direito gira sobre o código Direito/Não-Direito³¹², seus programas serão toda a comunicação de expectativas, tanto cognitivas como normativas que se façam necessárias para adjudicar a informação e possibilitar a tomada de decisão. Como um exemplo bem sucedido de programação, pode-se citar a Constituição Federal, que traz tanto as expectativas cognitivas dos brasileiros como suas expectativas normativas, que são seus anseios positivados, representando um acoplamento privilegiado entre Direito e Política, como observou-se anteriormente.

Nesta observação da decisão judicial como meio de redução de complexidade e estabilização de expectativas, não se pode esquecer que as duas únicas obrigações existentes no Direito são em relação a ele mesmo e à decisão, e não em relação ao comportamento dos indivíduos, mas sim a estabilização de suas expectativas através desta obrigação de decisão.

Muito antes de haver a Sociedade de Complexidade, haviam outras formas de se pensar a relação e comunicação dos indivíduos em grupos. As tomadas de decisão, a Política e o Direito operavam de forma diversa. Compreender essa fase anterior é fundamental para que se consiga alcançar efetivamente as mudanças que se propõe aqui.

Mais do que isso, neste momento da construção, parece necessário colocar tudo o que já foi dito aqui de forma um pouco diferente, com outros contextos e perspectivas. Com isso, poder-se-á consolidar academicamente, em diferentes frentes, este trabalho. Além disso, será possível fazer com que pesquisadores não sistêmicos consigam vislumbrar nossas indagações sob outras perspectivas.

Para realizar esta empreitada, utilizaremos alguns escritos dos autores Philip Selznick e Philippe Nonet³¹³. Seus escritos casam perfeitamente com o nosso

³¹² É necessário lembrar que não há superioridade entre os valores deste código, apenas uma carga positiva e uma negativa. "Nella logica di immunizzazione del sistema sociale complessivo, il diritto non acquisisce un valore superiore rispetto al non-diritto, così come il fattuale risulta fungibile e simmetrico al controfattuale, il positivo al negativo, l' aspettativa normativa a quella cognitiva." "Na lógica de imunização do sistema social complexo, o direito não obtém um valor superior a respeito ao não-direito, assim como o factual resulta fungível e simétrico ao contrafactual, o positivo ao negativo, a expectativa normativa a aquela cognitiva." (tradução nossa). MOCERATINI, Arianna. *Procedura come norma: riflessioni filosofico-giuridiche su Niklas Luhmann*. Bologna: Torino, 2001. p. 122.

³¹³ Parte destas considerações que seguirão neste capítulo já foram parcialmente feitas no artigo publicado em conjunto com o orientador. No entanto, após a publicação, pontos substanciais, em especial os que serão trazidos para esta tese, tiveram suas conclusões modificadas. ROCHA,

referencial teórico base, não implicando esta mudança de foco momentânea em mixagem teórica ou aproveitamento de apenas parte das teorias.

Como referido em outro momento, a evolução, os mecanismos de legitimidade e estabilização, bem como as expectativas e decisões da Sociedade, vão sendo alterados, de acordo com as comunicações sociais. No trabalho *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*, estes autores mostram como os modelos de Política e Direito, que sempre fizeram parte das Sociedades complexas, foram perdendo competência frente às novas exigências sociais. Para isso, três modelos de Direito e Política serão analisados, iniciando pelo modelo de Direito Repressivo (Selznick), e, do mesmo período, o denominado por Leonel Severo Rocha, Direito Autoritário.

A concepção de Direito Repressivo adota uma tripartição social de poder, a qual é comumente adotada hoje em países presidencialistas - Direito, Política e Sistema Normativo. Efetivamente não se via isso no estágio da repressão, mesmo quando este modelo se apresentava em sociedades presidencialistas e ditas democráticas. Isto é, ele não ocorre apenas na ditadura mas, considerando que limita e ofende a liberdade, não é um modelo a se dizer democrático, o que gera alguns conflitos. Pode estar em uma Sociedade denominada Democrática, e ainda assim ser uma Sociedade repressiva em suas comunicações.

Efetivamente, o Direito Repressivo tem como uma de suas características basilares o fato do Direito ser transpassado pela Política, sem nenhuma blindagem ou escudo. Neste cenário, o Estado se constituiu em uma figura máxima de poder que controla a tudo e a todos, que legitima por si só tudo e todos e, portanto, com baixíssimo risco de responsabilidade social, mas com alto risco de ser questionado e “derrubado”. Em termos normativos, a lei é o que o Estado diz que é lei, e esta é aplicada apenas a determinadas classes. Então, fica claro que a noção de Estado como figura central do Poder e da tomada de decisão é predominante, mesmo que exista Direito e, com ele, Poder Judiciário ou outras organizações. A legitimação é substituída pelo poder do Estado, tanto no Brasil como nos Estados Unidos, contexto do qual partem as observações de Selznick e as nossas com Leonel Severo Rocha. Não se pode confundir poder e legitimação; medo com aceitação.

Leonel Severo; WEBBER, Suelen da Silva. Direito e sociedade em transição: respostas sociológicas para decisões judiciais autopoieticas. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; MENDES, Regina Lucia Teixeira; SCARAMELLA, Maria Luisa (Org.). *Sociologia, antropologia e cultura jurídicas*. 1. ed. Curitiba: FUNJAB, 2013. p. 315-336. (CONPEDI/UNICURITIBA).

Nessa ordem de ideias, a existência de Direito dentro destes moldes não garantirá que se possa falar ou ver justiça. Este Direito conterà muito mais injustiças do que justas (e as decisões tomadas também), já que estas estarão cobertas por um manto de autoridade e repressão. Por isso, “a noção de direito repressivo presume que qualquer ordem jurídica pode ser 'injustiça congelada'”³¹⁴. Aqui, nem todos têm legitimidade social para ter efetivamente direitos, embora formalmente tenham. Com isso, muitos ficam em uma situação de vulnerabilidade social, em que não serão respeitados procedimentos e haverá uma grande violação de direitos, entre eles, à liberdade, em suas diversas formas. Logo, há um déficit de democracia, o qual é contraditoriamente respaldado pelo Direito e pelo uso da força estatal. Mesmo neste estágio, o governante não abandona o Direito e a Lei, ou se quiser, de modo mais específico, a Constituição. Curiosamente, é ela que salvaguarda o governante, assim como as instituições. Portanto, aqui nos é apresentada uma forma de interrelação entre Política, Direito e Constituição que se afasta do que vimos no capítulo do Sistema da Política da Sociedade atual.

Por outro lado, é no Direito Repressivo que se encontra um déficit institucional do Estado. Ou seja, ele precisa constantemente se valer do uso da força para conseguir reprimir demandas e bloquear pautas, não conseguindo gerenciar isso através de uma organização. Ele não tem como operacionalizar e assimilar estas movimentações políticas, porque, em termos de organizações, ele não está com uma democracia bem instituída. Em outras palavras, como as organizações não são estruturadas e se confundem com o governo e com os ideais do Estado, suas decisões não têm aceitação, e a violência passa a ser uma prática constante para a manutenção do poder. A “legitimação” nesta fase se dá através da força, mais ou menos como ocorria nas sociedades estratificadas e segmentárias³¹⁵.

³¹⁴ SELZNICK, Philip; NONET, Philippe. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 71.

³¹⁵ As sociedades segmentárias se dividiam em clãs, tribos, famílias ou unidades afins, que possuíam subdivisões interiores, como as de patriarca ou chefe da tribo. Neste tipo de sociedade, o que se podia observar é que os seres humanos eram seu centro, sendo que os considerados não humanos (como os escravos ou os bárbaros) não pertenciam à sociedade. Logo, verifica-se que não há grande complexidade neste tipo de sociedade, podendo-se perceber mais facilmente situações de urgência não gerenciadas. Não há também uma grande diferenciação, sendo que a maior diferenciação é vista na questão dos papéis sociais, mas não uma diferenciação de funções da sociedade, o que leva as mesmas a permanecerem como são, sem grandes evoluções ou modificações, sendo que estas, quando muito, ocorrem na queda de um chefe ou sacerdote por outro, mantendo a mesma forma de diferenciação. Assim, o valor de diferenciação que toma conta desta sociedade é a igualdade. Contudo, o que pode começar a surgir nestas Sociedades é uma diferenciação centro/periferia, a qual surge porque o Império, por exemplo, passa a privilegiar

Este tipo de recurso serve como um legitimador (no sentido de justificação) das atitudes dos governantes. Eles precisam desta justificação, desta legitimidade, porque ela é o ingrediente indispensável para a permanência no poder, tanto na Política como para se fazer cumprir as decisões judiciais. Prova disto é que até mesmo a monarquia brasileira preocupou-se, por algum tempo, em procurar condições políticas que legitimassem o seu regime³¹⁶. Quer dizer, há a necessidade de o governante se legitimar (e ser legitimado) na Sociedade não apenas pela força, mas apoiado em algo ficticiosamente externo (já que tudo é controlado por ele), que será o Direito e a Lei. Se o apoio se der nos recursos da força, pode gerar o efeito inverso, e podem lhe tomar o poder da mesma forma que este governante o vinha assegurando.

No Brasil, isso só pode ser visto porque se viveu uma ditadura peculiar, conforme afirma Rocha:

O autoritarismo, que se pretende analisar, manifestou-se no Brasil, nos últimos vinte anos, constituindo-se num regime que, embora tivesse muitas características do totalitarismo, devido a seus compromissos com a burguesia nacional e internacional, não pôde jamais reivindicar, como faz o totalitarismo, o fim das divisões sociais e, conseqüentemente, uma legitimidade *a priori* de seu discurso³¹⁷.

Neste modelo de Direito, vem como uma das características marcantes desta forma de governo a relação Direito e Coerção. Vale salientar que o poder coercitivo nem sempre é repressivo³¹⁸. Portanto, só haverá espaço para se falar em repressão, mesmo durante a ditadura no Brasil, quando procedimentos e a integridade das

algumas famílias de comerciantes e não outras. As sociedades estratificadas, por sua vez, seguem dando importância ao indivíduo e aos laços de sangue, mas passam a se diferenciar por classes, não sendo permitido que as classes misturem-se ou venham a romper com os laços de sangue da classe superior para autorizar a entrada de um indivíduo naquele setor que advenha de setor inferior, o que poderia se dar, por exemplo, pelo casamento. Esta divisão em setores ocorre, evidentemente, com base em fatores econômicos e políticos, vez que há sempre uma centralização política e uma necessidade de o setor predominante manter-se no poder, até porque, o mesmo sempre foi consideravelmente menor que o resto da sociedade. A diferença predominante aqui é nobreza/povo e não mais simplesmente igualdade/desigualdade ou centro/periferia, pois para que estes fossem os critérios de diferenciação seria necessário que houvesse uma comparação entre os membros de um setor e outro com critérios comparativos de igualdade, o que não é sequer cogitado. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2002. p. 42-46.

³¹⁶ ROCHA, Leonel Severo. A democracia em Rui Barbosa. *Revista Sequência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, ano 17, n. 32, p. 25, jul. 1996.

³¹⁷ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 122.

³¹⁸ SELZNICK, Philip; NONET, Philippe. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 73-74.

pessoas for violada. Para Rocha, segundo Rui Barbosa³¹⁹, quando a liberdade, o maior dos direitos humanos³²⁰, for cerceada, sem legítima justificação, estar-se-á falando em repressão. Assim, não é o simples uso da força que o torna repressivo ou autoritário, mas sim a forma como isso ocorre. Como se dá a legitimação deste ato.

É por isso que a representação descrita pelos autores se diferencia de um totalitarismo ou de um Autoritarismo tradicional. Qual a relevância disto para nós? Isso implicará em diferentes formas de se tentar estabilizar as expectativas. Na medida em que este autoritarismo “anteriormente unificado, na figura do rei, em que a lei, o saber e o poder se exteriorizam em relação ao Estado, ou melhor, constituem uma nova forma política, o que provoca a necessidade da legitimação pela Sociedade através do exercício do poder”³²¹, ele deixa de ser arcaico e passa a ter um nível maior de complexidade. Isso lhe permite existir tanto na Democracia como na Ditadura.

Essa necessidade de legitimação surge exatamente porque a repressão é o recurso utilizado pelos governantes que enfrentam uma pobreza de recursos para administrar e, com isso, enfrentam dificuldades para ter aceitação social. Esta passa agora a ser necessária, diferente da monarquia, que tinha a fonte de legitimação em si mesma: sigo no comando com legitimidade porque meu pai fez isso anteriormente. A legitimidade era um legado, uma herança de poder.

Desta forma, quando o governo precisa agir de forma urgente mas não tem recursos para isso, começa a ser colocada à prova sua governança, e o principal, o seu poder. No caso da Ditadura, podem começar a surgir movimentos sociais de protesto que coloquem em risco a posição dos governantes, até mesmo por um “golpe”. Em razão disso, este governo passa a resistir a novos compromissos e demandas, ficando congelado³²². Atualmente, a diferença é que estes movimentos

³¹⁹ Destaca-se que utilizamos aqui o pensamento de Rui Barbosa de forma indireta, a partir dos trabalhos de Leonel Severo Rocha, não por comodidade ou praticidade, mas porque, Rocha realizou um trabalho de realocamento e releitura dos escritos de Rui Barbosa, para esta perspectiva. Ou seja, diretamente, os trabalhos de Rui Barbosa não têm este alcance de sentido, o qual só foi encontrado, a partir da pesquisa de Rocha. Portanto, o que interessa para esta tese, é o pensamento que foi desenvolvido por Rocha a partir dos escritos de Rui Barbosa, e não os escritos do mesmo no original, que necessitariam de uma releitura para se enquadrarem em nosso contexto, releitura esta que já foi feita por Rocha.

³²⁰ ROCHA, Leonel Severo. A democracia em Rui Barbosa. *Revista Sequência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, ano 17, n. 32, p. 29, jul. 1996.

³²¹ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 120.

³²² Esse foi um dos motivos pelos quais o regime ditatorial no Brasil e seus Atos Institucionais passaram de meras “recomendações” que indicavam um fim próximo desta forma de governo,

de protesto não podem tomar o poder por um golpe, mas recorrem às tentativas de *impeachment*.

Em termos de instituições, há outra semelhança: elas servem única e exclusivamente ao Estado, de tal forma que há um baixíssimo nível de complexidade e produção de sentido em suas decisões. Importa destacar que é neste momento que se institucionaliza e se organiza a exclusão. Mas não de forma sistêmica como compreendemos.

Aqui, o Estado cria as normas e conduz o Poder Judiciário de maneira a barrar e sufocar qualquer reclamação, manifestação ou “deslealdade”. As normas passam a ser aplicadas de acordo com a conveniência política e, para possibilitar que se faça isso, elas contam com uma grande capacidade de discricionariedade. Tal elemento permite que ela nunca seja aplicada contra o soberano, mas utilizada para defender seus interesses e de seu grupo, legitimar suas ações (sejam elas quais forem) e garantir sua permanência no poder. Logo, o Direito Penal será o foco e instrumento principal das instituições deste governo. Mais do que isso, nesta perspectiva, ainda hoje, passados vários anos desde a instituição deste modelo, o Direito Penal é um dos grandes destinatários das expectativas dos cidadãos; tanto na tomada de decisão quanto ao que será criminalizado, como na tomada de decisão sobre a culpabilidade ou não pelo ato praticado e sua respectiva pena.

Convém ressaltar que, ao contrário do Brasil, especificamente em termos do Direito Repressivo ocorrido nos Estados Unidos, esta estrutura de excluídos/incluídos³²³ é montada em uma forma luhmanniana. Por isso, os valores podem ser modificados, e em determinada situação pode-se passar de excluído

como se fosse apenas uma transição para uma “purificação”, até o desesperado Ato Institucional número cinco. Para uma abordagem mais completa, ver ROCHA, ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005, ou, de outra perspectiva: CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

³²³ Conforme Corsi: “Con la diferenciación funcional las diferencias de rango de la estratificación pierden su relevancia primaria y en su lugar subentra una estructura de la sociedad que parte del presupuesto de que todos pueden en principio participar en todas las formas de comunicación y las eventuales diferencias no son establecidas por la forma de la diferenciación.” “Com a diferenciação funcional, as diferenças de níveis de estratificação perdem sua relevância, e no seu lugar entra uma estrutura da sociedade que parte do pressuposto de que todos podem em princípio participar em todas as formas de comunicação e as eventuais diferenças não são estabelecidas pela forma da diferenciação.” (tradução nossa). CORSI, Giancarlo. *Inclusión/exclusión (inklusion/exklusion)*. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 125.

para incluído. Mesmo que isso não seja tão fácil, é possível que isso ocorra³²⁴. Há a intenção de que alguns sejam excluídos, mas não pontualmente determinadas pessoas; não há personificação.

O modelo Repressivo incentiva a subordinação de determinados grupos e a estruturação de defesas de um grupo contra outro, bem como do governo contra possíveis “traidores”. Ao fazer isso, consolida os privilégios do grupo da elite, que sempre tem a proteção do Estado. Já o Direito Repressivo/Autoritário brasileiro

[...] caracteriza-se pelo desprezo à participação social, o que lhe obriga a recorrer à censura policial e à negação dos princípios democráticos, o que implica um esfacelamento das instituições da sociedade civil. O autoritarismo, para impor suas decisões, é obrigado a utilizar-se da força, num permanente desrespeito aos direitos humanos. Daí a necessidade da utilização da ideologia da segurança nacional para justificar a violência empregada e da defesa do desenvolvimento econômico para justificar a concentração do capital nas mãos das classes ricas, o que produziu, a partir desta matriz, um Estado extremamente forte, baseado numa tecnoburocracia, que procurou, através de uma concentração de poderes jamais vista, intervir em todos os setores da sociedade³²⁵.

Pelos elementos trazidos até o momento, pode-se perceber que o Sistema do Direito Repressivo é o que se poderia ser comparado ao Sistema Aberto. Isso porque ele não tem limites operacionais ou cognitivos. Sendo assim, os problemas advindos disto são evidentes, entre eles a incapacidade de lidar com o excesso de possibilidades que a Sociedade apresenta ao longo de seu processo evolutivo³²⁶,

³²⁴ Veja-se a seguinte situação: “Todos os contatos sexuais de um homem durante as duas semanas anteriores à sua visita (ao posto de prevenção e controle das DST) - e no caso de nossos clientes, isso geralmente significa muitos homens e mulheres -, e todos os que são citados e identificados pelo desafortunado amante, devem ser localizados pela investigação. As mulheres são procuradas por carta ou pessoalmente em suas casas e empregos, e por fim, levadas ao posto de saúde (induzidas por motivação ou medo). Ali, seja qual for o resultado do exame clínico, elas são classificadas como G90 e recebem 4.800.000 unidades de penicilina - salvo se declaram ser alérgicas à substância. Pode-se imaginar os conflitos familiares e até tragédias acarretadas por esse tipo de interferência na vida privada das pessoas. Note-se que quem pode pagar uma consulta particular com médico é poupado dos relatórios oficiais e das investigações, e nunca se pede que relatem seus contatos sexuais.” SELZNICK, Philip; NONET, Philippe. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 82. Este é exatamente um exemplo de um sistema montado para excluir as pessoas com menos recursos, intervindo drasticamente em sua liberdade. Contudo, se a mesma pessoa vier a aumentar seus recursos financeiros, ela não precisa mais se submeter a isso, passando para o lado dos incluídos.

³²⁵ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 122.

³²⁶ Evolução não deve ser entendida aqui como sinônimo de progresso ou de qualquer outra referência valorativa. “Evolução é o resultado de um processo constante de variação, seleção e estabilização de estruturas.” CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão*

que leva à complexidade das expectativas e à instabilidade.

No caminho inverso ao Direito Repressivo, surge o Direito Autônomo. Ele vem como uma forma de domar a repressão diante das comunicações sociais estabelecidas, que ressoavam um sufocamento dos indivíduos e a necessidade de se fazer emplementar efetivamente a democracia (americana). No Brasil, da mesma maneira, nos escritos de Rocha, ver-se-á que a democracia é a base para se falar em um modelo de Direito como o Autônomo.

Historicamente, é com este modelo de Direito e Política que surgirá o Estado de Direito, que seria um sistema institucional singular, tendo como principal característica a formação de instituições judiciárias especializadas, relativamente autônomas e com uma supremacia especial dentro de esferas definidas de competência³²⁷, que se volta para a manutenção da democracia. Para que isso ocorra, surgirá a separação estanque das esferas política, legislativa e judiciária. Em outras palavras, é aqui que surge a separação dos poderes, à qual é fortemente vinculada a ideia de Estado de Direito, de Legitimidade e de Democracia.

Como a legitimidade é um dos principais objetivos deste modelo, ele precisará estabelecer uma forma eficaz que lhe garanta este poder e consiga afastar a pergunta que sempre circunda os governos instáveis: “com que autoridade?”. Para que esta meta seja atendida, garantindo-lhe legitimação, os elementos legitimatórios deverão ser externos ao próprio sistema, à própria instituição; caso contrário, eles serão facilmente derrubados. Por isso, as principais características deste modelo serão: a separação entre o Direito e a Política e a adoção de um modelo normativo, que reduziria a possibilidade de qualquer discricionariedade das instituições judiciárias. No caso da separação entre Direito e Política, ela ocorre apenas de forma oficial. Nela, o Direito irá se colocar acima da Política no momento da decisão. No que se refere à adoção de um modelo normativo que reduziria a possibilidade de discricionariedades, surge uma exigência de “fidelidade à lei”³²⁸. No coração disto tudo estará justamente a ideia de procedimento. Assim sendo, todos são elementos externos que balizam uns aos outros.

Uma das particularidades mais sedutoras deste modelo descrito por Selznick

judicial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23.

³²⁷ SELZNICK, Philip; NONET, Philippe. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 99.

³²⁸ SELZNICK, Philip; NONET, Philippe. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010. p. 100.

e Nonet, que leva a uma aceitação rápida e a se pensar que é o modelo ideal de justiça, é a possibilidade que ele apresenta de responsabilização dos governantes. Essa possibilidade de responsabilização advém da separação dos poderes e superioridade do Direito sobre qualquer outro sistema no momento da decisão. Aqui, a legitimação dá aos julgadores o direito de dar a última palavra sobre o caso julgado, diferentemente do que ocorria no modelo Repressivo ou no Autoritário.

Por isso, pode-se dizer que o Direito Autônomo tem um grande nível de organização ao romper com a (con) fusão entre Direito e Política e dar ao Poder Judiciário um poder extremo na tomada de decisão. Como Rui Barbosa, segundo Rocha, já alertava, a condição para a legitimidade da República está na legalidade e na reforma das instituições³²⁹.

Apesar disso, essa possibilidade de responsabilização dos governantes em razão do fortalecimento do Judiciário e a “clara” separação entre vontade pessoal e julgamento dos magistrados, ou a independência no momento de decidir, devem ser observadas de maneira mais qualificada. Esta observação mais sofisticada, já indicada pelos autores, mostrará que isso não passa de um grande acordo entre os Sistemas para que se mantenham oficialmente legitimados, mas internamente comprometidos.

Basta pensar: por que naquela quadra da história os políticos aceitariam estas possibilidades de responsabilização e de separação com independência do Direito para decidir? Porque na verdade não concordam em assumir este risco. A partir do momento em que os políticos aceitam este modelo de Sistema Fechado, em que têm seus poderes limitados à funcionalidade de seu Sistema, eles já sabem que devem limitar suas possíveis responsabilizações através da lei que eles mesmos criam. O grande objetivo é encontrar uma maneira formal de criar legitimação. Aceita-se este jogo, esta possibilidade, porque já se controla previamente as respostas dele. Mas como lembra Luhmann, “El poder se hace reflexivo, en primer término, en las burocracias con un escalafón, después en las democracias, en el sentido de que en ellas el poder puede aplicarse también al poderoso (y no sólo contra él)”³³⁰.

³²⁹ ROCHA, Leonel Severo. A democracia em Rui Barbosa. *Revista Sequência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, ano 17, n. 32, p. 32, jul. 1996.

³³⁰ “O poder se faz reflexivo, como fim primeiro, nas burocracias com um escalão, depois nas democracias, no sentido de que nelas o poder pode aplicar-se também ao poderoso (e não só contra ele)”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la*

Dessa forma, repare-se que as organizações judiciárias adquirem apenas uma autonomia procedimental, e elas sabem que é assim. Em troca, dão uma subordinação substantiva, assumindo o compromisso de não impor suas ideias sobre o conteúdo das leis, e, conseqüentemente, abrindo mão oficialmente de qualquer interferência nas Políticas Públicas. E essa é a grande tensão existente hoje. Compreender esta circularidade, é fundamental para que se possa falar em reestruturação e estabilização das expectativas. Dito de outro modo: independentemente das expectativas cognitivas dos cidadãos, direta ou indiretamente, a Política sempre tem influência nas decisões judiciais. Isso não interfere necessariamente na democracia, pois a própria identidade da Sociedade é Política, como há algum tempo Rocha já afirmou, desde seus estudos com Claude Lefort.

Constitui, deste modo, a democracia, na linguagem de Lefort, uma nova forma política, um novo centro de articulação e auto-instituição da sociedade, onde a política não é vista como uma instância autônoma, mas como a mise en forme de sentido e encenação social. A própria identidade da sociedade é política. A política é que possibilita a delimitação do espaço de sua autoconstituição. Esta forma de sociedade é democrática devido à possibilidade sem limites da manifestação do direito de falar e ser escutado, que ela engendra. Trata-se de uma forma política articulada a partir do princípio de anunciação de direitos, onde o princípio maior é o direito de enunciá-los³³¹.

É essa abertura que possibilita a garantia da democracia, e um menor número de injustiças. Como se verá no modelo Responsivo, será a abertura (sistêmica) que permitirá a estabilização da democracia em uma Sociedade como a brasileira, dentro da lógica de incluídos/excluídos anteriormente mencionada, em que a Democracia não se efetivou. No Direito Autopoiético, a democracia terá como regra básica “manter elevadas as possibilidades de escolha e abertas as alternativas de decisão. [...] Se o Judiciário abandona os limites que lhe impõe o sistema jurídico e decide com as lógicas da Política ou da economia, estará condenado a sofrer intervenções externas.”³³²

É preciso retornar a isso. O que se tem no modelo Autônomo, inicialmente, é

diferencia. Edición y traducción de Josexo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 121.

³³¹ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 120-121.

³³² CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 87.

a ideia de um Sistema Fechado, ao menos em nível formal. Não obstante, esse fechamento é uma doença. Este formalismo, este legalismo, são prejudiciais porque, com o desenvolvimento rápido da Sociedade, os fatos jurídicos que as regras permitem observar acabam sendo reduzidos, gerando separação entre reflexão e realidade social. Haverá assim uma contingência do processo decisório, não apenas jurídico, mas também político. Tudo é contingente. Como manter expectativas neste cenário?

O ilícito de ontem transforma-se no lícito de hoje. A oposição atual poderá ser o governo de amanhã. A isso dá-se o nome de contingência do processo decisório. Fica claro que a instabilidade não é o defeito nem o vício da democracia moderna. Ao contrário, manter abertos os caminhos para novas alternativas é da essência democrática.³³³

Esse problema pode ser visto no Brasil, que, em tese, dentro dos três modelos aqui analisados, na contemporaneidade ainda guarda fortes traços do Direito Autônomo. Essa presença ainda deixa resquícios, em razão dos fatores históricos antes mencionados, e que justificam a abordagem aqui realizada para o tema de tese proposto. Isso porque, é este modelo já ultrapassado que, predominantemente, tem a função de tomar decisão e estabilizar expectativas. Embora o Poder Judiciário, venha decidindo ativamente em questões de Políticas Públicas, rompendo com a ideia de “um juiz togado em seu gabinete cercado de estantes de livros”³³⁴ e isolado dos problemas sociais, demonstrando que se está em um momento de transição, ele ainda está em muito atrasado para com a complexidade que se apresenta. Este modelo é insuficiente e transitório porque, mesmo que a organização Poder Judiciário esteja abrindo-se para tomar decisões sobre as políticas públicas, muitas dessas decisões são tomadas por julgadores que não se abriram cognitivamente para as realidades que envolvem as políticas públicas.

A dinâmica social que ressoa das comunicações não possibilita mais que a organização central do Sistema do Direito fique inerte às falhas da administração, mas claro, isso só será legítimo se ocorrer dentro do procedimento. Sendo o

³³³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 73.

³³⁴ SELZNICK, Philip; NONET, Philippe. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 14.

procedimento o coração, a base desta estrutura, mesmo que o julgador queira inovar, isso deve e só pode ser feito dentro do procedimento para adquirir legitimação.

Destarte, embora seja compreensivo que no Brasil ainda hoje se esteja fortemente em um modelo de Direito Autônomo, pelo fato de que, quando se vivenciou a experiência de um Sistema Aberto (Repressivo), diversos abusos políticos foram cometidos³³⁵, é preciso perceber que o Sistema Autônomo sofre de graves problemas estruturais. Entre eles, o fato de não se adequar mais à realidade social, não conseguindo enfrentar o principal dilema do sistema: o de estabilidade, de reforçamento e estabilização dos limites do próprio sistema.

Na tentativa de se encontrar um modelo de Direito capaz de ser legítimo, forte e isento de corrupções, mas que permita atender incluídos e excluídos³³⁶, cuja matriz é capaz de lidar com as tensões e comunicações sociais sem o uso da força, é que a Sociedade evolui, em nossas observações, para o Sistema Responsivo. Este está além dos paradigmas de um Sistema Fechado ou um Sistema Aberto. Em uma perspectiva mais sofisticada, aqui há um modelo de Sistema Autopoiético.

Para observar este terceiro modelo, é necessário compreender que, neste trabalho, ele não decorre puramente das observações dos trabalhos de Selznick e Nonet. Ele advém de uma construção nossa, a partir das observações do modelo Direito Responsivo e da Teoria dos Sistemas.

Neste terceiro Sistema, tem-se uma nova racionalidade jurídica, que visa observar os contextos sociais e os efeitos das decisões, mas não mais em uma racionalidade de fins e meios weberiana³³⁷ do Direito Autônomo, e sim trabalhando com uma racionalidade da própria teoria, que é uma racionalidade funcional,

³³⁵ E esses abusos levam inclusive alguns estudiosos a ter expectativas de criar um modo de realizar o controle prévio do conteúdo das decisões.

³³⁶ A existência de incluídos e excluídos em um sistema não é valorativa. Ou seja, não é boa ou ruim. Ela simplesmente acontece e, se não for personificada, ela é tolerável. "As desigualdades são toleráveis, desde que não bloqueiem a comunicação nos diversos subsistemas. Por isso, igual acesso à escola e ao crédito pode representar, paradoxalmente, ao final do processo, a afirmação de desigualdades quanto à capacidade de aprendizado ou às habilidades de utilização do dinheiro." CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 128.

³³⁷ Luhmann aborda muito bem a estrutura do pensamento de Weber ao delinear sua própria posição sobre a Sociedade. Isso pode ser claramente visto, entre outras obras, em: LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009. LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Traducción: Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Javier Torres Nafarrate, coordinador de la traducción. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993. Por fim RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío; NAFARRATE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2008. Em especial, nas páginas 17 a 25.

imane a soluções elaboradas por problemas colocados pelo próprio sistema³³⁸. Para que isso possa ser realizado, é preciso adotar um fundamento basilar da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos: o fechamento operacional e a abertura cognitiva. Ou, conforme os autores, “nessa reconstrução, a competência cognitiva, a abertura à mudança e o ativismo deviam combinar-se como temas básicos”³³⁹.

Enquanto no Sistema Repressivo o que se via era uma abertura completa e indiscriminada do Sistema Jurídico e de suas instituições, com rápida adaptação às vontades Políticas; no Sistema Autônomo havia uma reação contra este modelo. Essa reação levou a um fechamento e alta capacidade de ignorar os acontecimentos sociais, reduzindo suas responsabilidades sobre as comunicações emanadas. No Direito Responsivo, há uma luta entre integridade e abertura, entre se manter e ainda assim ser capaz de atender aos anseios sociais. Tudo isso é pensado a partir da ideia de aprendizagem e de adaptação responsável³⁴⁰.

Existe uma agitação muito grande quando se fala em abertura para o novo, modificações, flexibilidade, pois isso leva a um aumento da insegurança e ao aumento do risco, mormente quando o modelo anterior era fortemente positivista, com baixo nível de risco e com fidelidade à integridade da lei e à posição de submissão dos julgadores. Não haviam separações funcionais entre os órgãos de poder da Sociedade. Geralmente o repúdio ao novo vem acompanhado da argumentação de que isso fere a democracia. Importa destacar que a democracia, na verdade, exige esta abertura autopoiética, pois sua constituição permite que se trabalhe com alta complexidade e seu ideal é exatamente facilitar as diversas possibilidades de escolha.

É por isso que o Sistema da Política tem grande relevância neste contexto, pois é a ele que cabe, através de suas decisões sobre as internalizações de expectativas cognitivas dos cidadãos, fazer a primeira estabilização da Sociedade e reduzir a complexidade para o Sistema do Direito. E também é ele que, em um primeiro momento, possibilita a própria democracia:

³³⁸ No original: “La racionalidad de la teoría es una racionalidad funcional, imane a las soluciones elaboradas por los problemas planteados por el sistema.” “A racionalidade da teoria é uma racionalidade funcional, imane das soluções elaboradas pelos problemas colocados pelo sistema.” (tradução nossa). DE GIORGI, Raffaele. *Ciencia del derecho y legitimacion*. México: Universidad Iberoamericana, 2007. p. 274.

³³⁹ SELZNICK, Philip; NONET, Philippe. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 122.

³⁴⁰ SELZNICK, Philip; NONET, Philippe. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 125.

Quando as decisões políticas **não se expõem aos riscos do dissenso, à instabilidade**, à constante abertura a novas decisões, o sistema político não é suficientemente complexo. **Sem um alto nível de complexidade** – ou seja, sem excesso de possibilidades de escolha – **não há representação nem democracia**.³⁴¹ (grifo nosso).

Através do Sistema da Política, na Sociedade de Complexidade quase tudo pode ser normatizado e passa a ser tema de uma decisão jurídica. A própria democracia, como visto, neste cenário, é contingente e exige a abertura para muitas possibilidades. “Trata-se de um paradoxo: a estabilidade da democracia depende da exposição constante a instabilidade.”³⁴² Entretanto, é esta mesma democracia que gera tantas expectativas e desapontamentos pois, quanto maior o número de opções que se tem, mais decepções podem ocorrer.

Vale a pena insistir nessa questão, pois a democracia será um ponto fundamental para responder aos questionamentos desta tese. A democracia, para nós, “não é um regime político, mas uma forma política integral (cultural, econômica e social) da sociedade. A democracia está ligada à ideia de 'construção da sociedade'”³⁴³.

Ainda, pensar a democracia como o sufrágio universal é um erro, e um erro grave que causa muitos problemas. Isso ocorre, por exemplo, quando se traça a observação da história de forma linear.

Esse tipo de história, ao mesmo tempo gradualista e linear, enxerga como um dado a um fato incontestável (sufrágio universal = democracia) o que, na verdade, é o cerne de um problema (a gradual redução da ideia de democracia à ideia do voto)³⁴⁴.

Portanto, a democracia não é estanque, ela não só evolui, mas precisa acompanhar a evolução da Sociedade. Pensar que apenas o Poder Legislativo pode “fazer justiça” e ser democrático hoje, não podendo o Poder Judiciário interferir em Políticas Públicas ou julgar “além da lei”, é uma concepção que não se enquadra mais com as comunicações sociais³⁴⁵.

³⁴¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 73.

³⁴² CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e diferenciação social*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 72.

³⁴³ ROCHA, Leonel Severo. A democracia em Rui Barbosa. *Revista Sequência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, ano 17, n. 32, p. 27, jul. 1996.

³⁴⁴ ROSANVALLON, Pierre. *Por uma história do político*. Tradução de Christian Edward Cyril Lynch. São Paulo: Alameda, 2010. p. 54.

³⁴⁵ Nesta noção de Democracia trabalhada por Rocha, os trabalhos de Darci Ribeiro também vêm a contribuir. Para ele, o processo também pode ser uma forma de construção da democracia, o que

Por isso que se pode dizer que no Brasil, atualmente, a democracia encontra-se apenas na denominação do modelo de Estado grifado na Constituição Federal³⁴⁶. Mas não é porque um Estado é denominado democrático que ele é efetivamente democrático. Em um país em que não há efetivação dos direitos sociais, há um Estado de Direito, mas não um Estado Democrático. Neste momento histórico, o importante é a institucionalização da democracia, e não a forma de Estado ou o regime de governo³⁴⁷. A democracia é uma forma de Sociedade.

É em razão disso que, a partir dos três modelos de Direito e Sociedade aqui analisados, pode-se perceber que a legitimação da Política e do Direito sempre foram fundamentais para a manutenção destas formas de governar. Até mesmo durante a regência no Brasil houve este problema, que levou a revoluções e revoltas. Com a abertura e aceitação social para um modelo de Direito Autopoietico, vinculado a uma noção de democracia evolutiva, as preocupações se expandem, e passa a ser imprescindível estabilizar as expectativas criadas na Sociedade e viabilizadas por esta democracia. Pois “para a visão que a teoria dos sistemas tem da democracia não existe um futuro, mas sim vários futuros possíveis, contingentes e imprevisíveis para a sociedade e para a própria democracia.”³⁴⁸

A democracia agora não mais apenas como um regime político, mas como uma forma de Sociedade, leva à legitimação. A legitimação, neste contexto de

esvaziaria os argumentos de que o Poder Judiciário não pode inovar em suas decisões, ou deve se limitar ao que já está previsto em lei. Em casos paradigmáticos, como o reconhecimento da união entre homossexuais, deveria decidir contra, pois ao decidir favoravelmente, estaria “criando lei” e portanto violando a democracia (aquele conceito padrão de que a democracia só se exercita a partir do voto e é estanque). Neste sentido: “Onde estaria a legitimidade democrática do Judiciário, que não é eleito nem escolhido por esse ator social decisivo que é o povo? Sua legitimação decorre não do sufrágio universal como nas outras esferas do poder, mas de uma legitimação procedimental que encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da legitimidade democrática [...]”. RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 13, p. 155-168, nov. 2009.

³⁴⁶ Para Rosanvallon, “a democracia não experimentaria qualquer crise nos dias de hoje – ao contrário, a crise seria da teoria política tradicional, a qual não teria se dado conta do caráter permanentemente aberto daquela forma político-social e por isso teria perdido a capacidade de dar conta das transformações por ela sofridas nas últimas décadas. Daí a necessidade de remodelar a teoria recorrendo, não mais a categorias abstratas, mas – fiel à lição de Lefort – a história e ao comparatismo, meios únicos de apreender a democracia em suas formas concretas.” ROSANVALLON, Pierre. *Por uma história do político*. Tradução de Christian Edward Cyril Lynch. São Paulo: Alameda, 2010. p. 30.

³⁴⁷ ROCHA, Leonel Severo. *A democracia em Rui Barbosa: o projeto político liberal-racional*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995. p. 01-02. Observe-se que este livro foi escrito em 1995, discutindo o pensamento de Rui Barbosa, portanto, bem anterior a data de elaboração desta tese, mas que ainda hoje o grande tema é a efetivação da democracia.

³⁴⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 127.

acertada imprevisibilidade, não será nada mais do que “uma prontidão generalizada para aceitação de suas decisões, ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo concreto, dentro de certa margem de tolerância.”³⁴⁹

Antes, porém, de falarmos da legitimação, parece fundamental olharmos novamente algumas peculiaridades do Sistema do Direito, tão explorado por nós na dissertação de mestrado, e que agora se faz presente novamente para os delineamentos da resposta desta tese.

3.3 Sistema do Direito

Praticamente todas as questões da vida cotidiana, que geram expectativas das mais variadas, passam pela organização central do Sistema do Direito, o Poder Judiciário: a efetivação do direito à saúde, brigas de vizinhos e intrigas nas escolas, desapontamentos pelo término de uma relação amorosa³⁵⁰. Ou seja, situações que não precisariam ser resolvidas por estes meios. Desapontamentos que poderiam ser trabalhados através de outros mecanismos acabam buscando estabilização da expectativa junto ao Direito. Por este motivo, os instrumentos que antes se mostravam satisfatórios para estabilizar os Sistemas, a Sociedade e legitimar as decisões acabam tornando-se insuficientes frente a estas modificações sociais, e necessitam ser repensados.

Ocorre que o Sistema do Direito, em um país que se apresenta como democrático, mas no qual os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal não são de pronto efetivados, em que há constantes escândalos de corrupção oriundos de diversas frentes e uma permanente quebra de confiança, acaba sendo

³⁴⁹ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 03.

³⁵⁰ Veja o exemplo típico nos autos do processo 048/313.xxxx. 9xx-4 (com audiências conciliatórias em 09/07/2013, audiência de instrução em 29/08/2013 e parecer homologado em 26/11/2013, sendo baixado em 22/09/2014) em que a as partes tiveram uma relação amorosa que se iniciou via internet, entre um homem muito mais jovem do que a mulher e, ao final da relação, a mulher não conformada, ingressou com esta ação com pedido de danos morais alegando que foi ludibriada e iludida pelo rapaz, além de que este lhe fez propostas sexuais e comentários lacivos durante o relacionamento que durou aproximadamente um ano. Já no processo 048/313.xxxx.1xx99-4 (com audiências conciliatória em 08/03/2013, audiência de instrução em 09/05/2013 e parecer homologado em 08/07/2013, sendo baixado em 06/06/2014), o autor decidiu automedicar-se com o medicamento popularmente conhecido como Viagra e, quando o mesmo não atingiu as expectativas do autor, ele ingressou com pedido de danos morais contra a farmácia que vendeu o produto. Ambos os processos tramitaram no Juizado Especial Cível da Comarca de Farroupilha/RS, tiveram as pretensões principais negadas e encontram-se arquivados neste momento.

refúgio para todo o tipo de desconsolo. Como se está em uma Sociedade de muitas possibilidades – o que significa, paradoxalmente, que para alguns há poucas possibilidades –, surgem muitas frustrações, as quais não são bem assimiladas pelas pessoas.

No entanto, as frustrações não são bem assimiladas pelas pessoas desde sempre. O que mudou nos últimos anos é que, apesar da estrutura do sistema se manter a mesma, uma de suas organizações se modificou – inclusive por força política – e se tornou mais acessível para todos. O Poder Judiciário, há alguns anos, pode ser acessado por qualquer um, sem nem mesmo necessitar de um advogado, por meio dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Caso não seja uma situação de Juizados Especiais, outros meios tornam este acesso mais facilitado, como a estruturação das Defensorias Públicas Estaduais e da própria atuação do Ministério Público e de órgãos administrativos municipais, como as Coordenadorias da Mulher. Por fim, ainda existe o acesso facilitado por meio dos núcleos de práticas jurídicas das Universidades. Quer dizer, aumentaram as frustrações e ampliou-se o acesso a um local em que elas podem ser levadas, mesmo que inadequadamente.

Mesmo que tenham ocorrido estas mudanças, faz-se obrigatório atentar ao fato de que se busca estabilizar expectativa em si, e não a ação. A estabilização da ação se dá através da estabilização da própria expectativa que leva a uma ação. Nestes termos:

La absorción de la incertidumbre se da mediante la estabilización de las expectativas, no a través de la estabilización de la misma conducta, lo cual presupone, ciertamente, que la conducta no se escoge sin ser orientada por las expectativas³⁵¹.

Além desta facilitação do acesso, o que se experimenta é que o Direito apresenta em sua codificação *Recht/Unrecht* (Direito/Não-Direito)³⁵², que por si só já

³⁵¹ A absorção da incerteza se dá mediante a estabilização das expectativas, e não através da estabilização da conduta em si, o que pressupõe, certamente, que a conduta não se escolhe sem ser orientada pelas expectativas.” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker; coord. por Javier Torres Nafarrete. Rubi (Barcelona): Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1988. p. 119.

³⁵² Embora possa causar estranheza o fato de referido código ter sido escrito em língua estrangeira, isto se faz pelo fato de que desde que a teoria foi criada por Luhmann que era de origem Alemã e escreveu grande parte de sua obra na língua alemã, há muitas divergências de como este código, ou distinção, *Recht/Unrecht* dever ser traduzido, conforme bem ressalta Javier Torres Nafarrate em nota no livro por ele traduzido *El Derecho de La Sociedad*. Até hoje muitas foram as palavras utilizadas para fazer a tradução destes termos: *derecho-de-uno/no-derecho-del-otro*, *derecho de*

tem muita força, uma codificação secundária de poder. E o poder é fonte de diversas satisfações e insatisfações, como se pode perceber até aqui, nos diversos formatos trabalhados, em que o poder geralmente mostrou-se presente. No Sistema do Direito, então, ele marcará uma presença maior, pois ocupará o posto de secundariedade do código principal.

Los casos más notables son la codificación secundaria del poder a través del derecho. En ambos casos, el valor positivo se vuelve a duplicar: se puede usar la propiedad del dinero para efectuar los pagos o para no efectuarlos, y se puede usar el poder de manera conforme a derecho o de manera disconforme, aunque, evidentemente, ninguno de los dos está disponible si no se tiene alguna propiedad y si no se tiene algún poder³⁵³.

O poder é uma grande ferramenta para atrair frustrações. Embora outros sistemas também sejam detentores de poder, atualmente, as observações indicam que o Direito é o que faz a melhor exploração do poder. Isso também se deve ao fato de que o Direito é o sistema que decide sobre estas questões de quebra de confiança na Política, outro sistema que “respira” muito com o poder. As corrupções políticas quebram a confiança social e geram instabilidade. Quando o Direito passa

una parte/no derecho de la otra parte, conforme o direito/não conforme o direito, el-no-derecho de una parte/el derecho de la otra parte, legítimo/ilegítimo, Derecho/Não-Derecho, correcto/incorrecto, legal/ilegal, lawfull/unlawfull (este último utilizado inclusive por Luhmann em seus escritos em inglês”. Sobre isto, duas são as situações existentes. A uma, que é importante lembrar que a intenção de Luhmann (e aqui se fala de intenção nunca referindo a uma adivinhação de sentido, porque o autor sempre deixou isto claro em suas obras) com os códigos é apontar uma distinção entre um lado positivo e um lado negativo, exatamente. Por conseguinte, a tradução deve observar esta distinção positiva e negativa. A duas, em que pese alguns estudiosos afirmarem que não há espaço na Teoria dos Sistemas para a noção de justiça, em alemão (e aqui refiro-me à língua alemã falada popularmente, e não nos termos técnicos adstritos ao Direito) a palavra Unrecht tem, inquestionavelmente, a noção de injustiça (isso pode ser percebido em qualquer conversa com os alemães ou na simples leitura de um jornal). Certamente, como Luhmann tem sua origem na Alemanha, ou seja, sua língua pátria é o alemão, tinha ciência deste significado. Logo, passa a ser questionável a posição de que não cabe falar em justiça ou injustiça na Teoria dos Sistemas. Salienta-se que a palavra Recht tem, também na linguagem corriqueira, (contudo formal e gramaticalmente correta) a noção de Direito. Assim, lembrando a noção que Luhmann quer dar ao código, teríamos a distinção Direito/Injustiça. A fim de não estendermos a discussão nesta tese, sempre que se falar do código binário do subsistema do Direito usar-se-á Direito/Não Direito, por entender que na língua portuguesa é a melhor representação de oposição valorativa que Luhmann pretende dar a esta distinção, devendo o leitor considerar que a forma utilizada carrega todas as considerações tecidas nesta nota. WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão, risco e saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 35.

³⁵³ “Os casos mais notáveis são a codificação secundária do poder através do direito. Em ambos os casos, o valor positivo volta a se duplicar: pode-se usar a propriedade do dinheiro para efetuar os pagamentos ou para não efetuar-los, e se pode usar o poder de maneira conforme ao direito ou de maneira não-conforme, embora, evidentemente, nenhum deles dois está disponível se não se tem alguma propriedade e se não se tem algum poder”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 286.

a internalizar estes casos e decidi-los, aplicando ou não uma sanção, ele passa a demonstrar ainda mais poder nesta Sociedade. Ou melhor, cria no imaginário social uma imagem de que tem mais poder do que qualquer outro sistema ou organização. O Poder Judiciário realmente é visto como poder.

Isso não acontece porque o Sistema do Direito quer tomar um papel de protagonista, mas porque ele é socialmente o sistema estruturado para a tomada de decisão. O código Direito/Não-Direito é o que conduz as ações sociais. Ele não impede que atos ilegais sejam praticados, mas ele diz que aquela atitude, vista sob a ótica da legislação (Política), é inadequada socialmente. É importante ressaltar que o Direito não diz o que é certo ou errado, bom ou mau, moral ou imoral. Direito/Não-Direito não se refere a isso. Na verdade, “Los códigos funcionales tienen que estar instituidos en un nivel de más alta amoralidad, ya que tienen que hacer accesibles sus dos valores para todas las operaciones del sistema³⁵⁴.” Quer dizer, não há vinculações com a moral nesta comunicação³⁵⁵. É a sua diferenciação funcional que lhe alça esta posição.

Efetivamente, para que se tenha credibilidade social, ou melhor dizendo, legitimação e validade, é o Direito que tem que julgar e decidir sobre as corrupções que surgem no Sistema da Política. Não é uma questão de poder, embora o envolva, mas um requisito prévio para que o problema possa ter alguma possibilidade de solução real, e não apenas uma decisão. Estamos falando aqui de efetividade, e não apenas de julgamento. A forma como a Sociedade observa isso, em especial no senso comum, é que distorce os papéis e funções desta dinâmica. Mas veja-se, a Política, embora institua suas Comissões Parlamentares de Inquérito e outros aparatos internos de seu sistema, não consegue ressoar suas decisões na Sociedade. O sistema que gera o problema não é o sistema preparado para solucioná-lo.

Dicho en términos ligeramente diferentes: la diferenciación funcional lleva a una condición en la que la *génesis* de los problemas y su

³⁵⁴ “Os códigos funcionais têm que estar instituídos em um nível de mais alta moralidade, já que têm que fazer acessíveis seus dois valores para todas as operações do sistema”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998.p. 203.

³⁵⁵ Isso vai na contramão de Dworkin, por exemplo, que embasa seu pensamento em princípios ligados à moral. Para um apanhado sobre este autor ver MOTTA, Francisco José Borges Motta. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 e DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

solución se separan. Los problemas no pueden ser ya resueltos por el sistema que los produce. Tienen que ser transferidos al sistema que está mejor preparado y especializado para resolverlos³⁵⁶.

Agora, não basta simplesmente um sistema direcionar os seus problemas para o outro. Este outro tem que estar melhor preparado que ele ou os demais sistemas para que possa decidir sobre aquela situação. E normalmente não é isso o que acontece. Em geral, os problemas são encaminhados ao Sistema do Direito. É o que ocorre com muitos casos classificados como “Maria da Penha”, no Poder Judiciário. O Sistema do Direito e os servidores do Poder Judiciário (em uma estrutura padrão e tradicional) não têm preparo ou especialização para solucionar estes problemas, para resolver o verdadeiro dilema destas famílias, que está longe de ter uma raiz jurídica. Em muitos dos casos que acompanhamos, o que se constatou foi um grande número de mulheres procurando ajuda não por terem sido agredidas ou violentadas, mas porque querem que seus companheiros parem de ingerir bebidas alcoólicas, que trabalhem, ou que seus filhos lhe respeitem³⁵⁷.

³⁵⁶ “Dito em termos ligeiramente diferentes: a diferenciação funcional leva a uma condição em que a *genesis* dos problemas e sua *solução* se separam. Os problemas não podem ser resolvidos pelo sistema que os produz. Têm que ser transferidos ao sistema que está mais bem preparado e especializado para resolvê-los”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998.p. 93.

³⁵⁷ Alguns destes casos acompanhamos informalmente na primeira audiência que estas vítimas tiveram junto ao Poder Judiciário na segunda metade do ano de 2014 e início do ano de 2015. Outros, no atendimento prestado pela Coordenadoria da Mulher, órgão da municipalidade, nos meses de setembro e outubro do ano de 2015. No caso do Poder Judiciário de Farroupilha, o primeiro juiz a trabalhar com os casos da Lei Maria da Penha, o Magistrado Mário Romano Maggioni optou por designar um atendimento prévio as vítimas, na mesma semana em que elas registram a ocorrência, antes de analisar o pedido de medidas protetivas, justamente por perceber a complexidade dos casos. Tal procedimento foi seguido pelo juiz que assumiu a função posteriormente. Como exemplo das situações relatadas no corpo do texto, podemos citar os processos: 048/215.xxx.2xxxx-9 (atendimento em 19/01/2015 às 15h e 30 min), em que o problema principal narrado pela vítima é que o acusado não vai buscar o filho no dia de visitas; 048/215.xxx.0xxxx-9 (atendimento em 19/01/2015 às 16h e 30 min) em que a queixa da vítima é a ingestão de bebidas alcoólicas por parte do companheiro; 048/214.xxx.4xxx-1 (atendimento em 03/11/2014 às 13h e 40 min), em que a principal queixa é que o ex-companheiro ficam passando próximo a sua residência; 048/214.xxx.4xxx-0 (com atendimento em 24/11/2014 às 13h e 15 min), em que a vítima relatou que seu companheiro fica alterado em razão de bebidas e com isso, passa a andar dentro de casa com uma faca em punho. No entanto, ela afirmava não ter interesse em representar, o que buscava é que fosse “resolvido o problema dele”; 048/215.xxx.1xxxx-5 (com atendimento em 12/01/2015 às 14h e 30min), 048/214.xxx.5xxx-8 (com atendimento em 15/12/2014 às 13h e 30min) e 048.214.xxx.5xxx-4 (com atendimento em 15/12/2014 às 14h), os três em que as mães registraram a ocorrência contra o filho usuário de drogas, buscando que “vocês ensinem educação para ele”, “digam ele tem que ajudar em casa”, entre outras alegações desta natureza. Outros casos graves que são relatados tanto no Poder Judiciário como na Coordenadoria da Mulher, geralmente envolvem o consumo de bebidas alcoólicas, entorpecentes ou desemprego. A maior parte destas situações vem acompanhadas pela frase das vítimas “ele não é má pessoa, é um ótimo pai, só fica ruim quando bebe”. Quando questionadas, normalmente o companheiro bebe quase todos os dias da semana. Também há casos como o dos processos

Embora as comunicações emitidas também tenham ressonância no Direito, pois afinal estas condutas praticadas pelos supostos agressores são abrangidas pela legislação, a resposta que as vítimas buscam, como foi visto, não é a resposta que o Direito pode dar. Ao menos, não em sua formatação tradicional de decisão jurídica. Mesmo que se siga todo o procedimento legítimo previsto, a resposta dada não irá estabilizar expectativas. O sistema que produziu estes problemas efetivamente não foi o Direito, mas isso não significa dizer que ele esteja melhor preparado do que os demais subsistemas sociais para trabalhar tais questões.

Como o trabalho anterior era fundamentado no Sistema do Direito, este sistema foi explorado. Conforme referido no início desta tese, ela é a continuação daquele trabalho. Deste modo, não se vai explicar o Sistema do Direito de forma pormenorizada, mas retomar-se-ão os pontos mais importantes e fundamentais para solucionar o nosso problema atual. Certamente não se trata de uma repetição; novos elementos serão acrescentados, pois, com uma nova observação, pontos cegos antes existentes agora são revelados. Observe-se.

Esta teoria é baseada em diferenciações. A diferença da Sociedade está na diferença Sociedade/Indivíduo³⁵⁸. A diferença do Sistema Social é Sistema/Entorno. E a partir disso, cada subsistema tem a sua diferenciação. No sistema do Direito, é Direito/Não-Direito. Este código é único na Sociedade, e permite inclusive que o Sistema do Direito observe seu entorno apenas sob esta ótica. Apenas o Direito pode ver uma situação e observar, comunicar e operacionalizar ela conforme ou não conforme o Direito.

A convivência humana em Sociedade, de alguma forma, é sempre guiada pelo Direito³⁵⁹. A Sociedade precisa do Direito, e ele é um elemento, ou melhor, um sistema que predomina em suas comunicações, mesmo sem a existência de

214.xxx.4xxx-9 (com atendimento em 20/10/2014 às 13h e 30min) e 048/214.xxx.4xxx-9 (com atendimento em 27/10/2014 às 14h), em que as acusações são relativamente graves, as medidas são deferidas, mas as vítimas sempre permitem que o acusado retorne ao lar, porque ficam com “pena” deles. Além disso, há diversos casos em que após concedida as medidas, as vítimas vem ao balcão do cartório querendo “tirar o processo”, porque só queriam que o companheiro aprendesse, ou porque já conseguiram “se acertar”, como é o caso do processo 048/214.xxx.4xxx-6 (com atendimento em 09/12/2014 às 13h e 30 min), que teve a medida deferida durante o plantão do dia 07/12/2014, em razão da gravidade dos fatos que a vítima relatava. Por fim, na maior parte dos atendimentos, as vítimas não comparecem. A título de exemplo, pode-se verificar que no dia 17/11/2014, dos nove atendimentos agendados, apenas duas vítimas compareceram, mesmo tendo ficado ciente do dia e horário desde de que registraram a ocorrência.

³⁵⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2002. p. 40.

³⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 7.

hierarquias sistêmicas. Como é sabido, nesta teoria trabalha-se com circularidade, inclusive entre os sistemas parciais. Não há hierarquias, mas algumas operações se sobressaem a outras em determinados momentos históricos.

O Direito, em uma definição luhmanniana, é uma estrutura de expectativas de generalizações congruentes³⁶⁰, e a sua diferenciação funcional lhe obriga a tomar decisões quando provocado. Estas decisões são comunicadas aos demais sistemas e causam irritações, inclusive em sistemas não sociais, como o Sistema Psíquico. Observando por este ângulo, o Sistema do Direito é um meio de garantia de estrutura de expectativas de generalizações congruentes. Isto que dizer uma forma de garantir a continuidade e durabilidade de expectativas variadas que guardam alguma coerência entre si.

O problema que o Direito enfrenta é conseguir comunicar decisões funcionalmente e operacionalmente estruturadas, principalmente quando recebem influxos que não demandariam uma resposta jurídica para terem seus litígios solucionados. É um problema que vai além das improbabilidades da comunicação, justamente porque o Sistema do Direito só pode dar respostas jurídicas, mesmo para estes casos, quando está ciente de que não vai atender às expectativas expostas, e nem mesmo solucionar a situação fática.

Esta “limitação” em dar respostas apenas jurídicas é o que torna a Sociedade possível, e se refere à diferenciação funcional de cada subsistema. A diferenciação funcional serve como uma forma de limitação primeira da complexidade, permitindo uma observação mais qualificada de determinada observação, eliminando perspectivas que apenas poluem a observação e prejudicam a tomada de decisões de determinado sistema. É por isso que escolhemos observar a Sociedade e, com isso, o Direito, na forma de sistemas. “A especialización funcional de los subsistemas implica, además, que la función que cada subsistema realiza sólo puede ser desempeñada por él mismo. Un subsistema no puede reemplazar a otro, ni ayudarlo en tiempos de crisis³⁶¹”.

O Direito, em sua forma sistêmica, fica vinculado a uma validade temporal, e sua operacionalidade é estabelecida pelo código Direito/Não-Direito. Suas

³⁶⁰ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 31.

³⁶¹ A especialização funcional dos subsistemas implica, além disso, que a função que cada subsistema realiza só pode ser desempenhada por ele mesmo. Um subsistema não pode substituir outro, nem ajudá-lo em tempos de crise”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 47.

programações também se guiam por esta forma e observam, além do código, o próprio Direito em si. Há uma autoobservação. Isso cria uma operação recursiva, a qual é típica de um Sistema Autopoético.

Esta é a razão pela qual o Direito está no topo da Sociedade, não por uma noção de hierarquia, mas porque “el derecho ejerce un protagonismo activo y está produciendo realidad³⁶²”.

Disso se extrai que, além do código Direito/Não-Direito, as programações que alimentam o sistema complementam a sua forma de operar. Os programas devem ser vistos como semânticas adicionais ao código, suplementando seu valor negativo ou o valor positivo deste código.

Retorna-se um pouco. Deve-se lembrar que este código que constitui cada sistema é representado por uma forma de dois lados, como por exemplo Direito/Não-Direito, Saúde/Enfermidade. Em um dos lados encontra-se um valor positivo (Direito e Saúde) e do outro é o valor negativo (Não-Direito e Enfermidade). Os sistemas podem operar predominantemente³⁶³ com um lado: ou o lado negativo ou o lado positivo. No Sistema do Direito, predomina o lado positivo, o Direito. Mas isso nem sempre é assim. No Sistema da Saúde³⁶⁴ encontra-se o predomínio do lado negativo, a Enfermidade. As comunicações que mais ressoam nestes sistemas são as que contém informações de Direito e de Enfermidades. Quem determina isso é a programação.

Los programas son los que regulan, en cada caso, la asignación correcta de los valores derecho/no-derecho, para mantener, en una zona de compatibilidad mutua, los enlaces del tiempo y la capacidad de disenso y de consenso. Y puesto que la dimensión objetiva hace valer esta función de equilibrio, no existe ninguna definición objetiva del derecho. En su lugar la referencia sistémica: 'sistema de derecho³⁶⁵'.

³⁶² “o direito exerce um protagonismo ativo e está produzindo realidade.” (tradução nossa). GARCIA, Jesús Ignacio Martínez. Para leer a Luhmann: avisos para juristas. In: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2002. p. 19.

³⁶³ Predominantemente porque sempre usam os dois lados, já que se trata de uma forma.

³⁶⁴ Já estabelecido no trabalho anterior como um sistema social, embora ainda existam algumas controvérsias acadêmicas.

³⁶⁵ “Os programas são o que regulam, em cada caso, a disciplina correta dos valores direito/não-direito, para manter, em uma zona de compatibilidade mútua, os enlaces do tempo e a capacidade de dissenso e de consenso. E posto que a dimensão objetiva faz valer esta função de equilíbrio, não existe nenhuma definição objetiva do direito. No seu lugar a referência sistémica: 'sistema do direito'”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2002. p. 188.

Como a programação no Sistema do Direito são as leis, decretos, e normas em geral, evidencia-se aqui a importância de se falar do Sistema da Política, que é quem cria ao menos a maior parte desta programação. Isso demonstra também uma forma de “controle” de um sistema no outro, para que nenhum deles domine a Sociedade.

Entretanto, tudo isso não implica dizer que o código seja insuficiente para realizar as observações, em um sentido de que ele seja singelo, fechado, rígido ou simplificado. Esta é a primeira forma objetiva que permite que se observe em um universo de tantas possibilidades. Em uma segunda observação, que ocorre de forma simultânea, as programações e sua abertura cognitiva permitem que ele observe outros sentidos. Ou seja, primeiro há um filtro de Direito/Não-Direito, e após abre-se uma nova gama de possibilidades de observação e decisão.

Como a constituição dos sistemas se dá pelas comunicações, mas apenas pelas comunicações que conseguem penetrar e se comunicar com ele, no Sistema do Direito teremos comunicações jurídicas. Já seus programas serão toda a comunicação de expectativas, tanto cognitivas como normativas, que se façam necessárias para adjudicar a informação e possibilitar a tomada de decisão.

Embora a forma seja de dois lados, Direito/Não-Direito, e que ela tenha valor positivo e negativo, na produção de decisões os dois lados se farão presentes. Um deles de maneira latente, pois eles representam os dois lados opostos e complementários de um mesmo sentido. Em cada comunicação de decisão se diz que aquilo é conforme o Direito e, portanto, de forma latente, não é conforme o Não-Direito³⁶⁶. O lado Direito serve também para guiar a autoorganização, autorreprodução e autoobservação deste subsistema, enquanto o lado Não-Direito tem a atribuição de diferenciar o Sistema do Direito do entorno social.

Nunca é demais lembrar que, assim como a Política não consegue obrigar com as leis que cria, tampouco o Direito tem poder de obrigação. Tanto um quanto o

³⁶⁶ Conforme explica Luhmann, “esto no quiere decir que queden fundidos el derecho y el no derecho. Al contrario: a partir de cada obligación hay que volver a decidir de nuevo, qué comportamiento se adhiere al derecho y cuál al no-derecho. Es decir, hay que distinguir entre los dos valores del código jurídico (el positivo y el negativo), a pesar de que siempre ambos están activos y apesar de que la distinción tiene que funcionar como modo de la correlación”. “isto não quer dizer que Direito e não-Direito fiquem fundidos. Ao contrário: a partir de cada obrigação há que retornar e decidir de novo que comportamento se adere ao direito e qual ao não-direito. Ou seja, há que distinguir entre os dois valores do código jurídico (o positivo e o negativo), a pesar que sempre ambos estão ativos e apesar da distinção tem que funcionar como em correlação.” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2002. p. 229.

outro comunicam e institucionalizam o que se deve fazer, mas não obrigam. E com isso, criam expectativas: será ou não será feito conforme determinado? E as expectativas criadas vão mais longe, pois fazem com que eu tenha expectativas de que o outro vai agir na forma que as expectativas normativas disciplinam; eu baseio corretamente a minha conduta nesta expectativa que está conforme a norma, nesta expectativa que eu criei de que o outro vai agir de acordo com a norma. Por exemplo, eu tenho a expectativa de que posso passar tranquilamente um sinal verde de um semáforo de trânsito sem me preocupar, e quando faço isso sou atingido por um veículo que passou, de forma irregular, o sinal vermelho. Veja-se que eu estou certo em atravessar a via quando o semáforo indica que é o momento de os pedestres cruzarem, não é um excesso de confiança com base nas expectativas normativas. Mas atualmente, pode-se dizer que é um excesso de confiança, mas um excesso necessário, porque é preciso se arriscar um pouco³⁶⁷. Ou seja, tem-se

³⁶⁷ Nosso exemplo é em relação ao outro que não conhecemos. Mas com quem conhecemos, isso também ocorre. “A pesar de esta condición, los seres humanos establecemos sistemas sociales al comunicarnos. Estamos al tanto del problema de la doble contingencia – no saber cómo actuará el otro, sabiendo que él tampoco sabe lo que nosotros haremos –, pero lo solucionamos construyendo expectativas. Al principio, necesitamos arriesgarnos un poco, porque no contamos todavía con algún conocimiento previo sobre esa persona que nos ayude a pronosticar su comportamiento probable, es decir, a formarnos expectativas. Paulatinamente, en la medida que nos vamos relacionando, descubrimos ciertos patrones en su conducta que nos sirven para asentar cada vez más sólidamente nuestras expectativas. ‘Sabemos’ lo que hará, porque ‘la conocemos’, afirmamos con toda seguridad. Si el comportamiento de esta persona jamás defrauda lo que esperábamos, esto es, nuestras expectativas nunca se equivocan, éstas se instalan tan firmemente que llegamos a decir: ‘es una persona transparente’. Al hacer afirmación no nos engañamos, sabemos que nadie puede ser transparente para otro, ni siquiera deseándolo. Lo que en realidad queremos decir es que esa persona se ha labrado una imagen de gran consistencia, que no nos permite dudar de ella. La imagen, por lo tanto, es un conjunto de expectativas acerca del comportamiento de una persona que nos permite interactuar con ella sin que la doble contingencia inherente a toda interacción social nos haga dudar de la conveniencia o inconveniencia de confiar en ella. La imagen es el decantado de nuestras experiencias con otro individuo y, evidentemente, puede ser buena o mala, dependiendo de cómo han sido esas experiencias. Si hemos sido engañados, si ha faltado a su palabra, si lo hemos visto actuar doblemente frente a otros, etc., la imagen que tendremos de él será mala y es muy poco probable que confiemos en él. Si su comportamiento ha sido errático, de tal modo que en algunas oportunidades lo hemos visto comportarse según las expectativas y en otras nos ha defraudado, diremos que es poco confiable, impredecible, voluble y tampoco estaremos muy dispuestos a otorgarle nuestra confianza. Si siempre hemos visto que su proceder es adecuado y jamás nos ha defraudado, diremos que ‘es de una sola línea’ y confiaremos totalmente en él”. “Apesar desta condição, nós seres humanos estabelecemos sistemas sociais ao nos comunicarmos. Estamos ao tanto do problema da dupla contingência – não saber como atuará o outro, sabendo que ele tampouco sabe o que nós faremos –, mas o solucionamos construindo expectativas. Ao princípio, necessitamos arriscar-nos um pouco, porque não contamos ainda com algum conhecimento prévio sobre essa pessoa que nos ajude a prognosticar seu provável comportamento, quer dizer, a formarmos expectativas. Paulatinamente, na medida em que nós vamos nos relacionado, descobrimos certos padrões em sua conduta que nos servem para estabelecer cada vez mais solidamente nossas expectativas. ‘Sabemos’ o que fará, porque ‘a conhecemos’, afirmamos com toda certeza. Se o comportamento desta pessoa jamais decepcionar o que esperávamos, isto é, nossas expectativas nunca se equivocam, elas se instalam tão firmemente que chegamos a dizer:

expectativas de expectativas que afetam a dinâmica social. Quem frustrou minha expectativa foi o outro, e isso só acontece no meio social.

Ocorre que, quando uma expectativa como esta não é satisfeita, cria-se um problema de instabilidade³⁶⁸, o qual pode muitas vezes gerar um conflito social, aumentando ainda mais a instabilidade das comunicações, impedindo a evolução e chegando ao Sistema do Direito. Assim, torna-se muito difícil tratar destas questões, pois o Direito passa a ter que fazer um grande esforço para compreender estas dinâmicas de falta de confiança e de frustrações pessoais e sociais; individuais e coletivas.

Os conflitos sociais não são simplesmente 'traduzidos' para a linguagem jurídica. Antes necessitam ser reconstruídos autonomamente como conflitos jurídicos dentro do próprio Sistema Jurídico, como conflitos de proposições jurídicas divergentes ou de proposições de fato divergentes. As mais insignificantes variações sofridas quotidianamente pelo Direito, e que o fazem evoluir, são assim produto do conflito social, mas verdadeiramente da própria comunicação interna do Sistema Jurídico. Com isso, nesta tradução, por vezes o conflito, no limite, torna-se irreconhecível para os próprios litigantes³⁶⁹.

Toda esta absorção de informações e percepções que ocorre dentro do Sistema do Direito não se dá livremente dentro dele, mas precisa de um espaço próprio para se realizar. O Direito não depende apenas das operações e programações para decidir, mas de um organismo estruturado especificamente para isso. Este espaço é a organização.

'é uma pessoa transparente'. Ao fazer tal afirmação não nos enganamos, sabemos que ninguém pode ser transparente para o outro, nem sequer desejando-o. O que na realidade queremos dizer é que essa pessoa tem criado uma imagem de grande consistência, que não nos permite duvidar dela. A imagem, portanto, é um conjunto de expectativas acerca do comportamento de uma pessoa que nos permite interatuar com ela sem que a dupla contingência inerente a toda interação social nos faça duvidar da conveniência ou inconveniência de confiar nela. A imagem é o decantado de nossas experiências com outro indivíduo e, evidentemente, pode ser boa ou ruim, dependendo de como tenham sido estas experiências. Se fomos enganados, se faltou com a palavra, se o vimos atuar duplamente frente aos outros, etc., a imagem que teremos dele será ruim e é muito pouco provável que confiemos nele. Se seu comportamento tem sido errôneo, de tal modo que em algumas oportunidades o vimos se comportar segundo as expectativas e em outros nos decepcionou, diremos que é pouco confiável, imprevisível, volúvel e tampouco estaremos muito dispostos a outorgar-lhe confiança. Se sempre vimos que seu proceder é adequado e jamais nos decepcionou, diremos que 'é de somente uma linha' e confiaremos totalmente nele". (tradução nossa). RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío; OPAZO, María Pilar. *Comunicaciones de la organización*. Colaboración de René Ríos F. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile; Alfaomega Grupo, 2008. p. 375-376.

³⁶⁸ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 39.

³⁶⁹ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução e Prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 117.

3.3.1 Organização

Outrora, a Sociedade passou por momentos conturbados no uso do poder e na tomada de decisão. Rapidamente, pode-se lembrar que houve períodos em que as decisões estavam nas mãos de uma única pessoa (como os padres, os governadores, os reis), e em outros isso era camuflado. Havia várias pessoas na cúpula do poder e decisão, mas estas pessoas eram escolhidas por questões puramente pessoais, como amizades e interesses, e não de competências, sem um processo legítimo e sem a noção de incluídos e excluídos.

Modernamente, surge a ideia de organização, de procedimentos legítimos e públicos para o preenchimento dos cargos. Então, passa a vigorar a noção de incluídos/excluídos, que agora apresenta um novo problema: mesmo que qualquer um possa ser membro de uma organização, nem todos podem exercer este papel. Ainda assim, mesmo havendo esta possibilidade, alguns poderão ser membros e outros não.

O fato é que apenas as Sociedades modernas conseguiram entender a necessidade das organizações. E foi somente com a Sociedade de Complexidade que se conseguiu perceber com clareza o papel que ela exerce na estabilização das comunicações sociais³⁷⁰.

Na perspectiva luhmanniana, as organizações também são uma peça chave de estabilização cognitiva e normativa. Entretanto, em relação às organizações, a teoria luhmanniana não tem uma abordagem clássica, em que a organização é constituída ou tem sua importância percebida em razão das ações que ela faz, mas sim, o referencial sistêmico observa quais as comunicações e, com isso, decisões que as organizações produzem.

La opción adoptada por Luhmann consiste en definir la organización como un sistema cuyos elementos componentes son decisiones. Para esto, debe distinguir entre decisión y acción. [...]. Se se usa el

³⁷⁰ “Se trata aquí claramente de situaciones típicas de la sociedad moderna que sería inútil buscar en las sociedades tradicionales. En efecto, en el caso de sociedad/interacción (como en el de sociedad/organización) la retrospectiva histórica permite ver que las sociedades arcaicas no son capaces de distinguir con claridad entre estos diversos tipos de sistemas.” “Trata-se aqui claramente de situações típicas da sociedade moderna que seria inútil buscar nas sociedades tradicionais. Com efeito, no caso de sociedade/interação (como no de sociedade/organização) a retrospectiva histórica permite ver que as sociedades arcaicas não são capazes de distinguir com clareza entre estes diversos tipos de sistemas”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 662.

concepto de autopoiesis, podría decirse que las organizaciones son sistemas autopoieticos de decisiones³⁷¹.

O fato é que as organizações, em especial no Sistema do Direito³⁷², são responsáveis pela tomada de decisão. No entanto, a própria teoria luhmanniana, neste tópico amparada nos trabalhos de Dario Rodriguez Mansilla³⁷³, não deixa claro se concebe as organizações como parte da engrenagem de determinado subsistema, ou se considera como um sistema. Veja-se que, na citação anterior, Luhmann se referiu às organizações como sistemas autopoieticos de decisões. No livro *Sociedade da Sociedade*, sua obra mais importante, e que não foca especificamente nas organizações, por diversas vezes ele repete esta denominação. Por exemplo: “Todo lo que se há dicho hasta aquí tiene validez para los sistemas sociales más diversos: por ejemplo, para las organizaciones o – como bien saben los terapeutas familiares – para las familias³⁷⁴.” O mesmo ocorre no livro *Poder*, no qual o autor afirma que, “[...] otros tipos adicionales de sistema, esto es, organizaciones. [...]. Los sistemas de organización siempre se forman si se da por sentado que se puede tomar una decisión sobre el hecho de incorporarse o abandonar el sistema y si se pueden desarrollar reglas para tomar esta decisión”³⁷⁵.

Como é possível observar na citação acima, Luhmann se refere às organizações como um tipo adicional de sistema. E este sistema adicional se formaria a partir de uma decisão, que já pode ser dada como certa, qual seja, o fato de ficar no sistema ou de abandonar o sistema. E com isso, precisa também ter a capacidade de desenvolver regras que lhe tornem capaz de tomar esta decisão e,

³⁷¹ “A opção adotada por Luhmann consiste em definir a organização como um sistema cujos elementos que a compõem são decisões. Para isto, deve-se distinguir entre decisão e ação. [...]. Se usado o conceito de autopoiese, poder-se-ia dizer que as organizações são sistemas autopoieticos de decisões.” (tradução nossa). RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío. Nota a la versión en español. In: LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Barcelona: Anthropos, 2005. p. XXIII - XXIV.

³⁷² Como este capítulo trata do Sistema do Direito, ao tratar das organizações neste tópico, focaremos nas organizações do Sistema do Direito, em especial sua principal organização, o Poder Judiciário.

³⁷³ Foi este autor que introduziu a noção de organização na Teoria dos Sistemas.

³⁷⁴ “Tudo o que se tem dito até aqui tem validade para os sistemas sociais mais diversos: por exemplo, para as organizações ou – como bem sabem os terapeutas familiares – para as famílias”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 63.

³⁷⁵ “[...] otros tipos adicionales de sistemas, isto é, organizações. [...]. Os sistemas de organização sempre se formam se dá-se por sentado que se pode tomar uma decisão sobre o fato de incorporar-se ou abandonar o sistema e se podem-se desenvolver regras para tomar esta decisão”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Poder*. Rubí: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005. p. 138.

ainda, decisões de sua função, dentro ou vinculada ao sistema a que se encontrar.

Por supuesto, la elección de un sistema de referencia para un análisis científico es una opción en el contexto del proceso de investigación, un aspecto de la elección de tema y de límites temáticos. Sin embargo, no es cosa de una elección arbitraria entre posibilidades o de un puro capricho. Como puede verse en el asunto del código societal de los medios, el código da por sentado la existencia de un tipo diferente de sistema: la organización³⁷⁶.

Sendo assim, diante de todos estes fragmentos aqui colacionados, o que se conclui é que a organização é um sistema, mas não um sistema tradicional na forma em que se trabalhou até o momento. A organização é um tipo diferente de sistema. Ela constitui um modo particular de sistema, especializado em decidir e em operar mesmo frente à dupla contingência. Este sistema organização desenvolve o potencial de formar novos sistemas de decisão, e com isso, aumentar as possibilidades de gerenciamento de risco.

De este modo, la organización es un modo particular de formar sistemas al aumentar y reducir las contingencias. Este principio se lleva hacia los sistemas organizativos y se formula por medio de *cargos* de identificación. Cada cargo indica un punto que une programas conductuales contingentes (= condiciones para la corrección de la conducta), y relaciones de comunicación contingentes, en cada caso, con una persona contingente. La identidad del cargo es lo único que permite que estos diferentes aspectos surjan como contingentes. Al mismo tiempo, esta identidad, como punto de referencia para hacer conexiones, reduce la arbitrariedad de estas contingencias, ya que no toda persona y no toda red de comunicación es apropiada para cada deber. De este modo, bajo condiciones cada vez más restrictivas, la contingencia puede especificarse con una improbabilidad cada vez mayor vinculado a ella. Debido a eso, surge un constructo más o menos no contingente del enlace de elementos que podrían ser todos diferentes³⁷⁷.

³⁷⁶ “Certamente, a eleição de um sistema de referência para uma análise científica é uma opção no contexto do processo de investigação, um aspecto da eleição do tema e de limites temáticos. Entretanto, não é coisa de uma eleição arbitrária entre possibilidades ou de um puro capricho. Como se pode ver no assunto do código social dos meios, o código dá por sentado a existência de um tipo diferente de sistema: a organização”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Poder*. Rubí: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005. p. 138.

³⁷⁷ “Deste modo, a organização é um modo particular de formar sistemas ao aumentar e reduzir as contingências. Neste princípio se chega até os sistemas organizativos e se formula por meio de cargos de identificação. Cada cargo indica um ponto que une programas de condutas contingentes (=condições para a correção da conduta), e relações de comunicação contingentes, em cada caso, uma pessoa contingente. A identidade do cargo é a única que permite que estes diferentes

Seja como for, isto é sistema social autônomo ou parte integrante de um subsistema como o Direito, as organizações são as responsáveis pela tomada de decisões, e isso exige que se observe mais detidamente alguns elementos destas organizações. O primeiro deles, e que causa alguns conflitos ideológicos, é que as organizações, embora sejam uma instituição, são formadas por seres humanos, em seus papéis sociais. São estes seres humanos que, como foi esclarecido no primeiro capítulo, não podem ser dissociados inteiramente de seus Sistemas Psíquicos, que formam parte da organização. E embora as controvérsias, é fácil demonstrar que os seres humanos são parte determinante das organizações, na medida em que quem precisa ingressar na organização é o ser humano. Após, este ingresso, não há uma maneira mágica de se deixar de ser, ser humano e ser “absorvido” pela organização. O que acontece é que, após ingressarem na organização, através de um processo seletivo específico para isso, eles se tornam membros desta organização. Ainda assim continuam sendo seres humanos vinculados aos seus Sistemas Psíquicos. O que muda é que, agora estes seres humanos ligados aos seus Sistemas Psíquicos e membros de uma organização, estão legitimados a tomarem as decisões e conduzirem os procedimentos.

Aqui, mais uma vez, pode ver vista a força do procedimento. Para se tornar membro de uma organização ou, para deixar de sê-lo, é obrigatório passar por alguma espécie de procedimento pré-estabelecido. É um procedimento ligado a uma decisão, que, além do papel social, não descarta o lado psíquico do candidato.

Esta decisão, em um primeiro momento, considera toda a vida deste ser humano, todos os aspectos de suas relações e comunicações sociais – claro, na medida do que é possível ser observado. Isto significa que o procedimento, de início, não faz observações apenas em relação ao comportamento daquele candidato no âmbito daquele sistema a que a organização está vinculada. Não se trata apenas de observação social, mas também psíquica. Somente após estas observações que resultam em uma seleção é que se passa a lidar apenas com seções de seu comportamento. Quanto mais aspectos da vida dos candidatos forem analisados,

aspectos sejam como contingentes. Ao mesmo tempo, esta identidade, como ponto de referência para ter conexões, reduz a arbitrariedade destas contingências, já que nem toda pessoa e nem toda rede de comunicação é apropriada para cada dever. Deste modo, sob condições cada vez mais restritivas, a contingência pode especificar-se com uma improbabilidade cada vez maior vinculada à ela. Devido a isso, surge um construto mais ou menos contingente do enlace de elementos que poderiam ser todos diferentes”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Poder*. Rubí: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontífica Universidad Católica de Chile, 2005. p. 140.

mais seletiva se torna a organização.

El esclarecimiento de las condiciones previas para una evolución del trabajo organizado proporciona indicaciones importantes sobre las cualidades particulares de esta forma de sistema. La organización es – tal como la sociedad misma y la interacción – una forma determinada de trato con la doble contingencia. Cada cual puede actuar de otra manera y corresponder o no a los deseos y a las expectativas – aunque no como miembro de una organización. Aquí se vincula mediante la entrada y corre el peligro de perder la membrecía cuando se opone obstinadamente. Estar afiliado a las organizaciones no es, por sí mismo, un status socialmente necesario – aunque hoy día bajo muchos aspectos sea cosa casi inevitable. La membrecía se basa en la movilidad y la movilidad ha de aceptarse societalmente. La membrecía se adquiere por decisión (en este caso típicamente por una combinación de autoselección y heteroselección), y puede perderse también por decisión – en este caso por renuncia o despido. Tampoco se refiere – como en las corporaciones medievales (ciudades, conventos, universidades, etcétera) – a toda la persona, sino tan sólo a secciones de su comportamiento, solamente a un rol entre otros. La solución del problema de la doble contingencia está en que la membrecía puede condicionarse y no únicamente con respecto al acto del ingreso sino como condición del mantenimiento del status³⁷⁸.

Para se tornar membro, é necessária uma decisão das duas partes. Primeiro uma decisão do cidadão que vai se candidatar a ser membro daquela organização. Em seguida, uma decisão da própria organização. Com isto, tem-se que, para ingressar na organização, sempre se tem um processo duplo de decisão. Primeiro uma escolha do membro (quero ser parte do Poder Judiciário), e, segundo, uma escolha da organização (aceito que este candidato seja parte de nossa organização). A permanência nela também vai depender de decisões.

Portanto, as organizações são constituídas por seres humanos, que mesmo

³⁷⁸ “O esclarecimento das condições prévias para uma evolução do trabalho organizado proporciona indicações importantes sobre as qualidades particulares desta forma de sistema. A organização é – tal como a sociedade mesma e a interação – uma forma determinada de trato com a dupla contingência. Cada qual pode atuar de outra maneira e corresponder ou não aos desejos e as expectativas – embora não como membro de uma organização. Aqui se vincula mediante a entrada e corre o perigo de perder o cargo quando se opõe obstinadamente. Estar afiliado as organizações não é, por si mesmo, um status socialmente necessário – embora hoje em dia sob muitos aspectos seja uma coisa quase inevitável. O ser membro baseia-se na mobilidade e a mobilidade tem de se aceitar societalmente. O ser membro se adquire por decisão (neste caso tipicamente por uma combinação de autoseleção e heteroseleção), e pode perde-se também por decisão – neste caso por renúncia ou demissão. Tampouco se refere – como nas corporações medievais (cidades, conventos, universidades, etc) – a toda a pessoa, senão tão somente as seções de seu comportamento, somente a um papel entre outros. A solução do problema da dupla contingência está que o ser membro pode condicionar-se e não unicamente com respeito ao ato de ingresso senão como condição de manutenção do status”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 657-658.

ao serem investidos em seu cargo (papel social), que lhes veste como membros do Poder Judiciário, ainda são seres humanos. Como seres humanos, são conectados a um Sistema Psíquico que não pode ser afastado inteiramente no momento do exercício de suas funções em seu novo papel social. Sem este afastamento completo, as expectativas e desejos próprios são trazidos para o interior da organização. Não há como evitar isso. No entanto, procuram-se observar apenas seções do comportamento daquele membro.

A organização sempre opera com dupla contingência. Porque as comunicações sociais que são trazidas da Sociedade sempre poderiam ser outras, assim como as comunicações, tanto sociais como psíquicas, dos membros da organização sempre poderiam ser outras.

La organización presume que el rol de los miembros en el sistema es contingente, es decir, que un no miembro podría llegar a ser miembro, pero que también los miembros podrían llegar a ser no miembros; en otras palabras, que existe un fondo de reclutamiento de posibles miembros y que es posible que los mismos miembros se vayan o que se les eche. Esta es una área de contingencia. La otra está en las reglas que constituyen el rol del miembro y las reglas que se designan para determinar la conducta en las organizaciones³⁷⁹.

Há dupla contingência porque a permanência se condiciona não apenas às condições de ingresso, mas com as condições de permanência, da continuidade, destas condições de ingresso. Existe uma dupla tomada de decisão para o ingresso, mas geralmente, se as condições seccionadas de comportamento relevante para aquela organização não se mantêm, surge apenas uma decisão para a exclusão, e esta decisão parte da organização.

Em termos de enfrentamento do Sistema Psíquico e dos demais papéis que aquele membro tem em sua vida, o que ocorre é que este papel, o fato de ser membro desta organização, lhe coloca alguns limites para a comunicação de suas expectativas pessoais. Em algumas organizações, estas comunicações pessoais podem significar a sua exclusão da mesma. No entanto, “Distinto a las

³⁷⁹ “A organização pressume que o papel dos membros no sistema é contingente, quer dizer, que um não membro poderia chegar a ser membro, mas que também os membros poderiam deixar de serem membros; em outras palavras, que existe um fundo de recrutamento de possíveis membros e que é possível que os membros mesmos vão ou fiquem. Esta é uma área de contingência. A outra está nas regras que constituem o papel do membro e as regras que se designam para determinar a conduta nas organizações”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Poder*. Rubí: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontífica Universidad Católica de Chile, 2005. p. 139.

organizaciones tienen una infinita necesidad de personal³⁸⁰.” Por isso, atualmente a exclusão de um membro da organização do direito é algo extremamente remoto³⁸¹ e raro de ocorrer. A organização demanda muito pessoal, e embora existam muitos candidatos, poucos são os qualificados. Basta observar que em 2013, no concurso para Juiz do Trabalho, promovido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5. Região – TRF-5, mais de 2,5 mil pessoas se inscreveram, mas nenhuma foi aprovada na fase final³⁸². Ou seja, de todo este processo seletivo, conforme a organização, nenhum dos candidatos tinha qualificação suficiente para ser um julgador.

Como se tornar membro ou não de uma organização faz parte de um ato de decidir – decidir se você quer ou não ser membro de uma organização que vai lhe impor regras de conduta –, a aceitação das regras impostas se torna mais fácil. Porém, esta aceitação não significa que se tenha como controlar inteiramente a conduta de todos os membros. Isso “[...] porque siempre que hay comunicación organizada se puede también engañar y mentir³⁸³.”

Diante da impossibilidade de controle total sobre os membros da organização, Luhmann alertou que

Esse mecanismo também apresenta seus riscos específicos e seus problemas de consequência. As fábricas do século XIX e os cartéis do século XX deixaram claro onde se pode chegar com a autolegitimação organizacional de qualquer expectativa comportamental específica, apesar da liberdade formal de ingresso ou saída.³⁸⁴

Embora as organizações tenham sido a grande aposta da Teoria dos Sistemas para falar em estabilização de expectativas e decisão sem ter que recorrer

³⁸⁰ “Diferentemente, as organizações, tem uma necessidade infinita de pessoal.” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 675.

³⁸¹ Veja-se que até mesmo em cargos de confiança, que não são concursados, é difícil a dispensa do funcionário, pois existe uma carência muito grande de pessoal, embora, contraditoriamente, muitos queiram ser funcionários públicos. Uma prova da falta de pessoal se deu no caso dos Juizados Especiais, em que as vagas para várias Comarcas bem localizadas geograficamente não foram supridas. Da mesma forma, este mesmo concurso mostra como existe uma grande deficiência de competência dos seres humanos que se candidatam a estes cargos, pois muitos se candidataram, mas a maioria não passou em um processo de seleção simples e corriqueiro.

³⁸² CONCURSO do TRT-5 termina sem candidatos aprovados. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 5 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/trt-faz-concurso-juiz-substituto-nenhum-candidato-aprovado>> Acesso em: 28 ago. 2015.

³⁸³ “[...] porque sempre que tem comunicação organizada se pode também enganar e mentir”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 668.

³⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. p. 59.

ao sujeito, Luhmann tinha consciência de que elas são formadas por seres humanos e, conseqüentemente, não podem receber uma confiança cega. As organizações para gerar confiança criam imagens³⁸⁵. Dependendo das comunicações projetadas, elas podem passar a se tornar centro de dominação e corrupção. As organizações são uma fonte de detenção de poder na Sociedade. Não é à toa que a máfia é um dos notórios exemplos de organizações bem sucedidas no mundo. Talvez, as organizações mais bem estruturadas de todas. Não é preciso ir tão longe e voltar vários anos até a “época de ouro” da máfia siciliana, japonesa ou russa. Atualmente, o Direito e a Política tratam as grandes quadrilhas como organizações criminosas, justamente devido ao seu trabalho de forma organizada, com escalões de gerenciamento e poder, e controle de ações de seus membros, de acordo com os interesses daquela organização criminosa. A diferença, neste caso, é que a exclusão por não atendimento às regras (que já estão pré-estabelecidas, como nas organizações legalizadas) é uma decisão que implica na morte daquele membro, e não em uma demissão ou exoneração.

Explicando melhor. Um ser humano, em suas comunicações sociais, decide se quer ou não ser um juiz, um escrivão, um oficial de justiça. Ao tomar esta decisão, este ser humano já sabe que terá que seguir uma série de ordenamentos de conduta determinados pela organização. Entretanto, se o julgador, por exemplo, decidir que vai negar um pedido porque não gosta do postulante ou tem antipatias pessoais com o objeto do pleito, ele pode simplesmente negar este pedido usando argumentos jurídicos. Não haverá como controlar isso, mesmo sendo ele naquele momento, membro do Poder Judiciário, uma organização.

En efecto, **quien há trabajado en organizaciones** conoce el alto grado de personalización de las observaciones, en particular las relacionadas con la evaluación del trabajo y la carrera. También aquí puede mencionarse que en la organización opera – en contra de sus reglas – la inclusión de aquellos roles que los miembros desempeñan en otros sistemas – cosa que es típica de la interacción.³⁸⁶ (grifo nosso).

³⁸⁵ RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío; OPAZO, María Pilar. *Comunicaciones de la organización*. Colaboración de René Ríos F. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile; Alfaomega Grupo, 2008. p. 378.

³⁸⁶ “Com efeito, **quem já trabalhou em organizações** conhece o alto grau de personalização das observações, em particular das relacionadas com a avaliação do trabalho e a carreira. Também aqui pode mencionar-se que na organização opera – contrariamente as suas regras – a inclusão daqueles papéis que os membros desempenham em outros sistemas – coisa que é típica da interação” (grifo nosso, tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 665.

Conforme mencionado supra, quem já teve a oportunidade de integrar uma organização, diferente de quem observa de fora, sabe do alto nível de personalização das observações, em particular das relacionadas a decisões (não apenas do Poder Judiciário, mas de qualquer organização). Existe sim uma personalização na observação que é feita, e também em relação ao que se observa. Há dependência entre a pessoa, organização, e ator, e não é porque existe a organização que as pessoas só fazem o que esta organização – que é falada como se fosse algo metafísico, como se faz com “é o Estado”, e não é, é um negócio organizado, finalmente, por pessoas – quer. Ao contrário, como Luhmann já alertava, os membros têm um nível de particularidade em suas observações. Arrisco a dizer que algumas pessoas com mais influência e poder decidem o que a “organização fará”, mas é uma pessoa e sua vontade, seja ela chamada de Sistema Psíquico ou não. Não se pretende aqui avaliar se isso é certo ou errado. A questão é que é assim, e não adianta dizer que porque tem organização isso não importa ou não acontecerão julgamentos desproporcionais. A organização não pode controlar tudo. Esse é o interesse que desperta a decisão e a organização.

É tão falha a ideia de que se pode controlar a decisão a partir do sujeito decisor quanto a perspectiva de que a organização tem algum poder de controlar as decisões que seus membros proferem. Aliás, o fato de estarem reunidos em uma formação específica, em cargos dotados de poder, pode fazer com que os desígnios diversos dos projetados sejam seguidos de forma organizada.

Mais do que isso, nas organizações existe uma relação de poder e uma relação de hierarquia de poder entre chefes e subordinados. A relação de poder³⁸⁷ é fundamental dentro da organização para que ela se mantenha e sustente seu esquema de hierarquia. Mas, até mesmo estas relações de poder entre chefes e subordinados interferem nas decisões proferidas, na satisfação e estabilização de expectativas.

Este resultado parece estar condicionado por el simple hecho de que las fuentes de poder, pero no el contenido temático del poder,

³⁸⁷ “Con el objeto de usar términos breves y concisos, hablaremos de poder organizacional y de poder personal. En ambos, la base del poder es la misma: el control sobre la contingencia, sobre sí y no en relación con los roles deseados.” “Com o objetivo de usar termos breves e concisos, falaremos de poder organizacional e de poder pessoal. Em ambos, a base do poder é a mesma: o controle sobre a contingência, sobre si e não em relação aos papéis desejados”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Poder*. Rubí: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005. p. 146.

pueden ser diferenciadas claramente en organizaciones; en otras palabras, por el hecho de que el poder se forma sobre diferentes bases de poder, pero no puede separarse temáticamente con satisfacción. El poder de un superior, sea el poder organizacional, el poder personal e, en último término, el poder del juicio personal, se encuentra orientado con el poder del inferior, el que se base en alternativas de evitación bastante diferentes. Por otro lado, de la diferenciación funcional entre los sistemas organizacionales extensos basados en la división del trabajo, resulta el hecho de que los superiores y los subordinados tengan que cooperar en términos substantivos dentro de límites relativamente estrechos. Tiene pocas oportunidades de delimitar zonas de interés de manera que el superior tenga más influencia sobre un proyecto y el subordinado sobre otro, y de modo tal que el respecto mutuo por las zonas de influencia se motive por medio del intercambio³⁸⁸.

Por consequência, “[...] ya que en el análisis final toda persona tiene influencia sobre otra. Incluso una relación puramente causal entre las fuentes del poder no puede ser suficiente³⁸⁹.” Ou seja, o detentor do poder, o chefe da organização, por mais que tenha poder administrativo sobre os funcionários da organização, não pode controlá-los e, todos eles podem ser influenciados por boas ou más comunicações. Sempre existe a previsão de punições que podem levar até mesmo à exclusão, mas, em termos de organizações públicas, isso não é tão comum.

Qual a solução? Inicialmente, deve-se ter presente que não tem como se ter controle sobre isso, e é assim mesmo. O que vai solucionar é o próprio sistema e suas ferramentas, desde que de incrementadas. Nesta tese a incrementação decorre da observação de que a decisão, mesmo que camufle uma vontade pessoal, terá que ser proferida com argumentos jurídicos para ter legitimidade. Isso faz com que se tenha uma continuidade nas comunicações daquele sistema, permitindo, por exemplo, que os recursos sejam feitos. Agora, decisões legítimas apenas porque

³⁸⁸ “Este resultado parece estar condicionado pelo simples fato de que as fontes de poder, mas não o conteúdo temático do poder, podem ser diferenciadas claramente em organizações; em outras palavras, pelo fato de que o poder se forma sobre diferentes bases de poder, mas não pode se separar tematicamente com satisfação. O poder de um superior, seja o poder organizacional, o poder pessoal e, em último caso, o poder do juízo pessoal, encontra-se orientado com o poder do inferior, aquele que se baseia em alternativas de prevenção bastante diferentes. Por outro lado, a diferenciação funcional entre os sistemas organizacionais extensos baseados na divisão do trabalho, resulta no fato de que os superiores e os subordinados dentro de limites relativamente estritos. Tem poucas oportunidades de delimitar zonas de intereses de maneira que o superior tenha mais influência sobre um projeto e o subordinado sobre outro, e de modo tal que o respeito mútuo pelas zonas de influência se motivem por meio do intercâmbio”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Poder*. Rubí: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontífica Universidad Católica de Chile, 2005. p. 155.

³⁸⁹ “[...] já que em última análise toda pessoa tem influência sobre outra. Inclusive uma relação puramente casual entre as fontes do poder não poder ser suficiente”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Poder*. Rubí: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontífica Universidad Católica de Chile, 2005. p. 58.

proferidas por um julgador que passou por um processo de seleção para exercer aquele cargo têm efeito contrário, certamente. Por isso entende-se que a exigência de decisões que além de legitimadas pelo procedimento, sejam amplamente fundamentadas, é a única forma real de se ter algum tipo de controle sobre a personalização.

Mas não é caso para pânico ou para se demonizar a organização. Não é qualquer expectativa ou vontade do Sistema Psíquico que será possível comunicar. A única coisa que se quer ressaltar é que não é possível eliminar isso totalmente, de nenhuma forma, nem pela moral, pelos princípios ou pelas respostas corretas conforme a Constituição. Mesmo com os procedimentos de seleção e códigos de conduta, apenas uma parte de todas estas expectativas e incertezas são absorvidas.

O que normalmente não se percebe, e causa angústia e desapontamentos frente a este cenário de quase impotência, é que a forma real e limitada de corrigir isso, ou melhor, tentar evitar isso, sem criar falsas expectativas, é dada pelo próprio sistema. Mas, no final, não tem mesmo como impedir que o último decisor seja assim³⁹⁰. Portanto, para nós, o que vai controlar desapontamentos é o convencimento através da argumentação usada na fundamentação da decisão.

Este modo de recambiar decisiones por decisiones es la autopoiesis del sistema. Transforma en forma de actas (aunque no únicamente) incertidumbres condicionadas por el mundo en certezas internas del sistema. Precisamente por ello las organizaciones se acostumbran a los riesgos que han convenido, a los conflictos con los mismos adversarios, a la competencia, etcétera. Encuentran en la absorción de incertidumbre exitosa (hasta ese momento) una confirmación difícilmente reemplazable. De esta manera es posible explicar la apatía que con frecuencia se atribuye a las organizaciones como

³⁹⁰ “El observador de segundo orden refiere la semántica de los valores a su uso en la comunicación. Puede, por ejemplo, percibir que refiriéndose a valores no pueden deducirse decisiones ni evitarse conflictos. Pero sobre todo ve cómo lo indubitable de los valores se produce la comunicación no directa sino indirectamente, no comunicándose sobre ellos sino con ellos. No se da-a-conocer que se está a favor de la justicia, la paz, la salud, la conservación del entorno, etcétera, para así abrir la posibilidad de que se reaccione con aceptación o con rechazo a este dar-a-conocer. Sino que sólo se dice qué es aquello que se cree justo – o injusto. La validez del valor se presupone y tiene el carácter de indubitable – diariamente renovado sólo en este modus de la comunicación.” “O observador de segunda ordem refere a semântica dos valores a seu uso na comunicação. Pode, por exemplo, perceber que se referindo a valores não se podem deduzir decisões nem evitar-se conflitos. Mas sobre tudo vê como o indubitável dos valores se produz a comunicação não direta senão indiretamente, não se comunicando sobre eles senão com eles. Não se dá-a-conhecer que se está a favor da justiça, da paz, da saúde, da conservação do entorno, etc, para assim abrir a possibilidade de que se reaja com aceitação ou com rejeição a este dar-a-conhecer. Senão que somente se diz que aquele que cre justo – ou injusto. A validade do valor se pressupõe e tem o caráter de indubitável – diariamente renovado só neste modo da comunicação”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 889-890.

‘burocracia’. Dado que debajo de toda certidumbre de las premisas de decisión se arrellana enterrada la incertidumbre, precisamente por eso no debe tocarse.

Justo por tratarse de construcción autoconsumada debe sostenerse. Esto de ninguna manera excluye irritabilidad – aunque ésta debe fijarse en acontecimientos que en la comunicación del sistema puedan mostrarse como nuevos e imprevistos.

Para este proceso de absorción de incertidumbre son prescindibles las fuentes de autoridad externas. La organización puede librarse de ellas. En cierta medida, los procesos de reclutamiento hacen uso de diferencias societalmente establecidas en la selección de personal – por ejemplo, relaciones de propiedad para empresas, contactos políticos, nivel de competencia profesional garantizado por la formación. [...]. Más bien, las organizaciones aprovechan el reclutamiento de personal para la adquisición de recursos; tal vez resulte luego una autoridad interna independiente del orden de competencias y del poder de mando por el hecho de que a través de personas puede abrirse un acceso excepcional y diferenciado sobre los recursos del entorno³⁹¹.

Disso segue que nem todos os aspectos da personalização são negativos. Em algum momento da seleção, para se tornar membro ou não de uma organização, mesmo estando no meio social, todos os aspectos, ou melhor, o máximo possível³⁹² de aspectos psíquicos e sociais daquele ser humano são observados. Logo, aqui é um dos momentos em que o Sistema Psíquico se comunica com o Social. Isso é tão verdadeiro que inclusive um dos fatores que podem eliminar um candidato são as condições de suas comunicações psíquicas³⁹³.

Por que não são aspectos negativos estes da personalização? Porque

³⁹¹ “Este modo de modificar decisões por decisiones é a autopoiese do sistema. Transforma em forma de atas (embora não unicamente) incertezas condicionadas pelo mundo em certezas internas do sistema. Precisamente por isso as organizações se acostumam aos riscos que têm convindo, aos conflitos com os mesmos adversários, a competência, etc. Encontram na absorção de incerteza exitosa (até aquele momento) uma confirmação dificilmente substituível. Desta maneira é possível explicar a apatia que com frequência se atribui as organizações como ‘burocracia’. Dado que debaixo de toda incerteza das premissas de decisão se refestela enterrada na incerteza, precisamente por isso não se deve mudar. Justamente por tratar-se de construção autoconsumada deve se sustentar. Isto de nenhuma maneira exclui irritabilidade – embora está deve se fixar em acontecimentos que na comunicação do sistema possam mostrar-se como novos e imprevistos Para este processo de absorção de incerteza são prescindíveis as fontes de autoridade externa. A organização pode se livrar delas. Em certa medida, os processos de recrutamento fazem uso de diferenças socialmente estabelecidas na seleção de pessoal – por exemplo, relações de propriedade para empresa, contatos políticos, nível de competência profissional garantido pela formação. [...]. Melhor, as organizações aproveitam o recrutamento de pessoal para a aquisição de recursos; talvez resulte logo uma autoridade interna independente da ordem de competências e do poder de mandar pelo fato de que através de pessoas se pode abrir um acesso excepcional e diferenciado sobre os recursos do entorno”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 664-665.

³⁹² Não se pode esquecer que em toda a observação sempre existe um ponto cego.

³⁹³ É por este motivo, que os cargos de chefia do Poder Judiciário, por exemplo, em sua fase final do concurso, passam por uma avaliação psiquiátrica, enquanto os cargos de subordinação, apenas necessitam, de avaliação psicológica ou nem mesmo isso.

indiretamente, esta também é uma forma da organização obter mais conhecimento, enriquecer sua comunicação e agregar seus recursos informativos. Além disso, consegue mais um caminho de acesso ao entorno e um aparato para reconhecer a sua complexidade. Como os sistemas funcionais e as organizações trabalham em rede³⁹⁴, e a organização, mesmo sendo um tipo especial de sistema, só pode ser um sistema social, ao observar qualidades de competências de seus membros ampliam-se os tentáculos desta rede de informações, o que é salutar para a operacionalidade que os sistemas sociais exigem das organizações.

Mesmo abrindo caminho, através de seus membros, para o entorno, não se pode esquecer duas questões: a) que as organizações têm como função decidir (como já foi repetido várias vezes), e b) que esta tomada de decisão é diferente de executar esta mesma decisão. Em que pese a, organização ser o único sistema social capaz de se comunicar com o entorno, ainda assim ela não executa as decisões que profere. Ela decide absorvendo incertezas e transformando-as em certezas de decisão. Mesmo assim, porém ela não as executa. A execução e, com isso, a efetividade da decisão, não fazem parte do papel original da organização.

Distinto de como lo piensa la concepción dominante (orientada a la política), las organizaciones de los sistemas funcionales no sirven para ejecutar o 'implementar' las decisiones que se toman en las centrales. Las decisiones ejecutables sólo pueden tomarse dentro de las organizaciones mismas y las centrales forman parte de la red de las organizaciones. Para reconocer la función de las organizaciones en el establecimiento de la sociedad funcionalmente diferenciada, debe recordarse que las organizaciones son los únicos sistemas sociales que pueden comunicarse con su entorno³⁹⁵.

Ela consegue este contato com o entorno de algumas formas, mas especialmente através de seus membros, pois eles abrem dois canais: sua vida social e seu Sistema Psíquico, que é entorno. Na vida em Sociedade, normalmente as pessoas exercem mais de um papel social. Elas são pais, profissionais,

³⁹⁴ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 671.

³⁹⁵ "Diferente de como pensa a concepção dominante (orientada a política), as organizações dos sistemas funcionais não servem para executar ou 'implementar' as decisões que são tomadas nas centrais. As decisões executáveis só podem ser tomadas dentro das organizações mesmas e as centrais formam parte da rede das organizações. Para reconhecer a função das organizações no estabelecimento da sociedade funcionalmente diferenciada, deve-se recordar que as organizações são os únicos sistemas sociais que podem se comunicar com seu entorno". (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 668.

estudantes, membros de clubes, de partidos políticos, isto é, os seres humanos estão em mais de um subsistema social, como já foi estabelecido.

Como são estes seres humanos que são os membros da organização, eles levam parte disso para a sua comunicação interna. Eles estão em mais de um sistema social e têm um Sistema Psíquico que se comunica com os demais seres humanos quando estão interagindo na Sociedade. Como este movimento é circular, todas estas informações voltam para a organização, mantendo seu contato com o entorno. Mesmo assim, elas não têm nem a função e nem a capacidade de executar as decisões que proferem para a dinâmica do sistema e estabilidade social, com diminuição de possibilidades e riscos.

Elas apenas conseguem executar decisões internas de seu sistema, decisões “administrativas”, mas nada além disso. E só conseguem fazer isso porque estas decisões não são aquelas que justificam a sua existência funcional.

Anteriormente falava-se da capacidade de enfrentamento da dupla contingência por parte das organizações, e da grande vantagem de se ter uma organização para decidir, pois apenas elas podem enfrentar a dupla contingência neste nível decisional. Pois bem, as organizações, formadas por seus membros seres humanos exercendo papéis sociais, e constituindo-se em sistema especiais, conseguem efetivamente operar mesmo com a constante dupla contingência que enfrentam. O que elas fazem é transformar as incertezas do mundo em certezas internas naquele sistema, porque tomam decisões que limitam possibilidades a uma resposta. Por isso, enfrentam um alto nível de risco, pois a tomada de decisão é um paradoxo³⁹⁶ do risco: diminui o risco de se ter muitas possibilidades e se aumenta o risco de ter uma única possibilidade encontrada na decisão final.

³⁹⁶ Um paradoxo é uma situação que não “tem saída”. A sua dinâmica faz com que ele seja insuperável, a não ser que um elemento externo seja introduzido na questão. Ele não se confunde com uma contradição, é algo diverso, algo que não pode ser superado. Para melhor delinear a ideia de paradoxo, a conhecida parábola dos 12 camelos de Luhmann é um importante instrumento. “Nela, três irmãos receberam de herança do pai 11 camelos, mas não conseguem realizar a operação matemática da divisão devido ao fato de que o primeiro irmão tem direito a metade, o segundo a um quarto, e o terceiro a um sexto. Um terceiro observador propõe a solução do paradoxo a partir do empréstimo de um décimo segundo camelo. Para Luhmann este décimo segundo camelo é resultante da produção de sentido e da abertura para a autopoiese dos paradoxos do Direito.” ROCHA, Leonel Severo. Teoria do direito no século XXI: da semiótica à autopoiese. ROCHA, Leonel Severo. Autopoiese e teoria do direito. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 21. Sendo assim, “o problema da finitude, em Luhmann vai ser chamado de paradoxo”. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 276.

Com este enfrentamento, ela consegue absorver a “boa” incerteza, que é a que vem da possibilidade de se ter muitas escolhas, e com isso exitar, ficar em dúvida ao escolher, o que pode levar a uma reflexão maior sobre os riscos. Por isso boa incerteza.

Não são apenas as organizações do Direito que são formadas por grupos de pessoas, mas a própria Sociedade o é. Isso torna o trabalho das organizações de um sistema que é obrigado a decidir (Direito através do Poder Judiciário) muito mais árduo.

La sociedad misma se entiende como asociación de miembros, como ‘cuerpo’ social al cual pertenecen algunos seres humanos y otros no; por eso debe renunciarse a la movilidad del condicionamiento de las membrecías. [...]. Las sociedades que ocupan grandes espacios pueden soportar internamente mejor los problemas de movilidad. Aunque siempre **se trata de inclusión/exclusión del ser humano entero**, y esto mismo constituye una delimitación decisiva de la capacidad de regulación. Sólo la sociedad moderna podrá renunciar a estas limitaciones³⁹⁷. (grifo nosso).

Embora a própria Sociedade seja formada por uma associação de membros, nas organizações ocorre um pouco diferente. Novamente como foi dito em trabalhos anteriores, nem todos podem ser juizes, e acrescenta-se agora que nem todos (em termos bem amplos) podem ser membros de uma organização. Aqui também se trabalha com inclusão/exclusão do ser humano como um todo, como sempre ocorreu. A diferença é que, na Sociedade moderna, é possível fazer uma certa separação nas comunicações e observações, embora ela não possa ser completa.

Os sistemas funcionais (a Sociedade) consideram a inclusão como um caso normal. Quanto mais inclusão, maior o número de comunicações variadas, o que faz aumentar o número de possibilidades. Para as organizações é o oposto: elas excluem a todos, exceto os membros escolhidos de maneira altamente seletiva³⁹⁸.

³⁹⁷ “A **sociedade mesma se entende como associação de membros, como ‘corpo’ social ao qual pertencem alguns seres humanos e outros não;** por isso se deve renunciar a mobilidade do condicionamento dos membros. [...]. As sociedades que ocupam grandes espaços podem suportar internamente melhor os problemas de mobilidade. Embora sempre **se trate de inclusão/exclusão do ser humano inteiro**, e este mesmo constitui uma delimitação decisiva da capacidade de regulação. Somente a sociedade moderna poderá renunciar a estas limitações” (grifo nosso, tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 662-663.

³⁹⁸ “Los sistemas funcionales consideran a la inclusión – es decir, el acceso para todos – como el caso normal. Para las organizaciones vale lo opuesto: ellas excluyen a todos excepto a los miembros elegidos de manera altamente selectiva. Esta diferencia en cuanto diferencia es

Em regra geral, há mais exclusões (rejeições) do que inclusões, podendo gerar formação de ressentimentos contra quem decide pela inclusão ou exclusão, ou, ainda, contra quem foi incluído.

Trabalhar com inclusão e exclusão é bom porque, como já vimos, nesta dinâmica um excluído pode passar a ser incluído, e vice-versa. O problema não está no fato de que nem todos podem ser membros. Atualmente, a incógnita reside na circunstância de que esta inclusão/exclusão, ou melhor, este processo seletivo, não é tão rigoroso assim, e como as organizações sempre precisam de pessoas, isso faz com que o nível intelectual e comunicacional dos membros seja muito abaixo do necessário.

Um exemplo disto pode ser visto no Poder Judiciário, no caso da seleção de Juízes Leigos e Conciliadores Criminais, ambos cargos para atuar em Juizados Especiais, conduzindo audiências e, no primeiro caso, elaborando propostas de sentenças.

Inicialmente foi instituída a figura do Juiz Leigo e do Conciliador, tanto Cível como Criminal, pela própria Lei número 9.099/95. A forma de investidura neste cargo, desde 1995, ocorria por nomeação. Normalmente, os Magistrados Presidentes dos Juizados Especiais aplicavam um prova de seleção em sua comarca, realizavam uma entrevista ou, com a concordância do Ministério Público, Defensoria Pública e Ordem dos Advogados local, uma pessoa era indicada para ocupar este cargo. Obviamente, todos os requisitos para ser servidor público eram observados, como ausência de antecedentes, conduta ilibada, entre outros.

O artigo assim dispunha: “Art. 7º Os conciliadores e juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutando-os, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de 05 (cinco) anos de experiência³⁹⁹.”

decisiva para la función. [...]. Por otro, en muchos sistemas funcionales, pero sobre todo en el sistema político, se forman resentimientos en contra de aquello que se le exige al particular como resultado de los procesos organizados de decisión”. “Os sistemas funcionais consideram a inclusão – quer dizer, o acesso para todos – como um caso normal. Para as organizações vale o oposto: elas excluem a todos exceto aos membros escolhidos de maneira altamente seletiva. Esta diferença enquanto diferença é decisiva para a função. [...]. Por outro, em muitos sistemas funcionais, mas sobre tudo no sistema político, formam-se ressentimentos contra o escolhido em particular como resultado dos processos organizados de decisão”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 669-670. Contudo, como foi visto anteriormente, como no caso dos Juizados Especiais, esta seleção não foi assim tão seletiva.

³⁹⁹ BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e

A conclusão dessa leitura é que, para exercer esta função, o candidato necessitava, no mínimo, ser formado em Direito. Poucas Comarcas aceitavam o “preferencialmente” para incluir estudantes de Direito, somente em cidades em que havia uma escassez de pessoal. No caso dos Juízes Leigos, além de ser obrigatório ser bacharel em Direito, era necessária experiência jurídica de cinco anos.

Atualmente, estes cargos, por força de determinação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foram preenchidos por pessoas que passaram por um processo seletivo público, com provas. Porém os aprovados são nem funcionários, nem servidores, nem juízes, apenas, trabalham no Poder Judiciário sem nenhum tipo de vínculo⁴⁰⁰.

Não bastasse esta situação indefinida, para os Juizados Especiais Criminais, simplesmente foi retirada a exigência ou a recomendação da formação no curso de Direito. Conforme o edital do concurso: “**2.5.2 Requisito específico para o exercício da função de Conciliador:** a) ter concluído o ensino médio⁴⁰¹.” Com isso, muitas pessoas que efetivamente apenas tinham concluído o ensino médio, escreveram-se para realizar a prova e foram aprovados. Em algumas Comarcas, houve surpresa quando chegou ao conhecimento local que alguns candidatos aprovados – como ocorreu na Comarca de Farroupilha/RS e em tantas outras do interior –, sequer haviam cursado a disciplina de Direito Penal. A surpresa decorre justamente da função que iriam exercer, pois, se assumissem o cargo, seriam os responsáveis, em um primeiro momento, por dizer se a conduta descrita no Boletim de Ocorrência se tratava de um crime ou não, e, com isso, conduzir a audiência para oferta de transação penal. Lembrando que, por ordem interna do Ministério Público, os promotores de justiça não comparecem a estas audiências, assim, todas as funções⁴⁰² recaem neste conciliador⁴⁰³.

Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

⁴⁰⁰ Curioso é que para os Juizados Especiais da Fazenda Pública, no qual tramitam exclusivamente ações contra a Fazenda Pública, só podem atuar Juízes Togados. Embora o procedimento seja o mesmo dos Juizados Especiais Cíveis, nos quais atuam Juízes Leigos e Conciliadores, nos Juizados da Fazenda Pública, apenas Juízes Togados podem realizar audiências e proferirem as sentenças.

⁴⁰¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Edital n.º 01/2012. Processo seletivo - conciliador e juiz leigo*. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://www.faurgsconcursos.ufrgs.br/TJRSPS0112/TJRSEdital_PS0112.htm>. Acesso em: 08 set. 2015.

⁴⁰² Como saber se é caso de conciliação, composição cível, transação, ação condicionada a representação, entre outros.

⁴⁰³ Conforme o edital n. 01/2012 – Conciliador e Juiz Leigo, do Processo Seletivo para as funções de Conciliador e de Juiz Leigo no âmbito dos Juizados Especiais do Poder Judiciário do Rio Grande

Para deixar claro, agora, a exigência específica para ser conciliador cível ou criminal é apenas ter concluído o ensino médio que, como é sabido, é o mínimo de uma educação básica no Brasil. No caso criminal, não há obrigação de conhecer o Direito Penal, e nem nada sobre Direito.

Não foi apenas esta função que teve diminuída drasticamente a sua exigência de formação de conhecimento. Os requisitos para o Juiz Leigo também foram flexibilizados: “2.5.2 **Requisitos específicos para o exercício da função de Juiz Leigo:** a) estar regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (carteira definitiva); b) possuir pelo menos **2 (dois) anos de experiência jurídica** [...]”⁴⁰⁴.”

Se por um lado tem-se a evolução de que a investidura neste cargo se dará apenas por um processo seletivo público, o que é o mais democrático e confiável de ocorrer em uma democracia, por outro, tornou-se um processo extremamente precário intelectualmente e em termos de organização também, pois demorou mais de dois anos para a seleção ser concluída. O pior é que para a conclusão deste procedimento, foi possibilitado que os Magistrados em suas Comarcas, realizassem alguma avaliação com candidatos para preencher as vagas que não haviam sido preenchidas pelo concurso⁴⁰⁵. Com isto, voltou-se a escolha e seleção pessoal dos Presidentes dos Juizados (pois as provas não eram públicas), com o agravante de que agora os requisitos legais para os candidatos são muito inferiores, e a sua exclusão do quadro da organização, é bem mais trabalhosa.

Rapidamente, apenas para estabelecer nossa margem de comparação, um juiz togado, necessita além de passar por um concurso público de provas e títulos

do Sul., ano em que começou o concurso que se encerrou apenas em 2014, as atribuições dos profissionais serão as seguintes: 2.2.1 **Conciliador:** Compete ao **Conciliador Cível** conduzir a audiência de conciliação nos Juizados Especiais Cíveis, sob supervisão do Juiz. O **Conciliador Criminal** desempenhará as suas atribuições na audiência preliminar sob a orientação e supervisão do Juiz togado presidente do Juizado Especial Criminal, a quem caberá o poder de polícia. 2.2.2 **Juiz Leigo:** Compete ao Juiz **Leigo** presidir as audiências de conciliação, de instrução e julgamento, podendo, inclusive, colher provas; proferir parecer em matéria de competência dos Juizados Especiais, a ser submetido ao Juiz Presidente da Unidade de Juizado Especial onde exerça suas funções, para homologação por sentença.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Edital n.º 01/2012. Processo seletivo - conciliador e juiz leigo*. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://www.faurgsconcursos.ufrgs.br/TJRSPS0112/TJRSEdital_PS0112.htm>. Acesso em: 08 set. 2015.

⁴⁰⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Edital n.º 01/2012. Processo seletivo - conciliador e juiz leigo*. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://www.faurgsconcursos.ufrgs.br/TJRSPS0112/TJRSEdital_PS0112.htm>. Acesso em: 08 set. 2015.

⁴⁰⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Processo seletivo para as funções de conciliador e de juiz leigo no âmbito dos juizados especiais – 2012*. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/concursos_e_estagios/conciliador_juiz_leigo/>. Acesso em: 08 set. 2015.

(em várias fases), especialmente, ser bacharel em Direito e ter experiência jurídica de três anos⁴⁰⁶. Ainda, passará por avaliações psicológicas e psiquiátricas, além de estágio probatório. Este é o mínimo de exigência. Cada edital poderá fazer ainda outras exigências.

Como a organização é autopoietica, normalmente é ela mesma quem toma a decisão de quem vai ocupar os seus cargos. Quando muito, ela designa um setor especial para organizar este procedimento, mas, ao final, as últimas avaliações sempre contam com alguém da própria organização. É assim que as organizações conseguem falar em estabilidade social. Através de sua forma de selecionar membros (incluídos/excluídos), e do efeito que suas decisões produzem.

As decisões da organização, mais do que dizerem se autor ou réu estão com a razão, elas dão certeza⁴⁰⁷ sobre a resposta dada, que define uma única possibilidade entre tantas possibilidades que se tinha. Desse modo, a organização substitui permanentemente incertezas por certezas autoproduzidas. Certezas estas que a organização trata de manter, no possível, mesmo quando surgem dúvidas.

Estas deliberaciones intermedias dejan intacta la tesis de que una organización no 'consiste' de otra cosa que de comunicación de decisiones. Esta base operativa posibilita la clausura de un sistema autopoietico particular. Autopoiesis quiere decir: reproducción a partir de productos propios. Toda procedencia – desde la fundación de la organización hasta ocupar con personas los roles de membrençia – debe ser tratada recursivamente en la organización como decisión propia y poder ser interpretada de nuevo de acuerdo con correspondientes necesidades actuales de decisión. En las secuencias de las propias decisiones, la organización define al mundo con el cual tiene que ver. Reemplaza permanentemente incertidumbres por certezas autoproducidas – certezas que trata de mantener, en lo posible, aun cuando surgen dudas.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ Art. 93. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

⁴⁰⁷ Dentro da certeza possível de se ter em uma Sociedade de possibilidades, a qual não é absoluta, e que será revista por nós como convencimento.

⁴⁰⁸ “Estas deliberações intermediárias deixam intacta a tese de que uma organização não ‘consiste’ de outra coisa que de comunicação de decisões. Esta base operativa possibilita o fechamento de um sistema autopoietico particular. Autopoiesis quer dizer: reprodução a partir de produtos próprios. Toda procedência – desde a fundação da organização até ocupar com pessoas os papéis de membro – deve ser tratada recursivamente na organização como decisão própria e poder ser interpretada novamente de acordo com correspondentes necessidades atuais de decisão. Nas sequências das próprias decisões, a organização define ao mundo com o qual tem que ver. Substitui permanentemente incertezas por certezas autoproduzidas – certezas que trata de manter, no possível, mesmo quando surgem dúvidas”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 660.

Mas estas decisões, muitas vezes, são apenas maneiras formais de decidir os conflitos (e é aqui que queremos chegar), seja porque a decisão não é bem fundamentada, seja porque aquela situação não buscava uma resposta que o Direito pudesse lhe dar para satisfazer aquele problema real.

Um dos fatores que permite que a organização tome decisões mesmo dentro deste contexto conturbado é que ela geralmente, e no caso do Poder Judiciário é exatamente assim, não se responsabiliza pelos resultados decorrentes das decisões tomadas. No caso do Poder Judiciário, uma eventual responsabilização cai na figura do Estado. E não poderia ser diferente, porque se não os juízes não conseguiriam decidir. É um erro comum pensar que se os juízes se responsabilizassem seria melhor⁴⁰⁹. O que deve ocorrer, segundo esta tese, é os julgadores serem excluídos dos quadros de membros se não justificam as suas decisões, e não responsabilizados por consequências contingentes. Agora, se cumpriram com o seu dever, não há como impor a pressão da contingência dos resultados originados de uma decisão fundamentada.

Agora, como a organização trabalha? A citação a seguir é esclarecedora quanto a este ponto, e por isso merece ser reproduzida.

Entonces, las organizaciones instituyen sus propios procedimientos de absorción de incertidumbre. En cada sitio del procesamiento de información se condensan informaciones y se sacan conclusiones que en los sitios siguientes ya no se verifican; en parte porque para eso hace falta tiempo y competencia, y en parte porque resulta difícil formular buenas preguntas – y, sobre todo, porque no se está obligado a hacerlo. Absorción de incertidumbre significa también asumir la responsabilidad por la exclusión de las posibilidades. Aunque siguiendo la costumbre de las organizaciones, no significa de antemano responsabilizarse por los errores⁴¹⁰.

Mesmo com todos os pontos negativos elencados, o cenário atual demonstra que se precisa das organizações. A complexidade, a contingência e o risco embutido

⁴⁰⁹ Eu mesma já tive esta posição acadêmica, porém isso não é compatível com a sociedade de complexidade, mas é difícil de aceitar, quando se vê tantas decisões precárias tomadas no dia-a-dia desta instituição.

⁴¹⁰ “Então, as organizações instituem seus próprios procedimentos de absorção de incerteza. Em cada lugar de processamento de informação se condensam informações e se tiram conclusões que nos lugares seguintes já não se verificam; em parte porque para isso faz falta tempo e competência, e em parte porque fica difícil formular boas perguntas – e, sobre tudo, porque não se está obrigado a fazê-lo. Absorção de incerteza significa também assumir a responsabilidade pela exclusão das possibilidades. Embora seguindo o costume das organizações, não significa de antemão responsabilizar-se por erros”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 664.

nas comunicações atuais não permitem que se tomem mais as decisões sociais individualmente. Mais do que nunca, é preciso de uma organização, porque elas são preparadas e estruturadas para isso, superando as capacidades individuais. Os Sistemas Psíquicos têm dificuldades de tomar decisões presentes para o futuro. As organizações fazem isso com facilidade, embora nem os Sistemas Psíquicos e nem as organizações conheçam este futuro. As organizações conseguem, não por conhecer o futuro, mas porque são estruturadas para isso. E é deste tipo de decisão projetada que depende a estabilização social. Se quisermos manter a ideia de Sociedade funcionalmente diferenciada, as organizações são um item indispensável, assim como as decisões projetadas para este futuro.

No se refieren a sistemas funcionales particulares (a pesar de todo énfasis en los desarrollos tecnológicos), sino que son compatibles con una descripción de la sociedad que hace hincapié en la diferenciación funcional como forma – sin quedar obligada por ello. [...]. En el caso de la sociedad del riesgo, no se trataría sólo de la dependencia de la sociedad moderna respecto a la tecnología, sino más en general, del supuesto de que el futuro depende en todos los aspectos esenciales de decisiones que pueden tomarse actualmente, de modo que siempre se decide ahora sobre los presentes futuros, aunque el futuro no puede conocerse⁴¹¹.

Sempre se decide agora para o futuro, embora não se possa conhecer o futuro. Pois bem, “Dada la creciente complejidad de decidir con base en decisiones basadas en decisiones basadas a su vez en decisiones, la *autopoiesis* desarrolla estructuras que se acomodan a ello y a una creciente tendencia a decidir no-decidir⁴¹².” Em termos de organização, a autopoiese consiste em “producción y reproducción de decisiones en este flujo comunicativo permanente⁴¹³.”

⁴¹¹ “Não se referem a sistemas funcionais particulares (apesar de toda ênfase nos desenvolvimentos tecnológicos), senão que são compatíveis com uma descrição da sociedade que tem ênfase na diferenciação funcional como forma – sem ficar obrigada a isso. [...]. No caso da sociedade de risco, não se trataria somente da dependência da sociedade moderna a respeito da tecnologia, senão mais em geral, do suposto de que o futuro depende em todos os aspectos essenciais de decisões que podem ser tomadas atualmente, de modo que sempre se decide agora sobre os presentes futuros, embora não se possa conhecer o futuro”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 864-865.

⁴¹² “Dada a crescente complexidade de decidir com base em decisões baseadas em decisões baseadas por sua vez em decisões, a autopoiese desenvolve estruturas que se acomodam a isso e a uma crescente tendência de decidir não-decidir”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 665-666.

⁴¹³ “produção, e reprodução de decisões neste fluxo comunicativo permanente”. (tradução nossa). RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío; OPAZO, María Pilar. *Comunicaciones de la organización*. Colaboración de René Ríos F. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile; Alfaomega

Talvez esse seja o preço a se pagar pelos benefícios que ela traz, e é por isso que, mesmo tendo falhas, precisa-se das organizações para decidir. Abandonar este modo seria regredir socialmente.

Necessita-se fixar bem este ponto. A evolução gera um excesso de alternativas. A comunicação abre espaços, tanto para o desenvolvimento individual como para o crescimento sistêmico. Com isso, não se pretende explicar as profundidades psicológicas do ser humano através do Social. Mas é preciso encontrar um aparato que consiga observar tanto a complexidade social como a do ser humano e, principalmente, consiga observar a complexidade entre ambos. “No se puede ya reducir una de las complejidades a la otra: ni lo individual se entiende por lo social, ni lo social por lo individual. Tampoco es ya posible intentar comprender cada una de estas expresiones de lo humano de manera aislada, olvidando su necesaria interconexión⁴¹⁴.”

As organizações são feitas de comunicação, de ambas estas comunicações. “Además, constituyen el único tipo de sistema social capaz de comunicarse con su entorno⁴¹⁵.” A capacidade de comunicação com o entorno é determinante para que se entenda a decisão judicial. É esta característica única da organização que possibilita no momento da decisão ocorra uma ocasião. É ela quem viabiliza que o ser humano tenha participação e influência na tomada de decisão, mas não de qualquer maneira. Há uma forma específica de isso se tornar possível.

Segundo Darío Rodríguez Mansilla e María Pilar Opazo:

Vida, pensamiento y comunicación son distintos niveles de autopoiesis, caracterizados cada uno por la propia autonomía. El sistema social de comunicaciones se encuentra acoplado estructuralmente con los sistemas psíquicos. [...]. El acoplamiento estructural es una relación permanente entre un sistema y su entorno, en la que sistema y entorno se suponen mutuamente, pero ambos mantienen su autonomía. Para el caso que nos interesa, lo que los sistemas psíquicos piensan no ingresa directamente al flujo

Grupo, 2008. p. 539.

⁴¹⁴ “Não se pode já reduzir uma das complexidades a outra: nem o individual se entende pelo social, nem o social pelo individual. Tampouco já é possível tentar compreender cada uma destas expressões do humano de maneira isolada, esquecendo sua necessária interconexão”. (tradução nossa). MANSILLA RODRÍGUEZ, Darío; OPAZO, María Pilar. *Comunicaciones de la organización*. Colaboración de René Ríos F. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile; Alfaomega Grupo, 2008. p. 25.

⁴¹⁵ “Ademais, constituem o único tipo de sistema social capaz de se comunicar com seu entorno”. (tradução nossa). RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío; OPAZO, María Pilar. *Comunicaciones de la organización*. Colaboración de René Ríos F. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile; Alfaomega Grupo, 2008. p. 113.

de comunicações que hace la autopoiesis del sistema social: el pensamiento debe ser transformado en palabras⁴¹⁶ con lo cual se inicia un proceso de comunicações que tampoco penetra directamente a formar parte del pensar de otra persona. Esta persona escucha lo que le es dicho y eso la lleva a pensar algo, con un pensamiento en el que también influyen sus recuerdos, opiniones, estado anímico, etc. Por eso, es extremadamente improbable que al final del proceso ambos actores – en caso que fueran sólo dos – piensen exactamente lo mismo⁴¹⁷.

Mais do que estreitar as comunicações entre Sistema Psíquico e Social, este contato com o entorno, faz com que se possa pensar no espaço desta tese, em um subcódigo dentro da dinâmica social. O código Organização/Sociedade.

Em uma reflexão final. O sentido das comunicações que são oriundas da organização é criado por ambos: membros (Sistema Psíquico) e organização (social)⁴¹⁸. É necessário assim uma organização dentro da organização para que se coordenem estes papéis e as próprias comunicações para gerarem decisões, no nosso caso, jurídicas. A partir destas construções, abre-se espaço para observar o papel de um dos membros mais comunicativos da organização Poder Judiciário, o decisor.

3.3.2 O Papel do Decisor

O que reflete o papel do julgador? Sem dúvidas, de imediato, é a tomada de decisão. Para decidir no Sistema do Direito, primeiramente é preciso ser membro deste sistema. Nos capítulos anteriores, já foi dito como isso ocorre (concurso de

⁴¹⁶ Certamente o autor se refere neste contexto a linguagem, e não apenas palavras faladas, mas qualquer tipo de comunicação que socialize aquele pensamento.

⁴¹⁷ “Vida, pensamento e comunicação são distintos níveis de autopoiese, caracterizados cada um pela própria autonomia. O sistema social de comunicações se encontra acoplado estruturalmente com os sistemas psíquicos. [...]. O acoplamento estrutural é uma relação permanente entre um sistema e seu entorno, na que um sistema e entorno se supõe mutuamente, mas ambos mantêm sua autonomia. Para o caso que nos interessa, o que os sistemas psíquicos pensam não ingressa diretamente ao fluxo de comunicações que fazem a autopoiese do sistema social: o pensamento deve ser transformado em palavras com as quais se inicia um processo de comunicações que tampouco penetra diretamente a formar parte do pensar de outra pessoa. Esta pessoa escuta o que lhe é dito e isso lhe leva a pensar algo, com um pensamento no qual também influenciam suas recordações, opiniões, estado de espírito, etc. Por isso, é extremamente improvável que ao final do processo ambos atores – no caso de serem só dois – pensem exatamente o mesmo”. (tradução nossa). RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío; OPAZO, María Pilar. *Comunicaciones de la organización*. Colaboración de René Ríos F. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile; Alfaomega Grupo, 2008. p. 115.

⁴¹⁸ RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío; OPAZO, María Pilar. *Comunicaciones de la organización*. Colaboración de René Ríos F. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile; Alfaomega Grupo, 2008. p. 506.

provas e títulos ou seleção dos juizados especiais). Portanto, ser membro do Poder Judiciário é uma das premissas da tomada de decisão, e do papel dos julgadores. É com o ingresso na organização que seu papel inicia-se e vai sendo moldado.

As organizações são sistemas autopoieticos que produzem decisões a partir de decisões para comunicar decisões. Estas decisões das organizações são tomadas pelos julgadores. Pode-se dizer que, entre outras coisas, os julgadores são observadores que têm como ponto de referência o Direito. O que eles fazem para decidir é observar uma situação que algumas vezes já vem “moldada” para os olhos do Sistema Jurídico (quando chega através de um profissional do Direito). Em outras, vem “contaminadas” por elementos e seletividades de outros sistemas e, neste caso, direcionadas geralmente para julgadores não tão bem preparados (seja pela organização ou individualmente) para fazer esta observação. Ou seja, até mesmo no papel do decisor, a forma como os Juizados Especiais estão (des)estruturados⁴¹⁹, perturba sua função inicial de observação.

Uma observação que encontre muitos obstáculos para se realizar pode conter nuances relevantes não captadas pelo sistema. É como se o julgador tivesse que se desgastar para fazer uma triagem que já deveria ter sido feita e, quando o caso está traduzido para o Direito – não apenas em questão de linguagem, mas de sentido –, sua observação já está com as forças esgotadas.

A observação é o ponto de início da tomada de decisão. E neste papel de decisor, além de um observador de primeira ordem, o julgador pode se tornar um observador de segunda ordem. Mais uma vez ressalta-se a especialização estrutural dos juizados. Entendemos que, no caso de uma ação proposta por procurador, o julgador não observa o caso genuíno, mas observa a observação de outro observador deste sistema, outro profissional vinculado a este sistema, sobre o caso genuíno. Isso não ocorre nos juizados se a parte não for assistida por este profissional.

De qualquer sorte, não é preciso adotar esta nossa perspectiva diferenciada para encontrar nos julgadores, em determinadas situações, observadores de segunda ordem. Afinal, o que os tribunais fazem é observar a decisão anteriormente proferida, para somente após exarar a sua decisão. Isso é, uma observação da

⁴¹⁹ Embora no PPG-D a utilização de parênteses antes de uma palavra é visto sempre como algo relacionado à hermenêutica filosófica, esclarece-se que este não é o caso, e que isso não passa de um jogo de palavras.

observação que já foi feita no juízo *a quo*, e então uma observação de segunda ordem, na qual a complexidade já foi reduzida, e apresenta-se como uma complexidade mais elaborada e qualificada para o Direito.

Portanto, a decisão é antes de mais nada um processo de observação, de primeira e de segunda ordem. Este processo de observação é feito pelos julgadores. Logo, os julgadores são observadores com legitimação sistêmica e organizacional para observar e decidir sobre situações contingenciais e complexas que lhes são apresentadas.

Nesta perspectiva, e pensando assim o papel do julgador, surge uma figura estranha a esta dinâmica: o assessor. O assessor é atualmente, na justiça comum de primeiro e segundo grau, um cargo de assessoramento dos Magistrados, preenchido por escolha do próprio julgador (o famoso cargo de confiança), entre pessoas que tenham o título de bacharel de Direito. Não há seleção oficial e pública de testes de conhecimento ou aptidões. Nos dias atuais – e, novamente quem já esteve na organização sabe⁴²⁰ –, são os assessores que fazem esta observação do caso e elaboram as decisões. Com isso, se for entendido que o Magistrado é alguém que tem mais do que um cargo, e seu papel vai além de assinar documentos, e for introduzida a perspectiva de que ele é um observador, o assessor pode ser um problema na forma como vem trabalhando. Obviamente, não se resolve esta questão com argumentos de que é essencial que as coisas se desenvolvam desta forma pela quantidade de serviço que os gabinetes têm. Esse é um argumento pífio, que só demonstra mais falhas, e não esta no nível de nossas preocupações.

Por outro lado, é preciso lembrar que toda a observação tem um ponto cego, e o que pode ter ficado no ponto cego do assessor, pode transparecer para o julgador, caso os dois observem o caso diretamente narrado no processo e complementem suas observações, e não apenas exista a observação e a correção da observação. Ou seja, que não ocorra o que é muito comum, de os julgadores lerem a minuta da decisão e, se ficarem com dúvidas, reportarem-se ao caso para ver o que o caso lhes diz. As duas observações podem gerar uma observação mais completa. De qualquer forma, o fato é que “el mundo tolera observaciones diversas y esto de tal forma, que aquello que muestra con distintas distinciones no puede

⁴²⁰ A diferença da personalização das observações quando já se participou direta ou indiretamente da organização já foi por nós citada, através de trecho da obra de Luhmann. LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 665.

eliminarse siempre como error de una u otra observación⁴²¹.”

Não há observações certas ou erradas. Neste contexto do julgador, fala-se apenas em observações legítimas e ilegítimas. Nessa senda, para nós, é patente que podem ter decisões boas que sejam diferentes umas das outras, e todas elas tendo sentido. Também entendemos que as decisões são pensadas de forma diferente de acordo com cada julgador que for tomar esta decisão. O juiz é um observador, e ele só observa o que *ele* pode observar. Cada observador tem as suas incertezas, os seus pontos cegos e o seu próprio Sistema Psíquico. Além disso, nem sempre há uma observação da organização – ela também só observa o que pode –, e mesmo ele, juiz, exercendo um papel na organização, pode ter observações diferentes porque finalmente a “organização” não é, e nem poderia ser, uma entidade transcendental, mas são outros juízes, às vezes em grupo, às vezes não, observando algo para decidir. Por isso, “debe admitirse, no obstante, que un observador (y también un autoobservador) no puede ver lo que no puede ver y, sobre todo, que no puede verse a sí mismo. [...] incertidumbre de los observadores!⁴²²”.

Para Luhmann, o julgador vai dominar o procedimento e determinar com suas interpretações oriundas das observações os próximos passos dos demais participantes do processo. O “[...] papel de status do juiz que rege o procedimento, domina a interpretação atual da situação, interpretação que tem de ser seguida pelos outros”⁴²³. Logo, o papel do julgador é tão ou mais determinante no processo do que o papel da própria organização.

Nessa linha, não se pode esquecer o que foi trabalhado no capítulo dois. O julgador é um ser humano, e não consegue se cindir para ser um julgador isento de

⁴²¹ “O mundo tolera observações diversas e isto de tal forma, que aquilo que mostra com distintas distinções não pode se eliminar sempre como erro de uma outra observação”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 890-891.

⁴²² “Deve-se admitir, no entanto, que um observador (e também um autoobservador) não pode ver o que não pode ver e, sobretudo, que não pode se ver a si mesmo. [...] incerteza dos observadores!”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 840.

⁴²³ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 186. **Na versão francesa:** “La combinaison de ces deux fonctions est facilitée en particulier par le rôle propre au statut du juge, lequel domine la procédure, maîtrise l'interprétation qui est chaque fois faite de la situation, donne le ton et ainsi se retrouve relativement libre de faire alterner, selon les exigences, les interprétations expressives et instrumentales de la situation; et, en cela, les autres doivent le suivre.” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec: Université Laval, 2001.

todos os acontecimentos de seus sistemas e dos sistemas sociais múltiplos dos quais participa. Suas observações, sua *pessoa*, são, na realidade determinantes para a sua forma de observar e, como já referido, até mesmo para ingressar na organização. Tudo isto está interligado para fazer um decisor, para ele fazer a decisão e para a evolução das comunicações deste meio.

Estos efectos de la diferenciación funcional influyen a su vez en el proceso de transformación de la sociedad estratificada en una sociedad funcionalmente diferenciada; son resultado y a la vez factor de dicha transformación. Por un lado, se utiliza la orientación individualista en la persona para rebasar o subvertir viejas disposiciones sociales. Por otro, se hace tan claramente visible que tanto los programas como el acceso a roles (carreras profesionales) dependen de decisiones que la determinación por origen debe ser reemplazada por la determinación por decisión. Todo esto lleva a problemas de atribución que los sistemas funcionales, las organizaciones, pero también los individuos ponen a la vista – por ejemplo, en materias de fe religiosa o de descubrimientos o invenciones ‘ingeniosas’⁴²⁴.

É por isso que se disse algumas vezes que não é só a organização que é importante. Um exemplo fora do Direito que talvez facilite a compreensão com menos preconceitos, são as invenções científicas. Atualmente, é mais natural encontrar grupos de pesquisadores (organizações pode-se dizer) pensando em conjunto novas invenções, mas isso ocorre porque se torna mais produtora⁴²⁵. No entanto, grande parte das invenções bem sucedidas que são conhecidas e utilizadas hoje é fruto das deliberações pessoais de um ser humano específico. Leonardo Da Vinci, por exemplo, criou inúmeras coisas a partir de sua muito particular observação do mundo. Hoje algumas organizações científicas se sobressaem porque contam com determinado pesquisador e não com outro. Há complementariedade entre organização e ser humano profissional.

⁴²⁴ “Estes efeitos da diferenciação funcional influenciam por sua vez no processo de transformação da sociedade estratificada em uma sociedade funcionalmente diferenciada; são resultado e às vezes fator de dita transformação. Por um lado, utiliza-se a orientação individualista na pessoa para ultrapassar ou subverter velhas disposições sociais. Por outro, faz-se tão claramente visível que tanto os programas como o acesso aos papéis (carreiras profissionais) dependem de decisões que a determinação por origem deve ser substituída pela determinação por decisão. Tudo isso leva a problemas de atribuição dos sistemas funcionais, as organizações, mas também os indivíduos colocam a vista – por exemplo, em matéria de fé religiosa ou de descobrimentos ou invenções ‘engenhosas’”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 612.

⁴²⁵ No sentido de ser mais rentável economicamente, a compra de equipamentos, mais seguro em termos jurídicos, de patentes e negociações, entre outros aspectos que menos tem ligação com a invenção, com a ideia original e mais com sua operacionalização posterior.

A forma de organização reduz a complexidade. Ela tem o seu próprio interior com seus membros, com sua própria seletividade. É este ambiente que permite que seus membros, incluindo o julgador, consigam exercer sua “membridade”, seu papel. É fato que ninguém consegue, com os regulamentos atuais, ser decisor jurídico fora de uma organização⁴²⁶, não apenas por ser vedado por lei, mas pela necessidade da estrutura e aparato comunicacional que a organização propicia. A não ser que sua decisão não tenha validade e nem legitimidade. Isto é, não comunique como decisão Jurídica.

Com o suporte da organização é que os julgadores conseguem desenvolver seu potencial de gerenciamento. Com a constante redução de complexidade que ocorre no interior da organização, o julgador, na particularidade do processo que vai observar, vai tomando novas decisões.

A todo instante, vários julgadores vão observando e decidindo os processos que estão sob sua responsabilidade. Quem faz esta tomada de decisão é o julgador e não a organização. Agora, a diferença de este procedimento acontecer dentro da organização é que todas estas decisões passam a observar as incertezas em um nível potencializado, otimizando a própria tomada de decisão e aprimorando o papel do decisor. Não se pode esquecer ainda que é também em razão da organização que os julgadores não são pessoalmente responsabilizados por suas decisões, a não ser nas exceções já tratadas. Tudo isso torna atraente o fato de se tornar um membro desta organização e não de outra, e com isso ter o poder de decisão.

Vista como forma de sistema, la membrecía marca el 'lado interior' de la forma, es decir, aquello que, en primer lugar, interesa en el sistema y que debe advertirse en sus consecuencias. En el mundo exterior todo transcurre disperso, en el lado interior de la forma se advierte coherencia e integración. Tampoco aquí la diferencia sistema/entorno excluye una 're-entry' de la forma en la forma. Dentro del sistema se puede estar instruido, según las propias reglas del sistema, a considerar al entorno como algo de lo cual hay que percatarse. Pero eso sólo sucede de modo altamente selectivo, ya que las capacidades internas de comunicación son limitadas. Y también cuando se comunica sobre el entorno, el rol de la membrecía (la pertenencia al sistema) es aquel símbolo que acredita a la comunicación como operación interna.

Dado que las membrecías se basan en decisiones y que la conducta siguiente de los miembros en-situación-de-decidir depende de la membrecía, se puede también caracterizar a las organizaciones como sistemas autopoieticos sobre la base operativa de comunicación de

⁴²⁶ Ou estará vinculado ao Poder Judiciário, ou será vinculado a Câmaras de Mediação e Arbitragem, de Conciliação, entre outros.

decisiones. Producen decisiones a partir de decisiones y – en ese sentido – son sistemas operativamente clausurados. En la forma de decisión se halla también un momento de indeterminación estructural. Y puesto que toda decisión provoca otras decisiones, esta indeterminación estructural se reproduce en cada una de ellas. Se podría decir que un sistema-de-decisiones vive en vista de decisiones ulteriores de indeterminación autoproducida; y este momento se integra en la clausura operativa del sistema. La producción de decisiones a partir de decisiones logra absorber incertidumbre, aunque por las nuevas necesidades de decidir reproduce siempre también la incertidumbre de fondo de la cual vive el sistema. Reproduce la demanda de más decisiones y solamente así es posible la clausura operacional recursiva del sistema.

Las organizaciones generan posibilidades de decisión – que de otro modo no se darían. Colocan decisiones como contexto de otras decisiones. A las decisiones tomadas sobre la membrecía pueden enlazarse grandes cantidades de otras decisiones. Se puede prever la subordinación a órdenes, determinar programas de trabajo, prescribir vías de comunicación, reglamentar el empleo de personal y sus movimientos; todo esto de forma general que luego habrá de traducirse situacionalmente en decisiones. La membrecía es la premisa de decisión para la decisión acerca de las-premisas-de-decisión – y todo ello en un grado de detalles que sólo se restringe por un vínculo: la membrecía debe ser lo suficiente atractiva. A lo cual corresponde el hecho de que normalmente se remunera con dinero⁴²⁷.

⁴²⁷ “Vista como forma de sistema, ser membro marca o “lado interno” da forma, quer dizer, aquele que, em primeiro lugar, interessa no sistema e que se deve advertir em suas conseqüências. No mundo exterior tudo transcorre disperso, no lado interno da forma adverte-se coerência e integração. Tampouco aqui a diferença sistema/entorno exclui uma “re-entry” da forma na forma. Dentro do sistema pode-se estar instruído, segundo as próprias regras do sistema, a considerar ao entorno como algo do qual tem que se aperceber. Mas isso só ocorre de modo altamente seletivo, já que as capacidades internas de comunicação são limitadas. E também quando se comunica sobre o entorno, o papel de membro (o pertencimento ao sistema) é aquele símbolo que acredita na comunicação como operação interna. Dado que o ser membro se baseia em decisões e que a conduta seguinte dos membros em situação de decidir depende de ser membro, pode-se também caracterizar as organizações como sistemas autopoieticos sobre a base operativa de comunicação de decisões. Produzem decisões a partir de decisões e – neste sentido – são sistemas operativamente fechados. Na forma da decisão se fala também de um momento de indeterminação estrutural. E posto que toda decisão provoca outras decisões, esta indeterminação estrutural se reproduz em cada uma delas. Poder-se-ia dizer que um sistema-de-decisões vive em vista de decisões posteriores de indeterminação autoproduzida; e este momento se integra na clausura operativa do sistema. A produção de decisões a partir de decisões ganha absorver incerteza, embora pelas novas necessidades de decidir reproduza sempre também a incerteza de fundo da qual vive o sistema. Reproduz a demanda de mais decisões somente assim é possível o fechamento operativo recursivo do sistema. As organizações geram possibilidades de decisão – que de outro modo não se dariam. Colocam decisões como contexto de outras decisões. As decisões tomadas sobre ser membro podem enlaçar grandes quantidades de outras decisões. Pode-se prever a subordinación as ordens, determinar programas de trabalho, prescrever caminhos de comunicação, regulamentar o emprego de pessoal e seus movimentos; tudo isso de forma geral que logo terá de se traduzir situacionalmente em decisões. Ser membro é a premissa de decisão para a decisão acerca das-premissas-de-decisión – e tudo isso em um grau de detalhes que somente se restringe por um vínculo: o ser membro deve ser suficientemente atrativo. Ao qual corresponde o fato de que normalmente se remunera com dinheiro”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 658.

Entretanto, quando se destaca o papel do decisor, não se reporta de nenhuma forma a uma concepção clássica, que vá remeter ao solipsismo, que vai ao sujeito/objeto, e assim por diante. Toda a nossa construção fica em limites sistêmicos. Foi por isso que se teceu todo o capítulo dois desta tese, para esclarecer como se pode defender estes pontos de vista, mantendo-se fiel ao nosso referencial.

Assim, pode-se afirmar sem receios que toda decisão, além da observação e de conhecimentos técnicos, depende dos desdobramentos da consciência daquele decisor. Com tudo isso, tem-se uma decisão e não uma escolha. Não se trata da racionalidade de quem decide; a racionalidade se exclui e entra como alternativa à opcionalidade, gerando um paradoxo sistêmico necessário para o enfrentamento da complexidade levada ao Sistema do Direito.

Por supuesto que las decisiones – como toda comunicación – dependen de rendimientos de la conciencia. Aquí la teoría clásica enfatiza las consideraciones racionales de quien decide. Su aportación, sin embargo, no es clara dado que la supuesta racionalidad es el “tercero” en relación a las alternativas sobre las cuales hay que decidir, i.e., no es a su vez una alternativa. No se puede decidir entre avión, tren, auto ... o racionalidad. Y en efecto: la racionalidad se excluye como alternativa, mediante la opcionalidad. Esto es: ¡una paradoja! Lo cual nos hace suponer que el presupuesto de racionalidad sirve para el despliegue de esta paradoja: para hacerla visible mediante mistificación y para solucionarla indicando criterios o reglas que luego a su vez pueden validarse socialmente⁴²⁸.

É organização mais o ser humano na condição de ator social do Sistema do Direito que faz a decisão. Por isso, às vezes pode ocorrer de eles decidirem de forma isolada “um do outro”, podem decidir de maneira negligente e displicente, e não há como se ter um controle disso⁴²⁹. Isso é incerteza do sistema e da própria complexidade da Sociedade. Por exemplo, pode haver casos em que o juiz decide

⁴²⁸ “Certamente que as decisões – como toda comunicação- dependem de rendimentos da consciência. Aqui a teoria clássica enfatiza as considerações racionais de quem decide. Sua colaboração, sem embargo, não é clara dado que a suposta racionalidade é o “terceiro” na relação das alternativas sobre as quais tem de decidir, não é por sua vez uma alternativa. Não se pode decidir entre avião, trem, carro, ..., ou racionalidade. E em efeito: a racionalidade se exclui como alternativa, mediante a opcionalidade. Isto é: um paradoxo! O qual nos faz supor que o pressuposto de racionalidade serve para o desdobramento deste paradoxo: para fazê-lo visível mediante mistificação e para solucioná-lo indicando critérios ou regras que logo na sua vez podem ser validadas socialmente”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 659.

⁴²⁹ Em relação à falta de possibilidade de controle da decisão, algumas correntes da neurociência, entendem que é comum primeiramente se tomar uma decisão e após, em um processo de convencimento e de processos neurológicos, o hemisfério esquerdo do cérebro encontrar um argumento que justifique a decisão tomada. Neste sentido, ver: GAZZINGA, Michel S. *Who's in charge? free will and the science of the brain*. New York: Ecco; Harper Collins Publishers. 2012.

como seus interesses vinculados à sua participação em outro sistema social – como ser simpatizante de um partido político –, ou até como o Sistema Psíquico ou Biológico querem⁴³⁰. Tais atitudes até podem corromper esta decisão na perspectiva de sua motivação, mas o fato é que é uma decisão jurídica. Cabe aos vinculados à ela questionarem a mesma, dentro destes limites que o próprio sistema estabelece.

Porém, há outros casos em que é nítido que quem está decidindo não é um único julgador ou alguns julgadores opinando sobre determinado caso para dar uma decisão, mas a organização mesmo, os pressupostos que já foram consolidados a partir das decisões dos juízes que a compõem, e agora se identificam como decisões da organização. Pode-se verificar isso em casos de decisões sobre repercussão geral, por exemplo. Do mesmo modo que com os julgadores, a organização pode cometer erros.

O que se pretende mostrar neste ponto é que com Luhmann supera-se o problema de outras teorias críticas, de se ter um decisor como um sujeito que conhece o Direito e decide por si, com sua consciência, isolado de uma Sociedade e de seus elementos sociais. De outra banda, também com o apoio nos escritos luhmannianos, que não se exclui o ser humano, como um todo, no exercício de seu papel social deste processo de tomada de decisão: há complementariedade entre decisor e organização.

Diante de tudo isso, tendo em vista que há um papel da organização mais uma participação predominante de um julgador, que é um ser humano com todas as suas cargas de sentido, como lidar com as expectativas de um processo judicial, já sabendo que não se tem como controlar o conteúdo da decisão? É possível que as próprias expectativas gerem processos judiciais? Tratar-se-á disso no próximo capítulo.

3.3.3 A Expectativa como Origem dos Conflitos

Certa vez, Luhmann disse que o próprio Direito serve mais para fomentar os

⁴³⁰ Como indicam algumas pesquisas as quais apontam que os juízes perto do horário do almoço, com fome ou cansados optam pela solução mais fácil. Cita-se esta referência e caso singelo apenas para facilitar a assimilação do que se quer explicar sistemicamente, sem discutirmos a pertinência ou os critérios desta pesquisa. Neste sentido, ver a pesquisa de DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extremeous facotrs in judicial decisions. *PNAS*, Washington, v. 108, n. 17, Apr. 26, 2011. Disponível em: <<http://www.pnas.org/content/108/17/6889.full>>. Acesso em: 08 set. 2015.

conflitos sociais do que para promover uma integração da Sociedade⁴³¹. Ao desenvolverem-se as observações para esta tese, concluí-se que mais do que o Direito, as expectativas criadas pelos seres humanos sobre as expectativas de outros seres humanos, do próprio Direito e organizações, são uma das maiores fontes de conflitos⁴³², de insatisfação, e, com isso, muitas vezes de instabilidade⁴³³.

Todos que são ligados ao Direito por sua profissão, em algum momento já tiveram a oportunidade de escutar de um amigo, cliente, parente, aluno ou simplesmente conhecido, que para aquela determinada situação, esta pessoa conheceu alguém que tinha um caso “igual” ao dela, mas que recebeu uma decisão totalmente diferente das possibilidades que você indicou. Normalmente, trata-se de uma decisão que seria muito mais favorável para esta pessoa do que as possibilidades que você indicou.

No entanto, ao ouvirmos isso, nós sabemos que não corresponde às possibilidades reais do caso, e orientamos novamente esta pessoa sobre isso. Mesmo assim, algumas vezes este amigo, cliente, aluno, parente ou conhecido, passa a alimentar esperanças a partir daquelas expectativas, com base no que alguém lhe falou. Os motivos para ter falado isso são variados, como por não querer dizer que perdeu uma ação, ou muitas vezes por sequer saber ou conseguir entender o que aconteceu com o seu caso, ou ainda, que o nosso interlocutor não entendeu o que lhe foi informado. Em um caso isolado, isso gerará

⁴³¹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 369.

⁴³² Isso aliado também as complicações semânticas e dificuldades de linguagem, as quais já tratamos no trabalho anterior, e que é tema de muitos estudos há muitos anos. Para uma abordagem sobre o tema, recomenda-se o livro o Direito e sua linguagem. WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

⁴³³ Veja-se que no Brasil, o Poder Judiciário tem que decidir até mesmo quais serão os esportes olímpicos, porque entre outros fatores (como patrocínios, lucros, etc), alguns cidadãos não aceitam a decisão dada pelo órgão decisor da organização dos jogos (de que a capoeira não é um esporte olímpico), não sabem canalizar os desapontamentos da expectativa de que nos Jogos Olímpicos do Brasil a capoeira seria um esporte olímpico e por isso, recorrem ao Poder Judiciário. Assim, não é exagero ou eufemismo dizer que no Brasil quase tudo vai parar no Poder Judiciário. Ainda, algumas vezes, as expectativas que geram conflitos são oriundas da própria lei e das posturas da administração pública, como é o caso das decisões em matéria tributária. Os contribuintes têm a expectativa de que a administração pública vai seguir agindo de determinada forma, aplicando a lei de determinada maneira, mas isso é apenas uma expectativa que, quando alterada, acaba sendo reportada, na maior parte das vezes, ao Poder Judiciário. Neste sentido ver: LIMBERGER, Têmis; KÖCHE, Rafael. *Expectativa normativa em direito público: mudança de entendimento da administração e irretroatividade dos efeitos em matéria tributária*. [S.l.], 2013. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0CDAQFjADahUKEwjj2fuHsqzIAhVEDpAKHWGTcr8&url=http://www.publicadireito.com.br/artigos/%3Fcod%3D4e4faae72b1c3cbd&usg=AFQjCNFrfr3DqSYTcm3emb6Mf8FYhbon6g&bvm=bv.104317490,d.Y2l>>. Acesso em 28 out. 2015.

desapontamentos apenas para aquela própria pessoa. Entretanto, imagine o que ocorre quando muitas destas expectativas chegam assim, distorcidas, ao Poder Judiciário, sem nenhum filtro, sem que este interlocutor seja, por exemplo, já orientado por um profissional de que suas expectativas podem não se estabilizar, como é o caso de muitas ações dos juizados especiais? Ou ainda, chegam em grande escala junto à organização, buscando uma decisão que ela não pode dar, como ocorre em algumas situações da lei Maria da Penha?

E esta diferença de informações quanto às possibilidades do caso ocorre não porque as decisões são incertezas e variadas. Isso está compreendido dentro das margens de indicações que são repassadas por estas pessoas. Ela é fruto das expectativas que as pessoas alimentam que, quando envolvem situações pessoais, sempre tendem a ver o melhor de qualquer possibilidade, mesmo que alguém com conhecimento para isso lhe informe que esta expectativa vai ser frustrada.

Não é de hoje que o Direito se mostra como uma forma de gerar e também de solucionar os conflitos. Antes gerava controle social a partir de suas decisões. Mas esse controle era possível, porque as possibilidades, a amplitude das observações era muito reduzida. Com isso, as próprias expectativas eram mais contidas, limitadas. Mesmo assim, só era possível falar em controle quando o Direito realizava isso juntamente com outras áreas, como a religião.

También en el sistema del derecho de los siglos XVII y XVIII es posible constatar desarrollos similares. Antes que nada, es necesario tener presente que ya en el Medievo en Europa, en comparación con el resto del mundo, el derecho ha adquirido un significado verdaderamente excepcional como instrumento de regulación de las relaciones sociales, en parte, con base en el derecho civil, en parte sobre la base del derecho canónico; en parte, mediante la fijación por escrito de los derechos consuetudinarios locales, en parte en la forma de derechos ciudadanos y, con todos ellos también una ya importante actividad legislativa. Numerosos “clérigos” del Medievo no han estudiado teología, sino derecho canónico. De esta manera, el derecho contribuye a consolidar al Estado territorial, a eliminar el poder de jurisdicción en manos de los terratenientes, a asegurar a la tolerancia religiosa y, no por último, a reorganizar el ordenamiento de la propiedad que pasa del señorío sobre la tierra a condiciones de economía monetaria. Este alto entrelazamiento del derecho con otras funciones sociales hacen difícil, incluso a los mismos juristas, hablar de diferenciación del sistema jurídico. Sin embargo, es posible constatar facilidad los desarrollos paralelos⁴³⁴.

⁴³⁴ “Também no sistema do direito dos séculos XVII e XVIII é possível constatar desenvolvimentos

Veja-se que, na situação acima, o controle social funcionava porque não se tratava de uma atuação apenas do Direito, pois ele era vinculado à religião, e também a outras funções sociais, como a economia. Além disso, a margem de expectativas era reduzida porque as pessoas não tinham o que esperar. Não haviam grandes ambições ou desejos a serem comunicados.

Hoje, porém, as exigências que são feitas ao Direito para se falar em estabilização social são muito maiores, e por isso não se consegue mais falar em controle. É fato que a estabilização atualmente não depende apenas do Sistema do Direito. Entretanto, a diferença reside no fato de que, ao invés de agregar as funções de outros sistemas como ocorria antes, agora comunicam-se estas informações com os demais sistemas. Mas ele ainda é funcionalmente o sistema principal nesta empreitada, na medida em que ele é responsável por criar muitas expectativas na Sociedade atual e, ao mesmo tempo, tomar uma decisão reduzindo possibilidades, mas nem sempre gerando estabilização.

O grande problema da contemporaneidade é que, além de o Direito aparentar exercer o controle social, surgem expectativas de que, além de garantir este controle, ele vai fazer com que se aceite, se crie uma aceitação social em relação às expectativas que as pessoas têm individualmente.

O que tem sido difícil aceitar para alguns é que isso, o Direito não tem como fazer. Assim, mesmo quando estabiliza a comunicação com uma decisão, esta pode se tornar fonte de instabilidade, porque a decisão proferida não foi aceita nas comunicações sociais e no entorno, justamente em razão das expectativas que se tinha à respeito daquela decisão.

A vantagem existente agora é que, embora seja mais difícil falar em estabilização, porque com mais possibilidades surgem mais expectativas,

similares. Primeiramente, é necessário ter presente que já no Medievo na Europa, em comparação com o resto do mundo, o direito adquiriu um significado verdadeiramente excepcional como instrumento de regulação das relações sociais, em parte, com base no direito civil, em parte sobre a base do direito canônico; em parte, mediante a fixação por escrito dos direitos consuetudinários locais, em parte na forma de direitos cidadãos e, com todos eles também uma já importante atividade legislativa. Numerosos “clérigos” do Medievo não estudaram teologia, senão direito canônico. Desta maneira, o direito contribuiu para consolidar o Estado territorial, para eliminar o poder de jurisdição das mãos dos possuidores de terras, para assegurar a tolerância religiosa e, não por último, para reorganizar o ordenamento da propriedade que passa do senhorio sobre a terra para condições de economia monetária. Este alto entrelaçamento do direito com outras funções sociais dificulta, inclusive aos mesmos juristas, falar de diferenciação do sistema jurídico. Porém, é possível constatar facilidade nos desenvolvimentos paralelos”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 772.

atualmente os procedimentos para estabilização, em termos de Direito, permitem uma participação mais ampla. Nesta participação mais ampla, incluem-se tanto ricos como pobres indistintamente (incluídos/excluídos). Isso é um avanço, pois nem sempre foi assim. Antes, quem não podia ser incluído em um conflito jurídico através de um procedimento, simplesmente precisava de outros meios para solucionar a sua questão. Estes outros meios normalmente levavam a mais conflitos, só que não de forma institucionalizada.

Logo, não é a ideia de conflito que tem que ser afastada de nossa Sociedade. O conflito existe, os seres humanos divergem sobre muitas comunicações. O que tem que ser afastado são os modos não institucionalizados de solucionar estes conflitos.

Otra posibilidad consiste en admitir los conflictos, pero hacer que se allanen mediante la regulación social y a través de la influencia de terceras personas para activar la salida de conflictos. [...]. Quien es rico puede de cualquier manera oponerse a una comunicación que se le dirija; ahora, sin embargo, puede hacerlo también el pobre – con tal de que le asista el derecho. Contrario a los supuestos de un ‘funcionalismo moral’, de Durkheim por ejemplo – o de ciertos filósofos del derecho – el, derecho no sirve en primer término para la integración moral de la sociedad, sino para aumentar las posibilidades de conflicto en formas que no pongan en peligro a las estructuras sociales. El aumento de capacidad de conflicto puede ser utilizado diferencialmente, y en las sociedades más antiguas sirve sobre todo para el establecimiento de la diferenciación estratificada⁴³⁵.

Pois bem, ao contrário do que teremos em Habermas, a atual Sociedade é muito mais voltada para os conflitos do que para o consenso. Até mesmo o sistema que surgiu para dirimir questões precariamente comunicadas, na esteira do que afirma Luhmann, é fonte de conflito, fonte esta que, entre temas e motivos do conflito, não é de todo negativo, pois vai levar a uma aquisição evolutiva.

Com isso, há um aumento da capacidade de conflito, porque o sistema, a

⁴³⁵ “Otra posibilidad consiste en admitir los conflictos, mas fazer com que se aplanem mediante a regulação social e através da influência de terceiras pessoas para ativar a saída dos conflitos. [...]. Quem é rico pode de qualquer maneira opor-se a uma comunicação que se dirija a ele; agora, porém, pode fazê-lo também o pobre – contanto que lhe assista o direito. Contrariamente aos pressupostos de um “funcionalismo moral”, de Durkheim por exemplo – ou de certos filósofos do direito – o, direito não servem em primeiro plano para a integração moral da sociedade, senão para aumentar as possibilidades de conflito em forma que não coloquem em perigo as estruturas sociais. O aumento da capacidade de conflito pode ser utilizado diferencialmente, e nas sociedades mais antigas serve sobre todo para o estabelecimento da diferenciação estratificada”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 369.

partir da autopoiese, vai se aperfeiçoando para lidar com estes conflitos que o alimentam, juntamente com o excesso de possibilidades da Sociedade. Este excesso gera mais expectativas e mais expectativas de expectativas, que fomentam os conflitos. Interessante notar que, nesta perspectiva, o Direito serve para aumentar as possibilidades de conflito que não coloquem em perigo as estruturas sociais, e apenas estes, pois, de forma diversa, não haveria possibilidade de se falar em autopoiese. Assim, teremos os motivos do conflito diferenciados dos temas deste conflito.

La tercera posibilidad – que casi no puede compararse – de la que dispone una sociedad compleja consiste en la *diferenciación entre motivos del conflicto y temas del conflicto*. Pueden existir profundos motivos estructurales que lleven al nuevo surgimiento de conflictos; sin embargo, los conflictos mismos se buscan otras causas y otros temas porque el dispositivo estructural que los dispara de todos modos no es un ‘problema resoluble’. Con su penetrante búsqueda de los motivos ‘reales’ del conflicto (es decir, con su herencia marxista) algunos sociólogos han ocultado el hecho de que precisamente en esta diferencia de motivos y temas se encuentra una adquisición evolutiva, con tal de que el sistema sea lo suficientemente grande como para poder soportar los conflictos⁴³⁶.

Isto é, mesmo estas expectativas mal direcionadas ou sem um “fundo” de razão ou racionalidade, elas acabam sendo boas, porque elas permitem testar a solidez do sistema. Acima disso, parece-nos que isto vai possibilitar a verificação do nível de aprendizagem de todos os envolvidos na situação.

Outra questão merece nossa atenção. Quando fala-se em expectativas como origem do conflito, e até mesmo pelos exemplos que foram utilizados, pode dar a entender que estas expectativas habitam apenas o campo do Sistema Psíquico, do entorno da Sociedade, ou de uma vontade individual. Ocorre que, mesmo que elas surjam assim, no momento em que elas criam estas expectativas sobre a possível posição que um Sistema Social vai adotar sobre elas, elas ultrapassam esta

⁴³⁶ “A terceira possibilidade – que quase não se pode comparar – do que dispõe uma sociedade complexa consiste na diferenciação entre motivos do conflito e temas do conflito. Podem existir profundos motivos estruturais que levem ao novo surgimento de conflitos; entretanto, os conflitos mesmos buscam outras causas e outros temas porque o dispositivo estrutural que os dispara de todos os modos não é um ‘problema resolúvel’. Com sua penetrante busca dos motivos ‘reais’ do conflito (quer dizer, com sua herança marxista) alguns sociólogos tem ocultado o fato de que precisamente nesta diferença de motivos e temas se encontra uma aquisição evolutiva, contanto que o sistema seja suficientemente grande para poder suportar conflitos”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 369.

barreira, e passam a comunicar. Do mesmo modo, quando as expectativas, que podem até ser individuais, originam um conflito com outro ser humano, elas já se tornam Sociais: só há interação na Sociedade.

Sendo assim, parece possível concluir que, nestes casos, em que as expectativas são a origem do conflito, elas saem do plano pessoal, do entorno Psíquico, e se comunicam na Sociedade. Neste momento, passa a ser obrigação do sistema estabilizá-las, satisfazendo-as ou não. Por outro lado, quando elas permanecem no campo do indivíduo, enquanto uma expectativa efetivamente pessoal, não comunicada a ninguém, somente este ser humano pode se estabilizar. A decepção sempre será uma possibilidade presente, tanto em um como no outro caso.

Las expectativas hacen posible la realización de un par de tests: el que sean satisfechas no puede ser consecuencia del azar, sino indicador del realismo de las mismas. Si la expectativa fuera un constructo puramente interno, su satisfacción o decepción serían equiprobables. Por consiguiente, en la confirmación de las expectativas puede comprobarse que uno había esperado correctamente, es decir, que estaba ajustado a la realidad (sin que ello debiera colegirse que la expectativa transfiere al sistema una <<imagen>> del entorno). Pero también la decepción de las expectativas puede ser utilizada como test. Si la expectativa es mantenida a pesar de su decepción, esto demuestra la fortaleza del yo. A partir de este tipo de ocasiones se forman valores teóricos y normas, y uno acredita ante sí mismo su fuerza manteniendo contrafácticamente la expectativa proyectada aun cuando haya sido defraudada⁴³⁷.

O mais curioso desta dinâmica é que, sendo a expectativa a origem dos conflitos (uma delas), o conflito estará no futuro. A expectativa é um jogo de presente e futuro. A expectativa é sentida agora, sobre algo para o futuro, nem que seja um futuro próximo. O passado tem a função apenas de gatilho, até mesmo emocional, para despertar aquela expectativa, mas ela sempre se projeta para o futuro. Mesmo

⁴³⁷ “As expectativas tornam possível a realização de um par de testes: que sejam satisfeitas não pode ser consequência do azar, senão indicador de uma construção puramente interna, sua satisfação ou decepção seriam equiprováveis. Consequentemente, na confirmação das expectativas pode-se comprovar que alguém havia esperado corretamente, quer dizer, estava ajustado a realidade (sem que isso disponha que a expectativa transfere ao sistema uma <<imagem>> do entorno). Mas também a decepção das expectativas pode ser utilizada como teste. Se a expectativa é mantida apesar de sua decepção, isto demonstra a fortaleza do eu. A partir deste tipo de ocasiões formam-se valores teóricos e normas, e alguém acredita frente a si mesmo sua força contrafaticamente a expectativa projetada ainda quando tenha sido defraudada”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 249.

assim, o conflito não é controlável pelo Direito, pois o futuro não é controlável. Ele pode apenas receber respostas gerenciadoras de novas expectativas ou desapontamentos, e com isso se estabilizar ou não, mas não há uma forma de controlar isso. Mesmo que o indivíduo modifique a sua expectativa, isso não representa um controle do futuro, do conflito, mas um direcionamento da própria expectativa.

Os conflitos também não deixam de existir se todos estiverem em consenso, ou se todos participarem dos procedimentos. Eles são inerentes à existência de uma Sociedade. Eles apenas precisam ser civilizados dentro de suas margens estruturais e garantir que as decepções advindas deles, sejam canalizadas a ponto de não colocar os sistemas em colapso.

Esta civilização ocorre de acordo com os procedimentos e programações estabelecidos em cada sistema. No Sistema do Direito, o processo é um meio de civilizar estes conflitos. Mas as formas como se pode chegar até ele hoje, e até o Poder Judiciário, perturbam um pouco esta sistemática, e por vezes criam ainda mais expectativas conturbadas.

No Brasil, há muito tempo que os direitos sociais são fontes de decepções e desapontamentos dos cidadãos, pois eles não são efetivados. Com isso, começam a ser tornar processuais demandas por leitos em hospitais, medicamentos, tratamento para diabetes, HIV, distúrbios psicológicos e psiquiátricos, entre outros. As decisões vão se proliferando e comunicando, e com isso vão surgindo expectativas no que se refere a estes direitos violados, e a como eles podem ser alcançados. Começam a aparecer, como já visto, pedidos de medicamentos experimentais, tratamentos estéticos, cuidados com animais. As decisões começam a não ser mais sempre favoráveis, e as pessoas, começam a interpretar que um direito fundamental foi violado quando, na verdade, não foi um direito violado (como um leito de hospital), mas uma expectativa frustrada.

A certa altura, os direitos subjetivos também viraram fonte de descontentamentos, e depois os direitos do consumidor, dos idosos, e assim por diante. Todos eles, quando ganharam as comunicações sociais em larga escala, passaram a fomentar expectativas. Nem todas elas de acordo com o que efetivamente havia ocorrido. As previsões normativas destes direitos criam muitas expectativas.

Os meios de comunicação têm uma grande fonte de alimentação nestas

questões que são levadas ao Poder Judiciário. O acesso à informação na atualidade é extremamente amplo, para todos os tipos de meios de comunicação. Em um país em que grande parte da população tem um baixo nível de escolaridade, os meios mais sensacionalistas sempre têm a preferência dos sentidos. Estas notícias precariamente informadas, distorcidas ou errôneas, geram mais expectativas.

Estas expectativas viram conflitos diretos com outros cidadãos, ou dos cidadãos contra organizações ou contra o Estado. Dentro do procedimento comum, é mais fácil ter um controle disso. Agora, dentro dos procedimentos dos Juizados Especiais, isso se complica.

Anteriormente, falou-se sobre o processo de seleção dos Juizados Especiais, a fim de apurar a precariedade do mesmo e a fragilidade de quem vem comandando audiências e elaborando decisões. Também já foi esclarecido como ocorre o procedimento nos Juizados Especiais.

Agora, acrescentem a estas informações a imagem de uma situação totalmente conturbada entre as partes do processo, na qual ambas vem cheias das mais variadas expectativas baseadas em comunicações informais, da mídia, de amigos ou por simples dedução, que chegam para ser intermediadas por alguém que apenas concluiu o ensino médio ou, tem experiência jurídica baseada apenas no curso preparatório à Magistratura. É esse o cenário atual. A expectativa destes envolvidos, é de que chegarão para a audiência e encontrarão um juiz, mas esta pessoa que está ali presidindo a solenidade não pode se identificar assim, até porque efetivamente não o é. Novas frustrações e até mesmo, indisposição a resolver o problema. Não são poucas as vezes em que as partes questionam “meu problema é tão irrelevante para vocês que eu não mereço um juiz de verdade?”.

A partir desta estrutura, ocorre um facilitamento para que as mais variadas expectativas cheguem ao Poder Judiciário. E com isso, cria-se a necessidade de que aquele conflito seja solucionado pelo Sistema do Direito através de uma decisão, que vai lidar com um elemento muito instável. O que se observa é que Direito tem uma funcionalidade X, e surge justamente para decidir sobre as condições X, mas hoje, pelos elementos que já mencionamos, surgem nos cidadãos as expectativas de que o Direito vai resolver este X, e além de garantir este X, ele vai fazer com que se aceite isso. Como o Direito não tem este poder, estas expectativas vão ser frustradas novamente, o que pode gerar novos conflitos.

Evidentemente, os conflitos não surgem apenas de expectativas, e muito

menos apenas de expectativas cognitivas. Tampouco as demandas judiciais. Mas elas são, na atualidade, uma grande fonte de demandas que causam instabilidades nas comunicações sociais presentes e futuras.

Tais considerações e indagações remetem à pergunta lançada por Luhmann e, em certa medida, retomada nesta tese: “Perguntando numa forma mais exata: como pode um processo reestruturar as expectativas dos interessados, quando procura determinadas soluções de decisão até então em aberto?”⁴³⁸.

⁴³⁸ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 156. **Na versão francesa:** “Posons la question de manière plus précise: comment une procédure, qui est à la recherche de solutions précises à l'intérieur de situations décisionnelles si ouvertes, peut-elle restructurer les attentes des personnes concernées?” LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec: Université Laval, 2001. p. 185. Colocamos neste trabalho além da versão em português a versão francesa, pois há no mundo acadêmico algumas críticas quanto a tradução realizada para a edição brasileira. Deste modo, é possível conferir em duas fontes distintas o significado da citação.

4 DECISÃO, SELEÇÃO, ARGUMENTAÇÃO E APRENDIZAGEM

No centro do interesse teórico da presente tese, encontra-se a delimitação do problema levantado, que se centraliza na decisão jurídica: em que termos se pode pensar em estruturação de expectativas dos participantes de um processo judicial e reestabilização do Sistema se a decisão sempre será contingente?

Devido à evolução e diferenciação funcional da Sociedade, existem inúmeras possibilidades de decisão para cada caso em discussão, impedindo que se possa previamente ter certeza da decisão a ser proferida pelo julgador. Como se busca a estabilização, pode parecer que a antecipação ou a certeza sobre o conteúdo de uma demanda vai gerar mais facilmente a estabilidade. Paradoxalmente, a decisão deve ser estabilizadora de expectativas e redutora de complexidade, justamente por ser incerta.

É diante exatamente deste contexto é que – enfatizando - se perguntou: em que termos se pode pensar em estruturação de expectativas dos participantes de um processo judicial e reestabilização do Sistema se a decisão sempre será contingente? Portanto, a decisão jurídica é um elemento que precisa ser observado com novos olhos⁴³⁹, e sob outras perspectivas e enfoques.

A decisão é fundamental para dar seguimento nas comunicações e até mesmo nas ações. Para decidir é preciso selecionar entre as diversas possibilidades. E o processo de seleção deve levar a uma aprendizagem, o que nem sempre acontece, e causa ruídos e instabilidades desordenadas nas comunicações. Afinal, só se pode decidir o que se pode decidir. Embora esta pareça uma frase de efeito ou jogo de palavras, na verdade, ao analisar-se seu conteúdo detalhadamente, é possível constatar alguma perspicácia que a maioria das pessoas não consegue observar, e por isso tece críticas. Ao parecer tão óbvia é que estas construções sistêmicas mostram a sua sofisticação e grau de dificuldade em sua verdadeira compreensão.

É com estas colocações que se inicia o capítulo final desta tese.

⁴³⁹ RANDOM, Michel. O território do olhar. In: SOMMERMAN, Américo; MELLO, Maria F. de; BARROS, Vitória M. de. *Educação e transdisciplinaridade II*. Coordenação executiva do CETRANS. São Paulo: TRIOM, 2002.

4.1 Decisão Jurídica

A decisão, para ser uma decisão, é sempre algo em aberto, é uma incerteza que, por ser incerteza, traz certeza de legitimidade da e na decisão tomada. Sua incerteza se dá sempre dentro das possibilidades do que pode ser decidido, já que só se pode decidir aquilo que pode ser decidido. Estas possibilidades de decisão surgem de uma seleção, que observa as expectativas comunicadas, inclusive, algumas vezes, as expectativas cognitivas.

Mas com a diferenciação funcional da Sociedade, além da tomada de decisão, que ocorre dentro de um procedimento, esta mesma Sociedade necessita extrair algo mais desta decisão do que apenas a sua legitimação procedimental. Isso porque praticamente todas as questões são levadas ao Poder Judiciário ou a outros grupos que proferem decisões jurídicas, buscando uma resposta.

Diante da amplitude de alcance e pela importância que estas decisões assumiram ao longo do tempo, é preciso que, através da argumentação utilizada para fundamentar estas decisões, seja possível falar em aprendizagem. Na nossa concepção, a aprendizagem aqui poderia ser vista hoje como uma socialização⁴⁴⁰. Esta seria uma chave certa para a estabilização. Logo, esta tese trabalha com a construção de que uma decisão jurídica legítima procedimentalmente e, que tenha uma argumentação que construa uma fundamentação que gere sentido, vai gerar aceitação e, com isso, a socialização da Sociedade, o que vai possibilitar a reestabilização das comunicações e a evolução social da diferenciação funcional. Portanto, neste novo contexto social de complexidade, as decisões precisam aprender a socializar, tanto ao Sistema Social como ao Sistema Psíquico. Fala-se em reestabilização porque, se estamos em uma Sociedade, em algum momento estas expectativas já foram estabilizadas.

A decisão, assim como vários outros meios, está sujeita às inconstâncias comunicacionais e, com isso, ao risco. No entanto, mais do que em qualquer outro meio, é na decisão que o risco se manifesta.

⁴⁴⁰ “Criterios como los de bienséance (o goût/taste) tratan de reconducir los nuevos problemas hacia el orden antiguo de la estratificación; pero éstos son ahora criterios que presuponen aprendizajen (hoy tal vez diríamos: socialización) y que, en todo caso, no pueden ser adquiridos por nacimiento.” “Crítérios como os de conveniência (ou paladar/gosto) tratam de reconduzir os novos problemas até a ordem antiga da estratificação; mas esses são agora critérios que pressupõem aprendizagem (hoje talvez diríamos socialização) e que, em todo caso, não podem ser adquiridos por nascimento”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 581.

Ao adotar-se a perspectiva sistêmica para observar a decisão jurídica, também apresenta-se uma observação diferenciada do que significa decidir. Assim, “decidir, como sabemos, es convertir la incertidumbre en riesgo⁴⁴¹.” Ou seja, é um processo em que se adota um procedimento (construção puramente luhmanniana), em que se convertem as incertezas das possibilidades (perigos) em certezas de risco (decisão tomada).

Sendo assim, a decisão jurídica, em certa medida, aproxima-se da confiança. Essa aproximação se dá porque, na Sociedade de Complexidade, a confiança exerce o papel de um mecanismo que reduz complexidade no presente com base no passado, visando o futuro, mesmo que em nenhum destes tempos exista a certeza. É uma aposta em uma informação do passado que nos gera confiança⁴⁴² na informação em si, mesmo sabendo que ela pode, com o tempo, mostrar-se frágil e até ser desmentida. A própria confiança depende de uma tomada de decisão, e assim como ela, só terá seus efeitos conhecidos no futuro. Quer dizer, opera sob condições de incerteza e risco. Uma das diferenças reside no fato de que, como a confiança geralmente é ligada a uma esfera cognitiva, pode-se pensar em alguma responsabilização por eventuais danos, nem que seja ao menos a culpa por ter “acreditado em quem não deveria”. Já na decisão jurídica, resta afastada a possibilidade de responsabilização jurídica do decisor, ao menos na maioria dos

⁴⁴¹ “Decidir, como sabemos, é converter a incerteza em risco.” (tradução nossa). RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío; OPAZO, María Pilar. *Comunicaciones de la organización*. Colaboración de René Ríos F. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile; Alfaomega Grupo, 2008. p. 529.

⁴⁴² “Un mecanismo que opera de modo semejante es la confianza. Esta también permite reducir la complejidad para atreverse a decidir en el presente tomando opciones cuyos efectos sólo se podrán conocer en algún momento futuro. El pasado no puede dar garantías de certidumbre, porque se puede descubrir- siempre en el futuro – la falta de lealtad de alguien en quien hoy se confía, a pesar que su deslealtad ya lo há llevado a realizar actos indignos que todavía se desconocen y por ello, se sigue confiando en él en este presente, lo que después se lamentará: “¡¡Cómo no me di cuenta!!”. A pesar, entonces, de que también el pasado puede sorprendernos – naturalmente, en el futuro – lo damos por pasado, conocido, cierto, seguro, y lo usamos como punto de apoyo para avanzar hacia el futuro: en estas conficiones, la confianza es una apuesta hacia el futuro, que se basa en el pasado.” “Um mecanismo que opera de modo semelhante é a confiança. Esta também permite reduzir a complexidade para atrever-se a decidir no presente tomando opções cujos efeitos só poderão ser conhecidos em algum momento no futuro. O passado não pode dar garantias de certeza, porque se pode descobrir – sempre no futuro – a falta de lealdade de alguém em quem hoje se confia, apesar que sua deslealdade já o tem levado a realização atos indignos todavia se desconhecem e por isso, segue-se confiando nele neste presente, o que depois se lamentará: “como não me dei conta!!”. Apesar, então, de que também o passado pode nos surpreender – naturalmente, no futuro – damos o passado por conhecido, certo, seguro e o usamos como ponto de apoio para avançar até o futuro: nestas confições, a confiança é uma aposta até o futuro, que se baseia no passado”. (tradução nossa). RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío; OPAZO, María Pilar. *Comunicaciones de la organización*. Colaboración de René Ríos F. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile; Alfaomega Grupo, 2008. p. 529-530.

casos, mesmo que exista alguma forma de corrupção sistêmica.

Assim como a confiança, que depende de uma relação temporal, a decisão também encontra-se dentro deste jogo: decide-se no presente critérios de expectativas para o futuro, com observações do passado. “La sociedad moderna vive su futuro en la forma del riesgo de las decisiones⁴⁴³.” A questão é que se pode escolher confiar, e a decisão jurídica é obrigatória. Decide-se, e não se escolhe⁴⁴⁴, dentro de possibilidades de incerteza e risco.

Y por eso el presente es el punto ciego de un tiempo cuya expansión es inactual. Como es posible, entonces se puede utilizar el presente como momento de la decisión: solidificar lo ya-no-cambiable (con relación al pasado) y lo todavía-cambiable (con relación al futuro) para introducir en el mundo (que es simultáneo la forma de una alternativa). Con relación a los horizontes de tiempo (pasado/futuro) uno se puede comportar de manera selectiva, ya que los *horizontes no necesariamente son actuales*⁴⁴⁵.

Igualmente, é uma ilusão pensar que manter sempre a mesma decisão, uma decisão que já foi proferida muitas vezes no passado, unicamente por já ter “dado certo” anteriormente, por puro critério de repetição visando segurança, vai efetivamente trazer esta segurança. Diante da dinâmica decisional, tem-se uma ilusão de que a decisão sempre está vinculada ao passado. “La decisión no está determinada por el pasado (leyes emitidas, delitos cometidos); la decisión opera dentro de su propia construcción que es sólo posible en el presente. Por otro lado, la decisión tiene consecuencias para los presentes en el futuro⁴⁴⁶.”

Entretanto, o que a decisão, ou melhor, o decisor observa, é o passado para

⁴⁴³ “A sociedade moderna vive seu futuro na forma do risco das decisões.” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Jostxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 162.

⁴⁴⁴ Ressalto que, independentemente da matriz teórica que se esteja adotando para tratar da decisão jurídica, entendo que decidir não se trata de mera escolha, mas de um processo muito mais sofisticado e complexo. Assim, mesmo quando tratamos esta questão pela via filosófica, este posicionamento foi mantido. Desenvolvemos melhor estas questões em: WEBBER, Suelen. *A (in)autenticidade dos julgadores no direito: uma análise a partir de ser e tempo. no prelo*.

⁴⁴⁵ “E por isso o presente é o ponto cego de um tempo cuja expansão é inatural. Como é possível, então se pode utilizar o presente como momento da decisão: solidificar o que já não muda (com relação ao passado) e o que ainda pode mudar (com relação ao futuro) para introduzir no mundo (que é simultâneo à forma de uma alternativa). Com relação aos horizontes do tempo (passado/futuro) alguém pode se comportar de maneira seletiva, já que os horizontes não necessariamente são atuais.” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2002. p. 370.

⁴⁴⁶ “a decisão não está determinada pelo passado (leis emitidas, delitos cometidos); a decisão opera dentro de sua própria construção que só é possível no presente. Por outro lado, a decisão tem consequências para os presentes no futuro.” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2002. p. 371.

tentar projetar um futuro, realizando tudo isso no presente. Para a Teoria dos Sistemas é exatamente este modo de vinculação entre o tempo e a decisão que irá garantir-lhe validade, e não uma norma *a priori*, a qual é uma perspectiva singela para a atualidade. Mesmo que as decisões jurídicas normalmente se utilizem da jurisprudência – que é redundância – , ela não é presa ao passado, nem mesmo por observar suas programações que são pré-estabelecidas. Ela necessita ser dinâmica⁴⁴⁷.

Retorna-se um pouco. Como é sabido no âmbito desta tese, o Sistema do Direito, único do qual podem emanar decisões jurídicas, é obrigado a decidir, a partir

⁴⁴⁷ É por isso que podemos falar em decisões programantes e decisões programadas. Segundo Luhmann: “Geralmente, há à disposição, para a programação de decisões, dois gêneros fundamentais: programação finalística e programação condicional. Os programas finalísticos partem dos resultados desejados e daí procuram, considerando as condições secundárias, encontrar os meios propícios: são racionalizados através do cálculo de rentabilidade. Nos programas condicionais, as premissas de decisão têm, em contrapartida, a forma de causas, de informações, que estão em condições de resolver determinadas decisões, sempre que estejam presentes. Tratam-se, portanto, de programas de “se/então” e esses programas são racionalizados sobretudo através do trabalho de elaboração de conceitos jurídicos. Enquanto que os programas finalísticos estão orientados para o futuro, os programas condicionais têm que ver com fatos passados. A vinculação e concatenação, ou ainda a necessidade de união de ambos os tipos de programa permite, daí, uma coordenação de futuro e passado.” A grande diferença entre eles, em especial na ótica da Legitimação pelo Procedimento, é que: “Os programas finalísticos podem sempre ser atacados quando não se verificam depois os resultados propostos (portanto foram escolhidos meios inadequados), ou se descobriam outras vias com uma distribuição diferente do peso e das consequências e, sobretudo, outros meios econômicos. Os resultados constituem aqui o pólo da crítica. [...]. Nos programas condicionais, porém, tudo isso é diferente em princípio e, sensivelmente, na prática. Aqui é escolhido um “se” de acordo com o “então” programado. Para o decisor, os resultados são aceitos não como justificados, mas como o agravamento que o programa permite (querendo com isso atingir talvez por sua parte objetivos determinados). A responsabilidade pode ser aqui superiormente atribuída, pelo menos em grande parte. Numa decisão de programação condicional trata-se apenas da verificação da existência efetiva de determinados fatos e de que se trata aí daquele sinal que, de acordo com o programa, deve ocasionar a decisão. Para decidir basta competência jurídica, que se pode informar, caso o necessite, através de declarações e peritos competentes, mas só a decisão justifica. Desta forma se pode imunizar, na prática, a decisão contra as inúmeras possibilidades de crítica, sobretudo 1) contra uma crítica à pessoa; 2) contra uma crítica ao procedimento; 3) contra uma crítica da competência (não-jurídica) especializada e principalmente 4) contra uma crítica das repercussões (contrariamente às consequências puramente jurídicas). Esta limitação da crítica é paga como uma intensificação da conscientização do erro e da sensibilização ao erro dentro do âmbito ainda criticável: cada desvio daquilo que foi considerado certo constitui um erro e os erros são graves. O estilo de exposição dicotomicamente detalhadas das argumentações jurídicas e, o estabelecimento de conceitos e fatos como sendo assim e não doutra forma, corresponde precisamente a esta função de reduzir a capacidade de crítica duma decisão e de limitar as fontes de erro menos controláveis – contrariamente a pensar em probabilidades e chances, escalas móveis, prêmios de aproveitamento, proporções de valores e oportunidades condicionadas pelo tempo, o que é sugerido por este programa finalístico.” LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 110-111. Ressalta-se que embora Luhmann diga que a Legitimação pelo Procedimento é vinculada a programação condicional (p. 112), na mesma obra, ele diz que isso é um erro. A Legitimação pelo Procedimento pode ser dirigida a não programada (p. 149). De qualquer forma, este é mais um indicativo de que não se trata aqui de uma discussão substancialista e tampouco procedimentalista.

de suas organizações. Não importa se a decisão será favorável ou desfavorável para quem provoca o sistema. Independentemente disto, ele tem que decidir. Como o resultado (no sentido de quem vai ganhar, e não de construção) não importa, isso significa que esta decisão pode ou não atender certas expectativas. A decisão deve, em sua forma mais básica, limitar-se ao que determina o código e a programação do sistema – e seus acoplamentos –, sob pena de romper com a autoapoiese, gerar corrupção e ruir com a estrutura do sistema.

Se quisermos falar de regras, as regras da decisão se dão pelos programas. Não apenas as regras da decisão em si, mas de todo o procedimento. Quando se escreve uma petição na condição de parte, as regras a serem observadas, para que se comunique algo com aquela manifestação, são os programas, trabalhando a sua relação entre eles e com os recursos de linguagem, para que se tenha maior sucesso na transmissão das expectativas. Age-se desta forma porque

El sistema se orienta por reglas de decisión (programas) que son los que sirven para especificar los puntos de vista de la selección. La incertidumbre del final quiere decir que únicamente importan los valores del código (derecho/no derecho) con respecto a lo que habrá de juzgarse y que ya no importan los aspectos moralistas, políticos u orientandos por el beneficio económico⁴⁴⁸.

A decisão, enquanto redutora de complexidade (ela seleciona uma das diversas possibilidades), leva ao risco, em especial, ao risco de desapontamentos. Isso exige que ela se sobressaia a ponto de fazer com que o desapontado, mesmo não gostando, aceite aquela decisão (esse é o centro de nossa tese). Frente a todas as contingências da decisão, ainda assim, mesmo que a parte entenda⁴⁴⁹ a contingencialidade da decisão (ou seja, que ela poderia ser outra, e poderia ser outra que lhe beneficiasse), mesmo dentro deste cenário contingencial, o desapontamento deve ser canalizado de alguma forma⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ “O sistema se orienta por regras de decisão (programas) que são os que servem para especificar os pontos de vista da seleção. A incerteza do final quer dizer que unicamente importam os valores do código (direito/não direito) com respeito ao que terá que se julgar e que já não importam os aspectos moralistas, políticos ou orientandos pelo benefício econômico.” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2002. p. 380.

⁴⁴⁹ Mesmo que não saiba que entende deste modo, porque em geral, as pessoas não sabem que aquela possibilidade “remota” em suas cabeças, de perderem uma ação se trata de contingência e precisa ser assim.

⁴⁵⁰ E é na contingencialidade que se manifesta um dos valores mais buscados em uma decisão, um valor que todos, independentemente do que buscaram, sempre querem: a justiça. A justiça se verifica de forma contingencial, na medida em que, em sua maioria, as pessoas acreditam que

Mas porque sempre volta-se ao assunto do risco quando se fala da decisão? Justamente porque o risco se traduz em decisão, em determinadas dinâmicas⁴⁵¹ de

será proferida uma decisão justa, esperam que “seja feita justiça” (principalmente na área criminal), e acreditam nisso, até o momento em que a decisão proferida é contrária aos seus desejos, e então ela passa a ser vista como injusta. Assim, a justiça se reflete na contingencialidade do tempo, e é mais um perigo do que um risco. Na Teoria dos Sistemas, a justiça é vista como “contingency formula, which means that the Law may or may not be the legal system”, ou seja, uma fórmula contingencial, o que significa que o direito pode ou não ser justo. A autopoiese é um elemento que não pode alterar apenas a Legitimação pelo Procedimento, mas dá outros contornos para a justiça. Segundo Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos “[...] justice’s unobservability is not confined to the legal system only. Justice remains unobservable by all social systems, since, properly speaking, it cannot be found in any *one* system. This is far from making a case for one universal sense of justice. On the contrary, it is the realization that justice is a fragmented horizon that appears with different epithets (moral, justice, political justice, economic justice, juridical justice) in different discursive enclosures; and yet every justice always assumes universality, thematising the world from its own closure and not managing to imagine any other kind of justice different to itself. Each form of justice transcends its epithet by blind-spotting the other forms of justice. Thus, in the example of juridical justice, it may be the case that its set of criteria is within the legal system in the form of regular legal operations (for “one must not look for criteria outside [*rechtsexternem*] but within law [*rechtsinternen*]”). But it is also the case that justice as an *überbegriff* is pointing outside the system in a form of protended appellation, the unobservability of which is internalised by any system that observes the legal system. In this sense, justice remains a blind spot of all intrasystemic observation: when law observes itself observing others, it can only observe its ‘back’ as it were, but it necessarily misses the other side of itself, the one that ‘faces’ outside towards the externalisation of justice as internalised in the operations of other systems. This is how autopoiesis can see and not see at the same time. This is how it breaks the observational asymmetry between system and environment: by focussing on the *unobservability* of contingency. [...]. In other words, justice is to be found *through* law and in *spite of* law. Law has to blind-spot justice in order for justice to remain a normative imperative within and a contingency outside.” “a inobservabilidade da justiça não está confinada apenas ao sistema legal. A justiça permanece inobservável por todos os sistemas sociais, uma vez que, propriamente falando, ela não pode ser encontrada em nenhum sistema. Isso está longe de defender um sentido universal da justiça. Ao contrário, é a realização de que a justiça é um horizonte fragmentado que aparece com epítetos diferentes (justiça moral, justiça política, justiça econômica, justiça jurídica) em diferentes clausuras discursivas; e toda justiça já assume universalidade, tematizando o mundo a partir de sua própria clausura e não conseguindo imaginar qualquer outro tipo de justiça diferente de si mesmo. Cada forma de justiça transcende seu apiteto colocando no ponto cego outras formas de justiça. Assim, no exemplo de justiça jurídica, pode ser o caso que seu conjunto de critérios esteja dentro do sistema legal na forma de operações legais regulares (“não se deve procurar os critérios do lado de fora [*rechtsexternem*] mas dentro do direito [*rechtsinternen*]). Mas é também o caso que a justiça como uma *überbegriff* está apontando para fora do sistema na forma de *protendend* apelação, a inobservabilidade do que é internalizado por qualquer sistema que observa o sistema legal. Neste sentido, a justiça permanece um ponto cego de toda a observação intrasistêmica: quando o direito observa a si próprio observando outros, ele pode observar somente as suas ‘costas’, mas ele necessariamente perde o outro lado de si mesmo, aquele que ‘encara’ o lado de fora em direção à externalização da justiça enquanto internalizada nas operações. É assim que ela quebra a assimetria observacional entre sistema e ambiente: através do foco na inobservabilidade da contingência. [...]. Em outras palavras, a justiça deve ser encontrada através do direito e apesar do direito. O direito tem que colocar a justiça no ponto cego para que a justiça permaneça um imperativo normativo dentro e uma contingência do lado de fora.” (tradução nossa). PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. *Niklas Luhmann: law, justice, society*. [S.l.]: A GlassHouse book, 2010. p. 93-94.

⁴⁵¹ “[...] sobre el futuro no decide la decisión sino la evolución. Pero si se quiere representar esto en la situación de decisión que se ha producido una vez perdida la confianza en las capacidades de obrar y de reconocer errores, entonces riesgo es la descripción adecuada de ello.” “[...] sobre o futuro não decide a decisão mas a evolução. Mas se se quer representar isto em uma situação de decisão que tenha produzido uma vez a perda de confiança nas capacidades de elaborar e de reconhecer erros, então risco é a descrição adequada disso.” (tradução nossa). LUHMANN,

decisão e de confiança. Estas articulações se fazem presentes inclusive na dinâmica comunicacional e de observação estabelecidas pelo próprio procedimento que leva à tomada de decisão. Em razão deste arranjo, nem que fosse possível produzir uma decisão perfeita, ainda assim esta decisão não conseguiria observar tudo (e por isso mesmo que não existem decisões jurídicas perfeitas substancialmente⁴⁵²). Sempre haverá um *unmarked space*, um ponto cego, tanto na observação dos julgadores como na observação dos advogados e das partes.

O próprio procedimento processual se encarrega disto. Se já não fosse inevitável ter um ponto cego nas observações, os ritos do procedimento são estabelecidos de forma que até a fase final, tenham-se apenas visões parciais do caso, ampliando os pontos cegos⁴⁵³.

Os procedimentos processuais ocorrem de forma compartimentada e algumas vezes, mesmo tendo ainda apenas uma parte da argumentação, é exigido do julgador uma tomada de decisão, como antecipações de tutela ou liminares, por exemplo⁴⁵⁴. Com os advogados isso também ocorre: mesmo tendo apenas a versão

Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 866.

⁴⁵² No sentido de conteúdo, e não nos reportando às teorias substancialistas e procedimentalistas que, como já referiu-se nesta tese, encontram-se em outro nível de observação e construção teórica, que não se conjugam com as análises aqui tecidas.

⁴⁵³ Os pontos cegos não são bons ou ruins em si, eles apenas existem. Ele é algo que marca e permite a observação. Não se pode ver tudo. Vejamos através de exemplos: “quando somos obrigados a nos dirigir ao oftalmologista. Este profissional examina exatamente o que nós não conseguimos ver no nosso olho que é exatamente o que nos possibilita ver. É fato que, mesmo olhando através do espelho, não se consegue ver a totalidade do próprio olho. O curioso é que o oftalmologista, neste papel, consegue ver o ponto cego de seu paciente. Todavia, ele mesmo não consegue ver o seu próprio olho, o seu ponto cego. O mesmo ocorre com os profissionais da psiquiatria que seguem uma linha freudiana. O paciente deita-se e relata seus problemas, começando por qualquer ponto que queira, às vezes por uma simples frase. O paciente não consegue enxergar o problema naquela situação, há um espaço que não lhe é permitido observar, mas para um observador de segunda ordem, neste caso, é possível ver este ponto cego.” WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão, risco e saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 87.

⁴⁵⁴ Ou seja, “Uma vê uma parte da realidade que a outra não vê. Por isso, em uma perspectiva mais abstrata, pode se ver que ambas são, na realidade, complementares e não rivais. Uma é parasitária da outra.” SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito processual e sociologia do processo: aproximações entre estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 96. Há autores como Rafael Simioni que chegam a trabalhar com duas denominações que representam esta visão, a Teoria do Processo dos Advogados e a Teoria do Processo dos Juízes. Em breves linhas, tem-se que: “Na perspectiva dos juízes, as preocupações levam em consideração mais a questão da prestação jurisdicional. A observação é realizada a partir da perspectiva da jurisdição. [...]. Mas por outro lado, na perspectiva dos advogados, as preocupações levam em consideração mais as pretensões de seus clientes. A observação é realizada a partir da perspectiva das pretensões dos clientes.” SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito processual e sociologia do processo: aproximações entre estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 95 e 104. De qualquer forma, seria apenas com a completude das visões parciais (ou dos tipos de processos, se quisermos adotar a

de seu cliente, eles precisam tomar uma série de decisões para ingressar com a ação. Este é o motivo de se incorrer em um equívoco quando um julgador diz que tem que negar a liminar porque não tem certeza se a parte vai ganhar a ação, e conceder a liminar e depois julgar improcedente o pedido seria vergonhoso e um contrassenso⁴⁵⁵. Seu engano reside no fato de que o procedimento é pensado de forma a permitir que estas mudanças ocorram com legitimidade e sem causar constrangimentos. É um efeito do jogo da observação e do tempo.

Por isso, a decisão sempre lidará com a incerteza e o fator temporal será determinante, pois apenas ao final do processo um dos envolvidos, no caso o julgador, tem o privilégio de ter uma visão completa dos argumentos lançados por todas as partes, e ainda poder se manifestar. Veja-se que, mesmo que os advogados possam ver todas as manifestações, ele só poderá se manifestar até certo momento. Por exemplo, se a instrução estiver encerrada, ambos apresentam seus memoriais, e é aqui que o julgador será o último a ver os argumentos. No entanto, se o autor resolve retomar os autos e fazer uma nova manifestação, o procedimento determina que a outra parte tenha a oportunidade de fazer o mesmo e, assim, novamente, o último e único a ter a visão completa será o julgador, mesmo que o advogado do autor tenha tentado ter uma observação mais completa dos autos. Por este motivo,

o aspecto temporal será o mais importante na tomada de decisão, mais importante do que se a decisão é racional, democrática ou correta, porque é o aspecto temporal que vai fazer a ligação comunicacional da decisão com a realidade. É o aspecto temporal que vai permitir a realização da seleção de expectativas e é o aspecto temporal que vai permitir que diferentes pessoas sejam afetadas de diferentes formas pela mesma decisão⁴⁵⁶.

A dinâmica a que nos referimos faz parte de um procedimento que faz com

teoria de Simioni) que se tem o processo que estabiliza ou não expectativas. “A diferença básica entre essas duas perspectivas, do ponto de vista pragmático, é a seguinte: na perspectiva dos juízes, o processo visa garantir a possibilidade das decisões judiciais; e enquanto que na perspectiva dos procuradores, o processo visa garantir a satisfação dos interesses legítimos dos seus clientes.” SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito processual e sociologia do processo: aproximações entre estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 119.

⁴⁵⁵ Esta é uma afirmação que soará bem familiar para todos que já tenham acompanhado, por algum tempo, o trabalho de julgadores, que acreditam efetivamente que estão agindo de forma mais prudente ao fazer isso, não por cuidado com o caso, mas por cuidado com a constância do processo.

⁴⁵⁶ WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão, risco e saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 142.

que não seja possível afastar o risco das decisões, sendo possível apenas gerenciá-lo. É muito importante que esta dinâmica seja observada e compreendida, na medida em que, mesmo que se decida de forma diferente, mesmo que o conteúdo da decisão e o resultado final da mesma sejam diferentes da decisão anterior, ainda assim haverá algum risco e poderão ocorrer consequências não desejadas. Pensar que se pode decidir sem nenhum tipo de risco é uma ilusão, ou, nas palavras de Luhmann: “Los afectados aceptan sólo, y de forma ciega, el riesgo de eludir el riesgo⁴⁵⁷.” Quando bem gerenciada a questão, podem ser evitadas uma série de consequências indesejadas, mas ainda assim há uma margem de que isso aconteça. Observe-se a seguinte consideração:

Los riesgos conciernen a daños posibles, pero aún no consumados y más bien improbables, que resultan de una decisión; es decir, daños que pueden ser provocados por ésta, y que no se producirían en caso de tomarse otra decisión. Sólo se habla de riesgos si y en la medida en que las consecuencias pueden atribuirse a las decisiones. **Esto há conducido a la idea de que es posible evitar los riesgos y ganar en seguridad cuando se decide de forma diferente – por ejemplo, no instalando centrales nucleares -. Esto es un error. Toda decisión puede dar lugar a consecuencias no queridas.** Lo único que se puede conseguir cambiando de decisión es variar la distribución de ventajas y desventajas, así como probabilidades e improbabilidades⁴⁵⁸. (grifo nosso).

Veja-se, mesmo que se afirme que todas as decisões, mesmo que sejam gerenciadas, podem dar lugar a consequências não queridas, isso é muito distinto de se aceitar que então as decisões podem ser proferidas de qualquer forma, pois sempre poderão ter consequências observadas como negativas. Sendo assim, o procedimento (sozinho) se mostra insuficiente para que se tenham boas decisões, decisões adequadas, ou qualquer outro adjetivo que se queira usar, pois ele apenas

⁴⁵⁷ “Os afetados aceitam somente, e de forma cega, o risco de iludir o risco.” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 205.

⁴⁵⁸ “Os riscos concernem em danos possíveis, mas ainda não consumados e melhor improváveis, que resultam de uma decisão; quer dizer, danos que podem ser provocados por esta, e que não se produziriam no caso de se tomar outra decisão. Só se fala de riscos si e na medida em que as consequências podem atribuírem-se as decisões. **Isto tem conduzido a ideia de que é possível evitar os riscos e ganhar em segurança quando se decide de forma diferente – por exemplo, não instalando centrais nucleares –. Isto é um erro. Toda decisão pode dar lugar a consequências não queridas.** A única coisa que se pode conseguir mudando de decisão é variar a distribuição de vantagens e desvantagens, assim como probabilidades e improbabilidades” (grifo nosso, tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 163.

leva à tomada de uma decisão legítima. Nada mais. Também não se quer dizer que há algum elemento mágico que torne as decisões perfeitas. Não se vislumbra nenhuma forma, nesta Sociedade de Complexidade, de que as decisões sempre atinjam os objetivos projetados para elas, gerando estabilização. No entanto, ela deve sempre visar isso, e a sua não ocorrência deve ser eventual, e não padrão.

Toda decisão jurídica é limitada: “As decisões judiciais, por exemplo, decidem se uma determinada pretensão material deduzida em juízo é direito ou não-direito. Mas nenhuma decisão judicial pode decidir se é direito distinguir entre direito e não-direito⁴⁵⁹.” Sempre que se toma uma decisão, cria-se uma forma composta de dois lados, os quais representam um debate de contingências, indicando que foram consideradas as outras alternativas disponíveis no Sistema do Direito. Por isso,

a decisão jurídica precisa, para manter a sua identidade jurídica, estar referida ao sistema do direito da sociedade. Uma decisão jurídica orientada a valores econômicos, políticos ou religiosos, por exemplo, já é uma decisão econômica, política ou religiosa, ainda que decidida por membros dos tribunais na função jurisdicional. Se uma decisão jurisdicional usa o código ‘governo/oposição’ do sistema político, por exemplo, nós dizemos que essa decisão foi corrupta⁴⁶⁰.

A decisão também é comunicação. E sendo comunicação, ela também passa por suas improbabilidades de realização, ela também sofre os três efeitos comunicativos. Todavia, entende-se aqui que, na Sociedade de Complexidade, frente ao seu papel, ela tem que superar isso, inclusive a terceira improbabilidade: a de que os outros a aceitem, ou no mínimo aceitar a probabilidade de que os outros a aceitem.

É possível superar esta improbabilidade de fato ou esta seria apenas uma possibilidade do campo da discussão teórica? Pois bem, a publicidade é um dos campos que consegue, não raras vezes, superar esta terceira improbabilidade de comunicação. Por trabalhar da forma que trabalha, a publicidade consegue chegar tão longe. Uma publicidade bem comunicada faz com que todos os incluídos consumam determinado produto ou sigam determinado estilo de vida. Já os excluídos querem fazer isso e tentam a todo o custo atingir o status mágico trazido

⁴⁵⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 300.

⁴⁶⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O que a decisão jurídica observa? Contribuições da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann às teorias pós-positivistas da decisão jurídica. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 90.

pela publicidade⁴⁶¹. A decisão tem que conter a sedução que a publicidade possui, porque sedução gera aceitação. “La publicidad no obliga, sino seduce y sólo se puede seducir a quien anhela ser seducido”⁴⁶². E como já referimos até aqui, aceitação não se trata de obrigação. Aprendizagem não se trata de obrigação, de poder ou de imposição. A decisão tem que encontrar ressonância nos envolvidos diretamente no procedimento. É esta sedução que se procura para responder o problema de tese.

Sendo o direito uma estrutura de generalizações de expectativas congruentes, ele precisa de certa legitimidade em suas comunicações, que se somem a esta sedução. Esta sedução é permitida porque o Direito, além do que já foi dito, é “a estrutura da relação entre pessoas, que por sua vez podem ser representadas como titulares de determinados papéis”⁴⁶³. Desta forma, é cabível a sedução da publicidade, mas é preciso algo a mais, e este algo a mais, que faz com que não seja apenas a decisão legítima procedimentalmente e nem a publicidade, mas uma comunicação ressoante, é o sentido.

El sentido, en definitiva, es la conexión entre lo actual y lo posible; no es lo uno o lo otro.

Pero esto es sólo una primera aproximación. Tenemos que considerar que el sentido presupone sistemas autopoieticos dinámicos – sistemas psíquicos que usan la conciencia como el medio de sus operaciones o sistemas sociales que emplean como tal la comunicación⁴⁶⁴.

Havendo algo a decidir dentro de uma dinâmica procedimental em que se apresentam diversas possibilidades, é a produção de sentido que poderá gerar aceitação. Independente da decisão final tomada, que pode ser mais de uma, dentro

⁴⁶¹ Para mais detalhamentos de como a publicidade se comunica, RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío; OPAZO, María Pilar. *Comunicaciones de la organización*. Colaboración de René Ríos F. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile; Alfaomega Grupo, 2008. p. 392.

⁴⁶² “A publicidade não obriga, senão seduz e só se pode seduzir a quem anseia ser seduzido”. (tradução nossa). RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío; OPAZO, María Pilar. *Comunicaciones de la organización*. Colaboración de René Ríos F. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile; Alfaomega Grupo, 2008. p. 393.

⁴⁶³ JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís et al. (Coord.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 51.

⁴⁶⁴ “O sentido, em definitivo, é a conexão entre o atual e o possível; não é nem um nem o outro. Mas isto é só uma primeira aproximação. Temos que considerar que o sentido pressupõe sistemas autopoieticos dinámicos – sistemas psíquicos que usam a consciência como o meio de suas operações ou sistemas sociais que empregam como tal a comunicação”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 28.

das diversas possibilidades (boas, se assim quisermos) de decisões que se apresentam para cada caso, esta decisão tem que produzir sentido.

E o sentido se mostra o elemento mais importante nesta tese, no momento em que ele representa justamente a união entre Sistemas Psíquicos e Sistemas Sociais, no que em nossa construção se dará no momento da tomada de decisão, como uma *ocasião*. Portanto, o elemento central de nossa tese é que no momento da decisão ocorre uma ocasião, que vai produzir sentido, na forma acima explicitada, e isso mostra que Sistemas Sociais e Psíquicos fazem parte da dinâmica da tomada de decisão, mesmo quando falamos em decisão jurídica⁴⁶⁵.

Assim, acompanhando o que foi dito por Luhmann:

Mi conclusión, por tanto, puede ser expresada diciendo que *el sentido es una representación de la complejidad*. El sentido no es una imagen o un modelo usado por los sistemas psíquicos o sociales, sino, simplemente, *una nueva y poderosa forma de afrontar la complejidad bajo la condición inevitable de una selectividad forzosa*⁴⁶⁶.

E que forma seria esta? Através de uma releitura da legitimação pelo procedimento, que deve ser vista sobre a luz da autopoiese, somada ao fato de que as decisões jurídicas devem visar estabilização social e aprendizagem. Só assim ter-se-á a produção e comunicação do sentido sistêmico.

4.1.1 Comunicação e Institucionalização: a civilização das expectativas

Restou estabelecido que o Sistema Social e o Sistema Psíquico podem e constantemente se comunicam. Nesta esteira, não são apenas as organizações que comunicam suas expectativas na Sociedade, mas também os seres humanos. Isso já foi repetido diversas vezes, mas precisa ficar claro.

Como todos os tipos de questões são comunicadas ao Poder Judiciário, e considerando que atualmente há a possibilidade de as pessoas levarem pessoalmente suas angústias à “justiça”, aos julgadores, tem-se que as comunicações começam a

⁴⁶⁵ A ocasião foi tratada na primeira parte deste trabalho.

⁴⁶⁶ “Minha conclusão, portanto, pode ser expressada dizendo que *o sentido é uma representação da complexidade*. O sentido não é uma imagem ou um modelo usado pelos sistemas psíquicos ou sociais, senão, simplesmente, *uma nova e poderosa forma de enfrentar a complexidade sob a condição inevitável de uma seletividade forçada*”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 29.

ficar ainda mais conturbadas, caóticas e instáveis, pois, como foi visto, as expectativas cognitivas também podem ser comunicadas. Por isso, é necessário que se encontre uma forma de institucionalizar estas expectativas, civilizando-as.

Evidentemente há um limite, e não se pode tomar qualquer decisão sobre qualquer situação que é posta ao Direito, mesmo que o julgador assim o queira. Isto quer dizer que, mesmo que se possa submeter qualquer tipo de situação a um decisor, frente às possibilidades do sistema e do procedimento ele nem sempre poderá apresentar respostas satisfatórias, que agradem o âmbito Psíquico daquele que fez a submissão. O próprio sistema prevê limites para esta decisão.

Assim, torna-se ainda mais complicada a estabilização das expectativas através do julgamento, mormente quando causas das mais variadas chegam ao Poder Judiciário, e na sua essência, não buscam uma tutela jurídica (embora busquem uma decisão jurídica), mas sim respostas para os seus desapontamentos. Embora atualmente tudo possa ser levado ao Poder Judiciário e tudo que chega a ele obrigatoriamente tenha que ser decidido de alguma forma, isso não quer dizer que as partes vão receber a decisão que buscam.

Nesse cenário, nem a teoria mais otimista poderia falar em satisfação. Não é diferente com a Teoria dos Sistemas⁴⁶⁷. Até com seus elementos mais maleáveis, como a introdução da ideia de justiça, mesmo que a justiça em teoria, em abstrato, antes da decisão, agrade a todos, ainda assim não se terá satisfação. Mesmo naqueles moldes contingenciais que tratamos no item anterior. Isso porque, na Teoria dos Sistemas, a “justiça, nesses termos, não seria a pura correspondência entre a decisão e os interesses externos, mas sim a consistência das operações internas que reconhecem e qualificam os interesses como protegidos ou repelidos pelo direito”⁴⁶⁸. Ou seja, justiça para nós é entendida como seguir o procedimento, dando uma resposta jurídica ao pleito.

O Sistema do Direito é obrigado a decidir, mas esta decisão, que pode ou não atender às expectativas, deve limitar-se ao que determina o código Direito/Não-Direito, sob pena de romper a autopoiese do Sistema e ruir com sua estrutura. Portanto, o que não pertence ao código do Direito/Não-Direito deve ser excluído do sistema, ou melhor, não deve ser reconhecido pelo sistema, sob pena de haver um

⁴⁶⁷ Ela é vista muito mais como pessimista do que como otimista.

⁴⁶⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 78.

colapso de suas estruturas autopoieticas. Nem mesmo que a intenção pessoal do jogador seja a estabilização das expectativas da parte, ele não pode fugir aos limites do sistema para atingir este seu objetivo.

Pois bem, isso tudo já foi dito anteriormente. O que não foi mencionado é que esta exclusão em nada pode ser vinculada à existência ou não de consenso. Ela é estrutural. Até porque o próprio código do Direito, em sua forma binária, permite operar tanto com o consenso como com o dissenso⁴⁶⁹. Por isso, é um equívoco observar nossa construção como algo habermasiano. Não é esta a linha a ser seguida. Tampouco pensar a institucionalização como forma de buscar um consenso real; não é esta a expectativa da tese. A própria teoria dos sistemas apresenta meios de resolver este problema, sem recorrer ao consenso real. Voltar-se-á a falar de consenso em breve.

Então, como é possível civilizar estas expectativas mal direcionadas e mal trabalhadas que chegam aos julgadores? Estas expectativas que são trazidas ao Sistema do Direito? Um dos meios mais eficazes, e que tem se apresentado assim por alguns anos, embora não tenha sido ainda observado nesta perspectiva, é a utilização dos advogados como um filtro. O que isso quer dizer? Quer dizer que a presença de um advogado efetivamente tem que ser obrigatória, não por questões institucionais ou de reserva de mercado, ou qualquer outro argumento raso como estes, mas porque apresenta-se este profissional como um institucionalizador e um civilizador de expectativas no procedimento jurídico. Rapidamente, pode-se dizer que a sua dispensa, como ocorre nos Juizados Especiais, faz com que nem mesmo a Legitimação Pelo Procedimento possa se sustentar, ela que foi pensada antes de serem criadas estas figuras. Até mesmo na Legitimação pelo Procedimento, os advogados são indispensáveis. Assim, este é mais um motivo para se rever esta tese de Luhmann, pois hoje, como os novos procedimentos apresentados, ela se mostra falha em sua forma original.

A presença de advogados certamente é uma das condições que, dentro do procedimento legítimo, pode ajudar a estabilizar expectativas. Luhmann, ao falar em institucionalização no direito e nos sistemas sociais, falou de contratos, por exemplo,

⁴⁶⁹ No original: “[...] dal principio della codificazione binaria del diritto mediante l'introduzione di un codice di tipo discorsivo che opererebbe in base al consenso e al dissenso.” “[...] do principio da codificação binária do direito mediante a introdução de um código do tipo discursivo que opere em base de consenso e de dissenso”. (tradução nossa). DE GIORGI, Raffaele. *Introduzione all' edizione italiana*. In: LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Traduzione di Raffaele De Giorgi e Michele Silbernagel. Società editrice il Mulino, 1990. p. 18.

e da figura de terceiros como o juiz⁴⁷⁰. Nós, a partir das noções ali apresentadas, vemos que o advogado é, na atualidade, quem pode assumir este papel. Mais detidamente.

Nos dias de hoje, em termos de Poder Judiciário Estadual, há dois grandes procedimentos (dos quais a Legitimação pelo Procedimento não dá conta), que permitem e incentivam a dispensa de advogado. Trata-se do Juizado Especial Criminal e do Juizado Especial Cível, ambos, como vimos, criados pela Lei n. 9.099/96, em 26 de setembro de 1995, com a intenção de dar celeridade e resolver controvérsias de forma conciliatória⁴⁷¹. Para isso, ela apresenta ritos mais enxutos para procedimentos criminais em que os delitos tenham pena máxima de até dois anos e, na esfera cível, ações cíveis que busquem valores limitados a quarenta salários mínimos nacionais, além de outras demandas cíveis que não exijam a intervenção do Ministério Público ou de incapazes.

Na esfera penal, as demandas para este procedimento chegam geralmente via Delegacia de Polícia. Como é sabido, os serventuários das delegacias de polícia têm a obrigação de registrar os fatos narrados pela parte em uma ocorrência, sem que haja qualquer critério de verdade ou investigação para isso. Supostamente encaixando-se este fato em um delito dos que são de competência do Jecrim, ele é remetido, sem maiores investigações, para o Poder Judiciário. Aqui podem surgir duas situações: ou os envolvidos já foram intimados para comparecerem a uma audiência no Fórum pela própria autoridade policial – seja policial civil ou militar – ou o juízo designa uma audiência (e fica a seu critério, normalmente por um acordo informal, encaminhar os autos antes para o agente ministerial). Designada a audiência, se o suposto delito (que ainda não é investigado ou melhor apurado), comportar conciliação (o que é determinado pela lei) ou composição cível, a figura do conciliador criminal irá tentar solucionar a questão mediante acordo. Não resolvido, se cabível a transação penal⁴⁷² e o autor do fato⁴⁷³ tiver direito, é feita a

⁴⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 90.

⁴⁷¹ Art. 2º. BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

⁴⁷² A transação penal é cabível nos casos em que o autor do fato não tenha sido condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, com sentença definitiva; ter sido beneficiado anteriormente nos últimos cinco anos com a transação penal; possuir antecedentes e a conduta social que indicam ser o benefício adequado. Para mais detalhes, ver o art. 76. BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>.

oferta do benefício (que deve ser feita pelo Promotor de Justiça). Sendo aceita, segue-se na fiscalização do cumprimento das medidas. Não aceita, os autos vão ao Ministério Público para que este ofereça denúncia, solicite o arquivamento ou postule diligências complementares.

Há ainda uma outra possibilidade, a de o conciliador criminal (aquele que só precisa ter o ensino médio), verificando que não se trata de um crime, e não havendo conciliação, deixar de ofertar a proposta de transação penal, e se manifestar, opinando que os autos sejam arquivados. Assim, o processo vai ao Ministério Público para que o mesmo se manifeste sobre isso.

De qualquer forma, o caminho é longo e gera muito trabalho. Mas mais do que isso, gera uma série de expectativas nos envolvidos, que, na maior parte, são pessoas simples, de poucos conhecimentos, e com muito do senso comum. Isso quer dizer que elas vão à Delegacia de Polícia, por exemplo, quando jogam “no bicho”, ganham, e não recebem o prêmio⁴⁷⁴. Ocorre que “jogar no bicho” é uma contravenção penal e, ao invés de a pessoa sair de lá com o dinheiro que imaginava que sairia, sai da audiência com uma transação penal. É um delito tanto para quem joga quanto para quem gerencia; não há como cobrar estes valores via Poder Judiciário. A frustração ocorre porque o cidadão que chegou até ali com esta demanda não consegue entender isso, pensa que está no seu Direito, e as coisas pioram quando ele sai dali tendo que pagar valores ou se comprometendo a prestar serviços à comunidade, ou optando por responder ao processo criminal.

Já no cível, o que ocorre é que uma ação é interposta, na maioria das vezes sem a participação de um advogado, e é marcada uma audiência conciliatória (o que por si só, na maior parte das Comarcas do Estado do Rio Grande do Sul, leva muitos e muitos meses para ocorrer). Nesta conciliação, um conciliador tenta fazer com que as partes cheguem a um acordo. Caso isso não aconteça, é marcada uma

Acesso em: 31 ago. 2015.

⁴⁷³ Esta é a denominação dada por lei (art. 69 da Lei número 9.099/95) ao suposto acusado, que até este momento não é nem um acusado, muito menos um réu, apenas alguém que tem contra si uma informação de um possível delito criminal.

⁴⁷⁴ Situação como esta ocorreu no Juizado Criminal da Comarca de Farroupilha/RS, em 26 de julho de 2012, com audiência às 14h e 30 min, referente ao processo 048/212.xxx.1xxx-0, em que uma pessoa realizou o “jogo do bicho”, ganhou a aposta, e não recebeu do “bicheiro”. Assim, foi até a Delegacia de Polícia para registrar a ocorrência para receber seu prêmio. Durante a audiência, mesmo sendo explicado que com o prosseguimento a então vítima também responderia um processo por ter jogado em um jogo ilegal, sua afirmação era de que não importava, podia até ser preso, mas queria o dinheiro que lhe era devido.

audiência de instrução⁴⁷⁵, na qual serão ouvidas eventuais testemunhas, entregue a contestação, feitas réplicas preliminares com o proferimento das respectivas decisões sobre elas, e produzida toda a prova, seja ela documental ou testemunhal. Neste momento, já é marcada a data em que a sentença será proferida.

O detalhe é que grande parte destes procedimentos chegam ao Poder Judiciário através de uma reclamação/pedido feito pela própria parte, diretamente no balcão do cartório do juizado. Logo, assim como na Delegacia de Polícia, este funcionário até pode explicar que aquela ação é inviável ou que apresenta algum defeito, mas se a parte insistir, ele é obrigado a registrar o pedido e dar andamento, nem que seja encaminhando ao juiz presidente do juizado para que ele decida pela viabilidade de se processar a causa ou não.

Embora se alegue que isto é feito para dar celeridade e facilitar o acesso de pessoas carentes à “justiça”, estas são duas justificativas fáceis de serem desacreditadas. No que tange à celeridade, o que se tem é que nestes casos em que a resposta buscada não é uma resposta que o Sistema do Direito possa dar, as demandas se tornam mais longas, desgastantes, ou tendem a ser interpostas novamente. Em termos de Juizados Criminais, isso é muito comum, pois basta a pessoa voltar na Delegacia de Polícia e registrar uma nova ocorrência. Como a Delegacia de Polícia não pode se negar a isso, e como, invariavelmente, eles terão que mandar ao Poder Judiciário – seja para arquivamento ou processamento –, o caso retorna, no mínimo, até uma audiência conciliatória⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ Existem Comarcas, como é o caso da Comarca de Caxias do Sul/RS, em que há uma demanda tão grande de ações, que o próprio cartório faz uma triagem e, em casos em que normalmente não ocorre conciliação, como são as questões de Direito do Consumidor, não é marcada a audiência de conciliação, apenas a audiência de instrução. Ou seja, um dos fundamentos da lei já é totalmente alterado por falta de estrutura e por falta de um filtro prévio, que faz com que as pessoas busquem respostas no sistema errado. Uma prova disto se dá através da observação do processo n. 010/3.11.000199-5 (extravio de bagagem por companhia aérea), em que não houve audiência de conciliação e foi necessária a preparação para uma audiência de instrução, na qual foi realizado o acordo. Ou seja, não havia a menor necessidade de ser deixado tanto tempo de pauta ou postergado tanto a realização da audiência. Ademais, como é sabido, nestes casos as companhias áreas dificilmente fazem acordo antes de ter alguma audiência. Logo, era necessária a realização da solenidade, mas ela não precisava ser de instrução.

⁴⁷⁶ Este é o caso dos processos: 048/211.xxxx.6xxx-7, 048/211.xxxx.6xxx-6, 048/211.xxxx6.xx-0, 048/211.xxxx.6xx-2, 211.xxx.1xxxx-7, 048/211.xxxx.6xx-3, 048/xxxx.6xx-1, 048/211.xxxx.6xx-8, 048/211.xxxx.6xx-8, 048/211.xxxx6xx-4 e 048/211.xxx1xxx-5, todos com audiência para o dia 23/05/2011 entre as 15h e às 16h. Ainda, 048/211.xxxx.3xx-5 (com audiência em 21/02/2011 às 17h e 30min); 048/210.xxx.1xxx-3 (com audiência em 06/12/2010 às 14h) e 048/210.xxx.1xxx-9 (com audiência em 24/05/2010 às 15h e 30min). Todos estes processos (e mais alguns não listados) eram das mesmas pessoas comuns, vizinhos, que não aceitavam que não era o juiz que iria resolver os problemas pessoais de não se gostarem, ou não compartilharem da mesma religião, mas não era um caso de crime envolvendo racismo ou credo ou qualquer outro delito.

Outro ponto é que a ideia de celeridade apresenta no mínimo dois problemas neste formato. Primeiro que celeridade, nesta formatação de “fazer o mais rápido não importa a qualidade”, é um elemento que pode vir a prejudicar um acordo. Quando as questões estão muito recentes, é mais difícil fazer com que as pessoas conciliem, pois a ferida ainda está muito presente, e aquilo ainda tem muita importância. Segundo, que ela vem nesta forma para tentar iludir e consertar o problema de outras ações que não são julgadas por problemas que estão na raiz da estrutura do sistema⁴⁷⁷.

Quanto ao facilitado acesso à justiça, já que nem todos podem arcar com os custos de um advogado particular, ele demonstra mais uma vez a falha de sistemas, que recai, por exemplo, na falta de estrutura da Defensoria Pública do Estado. Esta instituição tem uma estrutura precária e insuficiente e, por isso, em muitas Comarcas não atende casos do Juizado Especial Cível⁴⁷⁸. Lembrando que os funcionários do juizado não podem dar orientações no sentido do que seria melhor a parte fazer, nem prestar qualquer tipo de auxílio, como dizer o que devem pedir, contra quem devem ingressar ou buscar endereços, pois têm que ser imparciais e neutros na condução dos processos. Conforme o art. 9º da Lei número 9.099/95, o advogado é opcional nas ações que versem sobre o valor de até 20 salários mínimos nacionais e passa a ser obrigatório, somente nas causas de valor superior.

Sempre haverá algum nível de conflito, e isso é normal, assim como o fato de algumas normas gerarem expectativas conflitantes⁴⁷⁹. Luhmann dizia que a Sociologia e o Direito estão preparados para isso, o que inclusive é necessário para a manutenção de uma sociedade complexa⁴⁸⁰. Mas isso só gera a obrigação

Era apenas uma dificuldade de relacionamento entre vizinhos de uma região, que a cada semana aumentava exponencialmente. Como eram vizinhos com pouca ocupação empregatícia ou escolar, ocupavam seus dias brigando por qualquer motivo (desde as roupas estendidas no varal até a religião de alguns e as músicas que escutavam), e se dirigiam até a Delegacia de Polícia e posteriormente ao Poder Judiciário.

⁴⁷⁷ É como dizer que um vendedor de uma rede de lojas de varejo mente para seus clientes porque ele tem metas para alcançar, metas estas que a própria empresa colocou para ele. Ora, tiram-se as metas e acabam-se as mentiras, e não se encontra uma forma espúria de justificar as mentiras.

⁴⁷⁸ Isso ocorre em Farroupilha/RS, por exemplo.

⁴⁷⁹ Aliás, “existem muito mais conflitos na Sociedade do que aqueles que estão sob litígio na forma de processos judiciais sob a jurisdição do Estado. Se se considerar a quantidade de pretensões materiais resistidas que ocorrem em todos os momentos na sociedade, pode-se logo ver que poucas delas resultam em demandas judiciais.” SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito processual e sociologia do processo: aproximações entre estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 108.

⁴⁸⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 77.

contínua de se procurar formas de amenização.

No entanto, dizer que o Direito está preparado para isso não é o mesmo que dizer que o Direito, ou as normas (em sentido amplo), darão conta de estabilizar as expectativas da Sociedade, mormente em uma Sociedade de Complexidade. “A segurança da satisfação e da integração social não estão dadas tão-somente na experimentação normativa”⁴⁸¹. Por outro lado, as expectativas normativas, “não podem ser indefinidamente expostas a desapontamentos”⁴⁸², pois elas perderiam justamente a sua estrutura e duração temporal que são ligadas diretamente ao que conseguem estabilizar.

A institucionalização não impede conflitos ou desapontamentos⁴⁸³, só civiliza os conflitos. Isso porque, com a institucionalização das expectativas de comportamento, “pretende-se delinear o grau em que as expectativas podem estar apoiadas sobre expectativas de expectativas supostas em terceiros”⁴⁸⁴.

Expectativas institucionalizadas são mais estáveis. O processo de institucionalização as torna estáveis, e isso traz certa margem de segurança. Ou melhor, traz certa margem de confiança ao envolvido, que é necessária para que ele continue interagindo nas comunicações sociais.

Este é o motivo de ter sido dito anteriormente que a estabilização, a partir da institucionalização, em nada tem a ver com o consenso⁴⁸⁵. A função da institucionalização “reside menos na criação e mais na economia do consenso, que

⁴⁸¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 77.

⁴⁸² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 77.

⁴⁸³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 83.

⁴⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 77. Importante registrar ainda que: “Para uma delimitação deste conceito e dos esclarecimentos a seguir, é necessário apontar três versões conceituais a serem diferenciadas, apesar de suas semelhanças. a) Os juristas compreendem a instituição em geral como um complexo de normas, cuja relação interna fornece um apoio à interpretação ou pode até mesmo ser considerada como uma fonte do direito. [...]. b) Os sociólogos referem o conceito de instituição ao preenchimento de necessidades antropológicas fundamentais que, devido à abertura da relação do homem com o mundo, não podem ser satisfeitas na relação natural e têm que ser deslocadas para a relação social [...]. c) Na sociologia de Talcott Parsons o conceito da institucionalização é referenciado à necessidade específica de assegurar-se as expectativas complementares através da interpretação dos aspectos culturais, sociais pessoais do sistema de ação. Os padrões comportamentais normativos são objeto da institucionalização [...]. Diferentemente destas concepções, utilizaremos uma estrita separação analítica entre mecanismos normatizadores e mecanismos institucionalizadores, pois só assim é possível elaborar-se a problemática e a evolução da formação do direito.” LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 156.

⁴⁸⁵ Ao menos na forma pensada por Habermas, expoente nesta área; e nem mesmo na simples aceção de concordância.

é atingida, principalmente, na medida em que o consenso é antecipado na expectativa sobre expectativas, ou seja, como pressuposto, não mais precisando, em geral, ser concretamente expresso⁴⁸⁶.”

Quando se tem uma expectativa normativa, e quando ocorre a institucionalização (que aqui se propõe na figura do advogado), dificilmente um descontentamento irá comunicar no sistema, a ponto de causar interferências nas comunicações deste. A parte já foi previamente avisada, e um comportamento assim, denota apenas uma teimosia resistida. O que ele precisa fazer neste caso não é o sistema encontrar uma forma de canalizar o seu descontentamento, que foi previamente e legitimamente esperado, mas mudar seu comportamento, o que vai exigir aprendizagem.

Mas por que quando ocorre a institucionalização não é mais papel do sistema encontrar mecanismos para canalizar os desapontamentos e sim do ser humano, da parte, encontrar formas de aprender com aquilo? Justamente pelo que a institucionalização significa.

Nessa acepção, o conceito de instituição possui sua característica específica não na compulsão social, não na ampliação do consenso faticamente concretizado e também não na normatividade das expectativas apesar de não excluir nenhuma dessas características. Sua função reside em uma distribuição tangível de encargos e riscos comportamentais, que tornam provável a manutenção de uma redução social vivenciada e que dão chances previsivelmente melhores a certas projeções normativas⁴⁸⁷.

Quer dizer, aqueles que têm expectativas contrárias ao que foi institucionalizado, têm contra si o desapontamento eminente causado por sua própria teimosia⁴⁸⁸. Assim, a função da institucionalização não é o de preparar para

⁴⁸⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 80.

⁴⁸⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 81.

⁴⁸⁸ No processo número 048/313.xxx.9xx-4 (com audiências em 12/09/2013 e 05/09/2013), que tramitou no Juizado Especial Cível, os pais queriam ingressar com uma ação em nome a filha menor contra um plano de saúde para a concessão de fisioterapia especial. O pedido foi feito sem assistência de advogado e na audiência de conciliação não houve acordo. Em instrução, mesmo sendo auxiliados por advogado dativo, os pais não aceitavam, por mais que se explicasse, que não poderia ser feito nada ali porque não havia competência, pois necessária a intervenção do Ministério Público em favor da menor. Mesmo que no início o problema fosse a estrutura do juizado (então culpa do sistema que esta com a estrutura falha, e precisava encontrar mecanismos para canalizar estes desapontamentos), depois, passou a ser teimosia da parte, pois a organização lhe forneceu um advogado, além de ter recebido as devidas explicações do julgador, mas mesmo assim, passado este momento, a família não aceitava a orientação que era dada e

o consenso entre os envolvidos, mas uma forma de preparar os envolvidos para possíveis desapontamentos. Observando esta descrição, nos parece bem plausível que um dos agentes institucionalizadores possa ser pensado na figura do advogado, pois é ele quem, atualmente, faz este filtro prévio. O que o advogado faz com as expectativas das pessoas é justamente o que foi acima descrito, e esta é uma forma de canalizar os desapontamentos.

O advogado exerce este papel de filtrar as expectativas de seu cliente, desde que faz o primeiro atendimento. Invariavelmente, o cliente lhe traz o seu problema - que chamaremos de fático, por falta de nomenclatura melhor -, e é o advogado quem vai moldando. Este molde consiste em traduzir e moldar as expectativas cognitivas do cliente para expectativas normativas. Com isso, já vai reduzindo possibilidades, inclusive de frustrações (já que só se tem uma frustração quando se é pego de surpresa), e também possibilidades de decisão⁴⁸⁹.

Essa é uma forma eficaz de canalizar desapontamentos, se pensada como indispensável no processo estabilizador como um todo. O que o advogado faz, em outras palavras, é transformar. As “poucas expectativas genéricas têm que ser substituídas por muitas expectativas específicas⁴⁹⁰.” É isso que o advogado faz ao traduzir o caso da parte para as possibilidades no Direito⁴⁹¹.

Ao longo da minha experiência nos juizados, tanto cível como criminal, pude

não se conformava com a mesma. Ao final, como foi informado que o processo seria julgado extinto por ilegitimidade ativa, o defensor dativo disse que o melhor seria constar também o pedido de extinção por orientação dele, mesmo que os pais resistissem a esta ideia.

⁴⁸⁹ Por exemplo, se o advogado, em uma ação de medicamentos decide entrar contra o município, mesmo que o juiz saiba que a união entregaria o medicamento antes, ele não pode decidir isso, ele não pode determinar que a união entregue aquele medicamento.

⁴⁹⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 86.

⁴⁹¹ Esta necessidade de institucionalização não se faz necessária apenas para pessoas pobres ou com pouco estudo. Entender nossas colocações desta forma é um erro. Há casos em que as pessoas envolvidas no processo também são vinculadas ao Sistema do Direito em seus papéis sociais, tem um bom nível de escolaridade e um bom padrão econômico, mas ainda assim, frente as suas dificuldades de comunicação na Sociedade, quando suas expectativas são frustradas, procuram o Poder Judiciário para tentar solucionar a questão encontrando a satisfação de suas expectativas. Isso ocorre normalmente através dos Juizados Especiais. Como estão profundamente envolvidas nisso, não conseguem por si só observar as possibilidades que o sistema possui para enfrentar a sua desilusão. Isso cria novos desapontamentos e mais ações chegam ao sistema. Um exemplo disto pode ser visto no Juizado Criminal da Comarca de Farroupilha/RS, em que o então representante do Movimento de Combate a Violência e o na época Capitão da Brigada Militar tinham um desentendimento não jurídico, e por diversas vezes registravam ocorrências policiais um contra o outro. Não constaram as datas das audiências a fim de não serem identificados os envolvidos que estavam em cargos públicos. No caso, mais de dez ocorrências foram registradas e audiências realizadas por este motivo.

verificar que, no caso da Comarca de Farroupilha/RS⁴⁹², os maiores desapontamentos, estes que geram grande repercussão⁴⁹³, ocorrem em ações interpostas sem a participação do advogado⁴⁹⁴. Em muitos casos, a pessoa ingressa com a ação sem o advogado, tem uma grande frustração na audiência de conciliação, quando entende que a “justiça não foi feita”, que “estão lhe enganando” ou que a “outra parte é mais poderosa”⁴⁹⁵. Suas opções para a audiência seguinte são aceitar um advogado dativo, que é oferecido, vir acompanhado de seu próprio advogado, ou permanecer sem advogado, como fizeram até o momento. Independente do que decida, o fato é que, nesta etapa, o pedido de mérito da ação já foi feito, a comunicação já foi delimitada, e pouca coisa pode ser feita. Resultado, na próxima solenidade mantém-se a frustração.

É esta estrutura do procedimento que permite o ingresso sem advogado e somente depois oferece um defensor dativo, que causa mais desapontamentos do que resoluções de problemas. Apenas lembrando o que foi elencado em tópico anterior: a falta de preparo dos julgadores dos juizados e a sua questionável legitimidade também são causa desta instabilidade descontrolada.

Claro que não é porque se tem advogado que nada poderá ser mudado e tudo será perfeito, e todas as expectativas alcançadas⁴⁹⁶. Ainda, é preciso lidar com

⁴⁹² E em conversas informais com outros colegas que atuaram na mesma época em que eu atuei nos juizados, nas outras Comarcas em que eles trabalhavam – e alguns ainda trabalham – esta era a mesma percepção.

⁴⁹³ Um exemplo deste tipo de desapontamento que gera repercussão a ponto de movimentar o sistema é o do processo 048/312.xxx.7xx-9 (com audiência de instrução em 02/08/2012), em que o autor ingressou com uma demanda contra uma empresa de telefonia pela cobrança de R\$ 20,00 (vinte reais) que considerava indevidos, e quando a ré propôs acordo, exaltou-se afirmando que se tratava de um absurdo as práticas que as empresas de telefonia tinham com os consumidores e mesmo assim não eram presas. Mesmo sendo explicado para ele os procedimentos, que os advogados ali presentes não eram donos ou efetivamente responsáveis pela empresa de telefonia, ainda assim ele passou a exigir que eles fossem condenados, presos e que o que ele buscava com aquela ação não era receber o valor que haviam lhe cobrado indevidamente, mas a justiça para todos os consumidores injustiçados. Não satisfeito, após a audiência, este autor fez reclamações junto à OAB local sobre a “conduta” dos advogados em advogarem para a empresa de telefonia, na direção do Foro contra a Juíza Leiga e no Ministério Público porque sabia que em Porto Alegre o Foro tinha uma sala destinada a uma empresa de telefonia. Após, ainda ingressou com diversas outras ações nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais com teor semelhante.

⁴⁹⁴ Quase todas as demandas citadas nesta tese, não contavam com a assistência de advogado, ao menos não desde o início.

⁴⁹⁵ Um exemplo disso pode ser visto no processo número 048/313.xxxx.8xx-3 (com audiência em 12 de setembro de 2013), em que o autor aceitou o acordo oferecido pela empresa de telefonia, mas até o final do procedimento disse que aceitava aquilo mas que sabia que estava sendo enganado, mesmo seu advogado lhe explicando que aquela era a melhor opção dele, diante do caso. Questionado, não queria desistir do acordo e continuar o processo, queria o acordo, mas sempre afirmando que estava sendo enganado.

⁴⁹⁶ Na frustração de expectativas decorrentes de um processo de Juizado Especial Cível, no âmbito do direito do consumidor, os meios de comunicação têm grande participação nisso, na medida em

uma série de contingências. E estas contingências precisam se fazer presentes, sua permanência é correta, e precisa acontecer para mantermos a legitimidade e dinâmica do sistema.

Mesmo que o advogado não vá solucionar todas as insatisfações, seu papel como procurador é tão marcante que, mesmo quem se mostre descontente com a decisão, mesmo após um processo de institucionalização, ainda assim “tem que encontrar as palavras certas, os argumentos que desestabilizem a instituição⁴⁹⁷.” Para isso, vai precisar novamente de recursos de institucionalização⁴⁹⁸. Para atacar sua fonte de desgosto, ele precisará, para ter chances neste ataque, civilizar as suas expectativas, institucionalizando-as, para melhor comunicá-las no procedimento. Para encontrar estas palavras certas, os argumentos desestabilizadores, necessitarão de alguém que detenha o conhecimento dos programas do sistema e possa lhe auxiliar, o que normalmente se constitui na figura do advogado.

É preciso ficar claro: não é o advogado enquanto pessoa, mas sim a sua referência em termos de comunicação no procedimento⁴⁹⁹. Em que pese a

que reproduzem e criam muitas informações inverídicas, incompletas, distorcidas ou erradas. Além de grande parte da população brasileira ter dificuldades para compreender este tipo de informação, a mídia faz este desserviço social e informa de maneira errada, gerando mais sensacionalismo. Não são raros os casos em que os autores, sem advogado, chegam a audiência trazendo uma notícia e dizendo que sabem que têm direito a receber R\$ 10.000,00 (dez mil reais) porque seu voo atrasou, por exemplo, porque é isso que a notícia diz, ou que, têm direito a uma indenização de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) porque seu telefone não está funcionando. O que obviamente não é verdade e depende de uma série de fatores. Um exemplo disso pode ser visto no processo 048/312.xxx.1xxx-3 (com audiência de instrução em 07/0/2013), em que o autor ingressou com uma ação contra uma companhia aérea por atraso em um voo, e disse que não queria advogado dativo pois sabia de seus direitos. Em seguida, apresentou ao Juiz Leigo uma reportagem de jornal dizendo que conforme aquela notícia, sabia que tinha direito a uma indenização de vinte mil reais e que o Juiz Leigo deveria ficar com a reportagem para saber como decidir. Novamente orientado, não quis defensor dativo nem prazo para contratar um advogado. Ao final, teve seu pedido totalmente indeferido. Com o indeferimento do pedido, optou por constituir advogado particular, o que não modificou apenas em partes sua situação, pois toda a prova já havia sido produzida.

⁴⁹⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 82.

⁴⁹⁸ Saliento que algumas vezes o Ministério Público também pode cumprir esta função, na medida em que atende pessoas e dá andamento a processos ou orientações que conduzem o comportamento e expectativas dos cidadãos. Contudo, como neste caso o foco principal são os juizados, local em que o MP não exerce esta função, não nos deteremos neste ponto. Da mesma forma, as procuradorias federais, estaduais ou municipais não são exploradas aqui, pois o foco é outro, mas elas exercem também este papel, pois a sua comunicação e participação no procedimento são nesta esfera.

⁴⁹⁹ O que é feito aqui é uma distinção de comunicações, e não da profissão em si. É a comunicação que o papel do advogado exerce, e não o cargo dele, por isso pode ser o Ministério Público, os procuradores, a Defensoria Pública Estadual, e até mesmo a figura do PROCON, pois, nesta diferenciação aqui traçada, todos estes podem fazer a mesma espécie de comunicação. Embora em relação ao Procon caiba uma grande discussão se ele é ou não do Sistema do Direito, e se suas decisões têm ou não força jurídica.

advocacia ser uma das profissões dentro do Sistema do Direito em que mais se considera a imagem pessoal do profissional para se criar uma ideia de confiança⁵⁰⁰, nossa construção não toma por base isso, mas o papel que ele exerce na comunicação procedimental.

Luhmann dá o contrato como exemplo de institucionalização das expectativas⁵⁰¹ porque é difícil ter institucionalizações rígidas, concretas, como a lei. O contrato dá a possibilidade de diferenciar as expectativas já normatizadas e em alguma medida até mesmo institucionalizadas, sem violá-las. O processo, de certa forma, também é uma forma de institucionalizar, mas ambos já não dão mais conta do cenário atual sem o apoio de um advogado que civilize as expectativas dos envolvidos (não necessariamente pessoas físicas, mas pessoas jurídicas também). Na nossa proposta é o papel exercido pelo advogado, que tem a maleabilidade necessária para enfrentar a complexidade e a dinâmica comunicacional atual.

Da mesma forma, a argumentação da decisão, tema até este capítulo muito explorada e defendida, não se faz suficiente sozinha.

A argumentação, no entanto, resolve apenas o problema da decidibilidade dos casos. E ela só é possível em um contexto já reduzido de possibilidades de razões e argumentos (palavra-chave: argumentos racionais). Esse contexto no qual as razões e argumentos encontram limites de possibilidades é o processo. Por isso que a argumentação só resolve o problema da decisão quando já existe uma redução prévia ou um condicionamento prévio da universalidade da jurisdição pelo processo⁵⁰².

É por isso que é preciso a figura do advogado como civilizador, selecionador e limitador prévio. Ao contrário de Simioni⁵⁰³, entende-se que estes limites não estão no processo em si.

Na verdade, quem faz boa parte, e inclusive inicia esta seletividade, são os

⁵⁰⁰ Sua imagem na comunidade, sua idade, seu estado civil, tempo de profissão, publicidade, entre outros.

⁵⁰¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 90.

⁵⁰² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito processual e sociologia do processo: aproximações entre estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 110.

⁵⁰³ “O processo é seletividade. O processo exclui boa parte da realidade sociológica para reconstruí-la na forma de uma *questio juris*. Problemas ecológicos, por exemplo, no exato momento em que são judicializados, já não são mais problemas ecológicos: passam a ser problemas jurídicos (competências, licitudes, responsabilidades).” SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito processual e sociologia do processo: aproximações entre estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 125.

advogados. A seletividade está na sua formação, que só terá esta limitação, a ponto de evitar instabilidades nas comunicações, se for uma limitação de quem tem (ou deveria ter) conhecimento deste procedimento. A argumentação é mais um elemento para auxiliar na canalização dos desapontamentos, mas vem em um momento posterior. Não havendo uma prévia institucionalização e civilização das expectativas, a argumentação não terá como dar conta deste papel. Mais do que isso, é, de certa forma, dar mais poder aos julgadores (que é o que há anos criticamos), pois tudo fica a cargo deles.

Outra discordância fulcral entre a nossa posição e a de Simioni reside no fato de que ele entende que os advogados não têm papel de decisão no processo. Para ele,

A advocacia, portanto, para ser advocacia, não precisa decidir. Precisa ter clientes. Naturalmente, os escritórios de advocacia são empresas e, como tais, gerenciam decisões administrativas. Mas a questão aqui é a de decisões jurídicas. Nas decisões empresariais não se segue jurisprudência. Pelo contrário, nas decisões empresariais se decide sempre pelo diferencial, segundo uma orientação ao mercado. Isso explica como a teoria processual dos advogados mantém os vínculos com o direito material: ela não precisa satisfazer as exigências do direito material de sua clientela⁵⁰⁴.

De fato, esta conclusão é compartilhada por muitos, e nós entendemos que ela incorre em erro grave que prejudica toda esta cadeia que vem sendo construída nesta tese. Os advogados precisam decidir sim. Eles necessitam tomar decisões jurídicas sim, decisões estas que limitam muitas possibilidades: limitam possibilidades da outra parte, de seus próprios argumentos futuros, e inclusive da decisão judicial que será tomada. Não são apenas decisões administrativas de seus escritórios que lhe são exigidas, mas decisões jurídicas obrigatórias e importantes para que se possa seguir com a comunicação processual.

Suas decisões vão desde contra quem será interposta a ação (que muitas vezes apresenta um leque de possibilidades com variados possíveis resultados apenas em razão desta decisão), os pedidos como serão formulados dentro das interpretações da lei, valores, os melhores fatos a serem trabalhos e os que devem ser mantidos em segredo até o momento mais oportuno, entre diversas outras decisões. Para tomar todas estas decisões, é fundamental que um profissional que

⁵⁰⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito processual e sociologia do processo: aproximações entre estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 123.

possa ser considerado bom no que faz observe a jurisprudência a respeito destes aspectos que está para decidir; ao optar por não fazer isso, sua decisão tem um nível mais elevado de risco, que ele precisará gerenciar, juntamente com as expectativas de seu cliente e suas próprias expectativas. De certa forma, arrisco-me a dizer que o advogado também é obrigado a decidir, em diversos aspectos jurídicos. A diferença é que ele tem algumas margens de escolha, e não apenas de decisão.

Com tudo o que foi dito, não se pretende afirmar que o advogado vai tornar “as pessoas civilizadas”. Muitas vezes, nesta perspectiva, nem mesmo o advogado é “uma pessoa civilizada”. Nosso espaço de observação é em termos de comunicação processual, jurisdicional. É a civilização das expectativas quanto a este meio processual, que o advogado pode civilizar, e por isso damos exclusividade a ele. Mas não se ultrapassa este limite. Inclusive, nem mesmo a efetivação da decisão pode ser atribuída ao advogado. Por exemplo, se condenado seu cliente o cumprimento ou não da decisão, não pode ser atribuída ao advogado, ele não tem como obrigar seu cliente a cumprir a decisão. Do mesmo modo, se seu cliente vencer a demanda, e com isso passa a ter direito de receber altos valores monetários, mas isso não acontecer porque o perdedor não tem como pagar, não é o advogado que vai conseguir disciplinar esta expectativa. Essa satisfação já está fora da nossa esfera de observação.

Desta forma, não se pode confundir o que se propõe aqui com a discussão de satisfação e estabilização pela efetivação da decisão. Isso não depende do procedimento, mas de questões sociais e econômicas, como a outra parte ter dinheiro para pagar a condenação. Não é o procedimento ou como ele foi conduzido que vai gerar este efeito.

A continuidade da institucionalização para civilização de expectativas “[...] 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 concordem⁵⁰⁵.” Isso não é consenso, mas expectativa dele, que é apenas o que se pode esperar.

⁵⁰⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 84.

4.1.2 A Duração Temporal das Expectativas

Até o momento, na construção de nossa tese, mostramos que o grande diferencial desta Sociedade de comunicação é o excesso de possibilidades. E veja-se que isso não deve ser visto em um sentido negativo, mas de forma não qualitativa, apenas observando estas possibilidades. Existem muitas possibilidades de respostas, inclusive muitas possibilidades de boas, adequadas ou corretas respostas. Ou seja, não há uma única forma de se resolver uma situação, muito menos uma única maneira boa de solucionar um problema.

Entretanto, em um mundo de possibilidades, em que todas elas são postas ao mesmo tempo, isso nos cega, e faz com que não se consiga, muitas vezes, observar com qualidade. Ocorre uma sobrecarga dos sentidos. Por isso, é preciso que, em termos de processo, existam diversos atores trabalhando na seleção das informações, para que ocorra, no decorrer do tempo, uma seleção que possibilite que se decida algo. Esta decisão vai gerar estabilização.

Em regra, a Sociedade tem comunicações minimamente estabilizadas, ao menos em grupos, uma vez que nem tudo é caos, e por isso é um Sistema Social. Este é o motivo para falarmos em reestabilização. O que ocorre é que algumas vezes, em um mundo jurídico, no qual já há um certo nível de estabilidade - por isso há comunicação e ação - em razão das expectativas (ilusórias) alimentadas pelas partes, ocorre uma grande instabilidade (que é o que se trabalhou no ponto anterior). Assim, é preciso que ocorra uma reestabilização das expectativas e, conseqüentemente, das comunicações, para que haja evolução. Por isso, a reestabilização das expectativas pode ser vista, de certa forma, como evolução. E é por esse motivo também que ela é tão importante quanto a estabilização, se é que não é mais importante.

Aun en la teoría evolutiva, selección y estabilización se resumen muchas veces en un solo concepto. Se habla de 'selective retention' o de 'selección estabilizadora'. [...] La estabilidad es con respecto a sistemas. [...]. Además debe considerarse que un problema de reestabilización puede desencadenarse por selecciones tanto positivas como negativas, es decir, reacciona a las selecciones sin más⁵⁰⁶.

⁵⁰⁶ "Ainda, na teoria evolutiva, seleção e estabilização se resumem muitas vezes em um só conceito. Fala-se de "retenção seletiva" ou de 'seleção estabilizadora'. [...]. A estabilidade é com respeito aos sistemas. [...]. Além disso deve-se considerar que um problema de reestabilização pode

Conforme a citação acima, a reestabilização estará ligada a um sistema. Portanto, a observação recai sobre a reestabilização para o âmbito do Sistema Jurídico e, mais pontualmente, nas comunicações que envolvem e ocorrem dentro do procedimento.

Evidentemente que nem toda a seleção que ocorre durante o procedimento é boa, ou, em uma linguagem mais sistêmica, positiva. Mas isso não importa. Para reduzir possibilidades, o que tem relevância é que esta seleção aconteça, seja ela positiva ou negativa. Toda a comunicação gira em torno dos dois lados.

A seleção é importante porque ela alimenta a memória do sistema, e é essa memória que cria, que impulsiona a estabilidade das comunicações. A comunicação, só ocorre quando se entende a seletividade da mensagem que se tenta comunicar⁵⁰⁷. Por outro lado, como sempre ocorre ciclicamente na Teoria dos Sistemas, o processo de seleção do sistema incrementa a complexidade daquela comunicação e, por isso, além das expectativas dos envolvidos, a reestabilização se faz necessária, inclusive para que seja capaz de os envolvidos se relacionarem e se comunicarem a partir de cada seleção feita. É por isso que embora Luhmann tenha chamado de seleção estabilizadora, entendemos que este termo precisa de um complemento, que seria a seleção reestabilizadora. A seleção vem em um momento temporal de instabilidade por muitas possibilidades, reduz as possibilidades gerando estabilização, e porque reduz estas possibilidades, gera risco. Com isso, cria-se uma nova instabilidade a partir do que já estava estabilizado, necessitando então de uma

desencadearse por seleções tanto positivas como negativas, quer dizer, reage as seleções e nada mais". (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 383-384.

⁵⁰⁷ "La comunicación sólo se realiza si se entiende la selectividad de un mensaje, es decir, si se está en posición de hacer uso de ella al seleccionar los propios estados del sistema. Esto implica contingencia en ambos lados, y de este modo, también la posibilidad de rechazar las selecciones que ofrece la transmisión comunicativa. Estas posibilidades de rechazo no pueden eliminarse como posibilidades. El rechazo comunicado en respuesta y esse rechazo traducido en un tema dentro de los sistemas sociales, se identifica con el conflicto. Potencialmente, todos los sistemas sociales son conflictos; lo único que pasa es que el grado en que se realiza este conflicto potencial varía de acuerdo al grado de diferenciación del sistema y de acuerdo con la evolución social." "A comunicação só se realiza se entende-se a seletividade de uma mensagem, quer dizer, se se está em posição de fazer uso dela ao selecionar os próprios estados do sistema. Isto implica contigência em ambos os lados, e deste modo, também a possibilidade de rejeitar as seleções que oferecem a transmissão comunicativa. Estas possibilidades de rejeição não podem se eliminar como possibilidades. A rejeição comunicada em resposta e essa rejeição traduzida em um tema dentro dos sistemas sociais, identifica-se com o conflito. Potencialmente, todos os sistemas sociais são conflitos; o que acontece é que o grau em que se realiza este conflito potencial varia de acordo ao nível de diferenciação do sistema e de acordo com a evolução social". (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Poder*. Rubí: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005. p. 09.

reestabilização.

Dicho de manera más general: las variaciones pueden pasar inadvertidas, pero las selecciones normalmente se retienen en la memoria del sistema y entonces hay que arreglárselas con el conocimiento de que algo posible no se materializo. [...]. En todo caso, el concepto de reestabilización designa secuencias de incorporación de cambios estructurales en un sistema que opera determinado por las estructuras; con ello se recaba el hecho de que esto también sucede mediante variaciones y selecciones aunque siempre a través de operaciones propias del sistema. En todo caso la selección (positiva o negativa) comporta un incremento de la complejidad del sistema, que debe reaccionar a ello con reestabilizaciones. [...]. A menudo se encuentran en esta posición funcional invenciones institucionales (u organizacionales) muy específicas: así, los bancos sirven a la reestabilización evolutiva de la economía monetaria – que había disuelto la antigua máxima de la reciprocidad. Y el ‘Estado’ moderno sirve para reestabilizar las ya muy largamente preparadas centralizaciones políticas⁵⁰⁸.

Com base nisso, é possível observar como é importante o processo de reestabilização, pois é ele que faz com que, em um processo jurídico, consiga-se, ao final, fazer com que se chegue a uma ocasião que possibilitará a decisão no Sistema do Direito. Tudo isso, a partir do Sistema Social e do Sistema Psíquico. Também é ela que faz com que o desapontamento causado ao longo do processo, ou com a divulgação da decisão, não se transforme em desentendimentos de outras ordens, como o físico ou a “justiça pelas próprias mãos”, que levaria a um caos, incompatível com uma Sociedade de Complexidade. Em termos bem simples, é a reestabilização que controla os ânimos das partes e faz com que elas consigam seguir para a próxima rodada da comunicação.

Esse é um elemento inerente ao procedimento. No entanto, “Vale a pena, por eso, mirar de manera más precisa cómo se desarrolla el proceso de reestabilización cuando tiene lugar la inserción de nuevas estructuras en un complejo de estructuras

⁵⁰⁸ “Dito de maneira mais geral: as variações podem passar inadvertidas, mas as seleções normalmente se retêm na memória do sistema e então tem que se arrumar com o conhecimento de que algo possível não se materializo. [...]. Em todo caso, o conceito de reestabilização designa consequências de incorporação de mudanças estruturais em um sistema que opera determinado pelas estruturas; com isso, se obtém o fato de que isto também sucede mediante variações e seleções embora sempre através de operações próprias do sistema. Em todo caso a seleção (positiva ou negativa) comporta um incremento da complexidade do sistema, que deve reagir a ele com reestabilizações. [...]. Frequentemente se encontram nesta posição funcional invenções institucionais (ou organizacionais) muito específicas: assim, os bancos servem à reestabilização evolutiva da economia monetária – que tinha dissolvido a antiga máxima da reciprocidade. É o ‘Estado’ moderno serve para reestabilizar as já muito amplamente preparadas centralizações políticas”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 383-386.

ya existentes”⁵⁰⁹. Essa questão que Luhmann já alertava é o que ocorre nos casos dos Juizados Especiais, em que foi introduzida uma nova estrutura para o procedimento, sem que houvesse uma preocupação com instabilidades, civilizações e reestabilizações de expectativas. Os únicos elementos que resguardavam alguma espécie de estabilização frente ao tipo de casos fáticos que são demandados nesta seara, que já tem em si uma série de desapontamentos de várias ordens, eram a possibilidade de conciliação e a celeridade.

No entanto, a conciliação, que seria uma solução encontrada pelas próprias partes, partindo de suas concessões, foi sendo dispensada no caminho. Como foi visto, a celeridade vem se perdendo cada vez mais ao longo dos anos: as ações demoram tanto quanto ou mais que as de procedimento comum, especialmente, se houver um recurso. Em relação à conciliação, tem-se usado o argumento de que há uma grande demanda de ações, e por isso as audiências com o fim de conciliação, que eram mais informais e criavam um ambiente para isso, já não existem mais. Isso sem mencionarmos, novamente, questões de legitimidade, que não são supridas por uma simples lei, mas que são mais profundas e prévias à criação de uma legislação.

Então, qual será a forma de reestabilização que precisará ser introduzida nos Juizados Especiais? Veja-se que, nos termos propostos para a nossa discussão, só pode ser introduzida uma nova estrutura neste procedimento se ela tiver a mesma finalidade, e se ela tiver o mesmo tipo. Por isso, quando os juizados foram instituídos, ao se excluir a figura dos advogados, o que deveria ter sido questionado é: “o que vai substituir o papel exercido pelos advogados no procedimento?” Como esta pergunta não foi feita, foram introduzidas duas estruturas extremamente frágeis de tentativa de resolução de conflitos no Poder Judiciário, o que precisa agora ser revisto.

Outra pergunta mais ousada que poderia ter sido feita seria: como substituir a reestabilização para ter a mesma função? Parece que atualmente não há como substituir a função de reestabilização. A função de reestabilização, com o tempo, se converte em princípio dinâmico, e logo em um incentivador importante das variações, as quais, como se trabalhou ainda na dissertação, são fundamentais para que não ocorra uma estagnação social.

⁵⁰⁹ “Vale a pena, por isso, olhar de maneira mais precisa como se desenvolve o processo de reestabilização quando ocorrem a inserção de novas estruturas em um complexo de estruturas já existentes”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 387.

El orden de estos sistemas se erige de manera *autosustitutiva* en el sentido de que sus estructuras sólo pueden sustituirse por estructuras con la misma función y del mismo tipo; es decir, las teorías sólo pueden sustituirse por otras teorías, las leyes del derecho sólo por otras leyes del derecho, un programa político sólo por otro programa político. El principio de estabilidad que se apoya sobre un orden así se configura como exigencia de una solución de reemplazo: quien quiera eliminar los reactores nucleares debe enfrentar la pregunta: ¿cómo podemos producir energía de un modo distinto?

Con el paso de la función de reestabilización hacia los sistemas funcionales, la estabilidad misma se convierte en principio dinámico y luego - en forma indirecta - en incentivador importante de las variaciones⁵¹⁰.

E o que foi introduzido nos Juizados Especiais para suprir a estrutura que é representada pelos advogados em um processo? Nada. Territorializando mais a pergunta: mormente em um país em que os cidadãos, em geral, não conhecem o Direito, e por isso não têm condições de disciplinar suas expectativas e comunicações, qual a estrutura empregada nos Juizados Especiais para substituir o papel do advogado? Nenhuma. Por isso que se tem criado mais insatisfações do que resoluções com os juizados. O mesmo vai ocorrer com a lei de mediação (que também tem o advogado como algo opcional⁵¹¹), que todos comemoram, mas sequer sabem o que é mediar ou tem conhecimento da área para saber suas condições ao mediar. Os ruídos que ocorrem envolvendo o Sistema do Direito nem sempre são culpa de decisões solipsistas ou precariamente fundamentadas, mas muito em razão das expectativas que as pessoas levam ao Sistema do Direito e,

⁵¹⁰ “A ordem destes sistemas se constrói de maneira autosustitutiva no sentido de que suas estruturas só podem ser substituídas por estruturas com a mesma função e do mesmo tipo; quer dizer, as teorías só podem ser substituídas por outras teorías, as leis do direito só por outras leis do direito, um programa político só por outro programa político. O princípio de estabilidade que se apoia sobre uma ordem assim configura-se como exigência de uma solução de substituição: quem quer eliminar os reatores nucleares deve enfrentar a pergunta: como podemos produzir energia de um modo diferente? Com o paso da função de reestabilização até os sistemas funcionais, a estabilidade mesma se converte em princípio dinámico e logo - em forma indireta - em incentivador importante das variações”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 388-389.

⁵¹¹ Conforme art. 10 da Lei número 13.140/2015, é facultativo o acompanhamento de advogado, sendo que, em caso de uma das partes comparecer acompanhada de advogado, passa a ser obrigatório para a outra parte o auxílio pelo profissional, podendo ser um Defensor Público. Entretanto, como ocorre nos Juizados Especiais, possivelmente, o caminho delineado é que as Defensorias Públicas não terão estrutura para realizar esta atividade. BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

principalmente ao Poder Judiciário.

Todo este processo de estabilização, instabilidade e reestabilização ocorre de forma circular e, na maioria das vezes, se bem executado o procedimento, de forma dinâmica. Porque isso precisa ter uma duração no tempo, tanto a comunicação como as expectativas em si. Esta sincronização com o tempo é que faz com que os sistemas se mantenham estáveis. Mas além desta sincronização dentro da dinâmica de comunicação do sistema, devido aos acoplamentos e necessidade de que todos os sistemas se comuniquem, é preciso de uma sincronização do tempo que faça com que todos os sistemas se mantenham na mesma linha temporal (passado, presente ou futuro) ao mesmo tempo. A produção de sentido depende desta coordenação temporal.

Se podría decir que el sentido es <<retificado>> debido a que una pluralidad de sistemas trata de lograr algo con él y, para ello, debe coordinar usos selectivos. Así, por ejemplo, se sincroniza el tiempo de tal modo que los sistemas puedan operar dentro del mismo arco de tiempo y que ninguno de ellos pueda adelantarse haci el futuro o quedarse en el pasado⁵¹².

Esta afirmação referente à sincronização do tempo sistemicamente, que pode parecer absurda ao senso comum, dentro de uma discussão acadêmica, deve ser vista como algo fundamental. Entre os diversos subsistemas sociais, o tempo não é o mesmo para cada observação e comunicação. O mesmo ocorre com o tempo do Sistema e o tempo do Entorno. Para falarmos de estabilização com duração temporal de expectativas, estabilizar o tempo nas comunicações é de grande valia. Caso contrário, as vantagens de estabilização anteriormente obtidas não poderão ser reaproveitadas. Esta sincronização garante uma melhor operatividade dos sistemas, e a possibilidade de comunicação, que exige que todos estejam na mesma linha temporal. “Con ello queda asegurado que también mañana y pasado mañana se podrá comunicar en un presente que será entonces presente para todos, y que esto se debe tomar ya en consideración desde ahora⁵¹³.

⁵¹² “Poderia-se dizer que o sentido é <<retificado>>devido a que uma pluralidade de sistemas trata de conseguir algo com ele e, para isso, deve coordenar usos seletivos. Assim, por exemplo, sincroniza-se o tempo de tal modo que os sistemas podem operar dentro do mesmo marco de tempo e que nenhum deles pode adiantarse até o futuro ou ficar no passado”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas *¿Cómo es posible el orden social?* México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2009. p. 121.

⁵¹³ “Com isso fica assegurado que também amanhã e passado amanhã se poderá comunicar em um presente que será então presente para todos, e que já se deve tomar isso em consideração desde

Como é possível estabelecer uma ordem social nesta dinâmica jurídica em que não se pensou em como estabilizar, selecionar e reestabilizar expectativas? Dentro de um mesmo espaço temporal isso só poderá ocorrer se for introduzido um terceiro que foi excluído desta relação (o advogado), e repensada a Legitimação pelo Procedimento como uma estrutura a ser observada e reestruturada na autopoiese. Mas este é apenas mais um elemento de nossa tese que se propõe a repensar a legitimação pelo procedimento, buscando estabilidade social.

4.1.3 Seleção, Argumentação e Fundamentação

Todos os elementos trabalhados neste quarto capítulo estão intimamente ligados. Eles fazem parte de um círculo de conexões, e nenhum deles pode ser dispensado desta dinâmica, pois podem afetar até mesmo a manutenção existencial de um sistema. Para sustentar a sua diferenciação funcional, o sistema precisa de um mínimo de estabilidade e satisfação de seus comunicantes. Também por isso a reestabilização das expectativas tem importância, e sua efetivação depende da realização de um processo seletivo de expectativas, de informações e comunicações.

No ponto anterior, definiu-se que a seleção podia ser observada como evolução. Agora podemos esclarecer isso melhor. Evolução e seleção não são sinônimas, mas, para que ocorra a evolução, é preciso seleção. Em um sistema autopoietico, como é o caso do Sistema do Direito, a seleção não tem o poder de alterar uma estrutura. Isto é, não importa a seleção que seja feita nos juizados, pelos julgadores, por exemplo, essa seleção não substitui o papel desempenhado pelo advogado, enquanto observado como uma estrutura. Então a seleção, embora seja importante, nunca vai substituir a estrutura.

Un sistema autopiético no puede ni comenzar ni terminar una transformación de la estructura con la selección. Por eso, con una simplificación tosca, puede definirse la evolución como selección de la estructura, y si se considera que las estructuras guían la selección de las operaciones, puede definirse la evolución como selección de las selecciones⁵¹⁴.

agora”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas *¿Cómo es posible el orden social?* México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2009. p. 121.

⁵¹⁴ “Um sistema autopoietico não pode nem começar nem terminar uma transformação da estrutura

Mas o que é a seleção então? Sistemicamente, pode-se dizer que seleção é uma resposta às perturbações, com o restabelecimento de um estado de tranquilidade (social e/ou psíquico), de uma situação estável da Sociedade, das comunicações de um sistema. Ela precisa ser maleável, pois necessita se adaptar constantemente a cada irritação e a cada contingência. Não há uma fórmula para a seleção. A seleção é em certa medida instável para poder estabilizar. Ela precisa ter a capacidade de se adaptar e de mudar rapidamente para que se possa decidir. Ela faz parte da parcela flexível do processo de tomada de decisão.

Las selecciones se entienden como respuesta a las perturbaciones y como restablecimiento de un estado de tranquilidad, de una situación estable de la sociedad. [...]. Pero entonces se derrumba la diferencia entre estabilización y variación, porque ahora la estabilidad há de fundarse principalmente en la flexibilidad, en la posibilidad de cambiar y de decidir⁵¹⁵.

Durante as comunicações em um processo, ocorrem muitas seleções. Até mesmo antes do ingresso de uma ação, já ocorreu uma seleção: o que será narrado, contra quem será interposta, valores monetários, competências, etc. Em um nível psíquico, também ocorrem seleções que vêm na forma de questionamentos: “vale a pena ingressar com a ação?” “Qual advogado procurar?” “Quais desgastes isso vai me causar?” “Os possíveis prejuízos compensarão os possíveis benefícios?” Em sequência, com base nesta seleção, realizam-se novas comunicações, novas seleções de dito/não-dito, novas reestabilizações, para ser possível uma tomada de decisão. Ocorre que, no exemplo que se está explorando, nos Juizados Especiais não há esta primeira seleção social, na forma em que a seleção é aqui estudada. No decorrer do processo, não sendo introduzida a figura do advogado – ou outra estrutura de substituição –, as demais seleções ficam prejudicadas e isso afeta as possibilidades de decisão, estabilização, reestabilização e evolução. Aliás, até mesmo se ocorre a inclusão de um advogado no curso do processo, este

com a seleção. Por isso, com uma simplificação desajeitada, pode-se definir a evolução como seleção da estrutura, e se considerar-se que as estruturas guiam a seleção das operações, pode-se definir a evolução como seleção de seleções”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 359.

⁵¹⁵ “As seleções entendem-se como respostas as perturbações e como restabelecimento de um estado de tranquilidade, de uma situação estável da sociedade. [...]. Mas então derruba-se a diferença entre estabilização e variação, porque agora a estabilidade tem de se fundamentar principalmente na flexibilidade de mudar e de decidir”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 359. p. 393-394.

procedimento de estabilização já fica limitado, porque as primeiras comunicações estabelecidas no processo sem que este advogado estivesse auxiliando, já limitam em muito as demais possibilidades do restante do procedimento, fazendo com que, muitas vezes, nada mais possa ser feito pelo advogado para solucionar aquilo.

A seleção é tão importante neste processo, porque a reestabilização só acontece no exato momento em que o sistema mesmo está evoluindo, a partir de comunicações seletivas. Assim, “[...] la función de reestabilización se traslada cada vez más a sistemas parciales de la sociedad, que deben afirmarse en el entorno interno de la sociedad. Se trata, en última instancia, del problema de la sustentabilidad de la diferenciación de sistema de la sociedad”⁵¹⁶.

Parte desta sustentabilidade depende da aceitação da decisão, que necessita, além da legitimidade do procedimento e do julgador, que esta decisão produza sentido, naquele formato abordado no capítulo da decisão jurídica.

Retornando aos dois primeiros capítulos, não se pode esquecer que o Sistema Psíquico se relaciona com o Sistema Social. Isso quer dizer que as expectativas cognitivas dos seres humanos, em alguns momentos, interseccionam-se com as expectativas normativas dos subsistemas sociais. Aqui é como se houvessem duas linguagens ou dois idiomas distintos, e o que permite que eles se relacionem, que seres humanos e subsistemas se acoplem, comuniquem-se, interpenetrem-se, é o sentido, o sentido atribuído àquela comunicação. Dito de outra forma:

⁵¹⁶ De forma mais completa: “3) La reestabilización se refiere al estado del sistema que está evolucionando después de una selección que ha resultado positiva o negativa. Aquí, sobre todo, se trata del sistema mismo de la sociedad en relación con su entorno. Piénsese, por ejemplo, en el primer desarrollo de economía agraria con consecuencias que debían ser “capaces de formar sistema” en el sistema social de la sociedad. O en el alejarse de una agriculturización – por razones ecológicas o por otras – que lleva luego al apareamiento de “pueblos nómadas” al margen de sociedades campesinas ya desarrolladas políticamente. En el curso de la evolución posterior de la sociedad, la función de reestabilización se traslada cada vez más a sistemas parciales de la sociedad, que deben afirmarse en el entorno interno de la sociedad. Se trata, en última instancia, del problema de la sustentabilidad de la diferenciación de sistema de la sociedad”. “3) A reestabilização refere-se ao estado do sistema que está evoluindo depois de uma seleção que resultou positiva ou negativa. Aqui, sobretudo, trata-se de um sistema mesmo da sociedade em relação ao seu entorno. Pense-se, por exemplo, no primeiro desenvolvimento da economia agrária com consequências que deveriam ser “capazes de formar sistema” no sistema social da sociedade. Ou o afastar-se de uma agriculturização – por razões ecológicas ou por outras – que levam logo ao aparecimento de “povos nômades” as margens de sociedades campesinas já desenvolvidas politicamente. No curso da evolução posterior da sociedade, a função de reestabilização transporta-se cada vez mais para sistemas parciais da sociedade. Trata-se em última instância, do problema da sustentabilidade da diferenciação de sistema da sociedade”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 358.

Aquello que determina y delimita la unidad de una acción, se puede contestar sólo por la indicación de su sentido. Por lo tanto, en la relación entre las personas y los sistemas sociales, la interpenetración es posible sólo por la atribución de sentido. Con ello, se nos remite a una categoría más general, dado que no sólo las acciones tienen sentido⁵¹⁷.

Da mesma maneira que a seleção, o sentido também se constitui em algo dinâmico, para que possa se incorporar às comunicações e dinâmica temporal em que elas acontecem. “El sentido de cosas, sucesos y acciones presenta siempre más de lo que es actualizado”⁵¹⁸. Ao contrário do que se possa pensar, o sentido não é um limitador (como a seleção de certa forma é), mas ele representa uma abertura de novas possibilidades: tanto de voltar às primeiras possibilidades, ao sentido inicial, como de partir para novas possibilidades, que só surgem no momento em que se dá o sentido. Isso Luhmann chamou de remissão. Assim, o sentido também é algo contingente.

Formulado de manera aguda, el sentido está determinado por la indeterminación. **El sentido colma todo aquello que se experimenta como multiplicidad de remisiones a otras posibilidades.** (Entre estas remisiones se encuentra siempre también la posibilidad de regresar al sentido inicial, por lo menos, de recordarlo y de reactivarlo para otras cosas). Por lo tanto, el sentido presenta un excedente de posibilidades y, en esta medida, una redundancia para todo sistema. Cada paso siguiente más allá de la pura facticidad del ahora, es una selección cuyo sentido involucra el hecho de que también podría ser de otra manera. Entonces, se experimenta como contingente también aquello en que se concentra fácticamente el momento, ya que se recuerda referencialmente hacia atrás que se há alcanzado esta experiencia, momentáneamente actual, a través de selección⁵¹⁹. (grifo nosso).

⁵¹⁷ “Aquilo que determina e delimita a unidade de uma ação, pode-se contestar somente pela indicação do seu sentido. Portanto, na relação entre pessoas e os sistemas sociais, a interpenetração é possível só por atribuição do sentido. Com isso, remetemo-nos a uma categoria mais geral, dado que não só as ações tem sentido”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas *¿Cómo es posible el orden social?* México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2009. p. 119.

⁵¹⁸ “O sentido de coisas, sucessos e ações apresenta sempre mais do que é atualizado”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas *¿Cómo es posible el orden social?* México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2009. p. 120.

⁵¹⁹ “Formulando de maneira mais aguda, o sentido está determinado pela indeterminação. O sentido satisfaz tudo aquilo que se apresenta como multiplicidade de remissões para outras possibilidades. (Entre estas remissões encontra-se sempre também a possibilidade de retornar ao sentido inicial, pelo menos, de lembrá-lo e de reativá-lo para outras coisas). Portanto, o sentido apresenta um excedente de possibilidades e, nesta medida, uma redundância para todo o sistema. Cada passo seguinte mais além da pura faticidade do agora, é uma seleção cujo sentido envolve o fato de que também poderia ser de outra maneira. Então, experimenta-se como contingente também aquilo em se que concentra faticamente no momento, já que se lembra

Importante ressaltar que, ao se propor a obrigatoriedade do advogado nos Juizados Especiais, não se fere o ciclo de uma evolução social sistêmica, por ser algo que já é exigido nas demais esferas do Poder Judiciário. Isso não ocorre porque esta conclusão é fruto do sentido que observamos das comunicações e ações que vêm ocorrendo dando conta de que apenas um procedimento estabelecido legitimamente não é suficiente para a estabilização social.

E nesta tese, em que se revisitou o pensamento de Luhmann, com foco no problema elencado, não há dúvidas de que o caminho para a estabilização se dá através do sentido. “Se podría decir, por medio de la formación de sistemas sociales, que se pueden mantener estables, durante algún tiempo, en el límite de un entorno más complejo⁵²⁰.” E como criar este sentido no procedimento? Através da argumentação. O sentido é um motivador. Ele é um motivador tão bom que motiva até mesmo terceiros⁵²¹.

Também é importante salientar que o fato de que a legislação não obriga que nos juizados as partes tenham advogados, colocando a sua participação como facultativa, em nada diminui nossas preocupações. Ocorre que, em um país como o

referencialmente até quando se alcançou esta experiência, momentaneamente atual, através da seleção”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas *¿Cómo es posible el orden social?* México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2009. p. 119-120.

⁵²⁰ “Através do sentido. Poder-se-ia dizer, por meio da formulação dos sistemas sociais que podem se manter estáveis, durante algum tempo, no limite de um entorno mais complexo”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas *¿Cómo es posible el orden social?* México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2009. p. 125.

⁵²¹ Um exemplo desta extensão de motivação do sentido pode ser percebida nos meios de comunicação. “2. Por consiguiente, al decir medios de comunicación me refiero a un mecanismo adicional al lenguaje, en otras palabras, a un código de símbolos generalizados que guía la transmisión de selecciones. Además del lenguaje, que normalmente garantiza la comprensión intersubjetiva, es decir, el reconocimiento de la selección de la otra parte como selección, así también los medios de comunicación tienen una función de incentivo, porque incitan la aceptación de las selecciones de otra gente y, por lo general, hacen de esa aceptación el objeto de expectativas. Por consiguiente, los medios de comunicación siempre se pueden formular cuando el mundo de selección de un compañero sirve simultáneamente como una estructura de incentivo para el otro. Entonces, los símbolos de esta conexión entre la selección y la motivación asumen la función de una transmisión y clarifican la conexión que existe entre los dos aspectos, de manera que esta conexión anticipatoria puede fortalecer y también motivar la selectividad.” “2. Consequentemente, ao dizer meios de comunicação me refiro a um mecanismo adicional da linguagem, em outras palavras, a um código de símbolos generalizados a compreensão intersubjetiva, quer dizer, o reconhecimento da seleção da outra parte como seleção, assim também os meios de comunicação tem uma função de incentivo, porque incitam a aceitação das seleções de outra gente e, geralmente, fazem dessa aceitação objeto de expectativas. Consequentemente, os meios de comunicação sempre podem se formular quando o mundo de seleção de um companheiro serve simultaneamente como um estrutura de incentivo para o outro. Então, os símbolos desta conexão entre seleção e motivação assumem a função de uma transmissão e clareiam a conexão que existe entre os dois aspectos, de maneira que esta conexão antecipatória pode fortalecer e também motivar a seletividade”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Poder*. Rubí: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005. p. 11.

Brasil, com a cultura do Brasil, é mais do que observável que os cidadãos não têm conhecimento de Direito. Mesmo assim, pensam que têm, e, na maioria das vezes, sempre que possível, optam por não contratar um profissional para lhes auxiliar em questões jurídicas, acreditando que sabem o que devem fazer porque “conhecem seus direitos”. Dificilmente se vê alguma comunicação no sentido de que as pessoas têm conhecimentos de medicina, ou de astrofísica, mas o Direito é uma das áreas em que todos querem demonstrar que têm conhecimento⁵²². Todos sabem os seus direitos, todos são honestos, corretos e estão com a razão. O erro sempre foi da outra parte. Poucos são os que estão dispostos verdadeiramente a ceder ou conciliar, quando ingressam com uma ação no Poder Judiciário.

Mesmo com todas as mudanças que a Sociedade sofreu, com todas as crises e modificações legais, mesmo quando os cidadãos sem conhecimento para tanto tem frustrações com suas atuações individuais, ainda assim muitos persistem acreditando que o problema foi pessoal, com o julgador, que de alguma forma quis lhe prejudicar, e não por falta de conhecimento.

É preciso ficar claro: ao se falar em estabilização de expectativas ou na reestabilização das expectativas, não se busca isso através do consenso, mas sim de uma decisão que tenha legitimidade, que tenha passado por processos de seleção e seja comunicada com produção de sentido. Eles não podem ser confundidos. Não é a verdade ou falsidade da decisão, nem é o consenso ou o dissenso que vão estabilizar ou dar fins às expectativas, criando novas expectativas, mas sim o sentido que gere aceitação por aprendizagem. Segundo Campilongo, seria inclusive ingênuo pensar em consenso no Direito nesta quadra da história.

Ingênuo imaginar que, nas condições de alta complexidade impostas pela globalização, o direito emane como fruto cristalino de consensos, acordos e concessões mútuas, pautadas pelo princípio da solidariedade e por comportamentos socialmente aceitos. O direito tende a ser, crescentemente, fruto de decisões, isto é, direito posto.⁵²³

Mas se não é pelo consenso e nem pela satisfação pessoal, afinal, por que esta decisão deve ser aceita? Por que ela deve ser cumprida, mesmo se vai contra

⁵²² Outras áreas também são afetadas por estas percepções, como a contabilidade e a administração, por exemplo, em que todos acham que podem gerenciar seus negócios, suas empresas, sem o auxílio de um profissional. No entanto, no Direito isso parece ter um reflexo maior, talvez justamente porque o Sistema do Direito tenha uma participação mais visível na sociedade.

⁵²³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 142.

as minhas expectativas? Sendo assim, o consenso real ou fictício (Habermas ou Luhmann) será um dos temas que deverá necessariamente ser abordado na construção desta tese. Antes disso, é preciso que se compreenda a indagação que antecede os questionamentos acima, que é a pergunta pela legitimidade da decisão. Antes se perguntava sobre a legitimidade do governante, agora questiona-se a legitimidade da decisão judicial.

4.2 Legitimação pelo Procedimento

Uma das teorias mais polêmicas e possivelmente mais mal interpretadas de Luhmann é a Legitimação pelo Procedimento, que foi tratada em livro de igual nome. Este livro ganhou diversas traduções, mas foi pouco ou mal lido por muitos e, por vezes, cai no esquecimento quando se discute Sistema do Direito e decisão judicial.

No Brasil, na maior parte das vezes em que se discute este trabalho, isso ocorre no âmbito das considerações a respeito das teorias denominadas procedimentalistas e substancialistas, também conhecidas como escola mineira e os seguidores de Ronald Dworkin, em termos bem gerais e simplistas. Entretanto, o nosso foco se afasta totalmente destas teorias, na medida em que a observação destes pontos pela Teoria dos Sistemas está em outro nível de discussão (nem melhor nem pior, apenas outro nível), e com ele não se confunde.

Portanto, o primeiro esclarecimento a ser feito reside no fato de que, ao nos propormos a repensar a Legitimação pelo Procedimento, em nenhum momento pretendemos aproximá-la das teorias substancialistas ou procedimentalistas, e muito menos analisá-las neste trabalho. O procedimento é, em termos estritamente sistêmicos, um sistema da espécie social. Por isso, não discutimos processo, e esta não é uma tese processual ou sobre teorias processuais, o que justifica a desnecessidade de enfrentar as teorias do processo.

Nestas observações, extraiu-se que a Legitimação pelo Procedimento foi pensada por Luhmann como uma forma de estabilização das comunicações da Sociedade, em especial de gerar aceitação dentro do Sistema do Direito, a partir da tomada de decisão. Mas isso não foi estruturado de forma tradicional, com base na moral, em valores transcendentais ou em uma ideia de responsabilização dos julgadores.

Segundo Luhmann, mesmo com a evolução da Sociedade, permanece a

necessidade de legitimação para o controle e aceitação social, mas sem a noção de responsabilidade do julgador⁵²⁴. Como já mencionamos aqui, é justamente a impossibilidade de responsabilização que permite que os julgadores decidam de forma isenta e imparcial. Mantém-se apenas a possibilidade de responsabilização dos governantes.

Por outro lado, ao afastar estes pressupostos mais comuns nas teorias que buscam enfrentar questões próximas a que elencamos Luhmann também não se aproximou da tese – em linhas gerais – de que o cumprimento de um simples procedimento já estabelecido é a única coisa que basta para tornar a decisão legítima. E essa talvez seja a maior incompreensão da Legitimação pelo Procedimento. É como se o nome da teoria dissesse “passou por um procedimento legitimador e isso é suficiente para decidir como quiser.” Isto está errado, mas não é tão simples de ser percebido na leitura do trabalho luhmanniano.

Pensando apenas no procedimento como legitimador, teríamos inclusive o problema das decisões incorretas que são válidas⁵²⁵ e que causam corrupções graves no Sistema do Direito. Por isso que na atualidade, com a amplitude que o Poder Judiciário ganhou nas comunicações sociais, tem-se a convicção de que apenas um procedimento que não se importe com conteúdo não é mais passível de ser comunicado nesta Sociedade, e muito menos servir de forma a gerar mais comunicações positivas.

No entanto, mesmo sendo indispensável que em uma Sociedade moderna se tenham procedimentos legitimadores, até mesmo para dar idoneidade a trâmites e decisões não apenas jurídicas, mas políticas - eleições, por exemplo – ou administrativas, Luhmann mesmo já afirmava que não se sabia ao certo qual o papel do procedimento no conteúdo das decisões. Isto é, procedimento, mesmo na visão dele, sempre foi pensado mais como uma forma (sem relação com fins e meios) em que se chega a um processo decisório e à decisão do que em termos de se ter uma boa decisão.

Este é um dos espaços da tese. Entende-se que, a partir da autopoiese, que é do pensamento de Luhmann, e, portanto não é uma adaptação forçada ou desmedida, aliado a outros elementos da mesma teoria, pode-se pensar em

⁵²⁴ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 113.

⁵²⁵ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 21.

decisões legítimas que também sejam boas. Tudo isso dentro de um contexto de complexidade, produção de sentido e de canalização de desapontamentos. Mas observemos isso com mais calma.

A função do procedimento no Sistema do Direito não é encontrar a verdade ou fazer justiça, até porque esta não é nem a função do Sistema do Direito. Tampouco poderia ser a meta do procedimento, que está inserido dentro deste sistema. Seu papel é o de dar legitimidade, não surpreender mais do que o devido (que é a surpresa do conteúdo da decisão) e, de certa forma, seria de não causar frustração. No entanto, nem que esta tentativa de não causar frustração não se refira ao conteúdo da decisão, mas como as coisas acontecem, ainda assim, ocorrem frustrações consideráveis, as quais têm ressoado no sistema (através, por exemplo, da mídia, que não observa e não divulga o fato com esta conexão). Os cidadãos, os participantes, não conhecem o procedimento e, em alguns casos, foi-lhes permitido participar dele sem conhecimento devido e sem exigência de auxílio de alguém que possa lhes guiar pelos diversos trâmites burocráticos que o compõem. Mas os meios de comunicação não observam isso, nem a Sociedade no momento em que tece críticas ao Poder Judiciário, ou manifesta-se pela criação de novas leis em razão de uma frustração originada de algo que não foi compreendido pelo frustrado.

Mas o que seriam o procedimento e a legitimação, nas palavras de Luhmann, quer dizer, antes da autopoiese?

Procedimento deve ser aqui entendido como um sistema social de formação específica, portanto, como uma solidariedade de sentido de ação fática; e legitimação deve ser entendida como a tomada de decisões obrigatórias dentro da própria estrutura das decisões (tradução nossa).⁵²⁶

Ou seja, longe de uma teoria procedimentalista que, em uma visão simplificada e objetiva, indicaria que o conteúdo da decisão não importa. A Legitimação pelo Procedimento é algo maior que isso. Ela consegue trazer em si mesma uma noção de sistema, que afasta qualquer possibilidade de comparação

⁵²⁶ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 07. **Na versão francesa:** "La procédure est ici conçue comme un système social d' un genre particulier, c' est-à-dire comme un réseau de sens propre à un agir factuel alors que la légitimation est conçue comme l'adoption de décisions contraignantes au sein de la structure personnelle de décision." LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec: Université Laval, 2001. p. XLIV.

com os tipos teóricos mencionados. Ela compreende uma dinâmica comunicacional (ou seja, mais do que algo meramente burocrático e pontuado) que exige participação dos envolvidos, ou, em outros termos, solidariedade de sentidos em suas comunicações (não se confundindo com o consenso). Consequentemente, leva a uma tomada de decisão, já que esta é obrigatória e, por isso, tem que lidar com uma margem de aceitação. Assim, também, afasta-se do substancialismo, que busca elementos como moral e princípios, fora da esfera de comunicação dos participantes, mas em uma esfera de compartilhamento transcendental, para justificar e dizer como devem ser as decisões em termos de conteúdo.

Portanto, tem de se partir da hipótese de que, no procedimento se criem essas razões adicionais para aprovação das decisões e de que, neste sentido, o poder gere a decisão e a torne legítima, isto é, que se torne independente, pelo imperativo exercido concretamente. Visto desta forma o objetivo do procedimento juridicamente organizado consiste em tornar intersubjetivamente transmissível a redução de complexidade (tradução nossa).⁵²⁷.

Verdade e justiça, que são as primeiras coisas a serem pensadas para obtenção de legitimidade e aceitação, não têm uma base sólida para tanto, embora todos as queiram: quem não iria querer uma decisão que considerasse justa? Por isso, a verdade e a justiça não podem ser a base do procedimento. O consenso também não é uma forma de legitimidade e nem mesmo o objetivo do procedimento, tampouco, o consenso nos moldes pensados por Luhmann.

Da mesma forma, o procedimento, ainda quando pensando somente no âmbito do Sistema Jurídico – note-se que o procedimento e a legitimação pelo procedimento não são exclusivos do Direito, mas aparecem nas decisões políticas e administrativas também –, não se confunde com burocracia. “Igualmente, leis, atos administrativos, sentenças, etc, são, pois, legítimos como decisões, quando e enquanto se reconhecer que são obrigatoriamente válidos e devem fundamentar o

⁵²⁷ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 26-27. **Na versão francesa:** “Il faut, par conséquent, admettre que soient créées au sein de la procédure des raisons additionnelles qui permettent que les décisions soient reconnues et qu' em ce sens le pouvoir de décision soit produit et légitimé, c' est-à-dire qu'il soit rendu indépendant de toute contrainte s' exerçant de manière concrète. Considéré de cette manière, le but des procédures juridiquement régulés est de rendre subjectivement transmissible la réduction de la complexité.” LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec: Université Laval, 2001. p. 17.

próprio comportamento (tradução nossa).⁵²⁸. Contudo, não se confundem com o procedimento. Eles dependem do procedimento para esta validade e aceitação, mas não se confundem com ele.

“Os procedimentos são, de fato, sistemas sociais que desempenham uma função específica, designadamente a de aprofundar uma única decisão obrigatória e que, por esse motivo, são de antemão limitados na sua duração” (tradução nossa)⁵²⁹. Há um imperativo de sincronização em um processo: o juiz não pode dar a sentença antes de ouvir as provas⁵³⁰, o advogado não pode replicar se não houver contestação ou pretensão resistida. Existe sim uma parte ritualista nisto tudo, a qual compõe o procedimento, mas não é só isso.

Utilizando-nos da explicação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que observava a construção feita por Luhmann: “Procedimentos são para ele sistemas de ação, através dos quais os endereçados das decisões aprendem a aceitar uma decisão que vai ocorrer, antes de sua ocorrência concreta”⁵³¹. Logo, é por isso que até o

⁵²⁸ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 32. **Na versão francesa**: “Ainsi, les lois, les actes administratifs, les jugements, etc., son légitimes comme décisions si et dans la mesure où on a reconnu qu' elles valent de manière contraignante et qu' elles doivent être placées au fondement du comportement personnel.” LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec: Université Laval, 2001. p. 24.

⁵²⁹ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 39. **Na versão francesa**: “En fait, les procédures sont des systèmes sociaux qui remplissent une fonction spécifique, notamment l' élaboration d' une décision ponctuelle contraignante et, en cela, ils sont, dès le départ, limités dans leur durré.” LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec: Université Laval, 2001. p. 34.

⁵³⁰ Com exceção do art. 285-A do Código de Processo Civil, que diz que: “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”. Esta disposição gerou e ainda gera uma série de discussões de várias ordens, e para nós, mostra mais uma afobação em se tentar diminuir o número de processos de qualquer maneira, sem qualidade, interferindo inclusive em uma dinâmica temporal estabilizada e que funciona para o Sistema do Direito. Na prática, poucos juízes têm aplicado este recurso, justamente pelos problemas temporais que ele causa. Por exemplo, caso a parte autora queira recorrer da sentença, ela apresentará seu recurso e a parte ré, que sequer sabia do processo, terá ciência do processo apenas no momento de apresentar sua resposta ao recurso, sem ter sequer se manifestado no processo de conhecimento. Ademais, entendemos que existem muitas ações realmente semelhantes, mas que todas tem que ser analisadas em suas peculiaridades fáticas, não existindo, portanto, antecipadamente, nenhuma ação idêntica. Para saber desta identidade ou não, a defesa ou a oportunidade de apresentá-la é indispensável, pois será o momento em que a outra parte terá a oportunidade de confirmar ou não, silenciar ou não, sobre a situação fática envolvida. Por fim, entendemos ainda que não existem situações puramente “de direito”, sem um caso fático que as sustente, se é que é possível separar situações de fato e de direito, com o que também não se concorda. BRASIL. *Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006*. Acresce o art. 285-A à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11277.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

⁵³¹ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo*

momento, nesta pesquisa, abordaram-se as expectativas, o Sistema Psíquico, a estabilização e reestabilização de expectativas, e chegaremos ao aprendizado. Justamente porque todos eles guardam uma relação de necessidade um com o outro, dentro da Legitimação pelo Procedimento.

Em muitas passagens deste livro, seja quando trata do procedimento para a Política ou o Direito, Luhmann usa uma teoria da psicologia⁵³² para explicar a aceitação das decisões. Afinal, um dos objetivos do procedimento legítimo é alcançar a aceitação da decisão. Hoje aquela teoria, se atualizada aos novos trabalhos que surgiram após a publicação do livro, poderia ser vista como uma teoria da alteridade, pois seu cerne estava na identificação do outro como si mesmo⁵³³. Ocorre por outra perspectiva, no restante do que foi construído por Luhmann, este pensamento não se aproximaria de nenhuma forma das construções luhmannianas. Com a autopoiese, esta sua aproximação, mesmo que remota com a psicologia⁵³⁴, torna-se incompleta.

Ao lançar um olhar renovado nestas construções, parece que se oferece uma possibilidade mais sistêmica e mais sofisticada de se trabalhar com a aceitação. Quem está dentro de um processo está dentro daquele sistema, e a resposta, o convencimento, tem que se dar por um elemento do próprio sistema, em razão da autopoiese. O próprio procedimento foi definido como um sistema somente social. Veja-se que nem mesmo a ocasião é algo externo ao sistema, ela é um momento de euforia dos dois sistemas, para um mundo social, para criar uma comunicação, antes de tudo, social. Isso tem que ser incrementado. Incrementamos nas vezes da argumentação. A argumentação e os outros elementos que foram dedilhados até

procedimento. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 04.

⁵³² Isso pode ser visto por exemplo, ao longo de todas as colocações da página 72. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 39.

⁵³³ Nesta linha indico o atual trabalho de Rafael Koche. Em sua dissertação de mestrado, orientada pelo Dr. Anderson V. Teixeira, o autor trabalha o Direito e a Democracia sob outras perspectivas, e mesmo se tratando de um trabalho de mestrado, inova ao dizer que a efetivação Democracia está no reconhecimento do outro. Para ele – simplificando aqui a ideia - em um mundo com tanta desigualdade, é evidente que há um déficit democrático, no qual algumas pessoas permanecem em um esquecimento simbólico (no que denomina *kwashiorkor* global) em relação à outras. Para ele, para se falar em democracia, estas questões precisam ser discutidas, assim como a própria pergunta do ser, no sentido de quem somos. KOCHÉ, Rafael. *Democracia e alteridade: uma análise sobre os fundamentos da desigualdade*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito), -- Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, 2015. Disponível em: <[http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/ UNISINOS/4528](http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/4528)>. Acesso em: 31 ago. 2015.

⁵³⁴ É preciso destacar que em certo ponto ele mesmo assume a fragilidade destas ideias.

este ponto, como a seleção e a preparação das expectativas, são elementos internos do Sistema Social, e só afetam ou exigem a comunicação de outros sistemas de forma secundária. Já o reconhecimento do outro é algo muito mais psicológico ou do entorno da Sociedade, do psíquico, com outros pressupostos que são estranhos a esta teoria.

Com esta construção, na disciplinação das expectativas, mesmo que tenham em um primeiro momento expectativas psíquicas, no momento em que se puder falar em discipliná-las, elas já estarão comunicadas no mundo social, já serão passíveis de observação por outros. Essa possibilidade de observação ocorre no social, e então a disciplinação se dá dentro dos limites do Sistema do Direito, com seus acoplamentos. Resultado, algo como a alteridade não pode ser a viga de sustentação deste processo.

Por isso é necessário dar um novo enfoque à observação da Legitimação pelo Procedimento: a possibilidade de se repensar a Legitimação pelo Procedimento na condição de uma estrutura, relida pela noção de autopoiese, rediscutindo o papel do indivíduo neste processo. Ocorre que, mesmo que Luhmann tenha elaborado uma boa base referencial sobre o tema, o fato é que, ao longo dos anos, devido à própria evolução da Sociedade e até mesmo de sua teoria (autopoiese), é preciso que alguns elementos sejam repensados, para observarmos se eles ainda dão conta da atual dinâmica social. Como já se antecipou, em muitos pontos, entende-se que não.

Retomando algumas questões. Quando Luhmann escreveu sobre a Legitimação pelo Procedimento, ele ainda não havia incorporado à sua Teoria dos Sistemas a noção de autopoiese. Nesta fase, pode-se perceber que o ser humano (dentro das noções que foram descritas no início desta tese) tem um destaque especial nos temas trabalhados, o que permitiu que ele trouxesse uma teoria da psicologia aos seus esboços. Com a introdução da autopoiese, sua teoria elevou-se a um nível superior, capaz de tratar com mais eficiência e qualidade as temáticas sociais, trazendo uma nova forma de observar a Sociedade e, inclusive, o papel dos seres humanos nela.

Uma destas modificações pode ser percebida na figura da confiança e no que já nos debruçamos, na ausência de segurança, na qual, risco tem seu lado oposto no perigo. Existe incerteza a todo o momento, e para que se possa “levantar da cama pela manhã”, é preciso ter confiança. Mas esta confiança não está mais somente nos indivíduos, nos conhecidos ou na figura do ser humano. É preciso ter

confiança no sistema⁵³⁵, que é o que move as comunicações sociais e, no caso, é o responsável pela tomada de decisão jurídica.

Importante reforçar as ideias que lançamos na primeira parte da tese. O ser humano não é abandonado, ele apenas deixa de ser o centro de tudo, o mais importante em termos de comunicação e observação. Mesmo abrindo nossa percepção para a necessidade de se confiar em um sistema, também é preciso ter no mínimo um pouco de confiança no indivíduo. Nossa Sociedade ainda não evoluiu ao ponto de apenas trabalharmos com a confiança em organizações, sistemas ou grupos.

Uma situação banal que prova isso, e que podemos ver ano após ano, são as eleições, que são um procedimento legitimatório dentro do Sistema Político. Muitos cidadãos, além de considerarem o partido político do candidato, propostas e campanhas, buscam observar o candidato enquanto pessoa (mesmo que ele forje a sua imagem pessoal), e votam “mais” no candidato do que no partido, na organização. O mesmo ocorre em um negócio. Pode-se estar para comprar um veículo da Mercedes ou da BMW em suas concessionárias licenciadas, que são marcas renomadas, mas se o vendedor deixar algum “ar” de dúvida ou de incredibilidade na negociação, surge uma dúvida que pode fazer com que o negócio, em muitos casos, não se concretize, mesmo que o consumidor saiba que a instituição é reconhecida socialmente como uma marca de confiança no mundo ocidental.

Portanto,

A legitimação pelo procedimento não é como a justificação pelo direito processual, ainda que os processos legais pressuponham um regulamento jurídico; trata-se, antes, da transformação estrutural da expectativa, através processo efetivo de comunicação, que decorre em conformidade com os regulamentos jurídicos; trata-se, portanto, do acontecimento real e não duma relação mental normativa (tradução nossa).⁵³⁶

⁵³⁵ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 158.

⁵³⁶ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 35. **Na versão francesa:** “La légitimation par la procédure n' est pas la justification par le droit procédural bien que les procédure présupposent une régulation juridique; au contraire il y va d' une restructuration des attentes par le procès effectif de communication qui se déroule d' après le critère de régulations juridiques, donc d' un événement réel et non d' une relation normative de sens.” LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec:

Alguém pode pensar que a solução para uma das questões que vêm sendo abordadas aqui, no que se referem aos Juizados Especiais e á retirada de uma estrutura estabilizante, poderia ser facilmente resolvida com uma alteração na lei, incluindo a obrigatoriedade de advogados ou de juízes togados. Veja-se, esta é apenas uma ação que deve surgir após uma observação de diversas questões, que devem considerar todos os temas que foram abordados aqui. Talvez nem seja a figura do advogado que vá fazer uma grande diferença, talvez ele seja apenas o mínimo para enfrentar o caos de expectativas que cercam os casos que chegam ao Poder Judiciário através desta via.

Com isso, quer-se dizer que a simples argumentação de que mudar uma lei já soluciona o problema, como normalmente é pensado no Brasil, mostra-se na maioria das vezes um erro muito grave. Há questões prévias e basais que necessitam sim de uma abordagem mais ampla e profunda e que, muitas vezes, ao final, não implicam na solução fática que se pensava no início.

Talvez não seja só a Legitimação pelo Procedimento que tenha que ser repensada, ou não só ela, mas os procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Mas a questão é que, independentemente dos juizados, a Legitimação pelo Procedimento tem que ser repensada para incluir autopoiese e o conteúdo da decisão. Tudo isso, sem previsões ou antecipações do conteúdo da decisão, mas com exigência de fundamentação, que é mais um dos elementos que precisa ser conectado nesta engrenagem para gerars confiança, legitimidade e estabilização nesta Sociedade. A revisão em termos de juizados, no que se refere a este procedimento específico, tem que ser revista em razão da falta daquele terceiro fundamental, aquele que seleciona, prepara expectativas e disciplina condutas e comunicações, que é o advogado; ou, precisa-se pensar em outra estrutura que substitua este seu papel.

“A aceitação, por exemplo, duma sentença condenatória, tem, com certeza, outras condições prévias, psíquicas e sociais [...] (tradução nossa).⁵³⁷”, que vão além da existência de uma lei, ou da presença de um advogado. Elas passam por

Université Laval, 2001. p. 28-29.

⁵³⁷ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 51. **Na versão francesa:** “Par exemple, il est certain que l' acceptation d' une condamnation pénale dépend de conditions psychiques et sociales différentes de celles que l' on peut observer dans le cas du droit civil ou administratif.” LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec: Université Laval, 2001. p. 49.

várias comunicações de diversos subsistemas sociais e de seu entorno, para que se efetivem. A lei, o poder, a legitimidade enquanto mero procedimento ou a figura do julgador, não dão conta disso. Por outro lado, esta citação mostra que nem mesmo Luhmann desconsiderava o impacto do Sistema Psíquico em questões sociais.

Em termos de argumentação, a qual foi trabalhada em ponto próprio, é preciso lembrar que não se pode pensar a argumentação como uma forma de antever o conteúdo da decisão. Note-se, mesmo que existisse a possibilidade legítima de se ter certeza da decisão, isso não trataria de nenhuma estabilização ou aceitação. Saber que a decisão da denúncia do processo que envolve um crime de homicídio vai ser de condenação, com oito anos de prisão, por si só, não faz com que ela seja aceita. Ademais, romper-se-ia com a dinâmica de uma Sociedade de complexidade e igualmente, com a ideia de democracia, como já foi dito.

Deve-se ainda afastar a ideia de que Legitimação pelo Procedimento tem apenas uma função simbólica. Este afastamento, todavia, não é quebrado pela previsão do conteúdo da decisão, nem pela ideia de que existe uma única decisão correta ou constitucionalmente adequada para cada caso.

A tese, portanto, é de que, em termos de Sistema do Direito, a Legitimação pelo Procedimento luhmanniana pode exercer este papel de estrutura estabilizante, desde que relida pela ideia de autopoiese e entendida exatamente como uma estrutura, que consiga despertar o sentido de aceitação pela decisão. É claro que não há nenhum mecanismo – ao menos até o momento – capaz de acabar definitivamente com as decepções (acabar no sentido de que nunca aconteçam, de que ninguém se decepcione) ou simplesmente excluí-las da vida cotidiana. No entanto, existe a necessidade de se pensar em um mecanismo que possibilite que se experimente esta situação de desapontamento e, em casos cognitivos, seja efetiva para possibilitar a aprendizagem; em casos normativos, que apresente instrumentos capazes de canalizar estas decepções e talvez (esse é um dos objetivos a serem verificados na tese) possibilitar que o próprio sistema aprenda, e não apenas os indivíduos enquanto participantes deste processo.

A Legitimação pelo Procedimento, no fundo, visa mais do que garantir que uma decisão seja dada e que se tenha aceitação, mas o seu objetivo maior é a estabilização das expectativas. Por isso mesmo que ela é o ponto de observação para responder as nossas perguntas. Nunca é demasiado enfatizar que ela não leva ao consenso, ao entendimento entre os povos ou à paz.

A legitimação pelo procedimento não leva, pois, necessariamente, ao consenso efetivo, à harmonia coletiva de opiniões sobre justiça e injustiça, ou ainda àquilo que Parsons enigmaticamente denominou 'articulation of power with real commitments' (articulações do poder com compromissos efetivos). A legitimidade não pode ser totalmente concebida como 'interiorização' duma instituição, como conscientização pessoal de convicções socialmente constituídas. Trata-se no fundo, dum processo de reestruturação das expectativas jurídicas (tradução nossa)⁵³⁸.

Ela é um jogo entre internalização de convicções do Sistema Psíquico e do Sistema Social, e que no Direito mostra-se ainda mais problemática do que na Política ou na administração. Isso porque o Direito não apresenta uma válvula de escape como a Política e, ao mesmo tempo, é o Direito que recebe a maior carga de insatisfação e de expectativas sobre suas decisões.

A eleição política oferece uma oportunidade de expressão da insatisfação sem risco para a estrutura, portanto, uma oportunidade duma atuação expressiva, que funciona como descongestionante. Nessa medida ela pertence aos mecanismos de absorção dos protestos, tal como os processos judiciais também desempenham essa função. Essa função expressiva do comportamento do eleitor não depende, para o indivíduo, do fato de que aquele que foi eleito ocupe efetivamente o cargo e possa influenciar as decisões. A contra-reação já é satisfatória e, de resto, o número de votos tem já valor expressivo e é digno de atenção como 'sintoma' de alteração da vontade eleitoral no sistema político (tradução nossa)⁵³⁹.

O Direito não tem este escape que gera reestruturação de expectativas. O

⁵³⁸ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 99-100. **Na versão francesa:** "La légitimation par la procédure ne conduit donc pas nécessairement à un réel consensus, à une harmonie sociale des opinions sur ce qui est juste et injuste ni à ce que Parsons appelle énigmatiquement <<articulation of power with real commitments>>. D' une manière générale, la légitimité ne peut être comprise tout à fait comme l' <<intérieurisation>> d' une institution, comme l' assimilation personnelle de convictions socialment formées. Il y va fondamentalement d' un processus de restriction des attentes juridiques, [...]" LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec (Canada): Université Laval, 2001. p. 115.

⁵³⁹ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 141. **Na versão francesa:** "L' élection fournit l' occasion à l' insatisfaction de s' exprimer sans que cela ne mette en danger la structure; elle permet donc un agir expressif qui a un effet de délestage. Elle fait partie, pour cette raison, des mécanismes d' absorption des protestations de la même façon que les procédures juridiques contribuent à assumer cette fonction. La fonction expressive du comportement électoral ne dépend pas pour l' individu du fait que le candidat pour qui il a voté par protestation est effectivement élu et se trouve ainsi en mesure d' influencer les décisions. Le dévouement peut être satisfaisant en lui-même; en outre, le nombre de voix possède déjà une valeur expressive et, en tant que <<symptôme>> d' un changement dans la volonté des électeurs, il attire l' attention du système politique." LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec: Université Laval, 2001. p. 166-167.

que ele possui de mais parecido é o processo. Entretanto, atualmente, se não for bem trabalhado, não consegue suprir isso, pelo papel que o Poder Judiciário assumiu nas comunicações sociais como um todo.

Além desta dificuldade de falta de escape das frustrações, o próprio procedimento, em sua constituição original, apresenta dificuldades de decisão.

A diferenciação aumenta as dificuldades da decisão. Priva o procedimento jurídico de inúmeras probabilidades de simplificação. Até mesmo a própria experiência de vida e o saber pessoal do juiz – qualidades que em processos de decisão diferenciados, o tornaram aptos para a magistratura numa forma muito especial – são anuladas artificialmente (tradução nossa)⁵⁴⁰.

Ocorre que, se reestruturado o procedimento, não vão ocorrer estas anulações de qualidades. A autopoiese e o Sistema Psíquico fazem diferença, de modo que se pode falar em ocasião no momento da decisão. Com este momento, estes dois lados, saber pessoal e juiz (que é social), completam-se e ajudam a fazer as partes entenderem por que devem cumprir determinada decisão.

4.2.1 Por que Deve ser Cumprida esta Decisão?

Definimos até o momento que, em um país como o Brasil, embora todos possam se candidatar a ser julgadores, nem todos poderão efetivamente ser. Além disso, foi dito que não se pode mais aceitar uma decisão por medo, pela coerção. A justiça, a verdade e o consenso também não são bases sólidas para responderem nossa questão pelo cumprimento da decisão. “Mas apesar de tudo isso, só se conseguiu chegar a uma pergunta: como é possível divulgar convicção real da legalidade ou da força compulsiva desta decisão, quando só alguns é que decidem? (tradução nossa) ⁵⁴¹”. É isso que a legitimidade vem enfrentar. A legitimidade é o que

⁵⁴⁰ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 57-58. **Na versão francesa:** “La différenciation accroît les difficultés que pose la décision. Elle soustrait à la procédure de nombreuses possibilités de simplification. L'expérience et le savoir personnels du juge sont même volontairement supprimés alors que ce sont là précisément des qualités qui, dans les processus décisionnels non différenciés, habilitaient d'une manière particulière à exercer la fonction de juge.” LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec: Université Laval, 2001. p. 57-58.

⁵⁴¹ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 29. **Na versão francesa:** “Mais cela ne nous fournit rien de plus qu'une question: lorsque seul un petit nombre décide, comment est-il possible de répandre la conviction effective de la justesse normative ou de la force contraignante

sustenta o poder que não depende da coerção ou da força física, e faz com que as pessoas aceitem aquela decisão, mesmo sabendo que nem todos podem decidir, e mesmo aquela decisão pontual não lhe sendo favorável. É através da reelaborada Legitimação pelo Procedimento que se responde à pergunta do “por que deve ser cumprida esta decisão?”.

Para que alguém aceite uma decisão, primeiro esta pessoa precisa compreender a decisão. Isso passa pelas questões que já falamos. É necessária também uma pré-disposição do Sistema Psíquico, que tem que ser preparado para isso. “Por outro lado, a pessoa que recebe a decisão tem de se inserir na exposição do procedimento, pois a decisão deve constituir para ele uma premissa de comportamento e deve alcançar o seu objetivo pela aceitação como premissa de decisão (tradução nossa)⁵⁴².” Se as pessoas não compreendem o procedimento, elas não estão inseridas, essa é a questão. Isso causará impacto em várias questões, entre elas, na aprendizagem.

Como nos trabalhos de Selznick e Nonet, a Sociedade (ao menos brasileira) vive um momento em que o cumprimento de uma decisão não pode se dar por força física, por ameaças ou coerções, medos de castigos divinos. Parece que inclusive existe um avanço comunicacional tão diferenciado que o simples poder não é mais suficiente para que alguém se convença a cumprir uma decisão. O fato de ela ter sido emanada por um julgador (que tem poder de decisão) não satisfaz mais as necessidades sociais de um sentido que justifique porque aquela decisão deve ser cumprida.

Atualmente não se justifica mais que, como ocorre em regimes totalitários, que a coerção, ou o argumento de poder, sejam os justificadores para que se cumpra uma decisão. Mais difícil ainda se torna quem perdeu a demanda aceitar sua derrota por imposições forçadas. Isso é bom. Representa os frutos de uma evolução e diferenciação qualificada das comunicações, pois, de fato, coerção ou argumentos de autoridade rasos não serem aceitos mostra que os cidadãos – e a Sociedade –

de l' acte de décision?”. LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec (Canada): Université Laval, 2001. p. 19-20.

⁵⁴² LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 92. **Na versão francesa:** “Inversement, la personne du destinataire de la décision doit être incluse dans la présentation de la procédure puisque la décision doit constituer pour elle une prémisses comportementale; cette décision aura atteint son but lorsqu' elle sera admise en tant que prémisses décisionnelle.” LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec: Université Laval, 2001. p. 104.

evoluíram a tal ponto que precisam de um motivo que produza sentido para que aceitem determinada situação.

Estas justificativas acima referidas acabam justamente com as possibilidades de comunicações mais amplas e afastam uma seleção adequada. Ademais, tanto a coerção como o argumento de autoridade não se sustentam, na medida em que eles focam totalmente no indivíduo que exerce o poder, e isso não tem sentido em uma Sociedade de Complexidade. Não é mais isso que fará alguém cumprir uma decisão, em linhas gerais.

El poder pierde su función de crear doble contingencia en la misma proporción que se aproxima al carácter de la coerción. La coerción significa la renuncia a las ventajas de la generalización simbólica y a guiar la *selectividad* del compañero. La persona que ejerce la coerción debe asumir la carga de la selección y la decisión en el mismo grado en que ejerce la coerción; ésta tiene que ejercerse donde hay una carencia de poder. La reducción de la complejidad no se distribuye, sino que se transfiere a la persona que usa la coerción. Si esto es lo sensato o no, dependería de lo complejas y mutables que sean las situaciones en que se tienen que tomar las decisiones sobre la acción.

El uso de la coerción sólo puede centralizarse en los sistemas muy simples. Los sistemas más complejos sólo pueden centralizar decisiones (o incluso, decisiones con el objeto de decidir premisas para tomar decisiones sobre el uso de la fuerza)⁵⁴³.

Isso não afasta o poder das relações. Apenas transforma sua comunicação e seu papel na dinâmica decisional. É claro que muitas vezes, quando se fala de processos criminais ou até mesmo de processos de família, em que se discute o pagamento de pensão alimentícia, a ameaça real de que o sujeito poderá ser preso, segregado, facilita que ele decida cumprir a decisão. Mas esse argumento tem, a cada dia, ganho menos força. Há muitas possibilidades de se fugir ou iludir o sistema e nunca ser segregado, as questões estruturais do sistema penitenciário

⁵⁴³ “O poder perde sua função de criar dupla contingência na mesma proporção que se aproxima do caráter da coerção. A coerção significa a renúncia as vantagens da generalização simbólica e no guiar a *selectividade* do companheiro. A pessoa que exerce a coerção deve assumir a carga da seleção e da decisão no mesmo grau em que exerce a coerção; esta tem que ser exercida onde há uma carência de poder. A redução da complexidade não se distribui, senão se transfere a pessoa que usa a coerção. Se isso é sensato ou não, dependeria do quão complexas ou mutáveis que sejam as situações em que se tem que tomar as decisões sobre a ação. O uso da coerção só pode centralizar-se nos sistemas muito simples. Os sistemas mais complexos só podem centralizar decisões (ou inclusive, decisões com o objeto de decidir premissas para tomar decisões sobre o uso da força)”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Poder*. Rubí: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontífica Universidad Católica de Chile, 2005. p. 14.

fazem com que mesmo sem fugir, as pessoas não sejam detidas, entre muitas outras variáveis.

De qualquer forma, o poder pensado assim é muito mais identificável como coerção do que como poder legítimo, que é o único aceitável em uma Democracia. Na verdade, onde é preciso este tipo de apelo, como a segregação, é porque não há um poder real, aceito, efetivo. Isso faz parte das compreensões da Sociedade. Um exemplo disso é a prisão pela pensão alimentícia. Ela é uma forma de coerção pura, e que deveria ser vista com repulsa em uma Sociedade que evolui tanto em suas comunicações que chega a falar em paternidade socioafetiva⁵⁴⁴ e adoção por casais não convencionais. De outra banda, ela se faz absurda também não só pelo fato de esta Sociedade pensar e aceitar a prisão, mas porque a prisão se tornou uma das únicas formas de fazer com que os genitores auxiliem seus filhos, o que é uma contradição pura. É preciso voltar a métodos arcaicos para fazer com que pessoas que desejam tanto mudanças e evoluções aceitem padrões básicos de relacionamento social e familiar. A complexidade desta situação é muito maior do que se não houvesse um procedimento legítimo e jurídico para dissolvê-lo. O procedimento, portanto, nem sempre consegue limitar as melhores opções.

Se a resposta para a pergunta “por que devo cumprir esta decisão?” for o poder ou a coerção, e a resposta para “por que devo pagar alimentos para meu filho?” for “porque caso contrário serei preso”, não estaremos apresentando respostas em um contexto de comunicações civilizadas. Este tipo de resposta surge apenas quando não se tem nenhuma outra possibilidade, e isso não pode ocorrer nesta Sociedade.

El poder no se ejerce a menos de que la relación de los participantes con sus alternativas evitables respectivas sea estructurada *en forma*

⁵⁴⁴ Particularmente, tenho resistência quanto aos fundamentos deste instituto. Embora a alegação seja voltada para o bem estar das pessoas, para questões afetivas, parece-me que se trata de uma questão meramente formal e financeira. É o reconhecimento jurídico de uma relação que, se já fosse efetivamente saudável, não necessitaria de uma ação contenciosa para reconhecimento. O efeito deste reconhecimento nunca é a aproximação afetiva das partes. Afinal, um processo não pode forçar as pessoas a se gostarem. Trata-se de um efeito financeiro, que irá transparecer futuramente em pensões alimentícias, indenizações por abandono – que também tem um fundamento oficial altamente questionável, pois o dinheiro não compensa os sentimentos de abandono – ou direitos de herança. Pode ser considerada como algo efetivamente avançado nos casos raros que a relação entre o então pai afetivo e o filho já existe, e só se busca o reconhecimento jurídico – e voluntário - disso. Entretanto, a maioria esmagadora dos casos é de filhos querendo este reconhecimento – litigioso – contra algum ex-companheiro de sua genitora. De qualquer forma, o cunho é patrimonial. Ou o afeto já existe ou não existe, não é uma decisão judicial que vai modificar isso.

diferente, de tal modo que la persona sujeta al poder tenga una preferencia mayor por evitar su alternativa que la que tendría el portador del poder, en nuestro ejemplo, la lucha física. Tampoco ocurre a menos de que esta relación entre el modo en que los participantes relacionan sus alternativas evitables pueda ser reconocida por los participantes. En resumen: el código del poder debe originar una relación entre relaciones. En este supuesto surge *la posibilidad de unir condicionalmente la combinación de otras alternativas evaluadas menos negativamente*. Esta unión motiva la transferencia de selecciones de acciones desde el portador del poder a la persona sujeta al poder⁵⁴⁵.

O poder só pode ser aceito enquanto legítimo. Ele pode e deve aparecer em decisões jurídicas. Afinal, a decisão também é uma forma de poder na Democracia, mas ele não pode se confundir com a coerção, e não pode representar a única justificação para uma ação. Ele não pode ser a única “saída” que o perdedor de um processo tenha para justificar por que vai cumprir aquela decisão. Esta resposta tem que estar na seleção, no procedimento, na argumentação, e, por fim, culminar na aprendizagem. Caso contrário, o que se tem é uma generalização das comunicações desta situação conflituosa.

A legitimidade, que foi estabelecida como “uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância” (tradução nossa)⁵⁴⁶, exerce esta função, desde que estas disposições não sejam apenas psíquicas, e isso é que nos exige repensar esta questão neste momento. Esta aceitação, com base apenas no psíquico, na moral, nos princípios, nos ritos ou no consenso, fará com que se volte às Sociedades Arcaicas ou, no mínimo, menos complexas⁵⁴⁷. Uma aceitação meramente individual não consegue

⁵⁴⁵ “O poder não se exerce a menos que a relação dos participantes com suas respectivas alternativas evitáveis sejam estruturadas de forma diferente, de tal modo que a pessoa sujeita ao poder tenha uma preferência maior por evitar sua alternativa do que teria o portador do poder, em nosso exemplo, a luta física. Tampouco ocorre a menos que esta relação entre o modo em que os participantes relacionam suas alternativas evitáveis possa ser reconhecido pelos participantes. Em resumo: o código do poder deve originar uma relação entre relações. Nesta suposição surge a *possibilidade de unir condicionalmente a combinação de outras alternativas avaliadas menos negativamente*. Esta união motiva a transferência de seleções de ações desde o portador do poder até a pessoa sujeita ao poder”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Poder*. Rubí: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontífica Universidad Católica de Chile, 2005. p. 32.

⁵⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 30. **Na versão francesa:** “Il est possible de concevoir la légitimité comme *une disposition généralisée à admettre à l'intérieur de certaines limites de tolérance des décisions au contenu encore indéterminé*.” LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec: Université Laval, 2001. p. 20.

⁵⁴⁷ Ressaltando que, nesta tese, não estamos sequer abordando a estabilização das expectativas de terceiros, como os familiares, os vizinhos, os colegas de trabalho de alguém que tem um processo

ressoar na Sociedade, não comunica, e por isso não tem efeito.

As decisões obrigatórias têm, também, de ser aceitas pelos participantes indiretos, senão publicamente, então perante os seus mediadores e essa generalização social é, como vimos no capítulo sobre a legitimidade, condição essencial para a legitimação da decisão, pois o indivíduo só a pode aceitar como apoio social. (tradução nossa)⁵⁴⁸.

Então o que falta para o Luhmann é além da questão que o próprio sistema se alimenta, se auto-observa e se organiza, e isso interfere na forma em que ocorrem as comunicações, é a fundamentação. O procedimento já existe. Como agora fazer com que as decisões que venham dele gerem estabilização? Com isso, chega-se ao tema do próximo capítulo.

4.2.2 Procedimento: estrutura e generalização

Na estabilização que se busca alcançar através da legitimação oferecida pelo procedimento⁵⁴⁹, ele não é uma rotina ou um simples procedimento de regras de processamento previsto por normas prévias que indicam o caminho para que uma decisão jurídica seja tomada⁵⁵⁰. “Em resumo: seria com certeza falso interpretar o

e, por vezes, também são afetados pela decisão daquele processo.

⁵⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 44. **Na versão francesa:** “Les décisions exécutoires doivent donc être acceptées également de la part de ceux qui y participent de manière indirecte, sinon de façon publique, du moins face à leurs mandataires; une telle généralisation sociale est, comme nous l'avons vu dans le chapitre sur la légitimité, une condition nécessaire à la légitimation de la décision, puisque l'individu ne peut accepter celle-ci que s'il est soutenu socialement en ce sens” LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec: Université Laval, 2001. p. 41.

⁵⁴⁹ Observe-se a pergunta lançada por Rafael Simioni: “como pode o decisor convencer os afetados pela decisão a aceitá-la como legítima?” SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito processual e sociologia do processo: aproximações entre estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 138. A nossa pergunta é distinta, e leva a um caminho bem diverso do traçado por ele. Nossa preocupação não é que se aceite que a decisão é legítima, mas que a aceitação gere aceitação, aprendizagem, e, com isso, estabilização social. Como já atacamos em nosso trabalho, a mera legitimidade não é suficiente para que se aceite a decisão e, muito menos, para gerar convencimento. A aceitação de legitimidade é apenas um elemento nesta conjuntura de questões.

⁵⁵⁰ Neste sentido, vejam-se as advertências de Luhmann: “A legitimação pelo procedimento não é como que a justificação pelo direito processual, ainda que os processos legais pressuponham um regulamento jurídico; trata-se, antes, da transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação, que decorre em conformidade com os regulamentos jurídicos; trata-se, portanto, do acontecimento real e não duma relação mental. [...]”. “Aqui existe um erro óbvio a ser evitado: um procedimento não pode ser considerado como uma sequência fixa de ações determinadas. Uma tal opinião conceberia o procedimento como um ritual em que uma única ação estaria certa em cada caso e as ações estariam de tal forma encadeadas que, excluindo a possibilidade de escolha, uma dependeria da outra. Essas ritualizações têm uma

procedimento como rito nos atuais sistemas de decisão”. (tradução nossa)⁵⁵¹. Embora o procedimento público sempre tenha algo de ritualístico, ele não é simplesmente um rito. Quando relido pela autopoiese e com a rediscussão do significado de indivíduo para Luhmann, ele poderá ser visto como uma estrutura.

Em que pese procedimento e estrutura serem próximos, eles não podem ser confundidos, justamente porque não têm o mesmo efeito e função. Não canalizam desapontamentos e lidam com decepções da mesma forma. A estrutura engana a complexidade do mundo criando fragmentos de possibilidades e certeza, deixando parte das expectativas em latência, permitindo que se realize uma seletividade.

Insiste-se nesta ideia: por que precisa-se de estruturas?

[...] porque essas constâncias relativas são necessárias? [...]. As estruturas potencializam esse efeito aliviante na medida que estabelecem as referências de uma seleção a outra. Através de um ato de opção, geralmente não percebido como tal, as estruturas restringem o âmbito da possibilidade de opções. Em termos imediatos, elas delimitam o optável⁵⁵².

Quando as estruturas delimitam o que é optável, é como se elas dissipassem um nevoeiro que fica envolto naquelas muitas possibilidades que sempre se quis ter e que, agora que temos, geram medo, trazem um aumento exagerado dos níveis de incerteza. Em termos de Direito isso terá reflexos, por exemplo, na democracia: a qual nos dá muitas opções, que é o que se quer ter, mas ao mesmo tempo muitas

função específica. Fixam a ação estereotipada e criam assim segurança, independentemente das consequências fáticas que são depois atribuídas a outras forças, que não a ação.” LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 35- 37. **Na versão francesa**: “La légitimation par la procédure n' est pas la justification par le droit procédural bien que les procédures présupposent une régulation juridique; au contraire il y va d' une restructuration des attentes par les procès effectif de communication qui se déroule d' après le critère de régulations juridiques, donc d' un événement réel et non d' une relation normative [...]. Il faut ici se prémunir contre une première erreue dont on pourrait facilement être victime: une procédure ne peut être considérée comme une série préétablie d' actions déterminées. Une telle conception la prendrait pour un rituel à l'intérieur duquel une seule et unique telle chaîne de sorte que l' une résulterait de l'autre sans qu'il soit possible de choisir. De telles ritualisations possèdent une fonction spécifique. Elles stéréotypent l' action et créent en cela une sécurité, indépendamment des conséquences effectives qui ne seront pas attribuées à l' action posée mais plutôt à d' autres instances.” LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec: Université Laval, 2001. p. 32.

⁵⁵¹ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 38. **Na versão francesa**: “Pourtant, il serait certes erroné d' interpréter, en général, la procédure au sein des organisations actuelles de décision comme un rituel.” LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec: Université Laval, 2001. p. 33.

⁵⁵² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 54.

opções nos tumultuam as escolhas. Não se quer perder a democracia, e muito menos, as possibilidades, mas precisa-se escoar esta pressão existente. Como as estruturas “transformam a sobrecarga *permanente* da complexidade no problema da experimentação eventual do desapontamento, contra o qual pode ser feito algo concreto”⁵⁵³, elas conseguem fazer isso, manter as possibilidades e aliviar as expectativas.

A constatação do fato de uma estrutura ser adequada ou não para aquele Sistema sempre deve considerar os níveis de desapontamento que ele pode gerar. É por isso que a Legitimação pelo Procedimento, nos moldes idealizados por Luhmann, tornou-se insuficiente hoje e precisa ser repensada, pois apostava muito no indivíduo, a partir do Sistema Psíquico (tanto que ele afirmou, mais de uma vez, que as estruturas deveriam regular o medo⁵⁵⁴), bem como foi elaborada em uma época em que não haviam tantos conflitos teóricos e argumentativos quanto ao conteúdo das decisões jurídicas. Tampouco haviam tantas espécies diversas de demandas chegando ao Poder Judiciário, criando uma gama muito diferenciada de expectativas comparado ao que se tinha anteriormente, no Brasil. Paradoxalmente, isso ocorre hoje justamente em razão de não se ter efetivado a Democracia na forma que foi prometida. Como já foi aqui referido: com o tempo, os mecanismos precisam ser modificados ou incrementados para dar conta da nova complexidade – e expectativas – social.

Mas esta limitação das possibilidades, este alívio de expectativas e consequente canalização de desapontamentos, não representa todo o papel do procedimento legítimo. Reestruturado para canalizar os desapontamentos, ele é mais do que isso, ele tem a função também de evitar que os conflitos se generalizem.

Isto torna-se necessário sobretudo porque os conflitos em si tendem para a *generalização*, para se estenderem a todas as qualidades, situações, relações e meios dos adversários. Na medida em que a falta de consenso e os impedimentos recíprocos se assumem, aproveitam-se cada vez mais assuntos e ao mesmo tempo os adversário arrastam cada vez mais as relações nos conflitos, relações que seriam suportáveis em si. Aquilo que o adversário é, tem ou faz, parece em cada caso como condenável; quem é seu

⁵⁵³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 55.

⁵⁵⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 55.

amigo não pode ser meu amigo. Esta tendência para a generalização origina conflitos desnecessários. Vai tornando-se progressivamente insuportável com a diferenciação funcional crescente da sociedade, porque nessa sociedade a gestão de conflitos e a sensibilidade às perturbações vão simultaneamente aumentando. Essa tendência tem, pois, de ser detida e, tanto quanto possível, desviada para um processo oposto de *especificação* dos conflitos através de instituições de efeito contrário. É exatamente isso que acontece quando os conflitos sobre a decisão são para lá canalizados. (tradução nossa)⁵⁵⁵.

Quando o conflito sai do âmbito do processo, ou não consegue mesmo com o processo se afastar do pessoal, quando ele vai para todos os lados, generaliza-se e então tumultua diversos âmbitos das comunicações. Só uma estrutura resolve isso. Uma estrutura que consiga ter a figura da impessoalidade – na forma que abordamos - que precisa da seleção e dos pontos antes mencionados, para se ter a institucionalização das expectativas, e não mais uma institucionalização do poder como colocou Luhmann⁵⁵⁶, pois hoje as expectativas têm uma ressonância muito maior que o poder.

Sem uma estrutura bem estabilizada, o conflito toma conta das relações daqueles indivíduos, como um polvo. Ele tem uma capacidade tentacular de contaminar todas as demais comunicações, envenena, envolve tudo e todos naquela irritação. Isso cria conflitos secundários que tendem a tomar proporções desmedidas e desnecessárias. Ou seja, generalizar-se; é o caos generalizado. O procedimento, repensado dentro da autopoiese, é um disciplinador mais do que de expectativas e desapontamentos, das arrestas do próprio conflito.

Os seres humanos, por conta própria, isto é, enquanto litigantes sem conhecimentos específicos do mundo jurídico, não sabem como se comportar no

⁵⁵⁵ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 86. **Na versão francesa:** “Cela est nécessaire avant tout dans la mesure où les conflits ont en eux-mêmes tendance à se généraliser, à s’étendre à toutes les propriétés, les situations, les relations et à tous les moyens propres aux adversaires. À mesure que le désaccord et les empêchemnt réciproques deviennent conscients, les conflits s’ emparent de plus en plus de relations sociales qui, en elles-mêmes, pourraient être conciliées. Ce qu’est l’adversaire, ce qu’il possède et ce qu’il fait, apparaît dès lors comme condamnable; son ami ne peut être mon ami. Cette tendance à la généralisation engendre des conflits inutiles. Plus s’accroît la différenciation donctionnelle de la société s’accroissent au même rythme le potentiel conflictuel et la sensibilité au désordre. Il faut, par conséquent, l’arrêter et autant que possible la rediriger au moyen d’institutions qui agissent de manière contradictoire dans le processus opposé d’une *spécification* des conflits. C’ est précisément ce qui se produit lorsque les conflits sont canalisés vers décision.” LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec: Université Laval, 2001. p. 97.

⁵⁵⁶ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 87.

procedimento. Como não sabem se comportar, não sabem quais seleções realizar para um melhor deslinde das questões e impulsionamento do processo. Não se trata da palavra verdadeira do autor ou da maldade genuína nas palavras do réu, o que alimenta o procedimento são comunicações e informações do próprio procedimento. Isto é, palavras verdadeiras, olhares tortos e maldades trabalhadas na formatação do Sistema Jurídico. Essa é a grande diferença de se pensar o procedimento a partir da autopoiese. Ele precisa ser alimentado com aquilo que ele mesmo produz. Ao fazer isso, não alteramos a base do pensamento de Luhmann, pois esta brecha já foi deixada por ele.

Mas não são a forma concreta já definida, ou o gesto, ou a palavra exata, que impelem o procedimento para diante, mas sim as decisões seletivas dos participantes, que eliminam as alternativas, reduzem a complexidade, absorvem a incerteza ou transformam a complexidade indeterminada de todas as possibilidades numa problemática determinável e compreensível. É-lhes atribuída a seletividade dum comunicação. Ela empresta-lhes o sentido, (não como cópia fiel dum modelo existente), e os participantes reagem com uma escolha de comportamento, não por ação de alavancas pré-estabelecidas, mas antes pela informação sobre as capacidades de seleção dos outros; isto é, reagem não apenas às possibilidades escolhidas, como também as possibilidades eliminadas por esse meio, que se mantêm no horizonte da existência do procedimento como uma possibilidade negada. Assim o procedimento decorre como uma história da decisão, em que cada decisão parcial dum só participante se torna um fato, para que estabeleça premissas de decisão para os outros participantes e assim estruture a situação geral, que não aciona mecanicamente. Isso constitui o passo seguinte. (tradução nossa)⁵⁵⁷.

É claro que, com ou sem advogado,

⁵⁵⁷ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 39. **Na versão francesa:** “Ce ne sont pas la forme concrète préfixée, la gestuelle, ni le mot juste qui font avancer la procédure, mais plutôt les décisions sélectives des participants qui éliminent des alternatives, réduisent la complexité indéterminée de l' ensemble des possibilités en une problématique déterminée et saisissable. C' est à cette problématique constitue d' elle-même son sens (elle n' est pas la copie fidèle d'un modèle préexistant) et les participants réagissent avec leurs propres choix comportementaux, non pas sous l'impulsion d' un déclencheur préétabli mais à partir de l' information qui leur provient des opérations de sélection effectuées par d' autres, c' est-à-dire qu'ils ne réagissent pas seulement aux possibilités qui ont été choisies, mais également à celles qui ont été écartées et qui sont conservées dans l' horizon d' expérience de la procédure en tant que possibilité niée. Ainsi, la procédure se déroule comme l'histoire d' une décision à l'intérieur de laquelle toute décision partielle de chacun des participants devient un fait de telle sorte qu'elle pose de cette manière des prémisses de décision pour les autres participants; elle structure ainsi la situation dans son ensemble sans toutefois déterminer de manière mécanique ce qui se produira par la suite.” LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec: Université Laval, 2001. p. 33-34.

Cada um pode, logo desde o início, escolher com considerável liberdade a sua linha de conduta, a sua interpretação de sentido e o estilo expressivo dessa mesma conduta: pode estabelecer a extensão dos seus interesses, apresentar um estilo taciturno ou falador, duro ou complacente, consciente do direito ou conciliador, objetivo ou egocêntrico. (tradução nossa)⁵⁵⁸.

Todavia, isso só funciona como escolha para quem conhece o Direito, o procedimento, e as possibilidades que se abrem e se fecham com aquela sua decisão. Caso contrário, isso não é escolha. Quando não se tem este conhecimento, este tipo de liberdade apenas abre para a generalização do conflito que, embora esteja sendo institucionalizado, não consegue correr dentro dos limites da estrutura. Torna-se algo pessoalizado além dos limites daquele sistema. Isso ocorre, por exemplo, nos juizados especiais, em pedidos administrativos como os de aposentadorias ou até mesmo quando o profissional que vai lhe orientar não tem o conhecimento necessário para isso.

No interesse da manutenção dum organização social complexa e dum sistema de procedimento relativamente autônomo dentro dela, todos aqueles que têm uma participação profissional no processo como presidentes ou vogais, advogados ou representantes de interesses, secretários ou moços de recados, são obrigados a apresentar uma conduta impessoal.

Isso não lhes permite livremente eximir-se por completo durante o resto das suas vidas do seu comportamento no processo jurídico. A impessoalidade é estabelecida institucionalmente como filtro de ação unilateral e não como separação completa. (tradução nossa)⁵⁵⁹.

As pessoas comuns, as partes que estão mais emocionalmente e geralmente nada profissionalmente envolvidas, não conseguem ter esta impessoalidade necessária para a condução do procedimento. Na verdade, elas agem de maneira

⁵⁵⁸ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 81. **Na versão francesa:** "Certes, chacun dispose au départ d' une liberté considérable dans le choix de sa ligne de conduite, de sa présentation du sens et du style d'expression de son comportement: il peut déterminer le degré d'intérêt qu'il démontrera, se donner le style de celui qui est silencieux ou bavard, dur ou avenant, mesquin ou généreux, campé sur son droit ou ouvert au compromis, objectif ou égocentrique." LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec: Université Laval, 2001.p. 88.

⁵⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 82. **Na versão francesa:** "Afin que soient préservés un ordde social complexe ainsi qu'un système procédural relativement autonome à l'intérieur de celui-ci, tous ceux dont l'occupation première est de participer à des procédures, que ce soit à titre de leadres ou de simples participants, d'avocats ou de lobbyists, de secrétaires ou de commissionnaires, sont tenus de présenter un comportement impersonnel." LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec: Université Laval, 2001. p. 90.

que suas ações podem comprometer a sua causa, justamente porque não sabem o que o procedimento pode ou não captar e comunicar naquele sistema⁵⁶⁰. Por isso, tudo o que foi dito culmina neste ponto, na Legitimação pelo Procedimento, e no papel do advogado, da seleção e finalmente no sentido. Por mais que o procedimento já esteja estabelecido, nesta versão não clássica, não é suficiente para se ter um procedimento legítimo. Sem estes elementos citados por Luhmann e, na atualidade acrescidos dos que foram trabalhados nas últimas duzentas páginas, afirmo-se que não existe Legitimação pelo Procedimento, nem estabilização social e nem aprendizagem, sem que todos estes elementos sejam vistos como um conjunto inseparável.

4.2.3 Autopoiese

Mais uma vez, pode-se dizer que, no trabalho anterior, discorreu-se muito sobre a autopoiese, suas acepções mais básicas e como o Direito é um Sistema Autopoiético. Por isso, aqui, deve-se ler estas novas considerações aliadas às informações prestadas na pesquisa já publicada. Dito isso, retomam-se os questionamentos atuais.

Liberdade de seleção de possibilidades e, ao mesmo tempo, seleção direcionada pelo conhecimento, para exposição de seus motivos no conflito, aliada à limitação das possibilidades de generalização deste mesmo conflito; essa é uma combinação que a autopoiese faz com perfeição e racionalidade sistêmicas.

Un sistema de acciones es racional, para Luhmann, cuando la constelación de los intereses orientados a su mantenimiento y a su estabilización está de tal manera generalizada que aun ante las mutantes condiciones que el entorno presenta, a las que el sistema está expuesto, sin embargo existen suficientes posibilidades de

⁵⁶⁰ “Para o problema da legitimação são, entretanto, mais importantes os intervenientes no processo participando com caráter não-profissional, os solicitadores, reclamantes, réus que são afetados pela decisão. Eles não gozam da proteção da impessoalidade legítima. Pelo contrário: o processo jurídico está preparado para captar a sua personalidade e a comprometer.” LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 83. **Na versão francesa:** “Cependant, par rapport au problème de la légitimation est le nôtre, les participants à la procédure qui n' y sont pas impliqués à titre professionnel, c' est-à-dire les demandeurs, les plaignants, les accusés, etc., sont plus importants car ce sont eux qui sont concernés par la décision. Ils ne jouissent pas de la protection d'une impersonnalité légitime. Au contraire, la procédure est instituée précisément dans le but de s' emparer de leur personnalité et de l'engager.” LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec: Université Laval, 2001. p. 91.

satisfacción de los intereses.⁵⁶¹

Nessa senda, a contradição existente entre a necessidade de procedimentos fixos - sendo elemento essencial do Direito o devido processo legal herdado do modelo Autônomo - e interpretação flexível para viabilizar a dinâmica social, com a qual o Sistema Responsivo tem que lidar, é equilibrada pela autopoiese. Nesta visão, pode-se dizer que o próprio processo é autopoiese.

A autopoiese é um conceito que emergiu das pesquisas dos biólogos chilenos Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela, e consiste na autorreprodução, autoobservação, e autoorganização dos seres vivos. Para estes biólogos, os seres vivos se reproduzem de forma contínua por si próprios, independente do meio.⁵⁶² Para eles,

Quando falamos dos seres vivos, já estamos supondo que há algo em comum entre eles, do contrário não os colocaríamos na mesma classe que designamos com o termo 'vivo'. O que não está dito, porém, é qual é a organização que os define como classe. Nossa proposta é que os seres vivos se caracterizam por – literalmente – produzirem de modo contínuo a si próprios, o que indicamos quando chamamos a organização que os define de organização autopoietica. Fundamentalmente, essa organização é proporcionada por certas relações. [...].

Em primeiro lugar, os componentes moleculares de uma unidade autopoietica celular deverão estar dinamicamente relacionados numa **rede contínua de interações**. [...]. Pois bem, o que é peculiar a essa dinâmica celular, em comparação com qualquer outro conjunto de transformações moleculares nos processos naturais? É muito interessante: esse metabolismo celular produz componentes e todos eles integram a **rede de transformações** que os produzem. [...]. É importante notar que **não se trata de processos seqüenciais, mas sim de dois aspectos de um fenômeno unitário**.⁵⁶³ (grifo nosso).

Luhmann adaptou esta ideia aos Sistemas Sociais e sistemas do seu entorno, para dizer, finalmente, que eles se autorreproduzem, se autoobservam, e se autoorganizam, independentemente do ambiente, superando, com isso, a noção de

⁵⁶¹ “Um sistema de ações é racional, para Luhmann, quando a constelação dos interesses orientados a sua manutenção e a sua estabilização estão de tal maneira generalizada que mesmo diante das mutantes condições que o entorno apresenta, as que o sistema está exposto, não obstante existem suficientes possibilidades de satisfação dos interesses”. (tradução nossa). DE GIORGI. Raffaele. *Ciencia del derecho y legitimacion*. México: Universidad Iberoamericana, 2007. p. 242.

⁵⁶² Maturana, Humberto R.; Varela, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. Tradução de Humberto Marioti e Lia Disckin. 5. ed. São Paulo: Palas Atenas, 2005. p. 52.

⁵⁶³ Maturana, Humberto R.; Varela, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. Tradução de Humberto Marioti e Lia Disckin. 5. ed. São Paulo: Palas Atenas, 2005. p. 52 e 54.

Sistemas Fechados e Abertos, que foi uma discussão que persistiu por muitos anos, em autores como Parsons e Canaris. “A característica mais peculiar de um sistema autopoietico é que ele se levanta por seus próprios cordões, e se constitui como diferente do meio por sua própria dinâmica, de tal maneira que **ambas as coisas são inseparáveis**”⁵⁶⁴. (grifo nosso). Fechado e aberto são a condição deste sistema.

Mais do que meramente romper com esta discussão teórica, a introdução da autopoiese em uma teoria sociológica altera todas as bases que antes já haviam sido pensadas, inclusive por Luhmann. Mas isso não necessitou nenhuma ruptura das estruturas básicas da teoria por parte de Luhmann. Ocorre que os próprios Maturana e Varela já indicavam que havia esta possibilidade. “É claro que o fato de que os seres vivos têm uma organização não é exclusivo deles, mas sim comum a todas as coisas que podem ser investigadas como sistemas”⁵⁶⁵. Esse é o caso da Sociedade e de seu entorno.

Surge então uma dinâmica em que agora, o sistema que for considerado autopoietico depende dele mesmo para existir, seja ele vivo ou social. Tanto estrutura como conteúdo são produzidos pelo sistema mesmo.

En este nivel de discusión, Humberto Maturana con su concepto de *autopoiesis* introduce un elemento nuevo. Los sistemas autopoieticos son aquellos que por sí mismos producen no sólo sus estructuras, sino también los elementos de los que están constituidos – en el entramado de estos mismos elementos. [...]. La *autopoiesis* es, por consiguiente, el principio invariante del sistema en cuestión, y de nuevo: tanto para lo explicado como para quien lo explica⁵⁶⁶.

Entretanto, isso não modifica em nada o fato de que Sistemas Sociais, Sistemas Psíquicos e Sistemas Vivos ainda são, em certa medida, independentes um dos outros. Embora sejam autopoieticos, organismos, consciência e a maior

⁵⁶⁴ MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. Tradução de Humberto Marioti e Lia Disckin. 5. ed. São Paulo: Palas Atenas, 2005. p. 55.

⁵⁶⁵ MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. Tradução de Humberto Marioti e Lia Disckin. 5. ed. São Paulo: Palas Atenas, 2005. p. 56-57.

⁵⁶⁶ “Neste nível de discussão, Humberto Maturana com seu conceito de autopoiese introduz um elemento novo. Os sistemas autopoieticos são aqueles que por si mesmo produzem não só estruturas, senão também os elementos dos quais estão constituídos – no entramado destes mesmos elementos. [...]. A autopoiese é, conseqüentemente, o princípio invariável do sistema em questão, e novamente: tanto para explicá-lo como para quem o explica”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 44.

parte das comunicações, cada um segue a sua diferenciação funcional, de forma autopoietica. Ou seja, cognitivamente abertos ao mundo e fechados operacionalmente. É isso que os críticos que enfrentamos no capítulo “Para onde foram todas as pessoas?” não conseguem entender sobre a nova Teoria dos Sistemas.

As operações da consciência são alimentadas pelas informações da Sociedade, pelas enzimas do organismo, mas ocorrem apenas dentro dela mesma, no interior da consciência. Da mesma forma ocorre com o organismo: os alimentos vêm do meio, mas é no interior das células que ocorrem os processos químicos que organizam, autorreproduzem e autoobservam as necessidades dos seres vivos. Mas o sentido, que tanto insistimos, consegue andar nestes dois ambientes.

El sentido opera en dos niveles diferentes, dependiendo de que utilice como medio la conciencia o la comunicación. Los sistemas vivos se basan en la vida, los sistemas psíquicos en la conciencia y los sistemas sociales en la comunicación. Los sistemas conscientes no son sistemas vivos, los sistemas sociales no son sistemas conscientes; sin embargo, cada uno de ellos presupone al otro como parte de su entorno. Cada uno de ellos puede ser un sistema dinámico e incluso autopoietico, capaz de combinar cierre y apertura; pero teniendo en cuenta que están basados en diferentes elementos no pueden ser parte de un sistema autopoietico englobante⁵⁶⁷.

Assim, quando se fala de sentido, de produção de sentido em uma decisão do Sistema Jurídico, sistema este que tem que lidar com a canalização das expectativas, este sentido produzido tem que estar no nível do Sistema do Direito, mas se comunicar cognitivamente com o Sistema Psíquico daquele indivíduo. O conhecimento, ou um profissional como um advogado, funciona como um terceiro que consegue trabalhar esta transição dos diferentes níveis que o sentido possui dentro de cada sistema e na relação entre os sistemas. Dentro do Sistema do Direito, que é o único que vai produzir decisões jurídicas, o sentido produzido por estas decisões será apenas jurídico. Para as partes, a assimilação daquela decisão,

⁵⁶⁷ “O sentido opera em dois níveis diferentes, dependendo do que utilize como meio a consciência ou a comunicação. Los sistemas vivos baseiam-se na vida, os sistemas psíquicos na consciência e os sistemas sociais na comunicação. Os sistemas conscientes não são sistemas vivos, os sistemas sociais não são sistemas conscientes; no entanto, cada um deles pressupõe ao outro como parte do seu entorno. Cada um deles poder ser um sistema dinámico e inclusive autopoietico, capaz de combinar fechamento e abertura; mas tendo em contra que estão baseados em diferentes elementos não podem ser parte de um sistema autopoietico englobante”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 30.

a ponto de trabalhar com a canalização de desapontamentos e disciplinação de expectativas e futuras seleções, em alguma medida, tem que atingir o nível psíquico, não meramente de cidadão (político) ou de autor ou réu (jurídico). Tem que encontrar um modo de transitar por todos estes sistemas, mesmo sabendo que cada sistema autopoietico produz o seu sentido com sua operacionalidade. Tudo isso só é assim em razão da autopoiese. Por isso também que a solução para este problema não é tão simples como apenas alterar uma legislação.

Sublinhe-se que até mesmo o tempo ganha novos contornos com a autopoiese, e nos remete às primeiras linhas deste trabalho. “Un sistema autopoietico – también, por ejemplo, el de la conciencia individual – sólo puede construir una identidad propia recurriendo continuamente a su propio pasado, es decir, distinguiendo entre autorreferencia y heterorreferencia”⁵⁶⁸. A autorreferência e a heteroreferência afetam a distinção do tempo, a ponto de o sentido ter a forma da autorreferência desdobrada no tempo⁵⁶⁹. Sendo um Sistema Autopoietico, como a consciência individual, ela terá que fazer todo este percurso operacional sozinha, abrindo-se apenas para as comunicações que lhe alimentam, mas ainda assim administrando a questão temporal distinta de cada sistema que com ela se comunica, para produzir sentido.

É a partir da autopoiese que a diferenciação funcional, a observação, a estrutura e até mesmo a comunicação ganham um papel de destaque na análise da Sociedade, dos indivíduos e, na sequência, das organizações. Pois bem, nesta discussão pontual, que trata da estabilização das expectativas sociais, a autopoiese também se mostrará como um elemento diferenciado para a solução do problema.

As decisões jurídicas são redundância, assim como a jurisprudência dos tribunais, tantas vezes tratada por nós, também pode ser observada como redundância. Com a autopoiese, tem que haver uma renúncia à redundância e à multifuncionalidade. O que isso importa para nós? Importa em dizer que as decisões não podem ser mera reprodução de outra decisão. Dentro de um Sistema Autopoietico como o Direito, é preciso que a redundância dê espaço para uma

⁵⁶⁸ “Um sistema autopoietico – también, por ejemplo, o da consciência individual – só pode construir uma identidade própria recorrendo continuamente ao seu próprio passado, quer dizer, distinguiendo entre autorreferência e heteroreferência”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 133.

⁵⁶⁹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 41.

análise pontual de cada caso, com a sua própria argumentação, e é aqui que irá se produzir o sentido.

Evidentemente que um dado de redundância sempre vai existir, pois ela está nas entranhas da decisão judicial, em um Sistema Jurídico que trabalha com jurisprudência dos tribunais e cortes superiores, e, além disso, lida com ações de “massa”. Mas a simples reprodução de decisões, além de deixar os envolvidos descontentes, afronta o próprio sistema, deixa o próprio sistema em crise, doente. A reprodução de uma decisão sequer implica em seleção. Ela reduz possibilidades de maneira forçada, arcaica, e dificulta muito o processo de aceitação. A renúncia a mera decisão por redundância levará a uma conquista em termos de possibilidades qualificadas⁵⁷⁰. Outra conquista qualificada se dará com a percepção de que, a autopoiese apresenta as respostas para o problema eleitando, mas o consenso, que polui pensamento dos estudiosos pelo tema, não.

4.3 Consenso

Por tudo que foi visto até o momento, pode-se pensar que a resposta para a nossa pergunta norteadora “em que termos se pode pensar em estruturação de expectativas dos participantes de um processo judicial e reestabilização do Sistema se a decisão sempre será contingente?”, seria o consenso. Que o consenso seria capaz de gerar aceitação e estabilização social, e que o consenso poderia até mesmo, de maneira prévia, evitar a existência de um conflito no âmbito jurídico.

No entanto, isso é um erro, pois nem sempre o consenso, se é que é possível que ele exista, será consensual ou estabilizador. Mais do que isso, em nossa observação, parece que o consenso na complexidade não é algo real, mas algo fictício ou uma utopia. De qualquer forma, em uma Sociedade de Complexidade, raras são as suas perfectibilizações no âmbito social.

⁵⁷⁰ “La combinación aquí propuesta – de la teoría de sistemas sociales autopoieticos con el concepto de diferenciación funcional – nos aporta el punto de partida para una teoría de la sociedad moderna. Resumiéndolo en una fórmula: con la renuncia a la redundancia, es decir, con la renuncia a la multifuncionalidad se pueden realizar considerables logros de complejidad – y esto trae consigo, naturalmente, un gran número de problemas consecuentes.” “A combinação aqui proposta – da teoria dos sistemas sociais autopoieticos com o conceito de diferenciação funcional – nos coloca no ponto de partida para uma teoria da sociedade moderna. Resumindo tudo em uma fórmula: com a renúncia a redundância, quer dizer, com a renúncia a multifuncionalidade pode-se realizar consideráveis ganhos de complexidade – e isto traz consigo, naturalmente, um grande número de problemas consecuentes”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 603.

Para demonstrar por que o consenso não é a resposta que se busca neste âmbito de observação do problema proposto, é preciso observar o que faz com que ele não se apresente como uma resposta satisfatória.

4.3.1 Consenso em Habermas

Nesta Sociedade, em que as próprias expectativas geram litígios e as decisões jurídicas advêm de diversas fontes, ter presente que democracia, legitimação, decisão e estabilização não convergem para o consenso real, em que todos concordem com tudo, é fundamental.

A decisão jurídica não depende, pois, do consenso; ela depende apenas que a Política reduza a complexidade do meio, dando-lhe normativas para que aquela tomada de decisão, somada à principal organização do Sistema do Direito, o Poder Judiciário, conduza um procedimento legítimo e, através de um julgador, profira uma decisão para o caso apresentado e comunicado pelas partes (com ou sem procurador). Como é sabido, a Política não é a representação do consenso real, embora tenha espaço para perceber o que as donas de casa, os professores ou os manifestantes querem, e se alimente disso. O Direito tampouco é fruto de consenso. Vamos detalhar isso⁵⁷¹.

Nesta quadra do desenvolvimento social, a melhor forma de se falar em consenso não é através de um espaço ideal de fala em que todos terão suas expectativas convergidas para os mesmos ideais, através de um discurso, como propõe Jürgen Habermas. O único consenso que se comunica, como ver-se-á ao final, é um consenso fictício.

Não é estranho que se pense no consenso como primeira opção para a estabilização social. O consenso vem cheio de boas razões, melhores argumentos, verdades. “Essas ‘boas razões’ são aquelas que satisfazem, argumentativamente, as pretensões de validade universais, quais sejam: verdade das proposições, correção normativa e veracidade expressiva⁵⁷²”. E, o principal para o senso comum,

⁵⁷¹ Destaca-se que este capítulo abordará o trabalho de Habermas somente com a finalidade de explorar suas aproximações com o pensamento luhmanniano, em especial no tocante a comunicação social e a importância do procedimento. Tudo isso será feito para observar como mesmo com estas aproximações entre os dois autores, o consenso habermasiano não responde ao problema de tese proposto. Por isso, apenas um pequeno recorte do trabalho de Habermas é analisado neste espaço.

⁵⁷² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no*

uma ilusão de fim dos conflitos, e curiosamente, de que seus objetivos pessoais serão alcançados. Isso realmente é um ideal que todos buscam, é inspirador e convincente.

A estabilização também é vista pelos olhos do senso comum como fim dos conflitos. Se as boas razões representam esta satisfação, nada mais natural do que elas serem a primeira resposta nas mentes quando se fala de estabilização social. Esta forma de estabilização é uma ilusão.

Habermas não é escolhido ao acaso para este diálogo. Ele é um dos mais renomados autores da atualidade, e travou um debate altamente qualificado com Luhmann desde o início de ambas as carreiras acadêmicas. Por parte de Luhmann, muitos trabalhos foram apresentando respostas às construções que Habermas apresentou ao longo dos anos, e Habermas também se ocupou de responder questões sistêmicas, não apenas até as últimas publicações de Luhmann, mas eventualmente, até hoje. Além disso, *A Teoria da Ação Comunicativa* foi desenvolvida como uma resposta de contraposição a teoria dos *media* de Parsons⁵⁷³. Parsons como se sabe, foi uma das bases teóricas utilizadas por Luhmann na construção de sua teoria da Sociedade.

A obra deste autor é extremamente vasta, e cada uma de suas fases – se assim pudermos denominar – renderia, por si só, uma tese. Neste espaço, o interesse não é de examinar à exaustão sua obra completa, mas delimitar alguns pontos de contato e retração entre Luhmann e Habermas, dentro do mundo que envolve o problema central da tese. Nada mais. A partir do momento em que se diz que o consenso não é a resposta para a estabilização social, e que Habermas é, na atualidade, o autor mais capacitado para falar de consenso, é imprescindível justificar por que o consenso habermasiano não é a resposta. Afinal, neste universo de teorias com que se convive hoje, ela poderia ser considerada uma teoria que tem um grande espaço nas discussões acadêmicas.

Habermas, assim como Luhmann, entende que a Sociedade merece e deve deter nossa atenção nas discussões teóricas da Sociedade moderna. Para eles, o importante é pensar sempre como a Sociedade pode ser melhor, e não simplesmente como um único indivíduo, um sujeito, ou um Eu se destacam.

pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007. p. 30.

⁵⁷³ HABERMAS, Jürgen. *A nova obscuridade: pequenos escritos políticos*. Tradução Luiz Repa. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 324.

Habermas, acredita que “la existencia da sociedad es posible gracias a que es factible el entendimiento entre los sujetos a través del lenguaje”⁵⁷⁴. Portanto, Habermas também tenta, de certa forma, afastar-se do transcendentalismo, e com certeza superar o esquema sujeito/objeto e toda a carga teórica e de sentido que esta forma apresenta. Alguns autores discordam disso⁵⁷⁵, mas Luhmann, em certo momento, entendeu que Habermas faz sim esta tentativa⁵⁷⁶, embora tenha falhado. Alguns estudiosos de Habermas dirão que este trabalha com um transcendentalismo fraco:

O solipsismo da filosofia da consciência então precisava de um estatuto epistemológico que lhe garantisse a sua aplicação prática em um contexto intersubjetivo. Habermas então alcunha seu estatuto epistemológico de ‘*quase-transcendental*’ ou ‘*transcendentalismo fraco*’⁵⁷⁷.

Para nós, no fundo, ele apenas tenta, mas o sujeito, finalmente, ainda terá muita importância para ele, e este é um dos desentendimentos teóricos Habermas X Luhmann. Parece que Habermas procura fazer o mesmo que Luhmann faz com o indivíduo, quando Luhmann desloca-o para fora do Sistema Social. Habermas também enfrenta os problemas das teorias anteriores, criando novos mecanismos com outras nomenclaturas e funções para tentar suprir as falhas de antes. No final, entretanto, ele recorre a recursos transcendentais para justificar alguns de seus fundamentos.

Talvez o ponto em que estes dois autores mais se aproximam reside na comunicação. Tanto para Habermas como para Luhmann a comunicação é o que move a Sociedade. Ela representa a Sociedade. Ela está presente nas duas teorias,

⁵⁷⁴ “a existência da sociedade é possível graças a que é factível o entendimento entre os sujeitos através da linguagem”. (tradução nossa). AMADO, Juan Antonio Garcia Amado. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2010. p. 77.

⁵⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saravia, 2011.

⁵⁷⁶ Luhmann reconhece que Habermas supera isso. “Finalmente, el sujeto vive todavía como aquel que participa en la comunicación. La pretensión teórico-transcendental se disminuye, por lo menos en Jürgen Habermas, u se reemplaza por un concepto de razón normativamente introducido”. “Finalmente, o sujeito vive todavía como aquele que participa na comunicação. A pretensão teórico-transcendental diminui-se, pelo menos em Jürgen Habermas, ou se substitui por um conceito de razão normativamente introduzido”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 817.

⁵⁷⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 22. No mesmo sentido, a obra de DUTRA, Delmar José Volpato. *Razão e consenso: uma introdução ao pensamento de Habermas*. Pelotas: UFPEL, 1993.

mas de formas diferentes e com desfecho e propósitos diferentes.

A Sociedade e a comunicação são bases no pensamento habermasiano. Sua criação mais relevante, a Teoria da Ação Comunicativa, é uma teoria da própria Sociedade, mas não pensada a partir dela, como fez Luhmann, o que traz alguns problemas estruturais. Nesta teoria, ele mantém a ideia primária de Weber e de Parsons – mesmas bases de Luhmann –, que tem como fundamento a ação. Assim, em comparação a Luhmann, tem-se que a comunicação é importante, mas a ação é mais. E isso é algo que já se abandonou por saber dos problemas que causam.

A teoria da ação comunicativa é uma teoria da sociedade. Ela procura ampliar o conceito de ação social, ainda vinculando à ideia de ação racional orientada a fins, de Max Weber, relativizando também a importância teórica conferida a esse tipo teleológico de ação. E Habermas vai fazer isso através da descrição de um novo tipo de ação racional, não instrumental e mais abrangente, que ele denomina ação orientada ao entendimento (ação comunicativa). Esse modelo de ação pressupõe o abandono do paradigma da filosofia da consciência pela filosofia da linguagem. E assim, Habermas vai não apenas superar todas as críticas à sua teoria dos interesses no conhecimento, como também construir um novo marco teórico para uma teoria da sociedade contemporânea⁵⁷⁸.

É fato que, mesmo mantendo a ideia de ação, Habermas avança muito mais do que Weber ou Parsons idealizaram. Sua teoria é muito mais rica e incrementada, tanto que conseguiu chegar com força há este século. A ação comunicativa é uma tentativa teórica de romper com as teorias filosóficas e com a questão do sujeito no centro das observações⁵⁷⁹. Mais do que isso, como ela trabalha com linguagem, entendimento e comunicação, ela passa a ser uma teoria social em nossa concepção, pois para a linguagem e o entendimento, é preciso ter no mínimo duas pessoas interagindo. O fim único da linguagem nesta teoria é levar ao entendimento⁵⁸⁰. Assim, supera as teorias do Eu transcendental, e vai para o debate com as teorias sociais. Esta superação era o mesmo objetivo de Luhmann. Segundo Habermas,

⁵⁷⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 26.

⁵⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I: racionalidade de la acción y racionalización social*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1988. p. 467.

⁵⁸⁰ RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío; OPAZO, María Pilar. *Comunicaciones de la organización*. Colaboración de René Ríos F. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile; Alfaomega Grupo, 2008. p. 70.

A teoria do agir comunicativo sai de uma razão centrada no próprio sujeito e articula-se em estruturas da comunicação cotidiana e nas posturas de reconhecimento recíproco. Essa razão comunicativa não consiste de várias partes, mas ela tem diversos aspectos, o que podemos reconhecer quando analisamos uma expressão como “Me dê um copo de água?”. Você pode contestar essa expressão a partir de três pontos: 1) Nesse copo não há água, mas álcool; 2) Esta não é a ocasião para solicitar de mim uma prestação de serviço; 3) Pode ainda duvidar da veracidade da articulação da expressão. Como se vê, são formuladas três pretensões de validade. A razão comunicativa, apesar de seus aspectos diferentes, forma uma certa unidade. Não vejo uma oposição entre razão instrumental e meta-razão. Não posso aceitar a premissa de que a razão comunicativa introduz no jogo uma força que unifica e totaliza. Essa é uma peça polêmica pós-estruturalista. A razão é uma força de pluralização. A medida que isso exista há a possibilidade de um consenso, que se situa sobre o fato de que os participantes desistem de dizer não. O conceito de inter-relação por meio de linguagem representa o contrário de uma totalidade unificadora. Diferencio o meu conceito de comunicação da Vontade Geral de Rousseau e da razão em Hegel⁵⁸¹.

De qualquer forma, mesmo que Habermas abandone o Eu e passe para uma racionalidade voltada para o entendimento social, ainda assim sua teoria não tem o condão de responder o problema proposto. Já com Luhmann, encontramos a resposta de uma pergunta que verdadeiramente pode ser colocada para as duas teorias, porque a teoria luhmanniana vai além desta superação.

Habermas, na construção desta teoria social que visa o entendimento, constrói o mundo da vida. E esta passa a ser uma das construções mais relevantes para que se possa entender afinal o que é o consenso habermasiano. Para nós, o mundo da vida é importante também, porque pode ser observado como um equivalente do sistema observado por Luhmann. Isso nos leva a mais uma aproximação. Luhmann, no entanto adverte que

De ninguna manera se trata tan sólo de un fenómeno parcial como sería por ejemplo la distinción que emplea Habermas entre sistema y mundo da vida, mediante la cual se concede únicamente que los sistemas (independientemente de lo que se piense de ellos) también se dan y también son necesarios⁵⁸².

⁵⁸¹ HABERMAS, Jürgen. O holofote da racionalidade. In: SILVA, Juremir Machado da. Entrevistas marcantes: Habermas e a modernidade. *Correio do Povo*, Porto Alegre, 28 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.correiodopovo.com.br/blogs/juremirmachado/?p=4140>>. Acesso em: 08 out. 2015.

⁵⁸² “De nenhuma maneira se trata só de um fenômeno parcial como seria por exemplo a distinção empregada por Habermas entre sistema e mundo da vida, mediante a qual se concebe unicamente que os sistemas (independientemente do que se pense deles) também se dão e

Contudo, essa aproximação é apenas superficial, pois mundo da vida ou mundo vivido e sistema não se confundem. Para trabalhar estas distinções, e para que Habermas possa aceitar a ideia de sistema e de certa forma introduzi-lo nas concepções de sua teoria, ele precisa criar um modo de que estes dois “conceitos” se relacionem. Isso é feito através da objetivação. Rafael Simioni⁵⁸³ aborda com clareza esta relação.

Há uma oposição, portanto, entre sistema e ‘mundo vivido’ que deve ser trabalhada no interior de uma teoria da sociedade com pretensões de universalidade. E para atingir esse resultado, a estratégia teórica de Habermas é dialogar com as teorias sistêmicas de Talcott Parsons e Niklas Luhmann, descrevendo a sociedade como a unidade entre sistema e ‘mundo vivido’.

A tensão que se estabelece entre ‘mundo vivido’ e sistema pode ser denominada de objetivação. Os sistemas funcionais de ação racionalizam instrumentalmente o ‘*mundo vivido*’, tornando-se cada vez mais complexos e auto-suficientes. E quanto mais diferenciado funcionalmente se torna um sistema social, mais o ‘mundo vivido’ se retrai no *status* de apenas um subsistema na sociedade ao lado dos demais⁵⁸⁴.

Ambas as teorias têm pretensões de universalização. Assim, existe cada vez mais uma racionalização de tudo, das comunicações e ações em geral, uma racionalização de todos os subsistemas. A Sociedade vem compreendida por uma grande racionalização, e esta racionalização⁵⁸⁵ pensada por Habermas para o

também são necessários”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 614.

⁵⁸³ Vários autores no Brasil escolhem Habermas para tecer paralelos com suas teorias, entre eles, podemos citar, por exemplo, Lenio Streck, professor desta casa, e que em seu livro *Verdade e Consenso*, em diversas passagens, dedica-se a explorar o pensamento habermasiano. Nós também fizemos uma escolha, e assim, escolhemos como interlocutor brasileiro o trabalho de Rafael Simioni, uma vez que algumas de suas observações neste campo se aproximam das nossas. Ademais, em seu trabalho principal, Simioni dedicou-se a explorar o pensamento de Niklas Luhmann, trabalho este que foi orientado pelo mesmo orientador desta tese, Leonel Severo Rocha. Anteriormente, Rocha também orientou o trabalho de Simioni no tocante a Habermas. Para mais informações ver: SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito, energia e tecnologia: a reconstrução da diferença entre energia e tecnologia na forma da comunicação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2010 e SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. Os demais autores estrangeiros que utilizaremos, também tem uma ligação com a Teoria dos Sistemas de Luhmann.

⁵⁸⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 76.

⁵⁸⁵ “Assim, a racionalidade pode ser avaliada conforme as boas razões de uma determinada ação social, nas três dimensões da validade universal: para a validade de uma ação instrumental, a verdade; para a validade de uma ação normativa, a correção; para a validade de uma ação expressiva, a sinceridade. A articulação dessas três pretensões de validade, isto é, o cumprimento das pretensões de verdade, correção normativa e sinceridade, são as condições sob as quais uma ação social pode ser considerada universalmente racional.” SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen*

mundo da vida é definida por ele como colonização. É esta racionalização que coloniza o mundo da vida⁵⁸⁶. Em outras palavras, há objetivação do mundo da vida e da Sociedade e seus subsistemas.

A partir desta colonização que este mundo da vida sofre, ele também começa a ser “contaminado” por outras coisas, e entre elas a possibilidade de haver uma discordância, um dissenso entre as pessoas, os indivíduos. A colonização do mundo da vida assemelha-se, em certa medida, com uma colonização “real”. A chegada de imigrantes em uma região e sua colonização a partir de seus costumes e vivências vai reconfigurando aquele espaço, vai criando novas possibilidades e, por vezes, se já havia habitantes “locais” instalados ali, gerando conflitos.

Assim como Luhmann, com a evolução da Sociedade, Habermas começa a perceber – embora de outra forma – que a complexidade exige mudanças nas comunicações e comportamentos. São apresentadas mais possibilidades nas Sociedades Segmentárias do que nas Sociedades Arcaicas, mais possibilidades nas comunicações do que na ação (embora esta última parte não tenha de todo sido percebida pelo autor). O consenso que antes era relativamente fácil de ser obtido – porque não havia muitas opções –, agora pode enfrentar empecilhos.

Deste modo, surge uma das perguntas mais ingratas que se pode fazer a esta teoria: a teoria do consenso de Habermas admite o dissenso? Existe uma Sociedade, um mundo da vida em que se opere o dissenso? É possível pensar em garantias de que o consenso exista, em certezas? Não, para ele, isso não é mais possível, e ele, finalmente, admite que o dissenso também é uma possibilidade⁵⁸⁷.

Habermas. Curitiba: Juruá, 2007. p. 31.

⁵⁸⁶ “Habermas observa um processo crescente de racionalização não apenas na ciência, na economia e na política, mas também em todos os âmbitos da vida, dos afetos, das identidades, dos papéis sociais etc. Esse tipo de racionalização será denominado por Habermas, na sua Teoria da Ação Comunicativa, de “colonização do mundo vivido”. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 31.

⁵⁸⁷ Nas palavras de Habermas: “Em instituições arcaicas, que se apresentam com uma pretensão de autoridade aparentemente inatacável, pode-se detectar uma fusão semelhante entre faticidade e validade no nível do saber disponível tematicamente, portanto do saber que já passou pelo agir comunicativo, porém numa figura inteiramente diferente, a qual também estabiliza expectativas de comportamento. Em instituições de sociedades tribais protegidas por tabus, as expectativas cognitivas e normativas solidificam-se, formando um complexo indiviso de convicções, que se liga a motivos e orientações axiológicas. A autoridade de instituições detentoras de poder atinge os que agem *no interior* de seu mundo vital social. A partir daí, este não é mais descrito na perspectiva pragmático-formal do participante, como saber que serve de pano de fundo, uma vez que é objetivado na perspectiva do sociólogo observador. O mundo da vida, do qual as instituições são uma parte, manifesta-se como um complexo de tradições entrelaçadas, de ordens legítimas e de identidades pessoais – tudo reproduzido pelo agir comunicativo. A teoria antropológica das instituições, de Arnold Gehlen, focaliza o **fenômeno de um consenso**

Ao responder que agora o dissenso é admitido, ele precisa encontrar uma forma de controlar esta possibilidade do dissenso, já que suas respostas são baseadas no consenso (seja ele elaborado ou não). Isto é, ele admite o consenso como uma possibilidade existente dentro do seu mundo, mas não dá mais certeza absoluta de que ele vai acontecer não, ao menos, sem um mecanismo que garanta isso. Logo, o agir comunicativo tem que encontrar um modo de lidar com este aumento de possibilidades. Habermas recorre a um recurso teórico para estabilizar isso; ele dirá que o próprio mundo da vida já terá pré-conceitos de consenso, elementos compartilhados que levarão a este consenso. Em outras palavras,

Habermas admite o risco sempre presente de dissenso no agir orientado ao entendimento. A possibilidade de não haver acordo está sempre presente no agir comunicativo. Mas essa possibilidade de dissenso tem seu risco diminuído na medida em que está inserida

normativo originário, que pode ser diferenciado analiticamente das certezas do mundo da vida. Pois esse acordo refere-se especialmente a expectativas de comportamento, as quais, apesar de estarem amarradas profundamente a instituições, podem ser transmitidas e exercitadas culturalmente como saber explícito. O jogo de narrativas míticas de ações rituais pode mostrar por que esse saber só pode ser tematizado com reservas. Restrições à comunicação, determinadas cerimonialmente, protegem contra problematizações a validade autoritária dos conteúdos descritivos, valorativos e expressivos que se entrelaçam formando uma síndrome. O complexo cristalizado de convicções afirma um tipo de validade revestida com o poder do factual. **De sorte que a fusão entre facticidade e validade não se realiza no modo de uma familiaridade originária, através de certezas portadoras, que de certa forma carregamos nas costas na forma de mundo da vida**, mas no modo de uma autoridade ambivalente que *vem ao nosso encontro* de forma impositiva. Durkein elaborou a ambivalência desse modo de validade, tomando como base o *status* de objetos sagrados, os quais imprimem nos que os contemplan um sentimento que é um misto de entusiasmo e medo, e que provocam ao mesmo tempo veneração e pavor. A experiência estética permite que ainda hoje tenhamos acesso a essa simbiose de afetos conflitantes; no choque desencadeado surrealisticamente e descrito por autores tais como Bataille e Leiris, ela é domesticada e colocada no quadro da reprodutividade. O fascínio despertado por instituições detentoras do poder, que ao mesmo tempo atrai e repele, revela a fusão de dois momentos aparentemente incompatíveis. A ameaça de um poder vingador e a força de convicções aglutinadoras não somente coexistem, como também nascem da mesma fonte mística. As sanções impostas pelos homens são secundárias: elas apenas vingam transgressões contra uma autoridade *cogente* e *obrigatória* que vem antes delas. Dela as sanções sociais extraem, por assim dizer, o seu significado ritual. Parece que a integração de coletividades sociais através de um agir que se orienta por pretensões de validade só foi assegurada a partir do momento em que **o risco de dissenso** podê ser interceptado *na própria dimensão de validade*. Ainda hoje em dia nossas reações, profundamente arraigadas, em relação ao tabu do incesto, fazem lembrar que, nos domínios nucleares de sociedades organizadas pelo parentesco, a estabilidade de expectativas de comportamento teve que ser garantida através de convicções apoiadas numa autoridade “fascinosa”, ao mesmo tempo intimidante e atrativa, e isso *sob* o umbral no qual a coação sancionadora se separa irreversivelmente da coação sublimada em força de convicção oriunda de razões evidentes. Aquém desse umbral, a validade mantém a força do fático, seja na figura de certezas no mundo da vida, subtraídas à comunicação, por permanecerem em segundo plano, seja na figura de convicções disponíveis comunicativamente, as quais dirigem o comportamento, porém sob os limites impostos à comunicação por uma autoridade fascinosa, ficando, pois, subtraídas à problematização.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade I*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 42-44.

em contextos do ‘mundo vivido’, que como um pano de fundo do agir comunicativo, oferece pré-consensos não problematizados. Há padrões de interpretação já consentidos, presentes no ‘mundo vivido’ compartilhado intersubjetivamente, pelos participantes de uma interação. O ‘mundo vivido’ disponibiliza padrões de interpretação⁵⁸⁸.

Ao fazer isso, entende-se que Habermas retorna justamente ao paradigma do qual ele queria fugir. Ele coloca um elemento transcendental como modo de resolver um problema que era catastrófico para sua teoria, a possibilidade de as pessoas não chegarem a um consenso, não agirem para o entendimento⁵⁸⁹. Agora, ele afirma que no mundo vivido isso irá acontecer, porque desde sempre elas já tem, digamos, uma pré-disposição a conciliar. Mas não há apenas um mundo da vida, há muitos mundos da vida.

A pergunta que surge é: “*como integrar socialmente mundos da vida em si mesmos pluralizados e profanizados, uma vez que cresce simultaneamente o risco de dissenso nos domínios do agir comunicativo desligado de autoridades sagradas e de instituições fortes?*”⁵⁹⁰ Em uma Sociedade com diferenciação funcional – a qual também tem sua existência reconhecida por Habermas –, em que a individualização das histórias de vida se comunicam em zonas de convergência ou de sobreposição, outra questão que se apresenta refere-se a estabilização. Mesmo que em outra observação, Habermas preocupa-se com ela, a ponto de questionar: “como estabilizar, na perspectiva dos próprios atores, a validade de uma ordem social, na qual ações comunicativas tornam-se autônomas e claramente distintas de interações estratégicas?”⁵⁹¹ Curiosamente, ele menciona a validade nesta discussão, que é também pensada por Luhmann dentro dos critérios de estabilização vinculados ao procedimento, dada a incerteza do conteúdo das decisões.

“Pero, puesto que el consenso real puede ser fruto de manipulación o coacción, la única manera de que tal reconocimiento pueda enter lugar de modo racional es arbitrando un procedimiento argumentativo en el que las partes expresen

⁵⁸⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 127.

⁵⁸⁹ Inclusive a aprendizagem em Habermas estará vinculada ao transcendental. Portanto: “Os pressupostos idealizadores sobrecarregam, sem dúvida, a prática comunicativa cotidiana; porém, sem essa transcendência intramundana, não pode haver processos de aprendizagem.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 21.

⁵⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 46.

⁵⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 45.

con libertad sus argumentos y contraargumentos”⁵⁹². Como a pré-disposição ao consenso não era algo muito fático, muito real e que de certo modo tornava a sua teoria muito mais próxima das teorias que ele queria desacreditar, a resposta que Habermas vai dar a este ruído, a esta interferência comunicacional que se apresentou em sua teoria, junto com o procedimento, é o Direito. Sua forma de “controlar” a existência do dissenso e fazer com que ele se transforme novamente em possibilidade de consenso se dará pelo Direito.

Com a inserção do Direito, ele procura fazer uma mediação entre a faticidade e a validade. Como o mundo vivido não consegue alcançar este objetivo, o Direito é introduzido como uma reconstrução funcional de estabilização da integração social⁵⁹³. “As certezas do mundo da vida, já pluralizadas e cada vez mais diferenciadas, não fornecem uma compensação suficiente para esse *déficit*”⁵⁹⁴ representando pela permanência do Direito herdado de Sociedades tradicionais, nas quais, ele é mantido sem garantias meta-sociais. Para estabilizar tudo isso, é proposta a regulamentação normativa das interações, as quais o mundo vivido não consegue mais efetivar sem o auxílio do Direito.

Pierre Guibentif resume muito bem a visão de Habermas sobre o Direito. Segundo ele,

Todo o interesse que Habermas passa a dedicar, a partir dos anos 80, ao direito, deriva da preocupação em identificar melhor quais são as condições susceptíveis de favorecer um processo de comunicação com potencialidades equivalentes à escala de grandes sociedades; e de sociedades complexas. Ou seja, como conceber uma comunicação, à escala de grandes sociedades, que possa conduzir a um domínio efectivo, pelos que discutem, sobre a sua realidade, sobre a sua história. Nesta perspectiva, leva a cabo uma aprofundada confrontação entre os resultados dos seus trabalhos sociológicos e filosóficos e a experiência que os juristas têm do funcionamento das instituições. Um dos resultados deste trabalho – uma das principais teses de *Facticidade e Validade* – pode ser resumido da seguinte maneira: a comunicação, nas sociedades modernas, permite que uma coletividade faça a sua história, isto é, se identifique e concretiza projectos, se forem realizadas duas condições: (1) devem existir dois âmbitos de comunicação distintos: por um lado, os procedimentos formais de tomada de decisão

⁵⁹² AMADO, Juan Antonio Garcia Amado. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2010. p. 74.

⁵⁹³ Para Habermas, a integração social é: “a ‘associação’ do arbítrio de cada um com o arbítrio de todos os outros”, o que depende, sobretudo, da moral. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 49.

⁵⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 45.

política e administrativa (o 'sistema político constituído em estado de direito'; e o 'centro político': [...]); por outro lado, o universo de debates espontâneos (o 'espaço público' - fala nesta obra muitas vezes de 'espaços públicos' (plural) 'autónomos' - 'o poder comunicacional'); (2) tem que existir uma articulação entre estes dois âmbitos. Articulação que Habermas procura pensar, recorrendo nomeadamente à metáfora do cerco da comunicação espontânea aos procedimentos formais⁵⁹⁵.

Consequentemente, de certa forma, o Direito passa a figurar na cúspide do sistema de Habermas. O Direito é pensado como uma forma de mediar os conflitos que poluíram o mundo da vida que era povoado pela possibilidade de consenso, mas também do dissenso. O Direito vem como uma maneira de disciplinar as expectativas sociais, com o objetivo de que isto leve ao consenso.

Mas, mais uma vez, assim como para nós, o Direito, por si só não é capaz de fazer isso. Para solidificar este seu papel, Habermas precisa inserir dois mecanismos nesta dinâmica: a faticidade e a validade⁵⁹⁶. Hoje, parece que mais uma vez este projeto habermasiano fracassa, pois faticidade e validade, na forma como o Direito e as expectativas são trabalhadas pelo Poder Judiciário a partir das decisões judiciais, não conseguem mais cumprir este papel (se é que isso seria possível). Na verdade, não se vislumbra, na nossa perspectiva, nada que poderia fazer esta substituição que Habermas necessita para manter sua teoria, ainda em alguma medida transcendental, em uma Sociedade de Complexidade.

Sabe-se que Habermas afirmou por diversas vezes, em especial em palestras que sua teoria não se encontra no campo empírico, na busca por soluções dos problemas do terceiro mundo. Sua visão tem por base sua experiência na Alemanha⁵⁹⁷. E não se discorda dele. Este trabalho também não tem esta pretensão direta, de apartir de uma pesquisa empírica solucionar um problema pontual do Poder Judiciário Brasileiro. Mas, mesmo assim, para se manter em um plano teórico, a proposta apresentada tem que ser capaz de dialogar com o plano social existente, não em termos de solução de suas dificuldades, mas de comunicação com as comunicações atuais da Sociedade⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ GUIBENTIF, Pierre. Teorias sociológicas comparadas e aplicadas: Bourdie, Foucault, Habermas e Luhmann face ao Direito. *Cidades - Comunidades e Territórios*, Lisboa, n. 14, p. 93, 2007.

⁵⁹⁶ Que são exaustivamente trabalhados no livro de igual nome, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*.

⁵⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. O holofote da racionalidade. In: SILVA, Juremir Machado da. Entrevistas marcantes: Habermas e a modernidade. *Correio do Povo*, Porto Alegre, 28 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.correiodopovo.com.br/blogs/juremirmachado/?p=4140>>. Acesso em: 08 out. 2015.

⁵⁹⁸ Embora possa parecer que Habermas não tem uma preocupação com os problemas reais que acontecem na Sociedade, quando expõe sua tese sobre o consenso, a sua maneira, ele mostra-se

A noção de Direito que Habermas irá apresentar será distinta da noção de generalização de expectativas congruentes que é puramente social. Em suas palavras:

Por “direito” eu entendo o moderno direito normatizado, que se apresenta com a pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição. O direito não apresenta apenas uma forma do saber cultural, como a moral, pois forma, simultaneamente, um componente importante do sistema de instituições sociais. O direito é um sistema de saber e, ao mesmo tempo, um sistema de ação⁵⁹⁹.

Assim, é preciso garantir uma dupla perspectiva na sua análise, tanto filosófica como empírica, e com isso ter-se-á a sua conexão com o mundo da vida, já que ele será “uma rede ramificada de ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas”⁶⁰⁰. E este mundo da vida, é compartilhado intersubjetivamente.

Em Habermas há sempre um esquema bipolar. Por isso, “la validez se resuelve en una tensión entre facticidad o validez social y legitimidad o validez racional o comunicativa”⁶⁰¹. Ambas, faticidade e validade “forman una síntesis cuya clave está en un tercer elemento que poco a poco va ocupando la plaza de ambas:

preocupado sim, talvez até mais do que outros autores. O que não significa que ele pense uma forma prática de solucionar estes problemas. Em seu livro mais recente, ele fala da obscuridade e do consumo das energias utópicas, referindo que: “O horizonte do futuro se encolheu e alterou a fundo o espírito do tempo, assim como a política. O futuro é negativamente investido; no limiar do século XXI, delinea-se o panorama assustador da ameaça mundial a todos os interesses universais da vida: a espiral da corrida armamentista, a difusão descontrolada de armas nucleares, o empobrecimento estrutural dos países em desenvolvimento, o desemprego e os desequilíbrios sociais crescentes nos países desenvolvidos, os problemas da danificação ambiental, as tecnologias de grande alcance operadas na proximidade da catástrofe, tudo isso oferece as palavras-chave que penetram a consciência pública através das mídias de massa. As respostas dos intelectuais não espelham menos perplexidade que as dos políticos. De modo algum se trata somente de realismo se uma perplexidade resolutamente aceita entre cada vez mais no lugar das tentativas de orientação dirigidas ao futuro. A situação pode ser objetivamente obscura. Entretanto, a obscuridade é também uma função da disposição de agir que uma sociedade atribui a si mesma. Trata-se da confiança da cultura ocidental em si mesma.” HABERMAS, Jürgen. *A nova obscuridade: pequenos escritos políticos*. Tradução Luiz Repa. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 213.

⁵⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 110-111.

⁶⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 111.

⁶⁰¹ “a validade resolve-se em uma tensão entre faticidade ou validade social e legitimidade ou validade racional comunicativa”. (tradução nossa). AMADO, Juan Antonio Garcia Amado. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 18.

la legitimidad⁶⁰².” Já a legitimidade, é dada pelos próprios cidadãos.

A legitimidade do direito só pode ser a expressão da vontade de todos os cidadãos. Pois a lealdade dos cidadãos para com o direito pressupõe que todos os cidadãos se sintam responsáveis pelo direito. Só há lealdade das massas para com o direito se houver legitimidade. E só há legitimidade se todos os cidadãos forem ao mesmo tempo autores e destinatários do seu direito⁶⁰³.

Desta forma, “só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade⁶⁰⁴.” De fato, é um conceito interessante, mas idealizado, utópico. É um conceito que fica entre o transcendental e o auto-referente⁶⁰⁵. Ou seja, totalmente distante de Luhmann, que elaborou uma noção social para o Direito. É uma concepção que se apegava ao normativo e, ao mesmo tempo, preenche suas falhas na moral. Quer dizer, sem elementos sociais.

Basicamente, o que irá afastar o Direito de Habermas da construção luhmanniana é que o Direito e a sua legitimidade estão sempre ligados à moral. E esse é o elemento que os coloca de lados opostos da discussão⁶⁰⁶. Luhmann, como já referido, não aceita nenhuma concepção moral no Direito. Estudiosos de Habermas o defendem neste ponto, afirmando que ele renovou ao longo dos anos suas concepções sobre o Direito. O que se tem, no entanto, não muda muito nossas observações. No que poderia ser chamado então de sua primeira perspectiva,

O direito, para Habermas, só possui força de realização social na medida de sua legitimidade. E a sua legitimidade pressupõe a sua

⁶⁰² “formam uma síntese cuja chave está em um terceiro elemento que pouco a pouco vai ocupando a praça de ambas: a legitimidade”. (tradução nossa). AMADO, Juan Antonio Garcia Amado. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 23.

⁶⁰³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 141.

⁶⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 172.

⁶⁰⁵ “O fundamento do direito em Habermas, portanto, não é nem transcendental, nem auto-referencial. E para se manter nessa “tensão” entre o transcendente e o auto-referente, Habermas aponta para um duplo fundamento do direito: ao mesmo tempo radical (auto-referência de base) e transcendental.” SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 242.

⁶⁰⁶ Ao falar do Direito, em uma de suas obras, Habermas pondera: “Mediante tal conceito de direito, a análise filosófica procura garantir acessos para uma análise empírica apoiada numa ‘dupla perspectiva’. De outro lado, não se pode renunciar a um princípio de teoria do sistema, de proveniência parsoniana ou luhmanniana, pagando o preço de uma recaída numa concepção holística da sociedade.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 111.

consonância com conteúdos morais. A moral então complementa o direito e, assim, Habermas propôs o resgate da moral universal (procedimental) como fundamento de validade (legitimidade) do direito⁶⁰⁷.

Melhor dizendo, o Direito é complementado pela moral, e será a moral que dará legitimidade ao Direito. É esta mesma moral que guiará o procedimento de validação do Direito. Isso só ocorre porque, embora o Direito não tenha comunicação moral, sua linguagem é um transformador de circulação entre o Direito e o mundo da vida, o qual é composto de linguagem moral. Quando isso ocorre, quando se estreita esta relação entre sistema e mundo da vida, o Direito passa a ser complementado pela moral⁶⁰⁸.

‘Según Habermas, el derecho positivo está vinculado a la moral a través del componente de legitimidad de la validez jurídica, siendo está relación de ‘complementariedad’ y no de jerarquía. [...]. ‘Esto significa que el discurso jurídico no sólo está abierto a consideraciones morales, sino también a otras de carácter pragmático [...] y ético’⁶⁰⁹.

Em sua nova perspectiva, mais voltada para uma Sociedade Complexa, ele dirá que,

Direito e moral passam a ser, então, co-originários: ambos têm a mesma origem, ambos são co-produzidos nos discursos públicos de formação livre da vontade e da opinião. A moral passa então a integrar os próprios princípios Constitucionais. E o direito passa a incorporar em seu princípios os conteúdos morais. Direito e moral passam a ser, portanto, co-originários. E isso significa, também, co-dependência. A validade (legitimidade) do direito depende dos conteúdos morais e a moral depende da forma do direito⁶¹⁰.

De outra forma, ele coloca a moral enraizada no Direito, e dela não o separa. Mais do que isso, se os princípios constitucionais são integrados pela moral, pode-

⁶⁰⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 115 .

⁶⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 112.

⁶⁰⁹ “Segundo Habermas, o direito positivo está vinculado à moral através do componente de legitimidade da validade jurídica, sendo está relação de ‘complementariedade’ e não de hierarquia. [...]. ‘Isto significa que o discurso jurídico não só está aberto a considerações morais, senão também a outras de caráter pragmático’”. (tradução nossa). AMADO, Juan Antonio Garcia Amado. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 27 e 43.

⁶¹⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 115.

se dizer que, em nesta observação, até mesmo a Política terá que estar ligada à moral, pois os princípios constitucionais partem dela e, finalmente, toda a Sociedade, já que a constituição representa a estruturação de expectativas cognitivas.

Deste modo, o que se observa é que, em sua nova perspectiva, ao contrário do que se poderia imaginar, Habermas dá mais força à moral do que ela já tinha antes, e com isso parece se aproximar ainda mais das teorias que, em seu início, tentava rechaçar. Arrisco-me a dizer inclusive que, neste ponto, ele se aproxima mais de Ronald Dworkin do que de Luhmann, mesmo dando tanta importância à comunicação, à Sociedade, e à estabilização social. Até, porque, “Habermas suscribe *la tesis de la única respuesta correcta*. Ante cada situación sólo hay una decisión correcta, por mucho que puedan ser varias las normas aplicables o las interpretaciones que vengan al caso⁶¹¹”, aproximando-se assim, efetivamente de Dworkin.

Com a legitimação a partir da moral, Habermas acredita que qualquer um pode verificar a legitimidade e validade de uma decisão jurídica, a qual também tem que ter cunho moral, já que Direito e moral são co-originários. Como a base seria a moral, é como se ele visse nela uma forma de integrar todos os cidadãos nestes procedimentos⁶¹². Ele vai, além disso, é como se a base moral pudesse quase que automaticamente levar as pessoas ao consenso. É como se a moral fosse algo tão superior que todos a compartilhassem, todos a tivesse de forma igual, e que isso seria a resposta mágica para resolver todos os problemas de comunicação da Sociedade. Ele usa a moral quase como o valor da verdade ou da justiça que elencamos em capítulos anteriores⁶¹³. Mas, “La verdade, no obstante, no genera

⁶¹¹ “Habermas subscreve a tese da única resposta correta. Frente a cada situação só há uma decisão correta, por mais que possam ser muitas as normas aplicáveis ou as interpretações que venham ao caso”. (tradução nossa). AMADO, Juan Antonio Garcia Amado. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 52.

⁶¹² Nas palavras de Habermas: “A relação de complementaridade entre o direito e a moral então fica evidente. Por um lado, o direito institucionaliza processos jurídicos formais para a produção legislativa e para decisões judiciais, que possibilitam a qualquer pessoa, inclusive a um não-participante do discurso-processo, examinar se a decisão legislativa ou judicial cumpriu com as pretensões de validade normativas formais da ordem jurídica. Por outro lado, os discursos prático-morais são procedimentos não institucionalizado juridicamente. Por isso, o exame do cumprimento das pretensões de validade nos processos discursivos morais só pode ser realizado por um participante do discurso.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget. 1999. p. 110.

⁶¹³ E inclusive para ele, a justiça também terá esta conotação. “Justo significa lo mismo que éticamente fundado con arreglo a un procedimiento racional.” “justo significa o mesmo que éticamente fundado com arranjo a um procedimento racional”. (tradução nossa). AMADO, Juan

consensos – pese a lo que pudiera decir Habermas – ni brinda popularidad o apoyo a quien la presenta”⁶¹⁴. Ou seja, estes são elementos que não têm realmente o poder emblemático que ostentam.

Para Habermas, a condição da legitimidade do Direito é a sua moralização. Ela estaria enraizada no Direito. Por isso, até mesmo o Poder Judiciário, através de seus membros, decide sob regras morais. Os procedimentos (que são necessários também para o consenso) seriam formas de abertura do Poder Judiciário para discutir e comunicar a partir da moralidade. Segundo Simioni,

A prova disso pode ser encontrada nos processos judiciais, onde as exigências de fundamentação das decisões jurídicas são institucionalizadas por regras procedimentais abertas a discursos morais. A própria racionalidade procedimental do direito garante a introdução de justificações morais, apesar de toda a seletividade do âmbito da situação e dos temas da argumentação jurídica. Para Habermas, é evidente o fato de que uma legitimação da legalidade tão somente pela racionalidade formal do direito seria impossível, até porque seria impossível a justificação política ou judicial da decisão com base somente no uso da forma semântica da legislação. Mas essa moralização do direito, que para Habermas é condição de sua legitimidade social, [...]”⁶¹⁵.

Existe assim, nesta perspectiva, uma abertura cognitiva do Sistema do Direito, em sua organização principal, a qual se volta principalmente para a moral. Um Direito que tome decisões que não estejam calcadas em percepções morais, não é um Direito legítimo.

Mas a verdade é que a moral, sozinha, não pode levar ao consenso, e não é suficiente para legitimar as decisões judiciais ou o consenso pelo melhor argumento. Ao trazer o Direito para a sua construção, mesmo vinculando-o à moral, Habermas cria mais um elo de discussão com nossa tese, pois, juntamente com o Direito, ele vai apresentar o procedimento. Então, novamente, ele volta a ser interessante para a nossa discussão central.

Neste formato teórico, o procedimento será essencial para garantir o

Antonio Garcia Amado. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 85.

⁶¹⁴ “a verdade, no entanto, não gera consensos – em que pese o que possa dizer Habermas – nem brinda de popularidade ou apoio a quem a apresenta”. (tradução nossa). RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío; OPAZO, María Pilar. *Comunicaciones de la organización*. Colaboración de René Ríos F. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile; Alfaomega Grupo, 2008. p. 599.

⁶¹⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 109.

consenso.

A estrutura do discurso deveria ser esclarecida com referência à antecipação recíproca inevitável e à suposição de uma situação ideal de fala. E, correspondentemente, as idealizações da ação comunicativa pura deveriam ser reconstruídas enquanto condições sob as quais a veracidade do sujeito falante e agente possa ser não apenas imputada, mas também comprovada⁶¹⁶.

Isto é, apenas a estrutura de um procedimento garante a possibilidade do consenso, o qual precisa ser obtido discursivamente e que deve valer como racionalidade. Por isso, é natural que se tenha pensando em todos os momentos anteriores de nossa tese, quando lançamos nossos questionamentos, que a resposta seria o consenso, uma vez que o procedimento é importante para a nossa estabilização, e também é importante para a estabilização pensada por ele.

Então, para se chegar a um consenso sem vícios, precisa-se de dois elementos: o procedimento e o discurso. Ao contrário do Direito, o procedimento não é calcado na moral. O procedimento é estritamente formal, e deve ser usado para encaminhar um discurso legitimador que leve ao consenso. O discurso é o moralizador que leva à decisão, mas através de um procedimento, que é formal, é pré-estabelecido normativamente. O discurso, “é a condição do incondicionado⁶¹⁷”, apoiando-se em uma teoria da verdade, que garante a obtenção do consenso discursivamente. O procedimento diz como se deve proceder para saber o que se deve fazer em determinada situação. Ou, como devo proceder para saber o que devo fazer para decidir se devo julgar procedente ou improcedente esta questão (de maneira simplista).

Habermas faz questão de chamar a atenção sobre o caráter formal do procedimento discursivo: a teoria do discurso não diz o que alguém ou um grupo deve fazer, mas sim como alguém ou um grupo deve proceder para saber, por conta própria, o que deve fazer. Ela não especifica os conteúdos e os temas que podem ser utilizados argumentativamente, nem indica orientações a respeito de conteúdos, mas indica como, e sob quais condições, os participantes de uma interação podem chegar a um consenso livre e universalmente válido a respeito dos conteúdos e temas sob discussão. [...]. A teoria do discurso é uma teoria procedimental,

⁶¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoria e práxis: estudos de filosofia social*. Tradução e Apresentação Rúrion Melo. I. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2013. p. 51.

⁶¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoria e práxis: estudos de filosofia social*. Tradução e Apresentação Rúrion Melo. I. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2013. p. 50.

prática, que não serve para gerar normas válidas. Ela serve para criar as condições ideais sob as quais um grupo pode examinar a vigência social de normas levantadas como fundamento de pretensões de validade em discursos práticos⁶¹⁸.

Com isso, pode-se perceber por que Habermas é adotado pelos autores que trabalham com a corrente do procedimentalismo⁶¹⁹. O procedimento para ele é apenas um caminho para se criarem as condições ideais para o discurso, para o lugar ideal de fala. Embora, “as condições ideais do discurso sejam regras procedimentais”⁶²⁰, ele não trabalha conteúdos e muito menos traz alguma carga valorativa para a decisão, ou até mesmo para o consenso, no procedimento. É justamente por isso que, ao contrário de todos os demais pressupostos de Habermas, o procedimento não é vinculado à moral, porque é como se ele fosse “vazio” de qualquer valor ou elemento não prático formal.

Mas afinal, o que é o consenso? É possível que um autor como Habermas pense em um consenso no sentido de todos concordando sem nenhuma discórdia, com todos dirimindo seus problemas e chegando a uma mesma solução conjunta? De fato, embora muitos possam pensar que em uma Sociedade de Complexidade ele não consiga visualizar o consenso de todos, não é isso que acontece. “Um consenso motivado pelo melhor argumento, contudo, não tem nada a ver com a vontade da maioria. Consenso, em Habermas, significa um acordo unânime”⁶²¹.

Então, o consenso é pensando como um acordo unânime de vontades, ao qual se chega através de um discurso que passa por um procedimento⁶²². Isto é algo

⁶¹⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 88.

⁶¹⁹ Isso não acontece apenas no Brasil, mas autores como Rossanvalon também têm esta percepção sob Habermas. Para ele, em Habermas “Ocorre, todavia, que tais empreendimentos intelectuais não se ocupam da essência aporética do político. Prova disso é que sua perspectiva essencialmente procedimentalista os direcionou para o direito e a moral, característica visível nos autores citados. Daí que semelhante visão racionalizadora do estabelecimento do contrato social os tenha levado a “formalizar” a realidade.” ROSANVALLON, Pierre. *Por uma história do político*. Tradução de Christian Edward Cyril Lynch. São Paulo: Alameda, 2010. p. 83.

⁶²⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 121.

⁶²¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 88.

⁶²² “Si a las pretensiones de rectitud, veracidad y verdad contenidas en el acto comunicativo del hablante, el oyente responde afirmativamente (con un si), entonces se llega a un acuerdo: al consenso. El consenso implica compartir el plano normativo (rectitud), el del saber (verdad) y el de la confianza (veracidad) entre quienes se comunican. Este estado comunitario de consenso se alcanza en la medida que las pretensiones de validez de los actos de habla ilocucionarios son susceptibles de crítica racional. El consenso descansa en la fuerza de motivación racional y no en la manipulación, el engaño o el poder.” “Se as pretensões de retidão, veracidade e verdade contidas no ato comunicativo do falando, o ouvinte responde afirmativamente (com um sim), então

que, para Luhmann, certamente não é possível. Esta tese do consenso é antiga em Habermas, e foi uma das primeiras que se firmou com mais convicção em seu nome no meio acadêmico. Mas mesmo com o passar do tempo, ele permanece pensando o consenso desta maneira. Em seu livro *A nova Obscuridade*, a mais recente obra do autor traduzida para o público brasileiro, ele confirma que até hoje mantém a teoria da ação comunicativa como a cunhou, e acredita que a mesma ainda seja aplicável no cenário de teorias que observam a Sociedade⁶²³. O mesmo ocorre como o lugar ideal de fala, que é altamente questionável, frente aos próprios conflitos armados que ele mesmo aborda. Respondendo a estes questionamentos que lhe são feitos no referido livro, ele afirma que,

A situação ideal de fala é, como dito, uma descrição das condições sob as quais as pretensões de verdade e correção podem ser resgatadas discursivamente. Na ação comunicativa, essas pretensões de validade permanecem, na maioria das vezes, implícitas, e não problemáticas, porque o mundo da vida partilhado intersubjetivamente tem à disposição um pano de fundo sólido de evidências culturais. O papel coordenador da ação de processos de entendimento, que transcorrem pelos trilhos das pretensões de validade criticáveis, não contradiz, é claro, o pluralismo de formas de vida e interesses. O fato de que as sociedades modernas são diferenciadas e se diferenciam cada vez mais segundo formas de vida e campos de interesses é um fato que, de modo algum, desativa a ação orientada ao entendimento; a necessidade de entendimento crescente em igual medida tem de ser satisfeita, no entanto, em níveis de abstração cada vez mais altos. Por isso, as normas e os princípios sustentáveis de consenso tornam-se cada vez mais universais.

Não há também nenhum outro caminho para enfrentar a necessidade de entendimento que excede as possibilidades disponíveis de encontrar consenso; pois ele desaparece de modo geral tão logo os âmbitos de ação socialmente integrados ajustados à integração sistêmica⁶²⁴.

Porém, em outra passagem, Habermas reconhece que o lugar ideal de fala pode ser um problema, embora mantenha a ideia do consenso.

se chega a um acordo: ao consenso. O consenso implica compartilhar o plano normativo (retidão), o do saber (verdade) e o da confiança (veracidade) entre aqueles que se comunicam. Este estado comunitário de consenso alcança-se na medida em que as pretensões de validade dos atos de fala ilocucionários são suscetíveis da crítica racional. O consenso descansa na força da motivação racional e não na manipulação, no engano ou no poder". (tradução nossa). RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío; OPAZO, María Pilar. *Comunicaciones de la organización*. Colaboración de René Ríos F. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile: Alfaomega Grupo, 2008. p. 73.

⁶²³ HABERMAS, Jürgen. *A nova obscuridade*: pequenos escritos políticos. Tradução Luiz Repa. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 309.

⁶²⁴ HABERMAS, Jürgen. *A nova obscuridade*: pequenos escritos políticos. Tradução Luiz Repa. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 341-342.

Ainda mais incisiva é a renúncia à ilusão de método que se vinculara aos projetos de uma totalidade concreta de possibilidades futuras de vida. O conteúdo utópico da sociedade da comunicação se reduz aos aspectos formais de uma intersubjetividade incólume. Mesmo a expressão 'situação ideal de fala' conduz ao erro, na medida em que sugere uma forma concreta de vida. O que se deixa distinguir normativamente são as condições necessárias, mas universais, para uma práxis comunicativa cotidiana e para um procedimento de formação discursiva da vontade que poderiam colocar os *próprios* participantes em condições de realizar, por iniciativa *própria*, as possibilidades concretas de uma vida melhor e menos arriscada, segundo as necessidades e os discernimentos *próprios*.⁶²⁵

Diante destas questões e dificuldades que a Sociedade Complexa coloca ao estabelecimento de sua teoria, ele vê a resposta destes problemas em um recurso que depende da vontade das pessoas. Agora, tem-se não apenas o consenso, mas a solidariedade.

Essas barreiras inibidoras no intercâmbio entre sistema e mundo da vida só poderiam funcionar se, ao mesmo tempo, surgisse uma nova divisão de poderes. As sociedades modernas dispõem de três recursos a partir dos quais podem satisfazer sua necessidade de operação de controle: dinheiro, poder e solidariedade. Suas esferas de influência deveriam ser colocadas em um novo equilíbrio. Com isso eu quero dizer: o poder de integração social da solidariedade deveria ser capaz de afirmar-se contra os 'poderes' dos outros dois recursos de controle, dinheiro e poder administrativo. Ora, os âmbitos da vida especializados em dar continuidade aos valores transmitidos e ao saber cultural, em integrar grupos e socializar crianças e adolescentes dependem da solidariedade. Porém, teria de beber da mesma fonte uma formação política da vontade que deve ter influência sobre o traçado de limites e o intercâmbio entre esses âmbitos da vida comunicativamente estruturados, por um lado, e o Estado e a economia, por outro.⁶²⁶

Novamente, mesmo o recurso da solidariedade não nos parece muito promissor. Por isso, vamos retornar até um de nossos pontos de contato: o procedimento. Estabelecendo que o procedimento é uma prática meramente formal – ao contrário do que nós reconstruímos a partir de Luhmann –, e resgatando a ideia de que todas as coisas sofreram uma racionalização, teremos que lidar dentro do discurso com uma racionalização prática e uma comunicativa. O discurso, todavia será deontologicamente neutro, o que parece querer dizer que Habermas afirma que

⁶²⁵ HABERMAS, Jürgen. *A nova obscuridade*: pequenos escritos políticos. Tradução Luiz Repa. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 238.

⁶²⁶ HABERMAS, Jürgen. *A nova obscuridade*: pequenos escritos políticos. Tradução Luiz Repa. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2015. p. 233.

a moral não é parte do discurso⁶²⁷. “Habermas faz questão de sublinhar que o princípio do discurso é deontologicamente neutro porque ele apenas informa as condições procedimentais para um consenso sobre ‘o que se deve fazer’⁶²⁸”.

Isto é, se ele é deontologicamente neutro ele não está ligado a nenhum dever, como são a ética e a moral. A força do mandamento, quando se tem algo deontológico, vem de um dever, independentemente das consequências produzidas, e é isso que Habermas afirma que o discurso não tem, ao contrário do Direito. O discurso não é uma razão prática⁶²⁹, que informa o que se deve fazer, mas uma razão comunicativa, que informa o procedimento sob o qual pode se chegar, cooperativamente, a um consenso, pela força do melhor argumento, sobre o que se deve fazer.

Assim se dá a diferença entre razão prática e razão comunicativa, na qual, uma tem mais relevância do que a outra. Luhmann pensa diferente, entre outros motivos, porque ele valoriza qualquer comunicação, desde que ela comunique algo que possa ser comunicado. Tanto consenso como dissenso podem ser comunicados. Verdades e mentiras, com ou sem procedimento certo, podem ser comunicadas. Não há este tipo de racionalidade na Teoria dos Sistemas.

Com este discurso supostamente deontologicamente neutro, como então se dará a aceitação, validação e legitimidade do Direito, já que o Direito é vinculado à moral e o discurso não? Perguntando de outra forma, por que se aceita o Direito? A resposta que Habermas dá não é simples, e parece-nos que isso ocorre justamente porque ele cria este apego à moral e à ética, que dificultam que ele consiga

⁶²⁷ Segundo Luhmann: “En este contexto habría que mencionar también la teoría del discurso (recibida con mucha simpatía) de Jürgen Habermas – la cual no puede reducirse a una variante de la “ética”. Como se sabe, ella se atiene a un entendimiento que pueda lograrse racionalmente mantenido abierta la problemática de los criterios.” “Neste contexto teria que mencionar também a teoria do discurso (recebida com muita simpatia) de Jürgen Habermas – a qual não se pode reduzir a uma variante da “ética”. Como é sabido, ela se atem a um entendimiento que se pode conquistar racionalmente mantendo aberta a problemática dos critérios”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 632.

⁶²⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 162.

⁶²⁹ “A racionalidade, para Habermas, pode ser observada em duas dimensões: a) uma racionalidade instrumental, que se auto-afirma no mundo através da sua orientação ao êxito na consecução de fins, isto é, uma racionalidade finalística, baseada na relação entre meios e fins; e b) uma racionalidade comunicativa, que se caracteriza pela orientação ao entendimento, onde diversos participantes de uma interação podem compartilhar intersubjetivamente seus pontos de vista para chegarem a um consenso sem coações, isto é, um consenso racionalmente motivado pela própria necessidade de entendimento.” SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 28.

consolidar sua teoria, frente a estas questões, que são lançadas pela própria formatação da teoria. Simioni resume bem a construção que Habermas precisou fazer para alcançar esta resposta.

Nessa perspectiva, Habermas identifica três dimensões da validade do direito: a) a legitimação por um procedimento legítimo; b) que no direito moderno vai exigir a participação de cidadãos no processo legislativo; e c) para só assim conquistar uma validade social sempre provisória, onde a pretensão de validade do direito fica constantemente submetida à crítica. [...].

Na primeira dimensão, a legitimação por um procedimento estabelece uma tensão entre a faticidade da coerção e a validade do direito enquanto norma de liberdade. Nessa dimensão da validade, o direito produz faticidade através da ameaça das sanções e conquista validade social através de sua aceitação social. A validade acaba se afirmando pela faticidade do direito: nessa dimensão, o direito não precisa mais de um direito natural ou de costumes e tradições para conquistar aceitação social, pois sua validade passa a ser garantida por sua própria faticidade enquanto mecanismos de coerção.

Na segunda dimensão da validade do direito, Habermas observa que a legitimidade do direito não fica totalmente satisfeita pela relação entre faticidade e validade social. Na primeira dimensão, a validade do direito se assenta em uma **faticidade artificial** das sanções jurídicas, que independe de aspectos morais. Agora, na segunda dimensão, a legitimidade do direito pressupõe a possibilidade de justificação discursiva da sua validade. Não basta mais, para a legitimidade do direito, a sua afirmação contrafática mais ou menos aceita pelos destinatários (vigência social). O direito precisa justificar-se, discursivamente, sobre pretensões de validade que podem ser levantadas na forma de crítica aos conteúdos normativos. Daí a passagem de um estágio de fé na legitimidade pelo procedimento (primeira dimensão da validade) para um estágio de justificação da legitimidade (segunda dimensão da validade)⁶³⁰. (grifo nosso).

Então, tanto validade como aceitação ficam condicionadas a três critérios pré-estabelecidos por Habermas, sendo que apenas um deles é o procedimento. É aqui que mais uma vez Habermas se aproxima não só de Luhmann, mas da nossa tese. Neste aspecto, precisamos concordar com ele: o procedimento por si só não é capaz de alcançar todos os nossos objetivos. Não é capaz de gerar aceitação. Precisa-se de algo mais. Nossas respostas para este algo a mais é que são diferentes, embora a nossa preocupação seja a mesma.

Para ele, a própria coerção do Direito e sua integração na Sociedade farão com que ele seja aceito. Isso já se demonstrou em capítulos anteriores que não se

⁶³⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 134.

sustenta e torna-se inobservável em uma Sociedade de Complexidade. A complementação desta situação é feita por Habermas a partir moral, que seria uma forma de justificar o Direito e suas funções decisórias na Sociedade. Haverá, portanto, um conceito de intersubjetividade na teoria habermasiana que vai guiar todo este processo. A aceitação do Direito depende de uma aceitação intersubjetiva das normas. Mais uma vez, essa possibilidade já foi rejeitada.

O que ocorre é que isso convence mais facilmente do que uma teoria como a de Luhmann, porque seria muito mais fácil e mais poético, se todos chegassem ao consenso. É como se não precisasse de um grande esforço para que isso acontecesse, pois já há concepções de consenso e moral em cada um de nós.

E como é racional (faz sentido) agir conforme a normas éticas, morais, jurídicas ou religiosas, essa racionalidade pode servir de justificativa em um eventual questionamento da conduta. Por exemplo, do mesmo modo que a resolução de um contrato pode ser justificada pelo inadimplemento da outra parte do negócio, também um homicídio pode ser justificado pela legítima defesa. Essa racionalidade normativa, portanto, é uma racionalidade presente nas ações sociais orientadas por normas. Ao invés de se referirem a fatos, referem-se a normas. O ator, nesse contexto, ao mesmo tempo em que age, levanta a pretensão de que seu comportamento é correto em relação a normas reconhecidas como legítimas. A pretensão de validade, na racionalidade normativa, é medida então por um critério de correção⁶³¹.

Em outros termos mais simples, para Habermas o discurso de aplicação quem faz é o poder judiciário. Já o discurso de justificação quem faz é o Poder Legislativo⁶³². Tanto um como outro são amparados na moral.

Portanto, sendo o Direito vinculado à moral fará com que a decisão jurídica também seja vinculada a moral, que vai se apresentar em um discurso de justificação. Estes pressupostos dão elementos para que elas enfrentem as questões fáticas colocadas pelo próprio sistema, como a jurisprudência que exige certa coerência nas próximas decisões. Habermas também tem esta preocupação, justamente porque sabe que, em uma Sociedade de muitas possibilidades, sempre haverá uma tensão no momento de decidir, que há uma tensão cada vez mais acentuada que resulta dos conflitos de exigências normativas e funcionais em

⁶³¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 88.

⁶³² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 178 e 193.

geral⁶³³. Em nossa observação sistêmica, a preocupação dele é justamente como o Direito vai lidar com a tensão criada pelo choque entre as expectativas normativas e cognitivas dos pleiteantes.

O que nos intriga é que, para nós em relação aos postulados da sua tese, esta tensão amplia-se justamente pelos recursos morais que ele adota como meio estabilizante. E, portanto, a resposta para estas perguntas, que vão no mesmo caminho de nosso problema de tese, serão negativas. Mas é justamente por isso que a moral ou princípios não são compatíveis com isso. Tampouco a solidariedade será. O Direito não pode e não precisa deste tipo de justificativa. A resposta pode ser dada de outra forma mais palpável, mesmo que a preocupação dele nunca tenha sido com juízos de verificação de suas criações.

4.3.2 Consenso em Luhmann

Já deve ter ficado claro até aqui que não é uma preocupação nossa a estabilização a partir do consenso. Muito menos a partir da moral, da noção de justiça⁶³⁴ (como um conceito estático ou normativo), nem mesmo a aceitação de que a dogmática jurídica já cumpre o papel de estabilização social na atualidade, ou que os princípios são suficientes para a máxima fluidez das comunicações sociais.

A teoria crítica dos sistemas não está preocupada com modelos procedimentais de justificação que investigam abstratamente as condições de consenso universal em torno das normas; ela não está interessada na implementação de noções substantivas de justiça derivadas de ficções criadas de modo elitista e decisionista, mas preocupada com estabilização de uma resistência normativa in praxis.⁶³⁵

Observe-se que nem mesmo a nossa noção de justiça - que tem se mostrado

⁶³³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 111.

⁶³⁴ Nosso conceito de justiça segue a linha de que só pode ser concebida em uma sociedade de complexidade "Uma justiça que seja capaz de subverter a si mesma, formulada de maneira contingente e transcendente. Isso nos leva a um duplo conceito de justiça, que, como fórmula, contingente intra-sistêmica, precisa preservar tanto sua consistência interna como sua permeabilidade em relação às demandas advindas da sociedade". FISCHER-LESCANO, Andreas. A teoria crítica dos sistemas da Escola de Frankfurt. *Novos Estudos-CEBRAP*, São Paulo, ano 86, p. 172-176, mar. 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002010000100009>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

⁶³⁵ FISCHER-LESCANO, Andreas. A teoria crítica dos sistemas da Escola de Frankfurt. *Novos Estudos-CEBRAP*, São Paulo, ano 86, p. 172-176, mar. 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002010000100009>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

um termo altamente manipulável e vago – tem qualquer caráter moral ou transcendental, pré-compartilhado ou intersubjetivo. Esta observação leva a crer que Habermas, em sua construção, propõe como a Sociedade deveria ser, o ideal de Sociedade, como ela deveria ser reconstruída, reestruturada a partir daquelas ideias. Luhmann, por outro lado, observa a Sociedade, e faz com que ela tenha uma autoobservação de si mesma, no estado em que é⁶³⁶. Poucas são as pinceladas de um deveria ser, as quais, por vezes, são inevitáveis. Enquanto um trabalha com transcendência, o outro trabalha com autodescrição.

O conceito de autodescrição não implica consenso e nem a capacidade de consenso. A autodescrição é a forma de observação da Sociedade livre de subjetivismos e de intersubjetividade, pois parte dela mesma. Efetivamente, não há valores deontológicos nela. Por isso,

En el concepto de autodescripción no está, pues, implicado ni el consenso ni la capacidad de consenso. Cuando se elaboran textos pretenciosos en una sociedad en la cual apenas se proporciona la capacidad de leer, y los textos se transmiten también de manera oral, el consenso se vuelve más bien poco probable. Esto ya es válido en condiciones de diferenciación centro/periferia y de estratificación⁶³⁷.

O consenso, para Luhmann, não é importante justamente porque ele não o observa na Sociedade. Mais do que isso, com base em suas observações, ele conclui que o conflito tem maior probabilidade que o consenso. Um não é preferível ao outro e a autopoiese do sistema se mantém tanto com consenso quanto com o conflito⁶³⁸. A comunicação também se mantém da mesma forma, assim como a autodescrição.

Para pensar o consenso nesta forma de Sociedade, só será possível ou o

⁶³⁶ “Habermas constrói estratégias teórico-pragmáticas para a reconstrução das estruturas sociais, quer dizer, Habermas acredita na possibilidade de uma teoria capaz de desencadear transformações na sociedade. Enquanto Luhmann observa que as transformações na sociedade são desencadeadas e produzidas apenas dentro dos limites estruturais que a própria sociedade constrói: uma autoprodução de problemas e das respectivas soluções [...] é no máximo, uma ideia bem-intencionada.” SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 278.

⁶³⁷ “No conceito de autodescrição não está, pois, implicado nem o consenso nem a capacidade de consenso. Quando se elaboram textos pretencioso em uma sociedade na qual apenas se proporciona capacidade de ler, e os textos se transmitem também de maneira oral, o consenso torna-se ainda mais improvável. Isto já é válido em condições de diferenciação centro/periferia e de estratificação”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 703.

⁶³⁸ RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío. La sociología y la teoría de la sociedad. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. XX.

idealizando, como faz Habermas, ou entendendo que ele não é real, mas algo fictício, que não deve ser considerado nem normativa nem ideologicamente como algo obrigatório. “Por eso, en las sociedades complejas no evolucionan los deberes de consenso, sino – como queremos mostrar de manera particularizada – los medios de comunicación simbolicamente generalizados⁶³⁹.”

Na Teoria dos Sistemas, quem vai ocupar este espaço do consenso habermasiano (mas sem pretensões de que todos concordem com algo) são os meios simbolicamente generalizados. Os meios simbolicamente generalizados “forçam” o “consenso”. Luhmann faz claramente esta substituição, justamente porque não vislumbra espaço para falar em consenso real, apenas em meios simbolicamente generalizados. De qualquer modo, é preciso esclarecer que os meios simbolicamente generalizados não são uma forma de discurso, de espaço ideal de fala ou de melhor argumento. Eles apenas são uma dimensão social de generalização da diversidade de situações, que geram aceitação. São simplesmente, símbolos. Símbolos que convencem e motivam. O dinheiro, por exemplo, é um meio simbolicamente generalizado, mas não existe consenso quanto a ele, e ele também não leva a consenso. Aliás, gera muito mais conflitos do que consenso. Existe um reconhecimento, uma aceitação de que aquilo é dinheiro e serve para compor negociações, e é isso que é generalizado. O dinheiro tampouco exige um procedimento ou um reconhecimento intersubjetivo sobre seu valor. Seu reconhecimento e seu valor se dão socialmente. Com isso, já se rompe com qualquer elemento transcendental.

Para a Teoria dos Sistemas, o que importa para o funcionamento das relações sociais não depende da intersubjetividade ou do consenso; o que importa é que a comunicação continue, mesmo que seja inevitável estabelecer uma forma de acompanhamento da consciência. Na comunicação social nunca se pode determinar se os sistemas de consciência estão presentes autenticamente ou não, por isso se pode abandonar a premissa de intersubjetividade ou de consenso. A possibilidade de uma moral compartilhada e de uma pré-disposição ao consenso também se mostram inviáveis nesta perspectiva.

⁶³⁹ “Por isso, nas sociedades complexas não evoluem os deveres de consenso, senão – como queremos mostrar de maneira particularizada – os meios de comunicação simbolicamente generalizados”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 177.

A diferencia de lo que muchas veces se supone, el funcionamiento de las relaciones sociales (para nosotros: la *autopoiesis* de la sociedad) no depende de la 'intersubjetividad' ni mucho menos del 'consenso'. La intersubjetividad no se presupone de antemano ni puede producirse (lo cual presupondría que se puede comprobar si há sido lograda o no). Lo que importa, *en lugar de ello*, es que la comunicación continúe – cualquiera que sea el acompañamiento ineludible de conciencia que para ello se necesita. En la comunicación nunca puede determinarse si los sistemas de conciencia están presentes 'auténticamente'⁶⁴⁰.

O Sistema Psíquico, como já se viu à exaustão, faz parte do entorno Social. A dinâmica de pessoas, sujeitos e seres humanos também. Por que retomar isso? Para estabelecer que em nenhum momento estes elementos têm relação com a intersubjetividade habermasiana. A intersubjetividade, é algo que na verdade, é transcendental, é uma união de termos como o sujeito, que é uma expressão que remete a algo puramente transcendental, e da subjetividade, que do mesmo modo, pertence ao paradigma da linguagem (sujeito/objeto), pois o outro lado da intersubjetividade, obrigatoriamente tem que estar à subjetividade, como foi referido na citação supra.

É por isso que as críticas mais severas de Luhmann a Habermas residem neste ponto. Porque Habermas não faz nenhuma das superações que diz fazer, quando se volta para este meio termo em que não trabalha nem com o sujeito e nem com a subjetividade, mas com uma denominação que representa a junção destes dois elementos.

Luhmann inclusive vai dedicar parte de seu livro *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*, para tecer críticas a intersubjetividade utilizada por Habermas. Mais do que isso, neste mesmo trabalho, Luhmann vai censurar severamente Habermas por julgar Heidegger. Segundo ele, Habermas questiona de forma pesada o pensamento de Heidegger, em algo que ele mesmo não conseguiu solucionar, mesmo tendo se proposto a fazer isso. O pior, em sua concepção, é que Habermas faria estes comentários com ares de propriedade, por entender que com sua intersubjetividade, superou isso.

⁶⁴⁰ "Diferentemente do que muitas vezes se supõe, o funcionamento das relações sociais (para nós, a autopoiese da sociedade) não depende da 'intersubjetividade' e muito menos do 'consenso'. A intersubjetividade não se pressupõe de antemão nem se pode produzir (o que pressuporia que se pode comprovar se foi atingida ou não). O que importa, no lugar disso, é que a comunicação continue – qualquer que seja o acompanhamento inevitável de consciência que para isso se necessite. Na comunicação nunca se pode determinar se os sistemas da consciência estão presentes 'auténticamente'". (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 693.

En mi opinión, Habermas ha infravalorado siempre las consecuencias de esta radicalización – sobre todo cuando supone que, después de todo, podría tener sentido plantearse si el sujeto se compromete o no con fundamentos universalizables -. Véase en particular la polémica entablada contra Heidegger – problemática por no apreciar debidamente las restricciones de cualquier filosofía que siga las huellas del sujeto – en J. Habermas, *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, 1989, pp. 163ss. La dureza de la crítica estaría justificada si su autor pudiera saberse seguro de poseer una alternativa. *Pero la intersubjetividad no es una alternativa de la subjetividad.*

Aunque uno puede no sentirse muy inclinado a compartir la semántica de la filosofía última de Heidegger, la cuestión sigue siendo todavía cómo puede ser concebida en general sin el sujeto⁶⁴¹.

Na verdade, a origem da intersubjetividade defendida por Habermas não é diferente da origem da subjetividade de Heidegger. Portanto, ela não vem como algo que possa substituir todos os problemas encontrados na subjetividade. Luhmann reconhece isso, e ainda, em diversos trechos de suas obras, afirma que dificilmente será possível superar o trabalho de Heidegger. O que ele entende é que este trabalho já se encontra esgotado, e por isso é preciso encontrar uma nova forma de pensar os seres humanos (não mais como sujeitos), mas pensar sobre a Sociedade. Entretanto, não há como tentar “consertar” a filosofia heideggeriana. Não há um elemento que possa substituir o sujeito e manter o restante dela, que é basicamente o que Habermas estaria fazendo.

Sendo assim, não há fundamentação passível de argumentação que possa sustentar a intersubjetividade como um elemento que garanta a validade, por exemplo, do Direito. A menos que se assuma que se está no paradigma criticado, e com isso se aceite todos os problemas e insuficiências que vêm com ele⁶⁴².

⁶⁴¹ “Em minha opinião, Habermas tem infravalorado sempre as conseqüências desta radicalização – sobre tudo quando supõe que, depois de tudo, poderia ter sentido pensar se o sujeito se compromete ou não com fundamentos universalizáveis -. Veja-se em particular a polémica acionada contra Heidegger – problemática por não apreciar devidamente as restrições de qualquer filosofia que siga as pegadas do sujeito – em J. Habermas, *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, 1989, pp. 163ss. A dureza da crítica estaria justificada se seu autor pudesse estar seguro de possuir uma alternativa. Mas a intersubjetividade não é uma alternativa da subjetividade. Embora alguém possa não se sentir muito inclinado à compartilhar a semântica da filosofia última de Heidegger, a questão segue sendo no obstante, como pode ser concebida em geral sem o sujeito”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Joesetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 31.

⁶⁴² “Cuando uno como hacen Habermas y otros, recurre a la noción de intersubjetividad como indicadora de un nivel de validez, con ello lo que se hace es disolver sus componentes - <<inter>> y <<sujeito>>-. De este modo, en un mismo movimiento, se está anulando el concepto de sujeto y apenando a un fundamento teórico que de ningún modo se ofrece, sino sólo se insinúa. Este vacío conceptual tendría que ser todavía jalonado por una teoría de la comunicación, por una teoría de sistemas o conforme al modo hasta ahora acostumbrado. [...]. O dicho con más exactitud: cada

A comunicação, no entanto, supre este espaço que Habermas pensa estar resolvido através da intersubjetividade. Sendo o marco de sua teoria a comunicação e a ação, com o mote de que se trata de uma teoria social, que busca o consenso com a concordância de todos os membros da Sociedade, mostra-se inócuo calcar tudo isso na intersubjetividade. Até mesmo porque a intersubjetividade não garante de nenhuma forma que se fale em consenso. Assim como ela possibilita o consenso, da mesma maneira, com a mesma proporção de chances, ela possibilita o dissenso.

La intersubjetividad puede traducirse en consenso o en disenso. A ninguna de las dos posibilidades puede negársele la <<interidad>>. Los sujetos pueden concordar en el consenso y en el disenso; o dicho de otra manera: la concordancia es tan exigible para el consenso como para el disenso. Por eso tiene que presuponerse un mundo de objetos idénticos. Que se pudiera transformar la pista de hormigón de un aeropuerto en un huerto o el agua radiactiva en agua de colonia serían cuestiones en torno a las que surgiría tanto consenso como disenso. La intersubjetividad es, en definitiva, una estructura de la bifurcación entre consenso y disenso, y en su concepto no hay, ante todo, punto de apoyo alguno que permita considerar uno de los dos caminos como mejor que el otro. Precisamente Habermas ofrece, sin quererlo, un ejemplo de esto: su propia práctica comunicativa se ocupa de la elaboración del disenso, y sólo así puede elucidar el nuevo paradigma del entendimiento en comparación con otras ofertas teóricas⁶⁴³.

Em uma observação sistêmica, a intersubjetividade só consegue trabalhar com consenso e dissenso na medida em que se tenham condições de decisão

sujeto tiene su propia intersubjetividad.” “Quando alguém como fazem Habermas e outros, recorre à noção de intersubjetividade como indicadora de um nível de validade, com isso o que se faz é dissolver seus componentes - <<inter>> e <<sujeito>> -. Deste modo, em um mesmo movimento, está-se anulando o conceito de sujeito e condenando um fundamento teórico que de nenhum modo se oferece, senão só se insinua. Esta vazia conceitual teria que ser todavia prostrado por uma teoria da comunicação, por uma teoria dos sistemas ou conforme o modo até agora acostumado. [...]. Ou dito com mais exatidão: cada sujeito tem sua própria intersubjetividade”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 32.

⁶⁴³ “A intersubjetividade pode se traduzir em consenso ou em dissenso. A nenhuma das duas possibilidades pode-se negar a <<interidade>>. Os sujeitos podem concordar com o consenso e com o dissenso; ou dito de outra maneira: a concordância é tão exigível para o consenso como para o dissenso. Por isso tem que se pressupor um mundo de objetos idénticos. Que se possa transformar a pista de concreto de um aeroporto em uma horta ou a água radioativa em água de colônia seriam questões em torno das quais surgiria tanto o consenso como o dissenso. A intersubjetividade é, em definitivo, uma estrutura da bifurcação entre consenso e dissenso, e em seu conceito não há, ponto de apoio algum que permita considerar um dos caminhos como melhor que o outro. Precisamente Habermas oferece, sem querer, um exemplo disto: sua própria prática comunicativa se ocupa da elaboração do dissenso, e só assim pode elucidar o novo paradigma do entendimento em comparação com outras ofertas teóricas”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 35.

idênticas entre as duas possibilidades, e somente entre duas possibilidades. Essa igualdade está no fato de que a probabilidade de a opção A ser melhor que a opção B, e vice-versa, é a mesma, e ela só consegue apoiar uma decisão dentro desta margem. Ou seja, apenas em uma Sociedade muito remota. Quando partimos da concepção de que o diferencial de nossa Sociedade atual é a complexidade, ou seja, o excesso de possibilidades, não há como aceitar que a intersubjetividade ainda seja um fundamento teórico válido (ironicamente, ela garantiria validade).

Efetivamente, a Teoria dos Sistemas não apresenta respostas para solucionar as questões subjetivas, o problema do sujeito e tantos outros que a filosofia elencou. Mas ela também não se propõe, em nenhum momento, a isso. Ela se afasta destes paradigmas. Mesmo quando trabalha com o Sistema Psíquico, isso não tem a ver com o sujeito, mas com uma relação interior/exterior, sistema/meio, que faz com que se tenha algo distinto do que foi pensado para o sujeito. Não se tem identidades coletivas, nem sentimentos compartilhados. Mas para Habermas, isso é diferente.

Pese a todo, Habermas cree que a través de una intersubjetividad tan escogida es posible lograr una especie de vinculación <<interna>> a una identidad colectiva, a la que uno mismo no podría contradecir razonablemente si es que quiere tomar en el actuar comunicativo. Pero este <<interior>> no parece que pueda entenderse como algo puramente psíquico, si es que debe producirse mediante un ensamblaje de configuraciones de identidad subjetiva y colectiva (y no ser sólo simple disfrute o apropiación del mundo, en el sentido de la filosofía clásica de la conciencia). A la teoría de sistemas se le atribuye el lastre de no poder aportar ninguna contribución a este problema. Esto es cierto, puesto que en teoría de sistemas sólo se puede concebir el <<interior>> a diferencia del <<exterior>>, y aquí queda oscuro qué pueda ser el <<exterior>> de esta unidad de prestaciones constitutivas de carácter subjetivo y comunicativo⁶⁴⁴. (grifo nosso).

Então o que se tem é uma oposição entre a comunicação luhmanniana e a

⁶⁴⁴ “Em que pese tudo isso, Habermas acredita que através da intersubjetividade tão escolhida é possível ganhar uma espécie de vinculação <<interna>> a uma identidade coletiva, a que alguém mesmo poderia contradizer razoavelmente se é que se quer aceitar o atuar comunicativo. Mas este <<interior>> não parece que se possa entender como algo puramente psíquico, se é que este deve se produzir mediante um ajuste de configurações de identidade subjetiva e coletiva (e não ser só simples disfrute ou apropriação do mundo, no sentido da filosofia clássica ou da consciência). A teoria dos sistemas atribui-se o obstáculo de não poder aportar nenhuma contribuição para este problema. Isto é certo, posto que na teoria dos sistemas só se pode conceber o <<interior>> para a diferença do <<exterior>>, e aqui fica obscuro o que possa ser o <<exterior>> desta unidade de prestações constitutivas de caráter subjetivo e comunicativo”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 37.

intersubjetividade habermasiana, o que é curioso, pois Habermas também trabalha com comunicação, como ponto fulcral de sua teoria. Luhmann abandona estes preceitos e foca-se na comunicação e na sua emergência, na sua autoobservação e finalmente em sua autopoiese, o que faz com que ela ocorra independentemente de elementos vinculados ao sujeito.

Si miramos desde aquí otra vez, retrospectivamente, hacia el tema de este artículo: <<¿intersubjetividad o comunicación?>>, entonces quedará claro que no se puede elaborar una teoría de la comunicación partiendo del concepto de intersubjetividad. Con independencia de cómo uno se oponga a la asunción de las premisas de la teoría del sujeto, dicho concepto no será capaz de conducirnos más allá de una teoría de la *acción* comunicativa, que reintroduce al sujeto y entonces tan sólo podrá exhortarle a que se aperciba de las consecuencias que tiene el implicarse en la comunicación. Por el contrario, una teoría de la comunicación propiamente dicha, inspirada en la referencia sistémica a los sistemas sociales, hace prescindible el recurso a la intersubjetividad. Ella sustituye este concepto por la noción de emergencia de la comunicación como unidad que no precisa de fundamentaciones psíquicas o transcendentales, ya que se realiza como autopoiesis de sí misma⁶⁴⁵.

Com esta construção, Luhmann efetivamente pode dispensar qualquer busca por um elemento que solucione os problemas das teorias filosóficas, pois ele se afasta deste paradigma, e consegue sustentar a sua criação teórica em outros pilares. Estes pilares são a Sociedade e a Comunicação⁶⁴⁶.

⁶⁴⁵ “Se olharmos a partir daqui outra vez, ter-se-ia o tema deste artigo: <<intersubjetividade ou comunicação?>>, então ficaria claro que não se pode elaborar uma teoria da comunicação partindo do conceito de intersubjetividade. Com independência de alguém se oponha a assunção das premissas da teoria do sujeito, dito conceito não será capaz de nos conduzir mais além de uma teoria da ação comunicativa, que reintroduz o sujeito e então só poderá intimá-lo a perceber as consequências que tem e se implicam na comunicação. Ao contrário, uma teoria da comunicação propriamente dita, inspirada na referência sistêmica dos sistemas sociais, faz prescindível o recurso da intersubjetividade. Ela substitui esse conceito pela noção de emergência da comunicação como unidade que não precisa de fundamentações psíquicas ou transcendentais, já que se realiza com autopoiese de si mesma”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Jost Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 44.

⁶⁴⁶ “Por eso, esta teoría descarta la búsqueda de los fundamentos de la identidad individual (<<subjetiva>>) en una identidad colectiva. Para los sistemas psíquicos al igual que para los sociales, la identidad es aquello que uno puede observar y describir sin que las características que son observadas o descritas tengan que ser utilizadas para la identificación. Por eso, la identidad se sustrae a sí misma de la observación y la descripción, y precisamente en virtud de ello es condición de todas las posibles observaciones y descripciones. Si uno quiere averiguar lo que es la identidad, topará con la realidad de fondo de una constitución tautológico-paradójica, que priva de todo sentido al esfuerzo por alcanzar fundamentaciones sólidas. La identidad es lo que es, y es lo que no es. Uno solamente puede asirse a aquello que el sistema mismo, al proceder a desparadojizarse autopoieticamente, emplea como representación (simulación) de su propia

Pois bem, dito isso, é preciso ressaltar que Luhmann fala de consenso. No entanto, para ele, o consenso real, no sentido de Habermas, de que todos vão concordar inteiramente com determinada coisa, só existe e é viável para pequenas coisas. Aquelas coisas com as quais se acorda de forma oral, e até mesmo informalmente, dependem muitas vezes dessa concordância para ocorrerem⁶⁴⁷. Como um jogo ou uma disputa coletiva em que é preciso concordar que outra pessoa participe para que ele ocorra.

Não é um consenso de conteúdo complexo. Já para o resto, há um consenso previamente assegurado mediante planos elaborados por escrito, e isso (escrita) só é necessário para Sociedades em que há diferenciação funcional e que se tenha produzido complexidade. Mas mesmo assim, este consenso não será um momento em que todos concordam inteiramente com tudo. É um momento em que a maioria decide e os outros, por uma determinação que já se encontra escrita, concordam. Ele é fictício. É uma opinião pública que faz parte de uma ignorância plural⁶⁴⁸.

identidad. Cuando se quieren aplicar estas consideraciones a la comunicación religiosa que se describe a sí misma como religión, ésta se muestra como la limitación y el despliegue <<natural>> de la autorreferencia propia de la tipo de comunicación. La religión es, pues, la invisibilización de la paradoja que la constituye. Por consiguiente, invisibilización significa también remitirse a la paradoja, indicarla e incluso alabarla, pero negándose, sin embargo, a sacar las oportunas consecuencias de ello...". "Por isso, esta teoria descarta a busca dos fundamentos da identidade individual (<<subjativa>>) em uma identidade coletiva. Para os sistemas psíquicos e igualmente para os sociais, a identidade daquilo que alguém pode observar e descrever sem que as características que são observadas ou descritas tenham que ser utilizadas para a identificação. Por isso, a identidade retira-se a si mesma da observação e descrição, e precisamente em virtude disso é condição de todas as possíveis observações e descrições. Se alguém quer verificar o que é a identidade, topará com a realidade no fundo de uma constituição tautológico-paradoxica que priva de todo o sentido do esforço de alcançar fundamentações sólidas. A identidade é o que é, e é o que não é. Alguém somente pode agarrar-se aquilo que o sistema mesmo, ao proceder a desparadoxização autopoieticamente, emprega como representação (simulação) de sua própria identidade. Quando se quer aplicar estas considerações a comunicação religiosa que se descreve a si mesma como religião, esta se mostra como a limitação e o desdobramento <<natural>> da autorreferência própria do tipo de comunicação. A religião é, pois a invisibilização do paradoxo que a constitui. Consequentemente, invisibilização significa também remeter-se ao paradoxo para indicá-lo e inclusive elogiá-la, mas negando-se, entretanto, a tirar as oportunas consequência disso...". (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josteo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 46.

⁶⁴⁷ "Si se trata de alcanzar consenso, esto es en principio posible también – e incluso oportuno – mediante el acuerdo oral; ponerse de acuerdo sobre una regata que no puede o no quiere hacerse solo. No obstante, estos casos son más bien excepcionales. Ahora las grandes coordinaciones se efectúan con base en un consenso previamente asegurado mediante planes elaborados por escrito." "Se trata-se de alcançar consenso, isto é em princípio possível também – e inclusive oportuno – mediante o acordo oral, coloca-se de acordo sobre uma regata que não se pode ou não se quer fazer sozinho. Entretanto, estes casos são excepcionais. Agora as grandes coordenações efetuam-se com base em um consenso previamente garantido mediante planos elaborados por escrito". (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 652.

⁶⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana;

Frente a isso, tem-se que a Teoria do Habermas não funciona para Sociedades como a nossa, que são complexas. Poderia funcionar apenas em sociedades arcaicas e estratificadas, e desde que se considere a ideia dele de que este consenso parte de uma racionalidade e, portanto, ele seria, na verdade, imposto pelos que estão em consenso a partir desta racionalidade, que só vai existir em termos de intersubjetividade, em elementos transcendentais e vinculado à ontologia limitadora da observação, aquela que se criticou na primeira parte desta tese.

Luhmann entende a construção teórica de Habermas como insustentável frente as comunicações sociais.

What Jürgen Habermas views as the philosophy of modernity has not freed itself from those premises, despite his insistence on 'postmetaphysical thought'. It has only proceduralized those premises. The observers develop methods and procedures in order to come to an agreement. They restrict their conflict of opinions to argumentation. They subordinate themselves to the norm of insight that is to be reached jointly. That defines rational communication for them. And if they do not in practice reach their goal of agreement, they nevertheless have to want to reach it – otherwise, they do not conduct the kind of discourse demanded from them by a normative concept of rationality. They act, I would now say, under the assumption that they accord about this world. Thereby, however, they are nothing but victims of the bivalence of their apparatus, the ontological structure of their primary distinction. Only for this reason is nonconflictual agreement a condition of rationality for them. Must that be so? And we think in this way in modern society at the end of this century?⁶⁴⁹

Quando se toma o consenso como base, retiram-se as possibilidades de

Herder, 2007. p. 156.

⁶⁴⁹ “O que Jürgen Habermas ve como a filosofia da modernidade não libertou a si mesmo daquelas premissas, apesar da sua insistência sobre o “pensamento pós-metafísico”. Apenas se procedimentalizou aquelas premissas. Os observadores desenvolvem métodos e procedimentos a fim de chegar a um acordo. Eles restringem seus conflitos de opiniões à argumentação. Eles subordinam a si mesmos à norma insight que deve ser alcançada conjuntamente. Isso define a comunicação racional para eles. E se eles não alcançam seus objetivos de acordo na prática, eles contudo tem que querer alcançá-lo – de outra forma, eles não conduzem o tipo de discurso requerido por eles por um conceito normativo de racionalidade. Eles agem, eu diria agora, sob a suposição de que eles vivem em um e mesmo mundo e que é uma questão de comunicar em acordo sobre este mundo. Assim, ou desse modo, portanto, eles são apenas vítimas da bivalência dos seu aparato, a estrutura ontológica da sua distinção primária. Somente por esta razão é o acordo não conflituoso uma condição de racionalidade para eles. Deve isso ser assim? E devemos pensar dessa forma na sociedade moderna no fim deste século? (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Theories of distinction: redescribing the descriptions of modernity*. Edited and introduced by William Rasch. Translations by Joseph O’Neil, Elliot Schreiber, Kerstin Behnke, and William Whobrey. Stanford: Stanford University Press, 2002. p. 188-189.

evolução da Sociedade, porque a opção restante de comunicação reside apenas em concordar ou discordar do consenso, e manter-se nesta discussão até que todos concordem (já que não é um consenso pela maioria). Acabam-se com as possibilidades de outras possibilidades para qualquer questão, pois a certo ponto da comunicação sempre estar-se-á compelido a se comunicar e decidir pela concordância ou discrepância com o consenso.

No nosso paradigma funcional, as decisões também não são consensos, e muito menos partem de uma moral. Os juízos causais não são juízos de consenso, mas sim políticos. A decisão não é fruto do consenso e não se legitima por ele, ela é fruto de um processo de tomada de decisão, que envolve um procedimento legítimo e uma comunicação que traz muitas possibilidades – já limitadas pela Política –, as quais têm que ser reduzidas.

Não se trata de uma cadeia moral ou de um romance em cadeia⁶⁵⁰ (também vinculada à moral). Na verdade,

Toda decisión, entonces, es el inicio de una nueva historia y, a la vez, el presupuesto de que los pronósticos sean posibles – bajo reserva de que permanece desconocido cómo se decidirá en un futuro sobre las consecuencias de la decisión. [...]. En consecuencia debe observarse a estos observadores si se quiere verificar qué causas producen qué efectos; y ninguna ‘naturaleza’ garantiza hoy día que sobre eso exista consenso. Los juicios causales son juicios ‘políticos’⁶⁵¹.

Mesmo que se remonte a ideia da Sociedade como um contrato, um contrato social⁶⁵², que é, de certa forma, o que Habermas faz quando evoca o consenso pela concordância de todos, ainda assim o consenso, em uma Sociedade de Complexidade, não é um elemento capaz de manter este contrato⁶⁵³. Simplesmente

⁶⁵⁰ Neste sentido ver DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁶⁵¹ “Toda decisión, então é o início de uma nova história e, por sua vez, o pressuposto de que os prognósticos sejam possíveis – sob reserva de que permanece desconhecido como se decidirá no futuro sobre as conseqüência da decisão. [...]. Consequentemente se deve observar estes observadores se quer-se verificar quais causas produzem que efeitos; e nenhuma ‘natureza’ garante hoje em dia que sobre isso exista consenso. Os juízos causais são juízos ‘políticos’”. Stanford University Press. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana: Herder, 2007. p. 801.

⁶⁵² ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. Tradução Antonio de Pádua Danesi. Revisão Edison Darci Heldt. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

⁶⁵³ “Finalmente, hay un tercer procedimiento. Éste utiliza un modelo social. Su tipo preferido es el contrato, porque los contratos vinculan personas según modelos conocidos. En conexión con ello se puede decir que la sociedad se constituye mediante un contrato o, incluso, ella es un contrato. Se piensa así el contrato como una unidad de la diferencia y el consenso como modo de la

porque o contrato e o consenso seriam opostos. Se há consenso, não é preciso ter o contrato.

Na Sociedade de comunicação fervilham diferenças, diferenças estas que são originadas da comunicação, e mais uma vez, vão permitir a modificação de incluídos e excluídos, destas mesmas comunicações. Sendo assim,

La comunicación debe poder captar algo (inclusive si jamás se sabe qué) que no se deja disolver o recorrer en sí de modo arbitrario. Por otra parte, deben existir, en este mismo nivel, diferentes observaciones, diferentes posiciones que reproduzcan constantemente perspectivas desiguales y conocimiento incongruentes. Es debido a estas condiciones previas que la comununicación no puede entenderse como un logro integrador de sistemas, como generación de consenso, porque eso significaría el que subirtiera sus propias condiciones previas y que solo se mantuviera viva por medio de un fracasovsuficiente. Pero ¿qué, si no el consenso, sería el resultado de la comunicación?⁶⁵⁴

O resultado da comunicação, seu objetivo, portanto, não é o consenso, mas a estabilização e a possibilidade de apartir dela, o sistema conseguir ouvir os ruídos necessários para a sua evolução. O consenso, em última análise, acaba com isso. E por mais que ele pareça sedutor, ao tentar introduzi-lo na prática, perceberia-se a sua verdadeira face. Observe-se o seguinte exemplo:

Pensa-se, por exemplo, em um diálogo bastante simples sobre o desarmamento, que inclua todos os possíveis atingidos, isto é, que inclua também os bandidos. Após restringirem-se as alternativas a apenas duas – permitir armas ou não permitir armas – os participantes de um discurso podem chegar, no máximo, à seguinte conclusão condicional: todos nós nos desarmamos somente se todos nós nos desarmarmos. Será necessário criar então uma diferença para sair deste paradoxo. E essa diferença já estará criada pela própria colocação do problema da violência: nós nos desarmamos,

unificación. Quedan oscurrecidos con ello aquellos aspectos del orden social que no pueden ser referidos a la voluntad individual ni al consenso, especialmente, los problemas especiales de la res publica o, como se dice hoy día, de los *public goods*. Todo esto es, sin duda, sociológicamente insuficiente.” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas *¿Cómo es posible el orden social?* México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2009. p. 36.

⁶⁵⁴ “A comunicação deve poder captar algo (inclusive se jamais se sabe o que) que não se deixa dissolver ou recorrer em si de modo arbitrário. Por outro lado, devem existir, neste mesmo nível, diferentes observações, diferentes posições que reproduzam constantemente perspectivas desiguais e conhecimentos incongruentes. É devido a estas condições prévias que a comunicação não se pode entender como um ganho integrador dos sistemas, como geração de consenso, porque isso significaria o que subverterá suas próprias condições prévias e que só se manteve viva por meio de um fracasso insuficiente. Mas, o que, se não o consenso, seria o resultado da comunicação?” LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker; Coord. Por Javier Torres Nafarrete. Rubi: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA: Pontificia Universidad Javeriana, 1988. p. 168.

somente se vocês se desarmarem. Observa-se que, para sair do paradoxo resultante da inclusão discursiva, a própria comunicação criou exclusão: separou novamente o 'nós' e os "eles" que o discurso pretendeu incluir⁶⁵⁵.

Igualmente, a Política nada tem a ver com consenso, assim como as negociações empresariais e comerciais. É verdade que a Política vive de acordos, mas nem mesmo nos acordos se alcança a noção de consenso. O que se tem de mais parecido com o consenso em uma Sociedade moderna são os acordos, que não implicam em dizer que todos concordam plenamente com o que foi acordado, mas que a maioria concorda ou, na melhor das hipóteses, que se concorda em ceder em algumas questões para que a negociação possa ser consolidada. Isso é diferente do proposto por Habermas. Os acordos, então, representam na verdade soluções negociadas⁶⁵⁶.

Mais uma vez. Com base em Luhmann, pode-se dizer que nem o Direito, nem a Política precisam de um elemento metafísico para se sustentar. A sua unidade, a sua autoconstituição, já se mostram bases sólidas de comunicação e estruturação dos sistemas. Apenas o direito tem a forma do não-direito, assim como apenas a Política responde ao Governo/Oposição. Suas bases são inquestionáveis do exterior.

Contudo, se não é a partir do consenso, que parecia antes ser a resposta mais lógica para a nossa questão, e mostrou-se ao longo dos últimos capítulos catastrófica, precisa-se encontrar outro elemento, para terminar de responder o

⁶⁵⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 168-169.

⁶⁵⁶ "En el lugar de la autoridad parece emerger algo que podría denominarse política de acuerdos. Los acuerdos son soluciones negociadas, a las que se puede apelar durante un cierto tiempo. No implican en consenso ni constituyen soluciones racionales o siquiera solo correctas de determinados problemas. Sólo establecen puntos de referencia no disputados para otras controversias, en las que pueden formarse, nuevamente, coaliciones y oposiciones. Comparados con cualquier empleo de la autoridad, los acuerdos tienen una gran ventaja: que no pueden desacreditarse, sólo tienen que ser negociados de nuevo. Su valor no aumenta con su vigencia, sino que mengua. Y esto también permite vislumbrar que el problema específico de la modernidad sigue estando en la dimensión temporal." "No lugar da autoridade parece emergir algo que se poderia denominar política de acordos. Os acordos são soluções negociadas, as quais se podem apelar durante certo tempo. Não implicam em consenso nem constituem soluções racionais ou sequer são corretas de determinados problemas. Somente estabelecem pontos de referência não disputados para outras controvérsias, nas quais se podem formar, novamente, coalizões e oposições. Comparados com qualquer emprego de autoridade, os acordos tem uma grande vantagem: que não podem ser desacreditados, só tem que ser negociados novamente. Seu valor não aumenta com sua vigência, senão que míngua. E isto também permite vislumbrar que o problema específico da modernidade segue estando na dimensão temporal". (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Jost Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998. p. 161.

nosso problema. Isso porque, até o momento, ele foi apenas parcialmente resolvido. Utilizando todo o referencial que foi construído e discutido aqui, é chegado o momento de responder a uma de nossas indagações intermediárias, que questionava sobre as possibilidades de aprendizagem.

4.4 Aprendizagem: quem pode aprender e o que pode ser aprendido

Imediatamente, a partir trabalho sociológico de Selznick e de Luhmann⁶⁵⁷, abriu-se espaço para questionar se está-se diante de uma teoria que tolera a ideia de aprendizagem. Isso porque, em nossa observação em diversos momentos surge a colocação de que o Direito pode aprender a partir da observação de seus efeitos na Sociedade, que lhe dão informações preciosas para processos de autocorreção. Entretanto, neste ponto, após todas as conjecturas que foram feitas até o momento, todos os enfrentamentos teóricos realizados, é preciso retomar uma pergunta feita pelo próprio Luhmann⁶⁵⁸, já elencada nesta tese, mas ainda não respondida: será que é possível um sistema social aprender?⁶⁵⁹

A questão torna-se relevante na medida em que a aprendizagem é um elemento fundamental quando se fala em decepção, em desapontamento de expectativas. Quando um indivíduo recebe uma resposta negativa às suas expectativas cognitivas, será a aprendizagem que possibilitará que ele tenha confiança e siga em frente. Quando o desapontamento é relacionado a uma expectativa normativa, algumas limitações quanto a esta aprendizagem são

⁶⁵⁷ Importante registrar que uma conexão efetiva do pensamento de Luhmann e de Selznick pode ser vista nos trabalhos de Gunther Teubner, autor que foi aluno destes dois pensadores, iniciando suas pesquisas com Luhmann e após com Selznick. Portanto, este é um elemento fático que nos permite a utilização dos trabalhos de Luhmann e Selznick sem o risco de incorrer em desencontros teóricos. Ainda, há espaço para a introdução da discussão atual sobre o pluralismo, cunhada por Teubner, e que traz estes mesmos problemas apontados aqui, mas em um outro nível. Nesta mesma linha, é congruente o trabalho de Leonel Severo Rocha no tocante aos seus escritos sobre Rui Barbosa, que defende que no Direito se encontra uma das formas racionais de poder, como tem dito Habermas na atualidade, sob outra perspectiva. Ou seja, os autores que são utilizados para a construção desta tese não implicam em mixagens teóricas.

⁶⁵⁸ A retomada desta pergunta se faz necessária, nos termos do que escreveu Lefort, para que haja uma legitimidade de nossa interpretação e construção, que se originam neste questionamento. ROCHA, Leonel Severo. *A democracia em Rui Barbosa: o projeto político liberal-racional*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995. p. 8.

⁶⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 192. **Na versão francesa:** “Les tentatives théoriques en vue d'appliquer le concept d'apprentissage aux systèmes sociaux et de remettre en question les conditions de la capacité d'apprentissage de ces systèmes (à la différence des systèmes psychiques) sont tout à fait nouvelles et, par conséquent, encore incertaines.” LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec: Université Laval, 2001. p. 231.

decorrentes da própria forma de expectativa. Porém, quando é o Sistema que é desapontado, existe a absorção desta incerteza e, em certa medida, talvez aprendizagem. A pergunta que se coloca então é: será que um Sistema autopoietico como o do Direito está disposto a aprender?

Com todas estas frustrações de expectativas que rodeiam o Sistema do Direito, e que originam uma série de críticas e comunicações conturbadas, surge um momento em que o próprio sistema é desapontado. Não apenas nestes momentos, mas em momentos em que seus membros agem de forma inadequada, que suas metas não são atendidas, ou que suas decisões, de algum modo, mostram-se em desconformidade com as comunicações sociais, o sistema pode ficar desapontado.

Vale à pena retomar uma questão inicial. Pode-se dizer que sempre há incerteza na Sociedade e no mundo. Sempre se podem criar expectativas variadas sobre situações da vida cotidiana (eu tenho a expectativa de que hoje verei o programa de televisão X às 20 horas). O acontecimento fático, que parte de uma decisão, vinculado àquela expectativa, é que dará uma estabilidade momentânea para a mesma, mas não dirá como lidar com a frustração dela decorrente (o programa simplesmente não passou às 20 horas e não está na grade de programação dos próximos dias ou, eu, enquanto indivíduo, fiquei preso no trânsito e não consegui assistir ao programa). Com esta frustração não canalizada, aumentam-se as expectativas de incerteza sobre várias outras questões correlatas, o que gera mais instabilidade e dificulta as comunicações (acordo no próximo dia já pensando se hoje o programa irá passar ou não, ou se outros programas também serão cancelados, se conseguirei chegar em casa a tempo, e volto grande parte de minha atenção para esta preocupação). Isso só será modificado com novas decisões e novas expectativas decorrentes da aprendizagem ou do encaminhamento dos desapontamentos (ou se oficializa que o programa não irá mais passar ou ele volta a passar). Voltando a ser transmitido, a estabilização que a resposta proporcionou permite que eu sequer necessite assistir todo ele, mas simplesmente vendo que ele está passando, tudo se tranquiliza e volta ao normal. Ou, é preciso que se reestruturem as expectativas para explicar a desilusão sentida.

O problema agora é como explicar e lidar com isso em nível de Sociedade, em que a todo o momento ocorrem situações como esta para milhares de indivíduos. Se o ponto de corte desta expectativa é a decisão, pode-se transportar este exemplo para uma esfera de observação mais reduzida, o Direito. O que vai

legitimar a nossa indagação: em que termos se pode pensar em estruturação de expectativas⁶⁶⁰ dos participantes de um processo judicial e estabilização do sistema, se a decisão jurídica sempre é contingente?⁶⁶¹

Naturalmente que uma reestruturação das expectativas, um efeito de aprendizagem, se realiza duma, ou doutra forma, através da decisão. Depois do processo já não se podem alimentar as mesmas expectativas do que antes do processo. A pergunta é, porém, se este efeito de aprendizagem é orientado no processo e com respeito ao direito, incluído na opinião pessoal dos participantes, ou se se realiza após a decisão através duma experiência desiludida. (tradução nossa).⁶⁶²

Para que se garantam as expectativas normativas delineadas pelo Sistema da Política, é preciso que se tome uma decisão. Garantia de expectativas⁶⁶³ só vai ocorrer com a tomada de uma decisão, e a tomada de uma decisão no Sistema do Direito é sempre feita por uma organização. Por isso, na primeira parte deste trabalho dedicou-se atenção especial às organizações. As organizações ocupam papel fundamental de redução de complexidade e de gerenciamento do risco no Sistema já que a elas incumbe a seleção das múltiplas possibilidades que gravitam em torno de uma situação.

Como já foi dito no início desta tese, quando se tratou das decepções e desapontamentos, aprender “significa buscar otras posibilidades”⁶⁶⁴. Enquanto os desapontamentos permitem que as frustrações daquela expectativa sejam expressadas, sendo que sua função “consiste em possibilitar a manutenção da

⁶⁶⁰ Lembrando que estruturas são estáveis e duradouras.

⁶⁶¹ Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir riscos. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 46.

⁶⁶² LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 95. **Na versão francesa:** “Évidemment, la décision produit d' une manière ou d' une autre une restructuration des attentes, un effet d' apprentissage. Une fois la procédure terminée, on ne peut conserver les attentes que l' on avait auparavant. Mais la question est de savoir si cet effet d' apprentissage peut être régulé dans la procédure et être intégré, en conformité avec le droit, dans la conception que les participants ont d' eux-mêmes ou plutôt si cet apprentissage ne peut se réaliser qu' à travers une expérience de déception qui suit la procédure.” LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec: Université Laval, 2001. p. 107.

⁶⁶³ Ressalta-se: garantia não pode ser confundida com certeza.

⁶⁶⁴ “significa buscar outras possibilidades.” (tradução nossa). DE GIORGI, Rafaelle. *Ciencia del derecho y legitimacion*. México: Universidad Iberoamericana, 2007. p. 256.

expectativa apesar de acontecimentos discrepantes”⁶⁶⁵. As demais concepções, como sistema, expectativas e sentido, têm-se mais vivas na memória, pois necessitaram ser constantemente abordadas na construção dos demais capítulos.

Falando em memória, ela é essencial no processo de aprendizagem. A memória faz parte do processo de aprendizagem, e isso é fácil de assimilar quando se pensa em pensamentos e seres vivos. Os animais aprendem truques e comportamentos idealizados pelos seres humanos a partir das memórias (geralmente estimuladas por recompensas). Sempre que esquecem, sempre que tem uma falha em sua memória, não aprendem, não conseguem comunicar o que aconteceu anteriormente. Os seres humanos dependem de sua memória inclusive para se comunicar. Quando, com o passar dos anos, seu organismo começa a apresentar problemas, ou quando determinadas doenças afetam a sua memória, e surgem os esquecimentos, ocorrem diversas falhas de comunicação que dificultam em muito a vida em aspectos sociais e pessoais. O esquecimento gera uma espécie de dependência do outro.

Voltando a observação para os sistemas, e não mais para os seres vivos, parece mais difícil pensar em memória, já que ela geralmente é vista como algo psíquico ou biológico. Entretanto, os sistemas também têm memória e, de certa forma, é ela que permite que os sistemas se posicionem no tempo e tenham elementos para se comunicar e, no caso do Direito, decidir. Da mesma forma que com os animais ou os seres humanos, quando o sistema tem lapsos de memória, isso afeta a sua comunicação e a sua aprendizagem. Ou seja, evitar esquecimentos acelera o processo de aprendizagem.

A estrutura de uma organização comporta a existência de uma memória, que não é individual de seus membros, mas uma memória da própria organização, que de certa forma é compartilhada. Não compartilhada em um espaço transcendental, mas compartilhada pela comunicação de seus membros. Ocorre que não é apenas esta memória organizacional que é importante para a organização, mas a memória pessoal de seus membros, sobre a organização e sobre suas memórias pessoais também é importante, e pode ser estimulada através de incentivos. Estes incentivos podem ser, por exemplo, para que as pessoas se estabeleçam próximas de suas famílias, possam sair para estudar, tenham seu trabalho publicamente reconhecido.

⁶⁶⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 71.

Este tipo de atitude ajuda a evitar estes esquecimentos e manter esta memória, nem tão pessoal, mas organizacional. Cria uma cultura e um sentido de pertencimento⁶⁶⁶. Portanto, “impedir el olvido es un proceso que acelera el aprendizaje⁶⁶⁷.” Isso significa, para falarmos em aprendizagem do sistema, que este sistema precisa preocupar-se também, em linhas gerais, com o bem estar de seus membros.

Pode parecer controverso, mas a memória tem uma função dupla: lembrar e esquecer. Sem esquecimento não haveria aprendizagem e nem evolução. Em certa medida, algumas coisas precisam ser esquecidas para que se possa “tirar um aprendizado daquela situação” e seguir em frente. Da mesma forma que evitando o esquecimento se otimiza o aprendizado, o esquecimento de algumas experiências também tem este mesmo efeito, ambos, ligados à memória⁶⁶⁸. O fato de se poder esquecer alguns desapontamentos, frustrações, é o que possibilita que se siga em frente. Assim,

Olvidar no debe concebirse como una especie de pérdida de acceso al pasado porque eso presupondría en principio la reversibilidad del tiempo. **La función positiva del olvidar** se sigue del efecto a la vez irreversible y acumulativo que tiene el tiempo. El nexo de estas dos características del tiempo debe conservarse y romperse, y ésa es precisamente la función de la memoria; o dicho con más exactitud, la doble función de recordar y olvidar. Sin olvido no habría aprendizaje ni evolución. [...]. La repetición produce ella misma el recordar y el olvidar⁶⁶⁹. (grifo nosso).

⁶⁶⁶ RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío; OPAZO, María Pilar. *Comunicaciones de la organización*. Colaboración de René Ríos F. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile; Alfaomega Grupo, 2008. p. 309.

⁶⁶⁷ “impedir o esquecimento é um processo que acelera a aprendizagem”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 210.

⁶⁶⁸ E no serviço público este efeito do esquecimento é emblemático. Veja-se um exemplo: em entrevista concedida pela ex-governadora Yeda Crusius, no dia 31 de julho de 2015, à Rádio Gaúcha, quando se tratava do até então possível parcelamento do salário dos servidores públicos (que depois foi concretizado), o repórter questionava a entrevistada afirmando que ela, mesmo com crise, não havia parcelado salários. Esta, por seu turno, respondia veementemente que havia parcelado salários sim. Com a insistência do repórter em dizer que não, a entrevista foi obrigada a dizer que isso havia ocorrido sim no ano de 2007 – e inclusive ironizou que não fazia tanto tempo assim – mas que as pessoas e a imprensa tinham a tendência de esquecer logo destes acontecimentos. O fato é que não foi apenas o pagamento posterior dos salários que fez com que se voltasse a normalidade dos serviços, mas também o esquecimento de que os salários, em determinada época, foram parcelados. Muitas vezes se diz que “o povo brasileiro não tem memória” e de fato, socialmente verifica-se isso em vários momentos, mormente em época de eleições. No entanto, esta “falta de memória” nem sempre é prejudicial.

⁶⁶⁹ “Esquecer não deve ser concebido como uma espécie de perda de acesso ao passado, porque isso pressuporia em princípio a reversibilidade do tempo. A função positiva do esquecer segue-se do efeito por sua vez irreversível e cumulativo que tem o tempo. O nexo destas duas características do tempo se deve conservar ou romper, e essa é precisamente a função da

Como a pergunta é pela aprendizagem em termos de sistema, e não só dos seres humanos, tem que ser lembrado que o sistema opera por diferenciação. Há uma diferenciação funcional entre os subsistemas da Sociedade, e uma diferenciação destes com o Sistema Psíquico, que não é social. O significado disto é que cada um tem a sua função e, como visto, cada um tem o seu tempo, que precisa ser de alguma forma ser sincronizado (e se viu como) para que possam se comunicar. Também em razão da diferenciação, cada sistema gera um tipo de expectativa, tanto normativa como cognitiva, diferente.

Ocorre, contudo, que esta mesma diferenciação que permite a comunicação e a funcionalidade dos sistemas amplia a margem de irritação dos sistemas e entre os sistemas em seus acoplamentos, e proporciona uma cooperação, uma interação entre eles. Isso porque, nestes casos, provavelmente apenas um dos sistemas vai aprender, possivelmente, o sistema que recebe, que se aproveita da informação recebida, e com o aprendizado ele tem grandes chances de modificar-se. Afinal, é para isso que ele precisa aprender, para mudar alguma coisa que está errada. Mas este aprendizado pode mudar a dinâmica de comunicação social, mesmo que mantenha a sua diferenciação, e com isso os outros sistemas são afetados. Por isso que a diferenciação, que faz com que só um sistema aprenda nesta relação, aumenta a margem de irritabilidade dos sistemas.

Con la diferenciación sistémica se producen horizontes de expectativas bastante heterogéneos y también distintos lapsos de tiempo dentro de los cuales el futuro merece la atención del presente y – por último – ritmos y frecuencias de repetibilidad posible muy dispares. Ésta es también la razón por la cual la diferenciación por funciones produce una inmensa expansión de la irritabilidad de la comunicación societal; aunque, al mismo tiempo, en el caso normal restringe las exigencias de aprendizaje a sólo uno de los sistemas funcionales y, con ello, deja abierto si este sistema irritará a otros mediante los cambios de sus estructuras y operaciones⁶⁷⁰.

memória; ou dito com mais exatidão, a dupla função de recordar e esquecer. Sem esquecimento não haveria aprendizagem nem evolução. [...]. A repetição produz ela mesma o lembrar e o esquecer”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 458.

⁶⁷⁰ “Com a diferenciação sistêmica se produzem horizontes de expectativas bastante heterogêneas e também diferentes lapsos de tempo dentro dos quais o futuro merece a atenção do presente e – por último – ritmos e frequências de repetibilidade possivelmente muito dispares. Esta é também a razão pela qual diferenciação por funções produz uma imensa expansão de irritabilidade da comunicação social, embora, ao mesmo tempo, o caso normal restringe as exigências de aprendizagem para só um dos sistemas funcionais e, com isso, deixa aberto se este sistema irritará os outros mediante as mudanças de suas estruturas e operações”. (tradução nossa).

A diferenciação por funções produz uma imensa expansão da irritabilidade da comunicação social, mas restringe as exigências de aprendizagem a um só sistema. Mas esta irritabilidade é positiva. O aumento da irritação tem a ver com o aumento da aprendizagem no sistema, e também tem a ver com a adaptação das estruturas do sistema.

Esta reflexión muestra al mismo tiempo (y esto también vale para los organismos) que el aumento de irritabilidad tiene que ver con el aumento de capacidad de aprendizaje; es decir, con la capacidad de aumentar la irritación de partida en el sistema y de producir otras irritaciones acomodándolas a las estructuras existentes hasta que la irritación se pierde en las estructuras adaptadas⁶⁷¹.

Portanto, é importante deixar muito bem esclarecido que mesmo com a aprendizagem, para nós, nesta tese, cada sistema só pode aprender dentro de seus limites e para transformar a sua realidade. Esclarecemos isso para que não se confuda a nossa proposta, com o pensamento desenvolvido por John Paterson (autor que trouxemos no capítulo “para onde foram todas as pessoas?”). Para ele, os sistemas devem aprender a se equipar melhor para compreender como os outros sistemas se vêem, como observam a suas realidades, para poder influenciá-los, em uma ideia de reflexividade⁶⁷², o que já foi muito criticado por Michael King⁶⁷³, e que também não é aceito por nós. Veja-se que até este momento, ressaltamos mesmo dentro da ideia de aprendizagem, que existe diferenciação funcional que não pode e não deve ser modificada, e que não há influência de um sistema para o outro, apenas pode haver uma alteração das comunicações do meio social. Ainda, acrescentamos a isso que com a aprendizagem, teremos irritação que fará com que apenas um dos sistemas aprenda.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 627.

⁶⁷¹ “Esta reflexão mostra ao mesmo tempo (e isto também vale para os organismos) que o aumento da irritabilidade tem a ver com o aumento de capacidade de aprendizagem; quer dizer, com a capacidade de aumentar a irritação de partida no sistema e de produzir outras irritações acomodando-las às estruturas existentes até que a irritação se perca nas estruturas adaptadas”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 627.

⁶⁷² PATERSON, John. Reflecting on reflexive law. In: KING, Michael; THORNHILL, Chris (Ed.). *Luhmann on law and politics: critical appraisals and applications*. Oxford: Portland Oregon. 2006. p. 13-35. Neste texto o autor reflete sobre o direito reflexivo. Curiosamente, ao final, como ocorre em outros de seus textos que trazem questões controvertidas, ele termina o trabalho com uma frase que lhe rende tantas críticas e até mesmo ironias (como acontece no texto de Michael King mencionado na nota abaixo): “There are many bases for making better use of its possibilities”. “Há muitas bases para fazer um melhor uso de suas possibilidades”. (tradução nossa).

⁶⁷³ KING, Michael. What’s the use of Luhmann’s theory? In: KING, Michael; THORNHILL, Chris (Ed.). *Luhmann on law and politics: critical appraisals and applications*. Oxford: Hart Publishing, 2006, em especial, nas páginas 41 a 45.

Ou seja, a diferença entre a nossa proposta e a proposta de Paterson é sutil: a nossa tese não consiste em o Direito aprender para ficar melhor equipado para ver melhor outros sistemas, mas que aprenda para ficar melhor equipado (se quisermos manter o termo para enfatizar a diferença das propostas) para que ele possa perceber melhor a realidade do ambiente que é apresentada para ele mesmo. Apenas isso.

Aqui se encontram indícios de como vários sistemas podem sim apreender (de forma idenpendente, e não um aprendendo sobre a funcionalidade do outro). Ocorre que além destes indícios, o fato de muitos sistemas serem autorreferentes/heterorreferentes, possibilita que eles aprendam. Entre estes muitos sistemas que operam na forma autorreferência/heterorreferência estão o Sistema Psíquico (tem uma aceitação mais fácil da ideia de aprendizagem), o Direito e a Política, justamente, os sistemas que interessam para a resolução do nosso problema de tese. Essa possibilidade de aprendizagem proporcionada pela autorreferência/ heterorreferência analisadas no primeiro capítulo desta tese, deve-se ao fato de que “los sistemas que operan en el médiun del sentido pueden (e incluso deben) distinguir la autorreferencia de la heterorreferencia. [...]. Es esta distinción la que hace posibles aquellos procesos que normalmente llamamos 'aprender'⁶⁷⁴.”

Aprender nessa perspectiva é mais do que um recurso que visa o objeto, que visa aprender sobre algo, aqui reiventta-se a aprendizagem com foco no processo de aprendizagem em si. Essa proposta, vai ao encontro do que foi proposto e argumentado desde o projeto: trata-se de aprender a aprender e, este processo, obrigatoriamente tem que levar em conta a capacidade de seletividade e de distinção. Somao a isso, tem-se que considerar o processo de reflexividade (explicado no primeiro capítulo), que reforça a seletividade do processo mediante a aplicação deste processo a si mesmo, com base na distinção antes/depois. A reflexividade é o modo genuíno de aprender a aprender.

Conclui-se, a partir destas considerações, que o sistema pode aprender sim. Portanto, a resposta para “quem pode aprender?”, é tanto Sistemas Sociais como Sistemas Psíquicos. Tanto organizações como seres humanos. Agora, nos resta dizer “o que pode ser aprendido”.

Como se afirmou desde o início, todos os sistemas possuem canais de absorção

⁶⁷⁴ “os sistemas que operam no meio do sentido podem (e inclusive devem) distinguir a autorreferência da heterorreferência. [...]. É esta distinção que faz possível aqueles processos que normalmente chamamos ‘aprender’”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 33.

ou desvio dos aborrecimentos e irritações. No entanto, com o passar dos anos, estes mecanismos, no caso do Direito, não têm sido suficientes. Veja-se o que Luhmann escreveu a respeito.

Los canales de irritación parecen absorber demasiados problemas, pero al mismo tiempo, no los suficientes. [...]. Independientemente de lo que las causas de irritación venidas del entorno del sistema de la sociedad han aumentado dramáticamente en las últimas décadas – y principalmente sobre la pantalla de la sociedad misma. Lo cual es válido por lo menos en tres aspectos:

[...].

(3) Con relación a las expectativas cada vez más individualizadas e ‘indiosincráticas’ de los individuos particulares orientados a la felicidad y a la autorrealización⁶⁷⁵.

Estas causas de irritação advindas do entorno, que se traduzem nas expectativas cada vez mais individualizadas dos indivíduos e “comportamentos – indisiocrásias” dos indivíduos particulares orientados à felicidade e à autorrealização pessoal, são passíveis de comunicação na Sociedade e podem sim interferir nos sistemas. E mais do que nunca, tem-se um individualismo exacerbado na Sociedade. E que não se confunda, o individualismo existe, o que ocorre é que as pessoas querem comunicar este individualismo⁶⁷⁶. Prova disso são as atuais redes sociais, como

⁶⁷⁵ “Os canais de irritação parecem absorver muitos problemas, mas ao mesmo tempo, não o suficiente. [...]. Independientemente de que as causas vindas do entorno do sistema da sociedade tenham aumentado drasticamente nas últimas décadas – e principalmente sobre a tela da sociedade mesma. O qual é válido pelo menos em três aspectos: [...]. (3) Com relação às expectativas cada vez mais individualizadas e ‘indisiocráticas’ dos indivíduos particulares orientados a felicidade e a autorrealização”. (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. 630.

⁶⁷⁶ Luhmann aborda muito bem a questão do individualismo no livro *Reconstructing Individualism: autonomy, Individuality, and the Self in Western Thought*, em especial no capítulo *The Individuality of the Individual: Historical Meanings and Contemporary Problems*. Neste espaço, o autor trata da individualidade do individual, e dos problemas históricos que sobrecarregam esta discussão. Seu foco é a observação do Self no Pensamento Ocidental. Para isso, ele aborda as concepções de diversos autores e escolas, como Durkheim, Simmel, Mead, a escola Europeia, os problemas do pensamento de Descartes, Kant, das concepções religiosas da Igreja Católica, da Teoria Estética, entre outras mostrando como na maioria destes casos, a individualidade esta ligada a estratificação social ou ao transcendental. Assim, seria preciso reformular o problema histórico do individualismo e buscar explicações que fujam destes paradigmas que não se sustentam. Ele também alerta que a mixagem dos paradigmas velhos e novos é impossível, pois neles temos sistemas fechados, abertos, autopoieticos, Sistemas Sociais e Sistemas Psíquicos que não podem ser confundidos. Assim, repensar o individualismo do individual e o individualismo do indivíduo não é uma tarefa fácil, mas que tem precisa ser feita, observando os pressupostos sociais. Por isso, a autorreferência será um dos elementos chaves nesta reconstrução mesmo com suas paradoxalidades, nos moldes que tratamos ao início desta tese, e culminam com esta questão final levantada aqui por nós, a partir da observação do comportamento social contemporâneo. LUHMANN, Niklas. *The individuality of the individual: historical meanings and contemporary problems*. In: HELLER, Thomas C. (Ed.). *Reconstructing Individualism: autonomy, individuality, and the self in western thought*. Stanford: Stanford University Press, 1986. p. 313-325.

Instagram e *Twitter*, que nada mais são do que formas de as pessoas, em geral individualmente, mostrarem para o mundo o que elas estão fazendo. Elas querem se afirmar, e não querem mais saber apenas de celebridades ou pessoas com reconhecida importância social. Elas querem que elas mesmas sejam percebidas, que suas vidas – reais ou maquiadas – sejam fonte de observação. Elas querem individualmente mostrar e comunicar a sua individualidade para o mundo.

Mesmo frente a este individualismo, é preciso garantir a capacidade de aprendizagem não só das pessoas, mas dos sistemas. Assim, há mais do que nunca um forte individualismo, mesmo em tempo de uma teoria da Sociedade forte e marcante. A forma de estabilizar isso é através de estruturas que adotem este método funcional, a máxima capacidade de resolução de problemas, de enfrentamento destas expectativas, mantendo a estrutura.

O que se pode aprender? Pode-se aprender, primeiramente, que Sistema e Entorno têm suas formas de interação, e que com isso, as expectativas cognitivas também afetam as comunicações sociais. Pode-se aprender que nem sempre o Sistema terá como solucionar um problema, mas que ele precisa estar preparado estruturalmente para canalizar os desapontamentos causados, mesmo que eles sejam legítimos. Pode não ser culpa dele aquele desapontamento, mas como ele foi provocado a dar uma decisão sobre aquela expectativa, passa a ser responsabilidade dele encontrar uma forma de canalizar o desapontamento que pode ser gerado dali. E talvez o mais importante, que não se pode colocar todas as expectativas apenas no Sistema do Direito.

Mesmo que um sistema seja capaz de aprender, como são Direito e Política, esta carga para a aprendizagem tem que ser dividida entre sistema e participantes que, embora durante a participação estejam no sistema, não é o sistema.

5 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, procurou-se demonstrar como as expectativas cognitivas e normativas comunicam na Sociedade, e como elas podem causar decepções e desapontamentos que, se não canalizados, possivelmente levarão a um caos nas comunicações, impedindo a evolução Social. Como na atualidade estas expectativas têm sido direcionadas ao Sistema do Direito, o qual por intermédio do Poder Judiciário tem acolhido estas demandas, tornando-se obrigado a decidi-las, passa a ser sua responsabilidade encontrar uma forma de canalizar estes desapontamentos e decepções. Há expectativa de que isso tenha ficado claro, mas, caso contrário, neste espaço final tentar-se-á demonstrar como, através de uma nova observação sobre a Legitimação pelo Procedimento, pode-se falar em um sistema estruturado para lidar com decepções e desapontamentos, bem como um sistema que passará a gerar menos decepções e desapontamentos e mais aprendizagem.

Em três grandes partes, pretendeu-se responder às perguntas postas no início desta pesquisa, bem como aos questionamentos que foram surgindo durante a construção dos capítulos. Assim, no primeiro capítulo, observaram-se as expectativas e o indivíduo na Sociedade Complexa. Para tanto, foi necessário esmiuçar a noção de expectativas, seu papel nas comunicações sociais e o que realmente representam e como se comportam em um contexto de muitas possibilidades. Também se abordou a forma autorreferência/heterorreferência e a dimensão das decepções e desapontamentos advindos das expectativas. Após ser estabelecido o significado das expectativas, sua diferenciação, assim como os desapontamentos, voltou-se para o ponto mais determinante dos esclarecimentos que precisavam ser feitos nesta tese, antes de ser respondida à pergunta: qual o lugar do indivíduo na Teoria dos Sistemas? Na segunda parte, o foco foi a Sociedade, Democracia e Teoria dos Sistemas, em especial o funcionamento e papel que os Sistemas da Política e do Direito ocupam na organização da Sociedade, explicitando as considerações através de exemplos do Direito Penal, dos Juizados Especiais e da Lei Maria da Penha. Neste mesmo capítulo, foi necessário observar como as expectativas são a origem de muitos conflitos levados ao Direito e à Política, e como diferentes modelos de Política e de Governo alteram a resposta da pergunta: “com que autoridade?”. Por fim, a terceira parte desta tese trabalhou a

Decisão, Seleção, Argumentação e Aprendizagem, com o intuito de observar o processo de tomada da decisão judicial e o papel que está destinado à Legitimação pelo Procedimento nesta fase do Direito e da Sociedade. Aqui é possível responder “por que a decisão deve ser cumprida?”, e como a resposta para todas as inquietações da tese não está no consenso, embora algumas vezes a pergunta feita poderia passar a ideia de indução por este caminho. Tudo isso levou a tratar sobre a aprendizagem e de como ela é o elo final da construção de nosso desfecho. Relembrados os pontos centrais de observação, é possível tecer as conclusões necessárias para a finalização desta tese.

A conclusão de uma tese é o momento em que se deve dizer pontualmente e de forma clara qual é efetivamente a tese resultante da pesquisa apresentada. Ao longo desta (curta) vida acadêmica, acompanhou-se a defesa de várias teses, e também se teve a oportunidade de ler muitos trabalhos, tanto oriundos desta instituição como de outras. Algo em comum na maioria deles sempre incomodou: afinal, qual é a tese? Para não incorrer neste risco, nesta conclusão, após a breve retomada dos capítulos, pode-se dizer que a tese consiste em definir que: observando o âmbito do Sistema do Direito, a Legitimação pelo Procedimento luhmanniana pode exercer o papel de estrutura estabilizante, desde que relida pela autopoiese e entendida como uma estrutura, abrindo espaço para a introdução de elementos que vão além do lado ritualístico, incluindo portanto a exigibilidade de uma fundamentação que produza sentido e, com isso, leve à aprendizagem.

Para chegar nesta tese principal, ao longo da pesquisa desenvolveram-se várias pequenas teses, que embasam o argumento final. Antes de as detalharmos, talvez seja mais interessante colocar o problema sob outra perspectiva, retomando o trabalho inicial feito ainda na qualificação, quando tudo o que foi escrito não passava de um projeto. Isso permitirá compreender a dimensão real de suas implicações nas comunicações da Sociedade.

Em alguns dos episódios da mundialmente conhecida animação South Park (episódios estes que foram parcialmente reproduzidos durante a qualificação deste projeto de tese), o personagem Eric Cartman faz pensar, diante de suas comunicações sociais em diversos momentos, por que uma decisão, uma ordem, deve ser cumprida. Em um dos episódios (terceiro episódio da segunda temporada), depois de uma série de acontecimentos envolvendo o aumento da criminalidade na sua cidade e a polícia local, Eric, assim como outros amigos – todos eles crianças –

passam por um procedimento e são nomeados policiais. A lei local prevê esta possibilidade. A partir disso, Eric passa a agir como um policial, estando devidamente fardado e legitimado por um procedimento para isso. Ocorre que todas as vezes que ele emana uma ordem, como “desça do carro”, ao invés dos cidadãos a cumprirem, questionam se ele não é uma criança, um amigo de seus filhos, entre tantas outras alegações. Em seguida, após emitir a ordem outras vezes, Eric solta a sua famosa afirmação “Respect my ‘autorita’!” e, como não é atendido, passa a agredir as pessoas. Com o passar do tempo, ele começa a confundir seus papéis sociais, começa a abusar de sua autoridade e usá-la mesmo quando não a tem, como em uma brincadeira entre amigos, em que ele deixa de ser o policial e naquela comunicação passa a ser apenas o amigo Eric.

Pois bem, essa sátira americana retrata muito bem os problemas que foram apresentados nesta pesquisa. Uma autoridade que passou por um procedimento legítimo para decidir algo, por algum motivo, não tem sua ordem cumprida. O que isso diz em termos de se pensar apenas em legitimidade sem argumentação? Deve-se cumprir uma decisão só porque ela foi dada por uma autoridade que passou por um procedimento? E somado a isso, tem-se o exagero do poder e da coação, do argumento de autoridade e, finalizando, a mistura de papéis oriunda da experimentação de poder em alguma de suas comunicações sociais. A legitimidade que o procedimento garante para uma autoridade lhe dá poder de decisão, o qual precisa ser observado mais atentamente na Sociedade Complexa. Observe-se como se deu o enfrentamento destes problemas.

Primeiramente, como foi dito no início da tese, este trabalho representou a continuação do que se desenvolveu na dissertação de mestrado em relação às observações do Direito referentes aos pedidos de medicamentos experimentais que eram levados ao Poder Judiciário em desfavor do Estado. É importante lembrar isso, pois toda a parte introdutória feita naquela pesquisa, bem como os dados lá coletados que exemplificavam e comprovavam as afirmações, compõem também as alegações feitas neste momento. De outra perspectiva, pode-se observar esta questão da “judicialização da saúde” como as expectativas cognitivas, baseadas em expectativas normativas que são comunicadas na Sociedade e levadas ao Sistema do Direito buscando uma decisão, que, embora este sistema seja obrigado a proferir, nem sempre pode ter suas pretensões satisfeitas por este mesmo sistema, ou inclusive, respondidas por ele. O que foi feito aqui não foi nada mais do que

observar o contexto social e, a partir dele, pensar o que deve ser reestruturado para comportar este mesmo contexto social, e não com ambições de modificá-lo.

O fato é que na Sociedade sempre há a expectativa de que as coisas ocorram de uma determinada forma, mas, invariavelmente, diante da complexidade, elas podem ocorrer de outra. Com a decisão judicial acontece o mesmo. E é isso que precisa ficar claro. Não há como se pensar em controle do conteúdo da decisão judicial, muito menos que exista uma única boa resposta para um caso jurídico. Isso seria um contrassenso. O que sempre se quis foi ter muitas possibilidades. A humanidade sempre lutou para ter mais possibilidades, mais escolhas, e agora, em um momento em que a Sociedade efetivamente tem esta condição a seu favor, pensar em uma única resposta possível para uma questão seria um atraso comunicacional. Justamente porque a forma que se encontrou para solucionar os problemas que ecoam socialmente hoje é a decisão judicial. Ela se mostra como uma maneira de dar respostas às expectativas e insatisfações da população, só que, para isso, elas precisam criar sentido comunicativo. Aqui é possível falar que, efetivamente, há várias decisões judiciais consistentes diferentes para o mesmo caso, várias decisões diferentes que produzem sentido comunicativo.

Como tese, o primeiro diferencial foi abordar a decisão judicial como um tema de comunicação da Teoria dos Sistemas, a qual não é tradicionalmente usada para isso. Ao fazer esta escolha, foi possível lançar uma perspectiva completamente diversa das demais teses sobre decisão judicial, inclusive ao iniciar a abordagem pelas expectativas. É preciso perceber que, em países como o Brasil, a decisão judicial e as expectativas dos seres humanos – portanto, além de normativas, também as cognitivas – estão diretamente relacionadas à proporção de demandas judiciais existentes e aos desapontamentos comunicados naquela Sociedade. Os seres humanos, os cidadãos, não se contentam e não aceitam uma negativa para as suas expectativas.

Isso ocorre porque se comunicam muitas expectativas na Sociedade, e desta comunicação ocorrem muitos desapontamentos. Isso é natural. O problema surge quando estas expectativas começam, a partir de seus desapontamentos, a interferir na estrutura de um sistema, como o Direito, que não seria funcionalmente o destinatário destas insatisfações.

Com a tentativa de deixar a Sociedade brasileira mais participativa, foram implementados novos procedimentos no Poder Judiciário, com o auxílio do Sistema

Político, criando mecanismos mais fáceis para se instaurar uma demanda judicial, como os Juizados Especiais Criminais e Cíveis, além da Lei Maria da Penha, que exige uma decisão rápida e emergencial da situação que chega aos julgadores através das Delegacias de Polícia. Ou seja, tudo isso dá acesso direto à população, para levar suas insatisfações aos julgadores. Por isso a decisão judicial passa a ser tão relevante nas comunicações sociais. Seja pelas expectativas pessoais levadas aos decisores jurídicos, seja pelas expectativas que os casos mais comunicados na Sociedade geram em relação à sua decisão.

Como a teoria de base escolhida proporciona meios de observação da realidade, tudo o que se construiu foi a partir desta observação. Ou seja, toda esta relação entre expectativas, decisão judicial e desapontamentos é o que se percebe ocorrendo efetivamente na atualidade. Acontece que a Sociedade necessita de estabilização para poder evoluir sua diferenciação funcional. Por isso, pode-se dizer que as expectativas necessitam ser estabilizadas, os desapontamentos canalizados ou absorvidos. E até nesta necessidade está a expectativa, pois como ela é uma intenção que sempre se vincula ao futuro, ela está sempre ligada a conteúdos que podem ser modificados, isto é, sempre estão instáveis, e só se estabilizam no momento em que se realizam.

Ao discorrer sobre a estabilidade, e a necessidade da Sociedade se estabilizar, em nenhum momento isso pode ser entendido como estagnação, como engessamento das dinâmicas sociais. Pelo contrário, e esse é o grande mérito, é preciso entender que só acontecem mudanças e só podem ocorrer modificações duradouras quando há estabilidade. É necessário que a comunicação esteja estável para se propor a modificação. A operacionalização de uma modificação exige gerenciamento de riscos, e isso necessita de estabilização. A estabilização é um momento em que se conseguem emitir comunicações com sentido, com baixa margem de risco oriunda de um gerenciamento e, como se disse ao longo dos capítulos (portanto, uma de nossas pequenas teses), com gerenciamento de expectativas. Isso ocorre porque se adotou uma perspectiva em que o homem não é o centro da Sociedade, mas o ser humano tem grande relevância nas comunicações que ocorrem nela. Veja-se que, se o gerenciamento do risco é algo consolidado, justamente porque se sabe que o risco é incontrolável na medida de segurança, é inacabável enquanto elemento das comunicações sociais, e necessita de alguma maneira de uma administração, de um gerenciamento, conclui-se com estas

observações que esse recurso é totalmente compatível com as expectativas. Elas não podem ser extirpadas da Sociedade, não devem ser limitadas e não há margem de certeza ou segurança que as possa envolver. Mesmo assim, do mesmo modo que o risco, elas comunicam na Sociedade e podem causar danos. A maneira de amenizar estes danos e transformá-las em um elemento fomentador de comunicação evolutiva é gerenciando-as.

Dado este panorama atual da Sociedade, não cabe mais pensar que a existência do Direito ou a possibilidade de sanções sejam elementos estabilizadores. Entende-se que a sanção tem muitas possibilidades em si, que levam ou não à estabilização. A não aplicação da sanção pode ser estabilizadora, diante de clamor público, assim como não aplicar a sanção que era esperada pela população (pena maior) pode criar insatisfações que, dependendo da forma como forem comunicadas e recepcionadas, podem criar instabilidade. A sanção é algo muito contingencial para ser um meio de estabilização, mesmo que se fale em gerenciamento de expectativas. Ademais, estabilização por sanção é algo que pertence a modelos de Direito e Política muito mais arcaicos.

Igualmente, se o Direito for entendido como as normativas existentes e sua operacionalização, tampouco têm condições de gerar estabilização a ponto de trabalhar com as expectativas. O Direito visto desta forma gera muito mais expectativas e desapontamentos. Observem-se os direitos sociais e legislações como a Lei Maria da Penha, e facilmente pode-se perceber isso. Neste ponto dirigiu-se a observação para diferenciação entre Sistemas do Direito e da Política. O papel de cada um destes sistemas tem que ficar muito claro. Assim como o papel do Estado e da Administração Pública. A norma é importante, é um elemento que, aliado a outros, gera comunicação e estabilização (primária poderíamos dizer), mas o que ela faz é indicar consequências caso não seja cumprida. Ela não impede desapontamentos. Na verdade, e isso é muito importante para compreender esta tese, não se tem como impedir os desapontamentos neste nível. Ou seja, aceita-se a ideia de que os desapontamentos acontecem e vão acontecer na Sociedade. A preocupação se dá quando eles começam a desestabilizar esta Sociedade.

A Política, enquanto sistema, tem uma estrutura muito mais flexível para lidar com as expectativas dos cidadãos, com as pretensões reais que conseguem ser comunicadas. Essa “realidade” não afeta a sua estrutura. O Sistema da Política se alimenta desta realidade, na medida em que é justamente a sua capacidade de

absorver estas expectativas e operacionalizá-las que lhe move enquanto sistema. Ele não precisa aprender a fazer isso, pois isso é de sua formação. Já o Direito, embora consiga captar a realidade por intermédio das decepções e ele tenha mecanismos para transformar a complexidade indeterminada enfrentando inclusive situações do entorno, sem alterar sua funcionalidade, ele só pode fazer isso justamente porque ele pode aprender. Não é algo que sempre fez parte de sua cognição. Essa capacidade ampliou-se em razão dos influxos sofridos. Ela se modifica, amplia-se, mediante um aprendizado, e por ser aprendizado, não avança os limites estruturais do sistema, até porque essa compreensão da realidade, mesmo que ampliada, é uma “realidade” traduzida para a linguagem deste sistema. O que aumenta com este aprendizado é a capacidade de tradução de situações para a lógica do Direito, mas não se modifica a sua funcionalidade.

E assim como o Sistema do Direito, as expectativas mesmas podem ser aprendidas, através do Sistema Psíquico. Mas este Sistema Psíquico tem liberdade, os seres humanos têm liberdade para aprender ou não, justamente porque eles não fazem parte desta dinâmica social. Portanto, eles têm que ser motivados a aprender. Com isso, afirma-se que, diferentemente do ser humano, que é livre porque está no entorno, o Sistema do Direito não tem liberdade para decidir se quer ou não aprender. Na Sociedade, ou ele aprende a lidar com as novas comunicações sem alterar sua função e estrutura, ou ele vai sucumbir. Mas esta decisão não reside no campo da escolha – aprender ou não aprender – mas sim, de conseguir aprender ou não. Não se tem liberdade de escolher. Já os seres humanos, que não são sistemas, podem optar entre aprender ou não. A diferença para o Direito é que isso faz com que, para manter saudável nossa dinâmica social, ele tenha que motivar estes seres humanos a quererem aprender, até mesmo com os seus desapontamentos.

O ser humano, e grande parte das demais denominações que a ele são dadas, está no entorno da Sociedade. Assim surge a diferenciação Sociedade/Entorno. Com isso, o homem fica livre para ter suas expectativas, mas sempre haverá uma pequena margem de limitação dada pela Sociedade (justamente porque ele está fora) no momento em que ele comunica e age. A sua comunicação precisa seguir o fluxo comunicacional daquele sistema para que tenha a chance de produzir sentido, de ser comunicada, de ser percebida e entendida pelos outros. Tudo isso só acontece porque o ser humano está fora desta Sociedade, mas só se comunica nela. Porque ele não é um sistema, mas faz parte

de um sistema próprio, que é o Sistema Psíquico. Quando este Sistema Psíquico adota a forma pessoa (ou seja, ele não se confunde com a pessoa, são coisas distintas), ele restringe as possibilidades de conduta. A pessoa será a forma do observar. Ela vai possibilitar o acoplamento entre o Sistema Social e o Sistema Psíquico, e é neste momento em que ocorre a ocasião. Isso quer dizer que ela sempre se dará em um caso individual, e portanto mesmo que o ser humano tenha liberdade, ele não pode fazer tudo o que quiser, se quiser que isso comunique na Sociedade e ele continue fazendo parte de suas relações sociais. Então esta liberdade não significa que os seres humanos podem fazer tudo o que quiserem quando quiserem.

Por outro lado, nada o aprisiona ou limita que não as comunicações que ele mesmo participa. Por que isso é relevante? Porque os julgadores também são seres humanos (e não somente atores em seu papel social), e, quando estão na organização, eles não se dissociam inteiramente de sua condição oriunda do entorno. Eles trazem em si todas as suas vivências sociais e do Sistema Psíquico, e, por isso, mais uma de nossas teses é que o momento da decisão é um momento em que ocorre uma ocasião. O momento de decidir exige tanto o Sistema Psíquico como o Sistema Social do Direito para esta tomada de decisão. Nesse momento, o Sistema Psíquico, para comunicar naquela interação social, assume a forma pessoa, e com isso a ocasião acontece e surge a decisão. A forma pessoa assumida não é capaz de mudar o lado operacional do Sistema do Direito – portanto, vinculada ao procedimento. Mas ela consegue comunicar todas as demais vivências daquele decisor, vivências estas que foram importantes desde o seu momento de escolha para ingressar naquela organização.

Desta forma, é um erro dizer que os julgadores podem fazer o que quiserem quando quiserem, que podem decidir qualquer coisa, sobre qualquer coisa, porque são seres humanos com vontades, a priori compartilhados (transcendental), moral entre outros. Quando se adota esta perspectiva da Legitimação pelo Procedimento, quando se está dentro de um sistema com função operacional delimitada por uma forma e incluídos em uma organização, esse lado externo, do meio, transparece no momento de decidir, apenas nos limites que o próprio decidir judicial já tem estabelecido.

Isso não é apenas uma vantagem, mas uma desvantagem, pois, mesmo com a ocorrência da ocasião, mesmo que assim seja possível dizer que o Sistema

Psíquico consegue se comunicar com a Sociedade, embora seja possível comunicar as expectativas, nem sempre isso significa que esta expectativa vai poder ser operacionalizada. A ocasião é oferecida pela dupla contingência, e como autocatalisador do Sistema Social, e mesmo a pessoa sendo a condensação da necessidade de resolver a dupla contingência, este lado não tem poder operacional. E nem poderia. A uma porque, em qualquer acoplamento, apenas o lado cognitivo pode ser afetado. Caso contrário, o sistema rui. A duas, porque a pessoa – que é a forma que o Sistema Psíquico precisa adotar para se comunicar com o social e possibilitar a ocasião – não é um sistema, e, logo, não tem nenhum lado operacional ou cognitivo. Sua forma não é de um código de valores operacionais.

Tratando pontualmente das pesquisas de campo que foram introduzidas na tese para ilustrar as afirmações ali contidas, encontra-se exatamente isso. Em termos de Lei Maria da Penha, o que se pode observar na pesquisa, a qual foi feita com fins meramente ilustrativos, é que ela criou novas e mais ambiciosas expectativas cognitivas nas vítimas, com base no que as expectativas normativas indicam. O que acontece é que o Sistema do Direito, e ele aqui através de sua organização central, não tem como atender ao verdadeiro objetivo de grande parte destas mulheres (vidas pessoais melhores, bons relacionamentos, emprego, entre outros), e cria mais desapontamentos e desilusões. Quando elas saem da audiência, estão muito mais frustradas do que quando vieram. Aqui a solução segue o mesmo caminho indicado na dissertação de mestrado: é preciso uma rede oriunda de vários sistemas sociais para trabalhar com estas vítimas. Mesmo que se siga todo o procedimento previsto em lei, e que isso seja feito por um juiz legitimado por um procedimento para tanto, ainda assim há muitos casos em que a resposta dada possivelmente vai ser mais frustrante, ou tão frustrante quanto a situação anterior, mesmo que a decisão atenda a todos os requisitos. Não é um problema de “distância da lei da realidade”, mas um problema de falta de comunicação com outros sistemas e, principalmente, de desconhecimento e incompreensão da Sociedade sobre seus próprios direitos e as suas limitações. Até mesmo a melhor decisão judicial sobre um caso de “Maria da Penha” pode não responder à pergunta, à expectativa que aquela vítima esperava que fosse respondida.

No que tange aos Juizados Especiais, pode-se observar que ali é onde as expectativas germinam como origem dos conflitos. Diversas ações que chegam aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais têm como origem nada mais do que

expectativas. É verdade que estas expectativas são originadas de diversas fontes, de muitos sistemas, da ociosidade de grande parcela dos litigantes, de seu desconhecimento e do paternalismo estatal que muitos esperam. Mas o fato é que tudo isso ressoa no Sistema do Direito, que vai ser obrigado a decidir e, na maior parte destes casos, reconstruir a situação de forma que aquela expectativa não seja sequer respondida. O problema seja dizer não, mas nem mesmo considerar a sua existência, igualmente quando aquele era o objetivo principal da parte, como nos casos da Lei Maria da Penha, de brigas com vizinhos por questões extra-direito ou problemas de relacionamento. De qualquer forma, não se pode eliminar isso da Sociedade. Estas expectativas, assim como as expectativas de expectativas, são fundamentais para o elemento social. Até expectativas mal direcionadas podem ser boas para o sistema, pois podem – se isso for esporádico – servir como teste de consistência. Precisa-se encontrar formas de trabalhar com elas, de canalizá-las, para que seus efeitos negativos não causem instabilidades. Isso não é controle, mas gerenciamento.

A reconstrução jurídica necessária nestes casos faz com que justamente as expectativas que as pessoas traziam para ser respondidas pelo Poder Judiciário, ou, de forma mais ampla, pelo Sistema do Direito, fiquem fora desta esfera. Quando as expectativas são a origem do conflito, mesmo que tenham iniciado como expectativas cognitivas, neste momento elas ultrapassaram os limites do Sistema Psíquico e estão na Sociedade. Contudo, não significa que elas tenham que ser abrangidas pelo Sistema do Direito. Elas estão no meio social, e o Direito é apenas um dos muitos subsistemas da Sociedade. Mesmo que a Sociedade seja comunicação, nem toda a comunicação será relevante para todos os sistemas. É obrigação de outro sistema estabilizar. Agora, quando elas são comunicadas ao Direito, em que pese de forma equivocada, passa a ser obrigação do Direito estabilizar estas expectativas. O que se quer dizer com isso? Que na atualidade o Sistema do Direito tem que se preparar para lidar com estas situações, tem que se estruturar para estabilizar estas expectativas que comprovadamente têm sido direcionadas para ele, sem alterar a sua estrutura. Com isso, fica claro – se ainda não havia ficado – que a estabilização não consiste em atender às expectativas dos cidadãos, mas dar uma resposta para elas, que seja legítima, produza sentido e gere aprendizagem. Se o conteúdo será favorável ou não, é apenas um detalhe.

Nenhuma operação da Sociedade consegue se perfectibilizar sem o sentido.

Como o sentido proporciona redução de complexidade e gera manutenção de complexidade organizada, os Sistemas Sociais são constituintes e constituídos por sentido. É exatamente este o motivo de se buscar o sentido na decisão judicial, já que esta tem fomentado grande parte das comunicações e expectativas da Sociedade. E mais do que isso, só é possível perceber o sentido através do Sistema Psíquico e de seu elemento consciência. Portanto, ao explorar este tema, entende-se que se responde afirmativamente à pergunta feita anteriormente, no sentido de ser possível a Sociedade se comunicar com o entorno ou não. Evidentemente a Sociedade pode se comunicar com o entorno e precisa dessa comunicação. O caminho para esta comunicação está na linguagem. Embora a comunicação só ocorra na Sociedade, a linguagem que é utilizada para ela depende da consciência. Ocorre que as consciências (que são operacionalizáveis autorreferencialmente e na forma do sentido) entre si não conseguem se comunicar, e, logo, voltam-se para o meio social para isso. Mais uma vez, tem-se comunicação Sociedade/Entorno. Portanto, conclui-se que a comunicação só existe porque o entorno – que enquanto entorno não comunica – existe. Afinal, a consciência reside em um sistema que fica neste entorno.

A partir desta construção também se responde que existe mais de um Sistema Psíquico; são vários Sistemas Psíquicos vinculados a cada ser humano. A forma autorreferência/heterorreferência que individualiza o sistema faz com que o mundo se apresente de forma diversa para cada Sistema Psíquico. Pois bem, seguindo esta linha, tem-se que a organização é composta por vários decisores, cada um com seu Sistema Psíquico. Se no momento da decisão judicial o Sistema do Direito, através do decisor membro de sua organização, tem contato com este Sistema Psíquico, nada mais natural que cada julgador possa decidir de forma diferente dos outros membros da organização. E cada um deles, mesmo que dê respostas diferentes, ainda assim pode ter dado coerentes e satisfatórias respostas jurídicas, sem que isso implique em solipsismos, decisionismos ou arbitrariedades. Nem o individual se entende pelo social e nem o social pelo individual. Por isso que no momento da decisão ocorre a ocasião, para que possa haver este entendimento, sem que se caia no problema dos paradigmas anteriormente já criticados. Também é por esse motivo que é improvável que ao final do processo de comunicação envolvendo a organização – ou esta e os atores sociais, mesmo que todos estes atores sejam membros desta organização – todos pensem de forma igual. Com isso

já se afasta qualquer possibilidade de resposta correta. Cada julgador é um observador e, enquanto tal, só pode observar o que pode observar. A sua pessoa é determinada pela forma observar. Dito de outra forma: se decidir é observar e, se cada observação tem os seus próprios pontos cegos, e se cada julgador é um observador, a conclusão é que, conseqüentemente, cada decisão judicial pode ser diferente, incerta e imprevisível.

Por outro lado, toda a decisão, além dos conhecimentos técnicos, depende da consciência (na forma que já foi definida) daquele decisor. E isso não pode ser visto como um problema. Ocorre que mesmo assim se tem decisões e não escolhas. Não é a racionalidade de quem decide (repetindo: é uma ocasião que ocorre dentro da organização), mas é a opcionalidade sistêmica observada (pessoa) naquele momento de decidir. Em outras palavras, para esta tese, a decisão se faz de seres humanos, mais atores sociais e organização.

É claro que diversas decisões judiciais são exatamente iguais, mesmo sem terem sido proferidas pelo mesmo julgador. Isso também pode acontecer pelo fato de que o Sistema do Direito trabalha com redundância. Além disso, mesmo com a existência da ocasião, isso não impede – e nem poderia – que sejam feitas pesquisas de jurisprudência, para apurar o que a organização está decidindo em relação àquele tema, muito menos há um empecilho para que se fixem posições da organização. Afinal, não se trata de um julgador “isolado”, mas de um membro de uma organização especializada em decidir. Com a atual complexidade, ele só tem condições de decidir com validade e legitimidade porque faz parte desta organização. Portanto, é fundamental que utilize os recursos decisoriais que esta organização disponibiliza.

Por este motivo que, quando se analisa a legitimação pelo procedimento, trata-se de sentido, de argumentação e de aprendizado. A legitimação pelo procedimento – tanto processual como para ingressar na organização – é um ritual necessário na democracia para a tomada da decisão judicial. Na democracia, os rituais e a transparência dos mesmos são essenciais para se pensar em aceitação e canalização de desapontamentos, porque eles dizem publicamente o porquê e como determinado cidadão passou a ter o poder de decidir questões que podem afetar a vida de vários outros cidadãos.

A produção de sentido, como já mencionou-se inúmeras vezes, é o que possibilita o desenvolvimento das comunicações sociais. Sendo assim, entende-se

que a decisão judicial tem que produzir sentido comunicacional e, para isso, ela precisa ser fundamentada. A argumentação que ela conterà terá que dizer por que os argumentos de uma parte produzem mais sentido naquele caso comunicado do que o da outra, refutando especificamente o porquê disso. O argumento de que ao acolher um fundamento já se rejeita o outro automaticamente não é suficiente. É preciso que se diga explicitamente o porquê desta rejeição. Não se pode confundir esta conclusão com as afirmações de necessidade de fundamentação que já existem na academia. Explica-se. A exigência aqui posta pela fundamentação é diferente da de outras teorias. Não é preciso fundamentar por causa de um fator externo, pela coerência, pela integridade, pela racionalidade comunicativa do consenso, pela moral, pela pré-compreensão, é por um fator interno do próprio sistema. A obrigação de fundamentar desta forma (porque vale o argumento de um e não o do outro) decorre da própria autopoiese. É a partir da autoobservação destas decisões produzidas, reproduzidas e organizadas pelo sistema que ele poderá aprender e se comunicar com o exterior, levando à evolução. Não havendo esta fundamentação, o sistema observa algo que não lhe traz um retorno evolutivo e de aprendizado. Quando esta espécie de fundamentação não ocorre, ele perde conhecimento e capacidade de enfrentamento das questões. Sua autoalimentação é deficiente. Ele fica estagnado e, estagnado, não consegue se desenvolver e se comunicar. Pesa na Sociedade. A grande diferença de pensar o procedimento pela autopoiese é que ele precisa ser alimentado com aquilo que ele produz.

O fato de se afirmar aqui que esta fundamentação é decorrente de um elemento interno do sistema, por ele ser autopoietico não implica que ele sempre vai se realizar – como muitas das teorias que se criticou ao longo da tese fazem para justificar como vão se concretizar –, que ela seja fácil de ocorrer ou que obrigatoriamente ocorra. Pelo contrário, como quem a realiza é um julgador que também faz parte de um Sistema Psíquico e que é sabido lhe dá certa liberdade, ele pode não fundamentar, mesmo o Sistema Social precisando dessa fundamentação. Também pode ocorrer um problema de estrutura da organização deste sistema e ele não conseguir fundamentar ou não perceber esta necessidade, e com isso deixar o sistema minguar. A aceitação tem que se dar por convencimento de argumentos do próprio sistema. Isso é decorrente do fato de ser um Sistema Autopoietico. A ocasião não é algo externo ao Sistema do Direito e nem externo ao Sistema Psíquico; ela é um momento de euforia dos dois sistemas, ao mesmo tempo, para criar uma

comunicação social. Se não fosse assim, não se precisaria discutir sobre isso. Tudo simplesmente aconteceria. É patente que não há uma força maior, uma pré-disposição que obrigue ou conduza a este caminho, independente de esforços para que isso aconteça.

É por isso também que se propôs que a Legitimação pelo Procedimento tem que ser relida. Se ela for pensada como mero meio para se chegar a uma decisão, a qual independentemente do conteúdo ou do resultado final tenha que ser cumprida porque foi proferida por um julgador aprovado pelo procedimento para decidir, e porque o processo seguiu todas as fases previstas na norma, ela não se mostrará fomentadora de comunicações estáveis. Esclarece-se que este também não era o objetivo de Luhmann quando criou esta tese. Essa é uma observação errônea, feita por alguém equivocado. Luhmann elucidou que a Legitimação pelo Procedimento era mais do que isso, e deixou margens para que hoje se pudesse pensar que, a partir da autopoiese – que já foi fundamental para explicarmos o porquê da necessidade de fundamentação (alimentação do sistema) –, a Legitimação pelo Procedimento tem sim condições de abranger qualidade decisional, canalizando desapontamentos e absorvendo decepções. Pode-se, com esta releitura, pensar na Legitimação pelo Procedimento vinculada ao conteúdo de decisões que enfrentem a complexidade social.

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais foram trazidos nesta pesquisa, não apenas pelas expectativas que recepcionam e geram, mas exatamente porque atualmente representam uma inovação no que tange à Legitimação pelo Procedimento tradicional. Para Luhmann, como foi visto, a Legitimação pelo Procedimento em uma Sociedade democrática necessitava, no mínimo, da participação de todos, além de membros extremamente qualificados (e também legitimados) por parte da organização. O que se tem hoje não é esta participação, pois só pode participar quem entende do que está participando, e isso não acontece na maior parte das vezes que os litigantes não estão assistidos por advogados (sejam defensores públicos, contratados ou dativos). Mormente porque no Brasil, normalmente, as pessoas sem condições financeiras para contratarem um advogado também são pessoas com baixa escolaridade e com maior dificuldade para entenderem seus direitos. Quando não se entende uma decisão, torna-se difícil falar em aceitação.

Para um processo, é preciso que se civilizem as expectativas, e isso só

acontece através de sua institucionalização. Para institucionalizar, é preciso de uma estrutura que possibilite isso. Com a complexidade atual, esta estrutura (mesmo enquanto estrutura) precisa ser dinâmica. Por isso afirma-se mais uma vez que o advogado é fundamental para este processo. Se não há compreensão do procedimento, não há inserção nele. E é por isso que uma sugestão direta de alteração de lei tornando sua participação obrigatória seria sem sentido. Só é possível afirmar que ele é uma figura necessária porque se pode construir uma concepção que o percebe como agente institucionalizador. O advogado consegue moldar as expectativas para que elas penetrem na lógica jurídica, e ao mesmo tempo já preparar a parte para o que não pode ser solucionado pelo Direito. Com isso, voltar-se-ia a ter um pressuposto fundamental da Legitimação pelo Procedimento, que é a participação dos envolvidos neste procedimento, sem que, desse modo, queira-se dizer que esta participação vai levar ao consenso. O consenso já foi afastado como resposta. E respondendo a uma das questões iniciais, não se observa uma forma de substituição do papel do advogado. Tampouco se vislumbra como poderia ser substituída a função de reestabilização que era dada pelo papel do advogado e ainda assim ter-se legitimidade decisional nos moldes aqui propostos. Tem-se ciência de que alguns advogados acabam por criar expectativas inapropriadas em seus clientes, enganando-os e iludindo-os. Entretanto, essa é uma questão de qualidade do serviço prestado e fiscalização, e não de estrutura e institucionalização, que é condição prévia para esta observação.

O que se conclui disso? Que os Juizados Especiais, tanto Cíveis como Criminais são estruturas que, se melhor observadas, podem enfrentar a complexidade social e, até mesmo, em termos mais tradicionais, atender às demandas da população. Não se nega que hoje eles já consigam fazer um trabalho razoável. Mas, com base nestas observações, entende-se que um trabalho de excelência só é possível com a modificação de algumas questões substanciais, pois, caso contrário, mais uma vez, este recurso ficará à margem de toda e qualquer discussão judicial feita, e, até mesmo, de nossa tese. É preciso que ele tenha a obrigatoriedade dos advogados, é necessário que ele seja composto por juízes togados, que efetivamente têm a legitimação necessária estabelecida em nosso modelo social. Pode-se pensar até em juízes que estejam passando por seu estágio probatório, uma vez que, em tese, juridicamente, tratam-se de casos mais singelos, e de que estes juízes estão começando a conhecer a organização. Hoje, surgem

perguntas como “por que deve ser cumprida esta decisão?” ou “com que autoridade?”, a partir do momento em que nos juizados, os litigantes encontram autoridade em pessoas não tão bem preparadas e que assumiram o cargo através de procedimento mais frágil. Até mesmo a figura dos assessores, como já foi explicado, poderá ser introduzida nesta estrutura, e, com isso, se bem trabalhada, ampliar os horizontes de observação dos casos. Contudo, deve-se lembrar que, se o julgador é o único dos envolvidos no processo que ao final terá a possibilidade de vê-lo como um todo – lembrando que mesmo no todo há um ponto cego –, é imperioso que ele efetivamente se dedique a esta observação, e que não observe parcialmente apenas através da observação de seu assessor. O contra-argumento de que não há magistrados para isso, não há disponibilidade econômica ou qualquer outro destes argumentos tradicionais, não é argumento a ser aceito. Eles apenas mostram a fragilidade da administração. Aceitar estas justificativas é como aceitar que qualquer coisa, de qualquer maneira, sobre qualquer coisa pode ser decidida, pois é mais barato e rápido. Efetivamente, cumprem-se metas estatísticas mais facilmente. Mas afinal, o que se quer é atingir metas em uma tabela de números? Buscam-se, com decisões judiciais, metas numéricas em detrimento de qualidade? Acredita-se que não neste modelo de Sociedade. Isso não se enquadra em uma Sociedade com uma evolução social (isso significa política, cultura, educacional, jurídica, entre outros) que vive em diferenciação funcional como a nossa.

Como foi visto, a distinção entre autorreferência e heterorreferência é que torna possível o processo de aprendizagem. Uma das possibilidades da autorreferência é a reflexividade, que consegue fazer uma mediação da seletividade do processo no tempo, e, aplicando a si mesma, faz com que seja possível, por exemplo, aprender a aprender. Com isso, as questões “com que autoridade?” ou “por que deve ser cumprida esta decisão?” ficam respondidas, e sequer aparecem no radar comunicacional, pois antes mesmo de aparecerem já se tem uma aceitação desta decisão. A aprendizagem é uma socialização. E para que ela aconteça, é preciso também um aspecto sedutor.

Para esta tese, a organização é um sistema social que opera sob o código Organização/Sociedade, e que tem um subcódigo de Interação/Decisão. Ela é o único sistema capaz de se comunicar inteiramente com o entorno, inclusive porque parte de sua formação também é parte da formação do entorno, sendo responsável pela tomada de decisão. Quando é feita referência ao Poder Judiciário, esta é a

organização central do Sistema do Direito. Sua constituição é de seres humanos, e isso quer dizer que os julgadores, que são seres humanos, também fazem parte do Sistema Psíquico, ao mesmo tempo em que são parte do sistema da organização. Toda esta estrutura faz com que seja o único mecanismo que consegue operacionalizar esquemas estruturais que lidem com a dupla contingência, como ocorre com a Legitimação pelo Procedimento, que, em última instância, estará sempre vinculada a uma organização. A organização consegue produzir certezas, as quais não existem na Sociedade.

O sistema, quando se está em uma democracia, oferece duas possibilidades de lidar com as decepções e desapontamentos: a aprendizagem ou a canalização destes desapontamentos. Entende-se que, pelos argumentos trabalhados aqui nesta tese, se repensada a Legitimação pelo Procedimento como uma estrutura relidade pela autopoiese, ela conseguirá desempenhar esta função estrutural estabilizante. A tese, como já dito, é de que, em termos de Sistema do Direito, a Legitimação pelo Procedimento luhmanniana pode exercer este papel de estrutura estabilizante, desde que relida pela ideia de autopoiese e entendida exatamente como uma estrutura. É claro que não há qualquer mecanismo – ao menos até o momento – capaz de acabar definitivamente com as decepções (acabar no sentido de que nunca aconteçam, de que ninguém se decepcione), ou de simplesmente excluí-las da vida cotidiana. No entanto, existe a necessidade de se pensar em um mecanismo que possibilite que se experimente esta situação de desapontamento e, em casos cognitivos, seja efetiva para possibilitar a aprendizagem; em casos normativos, que apresente instrumentos capazes de canalizar estas decepções e possibilitar que o próprio sistema aprenda, e não apenas os indivíduos enquanto participantes deste processo. Assim, com base na construção desta tese, o que vai controlar os desapontamentos é o convencimento através da fundamentação da decisão. Apenas restará aborrecido aquele que, mesmo entendendo o sentido, queira permanecer na teimosia. Quando isso acontecer – e vai acontecer mais de uma vez –, não afetará a dinâmica de comunicações do sistema, e tampouco da Sociedade. Será algo limitado e sem ressonância a ponto de causar interferências.

Atente-se para o fato de que a estabilidade é importante porque, sem ela, tem-se um mundo de possibilidades que nos cegam. Como a cegueira não é a nossa condição comunicacional natural, não se consegue desenvolver na Sociedade. Entretanto, para se atingir a estabilidade, com o foco restrito às

comunicações da decisão judicial, por tudo o que foi dito, a solução oriunda de nossas observações não pode ser o Direito passar a dar respostas além do jurídico, além de sua funcionalidade e estrutura, mesmo quando sabe que a expectativa trazida só seria respondida assim. A diferenciação funcional como limitador é o que torna o funcionamento da Sociedade possível, porque ela é, em última análise, o limiar da complexidade que nos possibilita viver socialmente. Pior ainda seria a aplicação de métodos que limitassem o conteúdo da decisão judicial, de fórmulas ou teorias que tentassem antever seu conteúdo. Pode parecer paradoxal, mas a incerteza do conteúdo das decisões jurídicas é o que justamente traz a certeza de sua condição de validade e legitimidade. Tampouco pode-se falar em insuficiência de código. E a isso, reporta-se às considerações que já foram tecidas na dissertação.

Não se tem dúvidas de que é mais difícil aprender quando se é desapontado, mas também este é o melhor momento para se aprender porque, frente à dificuldade, é preciso tomar uma decisão: aprender ou resistir. O fato é que as frustrações não são assimiladas pelas pessoas desde sempre. O que mudou é que, embora a estrutura do sistema seja a mesma, o Poder Judiciário tornou-se mais acessível para todos, assumindo um papel de protagonista na Sociedade. Esse protagonismo, que não é do juiz, mas sim da organização, não é um problema, porque só surge quando as comunicações da Sociedade, que não tem hierarquias, exigem. Essa exigência foi e é feita neste momento vivido pela Sociedade brasileira.

Um elemento de prova de que as expectativas, mesmo que cognitivas, têm força comunicacional na Sociedade, são os reflexos destes anseios da Sociedade em relação ao delito de embriaguez ao volante. O Sistema Político, que não precisa ter coerência em suas decisões, apenas continuidade, e que por isso foca na manutenção do código Governo/Oposição – que, em certa medida, é mantido pelas disputas políticas partidárias que resultam em ganhos durante as eleições –, visa acolher cada vez mais estas expectativas comunicadas na Sociedade. O Direito, por outro lado, é que tem que operacionalizar as programações criadas pelo Sistema Político, e, como já foi dito, grande parte das vezes não tem como atender às expectativas das pessoas. O julgamento de casos de embriaguez ao volante, mesmo que com condenações, não implica em se ter menos mortes no trânsito. Isso passa por outras questões e por outros sistemas que não o Direito. Acredita-se que este sequer é um início, diante da forma como a legislação tem sido elaborada. A cada instante, como a solução que se esperava não se realiza, a norma é

modificada sem nenhum tipo de reflexão, ou pior, é modificada porque recebe mais expectativas cognitivas de clamor por mais punição que, no senso comum, que soma o maior número de votos, é sempre a resposta dos problemas. Não se pode esquecer que a lei é uma redução forçada de complexidade e, se não for bem instrumentada, causa consequências graves, gerando mais risco e complexidade do que se tinha antes dela. Junto a isso, aumentam substancialmente as frustrações e, assim, a irritação nos sistemas.

Tais reflexões remetem ao que se disse em relação ao Sistema da Política, sobre seus decisores poderem mudar suas decisões de acordo com a receptividade da opinião pública; o que se afirma, no Direito não é possível. É patente que se deve considerar que, de forma prévia, antes de decidirem um caso específico, os decisores do Direito podem decidir adotar determinado posicionamento em razão da opinião pública – mormente em ações massificadas. A diferença é que isso só ocorre antes de um processo ser decidido. Após, não existe a possibilidade de revisão de decisão com base na opinião pública, como ocorre no Sistema da Política. Mesmo assim, os dois sistemas têm que decidir sobre expectativas da população.

Com esta proposta, os conflitos não vão deixar de existir. O conflito é inerente à Sociedade. Como esta tese trabalha com a construção de uma decisão jurídica legítima procedimentalmente, e que tenha uma argumentação que construa uma fundamentação que gere sentido, promovendo aceitação e, assim, a socialização da Sociedade, isso não acabará com os conflitos, apenas possibilitará a reestabilização das comunicações e a evolução social. Ou seja, mesmo que sempre existam conflitos, ainda assim seria possível falar em socialização, diferenciação e estabilização da Sociedade.

De certa forma, mais do que o consenso, os conflitos vão fomentar o desenvolvimento social, mas a partir desta tese será possível manter a estabilização das comunicações. A decisão jurídica enquanto comunicação tem que seduzir os envolvidos a aceitarem aquela decisão. Parte desta sedução vem da fundamentação, do envolvimento, e, conseqüentemente, do sentido. Isso não impede que as decisões judiciais possam causar consequências indesejadas. Mas seguindo estes passos indicados aqui, as consequências serão apenas perigos que não podem ser controlados.

Em muitos instantes respondeu-se à pergunta por que deve ser cumprida esta decisão, afirmando que a resposta para esta pergunta não poderia ser a coerção, o

medo, o uso da força física, o poder ou arbitrariedades de qualquer natureza. Mas é preciso registrar que ainda hoje, em alguns momentos, isso acontece. Um exemplo está nas reintegrações de posse. Primeiramente, os envolvidos têm a possibilidade de saída voluntária determinada por uma decisão. Posteriormente, são retirados do local com o uso de força policial. Na atual quadra da história, é um procedimento questionável, e que só acontece porque os envolvidos, os réus, não conseguem compreender, não conseguem participar plenamente do procedimento, ou estão envoltos e com interesses políticos que não se comunicam com o Direito a ponto de produzir um sentido que crie a possibilidade de modificação daquela decisão. Tudo isso começa como fruto de expectativas oriundas dos direitos sociais que viram frustrações por falta de efetivação destes direitos e que acabam, invariavelmente, no Poder Judiciário. A organização tem que dar uma resposta com base em sua programação vinda do Sistema da Política, que ainda apresenta como solução o uso da força física. Este é um dos resquícios do modelo Autoritário que ainda não se conseguiu abandonar completamente, embora se esteja no caminho.

Para que não restem dúvidas: o sentido consegue andar tanto no Sistema Psíquico como no Sistema Social, graças à autopoiese. Há níveis de sentido entre os sistemas, e entre o social e o entorno. O advogado, por exemplo, consegue trabalhar esta transição dos diferentes níveis que o sentido possui dentro destes sistemas e na relação entre eles, para conseguir fazer o seu cliente internalizar este sentido e trabalhar suas expectativas a partir dele. Dito de outra forma, o sentido produzido no Sistema do Direito, na decisão judicial, é um sentido jurídico. Para a parte (sem conhecimento jurídico), para que ela possa canalizar os desapontamentos e com isso conseguir aprender, este sentido jurídico tem que atingir o Sistema Psíquico, o nível do sentido psíquico. O advogado consegue auxiliar esta transição, porque em seu papel social ele tem o conhecimento e a comunicação jurídica, mas ao mesmo tempo seu Sistema Psíquico se faz presente com mais liberdade – porque não tem a organização Poder Judiciário lhe ditando regras de limitação deste “lado” psíquico –, o que lhe permite comunicar melhor esta transição de sentido de um sistema ao outro.

O aprendizado serve para modificação. Por isso, a diferenciação que faz com que os sistemas aprendam aumenta a margem de irritabilidade dos sistemas. Pode-se responder positivamente ao questionamento “é possível um sistema social aprender?”. Porque todos os sistemas autopoieticos alimentam-se de suas próprias

transformações. Ao passarem a decidir nos moldes aqui elencados, eles começam a fazer observações que podem levar a modificações para melhorar a sua estrutura e funcionalidade. Como todo o seu alimento só pode vir deste processo, o sistema se força a melhorá-lo para se alimentar melhor. Nunca é demais ressaltar que o foco aqui é o processo de aprendizado, e não o objeto de aprendizado. O fato do Sistema do Direito ser autorreferente/heterorreferente possibilita que ele aprenda. Então, podem aprender tanto Sistemas Sociais como Sistemas Psíquicos; tanto seres humanos como organizações, desde que comunique sentido para isso. O que se pode aprender? Pode-se aprender como aprender, a partir do conteúdo que ele mesmo produz em decisões que são provocadas por comunicações externas que enriquecem o conhecimento do sistema.

Em um resumo final: a tese aqui proposta é a de que a Legitimação pelo Procedimento, pensada como uma estrutura, relida pela autopoiese e permitindo a rediscussão do papel do indivíduo, pode ser capaz de canalizar desapontamentos oriundos da decisão jurídica, na Sociedade contemporânea. Tudo isso porque, em termos de decisão jurídica, a única certeza que se pode ter é a de que, em algum momento, uma decisão será proferida, sobre a qual não se tem conhecimento prévio e nem controle sobre o seu conteúdo, embora se criem diversas expectativas sobre ele. Diante desta incerteza, a forma de reestruturar as expectativas e estabilizar o Sistema se dará com a criação de um mecanismo capaz de absorver os desapontamentos e instabilidades comunicados pela contingência da decisão jurídica. A partir da releitura que foi feita nesta tese, com todas as construções de pequenas subteses que foram realizadas ao longo do trabalho, conclui-se que se encontrou este mecanismo tão necessário hoje para o enfrentamento da dinâmica social, na própria Legitimação pelo Procedimento. Com isso, oferecem-se pontos de partida para uma observação muito diferente sobre a decisão judicial e sua comunicação na Sociedade.

REFERÊNCIAS

- ADAMS, John. *Risco*. Tradução de Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: Senac, 2009.
- AMADO, Juan Antonio Garcia Amado. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- BAECKER, Dirk. Niklas Luhmann in the society of the computer. *Cybernetics & Human Knowing: a journal of second-order cybernetics, autopoiesis, and cyber-semiotics*, [S.l.], n. 13, p. 25-40, 2006.
- BANKOWSKI, Zenon. How does it feel to be on your own? The person in the signit of autopoiesis. In: Nelken, D. (Ed.). *Law as communication*. Aldershot: Dartmouth, 1996. p. 63-80.
- BARALDI, Claudio. Expectativas (Erwartungen). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 107-111.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nova modernidad*. Tradução de Jorge Navarro; Daniel Jiménez; Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.
- BERIAIN, Josetxo; BLANCO, José María García. Introducción. In: LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 09-21.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 55/12/2013*. Altera dispositivo da Lei nº 9.503 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, para dispor sobre o índice tolerável de alcoolemia na direção de veículos automotres. Disponível em: <www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=575823>. Acesso em: 09 nov. 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.
- BRASIL. *Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006*. Acresce o art. 285-A à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11277.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.
- BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.
- BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 31 ago. 2015.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas. *Anteprojeto de Código Penal – Requerimento n. 756, de 2011*. Relatório final. Brasília, DF, 2012. p. 05-06. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/ante-projeto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

CALLEGARI, André Luís; WEBBER, Suelen. Os ruídos e as comunicações estabelecidas entre direito penal, sistema político e os meios de comunicação: o surgimento de um discurso expansionista. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 40, n. 129, p. 37-62, mar. 2013.

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

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistemas na ciência do direito*. Trad. ROCHA, Antonio Manuel da. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COELLO, Julio F. Mazuelos ¿El derecho penal del enemigo: un modelo para desarmar? (Las inconsistencias del desacoplamiento estructural entre política criminal y derecho penal. In: LYNET, Eduardo Montealegre (Coord.). *Derecho penal y sociedad: estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. t. 2.

COELLO, Julio F. Mazuelos. Revisión crítica de la teoría del bien jurídico. El bien jurídico como segmento del acoplamiento estructural entre la política criminal y el derecho penal funcional. In: LYNET, Eduardo Montealegre (Coord.). *Derecho penal y sociedad: estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. t. 2.

CONCURSO do TRT-5 termina sem candidatos aprovados. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 5 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-05/trt-faz-concurso-juiz-substituto-nenhum-candidato-aprovado>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

CORSI, Giancarlo. Autorreferencia (Selbstreferenz). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 44-48.

CORSI, Giancarlo. Inclusión/exclusión (inklusion/exklusion). In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 123-128.

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

COTTERRELL, Roger. Sociological perspectives on legal closure. In: NORRIE, A. *Closure or critique: new directions in legal theory*. Edinburgh: Edinburgh University Press. 1993.

DAMÁSIO, Antonio. *El error de Descartes: la emoción, la razón y el cerebro humano*. Traducción castellana de Joandomènec Ros. Buenos Aires: Paidós, 2013.

DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extremeous factors in judicial decisions. *PNAS*, Washington, v. 108, n. 17, Apr. 26, 2011. Disponível em: <<http://www.pnas.org/content/108/17/6889.full>>. Acesso em: 08 set. 2015.

DA VINCI, Leonardo. *Los pensamientos de Leonardo Da Vinci*. Traducción: Ascesión Flores Guzmán. Realización e impresión: Éditions Valoire-Estel-Blois. 2014.

DE GIORGI, Raffaele. Introduzione all' edizione italiana. In: LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Traduzione di Raffaele De Giorgi e Michele Silbernagel. Società editrice il Mulino, 1990. p.09-27.

DE GIORGI, Raffaele. *Ciencia del derecho y legitimacion*. México: Universidad Iberoamericana, 2007.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. Revisão Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DESCARTES, René. *Meditações metafísicas*. Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. Revisão Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DREYFUS, Hubert, L. *What computers still can't do: a critique of artificial reason*. Cambridge: The MIT Press, 1992.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGELMANN, Wilson; WEBBER, Suelen da Silva. Qualquer semelhança não é mera coincidência: os riscos e os pontos cegos na observação da nanotecnologia e da indústria farmacêutica. *Revista de Direito do Consumidor – RDC*, São Paulo, ano 23, n. 95, p. 311-348, set./out. 2014.

FALCÃO, Joaquim. O brasileiro e o judiciário. *Conjuntura Econômica*, Rio de Janeiro, v. 63, n. 4, abr. 2009.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo*

procedimento. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 01-05.

FISCHER-LESCANO, Andreas. A teoria crítica dos sistemas da Escola de Frankfurt. *Novos Estudos-CEBRAP*, São Paulo, ano 86, p. 172-176, mar. 2010. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002010000100009>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Colisões de regimes – a busca vã por unidade jurídica na fragmentação do direito global. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 21, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/50474>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

GARCIA, Jesús Ignacio Martínez. Para leer a Luhmann: avisos para juristas. In: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2002. p. 13-22.

GAZZINGA, Michel S. *Who's in charge? free will and the science of the brain*. New York: Ecco; Harper Collins Publishers. 2012.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Más allá de la oposición Constructivismo vs. Ontologismo: recensión a la monografía de Juan Ignacio Piña Rochefort, rol social y sistema de imputacion. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal. Barcelona: J. M. Bosch, 2005. *CEDP: Política Criminal*, Santiago, n. 5, p. 1-7, 2008. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_05/r_2_5.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Teoría de sistemas y derecho penal: culpabilidad y pena em una teoría constructivista del derecho penal. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA Editores, 2007. p. 471-526.

GUIBENTIF, Pierre. Teorias sociológicas comparadas e aplicadas: Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhmann face ao Direito. *Cidades - Comunidades e Territórios*, Lisboa, n. 14, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *A nova obscuridade: pequenos escritos políticos*. Tradução Luiz Repa. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Sibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget. 1999.

HABERMAS, Jürgen. O holofote da racionalidade. In: SILVA, Juremir Machado da. Entrevistas marcantes: Habermas e a modernidade. *Correio do Povo*, Porto Alegre, 28 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.correiodopovo.com.br/blogs/juremirmachado/?p=4140>>. Acesso em: 08 out. 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I: racionalidade de la acción y racionalización social*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1988.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria e prática: estudos de filosofia social*. Tradução e Apresentação Rúrion Melo. I. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

HEIDEGGER, Martin. *Seminários de Zollikon: protocolos, diálogos, cartas*. 2. ed. rev. Tradução de Gabriella Arnhol, Maria de Fátima de Almeida Prado; Revisão de tradução: Maria de Fátima A. Prado e Renato Kirchener- Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Ser y tiempo*. Traducción de Jorge Eduardo Rivera C. Santiago del Chile: Editorial Universitaria, 1997.

IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*. 2. ed. Rubí: Anthropos, 2008.

JAKOBS, Günther. *¿Ciencia del derecho: técnica o humanística?* Traducción de Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996.

JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? In: CALLEGARI, André Luís et al. (Coord.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amador Editor Sucessor, 1976.

KING, Michael. What's the use of Luhmann's theory? In: KING, Michael; THORNHILL, Chris (Ed.). *Luhmann on law and politics: critical appraisals and applications*. Oxford: Hart Publishing, 2006. p. 37-52.

KOCHE, Rafael. *Democracia e alteridade: uma análise sobre os fundamentos da desigualdade*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito), -- Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, 2015. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/4528>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

LEI Maria da Penha aplicada para proteger homem. [S.l., 2015?]. Disponível em: <<http://direito-publico.jusbrasil.com.br/noticias/157860/lei-maria-da-penha-e-aplicada-para-protger-homem>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

LIMBERGER, Têmis; KÖCHE, Rafael. *Expectativa normativa em direito público: mudança de entendimento da administração e irretroatividade dos efeitos em matéria tributária*. [S.l.], 2013. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0CDAQFjADahUKEwij2fuHsqzIAhVEDpAKHWGTCr8&url=http://www.publicadireito.com.br/artigos/%3Fcod%3D4e4faae72b1c3cbd&usq=AFQjCNFrfr3DqSYTcm3emb6Mf8FYhbon6g&bvm=bv.104317490,d.Y2I>>. Acesso em 28 out. 2015.

LUHMANN, Niklas *¿Cómo es posible el orden social?* México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2009.

LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. Tradução de Anabela Carvalho. 4.ed. Lisboa: Passagens; Vega, 2006.

LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005. p. 57-67.

LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Tradução de Amanda Flores. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociologia. Universidad Católica de Chile, 2003.

LUHMANN, Niklas. Die For "Person". In: LUHMANN, Niklas. *Die Soziologie und der Mensch*. Opladen: GmbH 1995. Bd. 6: Soziologische Aufklärung.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKI, Gustavo; PROTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jorg. *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996. p. 83-109.

LUHMANN, Niklas. *La légitimation par la procédure*. Traduction par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard. Québec: Université Laval, 2001.

LUHMANN, Niklas. *La moral de la sociedad*. Traducción de Iván Ortega Rodríguez. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 189.

LUHMANN, Niklas. *Poder*. Rubí: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociologia. Pontífica Universidad Católica de Chile, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker; coord. por Javier Torres Nafarrete. Rubi (Barcelona): Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontífica Universidad Javeriana, 1988.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Tradução de Silvia Pappé, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Traducción de Santiago López Petit y Dorothees Schmitz. Barcelona. Buenos Aires. México. 1990.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 47.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. Some problems with reflexive law. In: FEBBRAJO, Alberto; NELKEN, D. *The European yearbook of the sociology of law*. Milano: Giuffrè, 1993 p. 390-415.

LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de bienestar*. Versión española Fernando Vallespín. Madrid: Alianza, 2007.

LUHMANN, Niklas. The individuality of the individual: historical meanings and contemporary problems. In: HELLER, Thomas C. (Ed.). *Reconstructing Individualism: autonomy, individuality, and the self in western thought*. Stanford: Stanford University Press, 1986. p. 313-325.

LUHMANN, Niklas. *Theories of distinction: redescribing the descriptions of modernity*. Edited and introduced by William Rasch. Translations by Joseph O'Neil, Elliot Schreiber, Kerstin Behnke, and William Whobrey. Stanford: Stanford University Press, 2002. p. 187-189.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Traducción: Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Javier Torres Nafarrate, coordinador de la traducción. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coord.). *Direito penal e funcionalismo*. Trad: André Luís Callegari, Nereu José; KALIL Giacomolli e Lúcia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 390-415.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O paradoxo dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 52. p. 31-48, 2010.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Disckin. 5. ed. São Paulo: Palas Atenas, 2005.

MOCERATINI, Arianna. *Procedura come norma: riflessioni filosofico-giuridiche su Niklas Luhmann*. Bologna: Torino, 2001.

MONTEAGUDO, Jorge Galindo. La teoría sistémica de la sociedad de Niklas Luhmann: alcances y límites. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. xxiii-xlv.

MOTTA, Francisco José Borges Motta. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MUNRO, Penelope. *The discreditation of mad people within legal and psychiatric decisionmaking: a systems theory approach*. 2008. Thesis (Doctor of Philosophy) -- University of Nottingham, 2008. Disponível em: <<http://eprints.nottingham.ac.uk/11716/1/493103.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

MÜSSIG, Bernd. Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva em derecho penal: puntos de partida para una sistematización. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA Editores, 2007. p. 251-277.

PASQUA, Hervé. *Introdução à leitura de ser e tempo de Martin Heidegger*. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PATERSON, John. Reflecting on reflexive law. In: KING, Michael; THORNHILL, Chris (Ed.). *Luhmann on law and politics: critical appraisals and applications*. Oxford: Portland Oregon. 2006. p. 13-35.

PATERSON, John. Who is Zenon Bankowski Talking to? the person in the sight of auto-poiesis. *Ratio Juris*, [S.l.], v. 8, n. 2, p. 212-229, July 1995.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZALÉS, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um novo sistema do direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. Niklas Luhmann: Law, Justice, Society. A GlassHouse book, 2010.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del derecho penal: ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista? In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: ARA Editores, 2007. p. 321-362.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación: una aproximación sociológica a la función del derecho penal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor. 2005.

RANDOM, Michel. O território do olhar. In: SOMMERMAN, Américo; MELLO, Maria F. de; BARROS, Vitória M. de. *Educação e transdisciplinaridade II*. Coordenação executiva do CETRANS. São Paulo: TRIOM, 2002. p. 27-44.

RAWLS, John. *Justiça como equidade*. Tradução de BERLINER, Claudia. São Paulo: Martins Fontes, 2003

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na

construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 13, p. 155-168, nov. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação crime nº 70055335301*, da Terceira Câmara Criminal. Apelado: Ministério Público. Apelante: Jair Taborda Ramos. Relator: Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, Julgado em: 03 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70055335301&num_processo=70055335301&codEmenta=5484395&temIntTeor=true>. Acesso em: 28 ago. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação crime nº 70060065943*, da Terceira Câmara Criminal. Apelado: Ministério Público. Apelante: Alaor Fontel. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Porto Alegre, Julgado em: 02 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70060065943&num_processo=70060065943&codEmenta=5978483&temIntTeor=true>. Acesso em: 28 ago. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação crime nº 70064188105*, da Primeira Câmara Criminal. Apelado: Laury Voese. Apelante: Ministério Público. Relator: Julio Cesar Finger. Porto Alegre, Julgado em: 26 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70064188105&num_processo=70064188105&codEmenta=6435665&temIntTeor=true>. Acesso em: 28 ago. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação crime nº 70064655897*, Primeira Câmara Criminal. Apelado: Ministério Público. Apelante: Cloacir Matiolevis Peres. Relator: Julio Cesar Finger. Porto Alegre, Julgado em: 26 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=70064655897&num_processo=70064655897&numCNJ=N&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&foro=0&N1_var2_1=1&intervalo_movimentacao_1=15&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1>. Acesso em: 28 ago. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação crime nº 70065818304*, da Segunda Câmara Criminal. Apelado: Ministério Público. Apelante: Omar Vargas da Silva. Relator: Luiz Mello Guimarães. Porto Alegre, Julgado em: 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70065818304&num_processo=70065818304&codEmenta=6449255&temIntTeor=true>. Acesso em: 28 ago. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação crime nº 70065895898*, da Primeira Câmara Criminal. Apelado: Justiça Pública. Apelante: Rafael de Oliveira Vaz. Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto. Porto Alegre, Julgado em 26 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1>

&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70065895898&num_processo=70065895898&codEmenta=6440459&temIntTeor=true>. Acesso em: 28 ago. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Conflito de jurisdição n. 70036742047*. Sulsuscitado: Juízo de Dir da Vara de Família e Sucessões de Sapucaia do Sul. Suscitante: Juízo de Dir da Vara Crim de Sapucaia do Sul. Relator: Des Ivan Leomar Bruxel. Data da distribuição: 28 maio 2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70036742047&num_processo=70036742047&codEmenta=3668348&temIntTeor=true>. Acesso em: 24 ago. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Edital n.º 01/2012. Processo seletivo - conciliador e juiz leigo*. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://www.faurgs.concursos.ufrgs.br/TJRSPS0112/TJRSEdital_PS0112.htm>. Acesso em: 08 set. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Processo seletivo para as funções de conciliador e de juiz leigo no âmbito dos juizados especiais – 2012*. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/concursos_e_estagios/conciliador_juiz_leigo/>. Acesso em: 08 set. 2015.

ROCHA, Leonel Severo. A democracia em Rui Barbosa. *Revista Sequência: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, ano 17, n. 32, p. 25-32, jul. 1996.

ROCHA, Leonel Severo. *A democracia em Rui Barbosa: o projeto político liberal-racional*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. Teoria do direito no século XXI: da semiótica à autopoiese. *Sequência*, Florianópolis, n. 62, p. 193-222, jul. 2011. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n62p193/18578>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

ROCHA, Leonel Severo. Autopoiese e teoria do direito. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 09-28.

ROCHA, Leonel Severo; BARRETO, Ricardo Menna. Confiança e ciberespaço: uma observação sistêmica do direito dos contratos eletrônicos. In: ENCONTRO DO CONPEDI, 15., 2008, Brasília, DF. *Anais eletrônicos...* Brasília, DF, 2008. p. 50-52. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/leonel_severo_rocha.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2015.

ROCHA, Leonel Severo; BARRETO, Ricardo Menna. Confiança nos contratos eletrônicos: uma observação sistêmica. *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, v. 7, n. 2. p. 409-425, jul/dez. 2007. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index/revjuridica/article/view/575/492>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria*

do sistema autopoietico do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Leonel Severo; WEBBER, Suelen da Silva. Direito e sociedade em transição: respostas sociológicas para decisões judiciais autopoieticas. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; MENDES, Regina Lucia Teixeira; SCARAMELLA, Maria Luisa (Org.). *Sociologia, antropologia e cultura jurídicas*. 1. ed. Curitiba: FUNJAB, 2013. p. 315-336.

ROCHA, Leonel Severo; WEBBER, Suelen. Um eterno retorno: a (i)legitimidade sistêmica da tipificação dos delitos de trânsito no Brasil. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 8. n. 15, p. 46-65, 2013.

RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío. La sociología y la teoría de la sociedad. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007. p. IV-XXII.

RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío. Nota a la versión en español. In: LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Barcelona: Anthropos, 2005. p. XXIII - XXIV.

RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío; NAFARRATE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2008.

RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío; OPAZO, María Pilar. *Comunicaciones de la organización*. Colaboración de René Ríos F. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile: Alfaomega Grupo, 2008.

ROSANVALLON, Pierre. *Por uma história do político*. Tradução de Christian Edward Cyril Lynch. São Paulo: Alameda, 2010.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. Tradução Antonio de Pádua Danesi. Revisão Edison Darci Heldt. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

SARTORI volta atrás e anuncia que abre mão de reajuste salarial. *G1 RS*, Porto Alegre, jan. 5. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/01/sartori-volta-atras-e-anuncia-que-abre-mao-de-reajuste-salarial.html>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

SELZNICK, Philip; NONET, Philippe. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito processual e sociologia do processo: aproximações entre estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann*. Curitiba: Juruá, 2011.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito, energia e tecnologia: a reconstrução da diferença entre energia e tecnologia na forma da comunicação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2010.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O que a decisão jurídica observa? Contribuições da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann às teorias pós-positivistas da decisão jurídica. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 85-107.

STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saravia, 2011.

TASSINARI, CLARISSA. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEUBNER, Gunther. Economics of gift: positivity of justice: the mutual paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann. *Theory Culture & Society*, [S.l.], ano 1, v. 18, p. 30, 2001.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução e Prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

WARAT, Luis Alberto. *A digna voz da majestade: lingüística e argumentação jurídica, textos didáticos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. v. 4.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

WEBBER, Suelen. *A (in)autenticidade dos julgadores no direito: uma análise a partir de ser e tempo*. No prelo.

WEBBER, Suelen da Silva. *Decisão, risco e saúde: o paradoxo da decisão judicial frente a pedidos de medicamentos experimentais*. Curitiba: Juruá, 2013.

WEBBER, S. S.; HOHENDORFF, R. V. Ensino jurídico em *Terrae Brasilis*: reflexões a partir das lições Waratianas do senso comum teórico dos juristas. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei, MEZZAROBBA, Orides; MOTTA, Ivan Dias da (Org.). *Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos*. 1. ed. Curitiba: 2013. p. 163-184.

WEBBER, Suelen da Silva; ROCHA, Leonel Severo. Acesso à justiça e saúde pública: os números e os contextos da judicialização da Saúde no Brasil: In: COUTO Mônica Bonetti; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Maria dos Remédios Fontes (Org.). *Acesso à justiça I: (re) pensando o direito: desafios para a construção de novos paradigmas*. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI/UFSC, 2014. v. 1.

WEBBER, Suelen da Silva; ROCHA, Leonel Severo. *Acesso à justiça e saúde pública: a banalização de uma conquista*. In: Congresso Mundial de Sociologia do Direito. Unilasalle. No prelo.

ZAHAVI, Dan. Beyond empathy: phenomenological approaches to intersubjectivity. *Journal of Consciousness Studies*. [S.l.], v. 8, n. 5-7, p. 151-67, 2001. Disponível em:

<<http://philpapers.org/rec/ZAHBE>>. Acesso em: 09 set. 2015.