

Direito como sistema de controle: para uma atualização da crítica da forma jurídica a partir da teoria dos sistemas¹

Law as System of Control: a Systems Theory's Reinterpretation of the Critique of the Legal Form

Guilherme Leite Gonçalves²

Resumo:

O artigo pretende oferecer uma reinterpretação do debate tradicional sobre abstração da forma jurídica como dominação à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Para tanto, utiliza como pressuposto a releitura marxista do processo de diferenciação do direito oferecida por Raffaele de Giorgi no início dos anos 1980. Sustenta-se que o caráter complexo e contingente do sistema jurídico e do sistema social modernos exige, paradoxalmente, padrões e projetos de certeza que servem para ocultar ou conter a incerteza que os constitui. Dessa perspectiva, a noção luhmanniana de generalização de expectativas normativas é compreendida como a produção pelo direito de modelos abstratos de orientação que resistem a mudanças concretas, mas, ao mesmo tempo, submetem-se a seleções contingentes, necessárias para controlar eficazmente o elevado número de surpresas que uma sociedade sem fundamentos metafísicos pode produzir. Ao final, conclui-se que, a partir desta alternância contraditória e paradoxal entre certeza e incerteza, o direito torna-se um sistema moderno de controle da sociedade.

Palavras-chaves: Teoria dos sistemas; Abstração da forma jurídica como dominação; controle social; certeza e incerteza do direito.

Abstract:

The article intends to reinterpret the traditional debate on the abstraction of legal forms as domination in light of Niklas Luhmann's systems theory. Therefore, it finds its presuppositions in the Marxist reading of differentiation of law as proposed by Raffaele de Giorgi in the beginning of the 1980's. The article shows that the complexity and the contingency of modern social and legal systems paradoxically demands patterns and projects of certainty to hide or restrain the uncertainty they constitute themselves. In this sense the luhmannian notion of generalizing normative expectations is comprehended as the legal production of abstract models for guidance that resist concrete changes but at the same time are susceptible to contingent selections, which

¹ Artigo recebido em 12/03/2013 e aceito em 06/07/2013.

² Doutor em Sociologia do Direito pela Universidade de Salento, Itália, onde desde 1999 é colaborador do Centro de Estudos do Risco da respectiva Universidade. Foi pesquisador da Escola de Direito de São Paulo, professor da Escola Superior de Ciências Sociais e é professor licenciado da Escola de Direito do Rio de Janeiro, todas da Fundação Getúlio Vargas. Atualmente, é bolsista do Programa de Pós-Doutorado da Fundação Alexander von Humboldt na Universidade Livre de Berlin e na Universidade de Bremen, ambas na Alemanha. Email: g.leite@fu-berlin.de.

are necessary to effectively control the high number of surprises that a society lacking in metaphysical foundations may produce. I then conclude that because of this contradictory and paradoxical alternation between certainty and uncertainty law is a modern system of social control.

Keywords: Systems theory; abstraction of legal forms as domination; social control; legal certainty and uncertainty.

1. Introdução

O artigo tem por objetivo reinterpretar as considerações de Niklas Luhmann sobre o processo de diferenciação do direito na sociedade moderna à luz da releitura marxista proposta por Raffaele De Giorgi no livro *Scienza del diritto e legittimazione*. A partir deste referencial teórico, proponho a *distinção certeza/incerteza* como critério analítico capaz de oferecer uma abordagem crítica por meio da teoria dos sistemas, de modo a enfatizar as contradições e paradoxos da sociedade e do direito modernos.³ De maneira mais específica, estes dois âmbitos serão apresentados como sistemas que se originam da contingência, complexidade, incerteza e diferença, mas que, contraditoriamente, ativam padrões, projetos e performances de certeza, segurança e conservação. Para demonstrar este efeito, sustentarei que, de um lado, as condições estruturais de incerteza e complexidade modernas pressionam o direito a construir um nível de abstração com o fim de criar segurança e que, de outro, a seleção dessas formas jurídicas abstratas abre-se para a contingência. Sustento que este duplo caráter faz do direito um sistema de controle na sociedade complexa.

Ressalto, por fim, que, apesar da abertura da teoria dos sistemas ao marxismo, o presente artigo não se coloca a tarefa de conectar Marx e Luhmann⁴, mas parte das considerações marxistas já formuladas por De Giorgi. Por essa razão, Marx não será amplamente citado nas páginas que seguem.

³ Sobre a atual proposta de uma teoria crítica dos sistemas, ver Fischer-Lescano, 2009.

⁴ Para um empreendimento desta envergadura, ver Bachur, 2010.

2. Relação contraditória entre certeza e incerteza na sociedade moderna

Luhmann (1997a: 417f) demonstra como a evolução da sociedade gradualmente implicou o questionamento de verdades universais deduzidas de uma moral religiosa generalizante, utilizada para controlar as manifestações sobre o que seria socialmente possível. Nos termos da teoria dos sistemas, este processo ocorre em razão do aumento da complexidade. Devido a este aumento, Luhmann (1997b: 707f) afirma que as alternativas sociais perdem a sua identidade em comum e ativam um processo de diferenciação de acordo com os tipos de problema que objetivam resolver. Para este autor, quando as funções se distinguem e as possibilidades sociais tornam-se auto-referenciais – imunizando-se contra determinações externas –, é possível dizer que a diferenciação primária da sociedade é funcional (*ibidem*). É neste momento, argumenta Luhmann (2006: 11f), que a sociedade adquire a sua forma moderna, tendo em vista que a substituição de um centro transcendental de certeza por uma multiplicidade de espaços autônomos, cada um com o seu próprio conjunto de verdades, permite a produção irrefreável de diversidade.⁵ Conforme a teoria dos sistemas, a sociedade moderna é caracterizada por ser altamente complexa, contingente e aberta ao futuro, dado que a quantidade, heterogeneidade e interdependência de possíveis relações é bastante elevada (Luhmann, 1999: 90).

É possível perguntar, no entanto, se esse excesso de complexidade impõe a necessidade de estados de certeza que permitam a coexistência. Luhmann (1995: 25) sustenta que complexidade significa, ao mesmo tempo, “pressão seletiva”. A seleção é o único evento que pode reconhecer a existência de mais de uma alternativa (*idem*, 1997a: 473f). Neste sentido, o processo de incremento de alternativas supõe simultaneamente a especificação de possibilidades sociais, isto é, requer que escolhas sejam feitas. A teoria dos sistemas afirma que a complexidade aumenta porque diminui (*ibidem*: 142-144). Nessa perspectiva, Luhmann (1995: 171) argumenta que os sistemas sociais resultam de seleções que consistem na capacidade de relacionar elementos dispersos entre si, de transformar quantidade em qualidade e complexidade desestruturada em estruturada – de criar *order from noise*. Conforme este autor, estruturas seletivas formam um conjunto de alternativas possíveis que, se não adotadas, conservam a sua disponibilidade para

⁵ Desenvolvi o conceito de centro transcendental de certeza em Gonçalves, 2013.

escolhas futuras (*idem*, 1995: 420-422). Isso significa que os sistemas sociais operam com um novo valor: a contingência. Luhmann (1996: 93f) afirma que a realidade da sociedade moderna é a realidade de contingência. Em resumo, é possível afirmar que, para a teoria dos sistemas, a expansão da incerteza social (i.e., o aumento da complexidade) cria pressões para a formação de estruturas de certeza (seleções) que, por significarem a escolha entre alternativas, abrem-se a contingências e novas incertezas.

A explicação sobre as características e o funcionamento da sociedade oferecida pela teoria dos sistemas de Luhmann foi reinterpretada por De Giorgi a partir do modelo marxista. Para De Giorgi (1980: 21 ss.), o advento da sociedade moderna corresponde à constituição da sociedade burguesa, que é sinônimo de desagregação e complexidade. O autor demonstra que a constituição da sociedade burguesa implica a ruptura e a fragmentação da razão transcendental unitária. Em razão desses processos, as ações sociais passam a se decompor, fragmentando a sociedade em subsistemas e incorporando a diferenciação funcional como sua racionalidade (*idem*: 21-22). Ao ativar a desagregação, a sociedade burguesa “adiciona infinita complexidade” (*idem*: 22). De Giorgi conclui que essa imensa complexidade força a sociedade burguesa a se confrontar com o problema da coexistência dos subsistemas sociais produzidos (*ibidem*). Mas há unidade na diferença?

Após a destruição do centro transcendental de certeza, complexidade e desagregação não podem ser eliminadas. A coexistência torna-se possível, portanto, apenas como abstração. Em outras palavras, confrontada com a impossibilidade real de coexistência, a sociedade burguesa estabelece um plano de indiferença à diferença. Este plano, segundo De Giorgi, “torna a diversidade igual em abstração” (*idem*: 22-23). Como é uma ilusão que se coloca em oposição à desagregação fática, é, também, uma forma de dominação. É importante notar que essa forma é, por sua vez, uma necessidade criada pela complexidade. A fim de evitar os riscos da desagregação, a complexidade estabelece sistemas de abstração orientados a ordenar a coexistência de estruturas diferenciadas. O direito tem um importante papel no desempenho dessa função.

Essa releitura marxista da teoria dos sistemas é importante porque permite a observação da relação entre certeza e incerteza na sociedade moderna funcionalmente diferenciada à luz dos conceitos de contradição e repressão. A diferenciação funcional (e o advento da modernidade) aumenta as alternativas e estabiliza a contingência. Conforme Marx e Engels (1970 [1848]: 465),

tal processo pressupõe um aumento da insegurança. Emergem, neste contexto, estruturas de estabilidade que funcionam para estabelecer certeza e previsibilidade às expectativas comportamentais. Neste artigo, não aprofundo a discussão a respeito das razões que explicam este efeito contraditório. Na linha proposta por De Giorgi, compreendo que ele decorre da identificação entre sociedade moderna e sociedade burguesa, ou, nos termos de Bachur (2010), entre diferenciação funcional e capitalismo. Da perspectiva que adoto neste trabalho, importa reconhecer apenas que a incerteza, contingência e complexidade da vida moderna ativam os seus opostos: as dimensões e os mecanismos da certeza. Em resumo, a sociedade moderna produz, permanentemente, reações regulatórias a partir da contingência e complexidade que ela própria produz.

3. A positivação do direito: contingência, abstração e controle

A lógica contraditória da certeza e incerteza é reproduzida no processo de positivação e diferenciação do direito. Para Luhmann (1987a: 190-192), a alta complexidade e contingência são condições necessárias a tal processo. Por essa razão, o autor (Luhmann 2004: 124) sustenta que o sistema jurídico moderno não reconhece normas de direito natural como seu fundamento. O sistema é responsável pela sua própria normatividade, afirma Luhmann, já que não existe qualquer outro controle externo sobre a variabilidade (*ibidem*: 76f). Na perspectiva da teoria dos sistemas, todos os elementos são autoconstruídos pela unidade funcional (*idem*, 1995: 33). Isso significa, de um lado, que o direito define as suas próprias mudanças e, de outro, que o conceito de positivação está conectado à autodeterminação e à autopoiese do sistema jurídico (Neves, 1992: 34). Luhmann (1999: 122) argumenta que, na sociedade moderna, o direito positivo é o direito criado pelo próprio direito, e tem sua validade baseada nas decisões jurídicas. Nestes termos, o autor afirma que o processo de positivação é um estágio evolucionário no qual a sociedade contingente torna contingente a sua normatividade (*ibidem*: 113).

Luhmann (2004: 219) enfatiza, porém, que o sistema jurídico não serve exclusivamente para aumentar a complexidade. O direito é, na verdade, compreendido como um paradoxo, tendo em vista que, de um lado, é um sistema que se autodetermina de forma contingente e, de outro, é uma referência estável que serve como modelo para experiências. Da perspectiva sistêmica, o

paradoxo é constitutivo do sistema jurídico, pois este é baseado em estruturas de expectativas normativas. Conforme Luhmann (2004: 468), expectativas normativas são aquelas que, quando frustradas, resistem aos fatos. Essas expectativas são formadas por decisões jurídicas, isto é, criadas pelo próprio direito e, portanto, sujeitas à contingência (*ibidem*: 152). Em resumo, para Luhmann, ao mesmo tempo em que expectativas normativas resistem aos fatos, elas são capazes de modificar a si próprias. Por essa razão, a teoria dos sistemas concebe o direito como um paradoxo. O direito é seguro para expectativas individuais contra-factuais e, ao mesmo tempo, é capaz de alterar as normas de acordo com determinados interesses (*idem*, 1987a: 107). Em relação aos fatos, as expectativas normativas não estão disponíveis ao processo de aprendizagem, mas em relação a elas próprias, são capazes de aprender com a realidade. Neste sentido, Luhmann argumenta que as expectativas normativas tornam-se, simultaneamente, variáveis e invariáveis, certas e incertas (*ibidem*: 117). O excesso de possibilidades depende de um direito que é modificável, mas que também assegure a orientação de expectativas, para que a complexidade não permaneça desestruturada. Quando o direito produz este paradoxo, Luhmann (*ibidem*) afirma que a positivação do direito tornou-se completa.

De acordo com De Giorgi, o direito é um sistema de abstração e formas, já que as expectativas normativas são indiferentes aos fatos. Nas palavras do autor, isso significa que “o direito tem a propriedade de esconder a realidade objetiva das relações sociais de produção da qual o próprio direito emerge” (*idem*: 23). Essa abstração, no entanto, não é uma mera relação formal, objetiva e independente, sustenta De Giorgi (*ibidem*) – e eu adicionaria: não é apenas um modelo de certeza para a complexidade. Como foi visto, o caráter decisório das expectativas normativas submete a abstração da forma jurídica à mudança. Neste sentido, De Giorgi (*ibidem*) afirma que essa abstração é o resultado de decisões normativas e seleções sobre o universo de possibilidades. Conforme este autor (*ibidem*), dentre as várias alternativas de ação, o direito elege uma certa forma e determina que ela é válida. Entendo que é precisamente neste momento que o direito se torna aberto à experiência da incerteza. Uma vez que a decisão jurídica pressupõe uma escolha entre possibilidades e, dessa forma, pode ser diferente do que se tornou, ele é o produto de uma tomada de decisão contingente. Baseado nessa propriedade do fenômeno jurídico, De Giorgi (*idem*: 23-24) conclui que, na sociedade burguesa, o direito é capaz de se transformar em uma técnica para o controle das ações (mutáveis) concretas, porque é um sistema abstrato sujeito

a modificações. Em outras palavras, na medida em que, paradoxalmente, o direito aprende e não aprende com os fatos e alterna entre certeza e incerteza, torna-se um sistema para a calibragem da complexidade. Por ser capaz de regular essa complexidade, o direito é, portanto, uma estratégia repressiva da sociedade moderna (burguesa).

4. Direito como técnica de repressão: entre abstração e contingência

Para analisar o papel do sistema jurídico, farei uso da distinção entre segurança de expectativas e incerteza de comportamentos, proposta por Luhmann. Com base na leitura de De Giorgi, buscarei demonstrar como essa distinção opera contraditoriamente como uma técnica para a repressão. Conforme Luhmann (1987a: 73-74), normas jurídicas são pontos de referência abstratos cuja função é impedir que expectativas mudem a cada novo contexto ou conflito, já que elas resistem aos fatos. Para este autor (*ibidem*), as normas criam estabilidade no processo comunicativo e condições para os sistemas operarem em face da adversidade social produzida em contextos altamente complexos como a modernidade. Com relação a este ponto específico, sustento que o direito é a manifestação de certeza para uma sociedade de incerteza. Segundo Luhmann (1999: 115), é um modelo de experiência que limita o que pode ser esperado. Entendo que da indiferença aos fatos emerge a primeira expressão de certeza gerada pelo direito. Ela surge da capacidade de gerar o que Luhmann (*idem*: 80f) chamou de *segurança de expectativas*. Para Luhmann (*ibidem*), a segurança de expectativas significa que, quando uma norma é violada, o indivíduo dispõe de meios jurídicos (sanções, regras, tribunais, etc.) para resistir à desilusão e para realizar o que era originalmente esperado que ocorresse. Neste sentido, Luhmann (*idem*: 73-74) afirma que o direito confere segurança à tomada de decisão e à coexistência social: sem a manutenção das expectativas frente à decepção, seria inútil estabelecer compromissos.

De acordo com a teoria dos sistemas, gerando segurança às expectativas, o direito se torna um instrumento para a produção de confiança social a respeito do futuro (*idem*, 2000: 41f). Luhmann (1999: 80-85) afirma que o aspecto normativo do direito oferece suficiente certeza para a tomada de decisões realizada em contextos cujas consequências são contingentes porque fixa meios para resistir a objeções concretas não previstas. Entendo que essa descrição de Luhmann permite identificar o direito como uma garantia de conservação em caso de surpresa.

Qual é, então, o grau dessa certeza que o direito oferece? Conforme Luhmann (*idem*: 81), a segurança de expectativas não é o mesmo que a certeza da sua confirmação: o sistema jurídico dispõe de instrumentos para resistir a frustrações, mas não para assegurar a inexistência de desvios (*idem*, 2004: 176f). Na teoria dos sistemas, a negação de expectativas é considerada inerente ao horizonte de incerteza, fragmentação e diversidade que é criado pela diferenciação funcional. Nessa perspectiva, se os sistemas são distintos de acordo com os seus próprios critérios infungíveis, *Alter* sempre surpreende *Ego* (*idem*, 1995: 226). Luhmann (2000: 27f) sustenta que, na sociedade moderna, formas de confiança são construções artificiais, símbolos para tornar operacionalizáveis tanto a complexidade quanto a contingência. Se a confiança é um símbolo artificial que resulta da pressão para estabelecer certeza em relação ao futuro, que, ao ser surpreendida por eventos imprevisíveis, é reforçada, é possível concluir que a confiança jurídica opera em uma lógica paradoxal e circular: frustrações e surpresas demandam confiança que, por sua vez, gera frustrações e surpresas. Neste sentido, o direito é um sistema de controle que é responsável pela absorção e tratamento da frustração.

A distinção entre *segurança de expectativas* e *incerteza de comportamentos* proposta por Luhmann demonstra que o direito é um modelo de experiência para reforçar expectativas e imunizá-las contra a variabilidade e o dissenso factual. Neste sentido, entendo que é possível interpretar o direito como uma técnica para ocultar a complexidade, já que a diversidade social é mantida, ao mesmo tempo em que é tornada invisível como uma estratégia para a criação de confiança social. É relevante notar que, pela lógica da distinção sugerida por Luhmann, comportamentos podem surpreender, variar e modificar-se. O direito, no entanto, produz um mecanismo de indiferença a essa variabilidade, já que é baseado em uma estrutura normativa de expectativas que objetiva a resistência a surpresas. Isso significa que o direito se torna um meio de resistência às transformações, e uma estratégia de controle social. O caráter conservador do sistema jurídico é viabilizado pela sua capacidade de reforçar a segurança de expectativas. Conforme indicado por De Giorgi (1980: 22), essa habilidade significa separação em relação à instância material (aos comportamentos, surpresas e transformações sociais). Como foi visto, as expectativas não podem ser confundidas com os comportamentos, os quais, conforme Luhmann, permanecem incertos. Neste sentido, a separação em relação à instância material operada pela segurança das expectativas é possível porque converte o direito em uma forma de abstração.

O caráter abstrato da segurança das expectativas significa, conforme Luhmann, que as expectativas permanecem inalteradas no tempo, mesmo quando confrontadas com frustrações e resistência aos fatos. Para De Giorgi (*ibidem*), por meio dessa forma abstrata, o sistema jurídico é capaz de realizar a coexistência de sistemas sociais diferenciados sem comprometer concretamente a própria diversidade. Se o direito assegura a certeza das expectativas, não dos comportamentos, é possível concluir que a distinção entre segurança de expectativas e incerteza de comportamentos é a fórmula pela qual a coexistência é produzida, sem com isso eliminar a complexidade e a contingência. Como não é mais possível apelar à unidade transcendental do mundo pré-moderno, o direito se torna uma estratégia para a construção de mediações (certeza) em um contexto de diversidade (incerteza). Criando igualdade apenas em abstrato, o direito esconde a complexidade e a contingência e gera, com isso, segurança para toda a sociedade. Torna-se, assim, um meio de controle. Como foi reconhecido pelo jovem Marx (2006 [1844]), uma dimensão operativa é criada como forma de equalizar, no plano abstrato, diferenças reais, de modo que essas diferenças possam ser materialmente reproduzidas.

No entanto, este processo é resultado de um paradoxo: os efeitos inseguros e as incertezas geradas pela diversidade social e pela positivação do direito demandam a construção de certeza (a forma abstrata da segurança de expectativas). Como essa construção depende de seleções, há, novamente, um aumento na complexidade e na contingência, o que implica a criação de pressões por novas certezas e formas abstratas. Por essa razão, o sistema jurídico reproduz a si próprio por meio de uma alternância básica, circular, paradoxal e contraditória entre certeza e incerteza.

5. Direito entre abertura cognitiva e fechamento operativo: estratégia repressiva da sociedade burguesa

Como foi visto, segundo Luhmann, o direito utiliza estruturas de expectativas normativas para estabelecer formas de resistência às surpresas e mudanças que resultam da complexidade da sociedade moderna. Com base na releitura de De Giorgi, afirmo que essa característica do direito é uma condição para a sua conversão em um sistema abstrato, indiferente à instância material, o que torna possível a coexistência social, tendo em vista que ele oculta a complexidade. Essa característica do fenômeno jurídico é fundamental, também, para ativar o processo sistêmico de

diferenciação, o qual, por sua vez, implica a separação em relação aos comportamentos e às relações sociais objetivas de produção. O direito adquire o status de uma unidade operacional autônoma na medida em que objetiva estabelecer segurança para todas as outras expectativas sociais. A diferenciação do direito, conforme analisada por Luhmann, pode, assim, ser reinterpretada como um fenômeno social possível, pois torna viável a estratégia de repressão que busca a coexistência na sociedade moderna (burguesa).

Este processo, porém, não é livre de ônus ao sistema jurídico. Na realidade, torna-se o motor de outro paradoxo: a redução da incerteza social pela diferenciação do direito leva a um aumento na incerteza interna do sistema jurídico. A criação de expectativas normativas (que buscam “tranquilizar” as outras esferas sociais) implica a produção de um grande número de estruturas e elementos jurídicos (normas, atores, procedimentos etc.). Dessa forma, a fim de produzir certeza social, o direito transforma incertezas ambientais em incertezas jurídicas. Conforme Luhmann (1974b: 117), para reduzir a complexidade externa, o sistema jurídico deve elevar a sua própria complexidade. Dito de outro modo: enquanto certezas para o ambiente, as expectativas normativas constituem incertezas para o direito. Entendo que esse paradoxo é uma estratégia de transferência de problemas externos e incontroláveis ao sistema jurídico – uma arena que é sistemática, institucional e estruturalmente controlada. Isso significa que conflitos, que no ambiente seriam manifestados como protestos, demandas e movimentos sócio-políticos, tornam-se regras jurídicas que são procedimentalizadas e guiadas por juízes e advogados.⁶

Nesse sentido, proponho uma reinterpretação da noção luhmanniana de *abertura cognitiva do sistema*. Ao invés de espaço de sensibilização do direito às demandas externas ou de recepção das irritações dos outros sistemas, como definido por Luhmann (idem: 8), entendo se tratar, na realidade, de um conversor de dissenso político, econômico e social em disputa judicial mediada e controlada. Este mecanismo converte incerteza externa em incerteza interna ao direito. Como ele aumenta o número de direitos e garantias, seu caráter conservador é que o surgimento de incerteza política ou social é transformada por ele em incerteza da interpretação das leis pelos juristas, em ampliação das possibilidades argumentativas dos advogados ou em surgimento de jurisprudências conflitantes. Em outras palavras: conflito político-econômico-social torna-se conflito técnico-jurídico. Trata-se de uma estratégia global de controle social.

⁶ Sobre direito e movimentos sociais a partir da teoria dos sistemas, ver Campilongo, 2011.

Já que, do ponto de vista da teoria dos sistemas, a abertura cognitiva do direito aumenta a complexidade interna do sistema jurídico, este processo cria dificuldades para a tomada de decisão no próprio sistema. Luhmann (*idem*: 9) afirma, neste sentido, que os processos de diferenciação e positivação do direito só são completados quando o sistema jurídico manipula um código comunicativo próprio, a fim de que seja capaz de produzir decisões e reduzir a complexidade interna. Conforme este autor, o direito é constituído pelo código lícito/ilícito, cujo papel é fechar operacionalmente o sistema e manter sua identidade em face da abertura cognitiva. Se, conforme Luhmann, as decisões jurídicas variam de acordo com duas posições devido ao código – lícito ou ilícito –, é possível afirmar que o resultado final de uma decisão jurídica é sempre incerto. Em outras palavras, isto significa que a *segurança das expectativas normativas* é legalmente transformada em incerteza da sua concretização, ou seja, em *incerteza de comportamento*. Por essa razão, Luhmann sustenta que a única certeza que o direito pode oferecer é uma incerteza: a certeza de que a tomada de decisão jurídica será baseada em um código binário e ocorrerá conforme um de seus polos, o positivo ou o negativo (*idem*, 2004: 220). Dessa forma, ainda que o sistema jurídico torne a coexistência de diferenças externas possível pela generalização congruente de expectativas normativas, isto não envolve a regulação ou determinação de comportamentos. Isto porque a natureza binária das decisões jurídicas cria incerteza para o ambiente: é impossível saber se as expectativas normativas serão confirmadas ou não.

A partir da perspectiva de releitura proposta neste artigo, esta forma do direito moderno confirma a ideia de que o sistema jurídico torna-se uma estratégia global de controle da sociedade complexa e contingente. O código lícito/ilícito é justamente o mecanismo que possibilita que o direito seja convertido de uma mera determinação formal para um sistema formal de contingência normativa. Ao decidir qual é a expectativa normativa válida, o código submete a abstração da forma jurídica à experiência da incerteza: não se sabe qual será a expectativa escolhida e, uma vez escolhida, sabe-se que ela *poderia ter sido outra*. Por causa da binariedade do código, a certeza da decisão tomada transforma-se em incerteza para a sociedade a respeito da adequação da decisão. Paradoxalmente, no entanto, esta incerteza social da oscilação do código entre lícito e ilícito é fundamental para a sofisticação da técnica de repressão, de certeza e de segurança do direito exigida pelas condições sociais contemporâneas. Nestas condições, é insuficiente uma abstração

estática deterministicamente controlada pela instância material. O processo de dominação exige, ao contrário, uma forma abstrata que se subordine ao horizonte seletivo e, adequada ao gradiente de complexidade das modernas relações de produção, abra-se igualmente para a contingência. Em outras palavras, a ação real só pode ser controlada se o sistema de abstração destinado à sua regulação não derivar sua validade de um valor pressuposto, mas de uma decisão que pode modificar a forma abstrata de controle conforme a mudança da ação real que se pretende reprimir. É nesse sentido que De Giorgi (2004: 23) afirma que “a contingência normativa mostra-se como estratégia global, como projeto repressivo da sociedade burguesa”.

6. Conclusão

Demonstrei, neste artigo, que a complexidade da sociedade moderna demanda incerteza e variabilidade, mas também exige mecanismos para estabelecer controle, certeza e segurança. A diferença é que esses mecanismos submetem-se a um horizonte de alterações, sob pena de não serem capazes de desempenhar o seu papel de repressão. Esse efeito paradoxal está conectado com as necessidades de sociabilidade na sociedade moderna (burguesa). Diante da impossibilidade de explicitar a incerteza, a contingência e a complexidade (que significam medo, insegurança e constante transformação), as relações são mediadas por formas sociais de certeza que se autonomizam das relações intersubjetivas. Estas formas são sistemas sociais que se constituem como ordens reificadas regeneráveis (Fischer-Lescano: 2009, 13-14). Ao observar estas condições no processo de diferenciação do direito, De Giorgi anteviu na virada dos anos 1970 e 1980 a necessidade de confrontar a teoria dos sistemas com a teoria marxista, principalmente no que se refere ao problema da relação entre sistema jurídico e repressão social. Trata-se de uma agenda em aberto que, na atualidade, apresenta-se como uma possível alternativa à ilusão da emancipação política e à visão otimista quanto ao suposto papel inerentemente emancipatório dos tribunais.

Bibliografia

- BACHUR, J. P. (2010), *Às portas do labirinto: para uma recepção crítica da teoria social de Niklas Luhmann*. Rio de Janeiro: Azougue.
- CAMPILONGO, C. (2011), *Interpretação do direito e movimentos sociais*. São Paulo: Elsevier.
- DE GIORGI, R. (2004), *Scienza del diritto e legittimazione*. Lecce: Pensa.
- _____. (1980), *Wahrheit und Legitimation im Recht. Ein Beitrag zur Neubegründung der Rechtstheorie*. Berlin: Duncker & Humblot.
- FISCHER-LESCANO, A. (2009), *Kritische Systemtheorie Frankfurter Schule*. In CALLIESS, G.-P. et alii. *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*. Berlin: De Gruyter Recht.
- LUHMANN, N. (2006), *Beobachtungen der Moderne*. Wiesbaden: VS Verlag.
- _____. (2004), *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press.
- _____. (2000), *Vertrauen*. Stuttgart: Lucius & Lucius.
- _____. (1999), *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp..
- _____. (1997a), *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main, Suhrkamp. v.I.
- _____. (1997b), *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main, Suhrkamp. v.II.
- _____. (1995), *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press.
- _____. (1987a), *Rechtssoziologie*. Opladen, Westdeutscher.
- _____. (1974a), *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart, W. Kohlhammer.
- _____. (1974b), *Soziologie als Theorie sozialer Systeme*. In LUHMANN, N. *Soziologische Aufklärung 1. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*. Opladen: Westdeutscher.
- MARX, K. (2006 [1844]), *Zur Judenfrage*. In MARX, K. e ENGELS, F. *Werke*. Berlin: Dietz. Vol. 1.
- MARX, K. und ENGELS, F. (1970 [1848]), *Manifest der kommunistischen Partei*. In MARX, K. und ENGELS, F. *Werke*. Berlin: Dietz. Vol. 4.

NEVES, M. (1992), *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne. Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*. Berlim, Duncker & Humblot.