

A Questão da (In)Segurança Jurídica na Sociedade Contemporânea

Daniela Vasconcellos Gomes¹

Resumo

Diante da complexidade da sociedade contemporânea, as tradicionais matrizes teóricas do Direito mostram-se insuficientes para uma reflexão jurídica séria. Dentre as diversas propostas existentes, uma das que se apresenta mais viável atualmente é a reconstrução da teoria jurídica a partir dos postulados sistêmicos. Nessa perspectiva, o risco e o paradoxo são elementos essenciais para a compreensão da sociedade dita pós-moderna. A segurança, postulado da modernidade no Direito, abre espaço para a atual e constante contingência da atualidade. O Direito não pode mais ter a simples pretensão de afastar os riscos – deve ser um alívio para as expectativas.

Palavras-chave: Teoria jurídica. Sociedade pós-moderna. Teoria dos sistemas. Segurança jurídica.

Abstract

Ahead of the complexity of the society contemporary, the traditional theoretical matrices of the Law reveal insufficient for a serious legal reflection. Among the several existing proposals, one that is more viable today is the reconstruction of legal theory from the systemics postulates. In this perspective, the risk and the paradox are essential elements for the understanding of the said society after-modern. The security, postulate of modernity in the Law, opens space for the current and constant contingency of the present time. The Law cannot more have the simple pretension to move away the risks it must be a relief for the expectations.

Keywords: Legal theory. Postmodern society. Theory of the systems. Legal security.

¹ Advogada. Professora de Direito Civil no Centro de Ensino Superior Cenequista de Farroupilha (Cesf). Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Especialista em Direito Civil Contemporâneo pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). daniela@advogadosdosul.adv.br

Pode-se pensar o Direito sob diversas perspectivas teóricas. As tradicionais matrizes teóricas – predominantes até então – mostram-se atualmente insuficientes para uma reflexão jurídica consistente, diante da complexidade da sociedade contemporânea. As matrizes analítica e hermenêutica são incapazes de colaborar com a compreensão do Direito em relação com a sociedade, pois não explicam de maneira satisfatória a própria sociedade.

Atualmente a proposta que se apresenta mais viável é a reconstrução da teoria jurídica a partir dos postulados sistêmicos. A teoria dos sistemas não trata apenas do Direito, mas de toda a sociedade – analisar o Direito sob a visão sistêmica amplia a sua complexidade e o seu campo de atuação.

O sistema jurídico deve ser visto atualmente como operativamente fechado e cognitivamente aberto em relação aos outros subsistemas que compõem a sociedade. Nesse contexto, a complexidade e a dupla contingência são elementos essenciais para a compreensão da sociedade contemporânea, assim como o conceito de risco, que assume papel fundamental na sociedade dita pós-moderna.

A segurança, postulado da modernidade no Direito, abre espaço para a atual e constante contingência da atualidade. O Direito não pode mais ter a simples pretensão de afastar os riscos – deve ser um alívio para as expectativas. É a presença inevitável do risco e a forma com que o Direito pode enfrentar tal situação, o objeto de reflexão deste breve estudo.

Para o desenvolvimento desse raciocínio, o estudo divide-se em três partes. A primeira traz a teoria sistêmica como alternativa em busca de uma teoria jurídica mais adequada à contemporaneidade que as teorias dogmáticas tradicionais. A segunda parte trata de alguns conceitos-chave para a teoria dos sistemas: complexidade, contingência, risco e paradoxo. A terceira parte aborda a questão da segurança jurídica nos dias atuais, em que a realidade é cada vez mais complexa, e a busca da segurança dá lugar à inevitabilidade do

risco. O objetivo deste ensaio, ressalte-se, é refletir sobre a contribuição que a teoria dos sistemas pode oferecer para a teoria jurídica contemporânea, em que o binômio segurança-insegurança é cada vez mais indissociável.

Em busca de uma teoria jurídica mais adequada à contemporaneidade

O Direito é fenômeno social complexo, que pode ser considerado sob as mais diversas concepções.

Para Kelsen (1998, p. 5), por exemplo, o Direito é uma técnica de organização social, uma ordem coativa da conduta humana. Seu conceito de direito confunde-se com o de direito positivo, vez que entende que a ideia de justiça é uma questão política, e não científica – devendo, portanto, esses dois conceitos ser tratados de maneira distinta. A justiça, nesse pensamento, se materializa quando a ordem social disciplina a conduta humana de modo satisfatório a todos (Kelsen, 1998, p. 8-9).

A doutrina do positivismo, ao identificar a norma como elemento central do conceito de direito, caracteriza-o como um sistema normativo. A ciência do Direito é, pois, a ciência do direito positivo, que pode ser definido como o complexo de normas jurídicas válidas em determinado tempo e espaço.

Para Hans Kelsen (1998, p. 63), a Ciência do Direito tem por objetivo retratar o Direito de uma sociedade – lembrando que a expressão “Direito” é por ele empregada para fazer referência ao material legislativo oriundo da autoridade jurídica competente. A descrição do Direito ocorre por meio de enunciados descritivos, que, conforme o autor citado ressalta, não deve ser confundido com as normas jurídicas prescritivas.

Tal concepção de Direito teve grande influência no pensamento jurídico ocidental moderno, mas seu normativismo formalista mostra-se muito restrito – assim como outras concepções reducionistas –, e cede espaço a uma concepção pluralista, constituída de uma pluralidade de ordenamentos, e influenciada por diversos ramos da ciência.

A sociedade contemporânea se caracteriza pela crescente complexidade e pela crise do Estado, o que demonstra a necessidade de reestruturação de alguns referenciais do Direito. O ponto de partida na formulação de uma teoria do direito deve ser interdisciplinar, o mais aberto possível (Luhmann, 2002, p. 68). Nesse contexto, a matriz pragmático-sistêmica manifesta-se como uma alternativa para uma teoria jurídica contemporânea, uma vez que as outras teorias mostram-se insuficientes para a reflexão de um contexto como o que a sociedade vive atualmente.

A teoria dos sistemas não trata apenas do Direito, mas de toda a sociedade. Sob o ponto de vista sistêmico, o sistema social apresenta as características de um sistema, e a compreensão dos fenômenos sociais ocorre mediante laços de interdependência que os unem e os constituem numa totalidade (Rocha, 2005, p. 28). O Direito não é visto isoladamente, mas como uma estrutura de um sistema social, que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas.

Luhmann admite que o direito na sociedade moderna descreve-se a si mesmo como direito positivo, mas entende que o direito positivo é válido apenas enquanto decisão (Luhmann, 2002, p. 93-94). O sistema é um conjunto de operações fáticas que, como operações sociais, devem ser comunicações – independentemente do que estas comunicações afirmem quanto ao Direito.

As teorias jurídicas em geral remetem a estruturas jurídicas que podem ser classificadas como direito – o que tem validade, sobretudo, para as teorias do direito positivo. Sob o ponto de vista da teoria dos sistemas, no entanto, é preciso inovar e se pensar em operações em vez de estruturas (Luhmann, 2002, p. 96-97).

Esta nova percepção afasta completamente a concepção de direito positivo como direito posto, de modo que é preciso entender o direito positivo não em sua concepção clássica, mas como decisão que absorve e apreende as situações contingenciais que caracterizam o aumento da complexidade dos sistemas sociais. O direito positivo é, assim, expressão dinâmica do processo de mudanças das estruturas sociais.

A matriz pragmático-sistêmica “provoca uma mudança epistemológica na teoria jurídica e por isso não chegou a ter grande influência na dogmática positivista dominante”, mas diante do cenário atual apresenta-se como alternativa para (re)pensar o direito (Rocha, 2000, p. 14).

Complexidade, contingência, risco e paradoxo

Para Luhmann existem dois problemas principais que a sociedade se coloca: a complexidade e a dupla contingência.

Por complexidade entende-se a contínua existência de mais possibilidades do que se pode realizar (Luhmann, 1983, p. 45-46). Significa a necessidade de seleção forçada, pois para se atualizar as relações entre os elementos de uma unidade é necessária uma seleção que constitui a dinâmica temporal da complexidade – as atualizações ocorrem em sucessão, posto que um sistema não pode se atualizar todo de maneira simultânea. A complexidade se realiza e se mantém no sistema somente mediante reduções: redução e manutenção de complexidade não estão em contradição, mas são necessários reciprocamente (Corsi; Esposito; Baraldi, 1996, p. 43-44).

A contingência é o “perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”, considerando que toda decisão enfrenta uma grande margem de complexidade, e a incerteza de que as possibilidades selecionadas efetivamente ocorrerão (Luhmann, 1983, p. 45-46).

A dupla contingência é característica da sociedade complexa, pois, ao reconhecer e absorver as perspectivas do outro como perspectivas próprias, o horizonte de expectativas é ampliado, ao mesmo tempo em que se potencializa o risco – a contingência simples (campo da percepção) passa a dupla contingência (mundo social) (Luhmann, 1983, p. 47).

O problema de qualquer decisão é a consequência, pois sempre há a possibilidade de contingência/frustração. Um dos grandes problemas da sociedade é enfrentar a insegurança e a contingência. Eis a função do Direito: enfrentar a insegurança e a contingência, e faz isso por meio da antecipação. O Direito trabalha com antecipação, e, assim, trabalha o futuro, oferecendo segurança na insegurança – a expectativa é uma tentativa de controle do futuro.

Isso ocorre porque o Direito é estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, e assim, possibilita a seleção de expectativas que possam ser generalizadas em todas as dimensões em um mundo altamente complexo e contingente.

Nesse contexto, um elemento decisivo para o entendimento da sociedade complexa é o risco. O risco está estreitamente ligado à contingência, pois uma decisão envolve sempre a possibilidade de que as consequências com ela relacionada ocorram de maneira diversa do esperado (Rocha, 2005, p. 39).

O conceito de risco – essencial para a descrição e compreensão da sociedade contemporânea – significa a imprevisibilidade dos efeitos de uma decisão assumida. Toda decisão é contingencial, pois é uma escolha entre as

diversas alternativas, sendo o risco uma constante inafastável nessa mesma sociedade; sem esquecer que “quanto maior a possibilidade de escolha, mais alto é o risco, sendo maiores as possibilidades de evolução” (Rocha, 1994, p. 11).

Os paradoxos surgem quando as condições de possibilidade de uma operação são, ao mesmo tempo, as condições de sua impossibilidade (Rocha, 2000, p. 18). Para um observador, a incapacidade de tomar uma decisão se encontra no fato de que não é possível indicar um dos valores sem indicar também o outro: o observador se encontra oscilando entre os dois polos e se torna impossível sustentar a observação.

Assim, os paradoxos representam um problema para o observador, mas não necessariamente para as operações do sistema que observa. Nesse sentido, os paradoxos servem para distinguir operações e observações: fazem com que ocorram operações, mas inibem as observações (Corsi; Esposito; Baraldi, 1996, p. 123-125).

O paradoxo da comunicação é inevitável na sociedade contemporânea, uma vez que há a presença constante do risco nas decisões. Ao mesmo tempo em que possui condições de controlar as indeterminações, a sociedade não cessa de produzi-las (De Giorgi, 1994, p. 49). Na visão sistemista, porém, a presença de paradoxos no Direito não é um problema, mas uma condição para a sua compreensão e crítica. O paradoxo estimula a crítica, e a questão não é mais a sua eliminação, mas a forma de desenvolvê-lo e utilizá-lo criativamente (Rocha, 2000, p. 17-18).

Assim, a complexidade pode ser entendida como as várias possibilidades de escolhas existentes. Para reduzir a complexidade é preciso tomar decisões, e cada decisão é realizada por uma organização e pode atingir vários sistemas, e o paradoxo está sempre presente nas decisões, uma vez que o risco é uma constante na sociedade contemporânea.

A questão da segurança jurídica

O Direito é mutável, geralmente com base na realidade social, em razão de receber influências dos ideais econômicos, políticos e morais de cada momento histórico. De acordo com os valores protegidos e os objetivos a ser alcançados, o Direito molda-se à ideologia dominante, e apresenta diferentes características.

O período da modernidade foi marcado pela busca da segurança jurídica. A grande preocupação era assegurar os direitos conquistados pelos indivíduos ante o Estado. O Direito estava centrado no positivismo; era de grande importância a existência de leis que determinassem claramente os direitos e os deveres dos cidadãos. A segurança jurídica era valor fundamental, buscava-se a estabilidade e a total previsibilidade na realização do direito, o que justifica o fundamento teórico no positivismo e o formalismo predominante (Amaral, 1998, p. 115).

Nesse ideário liberal, o indivíduo possuía direitos intrínsecos que fundamentariam toda a disciplina jurídica. O ordenamento jurídico possuía um caráter nitidamente individualista, ao ter como função apenas proteger o livre-exercício de tais atributos da personalidade, posto que os princípios fundamentais eram a igualdade formal e a liberdade civil (Gomes, 2001, p. 71).

Já a pós-modernidade é caracterizada por uma crise do Estado e a necessidade de reformulação de muitos conceitos. Segundo Jayme (1999, p. 25), “a pós-modernidade vive de antinomias, de pares contrapostos: ela se define justamente através da modernidade, que ela não quer ser”. Ou, conforme Barroso (2004, p. 304), “vive-se na angústia do que não pode ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras”.

Um dos valores básicos da pós-modernidade é o reconhecimento do pluralismo, que no direito significa ter à disposição alternativas, possibilidades (Jayme, 1999, p. 29). A velocidade com que acontecem os fatos

impede que se continue pensando por meio de modelos fixos, estáticos. A diversidade e a rapidez dos acontecimentos fazem com que o Direito seja mais amplo e flexível, para que possam abarcar uma maior gama de situações e se adaptar às situações da vida contemporânea.

A própria técnica legislativa mostra essa transformação ocorrida. Se o sistema jurídico era fechado com o escopo de garantir a segurança jurídica, agora é imprescindível que seja aberto, e permeado de dispositivos de textura mais aberta, com uma dimensão mais ampla, para que possa atender melhor as situações fáticas que se apresentem. Diante da complexidade da vida contemporânea, e da necessidade de constante atualização de preceitos, a tendência é que, cada vez mais, com o intuito de acompanhar a constante evolução social, se recorra à técnica legislativa dos preceitos normativos abertos.

Essa maior abertura dos dispositivos normativos muitas vezes é vista com ressalva por parte da ala mais conservadora, que alega que a segurança jurídica restaria totalmente prejudicada, pois não se sabe de antemão os contornos exatos da norma jurídica. Trata-se de receio injustificado, pois essa preocupação única com a segurança jurídica é mero resquício do pensamento jurídico oitocentista.

O dogmatismo ainda predominante da mesma forma não recebe bem a ideia de contingência, posto que ela também afasta o dogma da segurança jurídica. Há certeza somente quanto à existência de um direito, mas o seu conteúdo é incerto. A única certeza possível é que as transformações do direito sobrevirão na forma estabelecida pelo próprio direito (Nicola, 1997, p. 238-241).

Segundo Barroso (2004, p. 306), “a segurança jurídica – e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido – sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas [...] as fórmulas abstratas da lei e a discricão judicial já não trazem todas as respostas.”

É comum ver o risco relacionado com o problema da segurança, mas, sob a ótica sistêmica, “prefere-se colocar o risco em oposição ao perigo, por entender-se que os acontecimentos sociais são provocados por decisões contingentes (poderiam ser de outra forma), não permitindo mais se falar de decisão segura” (Rocha, 2000, p. 16). O risco diferencia-se do perigo na questão da decisão – no risco há a possibilidade de tomadas de decisão, enquanto que o perigo não proporciona opção de escolha (Rocha, 2000, p. 17).

A noção de risco é uma forma de relação com o futuro, e é fundamental na explicação da sociedade contemporânea. Embora a teoria da sociedade seja a mais adequada para a sua reflexão, não indica como comportar-se nas situações de risco (De Giorgi, 1994, p. 52-54).

A matriz analítica pretende evitar os riscos, gerando “segurança”; oculta os paradoxos ou tenta “purificar” o direito de suas influências. Os problemas que surgem nem sempre têm solução, pois o caso nem sempre é exatamente como expresso na lei – e a decisão deve seguir estritamente a lei. A matriz pragmático-hermenêutica constata os paradoxos e riscos, mas não os soluciona. A decisão deve ser justa, e é feita a partir de um critério de justiça – critério que não está no direito. A matriz sistêmica procura “desparadoxizar” os paradoxos usando-os criativamente – os problemas são resolvidos mediante paradoxos.

A noção de risco nas sociedades complexas ressalta a necessidade de uma nova racionalidade para as tomadas de decisão. A filosofia analítica, a hermenêutica e a pragmática jurídicas são redefinidas, e se passa a pensar a partir de uma teoria da sociedade, pragmático-sistêmica (Rocha, 2000, p. 17).

Considerações finais

As matrizes teóricas tradicionais não condizem com a sociedade contemporânea, que se caracteriza pela hipercomplexidade – uma grande complexidade se dá pelas infinitas possibilidades de interação social.

Na atual sociedade complexa e pluralista há a presença constante do risco, e não é possível prever as consequências das decisões tomadas, de modo que é preciso admitir a contingência inerente à sociedade contemporânea, posto que a única certeza possível é a imprevisibilidade do futuro e a inafastabilidade do risco.

Na teoria dos sistemas não existe segurança jurídica, e sim a ideia de risco. A incompletude e o risco são características da sociedade moderna, e a aceitação dessa falta de segurança e certeza é requisito essencial para lidar com as contingências contemporâneas. O problema do risco é produto de uma relação de incerteza e indeterminabilidade. O risco é uma forma específica de relação com o futuro, e é inafastável: pode apenas ser controlado, mas não eliminado.

Não é mais possível tentar ocultar os paradoxos – do contrário, é preciso trabalhá-los de maneira criativa. Eis a importância da matriz pragmático-sistêmica, que, a partir da teoria dos sistemas, possibilita repensar o direito de forma compatível com a sociedade contemporânea.

Referências

AMARAL, Francisco. A descodificação do direito civil brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 13-14, p. 109-125, 1º e 2º sem. 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosário sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*. Florianópolis, v. 15, n. 28, p. 45-54, jun. 1994.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do Direito comparado. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 88, n. 759, p. 24-40, jan. 1999.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Iberoamericana, 2002.

_____. *Sociologia do Direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do Direito na teoria da sociedade. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação*: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 9-47.

_____. Direito, complexidade e risco. *Seqüência*: estudos jurídicos e políticos. Florianópolis, v. 15, n. 28, p. 1-14, p. 11, jun. 1994.

_____. Novas perspectivas da teoria do Direito. *Estudos jurídicos*: Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, v. 33, n. 88, maio/ago. 2000.