

**DIREITO,  
COMPLEXIDADE  
E RISCO**

*por Leonel Severo Rocha  
Prof. Titular do CPGD-UFSC  
Doutor pela EHESS-PARIS*

## 1. INTRODUÇÃO

A teoria da sociedade fornece um novo arsenal teórico para a compreensão da sociedade cuja amplitude ainda não foi suficientemente avaliada pelos juristas. O trabalho de Niklas I. UHMANN (*Sistemi Sociali, Fondamenti di Una Teoria Generale*, 1990), em alguns trabalhos conjuntamente com Raffaele DE GIORGI (*Teoria della Società*, 1992), é exemplar para a transformação do modo de pensar tradicional do direito. O presente artigo visa somente colocar rapidamente algumas idéias sobre esta vasta obra, com intuito de apontar novas saídas para a reflexão jurídica, notadamente, centrando nossos comentários sobre as categorias de complexidade e risco e suas relações com a democracia.

A “complexidade” é um dos principais problemas da teoria da sociedade e portanto da teoria dos sistemas sociais. Neste sentido, a teoria da sociedade (LUHMANN-DE GIORGI) tem colocado, ao lado de conceitos como de diferenciação, o conceito de complexidade, visto como fundamental para a delimitação, observação e descrição de um sistema. A distinção que constitui a complexidade tem a forma de um paradoxo: complexidade é a unidade de uma multiplicidade (LUHMANN-DE GIORGI, p.41, 1992).

Já o conceito de “risco” é um evento generalizado da comunicação, sendo uma reflexão sobre as possibilidades da decisão (DE GIORGI, 1993). Na literatura tradicional, o risco vem acompanhado da reflexão sobre a “segurança”. DE GIORGI prefere colocar o risco em oposição com o “perigo”, por entender que os acontecimentos sociais são provocados por decisões contingentes (poderiam ser de outra forma), que não permitem mais falar-se de decisão segura.

A teoria da sociedade é portanto uma grande vantagem para o jurista já que devido a sua enorme capacidade de análise permite uma nova problematização da teoria jurídica, até então, circunscrita basicamente, se queremos utilizar a linguagem da Semiótica, aos seus três níveis: analítica, semântica e pragmática. Representadas respectivamente pelo normativismo da teoria geral do direito, pela hermenêutica jurídica e pelos usos retóricos e decisórios da linguagem do direito.

Isto porque a teoria da sociedade propõe uma abordagem mais consistente do direito desde as suas dimensões temporais, sociais e práticas, apta a colocá-lo perante uma perspectiva teórico-prática mais avançada, graças aos novos conceitos da teoria dos sistemas. Porém, antes de aprofundarmos a importância destes novos aportes para o direito, iremos rapidamente resumir as posturas analíticas, hermenêuticas e pragmáticas.

## 2. A FILOSOFIA ANALÍTICA

A analítica jurídica, segundo MACCORMICK, num sentido lato, é toda abordagem que procura explicar ou elucidar os termos, os conceitos ou as estruturas do direito analisando os seus elementos e mostrando como o todo é compreensível como ordenamento coe-

rente das partes. Mais precisamente, designa abordagens jurídicas específicas ou próprias a escolas de pensamento: escola (ou estilo) inglês da "*Analytical Jurisprudence*" (HART), e seus prolongamentos na Alemanha (KUNZ), na Itália, na Espanha (PARAMO) e na França (MACCORMICK, 1988:12).

A filosofia analítica (teoria geral do direito) possui um vasto leque de aplicações. O projeto de construção de uma linguagem rigorosa para a ciência desenvolvido pelo chamado Círculo de Viena foi adaptado para o direito, principalmente, por Hans KELSEN (Teoria Pura do Direito, 1960) e por Norberto BOBBIO (Ciência do Direito e Análise da Linguagem, 1950). Estes autores podem ser considerados neo-positivistas, pois postulam uma ciência do direito alicerçada em proposições normativas que descrevem sistematicamente o objeto direito. Trata-se de uma metateoria do direito, que, ao contrário do positivismo legalista dominante na tradição jurídica (que confunde lei e direito), propõe uma ciência do direito como uma metalinguagem distinta de seu objeto.

A teoria do direito de KELSEN também possui influências do neo-kantismo, evidentes no seu ideal de "ciência pura". Nos capítulos iniciais de sua obra (KELSEN, 1960), mantém pressupostos kantianos, que se mesclam com os neo-positivistas, pouco a pouco (cap. sobre "ciência do direito"). O ideal de pureza implica em separar o conhecimento jurídico, do direito natural, da metafísica, da moral, da ideologia e da política. Por isso, KELSEN tem como uma de suas diretrizes, epistemológicas basilares, o dualismo kantiano, entre ser e dever ser, que reproduz, a oposição entre juízos de realidade e juízos de valor. KELSEN fiel a tradição relativista do neo-kantismo de Marburgo, optou pela construção de um sistema jurídico centrado unicamente no mundo do deve ser. Tal ênfase, acarretou a superestimação dos aspectos lógicos constitutivos da teoria pura, em detrimento dos suportes fáticos do conhecimento (ROCHA, 1984).

A dicotomia entre "*sein\sollen*" foi apreendida por KANT de HUME. Este último, em sua conhecida lei afirma: "não podemos inferir um enunciado normativo de um enunciado declarativo e vice-versa. Isto é, não é uma inferência lógica aceitável, por exemplo, sustentar que se dá o fato "p", então "p" está permitido. Pp não é logicamente derivável de "p". Nem é possível concluir que se "p" é obrigatório, então efetivamente "p" é verdadeiro: a verdade de "p" não se infere da norma "Op" (VERNENGO, 1976).

KELSEN assume como inevitável a complexidade do mundo em si. Para ele, o social (e o direito) são devido às suas múltiplas manifestações constituídos por aspectos políticos, éticos, religiosos, psicológicos e históricos. E a esse respeito não cabe ao cientista do direito nada comentar. A função do cientista é a construção de um objeto analítico próprio e distinto destas influências. A partir desta constatação é que KELSEN vai procurar, assim como KANT, depurar essa diversidade e elaborar uma "ciência do direito". Ou seja, na teoria pura uma coisa é o direito,

outra distinta é a ciência do direito. O direito é a linguagem objeto e a ciência do direito a meta-linguagem: dois planos lingüísticos diferentes (ROCHA, 1984).

Esta concepção meta-lingüística do real, criada por Bertrand RUSSEL para superar certos paradoxos lógicos, é utilizada por KELSEN em vários aspectos, que devem ser esclarecidos para evitar confusões. Para ilustrá-lo explicaremos neste texto a relação entre a norma jurídica e a ciência. Isto ocorre em dois momentos distintos. O primeiro momento Kelseniano da meta-linguagem define a norma jurídica como um esquema de interpretação do mundo - um fato só é jurídico se for o conteúdo de uma norma - isto é, como condição de significação normativa. Trata-se assim do movimento que dá ao ser o seu sentido, através da “imputação” de uma conduta que deve ser obedecida, desenvolvendo-se no nível pragmático dos signos jurídicos, portanto com caráter prescritivo.

O segundo momento da teoria pura é quando se transforma a meta-linguagem, descrita supra - a norma jurídica - em linguagem objeto da ciência do direito, a qual, por sua vez, passa a ser a sua meta-linguagem. Aqui, ao contrário do procedimento anterior, não existiria a intenção prescritiva - que dinamiza o direito -, apenas se procura descrever de forma neutra a estrutura das normas jurídicas. Em breves palavras, a norma jurídica é uma meta-linguagem do ser, localizada ao nível pragmático da linguagem, que ao emitir imperativos de conduta não pode ser qualificada de verdadeira ou falsa,

simplesmente pode ser válida ou inválida. O critério de racionalidade do sistema normativo, já que as normas não podem ser consideradas independentemente de suas interações, é dado pela hierarquia normativa (norma fundamental) na qual uma norma é válida somente se uma norma superior determina a sua integração ao sistema. A teoria jurídica dominante anterior a essa corrente neo-positivista, o jusnaturalismo, via o campo normativo como somente estático, dependente da adequação a ideais metafísicos. O normativismo kelseniano foi quem introduziu a perspectiva dinâmica do direito, explicando os processos de produção e auto-reprodução das normas. Já a ciência do direito, por sua parte, sendo uma meta-linguagem das normas jurídicas, ao preocupar-se somente com a descrição do sistema normativo, situando-se ao nível semântico-sintático da estrutura lingüística, poderia ser verdadeira ou falsa em relação a objetividade da descrição efetuada por meio de seus modalizadores deonticos. Neste último aspecto, KELSEN é neo-positivista. Explicando melhor: mais do que propriamente um neo-positivismo, KELSEN possui apenas uma teoria que pode ser estudada através da analítica.

Assim, BOBBIO foi quem de fato aplicou a metodologia da filosofia analítica, por meio do neo-positivismo, às teses do normativismo de Kelsen. O paradigma do rigor seria a sua grande proposta metodológica para a ciência jurídica. O neo-positivismo seria assim a metodologia a ser aplicada à teoria do direito. Neste sentido, a discussão introdutória à problemática jurídica, deveria ser precedida de uma introdução

ao neo-positivismo, função reservada para a epistemologia jurídica. Para BOBBIO, isto implicaria numa “teoria da reconstrução hermenêutica das regras”, isto é, traduzir na linguagem normal dos juristas, linguagem originária do legislador. A filosofia analítica teria dois campos de atuação a serem agilizados respectivamente pela “teoria do sistema jurídico” e pela “teoria das regras jurídicas”. A teoria do sistema jurídico trataria da estrutura interna e das relações entre as regras, tema da “dinâmica jurídica” em KELSEN e da “teoria do ordenamento” em BOBBIO. A teoria das regras jurídicas (ROBLES) abordaria, por sua vez, a “teoria dos conceitos fundamentais” (BOBBIO), ou a “estática jurídica” (KELSEN).

No entanto, a analítica é uma matriz ainda bem centrada nos aspectos descritivos e estruturais do direito, mantendo ainda, no tocante aos seus aspectos políticos, uma visão de neutralidade, por enquadrar-se no tipo de Estado liberal clássico, não-interventor. Portanto, bem limitada politicamente, gerando também conseqüências teóricas graves, devido à sua incapacidade de pensar uma complexidade social mais ampla e democrática (ROCHA, 1994:68-70).

No entanto, a filosofia analítica tem se reformulado intensamente com tendências a substituir o neo-positivismo (ou complementar) pelas análises da lógica modal (deôntica), criada por Von WRIGHT (*Norm and Action*) e desenvolvida por lógicos como KALINOWSKI (*Introduction à la Logique Juridique*), revistas pelos trabalhos inovadores da “lógica para-consistente, não-trivial, no domínio jurídico. A informática jurídica também parece ser um campo de atuação de grande futuro.

Existem na atualidade, igualmente juristas, como Aulis AARNIO da Universidade de Helsinkî, que pretendem retomar a filosofia analítica, através de um viés mais interpretativo procurando ver o “racional como razoável” (*The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, 1987). Para tanto, procuram “combinar especialmente três pontos de vista, isto é, a chamada Nova Retórica, a filosofia lingüística do último Wittgenstein e o enfoque racionalista representado por Jurgen HABERMAS (AARNIO, 1987). Este autor entende que a interpretação pode ser vista como uma soma de jogos de linguagem, assim como, “a ênfase da conexão entre a linguagem e a forma de vida, a interpretação do conceito de audiência com ajuda do conceito de forma de vida, o exame das teorias da coerência e de consenso como pautas de medição das proposições interpretativas, um moderado relativismo axiológico e uma tentativa de localizar os traços racionalistas da interpretação” (Aarnio, 1987).

### 3. A HERMENÊUTICA

A hermenêutica é hoje uma derivação crítica da filosofia analítica, baseada nos trabalhos do último WITTGENSTEIN (Investigações Filosóficas) que redefiniu, em meados do século, a ênfase no rigor e na pureza lingüística por abordagens que privile-

giam os contextos e funções das imprecisões dos discursos. A hermenêutica, diferentemente, da pragmática, centrada nos procedimentos e práticas sociais, preocupa-se com a interpretação dos textos.

No terreno jurídico a grande contribuição é do direito anglo-saxão, principalmente, na obra de Herbert HART (O Conceito de Direito, 1960) e seus polemizadores (RAZ; DWORKIN), que discutem a importância do “reconhecimento”, como já apontara HOBBS, para a legitimidade do direito. Graças a hermenêutica filosófica (GADAMER; RICOEUR) estes autores tem conseguido superar a antiga tensão entre a dogmática jurídica e a sociologia, colocando os textos (a enunciação) como o centro das discussões. Na teoria de HART a dinâmica das normas somente pode ser explicitada através da análise das chamadas “regras secundárias” (adjudicação, mudança e reconhecimento), que permitem a justificação e existência do sistema jurídico.

HART preocupa-se com a questão das definições. Porém, inserindo-se na concepção pragmática da linguagem, como objetivos hermenêuticos, entende que o modo tradicional de definição por gênero e diferença específica é inapropriado para a compreensão de noções tão gerais e abstratas. Pois tais definições necessitam de termos tão ambíguos quanto os que se deseja definir. Para HART, direito é uma expressão familiar que empregamos na prática jurídica sem a necessidade de nenhuma definição filosófica. Assim, a preocupação da jurisprudência não é a explicação da designação pura do signo direito, como tenta fazer BOBBIO, mas “explorar as relações essenciais que existem entre o direito e a moralidade, a força e a sociedade (...) Na realidade, ela consiste em explorar a natureza de uma importante instituição social” (HART, 1960).

A tese do direito como instituição social significa que o direito é um fenômeno cultural constituído pela linguagem. Por isso, é que HART, desde a lingüística, pretende privilegiar o uso da linguagem normativa como o segredo para que se compreenda a normatividade do direito. Esta atitude epistemológica tem, para RAZ (RAZ, 1986), duas conseqüências: “em primeiro lugar, os termos e expressões mais gerais empregadas no discurso jurídico (...), não especificamente jurídicos. São, geralmente, o meio corrente mediante o qual se manifesta a maior parte do discurso normativo”. Em segundo lugar, com a análise da linguagem, “a normatividade do direito é explicada conforme a maneira como afeta aqueles que se consideram a si mesmos como sujeitos de direito. Um dos temas principais tratados por HART é o fato de que quando uma pessoa diz ‘tenho o dever de...’, ou ‘você tem o dever de...’, ela expressa o seu reconhecimento e respalda um ‘*standard*’ de conduta que é adotado como um guia de comportamento” (RAZ, 1986). Isto expressa um reconhecimento de quem formula a regra, seu desejo de ser guiado por ela, e a exigência (social) de que outros também o sejam. A moralidade é social. A necessidade de reconhecimento é que colocou a teoria de HART no centro da hermenêutica. Nessa lógica, não é surpreendente o fato que, para HART, o

direito possui uma zona de textura aberta que permite a livre manifestação do poder discricionário do juiz para a solução dos conflitos, nos chamados “*hard cases*”.

Esta última postura é criticada por DWORKIN (*Law's Empire*, 1986) que entende que o direito sempre proporciona uma “boa resposta”, já que o juiz ao julgar escreve a continuidade de uma história. Neste sentido, DWORKIN coloca a célebre metáfora do romance escrito em continuidade, apontando o problema da NARRAÇÃO. A “boa resposta” seria aquela que resolvesse melhor à dupla exigência que se impõe ao juiz, ou seja, fazer com que a decisão se harmonize o melhor possível com a jurisprudência anterior e ao mesmo tempo a atualize (justifique) conforme a moral política da comunidade. Isto porque DWORKIN impõe-se como defensor de um liberalismo autêntico, distinguindo-o da conjugação do positivismo e do utilitarismo, característicos, para ele, do modelo jurídico dominante. Para DWORKIN este modelo não é liberal. Porém, apesar das diferenças, HART e DWORKIN percebem que o direito tem necessariamente contatos com a moral e a justiça.

A concepção de Estado da hermenêutica é portanto mais atual que a da filosofia analítica, voltando-se para as instituições sociais e abrindo-se já para o Estado Interventor e para a democracia participativa. Entretanto, num certo sentido, esta matriz, embora já bastante prescritiva, ainda é normativista (normativismo de 2º Grau). Embora, possa-se dizer que DWORKIN possui uma teoria da interpretação, capaz de avançar além do positivismo e do utilitarismo. Um outro problema que permanece é o excesso individualismo da hermenêutica do “*common law*”.

Nesse sentido, não podemos igualmente subestimar as críticas feitas por MACCORMICK à DWORKIN, assim como, os seus trabalhos realizados com Ota WEINBERGER sobre a possibilidade de uma “teoria institucional do direito”. Como se percebe, DWORKIN, desde sua controvertida tese da “resposta correta”, conclui pela “completude do direito”. Para DWORKIN “as lacunas do direito são raras; existe quase sempre uma resposta exata a uma questão jurídica” (DWORKIN, “*La complétude du droit*”, 1989). Para MACCORMICK, DWORKIN subestima os aspectos “institucionais” do direito. “A lei é de fato um caso central e paradigmático de uma ‘instituição de direito’, e é um fato institucional (jurídico) que os Atos ou os Artigos existam como direito” (MACCORMICK, 1989).

Deste modo, segundo MACCORMICK: “prefiro a ontologia da teoria institucional do direito, que autoriza a aceitação da existência das leis como textos leis independentemente do estabelecimento de uma conclusão qualquer sobre a melhor maneira de interpretar e aplicar estes textos no processo que os torna operacionais. O direito em ação deve evidentemente ser acionado pela mediação de visões politicamente controvertidas de um Estado ideal. O direito em repouso é, entretanto, um compromisso sempre temporário entre visões opostas. Não é o ideal de

ninguém, é um fato institucional” (MACCORMICK, 1987).

Para WEINBERGER, por sua parte, existe uma interdependência entre a ação do indivíduo e a sociedade. Esta interdependência se realiza em instituições que são modelos de ação. Assim, influenciado por SEARLE e ANSCOMBE, WEINBERGER volta-se para os fatos institucionais. O conhecimento é o conhecimento de indivíduos capazes de viver e agir num sistema de instituições sociais. Portanto, hipótese mais rica que a da sociologia tradicional baseada em fatos brutos. Para este autor: “é justamente durante a análise destas relações que percebi que toda instituição compreende um núcleo normativo e outro de informações práticas. Este dado está também na base da teoria geral, de fundamento neo-institucionalista, da validade de todas as categorias de normas sociais” (*An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, 1986).

Todas estas derivações da analítica e da hermenêutica jurídica, desem-bocam assim em perspectivas pragmáticas de caráter institucional, chegando a estimulante tese de MACCORMICK e WEINBERGER do direito como fato institucional.

#### 4. A PRAGMÁTICA

4.1 A pragmática possibilitou a recuperação da “retórica” jurídica, principalmente, devido aos trabalhos de VIEHWEG que redescobriu a tópica aristotélica, afirmando que o discurso jurídico é constituído por uma cadeia tópico-argumentativa que por ser destituída de critérios verdade científica, possuiria somente uma espécie de racionalidade baseada na verossimilhança (verdade apenas possível, nem necessária, nem impossível) obtida graças a sua articulação para o enfrentamento de problemas. Nesta ótica, o uso da linguagem retórica tem como finalidade e justificativa a decidibilidade de problemas. Na mesma linha, porém com categorias próprias, temos PERELMAN que acentua a importância da teoria da argumentação.

4.2 A pragmática num ponto de vista sistêmico, para ROBLES, tem se destacado em dois planos (ROBLES, 1986), pois as decisões podem ser ex-trasistemáticas e intra-sistemáticas. A primeira é o objeto do poder constituinte. A segunda, por sua vez, é o objeto dos órgãos da ordem jurídica (legislador, juiz, funcionários) e dos cidadãos (autonomia).

Estes dois planos estão ligados aos processos de criação e aplicação do direito. Sendo uma tarefa (técnica jurídica), voltada a aplicação do criado a realidade. Assim a linguagem do jurista pode ser dividida segundo a sua função, em três tipos:

a) Linguagem do legislador: constituinte e originário. E a linguagem dos órgãos que criam direito, sendo geral e abstrata dirigida a ordenar o Estado, sendo objeto da teoria da legislação;

b) Linguagem dos órgãos jurisdicionais e administrativos: juiz e funcionários. E a linguagem da decisão concreta, dirigida a particularizar o conteúdo da decisão abstrata con-



tatando-a com a realidade, constituindo objeto da técnica decisória, pois aí é que se conclui todo o processo decisório;

c) Linguagem das partes nos processos de decisão: partidos políticos, promotores, advogados. É uma linguagem mais coadjuvante da decisão, pois não cria a decisão, ainda que contribua a ela representando uma das partes. É um ponto de vista dentro do diálogo que constitui o processo. Seu objetivo não é o de decidir, mas persuadir. Daí ser objeto da “retórica” e da “teoria da argumentação” (VIEHWEG).

## **5. TEORIA DA SOCIEDADE, COMPLEXIDADE E RISCO**

5.1 O ponto de partida da teoria da sociedade são as análises de LUHMANN sobre a teoria dos sistemas de PARSONS (*The Structure of Social Action*). PARSONS elaborou uma teoria geral da ação que poderia ser aplicada a todos os fenômenos sociais, entre eles o direito.

Niklas LUHMANN, no entanto, adaptaria alguns aspectos da teoria de PARSONS, somente numa primeira fase de sua atividade intelectual, tendo recentemente se voltado a uma perspectiva “autopoietica” (VARELA-MATURANA) que redefinida com características originais, acentua a sistematicidade do direito (como sistema social) como auto-reprodutor de suas condições de possibilidade de ser.

De toda maneira, uma preocupação constante de LUHMANN é com a teoria da decisão e a teoria dos procedimentos. Assim, por trás de todas essas funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica, ainda estão presentes, redefinidos no interior do sistema, numa perspectiva muito mais ampla e sofisticada as dimensões analíticas e hermenêuticas do direito.

Nesta linha de idéias, é que se pode entender porque LUHMANN, indo bem além de KELSEN (analítica/normativismo) e HART (hermenêutica), define o direito já na Sociologia do Direito (1972) como “uma estrutura de generalização congruente em três níveis: temporal (norma), social (institucionalização) e prático ou objetivo (núcleo significativo)”.

Para LUHMANN, na “Sociologia do direito”, “o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de graduações que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir de expectativas sobre tais expectativas”. Estas reduções podem dar-se através de três dimensões: temporal, social e prática. Na dimensão temporal, “essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normalização”; na dimensão social, essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, isto é, apoiadas sobre o consenso esperado de terceiros; e na dimensão prática, “essas estruturas de expectativas podem ser fixadas também através da delimitação de um ‘sentido’ idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas”.

Num mundo altamente complexo e contingente, o comportamento social, para LUHMANN, requer, portanto, reduções que irão possibilitar expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas, a partir das expectativas sobre tais expectativas. A consecução disso reside então em harmonizar as dimensões, através de reduções que irão se dar em cada uma delas, por intermédio de mecanismos próprios. Isto caracteriza o que ele denomina “generalização congruente”. Congruente significa coerência, ou seja, congruência.

Importante também em LUHMANN é a sua constatação de que “o direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática”. Nesta ordem de idéias, a função do direito reside na sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as dimensões. O direito é assim “a estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”.

O direito, para este autor, embora visto como uma estrutura, é dinâmico devido à permanente evolução provocada pela sua necessidade de constantemente agir como uma das estruturas sociais redutoras da complexidade das possibilidades do ser no mundo. Assim, esta complexidade heterogênea, causada pela chamada dupla contingência, é combatida pelo processo de identificação estrutural, somente possíveis com a criação de diferenciações funcionais.

A teoria sistêmica do direito, comunicando a norma jurídica com a social e a práxis significativa, fornece um importante passo para a construção de uma nova teoria do direito relacionada com as funções do Estado: aqui estamos claramente refletindo sobre o direito de um Estado Interventor, numa sociedade complexa.

A teoria dos sistemas de LUHMANN tem assim proporcionado a configuração de um novo “estilo científico” mais apto a compreensão das atuais sociedades complexas que vivemos, contrariamente ao modelo limitado de sociedade existente no normativismo, hermenêutica e pragmática jurídicas, estando assim no centro das discussões atuais sobre o sentido do direito e da sociedade.

5.2 As propostas da segunda fase de LUHMANN, autopoietica, aliadas a concepção de “risco” desenvolvida conjuntamente com Raffaele DE GIORGI (LUHMANN-DE GIORGI, 1992), apontam interessantes avanços para a discussão a respeito da racionalidade do direito e da sociedade, bem superiores a racionalidade das matrizes teóricas tradicionais. Isto é, como se depreende de nossa abordagem a teoria do direito depende, na atualidade, de uma teoria da sociedade.

A teoria da sociedade procura explicar a sociedade como sistema so-

cial. É importante nesta matriz epistemológica demonstrar-se que certos elementos básicos tornam possível distintas formas, entre infinitas possibilidades, de interação social. Isto implica uma grande complexidade, que exige cada vez mais subsistemas, como o direito, a economia, a religião, etc..., que por sua vez se diferenciam criando outros subsistemas e assim sucessivamente. Existem então dois problemas principais que a sociedade se coloca: a complexidade e a dupla contingência (LUHMANN, 1984).

A sociedade como sistema social é possível graças a “comunicação”. Por sua vez, a comunicação depende da linguagem, das funções, da diferenciação e das estruturas. Isto torna possível a evolução social, porém decisiva é neste sentido a “diferenciação”.

Nesta linha de idéias a sociedade moderna possui condições de controlar as indeterminações, ao mesmo tempo, que não cessa de produzi-las. Isto gera um paradoxo na comunicação. A sociedade contemporânea é constituída por uma estrutura paradoxal, na qual amplia-se a justiça e a injustiça, o direito e o não-direito, a segurança e a insegurança, a determinação e a indeterminação. Em outras palavras, nunca a sociedade foi tão estável e nunca a sociedade foi tão instável, pois a lógica binária não tem mais sentido na paradoxalidade comunicativa. Por exemplo, há mais pobreza, porque há mais riqueza, etc... (DE GIORGI, 1993).

5.3 O Estado nesta ótica é a organização do sistema da política, sendo as diferentes formas de Estado equivalentes a distintas formas de organização. A democracia consiste assim numa estrutura decisional na qual vem tematizado o risco nas decisões a respeito do consenso (DE GIORGI, 1993).

Isto significa de um lado, que a democracia é uma estrutura decisional da política altamente precária; e de outro lado, que é uma estrutura que permite altas possibilidades de escolha. É portanto uma estrutura muito evolutiva. Pois, quanto maior a possibilidade de escolha, mais alto é o risco, sendo maiores as possibilidades de evolução.

A delimitação das possibilidades que possui a democracia deriva das formas de acoplamento estrutural entre os sistemas. Os sistemas isolados tem maior possibilidade de escolha porque frente as ameaças do ambiente reagem sempre com operações internas ao sistema (o direito através do direito, a economia através da economia). Do mesmo modo, como os sistemas são acoplados estruturalmente, as transformações internas de um sistema dependem do modo como este sistema percebe, elabora, a complexidade social que deriva das transformações nos outros sistemas. Numa sociedade estruturada desta maneira produz-se continuamente dinamicidade autoproduzida.

Isto significa afastar-se os temas tradicionais da democracia, que a reduzem a teorias da participação, distribuição e emancipação, já que com dinâmica, autoproduzida, os sistemas se emancipam por si mesmos (DE GIORGI, 1993). O problema da democracia é a distribuição dos riscos. Não a distribuição de bens. A perspectiva do

risco, neste caso, como perspectiva de observação das decisões permite alcançar mais altos níveis de racionalidade na sociedade. Isto deriva do fato de que os sistemas são tanto mais racionais, quanto são capazes de controlar o ambiente através do controle de si mesmos. POPPER tinha pensado numa sociedade aberta na qual por meio da discussão se poderia colocar em dúvida as escolhas (POPPER, A Sociedade Aberta e seus Inimigos, 1974). A democracia tem praticado esta abertura através da discussão de princípios, da igualdade, liberdade, distribuição de bens, etc...Desde uma perspectiva deste tipo pode parecer que a sociedade moderna como vem descrita pela teoria da sociedade, é uma sociedade fechada.

Na realidade, ao contrário, como salienta LUHMANN, o fechamento dos sistemas é sua condição para a única abertura possível na sociedade moderna. Abertura significa disponibilidade dos sistemas a reagirem frente a complexidade do ambiente. E, portanto, disponibilidade a adequar-se ao grau de complexidade do ambiente. Isto quer dizer que o sistema deve obter internamente níveis sempre mais altos de complexidade. Ao mesmo tempo, por meio de suas próprias operações, isto é, através das próprias escolhas o sistema se abre, se predispõe ao risco. Isto acarreta a necessidade de operar de modo racional. Perante, por exemplo, a complexidade da economia, o direito deve estabilizar-se sempre, e mais, como direito. Perante a complexidade da política que pretende utilizar o direito para seus fins, o direito deve estabilizar-se como direito, sem deixar-se manipular pela política.

Democracia significa a capacidade de racionalizar as operações do sistema, isto é, as escolhas, em condições de incerteza. Ou seja, em condições nas quais não é possível prever-se as conseqüências. Mas é possível prever-se que possam verificar-se conseqüências não previstas. Neste sentido, para DE GIORGI risco significa a racionalização do medo e conjuntamente indica a necessidade de elaborar-se dispositivos de tratamento do risco muito mais complexos daqueles até agora ativados. O direito conhece, por exemplo, os dispositivos da responsabilidade civil nas suas diversas formas, objetivas e subjetivas. Porém este dispositivo mostra-se inadequado a respeito das incontáveis possibilidades de imputação das conseqüências dos acontecimentos aos sujeitos individualizados.

Em suma, a procura de uma conclusão, para nosso argumento, nesta ordem de raciocínio, concordamos com LUHMANN e DE GIORGI, no sentido de que a pesquisa jurídica deve ser dirigida para uma nova concepção de sociedade centrada no postulado de que o risco é uma das categorias fundamentais para a sua compreensão. A concepção de “sociedade de risco” torna ultra-passada toda a sociologia clássica voltada seja para a segurança social, seja a um conflito de classes determinado dialeticamente; como também torna utópica a teoria da ação comunicativa livre e sem amarras. O risco coloca a importância de uma nova “racionalidade” para tomada das decisões nas sociedades, redefinindo a filosofia analítica, a hermenêutica e a pragmática jurídicas, numa teoria da sociedade mais realista.

A consciência do risco é uma das condições para a constituição de uma forma de sociedade (LEFORT) mais democrática.

### **PRINCIPAIS TEXTOS CITADOS**

- ARNIO, Aulis. LO RACIONAL COMO RAZONABLE. Tradução espanhola de Ernesto G. Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- AMSELEK, Paul (Organizador). CONTROVERSESES AUTOUR DE L'ANTOLOGIE DU DROIT. Paris: PUF, 1989.
- UOBBIO, Norberto. DALLA  
STRUTTURA ALLA FUNZIONE. NUOVI STUDI DI TEORIA DEL DIRITO. Milão:  
Edizioni di Co-munità, 1977.
- TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO. Tradução Cláudio de Cicco e Maria Celeste Santos. São Paulo-Brasília: UnB-Polis, 1989.
- CARNAP, Rudolf. THE LOGICAL SYNTAX OF LANGUAGE. London: Smeaton, 1937.
- DWORKIN, Ronald. LAW'S EMPIRE. Londres: Fontana Press, 1986.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO. TÉCNICA, DECISÃO,  
DOMINAÇÃO. São Paulo: Atlas, 1988.
- HABERMAS, Jurgen. THEORIE DE L'AGIR COMMUNICATIONNEL, Tomes I e II. Tradução francesa de Jean Marc Ferry. Paris: Fayard, 1987.
- HART, Herbert. O CONCEITO DE DIREITO. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- KELSEN, Hans. TEORIA PURA DO DIREITO. Tradução de João Batista Machado, 4 ed., Coimbra: Armênio Amado-Editor, Sucessor, 1976.
- TEORIA GERAL DAS NORMAS. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.
- LEFORT, Claude. L'INVENTIOIN DEMOCRATIQUE. Paris: Biblio-Essais Editora Fayard, 1981.
- ESSAIS SUR LE POLITIQUE. XIXe-XXe SIÉCLE. Paris: Coletion Esprit/Seuil, 1986.
- LUHMANN, Niklas. SOCIOLOGIA DO DIREITO I e II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, Niklas. SISTEMI SOCIALI, Bolonha, ed. Il Mulino, 1990.
- LUHMANN, Niklas e DE GIORGI, Raffaele. TEORIA DELLE

SOCIETÀ. Milano: FrancoAngeli, 1992.

MACCORMICK, Neil e WEINBERGER Ota. AN INSTITUTIONAL THEORY OF LAW. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1985.

RAZ, Joseph. THE CONCEPT OF LEGAL SYSTEM. Oxford Press, 1970.

WARAT, Luis Alberto. O DIREITO E SUA LINGUAGEM. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984.

WITTGENSTEIN, Ludwig. INVESTIGAÇÕES FILOSÓFICAS. Tradução de José Carlos Bruni, 2 ed.. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1979.