

ESTUDOS ALEMÃES

NIKLAS LUHMANN

Série coordenada por

EDUARDO PORTELLA, EMMANUEL CARNEIRO LEÃO
e VAMIREH CHACON

SOCIOLOGIA DO DIREITO II

Ficha catalográfica elaborada pela equipe de pesquisa
da ORDECC

L951 • Luhmann, Niklas
Sociologia do Direito II / Niklas Luhmann; tradução de Gustavo Bayer. — Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

212 p. (Biblioteca Tempo Universitário; n.º 80)

Tradução de Rechtssoziologie II

1. Direito — história 2. Sociologia I. Título
II. Série

CDU — 340: 30

Tempo Brasileiro

Rio de Janeiro — RJ — 1985

Coleção dirigida por EDUARDO PORTELLA
Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro

Traduzido do original alemão
Rechtssoziologie II
Rowohlt Taschenbuch Verlag GmbH
Reinbek bei Hamburg, 1972

Copyright: Westdeutscher Verlag GmbH
Faulbrunnenstr. 13, D-6200-Wiesbaden

Tradução de GUSTAVO BAYER
Capa de ANTONIO DIAS e ELIZABETH LAFAYETTE
Programação textual de DANIEL CAMARINHA DA SILVA

Todos os direitos reservados

EDIÇÕES TEMPO BRASILEIRO LTDA.
Rua Gago Coutinho, 61 — Tel.: 205-5949
Caixa Postal 16.099 — CEP 22221
Rio de Janeiro — RJ — Brasil

SUMÁRIO

IV — DIREITO POSITIVO

1 — Conceito e função da positividade	7
2 — Diferenciação e especificação funcional do direito	17
3 — Programação condicional	27
4 — Diferenciação do processo decisório	34
5 — Variação estrutural	42
6 — Riscos e problemas em consequência da positividade	52
7 — Legitimidade	61
8 — Imposição do direito positivo	70
9 — Controle	84
NOTAS	96

V — MUDANÇA SOCIAL ATRAVÉS DO DIREITO POSITIVO 116

1 — Condições de uma mudança social controlável ...	120
2 — Estruturas categoriais	146
3 — Problemas jurídicos da sociedade mundial	154
4 — Direito, tempo e planejamento	166
NOTAS	178

EPILOGO: QUESTÕES PARA A SOCIOLOGIA DO DIREITO ...	190
NOTAS	198

BIBLIOGRAFIA SELECIONADA	201
--------------------------------	-----

IV — DIREITO POSITIVO

1 — Conceito e função da positividade

O conceito da positividade do direito é usual na filosofia do direito e na ciência jurídica. Nesse âmbito ele designa, em termos genéricos, o caráter estatuído do direito.¹ Em termos mais estritos, porém, a questão do caráter estatuído do direito possui significados secundários, dos quais devemos nos desfazer para chegarmos a um conceito propriamente sociológico da positividade. No entendimento jurídico, a positividade do direito é dogmatizada, isto é, estatuída por força própria.² Isso não pode satisfazer a sociologia, que sempre procura considerar outras alternativas. É bem verdade que o positivismo jurídico encontra atualmente uma ampla rejeição (maior que contra o positivismo científico), mas não se vislumbram tentativas sérias de substituí-lo por uma outra fundamentação teórica do direito, e o fato da positividade do direito ainda carece de uma interpretação.

A diferenciação entre a ciência jurídica e a sociologia está relacionada ao fato de que a concepção de uma “fonte do direito” é inaceitável para a sociologia.^{2a} Essa concepção de uma fonte do direito só tem sentido se expressar ao mesmo tempo a forma de surgimento e as bases da vigência do direito (e freqüentemente também as formas e as bases de sua percepção).³ Para o sociólogo, porém, os processos factuais que levam, em termos causais, ao surgimento de concepções normativas generalizadas são tão amplos e intrincados, ao ponto de tornarem impossível a determinação “das” causas do surgimento de uma lei. Analogamente, a decisão legislativa não pode ser tratada como a causa ex-

plicativa da vigência do sentido estatuído de uma norma.⁴ Em termos de causação sempre existem outras causas, preliminares, freqüentemente mais importantes que a decisão. O direito não se origina da pena do legislador. A decisão do legislador (e o mesmo é válido, como hoje se reconhece, para a decisão do juiz) se confronta com uma multiplicidade de projeções normativas já existentes, entre as quais ele opta com um grau maior ou menor de liberdade. Se não fosse assim, ela não seria uma decisão jurídica. Sua função, portanto, não reside na criação de direito, mas na seleção e na dignificação simbólica de normas enquanto direito vinculativo. Ele envolve um filtro processual, pelo qual todas as idéias jurídicas têm que passar para se tornarem socialmente vinculativas enquanto direito. Esses processos não geram o direito propriamente dito, mas sim sua estrutura em termos de inclusões ou exclusões; aí se decide sobre a vigência ou não, mas o direito não é criado a partir do nada. É importante ter em mente essa diferença, pois de outra forma a concepção do direito estatuído através de decisões pode ser ligada à noção totalmente errônea da onipotência de fato ou moral do legislador.

É necessário, em outras palavras, diferenciar entre atribuição e causalidade.⁵ A proeminência especial do processo decisório (por instâncias legislativas ou por juízes) e sua relevância na positivação da vigência do direito não podem levar à sua interpretação como algo criativo ou causal; o direito resulta de estruturas sistêmicas que permitem o desenvolvimento de possibilidades e sua redução a uma decisão, consistindo na *atribuição* de vigência jurídica a tais decisões. Isso não esclarece plenamente sua causalidade, nem suas preliminares ou a escolha das possibilidades em torno das quais se decidirá, nem muito menos as relações reais de poder em jogo; mas permite identificar quais serão os destinatários de repreensões, de sanções políticas e de tentativas de alteração da legislação. A relevância estrutural disso reside em que a *vigência do direito*, por mais rigorosa que seja a cadeia causal, *estará referida a um fator variável: uma decisão*.

Mas isso não se refere a uma reconstituição da causalidade histórica em termos genéticos, ao simples fato de que em um momento qualquer houve a decisão de um legislador ou juiz. Isso sempre existiu. Por essa razão, o fato histórico

da decisão legislativa não constitui um indício suficiente para a positividade do direito daí resultante. O sistema jurídico romano e o germânico não se traduziram plenamente em direito positivo. O critério não está na “fonte do direito”, no ato individual da decisão, mas sim na experimentação constante e atual do direito. O direito vige enquanto direito positivo não apenas pela lembrança de um ato legislativo histórico — historicidade essa que para o pensamento jurídico tradicional constitui o símbolo da irrevogabilidade — mas só quando sua própria vigência é referida a essa decisão enquanto escolha entre outras possibilidades sendo, portanto, revogável e modificável. O fator historicamente novo da positividade do direito é a *legalização de mudanças legislativas*, com todos os riscos que isso acarreta.

Essa presentificação da possibilidade de modificação de qualquer direito implica em uma concepção abstrata do tempo. Ela pressupõe um nivelamento do tempo no sentido de que em termos temporais se torna irrelevante a partir de que momento o direito é estatuído.^{5a} Não existem mais *momentos* favoráveis ou desfavoráveis, mas apenas *circunstâncias* favoráveis ou desfavoráveis. Para que seja possível estatuir-se princípios de direito, é necessário abandonar-se a antiga noção de que teria existido um momento irretornável quando o direito teria sido gerado — um início histórico, um momento da revelação, um tempo de relação imediata do homem com as fontes religiosas da verdade e do direito — ou então, inversamente, que existiriam momentos que ainda não estariam “maduros” para a legislação. Pela mesma razão, a positivação exclui a diferenciação qualitativa entre um direito dito antigo e o novo direito. A duração da vigência perde toda importância para a qualidade e o vigor da força vinculativa do direito. A concepção medieval de que o direito antigo seria melhor que o novo não é transformada em seu oposto — de que o novo seria melhor que o antigo — mas deixa de fazer sentido enquanto problema referido ao tempo. A questão reduz-se à vigência ou não de determinadas normas jurídicas, e é só no contexto dessa questão que vigora a regra decisória da suposição de que o legislador pode revogar as disposições em contrário do direito anterior.

A constância das possibilidades de modificação mantém a consciência de que o direito a cada momento vigente é resultante de uma seleção, de que ele vige por força dessa

seleção a qualquer momento modificável. O caráter estatuído significa contingência, significa que a vigência se baseia no próprio ato de estatuir-se, o qual bem poderia ter tido um outro resultado. A consciência de um tal caráter estatuído só é mantida na medida em que o processo decisório seletivo não se perca em uma pré-história imperscrutável, mas permaneça visível enquanto possibilidade constantemente presente. Dessa forma, o direito positivo pode ser caracterizado através da consciência da sua contingência: ele exclui outras possibilidades, mas não as elimina do horizonte da experimentação jurídica para o caso de que pareça oportuna uma modificação correspondente do direito vigente; o direito positivo é irrestritamente determinado, mas não irrestritamente determinável.⁶

Dessa forma podemos reduzir o conceito da positividade à formulação de que o direito não só é *estatuído* (ou seja, escolhido) através de decisões, mas também *vige* por força de decisões (sendo então contingente e modificável). Através da reestruturação do direito no sentido da positividade, sua contingência e sua complexidade são imensamente aumentadas e com isso equiparadas às necessidades de uma sociedade funcionalmente diferenciada. Assim a contingência e a complexidade do direito são levadas a um outro plano — com novas condições estruturais, novas possibilidades de organização, novos riscos e problemas. Essa mudança abrange todas as dimensões da generalização de expectativas e só é realizável na medida em que a congruência do direito seja assegurada de uma nova forma.

No sentido temporal, o direito tem que ser institucionalizado como sendo modificável, sem que isso limite sua função normativa. Isso é possível. A função de uma estrutura não pressupõe uma constância absoluta, mas apenas exige que a estrutura não seja problematizada nas situações por ela estruturadas. Isso permite que em *outras* situações (em outros momentos, para outros papéis ou outras pessoas) ela se torne objeto de decisão, ou seja variável. O que é necessário é apenas uma delimitação claramente perceptível e firmemente institucionalizada, que destaque essas situações.⁷ A positivação do direito consiste em um tratamento contraditório das estruturas com base na diferenciação dos sistemas.

Com isso adquire-se a possibilidade de um direito diferenciado em termos temporais. Hoje pode estar em vigor um direito que ontem ainda não existia e amanhã possível, provável ou até mesmo certamente não mais vigirá. Distanciado no tempo, o direito vigente pode ser contraditório: a rescisão de contratos de locação pode passar a ser proibida, depois novamente permitida, para então ser dificultada e mais tarde novamente facilitada. A vigência também pode ser limitada, prevendo ou até normatizando uma revisão constante do direito — como no exemplo dos reajustamentos de pensões. O direito pode entrar provisoriamente em vigor. Pequenas reformas podem ser antecipadas, já que as grandes não podem ser decididas tão rapidamente. Dessa forma o “bom direito” parece residir não mais no passado, mas em um futuro em aberto. Resumindo: pode-se recorrer à dimensão temporal para a caracterização da complexidade do direito. Com isso, o direito passa a fluir de forma legítima e controlável;⁸ ele se adequa ao fato de que nas sociedades funcionalmente diferenciadas o alto grau de interdependência de todos os processos faz com que o tempo se torne escasso e passe a fluir mais rapidamente.⁹

A nova referência do direito à vigência em termos temporais aumenta também sua complexidade *material*: o número de temas simultaneamente passíveis de tratamento jurídico. Para que um tema possa integrar materialmente o direito, não é mais necessária a comprovação de que ele sempre tenha feito parte do direito.¹⁰ Isso torna possível a regulamentação de muitas formas novas de comportamento: pode-se fixar juridicamente o direito a prêmios pela destruição da superprodução das maçãs, a obrigação de uso de determinado tipo de equipamento de segurança em automóveis, ou a proibição de reparos caseiros em instalações elétricas. Outras matérias do direito, como por exemplo muitas medidas de política econômica, servem de reação a situações momentâneas, e podem constituir-se como normas de direito apenas porque o direito não mais pretende uma vigência eterna. A disponibilidade temporal do direito possibilita, assim, um alto grau de detalhamento de normas jurídicas frente a circunstâncias rapidamente mutáveis e fortemente diferenciadas. O direito torna-se cada vez mais um instrumento de mudança planificada da realidade em inúmeros detalhes. Nenhuma das culturas jurídicas anteriores à era

moderna tinha essa pretensão, e muito menos essa possibilidade. O simples número das determinações assume proporções gigantescas, o que já acarreta problemas específicos que mesmo os juristas não conseguem solucionar com base na especialização material.

Tal ampliação do âmbito das possibilidades jurídicas encontra sua correspondência na *dimensão social*. Um direito tão amplamente potencializado tem que vigir, concomitantemente, enquanto direito para um número maior de pessoas muito mais diferentes entre si, isto é, ser mais fortemente generalizado também no sentido social. Ele tem que tornar-se praticamente independente do conhecimento e do sentimento individual, e mesmo assim ser aceito. Só através da minimização da participação individual é que podem ser institucionalizadas mudanças tão rápidas e visíveis, e uma tão ampla disseminação do direito.

Essa ampliação do horizonte das possibilidades jurídicas permanece incompreensível (e por isso geralmente não é percebida), ao restringir-se a função do direito apenas à manutenção de padrões comportamentais vigentes e à regulamentação de conflitos, ou seja, à manutenção do existente. Esse entendimento parte simplesmente do direito dado, vigente a cada momento, e não reconhece que a qualidade do direito surge e modifica-se a partir da confrontação com outras possibilidades. Já nos primeiros passos arcaicos no sentido da diferenciação de expectativas puramente normativas pudemos constatar que dessa forma foi alcançada uma estabilização de expectativas problemáticas, nada evidentes — mesmo que inicialmente isso tenha ocorrido apenas frente à “outra possibilidade” do comportamento frustrante. Essa consolidação do improvável prossegue ao longo do desenvolvimento do direito e alcança, com a positivação do direito, dimensões globais, dificilmente delimitáveis. O direito não mais restringe o desenvolvimento social, pois qualquer estrutura eventualmente necessária pode ser juridicamente codificada (desde que ela possa ser identificada com um grau suficiente de certeza). Muito pelo contrário, agora o direito serve como instrumento do desenvolvimento social, como mecanismo de definição e distribuição de chances e de resolução de consequências funcionais problemáticas, as quais surgem inevitavelmente do rápido crescimento da diferenciação entre sistemas funcionais. Na perspectiva da função,

portanto, a positivação do direito apenas conclui o que já tinha sido iniciado com a distinção entre expectativas cognitivas e normativas: a construção de estruturas de expectativas crescentemente arriscadas, evolutivamente improváveis, à feição do desenvolvimento social.

No plano da estrutura, ao contrário, a positivação do direito significa uma reformulação interna radical. Após alterações estruturais tão amplas, a congruência do direito tem que ser buscada de outra forma, estabelecendo um outro tipo de equilíbrio. Ela não pode mais basear-se na crença em outra ordem verdadeira como base de fundamentos morais naturais e invariantes do direito. Agora ela tem que referir-se ao sistema social que gera a redução da complexidade do direito. Esse fenômeno é novo, e por isso dificilmente pode-se prever se haverá uma forma final de solução estabilizada e, mais ainda, qual será. Mesmo assim, algumas condições funcionais essenciais já se delineiam com suficiente clareza, ao ponto de nos permitir sua constatação e, a partir daí, a sequência da nossa análise.

Pode-se supor, principalmente, que a generalização do direito terá que ser levada a um nível mais alto de indiferença. Em termos temporais isso significa indiferença em relação ao direito divergente anterior e posterior. Em termos materiais isso significa indiferença em relação à incompatibilidade de sentido em outras áreas jurídicas, ou seja redução da pretensão de consistência.¹¹ Em termos sociais isso significa indiferença em relação às implicações simbólicas da opinião ou do comportamento divergentes ou, em outros termos, tolerância. É fácil perceber que essas indiferenças se fortalecem e aliviam reciprocamente e desembocam, no seu entrelaçamento, em uma trivialização moral do direito.¹²

Complementarmente, surgem formas de fortalecimento da seletividade no processo decisório jurídico, permitindo que seja suficiente um nível mais baixo de indiferenças. A mais importante delas pode ser compreendida através do conceito da *reflexividade da normatização*.¹³ Por reflexividade¹⁴ devemos entender que inicialmente um processo é aplicado a si mesmo ou a processos do mesmo tipo, e só depois utilizado em termos definitivos. Os mecanismos reflexivos são uma forma generalizada, muito antiga, do processamento de sentidos. Já discutimos seu significado no caso das expectativas de expectativas (vol. 1, p. 46 e seg.). Ao longo do de-

envolvimento social esse significado aumenta de forma reciprocamente entrelaçada. Por exemplo: falar sobre as palavras; a troca de possibilidades de troca na forma do dinheiro e, a partir daí, o financiamento das necessidades de dinheiro; a produção de meios de produção; a aplicação do poder sobre os detentores do poder; o aprendizado do aprender e o ensino do ensinar na forma da pedagogia; a confiança na confiança dos outros; a pesquisa sobre a pesquisa (metodologia); a representação de representações (por exemplo a representação de forma de criação em obras de arte modernas); a decisão sobre o decidir ou não na burocracia; o sentir (desfrutante ou sofredamente) os sentimentos próprios ou dos outros; a valorização de valores na forma da ideologia e na do caso que aqui nos interessa mais de perto — a normatização do estabelecimento de normas.

A vantagem desse arranjo reflexivo reside na elevação da capacidade seletiva produzida pelo processo. Dessa forma ele torna-se capaz de considerar um número maior de possibilidades, e de lidar com matérias de maior complexidade. No caso da normatização, a reflexividade do efeito seletivo, contida em toda norma, evidencia-se, torna-se disponível e é ela mesma normatizada. E existem normas que normatizam a normatização — por exemplo fixando processos e certas condições paramétricas da ação legislativa.¹⁵ Essa normatização pode, mas não precisa, assumir a forma de uma hierarquia (o direito processual, por exemplo, não é necessariamente concebido como um direito superior). Em todos os casos ela amplia o âmbito das normatizações possíveis; ela possibilita a compatibilização da segurança e da expectabilidade com uma maior liberdade da normatização e da alteração de normas, mobilizando amplamente um complexo normativo e ao mesmo tempo mantendo-o sob controle. Uma “constituição” não se fixa, em algumas de suas determinações, antecipadamente a uma forma determinada do direito, mas apenas regulamenta a forma de seleção do direito variável.

Para a teoria do direito essas indicações ainda são extremamente pouco amadurecidas e claras.¹⁶ Mesmo assim, elas remetem ao problema central, a partir do qual tornar-se-ia possível construir uma teoria geral do direito e estabelecer sua relação com a sociologia do direito: em que consiste exatamente a identidade da normatização jurídica (que

deverá ser mantida nos processos reflexivos)¹⁷ ou, em outras palavras, quais conotações de sentido são imprescindíveis para que se trate da normatização *jurídica* de normatizações *jurídicas* e não, por exemplo, da pesquisa, do ensino, do discurso ou da moralização sobre o direito. Uma idéia inicial sobre as dificuldades e sobre os esclarecimentos necessários nesse contexto pode ser localizada na discussão da indagação se a vigência normativa do direito positivo está submetida a normas morais — ou pelo menos a algumas normas morais mínimas — que então chamar-se-iam direito natural; ou então se, independentemente da vigência de qualquer normatização moral prévia do direito positivo, seu caráter impositivo for autônomo e independente da concordância ou discordância com a moral.¹⁸ Esse problema não parece ser solucionável através das conceptualizações clássicas da relação entre a moral e o direito.¹⁹ Partindo da função do direito no sentido do estabelecimento da congruência, essa discussão poderia ser contornada e ao mesmo tempo repetida em termos imanentemente jurídicos, através de um enfoque mais complicado, diferenciando analiticamente os níveis temporal, social e objetivo da generalização, prometendo assim resultados possivelmente melhores.

Independentemente dessas possibilidades, que temos de deixar em aberto no contexto da sociologia do direito, o processo através do qual o direito torna-se reflexivo é construído de forma estruturalmente análoga a outros casos de mecanismos reflexivos, tendo em comum o potencial de absorção da maior complexidade e dos maiores riscos da estrutura, e diferenciando-se apenas através do tipo de processo cujo efeito é potencializado. Dessa forma, podemos extrair certas conclusões sobre os problemas da positivação do direito a partir de uma teoria geral dos mecanismos reflexivos.

A característica comum desses mecanismos reside naquelas particulares ameaças que resultam da inserção da complexidade e da contingência nas estruturas sistêmicas. Elas sempre existem, mas tornaram-se diferentemente percebidas nos diversos mecanismos: o risco de pensar-se sobre o pensamento foi cedo percebido, já o risco do ensinar-se através da educação orientada pedagogicamente, ao contrário, permanece quase que ignorado, enquanto que o risco da especialização no amar o amor apresenta-se eventualmente,²⁰ e o

risco da economia monetária é considerável desde a introdução do papel-moeda, em si obviamente sem qualquer valor. Essa consciência aguçada dos problemas acompanhou, principalmente, a difusão da suspeita dos motivos ideológicos (com a possibilidade de valoração até mesmo dos mais elevados valores) e a positivação do direito. Ainda hoje é difícil para o jurista aceitar a pura positividade do direito, assim como é difícil para o ideólogo aceitar a possibilidade de redefinição valorativa de seus próprios valores. Sempre são feitos os maiores esforços para escapar-se das supostas consequências do puro indeterminismo, através da invocação de um residual de bases invariáveis, ou pelo menos de alguns valores absolutos ou de um conjunto mínimo de normas argumentado em termos éticos ou de direito natural.

Na medida em que temos que partir da noção de que os mecanismos reflexivos são imprescindíveis para a manutenção do nível alcançado da complexidade social, torna-se questionável esse recurso a concepções de ordenamentos pré-reflexivos. A certeza por elas prometida torna-se crescentemente ilusória. Como é possível que significados de menor complexidade regulem outros significados de maior complexidade, como poderão concepções de complexidade muito indeterminada controlar outras de complexidade determinada? Pode ser que também na nossa sociedade seja possível abstrair e institucionalizar certos princípios da moral como invariáveis e invioláveis. Mas os princípios doutrinários assim estabelecidos não mais contêm garantias suficientes de ordenamento.²¹ Elas não são suficientemente instruidoras ao ponto de serem capazes de orientar o processo da constante variação estrutural. Elas excluem muito pouco, não contêm suficientes indicações de soluções viáveis. A própria invariância a elas atribuída as dilata demasiadamente, tornando-as irrelevantes em termos práticos. Dessa forma torna-se questionável, se é através da imobilidade que se deve continuar buscando a segurança do movimento.

Se, em vez disso, considerarmos as condições gerais da estabilização de mecanismos reflexivos em sistemas sociais, seremos capazes de observar muito mais que apenas valores absolutos ou normas de vigência natural. A problemática da positivação do direito passa a ser tratada sociologicamente, e não mais moralmente; passando a ser vista não mais sob o aspecto do possível abuso de importantes liberdades, mas do

ângulo da compatibilidade entre essas liberdades. Os mecanismos reflexivos não podem ser inseridos em qualquer sistema indeterminadamente, mas estabelecem pesadas exigências à estrutura sistêmica, principalmente à complexidade já absorvida pelo sistema, às reservas de possibilidades de adaptação e substituição existentes em todas as partes do sistema, à existência de outros mecanismos reflexivos. Essa é a explicação do fato de que o direito positivo só foi possível como um efeito recente da evolução.

A indagação quanto às condições e aos problemas em consequência da positivação do direito através de mecanismos reflexivos nos fornece a espinha dorsal das pesquisas a seguir. Inicialmente (2), iremos verificar se e como o direito positivo se diferencia e especifica funcionalmente em relação às outras estruturas sociais de expectativas. Com isso, ele (3) assume a forma de um programa condicional. Além disso, a positivação pressupõe (4) uma diferenciação de processos para decisões programadoras e programadas. Os problemas da variação estrutural daí decorrentes (5) são inicialmente captados como problemas da preparação política das decisões e, mais tarde (6), como riscos sociais gerais e como problemas em consequência da positividade. Com isso, (7) a legitimidade, (8) a imposição e (9) o controle do direito tornam-se problemas a serem resolvidos através da ação e da organização no sistema político, sob condições mais difíceis.

2 — Diferenciação e especificação funcional do direito

As vantagens da reflexividade só podem ser alcançáveis se os processos são aplicados a si mesmos ou a processos semelhantes. Eles consistem em que se ame o amor (e não em que ele seja objetivado mentalmente,²² pesquisado, comprado ou aprendido); em que se pesquise as possibilidades de pesquisas (e não em que se julgue, pague ou force a pesquisa); ou em que se normatize a normatização (e não em ensiná-la, utilizá-la ou acreditar-la). Por isso, a instauração de mecanismos reflexivos torna necessário um certo isolamento contra a interferência de processos diferentes. Um tal insulamento de processos reflexivos só pode ser garantido

na realidade social através da diferenciação e da especificação de sistemas sociais parciais correspondentes. Nessa medida, a reflexividade correlaciona-se com a diferenciação funcional: por causa da diferenciação ela torna-se necessária, mas é a diferenciação que a possibilita.

Essa regra geral, válida para a economia monetária, para o sistema da ciência, para a família baseada no amor, para o sistema político com alternância institucionalizada no poder, para o sistema educacional, para as decisões burocráticas, etc., também se aplica ao caso do direito positivo.²³ A normatização do estabelecimento de normas exige um detalhamento do processo de fixação de expectativas normativas ao ponto de estabelecer-se normas que (ou até mesmo apenas) normatizem o estabelecimento de normas, só assim atingindo seu objetivo final. Uma estrutura encadeada dessa forma é sensível a interferências, necessitando por isso um certo isolamento do mecanismo. Se, por exemplo, o artigo 1.º da constituição alemã prevê que “a dignidade do homem é inviolável”, tem que ser assegurado que esse preceito seja tratado como norma em todos os processos de decisão jurídica — e não se restrinja, por exemplo, a uma mera profissão de fé ou a uma constatação hipoteticamente verdadeira, a ser comprovada. Isso assegura concomitantemente a manutenção da fixação antecipada do modo de processamento de frustrações — por exemplo através da exclusão da assimilação de transgressões de forma imediata e adaptativa. Em outras palavras: o processo deve permanecer na perspectiva normativa e não pode resvalar para a perspectiva da verdade ou da crença, o que significa também que a interpretação daquele preceito deve ser ajustada à interpretação de outros preceitos jurídicos, não devendo ser tomado demasiadamente ao pé da letra.

Como é que essa diferenciação e autonomização funcional do direito positivo é alcançada e mantida através de longas cadeias decisórias?

Em princípio, esta é a resposta: pela instauração de processos em um sistema jurídico diferenciado. Como já foi exposto anteriormente (p. 177 ss. e p. 207 ss.), os processos são sistemas sociais de tipo especial, institucionalizados de forma tipológica, sendo realizados de modo único para a seleção de decisões coletivamente vinculativas. Tais processos servem de sustentação da diferenciação do direito — inicial-

mente no plano da aplicação do direito, ao libertá-la da consideração de vários papéis e formulando, em substituição, normas jurídicas específicas enquanto programação das decisões, que por elas têm que orientar-se. Mais adiante, esses processos atingem também o plano legislativo do estabelecimento do direito, exercendo a função da construção de normas já conscientemente, e não mais de forma latente e secundária. Assim como no caso da transição para o direito das grandes culturas antigas, a transição para o direito positivo também está condicionada ao desenvolvimento dos processos correspondentes. Só quando, e na medida em que dispõe-se permanentemente de processos enquanto padrões comportamentais solidamente institucionalizados é que se torna possível sustentar o elevado risco de uma diferenciação, permitindo a sustentação do direito em si mesmo. Como já foi acentuado, isso não significa que o direito surge a partir de si mesmo, sem um estímulo externo; mas sim que só se torna direito aquilo que passa pelo filtro de um processo e através dele possa ser reconhecido. Nesse mesmo sentido, a diferenciação do direito não quer dizer que o direito não tem nada a ver com as outras estruturas, regulamentações e formas de comunicação social e estaria como que solto no ar; mas tão-só que agora o direito está mais consequentemente adequado à sua função específica de estabelecer a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, aceitando dos outros âmbitos funcionais apenas aquelas vinculações e aqueles estímulos que sejam essenciais para essa função especial.

Além da institucionalização de processos juridicamente estruturados para todos os aspectos do processo decisório jurídico (o que é também um pré-requisito), parece ser necessária uma reestruturação entre o direito e a força física. Já havíamos visto (vol. I, p. 123 ss.), que nos tempos arcaicos a força física foi um instrumento imprescindível não só para a imposição, mas também para a representação do direito. As antigas culturas avançadas desvencilharam-se disso, instituindo em muitos sistemas jurídicos uma separação notadamente ampla: a decisão sobre a força física podia ser politicamente centralizada, mas não a disponibilidade do direito. Daí resultou um motivo para a separação entre o senhor jurídico e os versados no direito: o primeiro promovia o processo, nomeava o juiz, garantia a presença das partes, a paz

forense e a imposição do veredito; os segundos davam forma ao direito. Essa separação se apresentou de forma especialmente marcante nas sociedades européias da antigüidade, as quais desvencilharam mais decisivamente a dominação política e também seu direito dos vínculos religiosos, dotando essas esferas de autonomia técnica. Em termos de conteúdo o direito podia, então, ser determinado por encarregados jurídicos, juristas elaboradores de petições, ou por julgadores inspirados na tradição — no direito romano assim como no germânico isso ocorria sem considerações políticas e sem a introdução das barreiras que decorreriam da responsabilidade direta da imposição física.

Isso se modifica com a contínua diferenciação e a autonomização funcional do direito. Agora menos que nunca, pode-se fundamentar a congruência das expectativas comportamentais normativas apoiando-as em outras estruturas universais de cunho religioso, moral ou de verdade cognitiva; enquanto estrutura social ela depende exclusivamente de sua realização no sistema societário, ou seja, da *possibilidade de sua imposição*. Quanto mais o processo de normatização for organizacionalmente discriminado, quanto mais ele se tornar indireto, reflexivo, tanto maior tem que ser a segurança da suposição de que o direito, uma vez em vigor, poderá ser imposto — sem que para tanto seja necessário apoiar-se em fatores circunstanciais, relações sociais de força, consenso político ou prestígio da parte vencedora, estruturas motivacionais individuais, ou seja, sem depender de qualquer fator cuja distribuição não possa ser prevista. Mais do que em qualquer momento anterior, o direito depende agora essencialmente da disponibilidade abstrata da força física. Em outras palavras: a questão da coercibilidade, da possibilidade de imposição, não pode tornar-se um problema a ser considerado nos processos decisórios de aplicação do direito, não pode gerar necessidades de obtenção de informações concretas, e tem que ser simplesmente tratada como uma questão supostamente solúvel em qualquer caso. Não obstante, veremos ainda que isso não exclui a ocorrência de uma seletividade *específica do aparato de imposição*. As normas, para as quais não se pode imaginar uma possibilidade de imposição e que também não constituam premissas para determinações comportamentais que possam ser impostas, perdem sua qualidade jurídica.²⁴ Isso não quer dizer que a impo-

sição, a coerção, seja o único motivo da obediência ao direito. Muito ao contrário: isso significa que a generalização social e material de expectativas comportamentais é fortemente acentuada, ao ponto de sua congruência não mais poder ser assegurada por determinadas motivações normais, mas só pela grande indiferença com respeito a qualquer tipo de estrutura motivacional individual — ou seja, através da possibilidade de desencadear sua imposição irresistível. Essa possibilidade torna-se característica inerente ao direito positivo. Enquanto possibilidade, ela não é prejudicada pelo simples fato da existência de elevados índices de divergências, casos desconhecidos, margens de tolerância, custos processuais, etc. Por outro lado, ela não tolera nenhum direito que não seja coercível em princípio, e é alérgica contra o uso simbólico-demonstrativo da força física *contra* o direito positivo.

Na medida em que o direito é gerado em processos decisórios de cunho jurídico (pois só assim é possível administrar-se efetivamente a alta complexidade), esse limite da coercibilidade física impõe-se ao próprio direito.²⁵ Isso é intrinsecamente considerado ao criar-se um novo direito. A possibilidade de imposição através da força física, e somente ela, permite o desmembramento do processo da decisão jurídica em diferentes fases ou etapas; só assim a decisão do legislador pode gerar um grau suficiente de certeza de que as decisões da administração ou do juiz poderão ser impostas. Obrigações jurídicas não coercíveis, de base tradicional — como a obrigação do convívio matrimonial — são mantidas, mas assumem um caráter precário, sempre que não possam ser incorporadas ao direito coercível por meio da geração de obrigações indenizatórias ou outras consequências indiretas (por exemplo a atribuição de culpa a uma das partes no caso de divórcio). As novas criações jurídicas levam em consideração esse limite da coercibilidade, excluindo assim da esfera das possibilidades de normatização jurídica uma série de normas possivelmente desejáveis — como por exemplo a proibição de que um proprietário não aceite inquilinos com crianças. Na medida em que se deseje motivar juridicamente comportamentos não coercíveis, o que é freqüente no caso do direito econômico, isso não é colocado diretamente em fórmulas jurídicas, mas através de pretensões ou encargos coercíveis, que alteram ou influem o referencial de cálculo daquele comportamento.

A coercibilidade depende essencialmente do direito assumir a forma de uma programação condicional, como será discutido no próximo item. O direito objetivo, ou seja o direito que fixa objetivos determinados, muito frequentemente não contém a precisão de uma norma coercível, pois a partir desses objetivos podem surgir e legitimar-se alternativas sobre as ações necessárias. É nesse sentido que a aplicação da legislação americana contra a discriminação racial é precária, pois nos casos de constatação de transgressões basta — e para isso é necessária a cooperação do aparato coercivo! — chegar-se a um acordo sobre o comportamento futuro, ou apenas a promessa de melhorá-lo, tendo em vista o objetivo daquela legislação.²⁶ A função do objetivo é a mobilização de alternativas, e é exatamente isso que torna questionável a fixação legislativa de um determinado comportamento — uma das maiores dificuldades com as quais se confronta o processo da decisão jurídica ao procurar orientar-se no sentido das ciências sociais.

Os limites da coercibilidade não residem apenas no sentido nem na forma da própria norma, mas principalmente na disposição do atingido a colaborar. Retornaremos a isso no item 8 a seguir. Dessa forma, a coercibilidade não significa que todo o direito seja de fato realizado tal qual está escrito. Ela significa apenas que a vigência do direito está acoplada a uma previsão, no mínimo indireta, da sua imposição eventual, liberando-a assim de outros pré-requisitos motivacionais. Por isso, o planejamento do direito tem que incluir também o planejamento de sua imposição — especialmente quando as decisões devam ser aliviadas de providências especiais para garantir sua coercibilidade. Isso também constitui uma limitação de uma legislação sensata.

Não obstante, apesar de um vasto âmbito das normas possíveis ter que abdicar da qualidade jurídica, o âmbito do direito possível cresce consideravelmente em consequência da diferenciação, da especificação funcional e da positivação. Em outros termos, essa redistribuição através de uma *limitação* do direito possível provoca, concomitantemente, uma imensa *ampliação* do direito possível.²⁷ Nunca, antes da ocorrência dessas condições, tantas normas possuíam o caráter jurídico. A explicação dessa constatação paradoxal reside na já citada circunstância de que a diferenciação e a especificação funcionais aumentam a complexidade da so-

cidade, de tal modo que, no cômputo geral, se apresentam muito mais possibilidades de experimentação e de ação, e portanto também muito mais possibilidades imagináveis de normatização.

O passo em direção à especificação funcional do direito (e em direção também de uma “perda de função” correspondente) ocorreu em grande parte quase que despercebidamente; em outros aspectos provocou grandes celeumas, mas em nenhum caso foi realizado sob a égide de uma compreensão teórica satisfatória, pois a própria função do direito permanecia obscura. Vejamos isso à luz de alguns exemplos.

Uma das delimitações mais notáveis do pensamento jurídico é a “separação entre o direito e a moral”, imposta através de um processo histórico de secularização do direito desde a antiga Roma até o século XVIII,²⁸ estabelecendo a diferenciação entre determinantes internos e externos da ação.²⁹ Isso alivia o direito do encargo de ter que formular também as condições da respeitabilidade e da auto-estima pessoais. O direito não pode mais ter como tarefa, principalmente, a constituição da moralidade da conduta, garantindo assim as condições para a respeitabilidade recíproca.^{29a} A congruência necessária passa a distinguir-se, até um certo grau, de um outro ambiente, mais pessoal, das relações humanas: o respeito mútuo.³⁰ A respeitabilidade especial de uma determinada pessoa (e isso inclui também a auto-estima) não pode mais ser atingida apenas com base em expectativas comportamentais congruentemente generalizadas. As objeções e as aspirações humanas orientam-se a partir de construções ampliadas do âmbito das possibilidades, principalmente no sentido econômico, e nelas a regularidade da distribuição de direitos e deveres estabelece apenas uma barreira externa, e não mais uma referência para a respeitabilidade do sucesso. Por outro lado, a solução jurídica de problemas assume formas que não mais se baseiam nas condições do respeito mútuo. Um bom exemplo disso é a crescente tendência de se ver a liquidação de prejuízos como um problema de distribuição de riscos. É necessário abdicar-se da fusão entre a legalidade e pretensões humanas, que se apresentava de forma especialmente manifesta no pensamento jurídico de cunho ético na filosofia grega.³¹ O critério do direito já não pode mais assumir a forma de ins-

trumento ético da justiça como algo desejável (apenas!) individualmente. A separação entre o direito e a moral torna-se uma condição da liberdade.

Ela se torna também uma condição da possibilidade de especificação do próprio direito. Isso porque, na medida em que o direito permaneça em harmonia com a moral, moralizar-se-á o cumprimento e a imposição do direito, fazendo com que no processo do estabelecimento do direito seja estatuída, concomitantemente, uma nova moral. A observância ou inobservância, ser flagrado, ser processado, ser condenado — tudo isso passa então a constituir processos, através dos quais a respeitabilidade de identidades pessoais é erigida ou desfeita. Sempre que isso acontece, as regulamentações jurídicas voltadas para determinadas formas de comportamento geram consequências altamente difusas e freqüentemente irreparáveis.^{31a} Não raro, as consequências são desproporcionais aos objetivos legislativos, e podem contribuir para que aquele que se comporte de forma divergente busque sua identidade na própria divergência, acabando por reforçá-la. Nessas condições é altamente questionável se, e até que ponto, o direito deveria apoiar-se na moral, enquanto motivo para a observância e auxílio para a imposição.

Com a separação mais acentuada entre o direito e a moral, o direito se afasta da função de um regulador de escrúpulos no sentido de uma certificação da identidade autônoma de uma personalidade individual.³² A personalidade individualmente normatizada, em uma ordem social funcionalmente diferenciada, não pode continuar a ser garantida pelas mesmas regras e nos mesmos limites que o respeito humano recíproco induzido e não auto-evidente, e ambos não podem ser compatibilizados com o mecanismo de estabelecimento da congruência através do direito. Agora, o escrúpulo não deve mais ser protegido como instância da promulgação do direito superior, mas tem que ser protegido contra o direito.

Muito mais significantes foram as mudanças que romperam o antigo conceito cognitivo-normativo da verdade (indefinido com respeito ao processamento de frustrações), redefinindo-o no sentido da ciência contemporânea.³³ Nessas condições o direito, e mesmo suas bases, não podiam satisfazer as novas necessidades metódicas de certeza absoluta na transferibilidade intersubjetiva das concepções. Além disso,

o direito não era mais capaz de absorver em sua própria estrutura o elevado risco implícito no novo conceito da verdade, seu caráter apenas hipotético e a constante possibilidade de seu falseamento através da pesquisa descentralizada(!). Isso forçou uma distinção radical entre a verdade científica e o direito, e ainda a adequação de ambos aos respectivos riscos. Os motivos que levaram a essa mudança partiram mais da esfera da ciência e de sua especificação em funções cognitivas, e através dos seus efeitos rompeu-se a referência tradicional do direito à verdade — trata-se menos da exclusão de funções do direito, como no caso da moral, mas da subtração de funções devido à diferenciação em um outro sistema. Nesse caso o desenvolvimento não acompanhava necessidades genuinamente jurídicas, sendo por isso menos rapidamente e menos alarmantemente percebido que no caso da relação com a moral (o que fica transparente, por exemplo, na sobrevida do recurso à noção do direito natural e da verdade no processo judiciário).

Um terceiro tipo de diferenciação funcional quase não mereceu qualquer atenção especial, e muito menos provocou pesquisas mais cuidadosas: a separação do direito das funções socializadoras, educadoras e edificadoras. A função educadora do direito era objeto, particularmente, da filosofia do direito grega;³⁴ mas ela sempre foi exercida latentemente na simbolização do direito.³⁵ Apesar de toda especialização técnica do pensamento jurídico e de toda a dificuldade de acesso ao não jurista, as estruturas jurídicas mais antigas concediam uma grande importância aos efeitos de exortação, convencimento e pedagógicos das palavras na formulação do direito. Isso pode ser extraído dos provérbios jurídicos gerados pela participação de leigos na aplicação da lei,³⁶ dos antigos textos da literatura jurídica tomada como fonte de direito, os quais entremeiam prescrições e exortações, argumento, advertência e fundamentação;³⁷ e também dos adágios do ensinamento jurídico, de expressões cuja formulação substitui a fundamentação, da linguagem epigráfica afiada dos juristas romanos e até mesmo do “*Code Civil*”.³⁸ A linguagem jurídica atual busca outros objetivos. Ela não medeia instrumentos de memorização ou de convencimento e não se presta, de nenhuma forma, à simples leitura ou audiência — somente à consulta na procura de formas específicas para a solução de problemas. Aparente-

mente, o direito positivo não necessita mais daqueles recursos de convencimento concretizados através de palavras.³⁹ As necessidades de processamento automático de dados na esfera jurídica também apontam nessa direção. Além disso a total ausência do direito no ensino escolar evidencia que nossos pedagogos não esperam do direito nenhuma eficiência educadora, aceitando que ele represente, quando muito, um humanismo seletivo. A prática legislativa está distante até mesmo do ensino especializado do direito nas universidades, na medida em que nunca se preocupa com a viabilidade do ensino do direito em processo de constante criação e modificação.

Essas indicações são suficientes para tornar claro como estão entrelaçadas a diferenciação, a especificação funcional e a positivação do direito, representando no fundo apenas aspectos diferentes do mesmo evento. Ao despir-se de funções intrínsecas, anteriormente também exercidas pelo direito sem serem obrigatoriamente a ele vinculadas, o direito adquire uma mobilidade relativa, dentro dos limites estabelecidos pela possibilidade da coerção física. A verdade, as bases da respeitabilidade humana, a auto-identificação da personalidade, seus hábitos adquiridos e suas formas de processar experiências, tudo isso dificilmente pode ser modificado por decisões; aqui as mudanças apresentam ritmos e condições diferentes que os necessários para o direito moderno. O embaraçamento com tais funções, portanto, imobiliza o direito. A diferenciação mais acentuada, ao contrário, permite que o direito assuma uma maior variabilidade, acabando por transformá-lo em uma estrutura variável por excelência. Isso não exclui interdependências e reciprocidades na relação entre as diversas esferas funcionais, mas elas têm que ser especificamente programadas — decididas — pois inicialmente é necessário partir-se da variabilidade independente. Essa dissociação de funções separadamente realizáveis é, portanto, um requisito imprescindível para a plena positivação do direito: ela só se torna possível na medida em que as funções destacadas possam ser realizadas sem referir-se ao direito e no contexto de um direito mutante, ou seja, na medida em que para tanto estejam à disposição outros sistemas sociais parciais capacitados e adaptáveis.

Em consequência desse desenvolvimento o direito positivo é diferenciado ao ponto de não ser mais simplesmente idên-

tico à totalidade das expectativas normativas congruente-mente generalizadas. O direito muda seu caráter. Não podemos mais definir nosso conceito de direito em termos ontológicos, mas só funcionalmente. Isso explica a ampla sensação de desconforto gerada pelo direito positivo e o surgimento da indagação quanto à justificação do direito. É exatamente a referência funcional à generalização congruente que torna forçosa essa não-identidade sob condições estruturais complexas e rapidamente mutáveis: o direito não pode mais *ser* simplesmente aquilo que ele deve *fazer*. Isso implode o direito natural. Agora, a “justiça” se situa à margem do direito, enquanto princípio ético.

3 — Programação condicional

Juntamente com a crescente complexidade, com as circunstâncias sociais e com o plano onde a congruência das expectativas deve ser buscada e assegurada, modifica-se também a forma do direito. Através da constituição de processos para a elaboração de decisões coletivamente vinculativas, o direito torna-se — como havíamos visto — uma programação decisória. O conceito de *programa* significa que os problemas podem ser definidos especificando-se as condições restritivas de suas soluções (“*constraints*”) e que eles são solucionáveis através de decisões baseadas nessa definição; além disso, o caráter programático significa que mesmo essa definição do problema é realizada por processos decisórios e é testada também por decisões.⁴⁰ A reestruturação do direito na forma de programas decisórios deve, então, ser vista como um momento de sua positivação. Ela já começa cedo, com as primeiras formulações das condições para que decisões fossem juridicamente corretas. Isso não quer dizer que o direito sirva de orientação apenas e exclusivamente no bojo de processos, mas sim que essa orientação agora tem que considerar as condições que levam um juiz a considerar uma decisão como solução correta para problemas jurídicos, e que só assim, indiretamente, é possível obter-se as vantagens da congruência de expectativas (em contraposição às expectativas elementarmente normativas).

A necessidade de fixação das condições para que as decisões sejam consideradas corretas cedo vincula-se a uma tendência ao *condicionamento* das normas jurídicas. Isso não se expressa necessariamente na formulação dos princípios jurídicos, mas fica claro na sua utilização através de decisões. Sua forma básica é a seguinte: se forem preenchidas determinadas condições (se for configurado um conjunto de fatos previamente definidos), deve-se adotar uma determinada decisão. Com esse formato especial, o direito significa não apenas uma expectativa comportamental justificada, e também não mais a indicação ética de um bom objetivo, cuja atualização realiza a essência da ação e a virtude do ator. Mais que isso, agora o direito estabelece uma expectativa condicional, no sentido de uma relação se/então, entre conjuntos de fatos e consequências jurídicas, cuja execução pressupõe o exame e a seleção, ou seja um ato decisório.

A tendência de pensar-se o direito dessa forma é muito mais antiga que o direito positivo. As mais antigas leis documentadas já utilizavam formulações do tipo condicional.⁴¹ As fórmulas processuais romanas seguiam claramente esse esquema: o juiz era instruído sobre as condições sob as quais uma ação poderia ser bem sucedida. A fundamentação dessas programações condicionais, porém, sempre incluíam objetivos concomitantemente éticos e utilitários, especialmente no caso do direito dos objetivos válidos e bons da ação — e não como uma programação condicionante das decisões. Mesmo na atualidade encontramos apenas esporádica e incidentalmente referências ao fato de que as normas jurídicas são, na sua forma geral, programações condicionais⁴² — e mesmo assim sem perceber todo o alcance e todas as implicações estruturais desse princípio.⁴³ O jurista ainda gosta de pensar e argumentar teleologicamente, sem aperceber-se da problemática em termos de racionalidade e mesmo de lógica na qual assim se enredam.⁴⁴ É típico que se busque localizar as vantagens da programação condicional no sentido do processamento e do controle *lógicos* do direito; consistência lógica, porém, é algo totalmente diferente da programação condicional, e no direito ela não é necessária nem exequível.

Na verdade, só uma análise organizacional das técnicas da decisão permite compreender as vantagens decorrentes da programação condicional, e só a partir dessa compreensão se

torna claro que (e porque) o direito positivo configura-se através de programações condicionais de forma mais nítida e exclusiva que nos ordenamentos jurídicos anteriores.⁴⁵ Em última análise o motivo disso reside em que só assim a alta complexidade pode ser convertida em decisões congruentemente expectáveis.

Essa referência do condicionamento à complexidade só é compreensível observando-se corretamente a *relação entre a programação condicional e a incerteza*. Do ponto de vista de alguém que vivencie e atue diretamente em um sistema, é — e permanece sendo — incerto se ocorrerá um determinado comportamento concreto, da mesma forma que é e permanece incerto se suceder-se-á uma determinada sanção. Essas incertezas não são eliminadas através da normatização e da programação condicional, mas tornam-se sustentáveis na medida em que assumem a forma de “incertezas contingenciais”, ou seja, na medida em que a contingência do comportamento e a contingência da sanção são combinadas em uma relação seletiva do tipo se/então.⁴⁶ Em termos mais rigorosos, essa relação se estabelece não entre o comportamento e a sanção enquanto eventos fáticos (de tal forma que a relação não existiria sem a sua ocorrência), mas entre a *contingência* do comportamento e a *contingência* da sanção. Ela estabelece uma interdependência entre a seleção do comportamento e a seletividade do sancionamento, preenchendo assim a função de uma estrutura. Essa função não consiste na eliminação de incertezas quanto a desdobramentos concretos (por exemplo através da determinação motivacional do comportamento), mas na elevação do grau sustentável de incerteza.⁴⁷ Com isso, sistemas programados condicionalmente podem coexistir com a maior contingência e a maior complexidade dos fatos. Sobre essa vantagem inicial e básica erigem-se todas as demais.

Uma segunda vantagem comum da programação condicional e da orientação finalística é principalmente essencial para a sedimentação com respeito à forma arcaica de experimentar-se o direito (e também em respeito às formas imediatas, cotidianas). Ela consiste na *abertura de possibilidades de variação*. Elas se baseiam na substituição da simples expectativa comportamental, das concepções concretas de mundo por uma estrutura binária, bipolar. Isso permite a alternância de um lado para o outro, da condição (“se”) para a

consequência (“então”), mantendo a contraparte e todos os significados por ela intermediados como referência da mudança. Dessa forma, pode-se relaxar a vinculação da ação a situações e consequências. Pode-se sustentar a ação já comprovada, permitida (ou também a proibida) e aplicar a expectativa correspondente a um outro caso — por exemplo permitindo a interposição de ações em situações análogas. Ou então pode-se sustentar a situação desencadeadora, mas modificar a decisão ou a ação programaticamente desencadeada, ou seja prever para a mesma situação outros efeitos. Dessa forma, a programação condicional serve de limiar entre vários sistemas que se modificam independentemente: pode-se adaptar as condições de imputabilidade às mudanças das necessidades sociais, ou as medidas punitivas às mudanças do conhecimento psicológico, sem que uma modificação acarrete necessariamente a outra.

Além dessa possibilidade de variação controlada e dirigida, merece destaque a *possibilidade de tecnicização da programação condicional*. Isso não se refere à pura criação de efeitos, desde sempre contida no direito, mas — usando uma terminologia cunhada por *Husserl* — ao desafogamento da assimilação das experiências, liberando-a da consumação concreta de designações sensoriais levando, no caso mais puro, ao cálculo lógico ou matemático.⁴⁸ No limite, os programas condicionais são algoritmos e, dessa forma, automatizáveis. Mesmo quando não se é capaz de atingir esse grau de aperfeiçoamento técnico do desafogamento, a programação condicional permite uma simplificação essencial do processo decisório: aquele que decide só precisa conhecer seu programa (e eventualmente interpretá-lo), para então verificar se as informações nele previstas existem ou não. Dessa forma, ele só precisa considerar um pequeno corte da situação e do seu passado relevante para o programa, permanecendo indiferente quanto ao resto, no que ele é apoiado pela diferenciação de sistemas processuais especiais para a execução do programa. Com isso é possível atingir-se consideráveis ganhos de tempo, destacar-se temas para a obtenção rápida de consenso e, em conjunto, processar mais informações mantendo constante a capacidade de percepção consciente. O dado técnico do direito contemporâneo reside, portanto, menos na mediação de efeitos através de aparatos concretos e menos ainda na realização precisa de determinados objetivos,

mas na elevada seletividade da consciência ativada que, de forma análoga às máquinas, permite uma reorganização das possibilidades.

Um caso especial desse desafogamento merece considerações especiais: o *desafogamento da atenção e da responsabilidade com respeito às consequências da decisão*. É necessário reconhecer que o estilo da decisão jurídica submetida a programações condicionais implica necessariamente que junto com o “se” estatui-se também o “então”, aceitando suas consequências sem calculá-las e valorá-las.⁴⁹ O suicídio de um prisioneiro não pode ser imputado ao juiz que tinha que condená-lo tendo em vista as determinações legais, da mesma forma que o juiz de falências não tem que verificar ou avaliar se os filhos de um devedor terão que abandonar seus estudos, ou se sua mulher dele irá separar-se. A sustentação da decisão não é uma relação valorativa entre as consequências, mas a própria vigência da norma, e é apenas no seu âmbito que ela pode ser interpretada no sentido de que as consequências *genericamente* esperadas por sua aplicação sejam avaliadas como razoáveis e sustentáveis.⁵⁰ Isso desafoga o juiz da necessidade de examinar todas as consequências valorativamente relevantes da sua decisão, todas as probabilidades futuras, de verificar a propriedade dos recursos e das alternativas à disposição e de avaliar valorativamente suas consequências secundárias, ou seja: libera-o de considerações decisórias, cuja complexidade, dificuldade e necessidade de simplificação nos é demonstrada pela teoria decisória da economia moderna. Somente assim, livre da responsabilidade sobre as consequências concretas, é que fazem sentido os princípios da independência do juiz e da igualdade perante a lei⁵¹ — e esses princípios só são sustentáveis onde o direito e os juízes não estejam demasiadamente envolvidos em um sistema de planejamento objetivo do futuro.⁵²

Esse aspecto do condicionamento parece atuar também no sentido da formação de personalidades, ou da atração de personalidades correspondentes já disponíveis. Mecanismos de seleção e socialização, como os pesquisados por *Wolfgang Kaupen*,⁵³ podem fortalecer o efeito estruturalizante do caráter programático do direito, evitando ainda um conflito entre as estruturas programáticas e as estruturas de personalidade no processo decisório — mas isso ao custo de uma

elevação dos riscos, decorrente de qualquer reforço da unilateralidade. Finalmente, a programação condicional apresenta consideráveis vantagens com respeito ao *volume de comunicação necessária para a coordenação das decisões*. Isso é válido especialmente para o desafogamento das comunicações verticais, da supervisão hierárquica. Programas finalísticos exigem uma supervisão e um controle constantes e colados às decisões, pois o fim não justifica por si só os meios, e a escolha dos meios conforme as situações sempre pode acarretar consequências desagradáveis.⁵⁴ Uma solução racional do problema da delegação pressuporia a quantificação da avaliação das consequências, ou seja praticamente uma contabilidade monetária, exigindo técnicas matemáticas elaboradas.⁵⁵ Em vez disso, encontramos tipicamente, nos casos de programação finalística, uma hierarquia pormenorizada, com poucos subordinados submetidos a uma estrita supervisão, ou (e) uma hierarquia de controle paralela, por exemplo sob a forma de partido político. Os programas condicionais abrem melhores perspectivas de delegação. Eles são mais imunes às consequências que os programas finalísticos, e por isso não precisam ser constantemente reorientados. Eles podem ser elaborados e apresentados na forma de modelos decisórios típicos, sem conhecer precisamente a quantidade e os detalhes das situações de sua aplicação. Sempre que for necessário, os detalhes são absorvidos pelo programa como condicionantes. Daí também podem resultar consequências inesperadas, fazendo com que nesse caso também seja necessária a organização de formas de comunicação que acusem interferências ou crises. No seu conjunto, porém, a supervisão pode ser mantida de forma menos rigorosa.⁵⁶ O desencadeamento da decisão concreta e tipicamente também o desencadeamento do controle da decisão são delegados àquele que detém as respectivas informações e os interesses correspondentes, através dos quais foram formuladas as condições para o desencadeamento do programa. Dessa forma o programa concede aos interessados um tipo de autoridade, ou seja uma autoridade derivada, não hierárquica, sobre as instâncias que elaboram as decisões.⁵⁷ Com isso torna-se possível a manutenção do comando e do controle hierárquicos do sistema decisório, apesar do imenso crescimento das necessidades de comunicação — se bem que restringindo-os à

forma da elaboração e da alteração de programações decisórias.

É esse desafogamento da “via oficial” que viabiliza e possibilita a normatização da *interdependência dos tribunais* e do *encaminhamento partidário dos processos* enquanto princípios básicos da jurisprudência.⁵⁸ Tão-só na medida em que a forma da programação decisória já torna prescindível a supervisão de cada caso e prevê iniciativas externas é que tais normas organizacionais e processuais podem constituir-se como sustentação legal da instituição da jurisprudência; caso contrário elas ruiriam devido à pressão de necessidades estruturadas antagonicamente. Já tínhamos visto que a independência dos tribunais e o princípio da igualdade perante a lei são analogamente condicionados por uma menor responsabilidade pelas consequências. Essas considerações mostram que e como a tipologia das formas do direito está entremeada de princípios institucionais e aspectos organizacionais. Por causa dessa interdependência, a forma programática e os princípios da jurisprudência não são indeterminadamente variáveis entre si. A base real desses princípios não consiste em que eles sejam meios necessários para os fins de justiça, nem expressões de princípios morais de vigência universal; eles vivem em um contexto de elaboração de decisões que os possibilita, os requer e sustenta sua moralização enquanto mandamentos de justiça.

Em resumo, a forma da programação condicional possibilita uma expansão das capacidades, imprescindível para reestruturação do direito no sentido da positividade e o respectivo aumento da complexidade do direito: possibilidade de variação racional, desafogamento de exigências desmedidas em termos de atenção, responsabilidade por consequências e de comunicação coordenadora. A especificação e a positividade funcionais do direito corresponde uma redução do nível das exigências quanto a esses aspectos. Tais renúncias, no entanto, não são irrelevantes — e isso pode ser nitidamente observado na renúncia à responsabilidade pelas consequências. Elas deixam diversos problemas em aberto, provocando assim a procura de dispositivos suplementares e compensadores. A solução é encontrada no próprio princípio da positividade do direito: na possibilidade de decidir-se também quanto aos programas decisórios.⁵⁹ Isso permite diferenciar entre decisões programadoras e decisões programadas e

prever, para os respectivos processos decisórios, requisitos e condições diferentes ou até mesmo opostas. Dessa forma torna-se ainda possível corrigir a unilateralidade da perspectiva dos programas condicionais por meio da consideração de princípios inversos — ao decidir-se politicamente, segundo critérios de oportunidade, sobre a promulgação ou mudança de programas condicionais.

4 — Diferenciação do processo decisório

A diferenciação e a separação institucionais entre os processos legislativos e as decisões judiciais sobre disputas fazem parte dos dispositivos auto-evidentes das sociedades modernas com direito positivo. Mas a interpretação dessa diferenciação ainda é imprecisa, e sua relação com a positivação do direito ainda tem que ser elaborada.

A interpretação convencional restringe-se inicialmente à diferenciação entre a lei *genérica* e a regulamentação *concreta* do caso particular, que adquire seu caráter enquanto “caso” através de uma disputa em torno do direito. A decisão sobre leis genéricas é atribuição do legislador, enquanto que ao juiz atribui-se a decisão sobre disputas jurídicas concretas. Em ambos os tipos de processo trata-se do mesmo direito. O legislador o constrói, e o juiz o aplica. Essa visão não permite uma compreensão mais precisa, além de manter muitas controvérsias em aberto. Tais controvérsias podem girar, principalmente, em torno da indagação sobre o momento do processo decisório que garante sua racionalidade, ou sobre onde se chega mais perto do núcleo do direito: na formulação de regras gerais ou na decisão de cada caso.⁶⁰ Observando-se essa indagação mais detidamente, e tentando respondê-la, surgem, no entanto, dúvidas que se referem à sua própria formulação.

Analizando-se mais precisamente o processo da decisão judiciária torna-se evidente que também o juiz formulará regras gerais para suas decisões: se elas não estão dadas, ele as “encontra”. Sua generalidade reside na normatividade da expectativa assim gerada: na generalização que transcende os momentos (e dessa forma, os casos). Todo aspecto normativo de uma decisão jurídica tem, portanto, que pre-

tender sua generalização, implicando que casos iguais serão decididos da mesma forma. Por isso a decisão judicial não pode ser apropriadamente concebida como a “lei do caso particular”.⁶¹ Ao considerar-se que a generalização já reside na própria forma normativa das expectativas, a diferenciação pode ser buscada quando muito com respeito ao tipo de tratamento do aspecto genérico, mas nunca como uma contraposição entre o genérico e o não genérico.

Procurando reconstruir a visão clássica da diferenciação entre a legislação e a jurisprudência, as considerações acima nos levam a concepções já familiares ao pensamento mais recente com respeito à legislação através das decisões judiciais (direito dos juizes). Isso leva à suposição de que a legislação não seria nada mais que uma diferenciação e uma centralização técnica de parte da tarefa da decisão judicial, uma forma de deciso em bloco sobre certas premissas decisórias, especialmente apropriadas para o tratamento sumário e para a formulação de princípios jurídicos. Essa interpretação é capaz de manter a concepção da unidade entre a experimentação do direito e a perspectiva normativa nos processos legislativo e judiciário, vendo sua separação como um fenômeno de grau secundário, reafirmando nessa medida o pensamento jurídico clássico.⁶² No entanto, ela não fornece uma concepção satisfatória das vantagens adquiridas com a separação entre esses dois processos decisórios.

Isso porque negligencia-se uma diferença essencial: o juiz compromete-se com suas decisões e as premissas a elas vinculadas, mas o legislador não.⁶³ Se esse compromisso assume a forma jurídica ou resulta da compreensão do papel do juiz é secundário, da mesma forma que a questão se o autocomprometimento de um juiz amplia-se ou não aos outros juizes através do ordenamento jurídico.⁶⁴ O decisivo é que apenas o juiz se vê confrontado com situações repetidas, tendo que decidir de forma repetidamente igual quando se apresentam premissas idênticas. O juiz submete-se ao princípio da igualdade de forma diferente que o legislador: ele não só tem que tratar igualmente as mesmas condições, mas também decidir da mesma forma os casos iguais. Com cada decisão ele se ata a casos futuros, e ele só pode criar um direito novo na medida em que reconheça e trate novos casos como constituindo casos diferentes.⁶⁵ Ele formula as premissas da decisão na perspectiva daquele que as inter-

preta e aplica, não na perspectiva daquele que delas dispõe apenas imediatamente. Para tanto ele pode criar conceitos utilizáveis genericamente. Toda proclamação judicial de princípios jurídicos de vigência genérica é, no entanto, perigosa, pois leva a determinações rígidas, dificilmente retratáveis, o que é arriscado principalmente no contexto rapidamente mutável da sociedade moderna. Esse era o motivo da sábia discreção dos tribunais superiores, como o *Conseil d'État* e, numa menor medida, do antigo *Reichsgericht*, com respeito à formulação de princípios decisórios genéricos. O juiz pode delegar à ciência jurídica o desvendamento, a constatação e a sistematização dos princípios da sua jurisprudência, sem comprometer-se com sua autoridade. Ele se sente comprometido apenas com os prejulgados de sua *praxis*, mantendo a liberdade de questionar a semelhança de um novo caso com o antigo. Os tribunais superiores da República Federal da Alemanha abdicaram dessa discreção, passando a redigir e a promulgar “acórdãos doutrinários” com “princípios orientadores”, em termos de conteúdo: leis, suscetíveis das respectivas pressões alteradoras. Juntamente com isso eles estabeleceram controvérsias contundentes com autoridades científicas, em vez de descarregar o máximo possível do risco da generalização sobre a ciência. Esse afã doutrinário só é suportável a longo prazo por dispor-se na retaguarda de um legislador, o qual pode não importar-se com tais princípios ou fornecer os pretextos para que o próprio juiz deixe de importar-se com os antigos princípios da sua jurisprudência. O princípio da igualdade exige instâncias políticas ou hierárquicas que promovam a redenção do auto-comprometimento desmedido — ou então que as condições sociais permaneçam estáveis.

O processo decisório da jurisprudência não conhece, portanto, formas institucionalizadas de mudança do direito, mas apenas técnicas apócrifas de assimilação, adaptação ou alteração e que sejam compatíveis com a identidade formal das normas.⁶⁶ A essas formas apócrifas também pertence o caso, quando processos originalmente imaginados para resolver conflitos decisórios entre diversos tribunais ou diversas câmaras são utilizados como instrumentos para a revolta contra uma prática dominante. De resto, a inovação judicial é possível até mesmo frente à lei — mas só raramente e limitada a que durante algum tempo se trabalhe com argumentos

falsos, até que a inovação seja introduzida e possa ser apresentada como direito antigo. Com isso o juiz, sob condições modificadas, dá continuidade jurídica àquelas colocações que antes eram genéricas e agora são apenas consideradas como uma possibilidade entre outras.

Essa limitação do juiz está intimamente ligada ao fato de que ele lida com situações onde já ocorrem frustrações; de que ele trata do processamento de frustrações, para o qual são essenciais um rígido referencial para as decisões e a manutenção das normas decisórias. Em uma situação tão tensa ele não poderia representar ao mesmo tempo seu arbítrio e a norma a ser mantida. Em plena situação de frustração é difícil assimilar, aprender.

Esses limites, funcionalmente determinados, da mobilização judicial das normas tornam compreensível porque a crescente mobilização do direito torna necessária a criação de um outro processo para tanto. Essa necessidade fica ainda mais evidenciada por um outro raciocínio, para o qual teremos que recorrer à discussão anterior sobre os processos elementares da formação do direito. Tínhamos visto que a normatividade das expectativas expressa a determinação de não assimilar as frustrações. Nisso residia a antiga concepção da invariância do direito. Uma mudança dessa orientação não assimilativa só é realizável através do aprendizado. Dessa forma a mudança do direito significa: aprender a não aprender; assimilar a não assimilação. Fica claro, então, que uma exigência tão rigorosa dificilmente pode impor-se e tornar-se instituição.

Mas é exatamente isso que a positivação do direito passa a exigir. O direito só pode ser institucionalizado enquanto variável, quando sua variação está submetida a processos de assimilação em termos de aprendizado. Nesse contexto, o móvel principal dessa apreensão é o fato de que o direito vigente produz frustrações — seja por sua repetida transgressão ou por frustrar expectativas normativas contrárias. As frustrações devem ser continuamente reprocessadas no circuito das decisões jurídicas, sendo então absorvidas cognitivamente como informações que darão ensejo à indagação se elas são suficientes para fundamentar uma mudança do direito. Por outro lado, esses processos de apreensão não devem solapar o princípio da resistência à assimilação apreensiva do direito. As possibilidades de apreensão não devem perturbar a de-

terminação de persistência. O fato de que tudo pode ser modificado não deve acarretar que não se leve mais nada a sério. A positivação do direito significa que no mesmo ordenamento jurídico têm que ser concomitantemente institucionalizadas as possibilidades de apreensão e não apreensão, de atitudes cognitivas e normativas com respeito às mesmas normas.

Isso só é possível em sociedades muito complexas, suficientemente diferenciadas, pressupondo principalmente a diferenciação de processos para a apreensão e para o processamento de frustrações. O destaque institucional dos processos torna possível problematizar em um tipo de processo aquilo que em outro processo constitui uma estrutura. A função de atenuação das obrigações, de desafogamento das estruturas, exige sim que as estruturas não sejam problematizadas ou variáveis com respeito às situações que elas estruturam, mas isso não exclui que aquela problematização e aquela variação possam ocorrer em outras situações, em outros momentos, em outros papéis ou sistemas, sempre que estejam garantidas uma diferenciação e uma comunicação suficientes entre os diferentes âmbitos decisórios.

Essa diferenciação também é provocada através do afastamento entre a legislação e a jurisprudência. O âmbito da jurisprudência cuida da exposição do direito vigente, da manutenção e da sanção de certas expectativas normativas, de manifestar a determinação a não assimilar apreensivamente as transgressões ao direito. Quando expectativas juridicamente normatizadas são contrariadas, o juiz deve resguardar a expectativa, e não adaptá-la aos fatos. Para o legislador, no entanto, as normas e os fatos se apresentam em uma outra ótica e em um outro contexto. O efeito real das normas, a proporção da sua não aceitação e os custos de sua imposição, suas disfunções, os conflitos comportamentais aos quais elas levam, as ações substantivas por elas provocadas, tudo isso pode ser registrado cognitivamente pelo legislador, sem maiores indignações. Ele pode abrir-se ao direito clandestino dos rebeldes e dos criminosos, aos interesses afetados pelas prescrições. Ele pode, e até mesmo deve demonstrar estar disposto a corrigir expectativas. Ele é o destinatário da vontade de mudar, a instância da apreensão institucionalizada no direito. Ele tem a possibilidade de autocorrigir-se e espera-

se que ele a utilize e ainda se responsabilize pela omissão de correções, pela rejeição da assimilação apreensiva.

Para criar-se um referencial adequado, funcionalmente específico à variação apreensiva ou para a manutenção inalterada do direito — e como isso à positivação do direito — essa tarefa deve ser separada da aplicação do direito em situações de frustração e organizada segundo suas próprias condições. No interesse de uma maior capacidade de negociação, os processos legislativos devem estar livres da pressão imediata das frustrações e da necessidade de expor-se normas já transgredidas; por outro lado eles devem poder tratar as normas jurídicas como ainda sujeitas à decisão, tendo então que adequar-se às condições muito mais complexas de uma escolha entre diversas normas jurídicas *possíveis*. Isso não leva à exigência radical de abstrair-se totalmente do direito vigente, passando-se à sua reconstrução, desde a base, a partir da razão. Pelo contrário, o direito existente está inserido nas condições que possibilitam um novo direito, pois ele só pode ser modificado em aspectos isolados e nunca como um todo, por mais significativos que esses aspectos parciais sejam.⁶⁷ Ainda assim, os limites do que deve ser problematizado ou suposto também podem ser escolhidos e, portanto, adequados à capacidade de processamento dos processos. Na perspectiva daquele que deve decidir sob tais circunstâncias, o direito adquire um novo tipo de objetividade — não a de uma norma decisória, que deve ser resguardada apesar de toda contestação, mas a de uma estrutura de expectativas que deve ser criada e modificada sempre que necessário, para provocar-se determinados efeitos.

Uma outra consequência vantajosa da diferenciação, e que quase não é percebida, refere-se à relação do direito com a força física. Já tínhamos visto (vol. 1, cap. II, 7) que a força física continua pressuposta no direito que ela mesma constituiu, se bem que sem manifestar-se expressa e visivelmente. A diferenciação entre processos de decisão jurídica no âmbito da legislação e no âmbito da jurisprudência possibilita a obtenção de efeitos de especialização também quanto a esse aspecto.

O caráter elevadamente *abstrato* da força física não permite sua tradução direta como amplo arbítrio na legislação. O recurso direto à força física na política e na legislação politicamente determinada possui uma complexidade elevada

e indeterminada. Por isso, os políticos não se responsabilizam pela força física; se o fizessem eles estariam correndo o risco de usá-la demasiada ou insuficientemente. O risco do caráter abstrato da força física necessária só pode ser sustentado por processos que operam a partir de programas fixos. Ele é deslocado do legislativo⁶⁸ e concentrado na justiça. A isso corresponde o postulado do “Estado de direito” de filtrar o acesso à força física através dos processos da jurisprudência, o que significa submeter ao controle judiciário *todos* os atos privados ou estatais que recorram à força física. Essa solução substitui a concepção de uma “*potestas*” imanentemente vinculada ao direito, e que se tornou ilusória a partir da positivação.

Em seu conjunto, tudo isso permite deduzir que o processo da decisão jurídica possui uma diferenciação funcional muito mais ampla que a imaginada pela concepção usual da divisão dos poderes. Por trás da separação entre o legislativo e o judiciário está uma considerável diferença na complexidade a ser dominada. Na literatura em torno da teoria da organização diferencia-se, nesse contexto, entre decisões programadoras e decisões programadas, vinculando a ambas diferentes condições paramétricas de organização.⁶⁹ Dependendo de quantas outras possibilidades possam ser relevantes e tenham que ser selecionadas antes de proceder-se à decisão, desenvolvem-se graus diferentes de percepção dos problemas e das condições ambientais. Em situações altamente complexas de decisão a demanda por informação é notadamente maior, e a necessidade de decidir-se com informações insuficientes correspondentemente mais comum. Os modos de comunicação dos sistemas de processamento das decisões também apresentam acentuadas diferenças. A elevada complexidade do processo legislativo gera uma grande necessidade de confiabilidade, ou seja uma maior personalização do processamento das informações, uma maior dependência de inspirações e acasos, do momento em que as informações são recebidas, de subsídios à decisão, preestabelecidos pelo ambiente e de amplas formas de resguardar-se através de compromissos e acordos formalmente ilegais.⁷⁰ Nesse contexto cindem-se a responsabilidade, ou seja o risco assumido, e a responsabilização, a imputabilidade, ou seja o dever de prestação de contas. Os critérios de racionalidade têm que ser proporcionalmente indeterminados. Em termos típicos, o

legislador não mais atua sob programas condicionais (a não ser na forma negativa de uma exclusão constitucional de possibilidades), mas apenas através de programas finalísticos,⁷¹ os quais podem apresentar-se de forma mais ou menos indeterminada, como simplesmente no sentido do dever de promover-se o bem comum. Apesar desse indeterminismo dos critérios de avaliação, surge também aqui uma certa possibilidade de compensação do abrandamento da responsabilidade do judiciário pelas consequências de suas decisões. O legislador pode e deve responder pelas consequências de suas leis, pois ele dispõe da possibilidade da autocorreção. Forma-se um novo tipo de responsabilidade “política” que depende não da culpa, mas sim do insucesso, do fracasso, e que se expressa através da troca das pessoas dirigentes. Sua institucionalização e sua praticabilidade em termos de rotina dependem, também, de que a troca não envolva muitos aspectos de destino pessoal — não significando uma decisão de vida ou morte, nem a ruína da existência econômica, e em geral sequer questionado o sucesso da continuidade da atividade no palco político, oferecendo para tanto os papéis específicos à “oposição”.

Com isso tudo podemos formular apenas implicações e consequências da diferenciação sistêmica uma vez atingido um determinado nível — mas não prognoses sobre o futuro. Seguem sendo possíveis deslocamentos nos pontos de gravitação de ambos os processos e até mesmo novos desenvolvimentos no sentido da diferenciação entre eles. Existe atualmente nos países socialistas e também nos Estados Unidos⁷² uma série de indícios de um desenvolvimento do papel dos juizes no sentido de terapeutas sociais, liberando-os ainda mais de programas condicionais. Uma solução semelhante apresenta-se especialmente na jurisprudência penal, na jurisdição de menores e no tratamento de questões do direito de família. As consequências ampliadas desse desenvolvimento, no entanto, raramente são intencionais: elas podem significar uma considerável perda da segurança jurídica (e dessa forma também da capacidade do direito orientar o comportamento na vida cotidiana), mas por outro lado uma pressão política mais acentuada sobre a justiça, pois sua neutralidade política torna-se menos justificável na medida em que ela assume tarefas de conformação do direito.

A base atual do conhecimento não permite elaborar-se uma prognose do desenvolvimento concreto. Mas a compreensão sociológica da positividade do direito nos fornece a convicção de que as formas de solução dos problemas não são arbitrariamente combináveis entre si, de tal forma que os deslocamentos no âmbito da diferenciação sistêmica terão suas conseqüências. Nesse sentido é necessário perceber e dar a devida ênfase, principalmente às circunstâncias especiais do ato da decisão programadora em um contexto de grande complexidade. A racionalidade das decisões programadoras não pode ser avaliada pelos mesmos critérios de racionalidade das decisões programadas, pois isso significaria desconsiderar a função dessa diferenciação. Legislação não significa aplicação do direito, e por isso uma não pode ser medida pelo padrão da outra. Já que se trata exatamente de problematizar e modificar o direito vigente, ele não é capaz de fornecer uma base suficiente para um julgamento através do processo legislativo, nem uma estrutura suficiente para a decisão legislativa. Suas condições paramétricas, e dessa forma as condições que possibilitam o direito positivo, devem ser buscadas nas necessidades estruturais do sistema, ainda pouco pesquisadas e muito menos elucidadas. Por isso a elas nos dedicaremos em um novo item.

5 — Variação estrutural

Positividade significa variabilidade estrutural do direito. Através dela torna-se possível resolver também as questões estruturais de forma racional, ou seja por decisões equilibradas. As condições e os limites dessa variação precisam ser pesquisados. Apesar de todo o interesse pela “mudança social”, porém, os problemas especiais da variação estrutural (em contraposição aos meros processos em sistemas estruturados) ainda não foram suficientemente esclarecidos pela sociologia geral.⁷³ Na abordagem predominante indaga-se quanto às causas e aos efeitos específicos das mudanças estruturais, o que pelo menos inicialmente é infrutífero, devido à complexidade dos sistemas pesquisados. Em vez disso deveríamos indagar primeiro quanto às condições sistêmicas das mudanças estruturais, deixando ainda em aberto quais

seriam suas causas e suas conseqüências nos casos particulares. Formulando mais precisamente: sob quais condições um sistema social é capaz de produzir mudanças estruturais freqüentes e importantes, sem prejudicar sua continuidade em um determinado nível de desenvolvimento? Sob quais condições um sistema social pode concretizar internamente a seletividade de sua estrutura e controlá-la como um instrumento de adaptação a um ambiente em mutação?

Podemos conceber essa desestabilização de estruturas como *rebaixamento do limiar da mudança do sistema social*, adquirindo assim um acesso esclarecedor ao nosso problema. Todo sistema social acaba por reagir a crises de proporções ameaçadoras através de mudanças estruturais — em último caso através da dissolução. A elevação da variabilidade estrutural permite uma antecipação e uma redução do limiar da crise, ganhando assim em tempo e em chances de reação. Já os primeiros sinais, pequenos deslocamentos das relações de forças, são suficientes para provocar uma mudança estrutural. O sistema torna-se mais sensível ao seu ambiente. Para evitar-se grandes crises abdica-se de sua vantagem: a evidência da necessidade de mudança.⁷⁴ Não se relega à própria crise a redução da complexidade do ambiente. Em vez disso o sistema se confronta com uma abundância de motivos para a mudança, entre os quais ele deve optar. Em outras palavras: ele deve considerar a complexidade do ambiente como relevante e poder dominá-la através de técnicas seletivas melhoradas, se é que deseja evitar as crises. Essas considerações permitem pressupor que existe uma interdependência entre a variabilidade estrutural e a complexidade nas relações entre o sistema e seu ambiente. O grau da variabilidade estrutural de um sistema parece depender principalmente da possibilidade de articulação da relação sistema/ambiente em um nível suficientemente alto de complexidade. Isso exige, porém, um fortalecimento da capacidade de seleção do sistema, e as respectivas providências estruturais.

Ao transpor esse modelo genérico para o caso da positividade do direito, observa-se que a interpretação científica da legislação já trilhou realmente esse caminho da mudança do direito como efeito da crise para a sua visão como rotina, do *ius eminens* em situações excepcionais para a função normal do Estado. Também não é difícil compreender a di-

ferenciação processual discutida no item anterior como técnica de expansão da capacidade seletiva: por meio dessa diferenciação funcional interna eleva-se o potencial de processamento de informações, especialmente no sentido da possibilidade de considerar-se, no processo legislativo, motivos para a mudança que seriam indiscutíveis para o juiz. Além disso, o modelo das condições para a variação estrutural nos permite levar em consideração alguns outros aspectos.

Chama a atenção, principalmente, que a complexidade — alta, mas mesmo assim passível de decisão — não pode ser regulada ao nível da sociedade global, mas apenas no âmbito da relação entre um sistema social parcial — o sistema político — e seu ambiente social. Essa também é uma distinção entre as concepções do direito natural e do direito positivo — o primeiro imposto à sociedade por seu ambiente, enquanto natureza, e o segundo escolhido e promulgado em um sistema parcial da sociedade tendo em vista seu ambiente, ou seja a própria sociedade. O ambiente do sistema social global, os sistemas naturais e psíquicos e eventualmente outras sociedades, quase não fornecem impulsos para mudanças estruturais. Uma orientação a partir deles forneceria, portanto, um direito estático. O direito positivo surge quando um sistema parcial da sociedade usurpa a decisão sobre o direito e então torna-se capaz de lidar com o sistema social como um todo enquanto seu ambiente e enquanto fonte de informações, pressões, sugestões de normatizações, em resumo: como um campo extremamente complexo para o exercício da seletividade. Com isso, a grande complexidade do sistema social pode ser tratada através dos embates sistema/ambiente intrínsecos à própria sociedade. A sociedade só pode dinamizar-se por meio da reprodução interna de diferenciações em termos de sistema/ambiente.

Não é por acaso que a concepção de uma “separação” entre o Estado e a sociedade surge no momento em que o direito é positivado. O direito positivo é inevitavelmente um direito politicamente escolhido, “estatal”. Seu destino está entrelaçado com o do sistema político na sociedade,⁷⁵ pois só assim é possível obter-se uma grande variabilidade do direito, controlada por processos de seleção da própria sociedade. No entanto, isso não abre as portas para o livre arbítrio do estabelecimento puramente político do direito, e muito menos significa que o sistema político poderia decidir

livremente sobre questões jurídicas, por si só e como se não possuísse um meio ambiente; aponta-se tão-somente para o caminho da procura das condições e das limitações estruturais da seleção do direito.

Algumas importantes consequências atuam sobre o próprio sistema político. A pressão da complexidade social e a disposição institucionalizada de promover mudanças estruturais tornam necessária a substituição ou a secundarização do modo hierárquico de comando desse sistema, cujas vantagens essenciais já tínhamos visto (vol. 1, p. 204-206).⁷⁶ Não existe um sistema político que seja construído como uma unidade hierárquica e trate o direito como algo disponível enquanto direito positivo. O tipo do ordenamento hierárquico é mantido enquanto conquista evolutiva, e isso nos sistemas parciais das burocracias do sistema político: na administração e nos partidos políticos plenamente organizados. A integração do sistema político, no entanto, não é mais garantida pelo vértice unitário de uma hierarquia, mas de outra forma muito mais complicada. No lugar de uma unidade hierárquica surge uma estrutura que diferencia funcionalmente a política e a administração, tendo que realizar a integração do todo, de ambas as partes do sistema político abrangente, através de processos de comunicação.

Essa diferenciação funcional entre política e administração não pode ser confundida com o esquema de funções da teoria clássica da divisão dos poderes,⁷⁷ e ela também não coincide com a separação, acima tratada, entre legislação e jurisprudência, que deve ser compreendida como uma diferenciação do próprio sistema administrativo (no antigo sentido de “*government*”). A política propriamente dita desenrola-se como preliminar desses processos que levam a decisões coletivamente vinculativas. A separação clássica entre o legislativo, o executivo e o judiciário diz respeito à diferenciação interna da administração e serve como escalonamento e filtro da influência política sobre a administração. A influência política sobre o legislativo é legítima; sobre o executivo ela é parcialmente legítima e em parte rejeitável em nome do direito; mas sobre a justiça ela sempre é ilegítima. Pode-se então conceber esse modelo da divisão dos poderes como um esquema da neutralização escalada do processo de estabelecimento de decisões coletivamente vinculativas e contrapô-los em seu conjunto aos

processos propriamente políticos, hoje praticamente político-partidários, de assimilação de informações. A plena neutralização da justiça evidencia-se então como a pedra angular dessa construção, como a espinha dorsal da administração frente à política, e dessa forma como uma das condições de uma tal diferenciação funcional.

A liberação do direito à inovação e à modificação política acarreta ainda que o direito em si não fornece mais nenhuma base para a rejeição de exigências de mudança. Não se pode mais recusar a modificação de uma lei simplesmente por tratar-se de uma lei. Comparando-se com os ordenamentos jurídicos mais antigos apresenta-se, então, uma inversão do ônus da prova e da fundamentação. Surge um tipo de direito básico natural ao desejar e ao exigir irrestitos — e aquele que o rejeita tem que fornecer os motivos para tanto. O peso da argumentação é descarregado sobre a política, que pode reagir a isso com métodos mais ou menos drásticos de escolha, deslocamento e abreviação, de favorecimento dos mais barulhentos em detrimento dos silenciosos, das demandas materiais contra as imateriais, daquelas dentro dos conformes contra as divergentes.⁷⁸

A primeira seleção prévia das possibilidades jurídicas ocorre, portanto, no âmbito mais restrito da ação política. Esses processos políticos têm a função de elaborar as premissas para a decisão sob condições de complexidade extrema. Para tanto podem ser apropriados sistemas partidários muito diferentes entre si (segundo os tipos principais: partido único ou multipartidarismo). As premissas para as decisões podem ser estabelecidas na forma de programas, mas também na forma de decisões organizacionais ou em termos de pessoal (por exemplo, através da ocupação das posições superiores do sistema administrativo com pessoas cujas preferências políticas já conhecidas funcionam como premissas para as decisões). A grande complexidade das situações políticas resulta do fato de que tanto essas premissas quanto também as condições de sua sustentação política pelo público têm que ser vistas como mutáveis, conformando então uma relação duplamente alterável e portanto altamente instável, e que mesmo assim tem que dar conta da constante sincronização das possibilidades políticas a cada momento, por meio da organização e do trabalho. Esse é o aspecto funcional e ativo daquilo que denominamos “democracia”

na ótica de um ideal político. Por meio da positivação do direito a “democracia” transforma-se de uma das formas possíveis de dominação em norma do sistema político.

O detalhamento dessas questões pertence à sociologia política. Mas alguns traços fundamentais de uma compreensão funcional desse processo em si político são essenciais também para a sociologia do direito, e isso porque aqui se preestabelece o que será juridicamente possível, sob condições e critérios que reduzem a grande complexidade e nessa medida ocupam funcionalmente o espaço do direito natural, sendo que tais condições e critérios — por causa dessa função — são construídos de forma incoerente com o direito, não podendo ser absorvidos no direito positivo e, portanto, transparecer na perspectiva da interpretação do jurista. (E por isso o jurista tem mais medo do vácuo da arbitrariedade do direito positivo do que seria sociologicamente justificável.) Essas condições que possibilitam a substituição do direito estatisticamente dependente do direito natural pelo direito positivo variável consistem principalmente em:

- 1) canalização de todas as projeções normativas que pretendem vigência jurídica ao encaminhamento político;
- 2) centralização e regulamentação dos conflitos políticos e
- 3) tratamento oportunístico dos valores mais elevados.

A *canalização da inovação e da alteração do direito positivo ao encaminhamento político* tem o sentido de instaurar o mecanismo político-partidário em sua função, permitindo que ele se institucionalize e não se esvazie, como em alguns países em desenvolvimento,⁷⁹ como dispositivo de fachada sem qualquer influência. A absorção dos conflitos mais rudimentares entre expectativas por esse caminho só pode ter êxito na medida em que esse mecanismo se comprove constantemente e seja continuamente acionado. Inicialmente, essa canalização proporciona a centralização organizacional da ação legislativa. E a política perde terreno, na medida em que se amplie o entendimento de que certas matérias dogmáticas difíceis, como por exemplo a “parte geral” do direito administrativo,⁸⁰ não são apropriadas ao legislativo, devendo ser transferidas aos juízes ou até mesmo à ciência. Em muitos casos esse entendimento não é injustificado. A racionalidade especificamente política da conquista do poder

e da resolução dos conflitos dificilmente será capaz de captar a sutileza, a profundidade e o amplo espectro das implicações das concepções do pensamento jurídico dogmático. O próprio dogmatismo jurídico, pelo menos em sua configuração atual, ainda não está adequado à positividade do direito nem, portanto, em condições de captar e formular as questões politicamente decisivas no âmbito de sua seletividade.⁸¹ Isso faz com que a longo prazo os conflitos e as dificuldades de compreensão entre políticos e juristas façam parte dos custos dessa diferenciação funcional entre política e administração. Por ambos os motivos — pelas peculiaridades da política e pela estrutura categorial do direito — o planejamento político desenrola-se hoje em grande parte fora do legislativo (sempre que não precise afetar sua função orçamentária) e, portanto, à margem do direito.⁸² Todavia, o direito poderia ser melhor utilizado como técnica de planejamento se fosse possível potencializar sua capacidade de reação, sua flexibilidade, assim como sua adequação ao controle de interdependências mais acentuadas. Já por seu tipo de programação — a programação condicional — o direito positivo aponta para a possibilidade de centralização da decisão sobre as premissas decisórias. As possibilidades inquestionáveis do processo da decisão judicial reagir, mesmo assim, a uma mudança dos fatos ou dos valores sociais pode assumir um significado mais compensador — tendo lugar, por exemplo, quando os desejos de mudança (ou também as rejeições de mudanças) não sejam politizáveis pelos critérios da própria política.

Talvez sejam mais importantes ainda as *condições e as formas de controlabilidade dos conflitos políticos*. O entendimento antigo de que para tanto seria necessário um consenso valorativo básico assemelha-se ainda à noção do direito natural. Ela aponta apenas para uma das soluções possíveis. Além dela existem outras, principalmente as do “pluralismo”. Em princípio, elas se baseiam na possibilidade de deslocamento das frentes de embate — seja entre os agrupamentos sociais ou entre estes e a política. Os conflitos sociais, como os entre associações religiosas, camadas sociais, setores econômicos, regiões, população urbana e rural, grupos étnicos, etc., não deveriam constituir por si só conflitos políticos e reforçar-se com os instrumentos da política; principalmente frente à ameaça de formação de frentes de enfrentamento

atravessando toda a sociedade, como quando contradições religiosas são reforçadas por contradições de classe social ou contradições regionais.⁸³ Isso torna-se perigoso tendo em vista a disponibilidade política dos meios de coerção, o que pode aguzar ainda mais o conflito, transformando-o em luta aberta, tornando-se definitivamente crítico na medida em que o sistema político pretende colocar o próprio direito à sua disposição. A positivação do direito, ou seja a redução do limiar da mudança nas estruturas jurídicas, pressupõe uma certa neutralização social dos mecanismos de conflito político. As frentes políticas não podem espelhar concomitantemente contradições sociais contínuas e contundentes, mas precisam ser organizadas enquanto conflito, tornando-se assim capacitadas a absorverem na política as mutações das contradições entre interesses sociais e a resolvê-las no caso de decisões programáticas.

Finalmente, se a política deseja preparar o estabelecimento do direito, através de uma seleção prévia, ela deve *poder lidar de forma oportunística com referência aos valores*. Já tínhamos visto antes (vol. 1, p. 106-109) que nas sociedades crescentemente complexas os programas e os valores têm que ser mais acentuadamente desagregados e estatuidos de forma reciprocamente variável. A valoração direta de programas decisórios compactos imobiliza esses programas, e imobiliza também os valores. Com isso parece que os valores poderiam fundamentar a ação. Na medida porém que os programas são estabelecidos através de decisões, torna-se nítida a necessidade de preterir-se constantemente valores que em outras circunstâncias decisórias devem ser respeitados e até promovidos. Isso acaba por forçar a separação desses dois planos da identificação de complexões de expectativas, levando à renúncia a concepções de “sistemas valorativos” ou de “hierarquias de valores” de cunho programático. Os valores podem ser abstraídos como referências para avaliações, mas não podem ser estabelecidos como permanentes, no sentido de uma rígida escala hierárquica. Tem que ser possível dar-se a preferência à cultura da higiene em um momento, e à higiene da cultura em um outro — dependendo do grau em que os valores são satisfeitos ou afetados, dependendo da situação e das consequências esperadas, dependendo também da oportunidade política. A variabilidade dos programas, ou seja a positivação do direito, facilita concomitantemente

o tratamento oportunístico dos valores: no lugar de decisões que estabelecem primados absolutos, surgem decisões fixando prioridades momentâneas. Não se questiona a validade dos valores preteridos; eles podem aguardar e desenvolver-se até que necessidades represadas tornem a sua imposição urgente.

Enquanto sistemas parciais, esses sistemas políticos no sentido estrito têm que apresentar estruturas e condições de atuação que possibilitem uma relação oportunística com os valores.⁸⁴ Em sistemas de partido único isso pode ocorrer por meio da ideologia “dialética” que possibilita a inversão de valores; nos sistemas pluripartidários esse papel pode ser assumido pela formalização de objetivos, principalmente no sentido de que a vitória eleitoral na competição política torna-se o objetivo máximo, ao qual todos os outros valores se submetem.⁸⁵ As condições, cautelas e compensações particulares que permitem que isso ocorra são muito diferentes em cada um dos dois casos. Em ambos, porém, o sistema político precisa de um estilo amoral de liderança, para poder estabelecer o direito — e isso menos no sentido da “razão de Estado” para a manutenção e expansão de acervos, mas mais para a redução da complexidade exacerbada. Em ambos os casos, por causa dessa grande complexidade e das formas de condução dos processos por ela determinados não pode existir uma responsabilidade pelos motivos da ação, mas apenas responsabilidade por suas conseqüências. E isso significa que em qualquer um dos casos têm que ser institucionalizadas a possibilidade do câmbio no poder e da assimilação apreensiva na política. A previsão institucionalizada do câmbio no poder aumenta os riscos da decisão dos detentores do poder. Mas isso só faz sentido, na medida em que melhoram as possibilidades de informação e comunicação, ou seja na medida em que sejam criadas possibilidades de apreender-se.

Essas condições operacionais não podem ser socialmente estabelecidas em termos universais, nem proclamadas como constituindo a moral em si. Elas se referem a sistemas mais restritos e se concretizam em um sistema parcial diferenciado no âmbito da política partidária. Em conseqüência surge o problema da política acabar por resolver apenas os problemas políticos — por exemplo ao estabelecer uma lei sobre o trabalho de domésticas apenas para comprovar o ativismo assistencial, com o que essa lei poderia configurar-se como im-

praticável ou até mesmo sem efeitos práticos pela ausência de um objeto.⁸⁶ No contexto das nossas considerações gerais sobre as possibilidades da variação estrutural torna-se também compreensível que a política pode tender a criar suas próprias crises para viabilizar mudanças estruturais. Em mudanças legislativas impopulares, por exemplo ao privilegiar-se determinados interesses, não é raro poder observar-se a operação política com crises fictícias. A autonomia relativa dos processos políticos e sua orientação a partir de problemas autogerados teriam que ser compensadas por estruturas de comunicação mais eficientes e mais densas, o que é limitado em vista da grande complexidade das situações políticas não permitir que se pressuponha entendimentos prévios suficientes e, de resto, do fato de que todos têm alguma outra coisa para fazer.

Isso significa que a desestabilização de estruturas, a redução do limiar da mudança, precisa ser adequadamente proporcional à capacidade de seleção do sistema. A isso pertence uma conceptualização suficientemente abstrata, capaz de apreender, rica em variações e referida aos problemas, que articule um interesse evolutivo — e não apenas o *status quo* concreto — e ainda um poder suficiente, ou seja a capacidade para passar adiante suas decisões. Uma vez abertas, as comportas devem inundar um sistema de canais. Na falta dessa rede o que ocorre é uma inundação com requerimentos, petições, projetos, concepções contrárias e pressões, que não podem ser aparadas por uma capacidade adequada de seleção. O sistema político é acuado em um papel defensivo, apenas retardador, de resistência e de reação, passando a ser pressionado pelo tempo e perdendo o controle sobre a colocação dos problemas. As inconstantes tentativas atuais de chegar-se a uma reforma jurídica do sistema universitário ilustram essa situação, que pode redundar na situação onde nada mais é possível por tudo ser possível.

Todas essas considerações foram desenvolvidas sob o ângulo dos problemas em conseqüência da grande variabilidade estrutural. Elas demonstram que a positivação do direito coloca problemas que não podem ser resolvidos apenas pelo recurso exegético ao sentido de normas superiores ou pela acusação dos atores como os culpados por eles. Elas mostram que as condições sistêmicas sob as quais o direito pode ser criado são diferentes daquelas sob as quais ele é

aplicado. Essa discrepância se refere não só a circunstâncias comportamentais de cada situação em “órgãos do Estado” coadjuvantes em um processo de divisão do trabalho, como preconizado pela teoria clássica da divisão dos poderes, mas se refere também ao grau da complexidade a ser superada, aos critérios da racionalidade e das possibilidades do seu controle, à relevância das informações, à propriedade dos modos de procedimento e à distribuição dos componentes normativos e cognitivos das expectativas. Isso não exclui que ao elaborar-se e ao aplicar-se o direito se tenha em mente os mesmos conteúdos de sentido, mas aponta exatamente para a função da identidade dos sentidos normativos, em termos da mediatização entre diferentes horizontes da seletividade e da transição do processo da decisão jurídica, mediatizando um horizonte mais estrito a partir de perspectivas mais amplas. Na teoria da organização esse aspecto processual de uma tal mediatização foi também denominado “absorção de incertezas”, que consiste em que um setor elabore conclusões a partir de informações e então transmita essas conclusões — e não as informações.⁸⁷ Isso nos leva de volta ao entendimento ao qual já chegáramos, de que a variabilidade estrutural exige o fortalecimento da seletividade nos sistemas sociais.

6 — Riscos e problemas em consequência da positividade

Os problemas em consequência da alta complexidade e da programação variável apresentam-se não só nas esferas do comportamento político, que antecedem o estabelecimento do direito e servem para a seleção prévia do direito possível. Como já foi repetidamente acentuado, a positividade do direito leva a uma reformulação geral do direito no sentido da maior complexidade, apesar da continuidade de certas normas, instituições e construções conceituais. Com isso ela altera não apenas as premissas e os problemas das decisões no sistema político e em seus processos juridicamente regulamentados, mas modifica também a estrutura normativa do sistema social da própria sociedade. Apesar de toda dependência com respeito à decisão política, o direito permanece sendo uma estrutura da sociedade global. Em todos sistemas

parciais da sociedade, até mesmo em qualquer ação individual encontra-se uma referência direta ou indireta a expectativas comportamentais congruentemente generalizadas. Um sistema político que não considerasse essa relevância social do direito seria simplesmente incapaz de gerar direito.

Considerando-se a inserção do direito no sistema social abrangente, passa-se a ver as normas jurídicas não mais apenas como decisões programáticas para determinados papéis, mas sim no seu sentido original, como estruturas de expectativas de todos os participantes na interação social. Com isso evidenciam-se muito mais importantes condições e problemas em consequência da reestruturação do direito no sentido da positividade. Apresentaremos a seguir, com a brevidade indicada, alguns dos seus principais aspectos.

Em primeiro lugar temos a *imensa elevação dos riscos*, ligada à positividade do direito e também a inúmeras instituições jurídicas (por exemplo a liberdade contratual, a concessão da personalidade jurídica a organizações econômicas, as concessões profissionais). Esses riscos tornaram-se claros já no início dos tempos modernos através da espetacular formação da dominação política “soberana” e “absoluta”. Por isso eles foram referidos ao poder político e ao fato dele dispor sobre o direito, sendo então descritos como perigo do abuso ou do arbítrio — representando uma compreensão do problema que ainda pressupõe o direito natural (confessadamente ou não) e se realiza por meio de uma prática da decisão jurídica bem institucionalizada. O diagnóstico e seu receituário são resumidos no conceito do *Estado de direito*,⁸⁸ que se impõe no século XIX como princípio político e jurídico. O Estado de direito é a concepção de que o sistema político da sociedade determina sua natureza enquanto “Estado” através de uma constituição jurídica sendo, no seu cerne, um ente jurídico. Dessa forma postula-se a vitória do direito sobre o poder político — e o problema é “resolvido” pela simples inversão da relação realmente existente entre a política e o direito.⁸⁹

A partir dessa orientação conceitual, o Estado de direito desenvolve-se no sentido do Estado protetor do direito. Algumas disposições dogmáticas antecedem-se a isso: pressupõem-se direitos subjetivos congênitos (que não seriam constituídos política ou socialmente).⁹⁰ como direitos de liberdade que imporiam limites à prática jurídica do Estado.

e os direitos subjetivos fundamentados apenas no direito são protegidos contra a desapropriação e com isso excluídos da disponibilidade político-administrativa e, finalmente, até mesmo da legislativa, através do recurso ao artifício jurídico do seu valor monetário, que remonta a Grotius.⁹¹ A isso acrescentam-se medidas organizatórias e processuais, cujo ápice é a independência política da justiça. Tudo isso apresenta-se sob formas muito diferentes, dependendo se os temores derivam-se mais do executivo monárquico (Alemanha no século XIX), das maquinações político-partidárias (Alemanha no século XX), ou do abuso de poder do *government* burocrático (USA), que incluía a justiça (!).

Mesmo assim, os riscos e os problemas em consequência da positivação do direito ainda não estão plenamente captados: nem conceitualmente, nem institucionalmente. Como é típico para as transposições evolutivas, ainda se pensa e se pesquisa a partir de categorias antigas, das suposições conceituais usuais — o que se expressa nesse caso pelas premissas de direito natural, a partir das quais conceitos como abuso ou proteção contra atos do poder soberano adquirem seu sentido específico. Os riscos da nova estrutura positiva do direito não podem, porém, ser captados apenas no âmbito do próprio direito. Já em termos genéricos, as expectativas congruentemente generalizadas não fornecem uma segurança suficiente com respeito à conduta. Com os recentes desenvolvimentos da sociedade e do direito essas incertezas aumentam e modificam sua forma. As ameaças através de outras pessoas passam a ser juridicamente combatidas, mas também permitidas. Agora, os perigos surgem em grande parte a partir do próprio direito. Por isso as trincheiras contra o perigo não podem mais ser erigidas no terreno da oposição entre o legal e o ilegal; elas atravessam o próprio direito como regulamentação e distribuição dos riscos: leis podem ser modificadas, mas só no contexto da constituição e de determinadas dificuldades; contratos podem ser denunciados, mas só por motivos especiais; direitos subjetivos podem ser desapropriados, mas só no interesse público e através de indenizações; permitem-se ações cujos resultados já se supõem danosos, mas para isso já se prevê uma responsabilidade por risco de danos.⁹² A importância desse tipo de regulamentação cresce comparativamente. É verdade que ainda pode ocorrer que um ladrão roube minha prataria, mas qual

é a relevância disso em comparação com a falência do meu banco, a demissão do meu emprego, a mudança do código de obras do meu município, a greve nas minhas fábricas, ou até a greve em importantes serviços públicos? Em vista dessas ameaças agora juridicamente permitidas, torna-se necessário redefinir o conceito e a sensação do problema da segurança. Não se trata mais de segurança contra ações ilegais, de proteção jurídica, mas de segurança contra ações legais envolvendo, portanto, complicadas disposições contrárias no próprio direito, que exigem constantes controles e adaptações jurídico-políticas. Por isso, o direito atual não é mais capaz de garantir aquela certeza moral das expectativas que resulta do simples fato de alguém julgar-se no direito.

Um segundo problema tem a mesma raiz: se bem que em eras anteriores já se apresentassem indícios disso, é nos tempos atuais que o *direito tornou-se definitivamente tão complexo ao ponto do indivíduo não mais poder conhecê-lo*. Mesmo o conhecimento jurídico prático tem que concentrar-se em recortes delimitados, seja no sentido de um conhecimento utilitário normal, ou em direção a uma especialização: o juiz consulta seu "*Palandt*", o advogado de patentes seu consultor fiscal. A incapacidade de atingir-se um conhecimento pleno do direito é, naturalmente, um fato antigo,⁹³ mas mesmo em questões jurídicas que se expressam constantemente na vida cotidiana ela deixa de ser exceção, para tornar-se regra. Independentemente disso, sequer continua sendo *racional* para o indivíduo, adquirir conhecimento jurídico antecipadamente, e mantê-lo atualizado, a não ser que ele seja freqüentemente confrontado com determinados casos jurídicos nos seus papéis profissionais. O esforço despendido seria desproporcional ao resultado obtido. A falta de conhecimento em questões jurídicas não seria só inevitável, mas também aconselhável. Pode-se supor que todo o direito está anotado e pode ser de alguma forma verificado quando for necessário, sendo preciso confiar-se em algo como uma versatilidade da urbanidade, a partir da qual sente-se em que situações é necessário, excepcionalmente, informar-se sobre as possibilidades jurídicas antes de determinada ação.⁹⁴

Enquanto que os riscos antes mencionados podiam ser amplamente tratados no âmbito do próprio direito, ou pelo

menos podiam ser vistos como problemas e dessa forma minimizados, o desconhecimento necessário e racional do direito é um fato, do qual o direito, por si mesmo, quase não toma notícia. A antiga regra de que o desconhecimento do direito não justifica, ainda é tida como inquestionável. Desistir dela, realmente, traria consequências imprevisíveis. Dessa forma o problema é plenamente descarregado sobre o indivíduo, que deve sobreviver com uma confiança genérica no desconhecido e algumas informações importantes no contexto de suas condições específicas de vida. Está claro que essa solução só será sustentável na medida em que o direito seja ao mesmo tempo aliviado de suas antigas funções de regular as ansiedades, e de estabelecer as mediações entre as questões da consciência e as do respeito moral — um tema que já havíamos tratado (cap. 4, item 2), sob o aspecto da especificação funcional do direito.

Quando o homem se vê confrontado com uma alta complexidade, irreconhecivelmente flutuante, surgem tipicamente estratégias de defesa, de fragmentação, de generalização e de neutralização. No lugar da interpretação religiosa do mundo surgem, em sociedades mais ricas em alternativas, estratégias da *trivialização*.⁹⁵ O próprio direito positivo, na medida de sua expansão e sua mutabilidade, torna-se direito trivial. Uma forma que é utilizada para estatuir prêmios para a destruição de maçãs em uma certa colheita de superprodução, não pode expressar ao mesmo tempo algo santificado. Algo visivelmente construído, na medida em que não convença enquanto obra de arte, não se fundamenta por si mesmo, mas através do processo de sua construção.⁹⁶ Isso não significa, naturalmente, que qualquer sentido colocado na forma jurídica torne-se trivial quanto ao seu conteúdo — o que não pode ser afirmado para a proibição do assassinato, para o casamento ou para a propriedade. Mas significa que a legalidade desse sentido torna-se trivial e que seu peso valorativo entre outros sentidos resulta de outras referências funcionais.

Trivialidade significa: grande indiferença com respeito a diversidades. Para todos os indivíduos, quase todas as prescrições não possuem qualquer significado com o qual eles possam identificar-se. Por isso, o indivíduo não pode sentir o direito como um assunto seu, reconhecendo-se tão-só em suas próprias projeções normativas, suas pretensões e seus

interesses, que apenas eventualmente coincidem num maior ou menor grau com o direito. Isso possibilita uma troca quase não percebida das normas na medida dos interesses de eventuais minorias,⁹⁷ sem que significados essenciais tenham que ser extirpados das cabeças e dos corações. Os limites da possibilidade de alterar-se o direito localizam-se, socialmente, na esfera íntima, na qual todos estão igualmente interessados. Politicamente, esses limites situam-se no equilíbrio entre as grandes organizações, que representam setores essenciais da sociedade. De qualquer forma, eles não mais se situam na própria legalidade do direito.

Essas transformações das atitudes possíveis e típicas com respeito ao direito tornam a maior complexidade do direito sustentável pelo sistema psíquico individual; elas resolvem problemas em consequência da adaptação individual à positividade do direito. Outras transformações podem ser observadas nos sistemas sociais que constituem a sociedade, e isso na medida em que eles, enquanto sistemas parciais da sociedade, generalizam suas expectativas.

Uma consequência muito discutida, e que corre em paralelo a essas transformações, é o crescimento do direito “não estatal”. Principalmente nas áreas da economia, do trabalho, das profissões, é possível observar-se o alastramento de combinações de negócios, acordos reguladores, estatutos empresariais, etc., que preenchem uma necessidade de regulamentação, com a qual o legislador não se preocupa, a não ser excepcionalmente ao surgirem inconveniências. A especificidade desse direito secundariamente criado dificilmente pode ser captada juridicamente. Ela não reside no modo de sua fundamentação. Esse direito pode, mesmo que indiretamente, apoiar-se em leis, por exemplo na liberdade contratual ou na propriedade. Sua especificidade também não reside em que sua vigência se limite a determinadas situações, certos papéis ou sistemas sociais especiais. Isso se aplica amplamente também para o direito legislado. A especificidade sociológica, assim como as condições sociais desse direito secundário esclarecem-se quando se indaga sobre os sistemas que institucionalizam esse direito e sobre o modo de sua institucionalização: ou seja, não quando se indaga sobre os objetos aos quais ele se refere, mas sim sobre os sujeitos que o sustentam.

Não se trata de um direito que se forma no plano do sistema social e que possa ser reivindicado por qualquer terceiro que não tenha sido parte em sua constituição. Não se espera, por exemplo, que um estranho internalize, como expectativa normativa, a proibição de fumar em uma empresa (a não ser que se trate da consequência de uma imposição por razões de segurança). Muito pelo contrário, a generalização congruente, ou seja o que dá a tais expectativas o caráter de direito, é imposta apenas a sistemas parciais da sociedade. Por isso, apenas os membros desses sistemas parciais estão vinculados, enquanto atores e espectadores, à normatividade dessas expectativas; os demais relacionam-se com o sistema de forma apenas cognitiva, adaptando-se à sua normatização em termos de aprendizado.

O direito não social surge nos sistemas parciais de todas as sociedades diferenciadas.⁹⁸ Deve-se no entanto supor que o modo pelo qual esse direito se forma não seja independente da estrutura social e do estágio de desenvolvimento da sociedade. Realmente, também o direito secundário formado na sociedade industrial moderna só muito longinquamente pode ser comparado com o “direito domiciliar” das antigas culturas ou com o “direito corporativo” da Idade Média. Ele fundamenta-se em um mecanismo específico que só pode ser desenvolvido em sociedades altamente complexas e móveis: em *organizações formais*.

As condições prévias, no plano social global, para essa formação de direito assim como o efeito de desafogamento que essa continuidade da formação do direito pode provocar no plano dos sistemas parciais, só se tornam compreensíveis na medida em que se entenda esse mecanismo da organização formal.⁹⁹ Ele fundamenta-se essencialmente na mobilidade, ou mais precisamente na mobilidade com respeito às decisões de ingresso e saída, e nisso reside seu cunho especificamente moderno. O direito criado através da organização possui sua forma característica de condicionalidade. Seu reconhecimento é formulado como condição para decisões sobre o ingresso e a saída, como condição para a ocupação de um papel como membro do sistema. Quem ingressa tem que submeter-se genericamente às expectativas vigentes no sistema, juntamente com as condições institucionalizadas para a modificação dessas expectativas. Aquele que se rebela por princípio (ou seja, não peca apenas eventualmente), tem

que sair. Com isso, esse sistema jurídico parcial também é sustentado pelo consenso presumível, que se expressa através da permanência de seus membros. Dessa forma, também o direito dos sistemas parciais da sociedade pode ser positivado, sem passar pela política; é apenas necessário que as condições de ingresso (e permanência) incluam também o reconhecimento das modificações dessas mesmas condições.

O maior rendimento já alcançado no plano social através da positividade é mais uma vez potencializado por esse mecanismo da organização. Nesse caso também deixa de existir a condição do controle político em termos sociais globais. Através da organização, torna-se possível a generalização congruente de expectativas altamente artificiais. A antiga premissa do caráter óbvio, auto-evidente do direito é quase que invertido ao seu oposto. Dessa forma, o não evidente torna-se expectável praticamente sempre que necessário. Só assim a necessidade do direito, a necessidade da generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, pode ser satisfeita na medida em que seja imprescindível para a manutenção de um sistema de ação funcionalmente diferenciado e altamente interdependente.

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. O mesmo é válido para os inumeráveis detalhes regulamentados nos formulários comerciais aceitos genericamente, em bloco. Isso se apresenta menos nitidamente quando existem expedientes que não interferiram nas vantagens imprescindíveis dessa forma organizacional ou contratual de formação do direito. Para o jurista, parece ser apropriado reformular aqueles institutos do direito que legitimam estatalmente esse direito organizacionalmente criado: substituindo a concepção individualista da propriedade e do contrato por uma orientação social. Tais sugestões, porém, podem resvalar para uma indesejável complicação do direito e dos seus processos de implementação. Tampouco pode-se esperar muito da supervisão estatal, pois o próprio Estado, nos seus procedimentos, utiliza-se dessa mesma técnica da formação organizacional e estatutária do direito, sem sentir-se relevantemente inibido por necessida-

des de legitimação democrática. Parece ser muito mais eficiente observar as condições sociais que permitem a formação desse tipo de direito, e nelas buscar o encaminhamento de soluções.

A formação organizacional do direito baseia-se e justifica-se através da mobilidade. Sendo assim, essa mobilidade tem que ser criada não só em termos formais, mas também realmente — por exemplo, no setor do trabalho profissional, através do ordenamento do mercado de trabalho, da política de pleno emprego, da disponibilidade de formas versáteis de treinamento, etc.¹⁰⁰ Mesmo quando a sociedade dispõe de uma legislação centralizada, ela não pode encarregar-se dos sistemas jurídicos parciais criados nas organizações, pois isso significaria retroceder nas vantagens dessa delegação da formação do direito. Sua responsabilidade tem que ser generalizada, e isso significa: referir-se não às normas específicas criadas nas organizações, mas sim à mobilidade interna na sociedade, que permite essa formação de normas e ao mesmo tempo dentro de limites aceitáveis.

Essas considerações nos ensinam novamente que com a positivação do direito — nesse caso em um plano abaixo da sociedade global — atinge-se um novo patamar da complexidade social, para o qual os modelos explicativos antigos, por exemplo a dogmática jurídica convencional, tornam-se inadequados. Os problemas adquiriram uma outra dimensão. A inevitabilidade e os riscos da formação organizacional do direito rompem os parâmetros das possibilidades de solução através de limites à disponibilidade sobre a propriedade, às obrigações ou rescisões contratuais, etc. A maior complexidade da sociedade e do seu direito, a disponibilidade de muitas outras possibilidades, têm que constituir a base para a institucionalização e novas formas de encaminhamento de problemas, que sejam ao mesmo tempo ainda mais generalizantes. Em termos de política do direito, essas condições apontam para seguranças mais dinâmicas que estáticas, menos para a proteção de um núcleo básico do direito adquirido, menos para a manutenção do *status quo*, e mais para um acesso suficientemente descentralizado a outras possibilidades. A relevância das flutuações no mercado de trabalho para com o “moral” empresarial, isto é, para a coercibilidade das projeções normativas da direção empresarial,

demonstra quase que através de um experimento natural, que essa não é uma recomendação utópica.

7 — Legitimidade

Com a crescente transformação do direito no sentido da constituição de uma estrutura de expectativas contingencial e dependente de decisões, o problema do efeito vinculativo do direito também teria que ser recolocado. O desenvolvimento das reflexões sobre esse tema processou-se através da concepção da “legitimidade” — sem, no entanto, conseguir fornecer um esclarecimento suficiente dos mecanismos específicos que dotam uma decisão de força vinculativa. O conceito de legitimidade possui raízes medievais e era inicialmente um conceito jurídico. Ele referia-se à dominação inata e servia para a defesa contra a usurpação e a tirania ilegais. Esvaziou-se no século XIX com a dissolução do direito natural, e em especial na questão crítica da legitimação da *nova* dominação e da construção jurídica da transição ilegítima do poder. Tornou-se evidente a impossibilidade do solucionamento jurídico desse problema.¹⁰¹ Isso levou à reconstrução do conceito em bases puramente fatuais — inicialmente como analogia à expressão puramente fatual da dominação política, e atualmente no sentido da definição predominante de legitimação como o amplo convencimento fatural da validade do direito ou dos princípios e valores nos quais as decisões vinculativas se baseiam.¹⁰²

Nossa análise do processo da institucionalização, no entanto, demonstrou que um tal convencimento no plano fatural-consciente não tem condições de disseminar-se consideravelmente. Sendo assim, o conceito de legitimidade tem que ser novamente redefinido. A característica definitiva do “convencimento” esconde, através da afirmação de um fato empiricamente constatável, interdependências estruturais muito intrincadas, e nesse contexto estão principalmente aquelas que podem expressar mudanças em consequência da positivação do direito. Não é de estranhar que a partir dessa conceituação a questão da legitimidade não possa apontar para respostas satisfatórias.¹⁰³ Temos então que diluir essa característica definitiva do convencimento, e para tanto recorrer

remos às nossas considerações iniciais sobre os problemas e os processos elementares da construção do direito.

O problema da formação social de expectativas, assim como também sua solução, baseia-se na necessidade e na possibilidade de esperar-se expectativas contingentes dos outros. Esse esperar expectativas abrange não apenas aqueles com os quais se mantenha uma interação em cada situação, mas refere-se também a terceiros que não participam nem convivem na situação do momento. Através do mecanismo da institucionalização formam-se expectativas referentes às expectativas de terceiros, independentemente dessas expectativas se confirmarem ou não. Os que participam da situação supõem (e esperam reciprocamente essa suposição) o que terceiros deles esperariam. Essa expectabilidade das expectativas de terceiros torna-se problemática quando os terceiros são simbolizados através de porta-vozes representativos que possam determinar, formular ou até mesmo modificar tais expectativas. Com isso, aquilo que antes era apenas uma realidade simbólica torna-se palpável em atos da comunicação, que assumem a pretensão de gerar um efeito vinculativo como o das instituições. A partir daí se coloca também a questão da legitimidade de tais atos comunicativos que decidem vinculativamente. Não se pode reduzir essa questão à sua forma aparentemente mais imediata: se a decisão corresponde à opinião real do terceiro. Ela precisa expressar-se em uma transformação institucional do mecanismo de institucionalização.

As instituições simples podem consistir em cadeias contínuas de expectativas normativas: os participantes diretos esperam normativamente e resolutamente quais expectativas normativas seriam a eles dirigidas a partir de terceiros. Deles deve-se esperar o que eles esperarão e como deverão se comportar. Em uma tal estrutura normativa contínua, todos os expectantes se relacionam da mesma maneira com a norma; o senhor, e até mesmo o deus, tem a mesma posição frente ao direito que o súdito, e aquele que se afasta desse contexto de expectativas passa a ter expectativas erradas e comportar-se condenavelmente. Essa solução simples é desestabilizada através da introdução da contingência e da possibilidade de alteração no direito. Quando a representação de terceiros é centralizada e dotada de possibilidades de estabelecer decisões vinculativas, os demais — sejam eles participantes na

situação ou apenas terceiros — passam a ter que aprender. Eles têm que aprender a ajustar-se ao que tiver sido decidido, comunicado, modificado. A introdução de possibilidades de mudança exige a introdução de possibilidades de aprendizado no direito, e isso significa: a introdução de estruturas de expectativas cognitivas ou, em termos mais precisos, de estruturas de expectativas cognitivamente normatizadas, em uma complexão de expectativas que, em princípio, é normativa.

Quando o direito é positivado, não só os que decidem têm que aprender a aprender. Muito mais o precisam os atingidos por essas decisões. Já nos ocupamos do aprendizado daqueles que decidem nos itens 4 e 5 desse capítulo: lá ficou demonstrado ser necessária a institucionalização paralela, no processo decisório, de atitudes disparatadas com respeito ao direito. Para os atingidos, ou para os demais terceiros, resulta daí uma situação de aprendizado complementar totalmente diferente, na qual a decisão é legitimada através da expectativa da aceitação. A legitimidade da legalidade é a integração desses dois processos de aprendizado. Ela torna-se instituição, na medida em que possa ser suposto o aprendizado nesse duplo sentido: que processos diferenciados de aprendizado regulem a decisão e a aceitação de decisões sobre expectativas normativas. A legitimidade da legalidade, portanto, não caracteriza o reconhecimento do caráter verdadeiro de pretensões vigentes, mas sim processos coordenados de aprendizado, no sentido de que os afetados pela decisão aprendem a esperar conforme as decisões normativamente vinculativas, porque aqueles que decidem, por seu lado, também podem aprender.

Essa concepção do problema esclarece algumas questões. Principalmente a de que democracia e legitimação são fenômenos reciprocamente referenciados. Ambos os conceitos descrevem a introdução de necessidades de aprendizado na esfera das expectativas normativas. Ambas se baseiam em uma desestabilização fundamental e em uma elevação dos riscos do direito através da introdução de atitudes cognitivas. Por isso, o entendimento convencional de democracia e legitimação possui uma tintura de questionabilidade, de fragilidade e de sucedâneo de argumentação. Mesmo assim, a política democraticamente assimiladora não representa uma legitimação suficiente para as decisões, como se a democracia fosse um

valor em si mesma ou um princípio que pudesse justificar qualquer decisão. A situação da assimilação na política é muito diferente da situação de assimilação dos atingidos: a primeira caracteriza-se por ser extremamente complexa, aberta e relativamente isenta de frustrações; já os atingidos têm que ajustar-se a uma dada decisão, estejam com ela satisfeitos ou frustrados. O processo democrático da política tem, portanto, que incluir mecanismos que possibilitem supor que os atingidos pelas decisões as assimilem, ou seja, que eles incorporem as decisões como premissas do seu comportamento subsequente. A legitimidade institucional não reside em uma derivação valorativa nem na disseminação fatual do consenso consciente, mas sim na *possibilidade de supor-se a aceitação*. Formulando de forma mais precisa e com referência direta à intrincada problemática em questão, pode-se afirmar que legítimas são as decisões nas quais pode-se supor que qualquer terceiro espere normativamente que os atingidos se ajustem cognitivamente às expectativas normativas transmitidas por aqueles que decidem.

Se quisermos saber melhor como essa situação pode ser alcançada, temos que diferenciar entre a aceitação individual e a suposição da aceitação. A aceitação individual só pode ser explicada como um processo psicológico concreto, e não pode tornar-se base de expectativas institucionalizadas exatamente em uma sociedade altamente diferenciada. Isso é válido principalmente para situações onde o indivíduo tem que superar frustrações, que o tornam reconhecidamente imprevisível, e todas decisões discutíveis geram cerca de 50% de frustrados, tipicamente pouco propensos a assimilá-las. Como é possível então supor-se, contra a probabilidade, que os afetados pelas decisões mesmo assim as assimilem?

Os dispositivos que realizam isso podem ser referidos a dois mecanismos complementares: à eficácia simbólica generalizante da força física e à participação em processos.

Ao contrário do entendimento comum, não se pode opor a força física ao consenso, ou a força física à legitimidade, e entendê-los como reciprocamente excludentes. Já ao nível empírico é impossível separá-los. Já vimos anteriormente (vol. I, cap. II, item 7) que a força física é intrínseca ao direito como um elemento da exposição do direito e da consolidação da confiança no direito. Isso também é válido para o direito positivo, se bem de uma forma diferente. Aqui a for-

ça física cede sua função de representação ao processo declatório, que simboliza o direito vigente enquanto processo; mas ela permanece enquanto fator de legitimação (se bem que necessitando complementações).¹⁰⁴ A força física, além da interdependência estrutural já antes discutida (vol. I, p. 127 s.), apresenta uma outra vantagem: a de uma forte certeza e ampla previsibilidade do sucesso. Seu "limite de sobrecarga" é elevado e previsível, significando que mesmo sem conhecer-se mais precisamente as decisões a serem impostas, as situações e as estruturas motivacionais dos afetados, pode-se supor que eles se submetam à força física nitidamente superior, sem tentarem uma luta desesperada. É de uma tal suposição tão amplamente generalizável assim que se trata aqui. Não é mais possível esperar-se, nem mesmo supor-se plausivelmente que terceiros tenham maiores informações sobre as decisões e as situações de sua implementação. Por isso é necessário apoiar as expectativas com respeito às expectativas de terceiros na suposição genérica de que os que forem afetados por decisões se submetam à força física — em outras palavras: na expectativa de que todos esperam que ninguém se rebele.

Essa expectativa genérica que normalmente garante o fluir desobstruído das decisões baseia-se, porém, não só na disponibilidade da superioridade em termos de força física. A utilização exclusiva desse mecanismo levaria a um regime de terror extremamente instável, que permaneceria instável por não poder excluir eficientemente a possibilidade da suposição de um interesse comum contra o terror.¹⁰⁵ Por isso, são normalmente introduzidos dispositivos que evitam a consolidação de um interesse expectável de terceiros contra as decisões vinculativas. Nisso reside uma função essencial dos processos juridicamente regulamentados, principalmente o da eleição política, o do processo legislativo e o do processo judiciário.¹⁰⁶

Os processos são, como já visto anteriormente (vol. I, p. 177 s.), sistemas sociais especiais, que são constituídos de forma imediata e provisória para elaborar decisões vinculativas. Para exercerem essa função, eles são mais ou menos diferenciados do contexto geral dos papéis sociais. Sua função legitimadora fundamenta-se nessa separação em termos de papéis sociais. Nos processos, os participantes são dotados de papéis especiais enquanto eleitores, representantes do povo, acusa-

dores, acusados, requerentes, testemunha, etc., dentro dos quais eles devem poder comportar-se livremente, mas apenas segundo as regras do sistema processual — e não enquanto marido, sociólogo, sindicalista, etc. Com isso, seu comportamento é destacado do contexto natural de sua vida cotidiana. Seus outros papéis são neutralizados por seus papéis processuais, e só podem ser introduzidos no processo quando legitimados enquanto tema ou objeto processual. Sua contribuição comunicativa para o estabelecimento da decisão é estilizada como um comportamento livremente escolhido, ou seja, é atribuído em termos pessoais. Ao mesmo tempo ele está submetido às regras e às necessidades do sistema processual, isto é, pressionado à redução da complexidade através da eliminação de possibilidades que não podem ser absorvidas na decisão. Ao longo do processo, os participantes são levados a especificar suas posições com respeito aos resultados em cada caso ainda em aberto, de tal forma que ao final seu objetivo não possa mais parecer com o objetivo de qualquer outro terceiro. Ele se destaca como uma opinião ou um interesse referentes às expectativas de todos — e nunca como a verdade ou a moral comum auto-evidente. Depois de sua autorepresentação no processo, os participantes se reencontram enquanto indivíduos que articulam suas opiniões e seus interesses, que delimitam suas próprias posições de forma voluntária, tendo assim poucas chances de mobilizar em causa própria as expectativas e a ação de terceiros. A partir daí pode-se decidir sobre eles, com a pretensão de que a decisão represente a expectativa a eles dirigida por parte de terceiros. Os processos têm, assim, por objetivo especificar os temas conflitantes, *antes do desencadeamento da força física*, no sentido de isolar e despolitizar o relutante enquanto indivíduo. Juntamente com a força física, eles representam uma combinação de mecanismos generalizantes e especificantes que sustenta a legitimação da decisão jurídica.

Essa característica comum da legitimação através do processo realiza-se em um conjunto de processos muito diferentes entre si, que se condicionam reciprocamente e se diferenciam conforme a complexidade a ser reduzida e conforme o engajamento por eles provocado. O processo da eleição política gera a suposição do apoio político a decisões vinculativas. A neutralização de papéis é aqui provocada por um formalismo que só permite um sim ou um não a poucas alter-

nativas, impedindo assim um desdobramento racional de interesses. O autocomprometimento reside em que daí resulta um apoio formal para planos apresentados. Sua transformação na forma de programas vinculativos tem lugar no processo legislativo, no qual busca-se o consenso político suficiente para cada programa. Esse processo integra o juridicamente possível com o politicamente possível; o que é adaptável a uma dada ordem jurídica com o que pode ser resguardado pelas possibilidades de mobilização do apoio político. A neutralização dos papéis é aqui efetuada pela obrigação de expor-se publicamente o interesse público, e ainda pela centralização do processo, que só aceita como participante aquele que se entenda como ator político. No processo judicial, finalmente, o processo decisório é concretizado de caso a caso, e a absorção dos protestos é concluída. Aqui, a complexidade já fortemente reduzida por programas decisórios permite um desdobramento detalhado de opiniões e interesses, sem que isso provoque maiores consequências políticas: tratam-se sempre de apenas dois partidos, de fatos e de questões jurídicas específicas. Apenas eventualmente, a insatisfação com decisões judiciais pode ser novamente generalizada e retornada à legislação através do caminho político do mecanismo eleitoral. Em todas essas esferas é muito variável o âmbito do realizado e o do realizável no contexto dessa idéia do processo — basta pensar no problema da apatia do eleitorado ou no processo civil atual — e isso tem que ser compatibilizado com o grau de necessidade de legitimação dos diversos tipos de decisões.

Na ação conjunta dessas diferentes constelações de generalidade e especificação, regulamentação sistêmica e liberdade, complexidade e redução, neutralização de papéis e auto-enredamento, surge a impressão *generalizada* de que os frustrados por decisões vinculativas não podem recorrer ao consenso institucionalizado, mas têm que assimilá-las. A retórica do processo, à qual o participante se submete através da própria participação, reforça essa impressão, tornando-a uma norma. Dessa forma, *sugere-se a todos que esperem irrefutavelmente que terceiros esperem normativamente que todos os atingidos se orientem cognitivamente, isto é, dispostos a assimilar o que for normatizado por decisões vinculativas*. Essa é a estrutura da legitimidade do direito: um misto cognitivo/normativo de expectativas sobre expectativas normativas de

expectativas cognitivas sobre expectativas normativas. Apenas na medida em que a estrutura das expectativas se dobre dessa forma torna-se possível perceber quão condicional é a sua construção, como ela pode ser tão ameaçada por perturbações, conflitos, dissensão aberta, ou desconfiança articulável e, ao mesmo tempo, quão estável ela é, pois as perturbações não costumam manifestar-se em todos os planos da formação de expectativas.

Nessas considerações observamos que o conceito de legitimidade tem que ser definido no plano do sistema social — aqui: a sociedade — e que categorias puramente psíquicas, como a da internalização de normas ou valores, não são suficientes para captá-lo. Isso não nega a ocorrência fática, nem a relevância de determinados mecanismos psíquicos para o sistema social, mas afirma que, em sociedades fortemente diferenciadas e com um direito positivo, a legitimidade do direito não pode ser dependente de que entrem em função determinadas estruturas motivacionais psíquicas. No caso de sociedades mais antigas podemos supor um grau menor de diferenciação entre estruturas sociais e psíquicas. Elas podiam apoiar o acervo normativo do seu direito, ou pelo menos suas bases invariantes, em estruturas psíquicas relativamente concretas, embora em geral ambivalentes — como o mecanismo abaixo discutido (item 9) da consideração difusa de papéis ou, mais tarde, na internalização da coação. A sociedade moderna, ao contrário, individualizou tão fortemente as estruturas de personalidade e expôs as premissas normativas das decisões do direito a variações tão fortes, que tornou-se necessária a instauração de uma separação mais acentuada e de uma indiferença recíproca entre as estruturas psíquicas e as sociais.¹⁰⁷ Com isso as referências recíprocas se tornam mais complicadas e exigem em *ambos* os lados *mais* possibilidades de evasão e de compensação. Não se questiona que o aprender e o reaprender expectativas normativas sejam cada vez mais exigidos, e tenham que ser realizados psiquicamente — “separação” não significa aqui a dissolução de qualquer entrelaçamento, mas apenas indiferença com respeito à escolha da estratégia de adaptação no outro lado do processo. Mas a forma e o modo pelo qual o indivíduo absorve decisões vinculativas que o frustrem, assimilando-as enquanto premissas do seu comportamento, não são mais preconfigurados em termos sociais globais, mas sim colocados ao dispor de sua elasticida-

de psíquica e de seu grupo mais íntimo o qual, em situações precárias, pode facilitar a transição a novas estruturas normativas. A trivialização do direito, acima discutida enquanto consequência da sua positivação, pode ser útil nesse contexto. Estereótipos negativos, mas que influenciam a ação, como os “do político”, “do fisco”, “da justiça” são outras soluções para o mesmo problema.

Essas considerações evidenciam fortes discrepâncias com respeito à discussão clássica da legitimação, e que parecem tornar questionável a continuidade do uso desse conceito. Num primeiro sentido, isso reside no abandono da referência do conceito a normas ou valores últimos ou à disseminação fática do convencimento na vigência de um cerne de normas ou valores, funcionalizando o conceito de tal forma que a questão da crença na vigência possa ser tratada como uma variável. Em um outro sentido essas discrepâncias consistem em que nessa concepção funcional, o conceito de legitimidade não mais caracteriza uma justificação externa antecipada, nem uma limitação da variabilidade do sistema político, mas sim um resultado desse próprio sistema: tanto a monopolização da decisão sobre a utilização da força física, quanto também a realização de processos são produtos do sistema político, que providencia o decorrer fluente das decisões vinculativas e, assim, sua própria legitimidade. O sistema político se legitima a si mesmo, e por isso é criticável também com respeito a esse desempenho. A crítica, nesse caso, não possui mais a forma da indagação se o sistema político se mantém nos limites de normas predeterminadas (isto é, de normas não imputáveis à política), mas ela passa a indagar se o sistema político, na forma que ele mesmo se programou, possibilita a assimilação e a institucionalização.

Essas transformações atingem a *forma* na qual o conceito da legitimidade surgiu inicialmente e correspondia a uma certa realidade social; elas não atingem o *problema* sócio-estruturalmente condicionado no qual ele se baseia e que deve ser solucionado enquanto problema permanente de todas as sociedades funcionalmente diferenciadas — o problema do aprender ou do reaprender cognitivamente expectativas normativas. Na medida em que o direito é positivado, perde-se a possibilidade de ver esse problema como já essencialmente solucionado na forma da vigência de normas ou da crença fática na vigência de normas; a responsabilidade por sua solução

tem que ser assumida, e ela só pode ser assumida pelo sistema político. As antigas concepções do conceito de legitimidade tinham uma função de transição, que obscureciam a amplitude das consequências da positividade do direito. Uma vez que a positividade do direito tornou-se realidade reconhecida, o conceito de legitimidade também tem que ser a ela adaptado, passando a ser definido a partir de sua função. Essa é uma condição para que se possa captar de forma suficientemente abrangente (e não apenas como um problema de hierarquização interna) as funções da implementação fática do direito (8), e do controle do processo da decisão jurídica (9).

8 — Imposição do direito positivo

Uma das muitas séries de consequências que são geradas pela diferenciação e especificação do direito positivo merece um destaque especial — também porque ela não é suficientemente considerada na perspectiva da exegese normativa da ciência jurídica, sendo portanto pouco considerada também na *praxis* legislativa dominada por juristas. Com a positividade do direito aumentam as dificuldades na imposição das decisões legislativas, ao mesmo tempo que se desloca seu centro de gravitação.

Em termos gerais, deve-se diferenciar entre *cumprimento* (quota de cumprimento) e *imposição* do direito. Falaremos de cumprimento, quando e na medida em que se atua conforme às normas. Falaremos de imposição quando e na medida em que a ação divergente da norma desencadeie atividades especiais que servem à manutenção do direito ou à reconstituição das condições jurídicas. A imposição, portanto, não é cumprimento, mas sim uma ação de outro tipo que, por seu lado, também pode ou não cumprir normas. A imposição expectável é uma das variáveis mais essencialmente determinantes da quota de cumprimento. Não dispomos de uma teoria do cumprimento do direito suficientemente complexa e empiricamente fundamentada.^{107a} Nos limitaremos a seguir à discussão da esfera mais facilmente controlável das condições da imposição do direito.

Em todos os sistemas jurídicos deve-se levar em conta uma quota bastante alta de não imposição do direito formal-

mente vigente ou das concepções jurídicas verbalmente articuladas — ou, dito de outra maneira: a existência de mecanismos que filtram a imposição do direito. Para as sociedades arcaicas e também para as sociedades das culturas antigas, é possível construir-se modelos relativamente simples para captar essa questão, compreendendo-a a partir das instituições.¹⁰⁸ A sociedade moderna, com seu direito positivo, quase não pode ser comparada com essas sociedades mais antigas; a diferença essencial e notória consiste na variedade muito maior do acervo jurídico e na maior ainda variabilidade das constelações e dos mecanismos sociais dos quais a imposição do direito depende em cada caso. Cada vez menos a fixação do direito já significa a imposição do direito, e cada vez menos trata-se de uma questão de “culpa” ou de “acaso” se o direito não se impõe.

Segundo o entendimento convencional, a imposição do direito estatuído é sustentada por dois fatores que se complementam reciprocamente: pelo consenso e pela força da coerção. O consenso, no entanto, só pode ser fornecido quando se conhece o conteúdo de sentido com o qual se deve concordar. E a força coercitiva só pode ser efetivada quando aqueles que dela dispõem tomarem conhecimento de transgressões ao direito. Em ambos os aspectos, portanto, apresenta-se um problema prévio com respeito à informação. A isso esta referida uma série de problemas motivacionais dos mais diferentes tipos.¹⁰⁹ Já a dedicação de atenção para informações, além da transmissão de informações e, finalmente, a conclusão de consequências e de ações a partir de informações precisam ser motivadas. Com o crescente volume e a crescente variedade de temas e pessoas, esses problemas de informação e motivação ganham em importância e destronam, por assim dizer, os problemas clássicos da dominação política. Nesse contexto, as dificuldades informacionais na implementação de novas leis assumiram uma posição tão dominante, que todas as outras questões recuaram a um segundo plano e o sucesso na imposição da legislação tornou-se praticamente um problema de informação. Essa tese tem que ser fundamentada mais detalhadamente e relacionada aos demais problemas de motivação.

Diferentemente da terminologia disseminada na teoria e na tecnologia da informação, distinguiremos aqui nitidamente entre “dados” e “informações”. Falaremos de informação apenas quando significados sejam concretamente absorvidos

na consciência e lá desencadeiem uma surpresa e mudanças estruturais — seja por eles surgirem inesperadamente ou por especificarem expectativas até então indeterminadas.¹¹⁰ A informação é, assim, problemática por causa da limitada capacidade de atenção consciente e por causa da necessidade estrutural que só pode ser satisfeita através de generalizações arriscadamente selecionadas, ou seja, em última análise em consequência da desproporção entre as complexidades do sistema e do seu ambiente. Daí resulta em geral que a necessidade de informação aumentará com a crescente diferenciação dos sistemas e com a crescente variedade de alternativas, ou seja com a crescente contingência da ação na sociedade. Os problemas de informação na implementação do direito positivo são um caso especial dessa lei geral.

Já vimos acima (item 6) que não se pode mais supor que os atingidos tenham um conhecimento adequado do direito a cada momento vigente, e muito menos isso é possível com respeito a todos os terceiros. A prática do direito passa por cima disso ao descarregar o risco do desconhecimento sobre o indivíduo. Aqui nos interessa o caso oposto: também os papéis profissionalmente ocupados com a implementação do direito — falaremos abreviadamente de quadro coator, que compreende as instâncias administrativas ocupadas com a imposição do direito, os tribunais, a polícia — não estão suficientemente informados sobre as ocorrências fáticas pertinentes.

Também nessa versão, o problema ainda apresenta múltiplas facetas. Juntamente com *Heinrich Popitz*¹¹¹ temos, inicialmente que diferenciar entre diversos planos da não implementação de uma lei, dependendo (a) se o ato ou o autor são conhecidos, mas mesmo assim não se sanciona, (b) se apenas o ato é conhecido, ou (c) se tanto o ato quanto o autor são desconhecidos. Essa diferenciação tem em vista o direito penal e o motivo universal do autor de esconder seu ato; ela não permite um desdobramento suficiente do nosso problema, nem o desenvolvimento da problemática especificamente moderna da implementação do direito. Na implementação do novo direito estatuído em uma abundância incontável — pensemos principalmente na legislação de política social e de política econômica — entram em jogo, além do interesse *individual* daquele que diverge, diversos mecanismos *sociais*, que represam, canalizam e até bloqueiam o fluxo de

informações às instâncias oficiais. O problema, no entanto, não é só esse, de que a comunidade social não pode flagrar o culpado; na própria estrutura dos sistemas sociais estão consolidados motivos para o tratamento seletivo das próprias metas e normas em sua implementação — isto é, em parte dando valor à implementação, e em parte não.¹¹² Podemos colocar essa questão de outra forma: quais estruturas comandam o processo seletivo da assimilação de informações e que leva à imposição ou à não imposição do comportamento juridicamente previsto? Ou então: como o ato do comportamento divergente se torna informação e como tal é processado até que o conhecimento dele chegue a instâncias, ou o processo informativo chegue a fases que não permitem nenhuma outra possibilidade que a imposição de um comportamento juridicamente conforme? Essa indagação deixa em aberto que e como estruturas psíquicas e sociais, individualizadas e generalizadas, típicas e atípicas atuam em conjunto.

Podemos inicialmente pensar na frustração ou na indignação com respeito à transgressão de uma norma e que provoca o protesto verbal imediato, tornando a transgressão pública. Apesar de toda a relevância que a indignação moral contra transgressões a normas ainda possa ter atualmente,¹¹³ sua confiabilidade como veículo e transmissor de informações se reduz nitidamente nas civilizações urbanas.¹¹⁴ Principalmente no contexto do direito recém estatuído seria uma pura casualidade se alguém se indignasse moralmente contra um comportamento que transgredisse as normas e apenas por isso se desencadeassem passos para a imposição do direito. Menos ainda pode-se esperar que a indignação se sustente ao longo de um demorado processo, motivando uma constante cooperação — a não ser que ela possa apoiar-se em outras estruturas de motivação como, por exemplo, objetivos econômicos.¹¹⁵ Normalmente, não se pode contar com um autodesencadeamento moral da imposição de normas, tornando-se necessário procurar outros mecanismos de informação e imposição e prevê-los no momento da elaboração legislativa.

Dentre os abundantes aspectos possíveis, destacaremos dois, onde é possível demonstrar-se exemplarmente que e como a positivação e o crescimento correspondente da tematização do direito modificam a problemática do processo informativo da implementação do direito. Para tanto é muito apro-

priada, por um lado, a análise dos *mecanismos de recurso* e, por outro, a do *efeito seletivo do quadro coator*.

"*Pas d'intérêt, pas d'action*"; assim diz uma conhecida parêmia jurídica,¹¹⁶ referindo-se originalmente à exclusão de ações populares a partir de qualquer um. Seria também possível dizer: *pas d'action, pas d'intérêt*" — querendo dizer que só seria provado um interesse legítimo, se alguém interpusesse uma ação. Dessa forma deixa-se ao encargo do atingido pela transgressão do direito que ele se manifeste e assim desencadeie a implementação do direito. A não ocorrência da iniciativa individual vale como sintoma da falta de interesse individual. O legislador apóia-se amplamente nessa forma de processamento das transgressões às normas,¹¹⁷ abdicando nessa medida de providências próprias quanto à implementação do direito. Do ângulo da observação sociológica, no entanto, torna-se logo evidente que interpor ações é um evento improvável na vida cotidiana. Uma das tarefas da sociologia do direito consiste, então, em captar mais precisamente as condições funcionais e os efeitos seletivos dessa forma de implementação do direito, que chamaremos de *mecanismos de recurso*.¹¹⁸

Com a diferenciação de um sistema para a decisão sobre questões jurídicas vincula-se inicialmente também uma diferenciação do fluxo de informações que desencadeia a imposição do direito. O indivíduo deve atuar quase que como um comutador. A partir do seu ângulo, o sistema informador, a partir do qual ele obtém suas informações, deve ser diferenciado do sistema a ser informado, ao qual ele pode passar informações que desencadeiem a implementação do direito. Nossa investigação dirige-se, portanto, às condições a partir das quais pode ser esperado que alguém aja em ambos os sistemas de forma a uni-los, fazendo com que eles atuem como um único sistema.¹¹⁹

A primeira condição para o surgimento de um fluxo de informações deve ser buscada na compatibilidade dos papéis do intermediário em ambos os sistemas: seu papel no sistema informante deve ser compatível com seu papel no sistema a ser informado, sem que isso apresente maiores dificuldades comportamentais. Isso é difícil porque para o acionamento da persecução do direito é necessário definir um inimigo, o que o sistema de origem nem sempre suporta.¹²⁰ A compatibilidade entre os papéis pode ser atingida, principalmente, em uma

seqüência rigorosamente temporal, quando a interação no sistema informante encerrou-se ou pode ser encerrada ao assumir-se a interação no sistema a ser informado. Essa renúncia à continuidade da interação no sistema original, porém, nem sempre é realizável, pertinente, ou até mesmo desejável em termos político-jurídicos. A implementação do direito da proteção do trabalho, por exemplo, não pode apoiar-se na condição de que o trabalhador abandone o local de trabalho. Outras saídas supõem uma determinada dimensão e uma certa complexidade dos sistemas informantes. Dessa forma, a compatibilidade dos papéis, mantida a condição de membro, pode ser mais facilmente atingida se o sistema informante, por exemplo uma empresa, já for estabilizado em um nível elevado de conflitos; ou quando a continuidade da condição de membro exija pouca interação elementar cara-a-cara. Tudo isso fundamenta a suposição, com a qual nos depararemos ainda mais freqüentemente no próximo capítulo, de que o grau de organização da sociedade, à medida em que ela consista de sistemas parciais relativamente grandes, jungidos através da organização, seja um momento essencial que favoreça a implementação da política jurídica positiva.

E ainda tem mais. As dificuldades também podem residir no sistema a ser informado. Em muitos casos, por exemplo nos delitos sexuais,¹²¹ a situação a partir da qual alguém é informado de transgressões ao direito pode acarretar-lhe dificuldades comportamentais especiais no sistema da persecução do direito. Ele mesmo pode tornar-se um suspeito; ele pode esperar que surjam necessidades de esclarecimento que lhe causem embaraços; pode-se prever confrontações desagradáveis; ou então pode simplesmente haver insegurança sobre como comportar-se responsavelmente em uma atmosfera oficial não cotidiana.¹²² De resto, o distanciamento do sistema da persecução do direito com respeito ao cotidiano tem também por conseqüência que freqüentemente são exigidos gastos em dinheiro e em tempo, e que a imposição do direito de qualquer forma não ocorra por si mesma, como um prolongamento natural do comportamento cotidiano, tendo sempre que ser iniciada por uma opção pelo extraordinário. Na própria diferenciação dos sistemas estão contidos bloqueios comportamentais e filtros que não operam necessariamente no sentido dos objetivos específicos do sistema.

Finalmente, sabemos que também nas outras esferas da participação nos processos decisórios do sistema político operam mecanismos seletivos específicos às camadas sociais. Os membros das camadas mais elevadas, os ricos, os cultos, estão desproporcionalmente representados nos canais de encaminhamento de recursos.¹²³ O mecanismo do recurso, da mesma forma que a polícia, tem então um efeito discriminatório segundo critérios de *status*. Disso pode-se ter certeza, de tal forma que o legislador é conivente na escolha desse encaminhamento da imposição. Não se trata aqui de um mero problema econômico ou financeiro, que pudesse ser resolvido pelo barateamento, pela justiça gratuita e instrumentos semelhantes, pois também a “participação no sistema econômico” (p. ex. o acesso a posições de maiores possibilidades de renda, hábitos de consumo, capacidade para lidar com dinheiro) é direcionada em termos de camadas sociais e, além disso, entram em ação outras inibições com respeito às camadas inferiores: deficiências de conhecimento, insegurança ao lidar com contextos estranhos, falta de iniciativa e atitude fatalista como forma de absorção de experiências anteriores.¹²⁴ Independentemente desses fatores específicos e variados, que determinam a transmissão de informações ao sistema de persecução do direito, a simples existência dessas barreiras permite a derivação de outras considerações. Uma delas diz respeito à *filtração de bagatelas*. Especialmente no contexto de relações continuadas, os participantes concedem-se “imunidades recíprocas”¹²⁵ para transgressões menores ao direito. Transgressões que pareçam ser relativamente menos importantes não são perseguidas. O julgamento do caráter de bagatela é feito a partir do caso *individual* podendo, assim, desconsiderar as intenções político-jurídicas do legislador, que tinha em vista a *quantidade* de casos. O direito é como que corrompido a partir da bagatela. Existem, por exemplo, constelações nas quais as transgressões quase não prejudicam em casos isolados, mas que acumulam seus efeitos.¹²⁶ E existem determinações — como as de segurança do trabalho ou da higiene em hospitais — que deveriam cobrir um risco individualmente improvável mas muito danosos, e que não raramente são vítimas desse processo de deixar passar as transgressões bagatelizadas.

Por outro lado podemos supor que todo sistema social prevê alternativas comportamentais — também para o caso

de transgressões a normas. Elas podem consistir em alternativas à persecução do direito, mas também podem apresentar alternativas para a persecução do direito.¹²⁷ O nível de pretensão com referência à implementação da norma pode ser variado; para as metas a serem atingidas pela norma é possível descobrir-se formas equivalentes de realização. As alternativas no sentido mais amplo pertencem, ainda, aquelas que inauguram exatamente a transgressão à norma. Como as pesquisas da sociologia da organização mostraram, o conhecimento de transgressões no sistema de origem pode possuir um valor de troca, pode representar uma base de poder ou até mesmo um instrumento gerencial cientificamente aconselhado.¹²⁸ Aquele que tem conhecimento de uma transgressão às normas ou até mesmo de práticas continuamente contrárias às normas pode exigir compensações para não passar adiante esse conhecimento — seja exigindo-as expressamente, ou alcançando-as no plano das expectativas sobre expectativas, no qual os participantes sabem do seu conhecimento recíproco e ao mesmo tempo sabem que devem tratar esse conhecimento como se ele não existisse. Uma parte das informações juridicamente relevantes é dessa forma desviada já no sistema de origem para um uso interno e não para a imposição de normas, mas sim para a imposição de outros objetivos ou para a estabilização de relações que de outra forma não seriam viáveis.

Todas essas considerações referem-se ao nosso primeiro ponto central: à seletividade na transmissão de informações sobre transgressões ao direito, do sistema de origem ao sistema da persecução do direito. Um outro mecanismo seletivo é representado pelo próprio *quadro coator*; concretamente, pela polícia, pelos serviços públicos de fiscalização e controle, e pelos tribunais. Atualmente, a sua análise pode apoiar-se em um teorema fundamentado na sociologia da organização, segundo o qual a diferenciação de sistemas e programas sempre gera novas orientações “internas” do sistema frente ao seu ambiente, assim, como um correspondente reagrupamento de considerações valorativas, tendo por consequência, a partir do ângulo do sistema global, um certo grau de comportamento divergente.¹²⁹ Todo sistema parcial constitui um estilo próprio de seleção no qual, ao lado das considerações valorativas reconhecidas genericamente e transcendentais, são incorporados critérios específicos ao sistema parcial, valores

defensivos, técnicas de trabalho, etc. Dessa lei geral não estão excetuados aqueles sistemas sociais especializados na implementação do direito. Principalmente no caso da polícia, por reação à sua inserção ambiental intensiva em contatos e em conflitos, e portanto dificilmente regulável, foram observadas tendências à formulação de uma moral própria ou de modos próprios de seleção — que não significam necessariamente um comportamento divergente, mas pelo menos uma forma de representar valores generalizadamente aceitos que, em si mesma, não encontra uma aceitação tão ampla assim.¹³⁰

Juntando o que sabemos sobre as formas de seleção dos quadros coatores fica claro que até agora a pesquisa empírica voltou-se prioritariamente para o agente individual da decisão, indagando sobre seus preconceitos ideológicos, suas atitudes, suas vinculações sociais, enquanto fatores que influenciariam suas decisões, ou então indagando juristicamente sobre os critérios do exercício do seu arbítrio.¹³¹ Na avaliação da influência desse agente nos procedimentos normais da decisão (fora dos aspectos inflamantes dos debates ideologicamente determinados), no entanto, dependemos de vagas suposições. Existem alguns levantamentos sobre preconceitos na implementação da legislação norte-americana contra a discriminação racial,¹³² mas a sua generalização em termos da tese de que os preconceitos, na medida em que existam, influenciam o processo decisório, é quase uma tautologia. Além de tais preconceitos temáticos (e portanto com uma influência apenas parcial), é necessário ter-se em conta atitudes gerais de trabalho, que tipicamente se desenvolvem a partir da diferenciação de sistemas e programas levando a que os quadros coatores voltem a tratar a tarefa da implementação do direito de forma seletiva. A seleção do direito associa-se, de forma deslocada, a seleção dos casos nos quais o direito será implementado. Enquanto fatores de seleção atuam, como podemos supor a partir de pesquisas do sistema policial,¹³³ uma sensata economia no *emprego de recursos escassos*, em especial dos recursos humanos, as *condições concretas de eficácia*, o *estabelecimento de vínculos de troca* derivados da questão da eficácia, e finalmente uma *compreensão contratual* do ambiente, que pode levar a correções no conteúdo das expectativas normativas.

A escassez de pessoal é um argumento frequente e abundantemente utilizado, com o qual justifica-se a pequena atividade da persecução do direito (por exemplo na área dos delitos de trânsito, dos tóxicos etc.).¹³⁴ Isso é plenamente razoável (se bem que não “legal”), pois a persecução do direito pressupõe informações, e a informação pressupõe dedicação de atenção. Por outro lado, falta um planejamento da relação entre ambas as variáveis em sua variância, isto é, um planejamento do grau em que uma ampliação do pessoal acarretaria uma vantajosa melhoria da intensidade da imposição do direito. Para o jurista, esse planejamento, que significaria o estabelecimento (e com isso a admissão) de um limite para a imposição sensata do direito, teria que parecer imediatamente suspeita.¹³⁵ Quando e na medida em que a relação entre o investimento de pessoal e a intensidade da imposição do direito não puder ser justificada a cada momento, o argumento da falta de pessoal possui uma função meramente defensiva e escamoteia modos de seleção que se desenvolveram ao nível puramente fatural, por baixo do pano. É nesse contexto que devemos entender a seletividade que, por exemplo, em um patrulhamento esquematicamente determinado ou em inspeções de rotina aponta o que parece suspeito ao observador bem treinado;¹³⁶ ou a seleção do que é incorporado aos autos a partir de uma denúncia escrita, não anônima; ou a seleção de autores sobre os quais já existam registros. Em ambos os casos o fator ótico ou escrito atua como um indício muito problemático da relevância. E em ambos os casos o indício, uma vez legitimado enquanto tal, pode ser utilizado para gerar uma desconsideração seletiva.¹³⁷

A *contradição em termos de orientação ao condicionamento ou à eficácia*,¹³⁸ que atravessa todo o direito positivo, evidencia-se mais expressamente na implementação do direito, pois aqui não se trata mais da disseminação de decisões (ainda relativamente abstratas), mas sim de intervenções na vida social, acompanhando suas próprias condições de eficácia. Ao nível do planejamento jurídico e da legislação, essa contradição em termos de orientação é quase que contornada e negligenciada através da abstração; apenas nos planos mais concretos da implementação do direito é que ela se apresenta claramente. Isso tem a vantagem de que a legitimação das normas e das posições não é mais sentida como problemática, transferindo o conflito para o plano das preferências e prio-

ridades na atuação dos papéis em questão.¹³⁹ Como *Skolnick* observou, a polícia adquire, nesse contexto, uma consciência própria enquanto sistema, seus modos de trabalho e seus limites, a partir da qual o mundo do direito escrito, notadamente o do direito processual, pode ser tratado enquanto ambiente e neutralizado moralmente.¹⁴⁰ O critério de eficiência, a partir do qual a polícia é avaliada publicamente, principalmente no sentido do represamento da criminalidade mais séria e na criação da imagem da ordem pública, sugere parcialmente meios para-jurídicos ou até mesmo ilegais, principalmente na perseguição de uma suspeita ainda insegura e na obtenção de provas. A renúncia a essa eficiência é considerada uma demanda ambiental dificilmente compreensível, ou simplesmente incompreensível. Partindo-se de uma tal orientação finalística impõe-se um tratamento prático e seletivo da implementação do direito, a qual de qualquer forma só poderia ser parcialmente realizada enquanto fim.

Nesse contexto também se apresentam, de forma semelhante com a transmissão de informações,¹⁴¹ *padrões de motivação e de relacionamento baseados na troca*, que tornam a seleção dos casos e o âmbito da implementação do direito objeto de acordos mais ou menos tácitos, dotando-lhes assim de sustentação social.¹⁴² Nesse sentido, as comissões norteamericanas encarregadas da implementação da legislação contra a discriminação racial abdicam do pleno emprego de suas competências legais, para assim induzirem os círculos atingidos a uma cooperação que extravasasse os casos individuais.¹⁴³ Na medida em que se opere no limite do permitido na implementação do direito, torna-se especialmente indicado procurar o consenso dos atores imediatos, e o mais importante instrumento de troca daqueles que devem cuidar da implementação do direito é exatamente a abdicação parcial a essa implementação.¹⁴⁴ Essa abdicação pode estar formalmente coberta pelo arbítrio legal (mas isso não dá sustentação jurídica à sua utilização em termos de troca). Essa abdicação pode também movimentar-se fora da legalidade — por exemplo quando se trata de criar motivação para serviços de espionagem ou testemunhos. Um direito que se sinta incapaz de legitimar tais práticas,¹⁴⁵ abdica concomitantemente à sua regulamentação e ao seu controle.

Formulando mais abstratamente, trata-se aqui da implementação paralela de aspectos necessários, mas não coáveis,

do processo de imposição do direito, que são comprados através da abdicação, quase que em termos de troca, de aspectos não necessários (ou pelo menos não tão necessários), mas em si coáveis. Essa formulação mais abstrata abrange também um outro grupo de casos. Quando a imposição do direito está vinculada a tarefas de educação para um comportamento legal, surge um conflito semelhante no campo das orientações. A educação exige, segundo *Parsons* em seu modelo amplamente reconhecido, indulgência com respeito a transgressões e uma certa abdicação a sanções, uma atitude elástica, não estritamente normativa com referência a frustrações, seu tratamento não como motivo de indignação mas como motivo para a assimilação.¹⁴⁶ E as experiências práticas da implementação do direito didaticamente orientada demonstram que é necessário o recuo da condicionalidade quase que cega da reação, levando a uma prática cautelosamente manobrando, que sempre corre o perigo de ferir o princípio da igualdade e de degenerar-se na arbitrariedade pessoal ou política, por faltar-lhe um controle seguro dos processos causais.¹⁴⁷

Finalmente, temos que mencionar um outro fator de seleção relativamente autônomo, que diz respeito à *compreensão do contato*, muito concreta, referida ao contexto do contato que se estabelece nos sistemas coatores. No fronte, as coisas parecem ser diferentes do que se imagina nos quadros que planejam a ação. O policial encarregado de averigüações sobre transgressões a parágrafos superados contra a imoralidade, tenderá a identificar-se mais com os transgressores que com o direito. É possível entender-se melhor as dificuldades, as circunstâncias e os custos dos controles impostos à atividade econômica quando se observa a empresa; sua implementação não pode então realizar-se sem uma deliberação conjunta sobre as possibilidades da implementação — assumindo-se assim a responsabilidade por condições que só “no essencial” correspondem às intenções do legislador.¹⁴⁸ A interação, atravessando as fronteiras do sistema, penetra dessa forma um campo de normas próprias, nas quais não raramente sente-se um “sabor de culpa”.¹⁴⁹ Certamente, esses problemas podem ser minuciosos através de uma formulação mais vaga das determinações decisivas, mas esse caráter vago não pode ser escolhido apenas sob o aspecto da facilitação dos contatos nas posições limítrofes, pois ele acarreta, por seu lado, disfunções e riscos que têm que parecer aceitáveis.

Procurando extrair uma concepção de resumo, através de todas essas formas aqui discutidas parece impor-se, na implementação do direito, uma atitude pragmaticamente seletiva e um caso de necessidade moralmente neutralizadora com respeito à norma jurídica. Essa constatação apenas confirma o que antes ¹⁵⁰ tínhamos caracterizado como atitude natural com respeito à norma em situações da vida cotidiana: uma atitude ambivalente com a disposição a modificar ou até mesmo desconsiderar a norma através da certificação concreta no plano das expectativas de expectativas. Mesmo um processo decisório intensivo e uma formulação escrita e elaborada de princípios jurídicos, não são capazes de evitar o fato de que o direito tem que ser aplicado em situações da vida cotidiana, na interação elementar cara-a-cara estando, nessas situações da vida, submetido a um tratamento especial.

Alguns autores ¹⁵¹ vêem nisso uma limitação da “vigência” do direito. Nós veríamos o problema no sentido de possíveis ameaças à função do direito simbolizada através da concepção abstrata de vigência em termos de uma relação se/então. Para as expectativas normativas, assim como para sua integração em complexões de expectativas congruentemente generalizadas, é essencial uma previsão suficientemente segura das possibilidades de processamento das frustrações. Essa previsibilidade concentra-se em um destinatário, na medida em que o sistema jurídico desenvolve-se da imposição ocasional do direito à provisão institucionalizada e organizada de mecanismos para a imposição do direito. Com isso aumentam a transparência do problema, assim como as possibilidades de acumulação de experiências. Se o mecanismo de imposição fracassa em um caso, isso provoca um temor correspondente com respeito a outros casos — mesmo tratando-se de outras pessoas e outras situações, pois o fracasso é imputado não às circunstâncias, mas sim à organização. A não implementação pode ser prevista, e isso poderia alastrar-se quase epidemicamente. Ao invés da generalização de normas, produzir-se-ia então uma generalização da frustração.

Apesar de não faltarem, na literatura, indicações nesse sentido, ¹⁵² ainda é necessária uma pesquisa mais detalhada das condições empíricas nas quais se deve contar com um tal desenvolvimento. Podemos apenas supor que o problema de informação, que dificulta a implementação do direito, também bloquearia a disseminação da experiência da frustração.

O grau de falta de informação sobre o comportamento transgressor é mais ou menos o mesmo no caso da ausência de sanções, e o conhecimento abstrato do desconhecimento não parece impedir o surgimento de uma confiança igualmente abstrata no direito. Em sociedades muito complexas, os sistemas sociais não podem mais ser estabilizados através da valorização de experiências concretas em comum, mas geram eles mesmos, através da sua própria complexidade, uma espécie de confiança abstrata no sistema, imprescindível enquanto tal, e imune a refutações específicas. Os que generalizam suas experiências frustrantes ficam reduzidos à agressividade simbólica e agem privada, inconsequente, bizarra, patologicamente, se não conseguirem uma agregação política em torno de novos objetivos.

Um outro problema geral, e que também temos que tratar de forma indeterminada e insatisfatória tendo em vista o estágio do nosso conhecimento, refere-se ao instrumental técnico-jurídico, com o qual a imposição do direito poderia ser planejada e comandada. A imposição não é apenas uma questão da informação e da superação de resistências, mas o tipo das informações necessárias e as estruturas motivacionais dependem também da forma jurídica escolhida para determinados objetivos. Um exemplo: na concepção liberal do direito e da constituição, o problema da manutenção da diferenciação social e da proteção de âmbitos não políticos de ação está resolvido, ou pelos menos é visto como resolvido. ¹⁵³ Em termos de técnica jurídica, a forma para tanto escolhida é a do direito subjetivo. Assim, a implementação dessa meta política do direito é remetida ao mecanismo do recurso, acima discutido; a manutenção da diferenciação primária do sistema social torna-se dependente de constelações, nas quais o indivíduo decide-se a interpor uma ação. Naturalmente, essa solução para o problema não foi nenhuma opção sociologicamente refletida. Agora, porém, ela pode ser considerada dessa forma sociológica e questionada quanto à sua eficiência. Já na esfera funcional imediata dos direitos reconhecidamente fundamentais existem problemas complementares que só dificilmente poderiam ser tratados no contexto dessa forma da técnica jurídica — pensemos apenas no problema da estabilidade do dinheiro como complemento à proteção da propriedade, ou no problema da concentração da imprensa como complemento dos direitos fundamentais na cultura e na polí-

tica. Tanto o legislador, quanto a dogmática da ciência jurídica e a própria jurisprudência deveriam responder se, e até que ponto, tais problemas poderiam ser resolvidos através da realização expansiva da noção dos direitos fundamentais (por exemplo da interpretação dos direitos fundamentais como idéias gerais sobre valores vinculando toda a comunidade política), ou se para tanto deveria ser desenvolvido um instrumental técnico-jurídico mais diferenciado, a ser dotado de *status* constitucional. Nesse contexto pensar-se-ia na instituição de organismos político-partidariamente independentes segundo o exemplo da própria justiça ou do *Bundesbank* (Banco Central da República Federal da Alemanha), aos quais em assuntos determinados poderiam ser delegados mais poderes de implementação regulativa e administrativa do direito.

Considerações desse tipo, que inserem as realidades da imposição do direito na técnica jurídica e até mesmo na instrumentação conceitual do pensamento jurídico, estão distantes da forma convencional da reflexão jurídica.^{153a} Sua relevância, porém, não é difícil de ser reconhecida, e ela crescerá na medida em que sejam efetivamente utilizadas as possibilidades que a positividade do direito oferece para a conformação do planejamento social. A perspectiva dos processos decisórios programadores demanda aqui uma atitude diferente da envolvida nos processos decisórios programados.

9 — Controle

Por controle deve-se entender o exame crítico de processos decisórios objetivando uma intervenção transformadora no caso do processo decisório em seu desenrolar, seu resultado ou suas conseqüências não corresponder às considerações do controle. A necessidade dessa função do controle e dos dispositivos correspondentes só passa a ser encontrada em sistemas funcionalmente diferenciados. O surgimento de controles explícitos está relacionado à reestruturação no sentido da diferenciação funcional. Essa relação tem que ser observada, para que se possa captar a relevância dos dispositivos de controle nos atuais sistemas jurídicos.

Nas sociedades segmentares, e também nos microsistemas ainda hoje pouco diferenciados (por exemplo nas aldeias),

apresentam-se formas precursoras ou funcionalmente equivalentes de controle, através da *inserção, no processo decisório, de considerações imanentes a outros papéis*, que disciplinam o comportamento. Elas supõem que as mesmas pessoas se cruzem em uma série de papéis diferentes, gerando assim relações sociais funcionalmente difusas:^{153b} todo dia pode-se encontrar o compadre, juntamente com outras pessoas, na praça da aldeia; o devedor pode ser encontrado na igreja ou nos treinos do corpo de bombeiros voluntários. O comerciante é membro do conselho da igreja local, o que lhe traz clientes mas, por outro lado, impede que ele cobre seus créditos com toda a rigorosidade possível. A mulher do professor realiza anualmente uma quermesse, possibilitando assim a compensação do baixo rendimento das crianças na escola. Nessas circunstâncias, o disciplinamento social não se processa essencialmente pela ameaça de sanções a transgressões a normas, nem também pela internalização de valores abstratos, mas sim por meio de uma espécie de “lei do reencontro”: através da consideração dos demais papéis em outros contextos de interação. A necessidade de sanções e de mentalizações é correspondentemente baixa (e quando ocorrem sanções, elas podem ser pesadas, pois questionam todas as outras relações sociais). No lugar disso, a previsão das conseqüências sobre outros relacionamentos gera um efeito disciplinador difuso quanto aos papéis, apontando para uma moral do bom comportamento nos parâmetros dos costumes tradicionais, no sentido daquilo que os antigos gregos chamavam de *ethos*.

Um tal arranjo dá motivo a que se procure evitar frustrações e testes de força (na medida em que o desencadeamento e a sustentação de conflitos não sejam institucionalizados exatamente como virtudes especiais). A submissão ocorre com base em suposições e sem comunicação. Para tanto bastam expectativas comportamentais bem concretamente delineadas. O verso dessas vantagens consiste em que os papéis funcionalmente diferentes não podem ser suficientemente separados e especificados. O comportamento em um papel leva a conclusões nos outros: a quem não consegue sustentar-se economicamente, nega-se a razão do julgamento político; quem nega ajuda ao vizinho, é desacreditado enquanto testemunha.¹⁵⁵ Por aí, apenas poucos papéis diferenciáveis podem ser desenvolvidos, e eles se imobilizam reciprocamente. Isso

serve à estabilização apenas enquanto a sociedade se satisfaça sem uma diferenciação funcional considerável.

Uma sociedade que se reorienta no sentido da maior complexidade e da diferenciação funcional tem que abandonar essa forma de considerações implícitas e institucionalizar algo que as substitua. No lugar da consideração dos demais papéis do ator surge o *controle através dos papéis recíprocos dos outros* — inicialmente na forma mais simples do controle através do respectivo parceiro na interação, mas depois também através da institucionalização de papéis especiais de controle, que se especializam nessa função, aliviando o contexto da interação dessa tarefa. Com isso aumenta a necessidade de comunicação e a necessidade de critérios abstratos, explicitáveis, que permitam ao mesmo tempo esperar-se expectativas e realizar-se controles. Assim, surgem novos problemas de formulação, variação e controle dessas condições de controle. Um volume considerável da necessidade de regulamento cabe ao direito. Um certo grau de consideração dos demais papéis do ator não é eliminado nem torna-se irrelevante, mas é reduzido a um plano por assim dizer *tático*. Os sistemas parciais especificados têm que providenciar sua independência *estrutural* com respeito a esse fator, pois os “demais papéis” dos seus membros dependem, agora, de constelações pessoais individualizadas, e mudam juntamente com as pessoas: seria tolo não reconhecer e não aproveitar o fato de que o Ministro “X” venha do movimento sindical e sobre ele tenha “influência”; mas seria igualmente tolo adaptar estruturalmente o sistema do ministério a esse mesmo fato.

Analogamente, modifica-se a forma da moral socialmente adequada: o professor não *pode* tornar as notas dependentes de quem compre na quermesse da sua mulher. O professor não *pode* fazer com que a aprovação em concurso do seu assistente dependa de que ele se case com sua filha. Essa mudança apresenta-se da forma mais sensível na reinterpretação da idéia da igualdade: não se trata mais da igualdade em termos de desempenho no bem e no mal (baseada na reciprocidade e na retaliação), mas da igualdade na aplicação de premissas específicas da decisão, apesar da mudança de outras circunstâncias no contexto dos papéis (agora já “irrelevantes”). Com isso, abdica-se da equidade concreta da compensação, implícita na interação individual. Igualdade perante a lei significa: especificação e aplicação universal de

critérios para a decisão “sem consideração da pessoa” — um princípio decisório que seria altamente imoral em sociedades arcaicas. A justiça torna-se agora a implementação uniforme do direito, por causa de sua vigência.

Essas modificações gerais e penetrantes daquilo que a terminologia norte-americana chama de “controle social” atuam também sobre os processos das decisões jurídicas, tão logo elas acarretem uma diferenciação na forma do processo em sua função específica. O processo da decisão jurídica torna-se então objeto e ao mesmo tempo forma dos controles possíveis. Processos de decisão jurídica podem controlar outros processos de decisão jurídica, processos podem ser acoplados a outros processos, sempre que sejam articulados suficientes critérios da certidão do ato decisório. O quadro organizacional de uma tal relação de controle é fornecido, principalmente, pela construção hierarquizada das instâncias judiciais. Ao contrário dos modelos mais antigos, por exemplo do escalonamento da jurisdição no Estado feudal, no qual os tribunais superiores decidiam sobre causas distintas das que cabiam aos tribunais inferiores, de tal forma que via de regra cada causa só dispunha de uma única instância decisória, atualmente, os tribunais superiores servem principalmente (em parte até mesmo exclusivamente) para o controle de decisões de instâncias inferiores. Na prática, entendemos aqui por controle a repetição dos procedimentos da decisão em todos ou em alguns dos seus aspectos (p. ex. limitando-se às questões de direito). O controle está submetido aos mesmos critérios que deveriam ter norteado a decisão. Esse tipo pode até mesmo ser estendido ao processo legislativo, prevendo o controle judiciário sobre as decisões legislativas, na medida em que estas possam ser entendidas como aplicação do direito. Em qualquer caso trata-se de dispositivos específicos de controle, que repetem total ou parcialmente os procedimentos da decisão, sem introduzir considerações diferentes (ou seja, sem ampliar o âmbito da seleção) — em resumo: dispositivos muito dispendiosos. Sua eficácia só pode ser mensurada e julgada em função da manutenção da unidade e da consistência da complexão de sentido das normas jurídicas (e não em função da justeza de cada decisão em si mesma). Podemos supor que o peso do controle do direito positivo não possa ser inteiramente sustentado apenas por meio dessas estruturas e desses processos explicitamente instituídos para

esse fim. Realmente: outros procedimentos essenciais de controle localizam-se no contexto imediato da interação do processo da decisão jurídica.

Os controles embutidos na própria interação caracterizam-se por poderem ser exercidos quase que “de passagem”, sem que deles se tenha que prestar contas. A interação propriamente dita não ocorre por causa do controle, mas por outros motivos, como por exemplo para a elaboração de uma decisão. A forma, porém, pela qual a interação é estruturada e realizada fornece uma certa garantia de que cada participante seja controlado por seu parceiro, compensando assim a falta daquele auto-controle elementar em consideração dos demais papéis exercidos por cada ator. A forma e os temas desses controles mudam juntamente com o sistema de interação. Podem-se diferenciar grosseiramente controles hermenêuticos através do diálogo, controles profissionais através da orientação a grupos de referência, e controles políticos através do mecanismo próprio à política.

A mais concreta e mais objetiva dessas formas de controle, o *controle hermenêutico* da interpretação do sentido de normas jurídicas e da persuasão de argumentos, deriva sua necessidade da circunstância de que o processo da decisão jurídica está tipicamente orientado não em função do seu resultado, mas sim em função de que seus diversos procedimentos e argumentos possam ser controlados. A inspeção do produto, a contraprova, a comparação introspectiva da sentença com o “verdadeiro sentimento de justiça”, tudo isso exclui-se enquanto instâncias de controle. Um controle adequado ao direito tem que acompanhar o processo decisório ou repeti-lo. Inicialmente, a própria seletividade da decisão almejada deve ser esclarecida e explicitada enquanto base cognitiva comum, e as tendências naturais de julgamento, nas quais a seletividade se baseia, devem ser questionadas. A isso acrescenta-se que o raciocínio da exegese jurídica, o qual seleciona a decisão e elimina outras possibilidades, não pode assumir uma forma logicamente obrigatória, mas possui sua racionalidade singular por distribuir sua ilogicidade em pequenos saltos localizáveis. Com isso amplia-se a complexidade da situação da decisão, aumentando o número de fundamentações necessárias e, assim, também o número de objeções possíveis.¹⁵⁶ A interpretação e apresentação de provas são desmembradas em diversos elementos de raciocínio, re-

servados separadamente para serem ativados em função de sua utilidade para melhor solucionar problemas parciais.¹⁵⁷ Qualquer crítica tem, então, que inserir-se no contexto da argumentação do elemento criticado, tem que veicular a proposta de uma melhor solução para o problema lá postulado — ou então ela tem que deixar fluir a condensação da decisão. A razoabilidade específica do procedimento hermenêutico não se deve, portanto, a um sistema de regras, cuja aplicação possibilite a obtenção dos únicos resultados corretos. Ela consiste, ao contrário, em que o raciocínio é desmembrado em uma multiplicidade de possibilidades de consenso ou dissenso, exigindo que ele se comprove através do diálogo.¹⁵⁸ Isso inclui a problematização de cada passo de uma compreensão prévia, problematização essa que nunca é total, o que faz do procedimento hermenêutico um instrumento pouco apropriado à problematização incisiva de estruturas sistêmicas, cuja mudança acarretaria consequências abrangentes, impossíveis de serem abarcadas pelo diálogo.

O diálogo, que deveria produzir esses resultados, é um sistema social semelhante aos processos — e isso já por utilizar o encadeamento temporal para a redução da complexidade. Os participantes precisam prestar atenção, precisam aproveitar os momentos certos para dizerem as coisas certas, caso contrário eles enredar-se-ão numa situação de consenso inextricável. Eles precisam poder acompanhar o tema, precisam, portanto, estar sempre atualizados, não podendo distanciar-se demasiadamente do objeto da discussão nos meandros da sua argumentação — nem repisar demasiadamente uma opinião já manifestada ou fantasiar demais sobre tudo aquilo que poderá vir a ser dito. Isso estabelece limitações claras às possibilidades de inovações heurísticas. O diálogo serve mais para o esclarecimento de uma matéria supostamente dada que para funções propriamente de planejamento. Não obstante, pessoas especializadas, com prática de discussão, como os juristas no nosso caso, podem introduzir no diálogo muito mais possibilidades que outras pessoas sempre em perigo de perderem o fio desse diálogo, ou de se engajarem demasiadamente nos momentos inoportunos, prejudicando assim o desdobramento do tema e do próprio diálogo e, finalmente, provocando o próprio fracasso.

As chances de controle recíproco inauguradas com o diálogo só podem ser realizadas nos seus limites enquanto sis-

tema. Para tanto a audiência judicial parcialmente oral e parcialmente por escrito fornece condições prévias especialmente apropriadas, principalmente se todos os papéis essenciais estiverem ocupados por juristas. Disso resulta uma constelação, na qual entram em ação o *mesmo* conhecimento da matéria e a *mesma* signa em papéis *diversamente* diferenciados em termos funcionais. Os advogados controlam-se reciprocamente no papel de representantes das partes; de sua parte, cada um deles controla o juiz que, por seu lado, é capaz de acompanhar criticamente a apresentação dos advogados. Uma outra questão é até que ponto isso permite um controle efetivo sobre os *motivos* da decisão;¹⁵⁹ mas pelo menos isso resulta em que os motivos tenham que moldar-se ao que possa ser apresentado como decisão com base no diálogo.

Um limite do efeito controlador do diálogo reside no baixo grau de participação exatamente dos papéis decisivos. Os juízes participam e se engajam no diálogo apenas em termos de conflito com outras demandas comportamentais — em alguns ordenamentos processuais apenas como espectadores, em outros mais ativamente, mas em todos eles só como um participante no esclarecimento de fatos. São raros os diálogos jurídicos em juízo. Os motivos disso residem em parte no sistema colegial e no segredo das deliberações, que dificultam ao presidente ou ao relator assumirem uma posição clara frente à sentença, enquanto porta-vozes do grupo, por meio de determinadas interpretações do direito; quando muito eles podem colocar questões que permitem supor-se certas interpretações do direito. A isso acrescenta-se que qualquer fixação do juiz a determinada posição ao longo do processo poderia ser interpretada como comprometimento — uma objeção especialmente séria nos sistemas processuais anglo-saxões. Por esses motivos é desejável um processo de controle formalmente diferenciado no caminho das instâncias jurídicas, já porque dessa forma continua-se o diálogo com os juízes das instâncias iniciais que inicialmente calam-se para depois se ausentarem (mas recebem os autos após o encerramento da questão e lêem a sentença final!).

Ao lado da interação imediata do diálogo existe uma forma quase que generalizada desse controle. Ela é mediatizada por concepções gerais dos juristas sobre os limites das opiniões e dos comportamentos possíveis em questões jurídicas. A isso chamaremos de *controle profissional*.

A profissionalização do trabalho é um fenômeno notável das sociedades diferenciadas, nos últimos tempos muito discutido,¹⁶⁰ que se caracteriza por uma singular combinação de problemas e soluções. As profissões podem formar-se quando funções sociais globais (no nosso caso: zelar pelo direito; em outros casos clássicos: zelar pela salvação das almas, pela educação, pela saúde, pela segurança física contra agressões e atualmente talvez até mesmo contra altos riscos financeiros) têm que ser delegadas, para serem apropriadamente desincumbidas, a papéis especiais, ou seja a sistemas sociais parciais. Com isso coloca-se um duplo problema a ser resolvido. (1) Por um lado o encargo de funções sociais globais acarreta tipicamente um elevado risco para os respectivos papéis profissionais — riscos de disputas incontrolláveis, de morte, de medo, de falta à verdade, sendo que agora existem formas socialmente institucionalizadas de superação do medo desses riscos. O risco insustentável no papel individual tem então que ser minimizado, e isso ocorre tipicamente através de uma transformação no sentido da responsabilidade por erros evitáveis. Nessa forma, o colegiado pode assumir então o controle da definição dos erros, e em parte até mesmo resguardar o papel individual das conseqüências desses erros. (2) Por outro lado, a especialização oferece a esses papéis profissionais um conhecimento e um saber que não são acessíveis a qualquer um. Daí resultam chances de desenvolvimento de poder em interesse próprio e de uma racionalidade objetivada, que não considera suas conseqüências secundárias: chances cujos desdobramentos têm que ser bloqueados no interesse da sociedade. A referência a valores sociais globais tem que ser convertida em uma ética profissional mais estrita e institucionalizada de forma condizente com as necessidades específicas de cada especialidade. Essa conversão ocorre na medida em que corresponda ao interesse de segurança da profissão — principalmente na medida em que o indivíduo esteja confrontado com riscos elevados no seu papel, necessitando, para enfrentá-los, uma base moral, o consenso e o julgamento dos colegas fixando limites claros para a tolerância de erros. A absorção de riscos e a absorção de valores são conjuntamente motivadas e recheadas com elevado prestígio social e chances de renda acima da média, independentemente dos resultados dos casos individuais.

Notadamente na esfera do direito desenvolveu-se uma das grandes profissões clássicas, através do estamento dos juristas. Foram diversos os problemas de referência dessa profissionalização. Um dos mais antigos residia nas reservas sócio-morais contra um interesse financeiro do jurista na disputa, o que parecia motivar o jurista para um desdobramento e prolongamento das disputas jurídicas, contradizendo assim a função do direito. Tanto a ética confuciana chinesa como também o direito romano proibiam o aconselhamento jurídico remunerado ou bloqueavam ações remuneratórias, e só paulatinamente foi possível contornar essa dificuldade por meio da concepção de “honorários” independentes do desenrolar e do resultado das disputas.¹⁶¹ Um outro problema remonta ao alto índice (50%) de frustrações nas disputas jurídicas. Os advogados perdem uma média da metade dos seus processos, e essa experiência deveria sugerir-lhes que não seria aconselhável vincular-se muito estreitamente com os interesses envolvidos na disputa, mas sim fundamentar sua auto-imagem no próprio direito — todavia de tal forma que o direito passa a apresentar-se como extremamente difícil, incerto e diverso, diferentemente da imagem da límpida certeza apodíctica sustentada pelos juízes.

Uma imagem criada pela profissão, e que bem ilustra essas dificuldades e a forma do seu solucionamento, é a da “opinião predominante”.¹⁶² A opinião predominante possibilita uma posição frente ao direito que seja ambivalente, adequando-se às situações e ao contexto dos papéis. Ela legitima ao mesmo tempo tanto o dissenso quanto o confiar no consenso. Ela permite expor o direito como seguro e igualmente incerto e, dependendo das circunstâncias e das conseqüências em jogo, tomar uma ou outra posição. Ela constitui uma ampla zona de certeza suficiente na prática, sem excluir a possibilidade de contra-argumentações e sem punir com a privação de estima. Um desvio da opinião predominante pode ser “sustentável”,¹⁶³ em termos típicos ele não constitui um erro, mas sim um procedimento a ser julgado por colegas, que acarreta riscos especiais, requer justificativas especiais (principalmente: a partir da situação especial do caso específico), e não pode simplesmente acontecer por descuido. A argumentação coincidente ou contra a opinião predominante pressupõe um contexto de discussão colegiada, hoje na prática apenas literariamente possível, em cujos limites começa a

esfera da opinião e do comportamento, na qual o indivíduo corre um risco pessoal.

A eficácia e a sedimentação temática dos controles profissionais do direito parecem depender de diversas circunstâncias. Um fator essencial reside certamente no grau em que o grupo de referência imaginado em termos de colegas seja um grupo real com membros e que disponha de possibilidades de sanção.¹⁶⁴ Nesse sentido, a convivência nas câmaras londrinas (*Inns of Court*) gera relações bem diferentes que a simples consulta e citação generalizada de um certo texto de referência como o “*Palandt*”. O grande número atual dos juristas e sua atividade amplamente ramificada na economia, na política, nas organizações e na jurisprudência impossibilitam agora a constituição de um centro de encontros. Suas relações e referências profissionais são interrompidas pelo fato de pertencerem a determinadas organizações, sua ética profissional é mediatizada pela lealdade organizacional. Devemos então supor que qualquer semelhança ainda observável em termos de forma de pensamento, atitudes e de resíduos de vínculos profissionais seja decorrente da formação universitária comum, que parece ainda exercer uma influência marcante.¹⁶⁵ (Nenhum outro grupo estudantil discute tão intensamente, no caminho para as aulas ou para o refeitório, os temas dos seus estudos, como os estudantes de Direito com respeito às suas questões jurídicas e aos casos apresentados em aula.) Os controles profissionais posteriores dificilmente se tornam mais eficazes que esse efeito inicial de socialização.

Um outro fator que atua no mesmo sentido é o evidente retrocesso do gosto pela conceptualização jurídica, pela elegância da fundamentação e pela superioridade dos argumentos — ou seja exatamente pelos critérios nos quais poderia apoiar-se o julgamento colegiado diferenciando entre “bons” e “maus” juristas. No seu lugar surgem critérios de sucesso, que se referem ao interesse de determinadas organizações e não possuem qualquer chance de se tornarem padrões profissionais amplamente respeitados.¹⁶⁶ Essa mudança pode estar relacionada com o desaparecimento amplamente verificado da função social do dogmatismo. Além disso, nas condições atuais, apenas poucas áreas parciais do direito seriam apropriadas para representar as necessidades de unidade profes-

sional no campo jurídico — e a elas não pertencem, por exemplo, as decisões de cunho empresarial nem aquelas matérias constantemente sujeitas a transformações legislativas. O controle profissional está sempre vinculado a imagens conceituais altamente generalizadas, sistematicamente utilizáveis e que precisam ser adequadas às soluções dos casos individuais. Além disso, é justificável questionar se aquela forma singular de solucionamento dos problemas através do controle e do vínculo profissionais não está já ultrapassada, em termos sociais globais, pelo grau atual de diferenciação, e se de alguma forma ainda é possível garantir a segurança e a auto-disciplina por meio da consideração da opinião colegiada e converter valores sociais globais em uma ética específica aos papéis. A forma pela qual enfermeiras, empresários, engenheiros, auditores, etc. buscam assumir os símbolos de *status* de uma profissão confirma essa suspeita de que a forma não está mais vinculada a uma determinada constelação de problemas, mas serve ainda apenas a objetivos decorativos ou reivindicatórios.

Com a positivação do direito e a instalação de processos políticos de preparação do ato legislativo, surge um tipo inteiramente novo de controle do direito: o *controle político*. Esse controle não é designado como tal. A ele falta o reconhecimento institucional. Ele não é diferenciado como um procedimento formalizado, mas sim inserido em um contexto de interação que serve à preparação política da decisão — pertencendo por isso ao tipo de controle aqui tratado. Ele se distingue dos controles hermenêuticos e profissionais há pouco tratados essencialmente por operar em uma *perspectiva incongruente*, ao julgar decisões com respeito às suas consequências, e não quanto à sua correção.

Na medida em que o direito positivo assume a forma de programas condicionais, aliviando assim a decisão programada da responsabilidade por suas consequências, bloqueia-se o controle em termos de pura correção. Nesse contexto, o controle consiste na simples conferência das considerações a serem tomadas ao decidir-se, mas não garante que essas considerações levem a resultados que correspondam a uma constante e abrangente responsabilidade legislativa pelo direito. Tanto essa forma programada, em si tecnicamente vantajosa, quanto a impossibilidade de uma previsão suficiente

das consequências sempre conduzem a problemas decisórios que, à luz dos seus efeitos, têm que ser corrigidos.

Nisso reside um problema, para o qual atualmente ainda não surgiram encaminhamentos institucionais satisfatórios. O jurista demonstra pouca tendência a propor a revisão de matérias que não lhe pareçam envolver “erros” ou “contradições às normas”. Ele procura elaborar sua decisão nos parâmetros do possível, considerando seus efeitos; nunca busca incitar à mudança das leis. A política partidária praticamente não se dedica aos casos isolados da jurisprudência e também não possui os instrumentos para avaliar sistematicamente as experiências aí produzidas. Ela depende de empurrões comoventes e generalizáveis, como crises e escândalos, os quais o jurista evita, sempre que possível. Esse limiar da sensibilidade dificilmente poderá ser rebaixado sem que ocorram mudanças fundamentais nas condições da racionalidade política. Até mesmo na hierarquia administrativa, a transmissão das dificuldades na aplicação de leis impraticáveis funciona especialmente mal no caminho de baixo para cima, e sequer falemos de uma vigilância crítica das influências externas. É mais provável que o contato direto dos grupos de interesse com a burocracia ministerial, que participa do processo legislativo, possa constituir um canal para a implantação de controles políticos das consequências. Até agora, a experiência demonstra que esse caminho leva apenas a remendos e compromissos, e não a uma adaptação estrutural ou à inovação do direito. Na falta de um controle político funcionalmente eficiente, não são utilizadas muitas das chances em si oferecidas pela positivação do direito.

Em última análise as dificuldades derivam-se de que a positivação do direito conduz a uma maior complexidade, levando assim a uma maior distância entre os processos controlados e os processos controladores. Nisso reside uma vantagem ainda quase incompreendida: a possibilidade de controles em princípio *irrepreensíveis*. O político e o legislador interessam-se apenas pelos efeitos das decisões *corretas*. Por outro lado esse objetivo de controle político exige a constituição de um sistema totalmente diferente de processamento das informações, que dificilmente surgiria como produto secundário no contexto de outras atividades. Sendo assim, impõe-se a sugestão de passar-se da improvisação para a diferenciação dos controles políticos — criando, por exemplo,

uma repartição para assuntos legislativos, à qual qualquer pessoa pudesse comunicar efeitos da aplicação das leis vigentes, e que deveria processar essas informações como material para a atividade política.

Em uma visão de conjunto sobre as diferentes possibilidades de controle do direito torna-se claro que também nesse contexto a positivação evidencia a fragilidade das instituições tradicionais, quando não as desenraíza. Elas não conseguem acompanhar o empuxo no sentido da maior complexidade. Além do seu âmbito de aplicação surgem novas necessidades, para as quais têm que ser procuradas soluções institucionalizáveis. Para provocar correções não são mais suficientes nem a repetição formal dos procedimentos decisórios sob critérios idênticos, nem seu acompanhamento por controles hermenêuticos e profissionais. Na medida em que não percam abruptamente seu sentido, essas formas de controle permanecem vinculadas ao direito vigente enquanto controles imanes da sua correção, sem conseguir esgotar o potencial de crítica e de racionalização oferecido juntamente com a possibilidade de legislar-se. De forma análoga à esfera da racionalidade finalística na economia,¹⁶⁷ também na área do direito têm que ser desenvolvidas novas formas de controle, que se refeririam ao plano da programação, isto é, às decisões sobre o decidir, para cujo âmbito decisório poderiam ser obtidas e processadas as informações que apontassem as mudanças desejáveis nos programas. Isso, no entanto, sequer chega a captar aproximadamente as condições globais de uma racionalização do direito positivo. Elas não se deixam determinar a partir da perspectiva do controle do direito existente, mas exigem que se volte a observar as interdependências sociais globais.

NOTAS

¹ Isso é válido principalmente para os seus significados históricos mais antigos. Cf. KUTTNER, Stephan. Sur les origines du terme "droit positif". *Revue historique de droit français et étranger*, 15, 1936, p. 728-740. EYNDE, Damian van den. "Ius positivum" and "signum positivum" in twelfth-century scholasticism. *Franciscan studies*, 9, 1949, p. 41-49. GAGNER, Sten. *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*. Estocolmo-Upsala-Göteborg, 1960. A partir da plena positivação do direito no século XIX o conceito torna-se, no entanto, pouco claro e difuso,

em parte por sua generalização, tornando-se idêntico ao conceito da vigência, mas também por procurar satisfazer concomitantemente as pretensões de fundamentação da vigência do direito.

- ² O mesmo deve ser observado com respeito ao entendimento científico da positividade das ciências — ver, por exemplo, as observações críticas de HABERMAS, Jürgen. *Erkenntnis und Interesse*. Frankfurt/Main, 1968, especialmente p. 88s (tradução brasileira: *Conhecimento e interesse*. Rio, Zahar, 1982).
- ^{2a} Para maiores detalhes ver LUHMANN, Niklas. *Die juristische Rechtsquellenlehre aus soziologischer Sicht. Festschrift René König*. No prelo.
- ³ Isso foi amplamente criticado na própria teoria do direito. Para uma visão geral crítica sobre a literatura mais antiga que, no entanto, procura resguardar o conceito das fontes do direito em um sentido de teoria do conhecimento, ver ROSS, Alf. *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*. Leipzig-Viena, 1929.
- ⁴ Os juristas também conhecem essa diferenciação. Ver RIPERT, Georges. *Les forces créatrices du droit*. Paris, 1955, p. 78, ss.
- ⁵ Cf. p. ex. KAUFMANN, Felix. *Methodenlehre der Sozialwissenschaften*. Viena, 1936, especialmente p. 181 ss. KELSEN, Hans. *Vergeltung und Kausalität*. Haia, 1941. HEIDER, Fritz. Social perception and phenomenal causality. *Psychological Review*, 51, 1944, p. 358-374. JONES, Edward E. e outros. *Attribution. Perceiving the causes of behavior*. Nova Iorque, 1971. Quanto à literatura jurídica ver, por exemplo: LARENZ, Karl. *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*. Leipzig, 1927. HART, H. L. A. e HONORÉ, A. M. *Causation in the law*. Oxford, 1960. FEINBERG, Joel. *Doing and deserving: essays in the theory of responsibility*. Princeton, 1970.
- ^{5a} Sobre os primórdios dessa transformação da relação entre o tempo e o direito na idade média ver KLINKENBERG, Hans Martin. *Die Theorie der Veränderbarkeit des Rechts im frühen und hohen Mittelalter*. Em WILPERT, Paul. *Lex et sacramentum im Mittelalter*. Berlim, 1969, p. 157-188.
- ⁶ Assim formulado em KRAFT, Julius. *Paradoxien des positiven Rechts. Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 9, 1935, p. 270-282, 271.
- ⁷ Para maiores detalhes, ver o item 4 a seguir.
- ⁸ A esse respeito muita inspiração e muito material pode ser encontrado em BÜLCK, Hartwig. *Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht in nationaler und übernationaler Sicht. Schriftenreihe der Hochschule Speyer*, vol. 22, Berlim, 1964, p. 15-42, 31 ss. Mesmo com respeito ao direito penal, que geralmente é visto como pouco mutável (ver p. ex. DURKHEIM, Emile. *De la division du travail social*. Paris, 2.^a ed. 1902, p. 44), podemos encontrar a seguinte constatação em KIRCHWEY, George W. The prison place in the penal system. *The annals of the American academy of political and social science*, 157, 1931, p. 13-22, 15: "Dentre 100.000 pessoas que foram presas em um dos últimos anos em Chicago, mais da metade havia transgredido prescrições que há 25 anos ainda não existiam. Dos presos atualmente encarcerados pela administração federal, 76% cumprem penas por delitos que há 15 anos ainda não constituíam delitos." Nesse caso deve,

porém, ser considerado que os dados estão distorcidos pela legislação da proibição alcoólica então vigente.

- 9 Quanto à relação da crescente diferenciação e especificação de papéis com a escassez de tempo o aumento do ritmo necessário e da precisão temporal, ver: ELIAS, Norbert. *Über den Prozess der Zivilisation. Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen*. Basileia, 1939, vol. II, p. 337s. MOORE, Wilbert E. *Man, time and society*. Nova Iorque, 1963, especialmente p. 16 ss. LUHMANN, Niklas. *Die Knappheit der Zeit und die Vordringlichkeit des Befristeten*. *Die Verwaltung*, 1, 1968, p.3-30 (republicado em idem, *Politische Planung*. Opladen, 1971).
- 10 O fato de que essa necessidade de comprovação do antigo direito não exclua totalmente inovações é conhecido e já foi freqüentemente discutido (ver, entre outros: SPRANGEL, Rolf. *Über das Problem des neuen Rechts im früheren Mittelalter*. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 79, 1962, p. 117-137). Mesmo assim as possibilidades de inovação eram mantidas em limites naturalmente restritos. Dependiam de lapsos de memória, ficções e adulterações, e isso pressupõe uma documentação pouco desenvolvida.
- 11 Ainda não é possível avaliar se aí reside necessariamente uma renúncia à sistematização dogmática que, em suas implicações, anula a indiferença. O desenvolvimento do direito público, campo principal da legislação positiva, aponta claramente nesse sentido. Igualmente, porém, poderiam desenvolver-se outras formas, funcionalmente equivalentes em termos de desdogmatização, de controle conceptual das implicações dogmáticas, e que fossem compatíveis com níveis mais altos de indiferença.
- 12 Esse ponto será retomado no item 6 a seguir.
- 13 Para simplificar a exposição limitamos a análise à dimensão temporal, à normatização. É necessário considerar que também as outras dimensões da generalização de expectativas sobre expectativas desenvolvem formas reflexivas — que a institucionalização abrange inicialmente processos institucionalizantes só depois atingindo temáticas jurídicas materiais (ver vol. I, p. 92 s.), e que a temática do direito é construída por conceitos que constituem significados e interpretam. Nessa medida, os processos juridicamente regulamentados e as dogmáticas jurídicas representam aspectos parciais do quadro geral que aqui trataremos apenas parcialmente para tornar mais claro o princípio do desenvolvimento.
- 14 Para uma discussão geral ver; LUHMANN, Niklas. *Reflexive Mechanismen*. *Soziale Welt*, 17, 1966, p. 1-23. Para a aplicação ao direito positivo ver: Idem. *Positives Recht und Ideologie*. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 53, 1967, p. 531-571. Ambos republicados em: Idem. *Soziologische Aufklärung*. Colônia-Opladen, 1970.
- 15 FULLER (Lon L. *The morality of law*. New Haven-Londres, 1964) defende a noção semelhante de uma “procedural version of natural law” (p. 96) — se bem que travestida enquanto moral. Ele explica: “The term ‘procedural’ is broadly appropriate as indicating that we are concerned, not with the substantive aims of legal rules, but with the ways in which a system of rules for governing human conduct must be constructed and administered if it is to be efficacious and at the same time remains what it purports to be” (p. 97).

- 16 Cf. a esse respeito a controvérsia entre OPHÜLS (Carl Friedrich. *Ist der Rechtspositivismus logisch möglich? Neue Juristische Wochenschrift*, 21, 1968, p. 1745-1752) e HOERSTER (Nobert. *Zur logischen Möglichkeit des Rechtspositivismus*. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 56, 1970, p. 43-59). Outras observações serão feitas na parte final.
- 17 Uma interessante comprovação, por analogia, é a discussão da identidade na teoria transcendental do conhecimento, que também foi desencadeada na medida em que os processos (aqui o do conceber o conhecimento) tornou-se reflexivo. Aqui trata-se da questão de como um sujeito, que se concebe como objeto, apesar disso poderia manter-se idêntico consigo mesmo na medida em que referencie seu conceber àquela concepção.
- 18 Especialmente esclarecedora é a discussão entre HART (H. L. A. *Positivism and the separation of law and morals*. *Harvard law review*, 71, 1958, p. 593-629) e FULLER (Lon L. *Positivism and fidelity to law*. A reply to professor Hart. *Ibidem*, p. 630-672). Cf. ainda Shuman, Samuel L. *Legal Positivism. Its scope and limitations*. Detroit, 1963. Toda essa discussão sofre as conseqüências de que a positividade do direito ainda é insuficientemente determinada a partir da contraposição entre direito natural e moral.
- 19 A isso voltaremos ao final deste item.
- 20 P. ex. no tratamento literário do amor romântico.
- 21 Com isso confirmam-se as dúvidas sobre a fecundidade da indagação moral, já expressas por DURKHEIM. Cf. vol. I, p. 21 s.
- 22 Esse é um exemplo especialmente plástico da interdependência da reflexividade e da diferenciação: os problemas teológicos e morais da reflexão do pensamento sobre o amor, que determinavam a discussão desse tema no início da era moderna, por exemplo em BOSSUET e FENELON, podiam ser solucionados pela concepção romântica de um amar o amor (JEAN PAUL), que corre em paralelo à diferenciação fora da moral teologicamente sancionada e ao encaminhamento do amor a um sistema parcial da sociedade, funcionalmente específico: a família burguesa.
- 23 Considerações mais genéricas sobre a diferenciação de “sistemas legais” no direito avançado podem ser encontradas na circunvizinhança de PARSONS. Cf. PARSONS, Talcott. *Societies. Evolutionary and comparative perspectives*. Englewood Cliffs, 1966 (tradução brasileira: *Sociedades. Perspectivas evolutivas e comparativas*. Pioneira, São Paulo, 1969). PARSONS, Talcott. *The system of modern societies*. Englewood Cliffs, 1971. MAYHEW, Leon H. *Law; the legal system*. *International encyclopedia of the social sciences*, vol. 9, 1968, p. 59-66. Cf. ainda KLONOSKI, James R. e MENDELSON, Robert I. *The allocation of justice; a political approach*. *Journal of public law*, 14, 1965, p. 323-342. FRIEDMAN, Lawrence M. *Legal culture and social development*. *Law and society review*, 4, 1969, p. 29-44.
- 24 Na teoria do direito a característica da capacidade de coação é agora amplamente rejeitada como critério geral e imediatamente válido para qualquer preceito jurídico. Ver p. ex. o esclarecimento em KANTOROWICZ, Hermann. *Der Begriff des Rechts*. Göttingen, sem data, p. 72 s. Ou então ver HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford, 1961. Para uma crítica ao último, ver GIBBS, Jack P. *Definitions of law and empirical questions*. *Law and society review*, 3, 1968, p. 429-446.

- 25 Cf. POUND, Roscoe. The limits of effective legal action. *International journal of ethics*, 27, 1917, p. 150-167. Ver ainda do mesmo autor *Social control through law*. New Haven, 1942, especialmente sobre o problema da coação frente a uma moralização do direito.
- 26 Cf. p. ex. GOOSTREE, Robert E. The Iowa civil rights statute; a problem of enforcement. *Iowa law review*, 37, 1952, p. 242-248. Para maiores detalhes ver MAYHEW, Leon H. *Law and equal opportunity*. Cambridge/Mass., 1968. Um outro exemplo da reinterpretação formalmente ilegal de programas condicionais no sentido de programas objetivos foi pesquisado em BEUTEL, Frederick K. *Some potentialities of experimental jurisprudence as a new branch of social science*. Lincoln/Nebr., 1957, p. 256 ss.; a prática das instâncias americanas de ação penal obrigarem o pagamento de cheques sem fundos no lugar de buscarem a punição daqueles que os emitiram.
- 27 O mesmo pode ser constatado no âmbito das expectativas cognitivas, e dessa forma o fenômeno assume um caráter típico. Também aqui a especificação moderna das condições da verdade no sentido da certeza intersubjetiva levou, em comparação com a tradição, a uma considerável restrição das possibilidades da verdade, e ao mesmo tempo a um imenso crescimento das informações verdadeiras ou possivelmente verdadeiras.
- 28 Essa separação entre direito e moral já tinha assumido uma considerável expressividade na China clássica, sem que daí surgissem influências sobre o desenvolvimento europeu. A forma chinesa da separação entre direito e moral só pode ser adequadamente compreendida a partir de sua própria história. Já na passagem das sociedades arcaicas tardias para a cultura avançada politicamente unificada formaram-se, na China, dois diferentes mecanismos com as correspondentes tradições: a legislação política fundamentada na centralização do poder punitivo, e a moral confuciana (Li), fundamentada na generalização e no desdobramento ético de ritos arcaicos, em princípio antilegalista. Cf. NEEDHAM, Joseph. *Science and civilization in China*. Vol. II, Cambridge, 1956, p. 518 ss. T'UNG-TSU, Ch'u. *Law and society in traditional China*. Paris-Haia, 1961, p. 226 ss. A legislação orientava-se pela moral apenas em termos de política legislativa, enquanto que em casos de conflito entre ambos, o direito tinha precedência sobre a moral, já devido às pesadas ameaças de punição. Em termos formais, essa solução lembra a adotada modernamente na Europa. Mas ela tinha que superar um fosso muito menor entre o direito e a moral, já que a moral não se baseava no princípio da autodeterminação introspectiva do sujeito, mas estava codificada quase que juridicamente em uma tradição literária acabada.
- 29 Ver p. ex. a metafísica dos costumes em KANT, sua estruturação e sua fundamentação. A par disso encontramos no utilitarismo inglês a diferenciação entre o direito que é e o direito que (moralmente) deveria ser. Ambas as concepções apresentam dificuldades características no que diz respeito ao seu esclarecimento mais detalhado, e de qualquer maneira não são capazes de captar o que seria *sociologicamente* relevante na diferença entre direito e moral. Para uma visão geral sobre a discussão a partir desse ponto, ver NEF, Hans. *Recht und Moral in der deutschen Rechtsphilosophie seit Kant*. St. Gallen, 1937.

- 29a Esse é um tema frequentemente rediscutido. Cf. as referências recíprocas entre os textos: DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. Londres, 1965. HART, H. L. A. *Law, liberty and morality*. Londres, 1963. MITCHELL, Basil, *Law, morality and religion in a secular society*. Londres, 1970.
- 30 O fato de que essa separação é reproduzida na vivência fática, sem porém chegar a estabelecer uma irrelevância recíproca, é mostrado em pesquisas empíricas mais recentes: WALKER, Nigel e ARGYLE, Michael. Does the law affect the moral judgements? *British journal of criminology*, 1964, p. 570-581. BERKOWITZ, Leonard e WALKER, Nigel. Laws and moral judgements. *Sociometry*, 30, 1967, p. 410-422. DUSTER, Troy. *The legislation of morality. Law, drugs and moral judgement*. Nova Iorque, 1970. Para um tratamento teórico desse aspecto ver: PIAGET, Jean. Les relations entre la morale et le droit. Em idem. *Etudes sociologiques*. Genebra, 1965, p. 172-202 (tradução brasileira: *Estudos sociológicos*. Forense, Rio, 1973, p. 197-231).
- 31 Isso naturalmente não quer dizer que não mais existiriam concepções finalísticas ou pretensões com respeito ao trabalho processualmente ordenado das decisões jurídicas. Com essa limitação podemos satisfazer as restrições contra a concepção, generalizada e apresentada no texto, da separação entre direito e moral, restrições essas apresentadas em FULLER, Lon L. *The morality of law*. New Haven-Londres, 1964.
- 31a Esse efeito moralizante, assim como sua tendência ao fortalecimento do comportamento divergente, foi detalhadamente pesquisado no exemplo da legislação antidrogas norte-americana em DUSTER, op. cit.
- 32 Para maiores detalhes ver LUHMANN, Niklas. Die Gewissensfreiheit und das Gewissen. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 90, 1965, p. 257-286.
- 33 Para alguns esclarecimentos ver: LUHMANN, Niklas. Selbststeuerung der Wissenschaft. *Jahrbuch für Sozialwissenschaft*, 19, 1968, p. 147-170. Republicado em; Idem. *Soziologische Aufklärung*. Colônia-Opladen, 1970.
- 34 Ver p. ex. PLATÃO. *Nomoi*, 857 e ss. Para os esforços na União Soviética cf. BERMAN, Harold J. *Justice in the USSR*. Nova Iorque, 1963, p. 277 ss.
- 35 Cf. p. ex. BEYERLE, Franz. Sinnbild und Bildgewalt im älteren deutschen Recht. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 58, 1938, p. 788-807.
- 36 Podemos encontrar uma impressionante coleção em DAGUIN, Arthur. *Axiomes, aphorismes et brocards français de droit*. Paris, 1926.
- 37 Para um exemplo da proibição dirigida ao senhor político de enriquecer-se lançando mão da fortuna do faltoso a ser punido, ver nas leis de Manu IX, 243 e 246: "A virtuous king must not take for himself the property of a man guilty of moral sin; but if he takes it out of greed, he is tainted by that guilt (of the offender) ... In that (country) where the king avoids taking property of (mortal) sinners, men are born in (due) time (and are) longlived" (BÜHLER, Georg. *The laws of Manu*. Oxford, 1886). O problema regulamentado, a função de determinação para assegurar uma jurisprudência objetiva, no caso de uma norma fixada de forma funcionalmente tão difusa, não estabelece um sentido nem, enquanto "ratio legis", uma linha de interpretação.
- 38 Neste caso já ao custo do rigor e da aplicabilidade jurídica, como observado por WEBER, Max, op. cit., p. 263 s. Desde então países socialistas

- repetiram a experiência de que a popularização da linguagem jurídica é problemática em termos de técnica jurídica.
- 39 Apesar de sua abominável linguagem jurídica, os americanos até há pouco ainda tinham uma concepção muito otimista sobre a educação como um processo auxiliar da implantação do direito. Ver: HORACK, Frank E. Cases and materials on legislation; eliminating racial discrimination. *Race*, 7, 1965, p. 107-122. Mais céticas são as pesquisas empíricas, principalmente MAYHEW, Leon H. *Law and equal opportunity; a study of the Massachusetts commission against discrimination*. Cambridge/Mass., 1968.
- 40 Esse conceito de programa é mais genérico que o da área de computação. Ele comprovou-se como elo de ligação entre a teoria de sistemas e a teoria da decisão (enquanto teoria do comportamento voltado para a solução de problemas). Os desdobramentos a partir dessa base são conhecidos principalmente na psicologia. Ver p. ex.: REITMAN, Walter R. Heuristic decision procedures, open constraints and the structure of ill-defined problems. E. SHELLY, Maynard W. e BRYAN, Glenn L. *Human judgements and optimality*. Nova Iorque-Londres-Sidnei, 1964, p. 282-315. Idem. *Cognition and thought — an information-processing approach*. Nova Iorque-Londres-Sidnei, 1965. KIRSCH, Werner. *Entscheidungsprozesse*. 3 volumes, Wiesbaden, 1970/71, especialmente vol. II.
- 41 Cf. SEAGLE, William. *Weltgeschichte des Rechts — eine Einführung in die Probleme und Erscheinungsformen des Rechts*. Munique-Berlim, 1951, p. 165 s.
- 42 Sem embargo GEIGER (Theodor. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Neuwied, 1964, p. 49) vê nisso uma forma básica genérica do direito em si, enquanto que FRANK (Jerome, *Courts on trial — myth and reality in American justice*. Princeton, 1949, p. 14) pleiteia um reconhecimento "realístico" desse fato. Para os desdobramentos na teoria e na lógica do direito ver: ROSS, Alf. *On law and justice*. Londres, 1968, p. 170. LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960, p. 160 e 195 ss. ENGISCH, Karl. *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*. Heidelberg, 1963, p. 17 ss. SCHREIBER, Rupert. *Die Geltung von Rechtsnormen*. Berlin-Heidelberg-Nova Iorque, 1966, p. 9 ss. Em termos críticos, referindo-se à continuidade da relevância da orientação finalística e da argumentação teleológica, ver: MAYO, Louis H. e JONES, Ernest M. Legal-policy decision process — alternative thinking and predictive function. *The George Washington law review*, 33, 1964, p. 318-456. ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Frankfurt, 1970, p. 141 ss. No sentido oposto, SCHMIDT, Walter (Die Programmierung von Verwaltungsentscheidungen. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 96, 1971, p. 321-354) aponta que os programas finalísticos também contêm momentos condicionais. Em termos de pleito por uma análise sócio-jurídica dos programas condicionais é de se ressaltar a obra de FARNETI, Paolo. Problemi di analisi sociologica del diritto. *Sociologia*, 1961, p. 33-87. Sobre as possibilidades de um tratamento em termos da teoria de sistemas e da teoria da decisão ver também LUHMANN, Niklas. Lob der Routine. *Verwaltungsarchiv*, 55, 1964, p. 1-33, republicado em idem, *Politische Planung*. Opladen, 1971. Ver ainda do mesmo autor, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*. Berlin, 1966, p. 35 ss.
- 43 Max WEBER, ao contrário, captou essas conseqüências, sem no entanto enquadrá-las conceitualmente em termos mais precisos, adotando a formulação insuficiente de compreender a contradição entre programas condicionais e orientações finalísticas como contradição entre expressões "formais" e "materiais" do direito.
- 44 Em parte isso também é um problema das fronteiras entre as especialidades, pois os problemas da racionalização do esquema fim/meio são elaborados na ciência econômica, e não na ciência jurídica. Na União Soviética parece existir atualmente uma consciência séria e uma ampla discussão do problema da relação entre princípio jurídico e fins. Cf. as referências em RODINGEN, Hubert. Die gegenwärtige rechts — und sozialphilosophische Diskussion in der Sowjetunion. *Archiv für Rechts — und Sozialphilosophie*, 56, 1970, p. 209-244.
- 45 A esse respeito e sobre o correspondente desvio dos fins como justificativa ver também LUHMANN, Niklas. *Zweckbegriff und Systemrationalität*. Tübingen, 1968, especialmente p. 58 ss.
- 46 Os problemas lógicos e teóricos implícitos nessa afirmação estão longe de uma solução. Para uma tentativa polêmica de incorporar a muito discutida problemática dos princípios condicionais irrealis (counterfactual conditionals) em uma teoria geral da projeção de possibilidades, ver GOODMAN, Nelson. *Fact, fiction and forecast*. Londres, 1955. Para a discussão daí resultante e outras indicações ver TELLER, Paul. Goodman's theory of projection. *The British journal for the philosophy of science*, 20, 1969, p. 219-238.
- 47 Essa compreensão essencial foi elaborada por GARNER, Wendell R. (*Uncertainty and structure as psychological concepts*. Nova Iorque-Londres, 1962.) para a esfera do processamento da experiência através de categorias. Essa é a referência das considerações acima desenvolvidas, especialmente com respeito à absorção do conceito da "incerteza contingente".
- 48 Cf. HUSSERL, Edmund. *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendentalen Phänomenologie*. Husserliana, vol. VI, Haia, 1954. É interessante que BLUMENBERG, Hans (*Lebenswelt und Technisierung unter den Aspekten der Phänomenologie*. Torino, 1963.), ao esclarecer esse conceito de técnica, lança mão de um exemplo que se aproxima especialmente do caso de um programa condicional: a redução da ação humana a puras funções de desencadeamento de reações e conseqüências complexas.
- 49 Esses limites da decisão do juiz foram elaborados por sociólogos escandinavos e contrapostos à pesquisa científica e, respectivamente, aos processos decisórios de planejamento. Cf. AUBERT, Vilhelm e MESSINGER, Sheldon L. The criminal and the sick. *Inquiry*, 1, 1958, p. 137-160. AUBERT, Vilhelm. Legal justice and mental health. *Psychiatry*, 21, 1958, p. 101-113. Ambos republicados em AUBERT, Vilhelm. *The hidden society*. Totowa/N.J., 1965. Do mesmo autor: The structure of legal thinking. Em *Legal essays — festschrift til Frede Castberg*. Copenhagem, 1963, p. 41-63. ECKHOFF, Torstein. Justice and social utility. Em *Legal essays*, op. cit., p. 74-93. ECKHOFF, Torstein e JACOBSON, Knut Dahl. *Rationality and responsibility in judicial decision-making*. Copenhagem, 1960.
- 50 Através dessa noção de uma "two-level procedure of justification", um cálculo da utilidade apenas no plano geral da norma, mas não no caso individual, WSSERSTROM, Richard A. (*The judicial decision — toward*

- a theory of legal justification. Stanford-Londres, 1961) rejeita tendências à justificação meramente utilitarista da decisão do juiz a cada caso. Essa noção baseia-se na diferenciação do utilitarismo tardio entre act-utilitarian e rule-utilitarian. A esse respeito ver: BRANDT, Richard B. *Ethical theory — the problem of normative and critical ethics*. Englewood Cliffs, 1959, p. 380 ss. (com outras indicações bibliográficas). SINGER, Marcus G. *Generalization in ethics*. Londres, 1963, p. 203 ss. (recorrendo a J. St. MILL). RAWLS, John. Two concepts of rules. *The philosophical review*, 64, 1955. Republicado e citado segundo CARE, Norman S. e LANDESMAN, Charles. *Readings in the theory of action*. Bloomington-Londres, 1968, p. 306-340.
- 51 Para o primeiro aspecto cf. ECKHOFF, Torstein. Impartiality, separation of powers and judicial independence. *Scandinavian studies in law*, 9, 1965, p. 11-48. Para o último, cf. PODLECH, Adalbert. *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*. Berlim, 1971, especialmente p. 106 e 117.
- 52 Esse entendimento com respeito às metas imediatas do processo não é inquestionável, o que fica demonstrado por PACKER, Herbert L. (Two models of the criminal process. *University of Pennsylvania law review*, 113, 1964, p. 1-68. Idem. *The limits of the criminal sanction*. Stanford, 1969) ao tentar diferenciar dois entendimentos do processo penal na medida em que no primeiro plano esteja uma legalidade condicionalmente orientada ou o combate efetivo à criminalidade. PACKER contrapõe à tendência fática a um "crime control model" adequado, a exigência da maior consideração do "due process model", que contém o processo através da programação de condições da legalidade, no interesse de valores reconhecidos.
- 53 *Die Hüter von Recht und Ordnung — die soziale Herkunft, Erziehung und Ausbildung der deutschen Juristen*. Neuwied-Berlin, 1969. Ver por exemplo a constatação de uma origem preponderante de famílias "nas quais se dá mais relevância ao controle normativo do comportamento que ao comportamento objetivo, instrumental" (p. 216), se bem que essa constatação demanda pesquisas mais detalhadas e principalmente uma comparação com outras profissões.
- 54 Para maiores detalhes, ver LUHMANN, Niklas. *Zweckbegriff und Systemrationalität*. Op. cit., especialmente p. 177 ss.
- 55 Um exemplo típico para a discussão mais recente é: IJIRI, Yuji. *Management goals and accounting for control*. Amsterdam, 1965.
- 56 Cf. também LUHMANN, Niklas. *Lob der Routine*. Op. cit., p. 22 ss. Ver ainda idem. *Funktionen und Folgen formaler Organisation*. Berlim, 1964, p. 97 ss.
- 57 No item 8 a seguir retornaremos à questão se dessa forma pode ser garantida também a implementação do programa.
- 58 Cf. a esse respeito ECKHOFF, op. cit., 1965.
- 59 Partindo de outras considerações, WASSERSTROM, op. cit., p. 169, também conclui que as duas etapas da racionalização da decisão jurídica por ele sugeridas (ver nota 50 acima) têm por pressuposto a possibilidade de mudança das regras jurídicas.
- 60 Para uma discussão típica, considerando e avaliando as vantagens e as desvantagens de ambos os tipos de decisões, ver PATON, George W. *A text-book of jurisprudence*. Oxford, 1951, p. 182 ss.

- 61 Como quasi quaedam particularis lex in aliquo particulari facto, segundo a interpretação da sentença judicial por TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologiae* II, II qu. 61 art. 1.
- 62 Como exemplos desse entendimento, ver: HUSSON, Léon. *Les transformations de la responsabilité — étude sur la pensée juridique*. Paris, 1947, especialmente p. 12 ss. ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübingen, 1956.
- 63 A jurisprudência inglesa apresenta indicações dessa diferença. Ver p. ex. ALLEN, Carleton Kemp. *Law in the making*. Oxford, 1958, p. 409 s. Esse autocomprometimento do juiz é crescentemente questionado na literatura mais recente. Ver p. ex. ESSER, Josef. Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht. *Festschrift Fritz von Hippel*, Tübingen, 1967, p. 95-130. Não obstante, o juiz não está aparelhado nem em termos organizacionais nem com a técnica informativa suficiente para exercer essa "judicial legislation".
- 64 Uma instrutiva visão geral sobre o desenvolvimento histórico da vinculação judicial a precedentes é fornecida por ALLEN, op. cit., p. 157 ss.
- 65 Aqui reside um dos mais importantes pontos de referência para a análise sociológica do processo da decisão em juízo. A sociologia poderia ajudar o juiz a reconhecer casos novos através da sua dependência de situações sociais modificadas, com o que seria possível fundamentar seu ineditismo. Cf. também FARNETTI, Paolo. Problemi di analisi sociologica del diritto. *Sociologia*, 1961, p. 33-87, especialmente p. 74.
- 66 Seria fecundo indagar mais especificamente até que ponto essas técnicas, em sua configuração atual, pressupõem que o legislador (e não o juiz) tenha estatuído o direito de tal forma que a datação do ato legislativo e a suposição de uma "vontade" abstrata do legislador concedam ao juiz uma margem relativamente ampla de interpretação, constituindo quase que um direito derivado à modificação do direito que, nessa forma, só pode ser praticado se e na medida em que exista legislação.
- 67 É por isso que, por mais estranho que pareça à primeira vista, nos casos de reorientações radicais e rápidas do direito a novos rumos ideológicos não é a legislação, mas a jurisprudência o instrumento mais eficaz, determinado por certas leis orientadoras, por medidas de política de pessoal e, finalmente, pelo puro terror, capaz de verificar cada caso em conformidade com as novas orientações. Cf. a esse respeito a rica pesquisa de RÜTHERS, Bernd. *Die unbegrenzte Auslegung — zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. Tübingen, 1968. Mesmo assim, uma grande parte do direito antigo, ideologicamente neutro, subsiste.
- 68 Por isso os parlamentos não são capazes de representar o poder formador do direito, como foi acertadamente observado por BENJAMIN, Walter (Zur Kritik der Gewalt. Em: Idem. *Angelus Novus*. Frankfurt, 1966, p. 2-66, especialmente p. 53 s.), se bem que erroneamente avaliado como um "lastimável espetáculo".
- 69 SIMON, Herbert A. (Recent advances in organization theory. Em *Research frontiers in politics and government*. Washington, 1955, p. 23-44) ressaltou de forma especialmente clara essa diferença, diluindo-a porém mais tarde no sentido da hipótese de um contínuo de decisões mais ou menos programadas. Ver, do mesmo autor, *The new science of management*. Nova Iorque, 1960, p. 5 ss. Para a aplicação a questões do direito administrativo ver também SCHMIDT, Walter. *Die Progra-*

- mierung von Verwaltungsentscheidungen. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 96, 1971, p. 321-354.
- 70 Podemos encontrar material empírico a esse respeito nas pesquisas americanas mais recentes sobre o comportamento nas corporações legislativas. Cf. entre outros WAHLKE, John C. e EULAU, Heinz. *Legislative behavior*. Glencoe/Il., 1959. WAHLKE, John C.; EULAU, Heinz; BUCHANAN, William e FERGUSON, LeRoy C. *The legislative system — explorations in legislative behavior*. Nova Iorque-Londres, 1962. WILDAVSKY, Aaron. *The politics of the budgetary process*. Boston-Toronto, 1964. BARBER, James D. *The lawmakers — recruitment and adaptation to legislative life*. New Haven-Londres, 1965.
- 71 Cf. KRAWIETZ, Werner. *Das positive Recht und seine Funktion — kategoriale und methodologische Überlegungen zu einer funktionalen Rechtstheorie*. Berlim, 1967. Esse texto defende em termos mais implícitos que explícitos uma separação entre jurisprudência e legislação em analogia à programação condicional ou finalística. Cf. as formulações explícitas em FARNETTI, Paolo. Problemi di analisi sociologica del diritto. *Sociologia*, 1961, p. 33-87. EHMKE, Horst. Prinzipien der Verfassungsinterpretation. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 20, 1963, p. 53-102.
- 72 POUND, Roscoe (The administrative application of legal standards. *Reports of the forty-second meeting of the American Bar Association*, Baltimore, 1919, p. 445-465.) já havia aproximado fortemente o juiz à administração, como uma espécie de *social engineer*.
- 73 Para maiores detalhes ver a introdução do capítulo V a seguir.
- 74 Em um sentido oposto, sociólogos da organização notaram que as necessidades de mudanças são represadas até a formação de crises, pois apenas assim pode surgir um convencimento da necessidade e do sentido da mudança. Cf. p. ex.: SOFER, Cyril. *The organization from within — a comparative study of social institutions based on a socio-therapeutic approach*, Chicago, 1962, p. 150 ss. CROZIER, Michel. *Le phénomène bureaucratique*. Paris, 1963, p. 34, 259 s., 291 ss., 360 s. GORE, William J. *Administrative decision-making — a heuristic approach*. Nova Iorque-Londres-Sidnei, 1964. HERMANN, Charles F. Some consequences of crisis which limit the viability of organizations. *Administrative science quarterly*, 8, 1963, p. 61-82.
- 75 A tese diametralmente oposta, de que ao longo da evolução social o direito torna-se crescentemente dependente do sistema político, pode ser encontrada em PARSONS, Talcott. *Societies — evolutionary and comparative perspectives*, op. cit., p. 27. Ela está relacionada à separação estrita que PARSONS estabelece entre sistema cultural e sistema social, assim como ao seu conceito de sistema político limitado à realização de objetivos coletivos predeterminados culturalmente; com isso documenta-se novamente que a “sociologia clássica do direito” não é capaz de captar suficientemente a positividade do direito.
- 76 A esse respeito, e quanto aos desdobramentos a seguir, cf. também LUHMANN, Niklas. *Politische Planung*. *Jahrbuch für Sozialwissenschaft*, 17, 1966, p. 271-296. Republicado em idem. *Politische Planung*. Opladen, 1971.
- 77 Se bem que essa noção tenha sido também concebida conscientemente em um sentido anti-hierárquico, destinado a romper com a estrutura mono-hierárquica do sistema político. Para essa diferenciação ver
- GOODNOW, Frank J. *Politics and administration — a study in government*. Nova Iorque-Londres, 1900.
- 78 Cf. EASTON, David. *A system analysis of political life*. Nova Iorque-Londres-Sidnei, 1965, p. 128 ss.
- 79 Para um exemplo característico ver RIGGS, Fred W. *Thailand — the modernization of a bureaucratic polity*. Honolulu, 1966.
- 80 Cf. *Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages*, vol. II, parte D.
- 81 Cf. LUHMANN, Niklas. *Öffentlichrechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*. Berlim, 1965. Ver ainda o capítulo V, item 2 a seguir.
- 82 Um conhecido texto sobre planejamento político (DROR, Yehezkel. *Public policy-making reexamined*. São Francisco, 1968), por exemplo, quase não se refere ao direito e avalia a propriedade do legislativo nesse contexto ceticamente devido à estrutura política de seu processo de formação de opinião (p. 278 ss.). Também na Alemanha, principalmente nos últimos tempos, aumentam as dúvidas quanto à possibilidade do planejamento na forma de leis. Ver também LUHMANN, Niklas. *Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie*. *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. No prelo.
- 83 Cf. p. ex.: KRUIJT, Jacob Pieter e GODDIJN, Walter. *Versäulung und Entsäulung als soziale Prozesse*. Em MATTHES, Joachim. *Soziologie und Gesellschaft in den Niederlanden*. Neuwied, 1965. Sobre a mesma questão LIPSET, Seymour M. *Soziologie der Demokratie*. Neuwied-Berlim, 1962, p. 18 s., 81 ss. Para uma determinada forma de solução ver LEHMBRUCH, Gerhard. *Proporzdemokratie — politisches System und politische Kultur in der Schweiz und Österreich*. Tübingen, 1967.
- 84 A esse respeito e sobre os desdobramentos a seguir, ver LUHMANN, Niklas. *Positives Recht und Ideologie*. *Archiv für Rechts — und Sozialphilosophie*, 53, 1967, p. 531-571. Republicado em idem. *Soziologische Aufklärung*. Colônia-Opladen, 1960. Do mesmo autor ver ainda *Opportunismus und Programatik in der öffentlichen Verwaltung*. Em idem. *Politische Planung*, op. cit., p. 165-180.
- 85 Essa noção, no meio tempo conhecida, foi desenvolvida em SCHUMPE-TER, Josef A. *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*. Berna, 1946, p. 427 ss.
- 86 Exemplo segundo AUBERT, Vilhelm. *Einige soziale Funktionen der Gestzgebung*. em HIRSCH/REHBINDER, op. cit., p. 284-309.
- 87 Assim em MARCH, James G. e SIMON, Herbert A. *Organizations*. Nova Iorque-Londres, 1958, p. 164 s.
- 88 Para maiores detalhes sobre essa localização da noção do Estado de direito ver LUHMANN, Niklas. *Gesellschaftliche und politische Bedingungen des Rechtsstaates*. Em *Studien über Recht und Verwaltung*. Colônia-Berlim-Bonn-Munique, 1967, p. 81-102. Republicado em idem. *Politische Planung*. Op. cit.
- 89 Juntamente com SCHARPF, Fritz (*Die politischen Kosten des Rechtsstaats*. Tübingen, 1970) é necessário assinalar a crescente dificuldade do balanceamento político do processo decisório, que pode surgir como consequência de uma extrapolação do princípio do Estado de direito.
- 90 A noção conceitual de um direito unilateralmente abstrato e subjetivo também se insere nesse contexto e se refere às necessidades de uma sociedade fortemente diferenciada. A isso voltaremos a seguir, no item 2 do próximo capítulo.

- 91 Destacando a questão do motivo do surgimento de um direito da questão da proteção à desapropriação. Ver GROTIUS, Hugo. *De iure belli ac pacis libri tres*. II, 14 § VIII, edição Amsterdam, 1720, p. 416.
- 92 Sobre essa fundamentação da responsabilidade por risco ver LUHMANN, Niklas. *Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*. Berlin, 1965, p. 139 s.
- 93 Ver por exemplo as constatações com respeito aos Kapauku Papuas em POSPISIL, op. cit., p. 252 s.
- 94 A tendência e a possibilidade disso pode estar muito diferenciadamente distribuída na sociedade, relacionando-se com outras variáveis. Um pesquisa sobre essa questão pode ser encontrada em MAYHEW, Leon e REISS JR., Albert J. The social organization of legal contracts. *American sociological review*, 34, 1969, p. 309-318. Uma visão geral atual sobre as pesquisas empíricas com respeito à disseminação do conhecimento jurídico pode ser encontrada em PODGORECKI, Adam. Loi et morale en théorie et pratique. *Revue de L'Institut de sociologie*, 1970, p. 277-293, especialmente p. 278 s.
- 95 Essa relação encontra-se insinuada em EMERY, F. E. The next thirty years — methods and anticipations. *Human relations*, 20, 1967, p. 199-237, esp. p. 225 ss. Para o âmbito das expectativas cognitivas ver também LANE, Robert E. The decline of politics and ideology in a knowledgeable society. *American sociological review*, 31, 1966, p. 649-662. O enfraquecimento da autoridade moral das leis já foi interpretado como uma expressão geral e normal em CRUET, Jean. *La vie du droit et l'impuissance des lois*. Paris, 1908, p. 219 ss. Ver também RIPERT, Georges. *Les forces créatrices du droit*. Paris, 1955, p. 171 ss.
- 96 Isso parece estar presente quando SAVIGNY (Friedrich Karl von. *Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg, 1814, p. 43) acentuou: "Aquilo que dessa forma é ante os nossos olhos criado pela mão humana é diferenciado, no sentimento do povo, daquilo cuja criação não é tão visível e palpável,..."
- 97 A esse respeito DAHL (Robert A. *A preface to democratic theory*. Chicago, 1956) sugere a caracterização da democracia não como dominação da maioria, mas como dominação de muitas minorias.
- 98 Sobre essa tese frequentemente chamada de teoria "pluralista" do direito, ver a discussão anterior no 1.º vol., p. 147.
- 99 A esse respeito e para os desdobramentos a seguir, ver LUHMANN, Niklas. *Funktionen und Folgen formaler Organisation*. Berlin, 1964.
- 100 A respeito do mercado contrabalançando normatizações privadas cf. também FRIEDMAN, Lawrence M. Legal rules and the processes of social change. *Stanford law review*, 4, 1967, p. 786-840, principalmente p. 806 s.
- 101 Característico nesse sentido: BROCKHAUS, Friedrich. *Das Legitimitätsprinzip — eine staatsrechtliche Abhandlung*. Leipzig, 1868.
- 102 Assim desde JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. 3.ª edição, republicada em Darsmstadt, 1959, p. 285, 332 ss. A respeito da discussão jurídica cf. ainda WELZEL, Hans. *An den Grenzen des Rechts — die Frage nach der Rechtsgeltung*. Colônia-Opladen, 1966. Para a discussão sociológica e política ver: WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Colônia-Berlin, 1964, p. 22 ss., 157 ss. WINCKELMANN, Johannes. *Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie*. Tübingen, 1952. BINDER, Leonard. *Iran — political development in a changing society*. Berkeley-Los Angeles, 1962. FRIEDRICH, Carl J. *Man and his government*. Nova Iorque-São Francisco-Toronto-Londres, 1963, p. 232 ss. EASTON, David. *A systems analysis of political life*. Nova Iorque-Londres-Sidnei, 1965, p. 278 ss. Para uma fundamentação baseada na vigência social e não no convencimento, ver KIELMANSEGG, Peter Graf von. Legitimität als analytische Kategorie. *Politische Vierteljahresschrift*, 12, 1971, p. 367-401.
- 103 Contra a tese de WEBER da legitimidade racional-legal deve ser principalmente argüido que ela apenas formula esse problema, sem porém apontar os mecanismos sociais que o poderiam solucionar. A esse respeito ver também as observações críticas em: BLAU, Peter M. Critical remarks on Weber's theory of authority. *The american political science review*, 57, 1963, p. 305-316, principalmente p. 311 s. EASTON, op. cit., p. 301 s. BUCKLEY, Walter F. *Sociology and modern systems theory*. Englewood Cliffs, 1967, p. 197 s. Mesmo as discussões sócio-psicológicas da "legal compliance" não apresentam uma colocação satisfatória do problema, e muitos menos uma solução — cf. KATZ, Daniel e KAHN, Robert L. *The social psychology of organizations*. Nova Iorque-Londres-Sidnei, 1966, p. 341 ss.
- 104 Com isso fundamenta-se ao mesmo tempo a tese formulada no item 2 acima, de que os programas condicionais se especializam tendo em vista efeitos que possam ser forçosamente impostos.
- 105 De resto, a eficácia do terror baseia-se naturalmente na generalização simbólica — e não na efetivação física de efeitos físicos. Cf. entre outros THORNTON, Thomas P. Terror as a weapon of political agitation. Em ECKSTEIN, Harry. *Internal war — problems and approaches*. Nova Iorque-Londres, 1964, p. 71-99.
- 106 Para esse ponto e os desdobramentos a seguir ver LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Neuwied-Berlin, 1969. Ver também a respectiva crítica em ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Frankfurt, 1970, p. 202 ss. ROTTLEUTHNER, Hubert R. Zur Soziologie richterlichen Handelns (II). *Kritische Justiz*, 1971, p. 60-88.
- 107 Uma compreensão correspondente parece impor-se também em novas contribuições à teoria da "socialização". Cf. p. ex.: WRONG, Dennis. The oversocialized conception of man in modern sociology. *American sociological review*, 26, 1961, p. 183-193. BECKER, Howard S. Personal Change in adult life. *Sociometry*, 27, 1964, p. 40-53. ROSOW, Irving. Forms and functions of adult socialization. *Social forces*, 44, 1965, p. 35-45.
- 107a Sobre a relação entre o respeito à lei e sanções ver a literatura mais recente: SCHWARTZ, Richard D. e ORLEANS, Sonya. On legal sanctions. *University of Chicago law review*, 34, 1967, p. 274-300. CHAMBUSS, William J. Types of deviance and the effectiveness of legal sanctions. *Wisconsin law review*, 1967, p. 703-719. TITTLE, Charles R. Crime rates and legal sanctions. *Social problems*, 16, 1969, p. 409-423. DUSTER, Troy. *The legislation of morality — law, drugs and moral judgement*. Nova Iorque-Londres, 1970, especialmente p. 23 ss.
- 108 Como exemplos de boas pesquisas que comprovam isso, ver: POSPISIL, Leopold. *Kapauku papuans and their law*. New Haven, 1958. SPRENKEL, Sybille van der. *Legal institutions in Manchu China — a sociological analysis*. Londres, 1962.

- 109 Essa necessidade de outros motivos além do mero reconhecimento do conteúdo normativo é assinalada também por POUND, Roscoe. *Social control through law*, 1942. Republicado em Hamden, 1968 p. 61.
- 110 Sobre esse conceito de informação e sua relação com questões estruturais ver LUHMANN Niklas. Reform und Information — theoretische Überlegungen zur Reform der Verwaltung. *Die Verwaltung* 3, 1970, p. 15-41, republicado em idem. *Politische Planung*. Opladen, 1971.
- 111 *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens — Dunkelziffer, Norm und Strafe*. Tübingen, 1968.
- 112 Os desdobramentos a seguir são apoiados em pesquisas empíricas bastante dispersas. Ver, p. ex.: WARBURTON, Clark. Prohibition. *Encyclopedia of the social sciences*, vol. XII, 1934, p. 499-510. SCHMIDT, Folke; GRANTZE, Leif e ROOS, Axel. Legal working hours in Swedish agriculture. *Theoria*, 12, 1946, p. 181-196. BEUTEL, Frederick K. Some potentialities of experimental jurisprudence as a new branch of social science. Lincoln, 1957, p. 187 ss. BALL, Harry. Social structure and Rentcontrol violations. *American journal of sociology*, 65, 1960, p. 598-604. ROSS, H. Laurence. Traffic law violations. *Social problems*, 8, 1960, p. 231-241. BAMBERGER, Michael A. e LEWIN, Nathan. The right to equal treatment — administrative enforcement of antidiscrimination legislation. *Harvard law review*, 74, 1961, p. 526-589. MAYHEW, Leon H. *Law and equal opportunity*, op. cit. CHAMBLISS, William J. A sociological analysis of the law of vagrancy. *Social problems*, 12, 1964, p. 67-77. EMPEY LaMar T. e ERICKSON, Maynard L. Hidden delinquency and social status. *Social forces*, 44, 1966, p. 546-554. AUBERT, Vilhelm. Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung. Em HIRSCH/REHBINDER, op. cit., p. 284-309. SKOLNICK, Jerome H. e WOODWORTH, Richard. Bureaucracy, information and social control. Em BORDUA, David J. *The police*. Nova Iorque-Londres-Sidnei, 1967, p. 99-136. BLANKENBURG, Erhard. Die Selektivität rechtlicher Sanktionen. *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 21, 1969, p. 805-829. GARDINER, John A. *Traffic and the police — variations in Law-enforcement policy*. Cambridge/Mass., 1969. DOLBEARE, Kenneth M. e HAMMOND, Philip E. *Prayers and politics*. Chicago, 1971.
- 113 Sobre a relevância dos “empresários morais” para a imposição do direito e para a legislação, ver BECKER, Howard S. *Outsiders — studies in the sociology of deviance*. Nova Iorque-Londres, 1963, p. 121 ss., 147 ss.
- 114 Além disso, a autonomia da motivação puramente religiosa-moral de controle e denúncia do comportamento dos outros constitui um problema. Mesmo o famoso “*holy watching*” dos puritanos tem suas raízes nitidamente na prática medieval da responsabilidade coletiva das comunas com respeito à perseguição do transgressor, e não foi somente então desenvolvido por motivos apenas religiosos. Cf. HASKINS, George Lee. *Law and authority in early Massachusetts*. Nova Iorque, 1960, p. 91. O fracasso de dispositivos correspondentes na Genebra de CALVINO constitui a contraprova.
- 115 Cf. a esse respeito SKOLNICK/WOODWORTH, op. cit. ENNIS, Philip H. *Criminal victimization in the United States*. Washington, 1967.
- 116 Citado por DAGUIN, Arthur. *Axiomes, aphorismes et brocards français de droit*. Paris, 1926, n.º 1137.
- 117 Cf. p. ex. HORACK J., Frank E. *Cases and materials on legislation*. 2.ª ed., Chicago, 1954, p. 116 ss., 195 ss.
- 118 As pesquisas empíricas já disponíveis (cf. a literatura mencionada na nota 112) apresentam um quadro cético com respeito à eficácia e à sensibilidade possível dos mecanismos de encaminhamento de reivindicações.
- 119 Como pano de fundo dessas formulações ver o conceito de “*systemic linkages*” em LOOMIS, Charles P. *Social systems — essays on their persistence and change*. Princeton, 1960, p. 32 ss. Ver ainda, do mesmo autor, Tentative types of directed social change involving systemic linkage. *Rural sociology*, 24, 1959, p. 383-390.
- 120 Na prática policial também pode ser observado o “cultivo” de micro-sistemas simbióticos como famílias, vizinhanças. Denúncias de pequenos delitos nessas esferas são relutantemente aceitas, e mesmo assim só quando expressamente exigido. E mesmo nos casos de danos físicos as vítimas relutam a denunciar pessoas com as quais têm que e querem continuar a conviver. A esse respeito cf. WILSON, James Q. *Varieties of police behavior — the management of law and order in eight communities*. Cambridge/Mass., 1968, p. 23 s., 58 s.
- 121 Cf. SKOLNICK/WOODWORTH, op. cit.
- 122 A esse respeito ver a observação de BLANKENBURG, op. cit., que não são só os ladrões de loja que fogem, mas também aqueles que observaram um roubo de loja. Observações semelhantes podem ser feitas em delitos de trânsito. Esse disfarçar e essa fuga de testemunhas podem ser mais freqüentemente esperados quando o próprio procedimento judicial envolve riscos imprevisíveis para todos os participantes — como na China antiga, cf. SPRENKEL, op. cit., p. 72.
- 123 Cf.: GOLDBLATT, Harold e CROMIEN, Florence. The effective social reach of the fair housing practices law of the city of New York. *Social problems*, 9, 1962, p. 365-370. TEITZ, Leonard. Survey of negro attitudes toward law. *Rutgers law review*, 19, 1965, p. 288-316. MAYHEW, Leon e REISS JR, Albert J. The social organizations of legal contacts. *American sociological review*, 34, 1969, p. 309-318. Na esfera do direito penal ENNIS, op. cit., p. 45 ss., não encontra qualquer relação entre a disposição à denúncia, o nível de renda ou a raça.
- 124 A respeito desse último aspecto, ver também KAUFMANN, Franz-Xaver. *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem*. Stuttgart, 1970, p. 200 ss., princ. tabela p. 365.
- 125 FRIEDMAN, Lawrence M. Legal rules and the process of social change. *Stanford law review*, 19, 1967, p. 786-840, p. 806.
- 126 As burocracias administrativas, por exemplo, usam pastas especiais para caracterizar processos urgentes. O regulamento prevê que processos que não sejam mais urgentes sejam retirados dessas pastas. Essa, porém, é uma determinação pouco relevante no caso individual — nenhum superior repreenderá alguém que lhe apresente um processo que deixou de ser urgente nessa pasta especial — com o efeito de que o volume dos processos aparentemente urgentes dificulta a seleção daqueles realmente urgentes, atrasando decisões relevantes e acarretando consequências imprevisíveis.
- 127 Por exemplo a introdução do capelão ou do serviço psiquiátrico como alternativa ao encaminhamento de uma censura formal — cf. EVAN,

- William M. Due process in military and industrial organizations. *Administrative science quarterly*, 7, 1962, p. 187-207, p. 194 s.
- ¹²⁸ Cf.: ROETHLISBERGER, Fritz J. e DICKSON, William J. *Management and the worker*. Cambridge/Mass., 1939, p. 449 ss. GOULDNER, Alvin W. *Patterns of industrial bureaucracy*. Glencoe, 1954, p. 45 ss., 172 ss. BLAU, Peter M. *The dynamics of bureaucracy*. Glencoe, 1954, p. 28 ss., 167 ss. BLAU, Peter M. e SCOTT, Richard W. *Formal organizations*. São Francisco, 1962, p. 141 ss. STRAUSS, George. Tactics of lateral relationship. *Administrative science quarterly*, 7, 1962, p. 161-186. MECHANIC, David. Sources of power of participants in complex organizations. *Administrative science quarterly*, 7, 1962, p. 349-364. SCHWARTZ, Michael. The reciprocities multiplier. *Administrative science quarterly*, 9, 1964, p. 264-277.
- ¹²⁹ Para uma formulação geral desse entendimento ver MARCH, James G. e SIMON, Herbert A. *Organizations*. Nova Iorque-Londres, 1958, p. 112 ss., 150 ss. As pesquisas empíricas são geralmente encontradas sob palavras-chave como "goal displacement", deslocamento de objetivos. Ver p. ex.: FRANCIS, Roy G. e STONE, Robert C. *Service and procedure in bureaucracy*. Minneapolis, 1956. SILLS, David L. *The volunteers — means and ends in a national organization*. Glencoe, 1957. ROHDE, Johan Jürgen. *Soziologie des Krankenhauses*. Stuttgart, 1962, p. 179 ss. Outras pesquisas são desenvolvidas a partir de considerações sobre consequências disfuncionais da divisão de trabalho e da especificação de tarefas, ou sobre identificações de pequenos grupos.
- ¹³⁰ Cf. p. ex.: WESTLEY, William A. Secrecy and the police. *Social forces*, 34, 1956, p. 254-257. WILSON, James Q. The police and their problems. *Public policy*, 12, 1963, p. 189-216. SKOLNICK, op. cit. p. 227 s. REISS, Albert J. e BORDUA, David J. Environment and organization — a perspective on police. Em BORDUA, David J. *The police*. Nova Iorque-Londres-Sidnei, 1967, p. 25-55, p. 37 ss. FEEST, Johannes e LAUTMANN, Rüdiger. *Die Polizei*. Opladen, 1971. Além da automoralização, o cinismo profissional oferece um encaminhamento funcionalmente equivalente ao problema. Sobre isso ver NIEDERHOFFER, Arthur. *Behing the shield — the police in urban society*. Garden City, 1967, p. 90 ss., 187 ss.
- ¹³¹ Ver a pesquisa referenciada no primeiro volume, p. 10 s. sobre o "judicial behavior".
- ¹³² Ver p. ex.: GOOSTREE, Robert E. The Iowa civil rights statute — a problem of enforcement. *Iowa civil rights Review*, 37, 1952, p. 242-248. BAMBERGER, Michael A. e LEWIN, Nathan. The right to equal treatment — administrative enforcement of antidiscrimination legislation. *Harvard law review*, 74, 1961, p. 526-589.
- ¹³³ Cf. p. ex.: BEUTEL, op. cit. GOLDSTEIN, Joseph. Police discretion not to invoke the criminal process — low-visibility decisions in the administration of justice. *The Yale law review*, 69, 1960, p. 543-594. La FAVE, Wayne R. The police and nonenforcement of the law. *Wisconsin law review*, 1962, p. 104-137, 179-239. Idem. *Arrest*. Boston, 1965. BARTH, Alan. *Law enforcement versus the law*. Nova Iorque, 1963. SKOLNICK, Jerome H. *Justice without trial — law enforcement in democratic society*. Nova Iorque-Londres-Sidnei, 1966. BITTNER, Egon. The police on skid-row — a study of peace keeping. *American sociological review*, 32, 1967, p. 699-715. CICOUREL, Aaron V. *The social organization of juvenile justice*. Nova Iorque-Londres-Sidnei, 1968. WILSON, op. cit. GARDINER, op. cit.
- ¹³⁴ Cf. p. ex.: BEUTEL, op. cit., p. 196. GOLDSTEIN, op. cit., p. 561. La FAVE, op. cit., 1962, p. 113 ss., 203 ss. De resto, essa tese pode ser empiricamente testada a qualquer momento quando se procura parar eficientemente a delinquência de vizinhança com o auxílio da polícia, como p. ex. o barulho noturno.
- ¹³⁵ Uma consequência dessa percepção é que o planejamento da imposição do direito não pode proceder em uma perspectiva puramente normativa, mas implica em algum grau de disponibilidade à renúncia da imposição, que não tem como ser exposta juridicamente. O mesmo é válido com respeito ao problema da quota aceitável de erros na execução de regulamentações jurídicas. A esse respeito ver LUHMANN, Niklas. *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*. Berlim, 1966, p. 75 ss.
- ¹³⁶ Para detalhes típicos ver FEEST, Johannes. Die Situation des Verdachts. Em FEEST, Johannes e LAUTMANN, Rüdiger, op. cit., p. 71-92.
- ¹³⁷ Em La FAVE, op. cit., 1962, podemos encontrar uma tentativa de desenvolver, em termos jurídicos, critérios para a intervenção ou não intervenção da polícia sob condições práticas de escassez de recursos.
- ¹³⁸ Cf. item 3 acima.
- ¹³⁹ Isso é demonstrado em um caso comparável — o conflito entre o controle de qualidade e a eficiência produtiva em empresas industriais — em PUGH, Derek. Role activation conflict — a study of industrial inspection. *American sociological review*, 31, 1966, p. 835-842.
- ¹⁴⁰ SKOLNICK, op. cit., caracteriza nosso problema como tensão entre law and order, recorrendo assim às antigas fórmulas européias como vida e boa vida, paz e justiça, segurança e ordem, mudando seu conteúdo de forma característica, eticamente neutralizadora. Analogamente, os papéis da polícia são diferenciados entre law officers e peace officers em BANTON, Michael. *The policeman in the community*. Nova Iorque, 1964, especialmente p. 6 s., 127 ss.
- ¹⁴¹ Ver a discussão acima, nesse mesmo item.
- ¹⁴² COLE, Georg F. (The decision to prosecute. *Law and society review*, 4, 1970, p. 331-343) sugere que a análise das decisões com respeito à imposição do direito se orientasse pelo modelo sócio-organizacional das relações intra-sistêmicas como relações de troca. Esse modelo, no entanto, só é realístico na medida em que possa ser suposta a liberdade dessas trocas.
- ¹⁴³ Cf.: BERGER, Morroe. *Equality by statute — the revolution in civil rights*. Garden City, 1967, p. 160 ss. MAYHEW, Leon H. *Law and equal opportunity*, op. cit. Na literatura predomina uma avaliação crítica dessa política, sem que se possa estabelecer as consequências de uma prática mais rigorosa de imposição. O oposto é válido — e isso é uma interessante comprovação dos preconceitos profissionais dos sociólogos — para a questão da law enforcement na esfera da criminalidade, onde sugere-se uma contenção.
- ¹⁴⁴ Para uma nova literatura sobre uma antiga discussão a partir da prática judiciária norte-americana, ver: NEWMAN, Donald J. *Pleading guilty for considerations — a study of bargaining justice*. Em JOHNSTON, Norman; SAVITZ, Leonard e WOLFGANG, Marvin E. *The sociology of punishment and corrections*. Nova Iorque, 1962, p. 24-32. Do mesmo autor: *Conviction — the determination of guilt or innocence without trial*. Boston-Toronto, 1966. VETRI, Dominick R. *Guilty plea bargaining — compromises by prosecutors to secure guilty pleas*. *University of Pennsylvania law review*, 112, 1964, p. 865-908. BLUMBERG, Abraham S.

- The practise of law as confidence game — organizational co-optation of a profession. *Law and society review*, 1, 1967, p. 15-39.
- 145 Cf. LINDESMITH, Alfred R. *The addict and the law*. Bloomington, 1965, p. 35 ss.
- 146 Cf. PARSONS, Talcott. *The social system*. Glencoe, 1961, especialmente p. 297 ss.
- 147 A esse respeito rever as observações de MAYHEW, Leon. *Law and equal opportunity*, op. cit.
- 148 A esse respeito ver FOLEY, E. J. Officials and the public. *Public administration*, 9, 1931, p. 15-22; 19.
- 149 Formulação segundo KAHN, Robert L.; WOLFE, Donald M.; QUINN, Robert P. e SNOEK, Diedrick J. *Organizational stress — studies in role conflict and ambiguity*. Nova Iorque-Londres-Sidnei, 1964, p. 113 s. Com respeito à ampla literatura da sociologia da organização sobre esse tema ver ainda: LUHMANN, Niklas. *Funktionen und Folgen formaler Organisation*. Berlim, 1964, p. 220 ss. SCOTT, W. Richard. Theory of organizations. Em FARIS, Robert E. L. *Handbook of modern sociology*. Chicago, 1964, p. 485-529; 521 s. BAR-YOSEF, R. e SHILD, E. O. Pressure and defenses in bureaucratic roles. *The American journal of sociology*, 71, 1966, p. 665-673. Para um estudo de caso muito próximo ao nosso contexto, ver RUBINGTON, Earl. Organizational stress and key roles. *Administrative science quarterly*, 9, 1965, p. 350-369.
- 150 Cf. vol. I, p. 53, 62 ss.
- 151 P. ex. POPITZ, op. cit.
- 152 Ver p. ex. MONTESQUIEU. *Cahiers 1716-1755*. Paris, 1941, p. 95. BEUTEL, op. cit., p. 399 s. afirma uma “jural law” correspondente.
- 153 Sobre essa função dos direitos básicos, ver LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution*. Berlim, 1965.
- 153a Cf., no entanto, HUBER, Eugen. *Recht und Rechtsverwirklichung — Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie*. Basileia, 1921.
- 154 A esse respeito e para o que se segue, cf. NADEL, Siegfried F. *The theory of social structure*. Glencoe, 1957, p. 63 ss.
- 155 Ver também os exemplos de NADEL para relações sociais difusas em termos de papéis sociais: um homem que não consegue educar seus filhos não pode esperar adquirir status social e influência política entre os Nupe. Quem for preguiçoso e fracassar enquanto camponês, não tem nenhuma chance entre os Nuba de tornar-se um sacerdote. Cf. NADEL, Siegfried F. *A black Bysantium*. Londres, 1942, p. 64. Idem. *The Nuba*. Londres, 1947, p. 442.
- 156 “The more reasons, the more possible objections”, comenta STONE, Julius. *Social dimensions of law and justice*. Stanford, 1966, p. 684.
- 157 Essa concepção “objetiva” da hermenêutica diferencia-se da “romântica”, que vê a essência da interpretação hermenêutica na adivinhação e no evidenciamento da subjetividade intrínseca. Cf. p. ex.: HABERMAS, Jürgen. *Erkenntnis und Interesse*. Frankfurt, 1968, p. 209 s., 225 s. HABERMAS, Jürgen e LUHMANN, Niklas. *Theorie der Gesellschaft oder Sozial-Technologie — was leistet die Systemforschung?* Frankfurt, 1971, especialmente p. 101 ss., 316 ss.
- 158 Ver a concepção da hermenêutica jurídica em MÜLLER, Friedrich. *Normstruktur und Normativität — zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik*. Berlim, 1966, p. 54, 71 s. Cf. ainda FULLER, Lon L. *The morality of law*. New Haven-Londres, 1964.
- 159 Sobre o caso do diálogo entre juízes ao decidirem, ver HOWARD Jr, J. Woodford. On the fluidity of judicial choice. *American political science review*, 62, 1968, p. 43-56. Cf. ainda MURPHY, Walter F. *Elements of judicial strategy*. Chicago-Londres, 1964, especialmente p. 23 ss.
- 160 Boas exposições da tendência à profissionalização e da problemática desse conceito podem ser encontradas em: WILENSKY, Harold L. The professionalization of everyone? *American journal of sociology*, 70, 1964, p. 137-158. BEN-DAVID, Joseph. Professions in the class system of present-day societies. *Current sociology*, 12, 1963, p. 247-330. HARTMANN, Heinz. Unternehmertum und Professionalisierung. *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 123, 1968, p. 515-540. MOK, Albert L. Alte und neue Professionen. *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialphilosophie*, 21, 1969, p. 770-781. Cf. também VOLLMER, Howard M. e MILLS, Donald L. *Professionalization*. Engelwood Cliffs, 1966.
- 161 Cf. também vol. I, p. 216 s.
- 162 Estranhamente quase não existe literatura adequada sobre essa importante instituição. Cf., mesmo assim: ESSER, Josef. Herrschende Lehre und ständige Rechtsprechung. Em *Dogma und Kritik in den Wissenschaften*. Mainz, 1961, p. 26-35. SCHNUR, Roman. Der Begriff der “herrschenden Meinung” in der Rechtsdogmatik. *Festgabe für Ernst Forsthoff*. Munique, 1967, p. 43-64. A relevância do consenso dos doutos enquanto argumento varia, naturalmente, de direito para direito, e pode ser muito maior em ordenamentos jurídicos tradicionais não positivados. Ver como exemplo considerável SCHACHT, Joseph. *The origins of Muhammadan jurisprudence*. Oxford, 1950, p. 82 ss.
- 163 Sobre essa categoria da “representabilidade”, que preenche funções paralelas, cf. também VIEHWEG, Theodor. *Topik und Jurisprudenz*. Munique, 1953, p. 24 s.
- 164 Sobre o conceito do grupo de referência, ver a discussão já desenvolvida no vol. I, p. 90 s. A respeito da hipótese genérica de que uma congruência entre o grupo de referência e o grupo ao qual se pertence promoveria um conformismo com as normas, cf. STOGDILL, Ralph M. *Individual behavior and group achievement*. Nova Iorque, 1959, p. 115 (com outras indicações bibliográficas) e p. 167 ss.
- 165 Os resultados da pesquisa de KAUPEN, Wolfgang (*Die Hüter von Recht und Ordnung — die soziale Herkunft, Erziehung und Ausbildung der deutschen Juristen*. Neuwied-Berlim, 1969) também são céticos a respeito desse ponto, e acentuam mais os motivos da autoseleção para o estudo.
- 166 A esse respeito, ver a diferenciação entre “local” e “cosmopolitan influentials”, que obteve ampla ressonância na discussão da organização e na pesquisa das profissões, em MERTON, Robert K. *Social theory and social structure*. Glencoe, 1957, p. 387 ss. Ver ainda GOULDNER, Alvin W. Cosmopolitans and locals — toward an analysis of latent social roles. *Administrative science quarterly*, 2, 1957-58, p. 281-306, 444-480.
- 167 Maiores detalhes em LUHMANN, Niklas. *Zweckbegriff und Systemrationalität — über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*. Tübingen, 1968, p. 221 ss.

V — MUDANÇA SOCIAL ATRAVÉS DO DIREITO POSITIVO

A relação de dependência recíproca entre o direito e a sociedade apresenta-se sob diversos aspectos. Até esse momento orientamo-nos essencialmente por duas perspectivas: indagamos quanto à função do direito para com a sociedade enquanto sistema social, e relacionamos a forma e o modo de realização dessa função às diferentes estruturas da sociedade que vieram se formando ao longo do processo de evolução social. Nesse modo global de observação, a evolução do sistema da sociedade foi vista como desencadeadora da mudança social, e as mudanças no arcabouço jurídico foram enfocadas como conseqüências, possibilitadas por reestruturações do sistema social, principalmente por seu modo de diferenciação, ao mesmo tempo que ajudavam a estabilizar importantes conquistas institucionais do processo evolutivo. Na perspectiva evolutiva, o direito, enquanto elemento imprescindível da estrutura social, é sempre conseqüência e causa ao mesmo tempo.

Mesmo assim, como KARL RENNER já demonstrou,¹ essa interação não deve ser entendida como demasiadamente estreita. Pelo contrário, o fenômeno da mudança social persiste mesmo sem que mude o conjunto do direito formulado, o que pode expressar-se através da mudança funcional das normas jurídicas; e também existem novas formulações do direito, tais como codificações, que não geram qualquer mudança social. O grau dessa invariância recíproca entre direito e sociedade pode aumentar com a complexidade do sistema social e com o grau de abstração de suas conquistas estruturais. Com tudo isso, no entanto, ainda não chegamos ao problema de que se trata nesse capítulo.

Na medida em que o direito é positivado, ou seja na medida em que normas jurídicas se tornem objeto de decisões seletivas, apresenta-se uma nova perspectiva, e ela mesma deve ser avaliada como uma conquista evolutiva. As liberdades de decisão constituídas através do direito e nele mantidas podem ser utilizadas como instrumento de mudança social. Uma vez institucionalizadas enquanto liberdades, seu exercício normalmente pode ignorar seus motivos originais. A positividade do direito implica na liberdade de deixar-se determinar racionalmente pelo recurso e pelo resultado de análises. Dessa forma, a sociedade torna-se objeto do seu próprio mecanismo jurídico; ela é refletida enquanto totalidade em um de seus sistemas parciais.

Em geral reconhece-se atualmente que o direito é codeterminado pelo desenvolvimento social, e ao mesmo tempo é capaz de codeterminá-lo.² Isso previne teses extremadas, que ninguém defende,³ mas de resto não se avançou em nada. Diversas fórmulas se apresentam à reconstrução científica dessa relação. O modelo clássico foi o de uma “separação entre o Estado e a sociedade”, no qual o direito era colocado como forma autônoma da vida ativa do Estado, e assim contraposto à sociedade. Essa forma da autonomia, no entanto, tinha que ser recompensada com a sua restrição ao mínimo possível. Tanto a plena autonomia quanto a interferência mínima evidenciaram-se como insustentáveis. As variações da sociologia clássica do direito, apresentadas no primeiro capítulo, movimentaram-se nesse contexto. No entanto, elas não conseguiram influenciar a prática jurídica. Muito ao contrário, na praxis do séc. XX formou-se um pragmatismo político concreto que parece trabalhar segundo a fórmula vontade-resistência-compromisso, sugerindo seu acompanhamento por análises científicas relativamente pouco teóricas. Essa concepção instrumental do ato legislativo encontra seus objetivos em parte na satisfação de desejos e interesses sociais concretamente expressos, e em parte — talvez mesmo predominantemente — em reparos no sistema normativo existente.⁴ O legislador, igualmente ao juiz, trabalha em larga escala com o método histórico, e não com o método empírico.⁵

Talvez, porém, as liberdades e os limites de uma política do direito referenciada à sociedade e fundamentada na positividade do direito pudesse ser pensada de outra — e melhor — maneira. Tínhamos partido de uma teoria evolutiva da

sociedade e do direito, concebendo a evolução como efeito do funcionamento de mecanismos de variação, seleção e estabilização, cuja ação conjunta levaria à elevação da complexidade do sistema e à estabilização de conquistas improváveis. Quando esses três mecanismos funcionam em níveis compatíveis de complexidade própria, a evolução é uma decorrência necessária; e para tanto as causas que movimentam esses mecanismos, se eles são planejados ou não, tudo isso é irrelevante. Nessa medida a teoria moderna da evolução apresenta traços de indiferença, ou mesmo de aversão ao planejamento.⁶ Ela não exclui, no entanto, a questão de uma mudança social planejada, mas determina suas dimensões exatas, superando todas as concepções clássicas da racionalidade finalística.

As consequências previsíveis do planejamento do sistema podem ser referenciadas às funções estabilizantes e seus mecanismos. A partir daí é que a seletividade deveria ser orientada. Isso significa que o planejamento do sistema teria que trabalhar com modelos sistema/ambiente que considerem e concomitantemente estabilizem a crescente complexidade do ambiente e a daí decorrente necessidade de constante seleção. Permanece em aberto a questão do planejamento dos mecanismos geradores de variações, o planejamento do acaso.⁷ Por essa razão um planejamento da evolução baseado na teoria de sistemas é algo hoje ainda inalcançável cientificamente. Ao mesmo tempo é possível reconhecer que, e sob quais condições, o peso, *no seio* dos mecanismos evolutivos, se desloca do decurso aleatório para o planejado.

As crescentes exigências de planejamento atualmente observáveis estão relacionadas a um deslocamento do “estrangulamento evolutivo”. No conjunto das três funções evolutivas da variação, seleção e estabilização, o centro de gravidade do problema, que orienta a continuidade do desenvolvimento, se desloca. Nas sociedades arcaicas o problema residia na pobreza de alternativas, estruturalmente condicionada, ou seja: na pequena variedade. Nas sociedades das culturas avançadas, o problema localizava-se na reduzida capacidade de desempenho e nas limitações de legitimação de seus procedimentos seletivos. Hoje, no entanto, a estrutura cada vez mais categorial do direito parece ser aquele aspecto cuja configuração pouco eficaz conforma as chances da continuidade

do desenvolvimento — naturalmente não sozinho, mas relevantemente.

As categorias do pensamento jurídico têm uma função estabilizante, ao permitirem a conservação dos resultados das decisões alcançadas em processos que, assim, podem ser re-aplicados em novas situações. Seu estilo de abstração, portanto, serve inicialmente à facilitação do recurso a condenações de sentido em processos passados. A esquematização de *novas* possibilidades de decisão permanece, de início, um produto secundário da abstração, que serve a outros propósitos. Tão logo o direito se torne juridicamente alterável, coloca-se a questão do contexto que orientará essas alterações de um modo agora novo. Essa questão não pode mais ser desdobrada em termos juridicamente imanentes, mas só em referência à sociedade, com o que o comando passa a uma teoria da sociedade. O direito tem que ser visto como uma estrutura da sociedade, as categorias do direito tornam-se categorias do planejamento social. A certificação da continuidade das expectativas é absorvida enquanto momento parcial do planejamento, e assim relativizada no seu contexto geral. A estabilidade não é mais condição prévia; o problema da decisão planejadora é agora a estabilização.

Já que se trata da orientação de um instrumental dinâmico com respeito a um objeto em si mesmo dinâmico, não é suficiente descrever a construção estrutural da sociedade; antes precisam ser captados os processos de mudança estrutural por ela desencadeados e viabilizados, entre estes o próprio processo jurídico.⁸ Não dispomos, nem podemos contar a curto prazo com uma teoria da mudança social capaz disso e de considerar também as possibilidades de decidir-se sobre a mudança social.⁹ Faltam referências teóricas para uma modificação das formulações jurídicas em termos de ordenamento conceitual capaz de comandar a mudança social — e essa lacuna constitui não só um programa científico, mas deve ser vista como um momento real da situação contemporânea: ela permite reconhecer as dificuldades de uma situação de transição, na qual o direito está positivado em termos processuais e por assim dizer dogmáticos, mas uma conceptualização correspondente ainda tem que ser desenvolvida.

Nessa situação recomenda-se inicialmente recolher experiências e idéias de um âmbito de referências muito hetero-

gêneo, que poderiam contribuir com elementos para uma política jurídica referenciada à sociedade. Sabemos (1) algo sobre as condições sócio-estruturais de uma mudança social controlável. Podemos ainda (2) examinar o instrumental conceitual do direito vigente em alguns exemplos, verificando se e como ele pode atuar a serviço de uma mudança controlada das condições sociais. Na sequência (3), examinaremos a indagação, se o direito positivo atual, não só em sua estrutura categorial, mas também em sua fundamentação política regional, perde o nexo com os desenvolvimentos do sistema social, que desembocam claramente na constituição de uma sociedade mundial unitária. Ao final deste capítulo indagamos (4) a respeito do planejamento do direito em um horizonte temporal orientado ao futuro.

1 — Condições de uma mudança social controlável

Por “processo social” não entende-se o simples aspecto processual do convívio humano, nem a interação em seu curso, nem por exemplo o desenrolar de um processo jurídico, mas uma mudança na estrutura de tais interações.¹⁰ Por estrutura entendemos as condições prévias, não problematizadas, que atribuem sentidos a um sistema social e à sua relação com o ambiente, na qual se enreda a interação. As referências de sentido, que atuam como estrutura, são tratadas como premissas estabelecidas, o que não impede que elas mesmo assim se alterem — seja notada ou imperceptivelmente, seja de forma abrupta ou por decisão deliberada, seja no decurso de um acontecimento conscientemente vivenciado como inexorável. Como já foi repetidamente acentuado, a função de um conteúdo de sentido determinando estruturas não depende de uma invariância absoluta, mas apenas de que ele não seja mudado ao mesmo tempo que atua enquanto estrutura.

Já discutimos essas idéias como base para a mutabilidade do próprio direito. Agora trata-se da moldura muito mais ampla da estrutura do sistema social como um todo e das estruturas dos sistemas sociais que se movimentam em seu seio. A totalidade das premissas que atuam na sociedade como estruturas não pode ser reduzida a expectativas normativas,

e muito menos ao direito propriamente dito.¹¹ Nem o princípio da diferenciação, nem as noções valorativas orientadoras de uma sociedade (nem mesmo o valor da justiça), nem as muitas auto-evidências, nem as estruturas de expectativas cognitivamente diferenciadas, costumam ser codificadas juridicamente no sentido positivo e técnico. A sociedade não pode ser reconstruída apenas a partir de sua constituição jurídica. O direito é apenas um momento estrutural entre outros. Por isso uma compreensão adequada do caráter social do direito não pode ser alcançada apenas pela exegese e pela interpretação, e também não se esgota na busca de sua imposição. Mais que isso, a sociologia do direito deve começar indagando quanto à *compatibilidade estrutural do direito*.

Avalia-se o grau de relevância do direito na história da sociedade como muito alta, quando não como constitutiva. Na realidade, a política e o direito parecem constituir os mecanismos condutores da evolução até os tempos mais recentes. Para esse primado, nem a forma do planejamento social, nem mesmo um desenvolvimento social planejado foram determinantes. Ele fundamentou-se muito mais em determinadas características dos mecanismos normativos, notadamente na possibilidade relativamente alta de sua generalização e institucionalização mais fácil, que os capacitaram a amparar formações institucionais periclitantes. Esperar normativamente é um esperar contrafático, e por isso facilmente pode “extrapolar” na relação com a realidade. Para expectativas firmemente afirmadas, a serem mantidas em qualquer caso, é mais fácil obter perspectivas de engajamento e de consenso, é mais fácil gerar pressões de conformidade¹² que no caso de expectativas assimiláveis, nas quais o consenso tem que ser dado também para mudanças ainda indeterminadas. Nesses termos ocorre, como pode ser cotidianamente observado em pequenos grupos, o desencadeamento de processos de “autovalorização moral” do sistema a que se pertence, que escalam ao irreal,¹³ mas que também podem levar à superação de auto-evidências correntes, a inovações promissoras. A maior capacidade de generalização do desejável e do normativo¹⁴ passa assim a servir à constituição de estruturas improváveis e absorve os seus riscos, sem que ocorra um desenvolvimento planejado. Sustentadas por auto-evidências eventualmente disponíveis, as estruturas normativas, por força de suas características, tornam-se as portadoras dos

riscos da evolução social. A sociedade nunca é um instituto do direito em termos fáticos, tal como um contrato; ela é no entanto simbolizada como relação jurídica, enquanto o direito estabilizar suas conquistas evolutivas periclitantes, tais como a dominação, a paz, processos, contratos, dinheiro.

Desde então — e essa é a indagação que hoje enfrentamos — terá mudado a relevância dos mecanismos normativos, especialmente do direito? Frente às condições sociais modificadas, o direito colabora de alguma outra forma para a mudança social? E onde se encontram então os problemas estruturais críticos e os estrangulamentos na continuidade do desenvolvimento social?

Nossa visão geral sobre o desenvolvimento do direito positivo mostra que, apesar da inserção de elementos cognitivos no processo de estabelecimento do direito, a normatividade do direito permanece sendo um elemento estrutural dominante. Frente a uma realidade contingente, talvez divergente, ela sustenta a “vigência” de expectativas, servindo então para a neutralização da contingência no plano das expectativas, continuando a prestar-se, nesse sentido, à absorção de riscos com respeito a expectativas precárias. As mudanças localizam-se no contexto do sistema que necessita dessa função e desenvolve os dispositivos correspondentes. Isso leva à crescente complexidade, à crescente diferenciação funcional acompanhada de crescente divergência das projeções em termos de expectativas, à abstração de considerações valorativas e, principalmente, a crescentes exigências em termos de ritmo na constante alternância entre as esferas da experiência e da ação. Com tudo isso deslocam-se as perspectivas dos problemas e as compatibilidades estruturais do direito.

Argumentando de forma fortemente simplificada, essa reorganização das perspectivas pode ser reduzida a uma diferença tipológica: o problema reside agora menos no *grau de risco das expectativas*, que pode ser *absorvido por uma base de auto-evidência* existente no direito em vigor. Ele se desloca para a questão da *capacidade de absorção da sociedade* com respeito ao novo direito, estabelecido a partir de considerações *unilaterais*, em *contradição a atitudes de expectativa normativa estruturalmente condicionadas* (e portanto também justificadas, ou pelo menos sustentáveis). O problema não reside mais na ampliação do horizonte das possibilidades de justificação com referência ao existente, com-

preendendo assim as dificuldades de surgimento de inovações; essa ampliação tornou-se quase infinita. Muito pouco daquilo que a partir daí pode ser desdobrado, torna-se possível, é capaz de também ser acomodado no sistema social da sociedade. A contradição das orientações ao mesmo tempo necessárias e estruturalmente consolidadas cresceu em tal medida que o sistema social tende a uma situação na qual tudo é possível e nada mais é realizável — ou seja, uma situação onde qualquer inovação é legislável, mas no caminho da realização mais cedo ou mais tarde se atrita com posições opostas igualmente justificadas. O problema de um tal sistema social não pode mais ser caracterizado através de uma contradição entre preservação e inovação, nem conduzido politicamente através de um conflito correspondente. Quem só pensa conservadoramente procederá de forma demasiadamente revolucionária, pois ele terá que determinar seletivamente o que deve ser preservado; de forma igualmente unilateral o revolucionário conservará os valores de um tempo passado que ainda não foram alcançados.¹⁵ O problema consiste na *intermediação de inovações unilaterais necessárias com a situação não estática, mas dinâmica, do sistema, através de categorias suficientemente abstratas, capazes de estabelecer sentidos a longo prazo*.

Temos que acrescentar uma segunda linha de pensamento. Se analisamos a questão das condições de uma mudança social controlável, nos defrontamos com um problema muito mais fundamental: se e como uma ação individual é capaz de referir-se em termos de sentido e de intenção a um sistema complexo. Ao especificar o sentido de sua ação, seu objetivo, seu conteúdo em termos de atitude, ela não será necessariamente parte no sistema? “O sistema” e “o direito”, enquanto esses conceitos caracterizarem uma totalidade de um estado de coisas, nunca poderão ser mudados ou mantidos constantes; isso só seria possível para determinadas características do sistema, para determinados parágrafos.¹⁶ Igualmente problemática é a valoração moral, referida “ao sistema” ou “ao direito”, do ser pertencente ou não, da obediência ou desobediência. Em sistemas suficientemente complexos, especialmente em sistemas sociais, sempre podem ser construídas referências valorativas a favor ou contra uma ação individual, e desde que tais sistemas são em si dinâmicos, não se dispõe da alternativa entre manutenção ou mudança do sis-

tema, mas apenas do direcionamento das mudanças mantenedoras do sistema. Apenas as intenções da ação referem-se a tais dicotomias forçosamente em termos de sim ou não. No sistema de ação elas se superam em uma relação de condicionamento recíproco: conservação e mudança condicionam-se reciprocamente, da mesma forma que valores se condicionam reciprocamente, já que a valoração de um valor não pode ocorrer independentemente do grau de realização de outros valores.

Através de uma análise conceitual mais detalhada nos confrontamos, portanto, com uma *descontinuidade lógica entre ação e sistema*, e assim com a necessidade de pensar concomitantemente em diversos planos de sentido. Ao mesmo tempo sabemos, porém, que a esse respeito a vida supera a lógica e realmente estabelece essas ligações. A questão é apenas: como? ¹⁷ Podemos então apresentar o nosso tema através da indagação quanto às formas institucionalizáveis de superação de tais descontinuidades, como essas formas variam com as mudanças da complexidade do sistema, e se elas são apropriadas à efetuação de mudanças estruturais em sociedades altamente complexas.

Em sistemas sociais grandes, complexos, ¹⁸ existe uma série de diferentes formas de tipos, através das quais se estabelece o sentido de ações individuais com respeito ao sistema global. Elas se formam a partir de *problemas de delimitação*, ¹⁹ de *significados generalizados que simbolizam o sistema*, ou na forma da *hierarquia*, na qual as “partes superiores”, apesar de partes, podem agir representando o todo. Dentro desse repertório de formas, que já se conhece a partir das culturas avançadas clássicas antes discutidas, a representação do sistema era institucionalizável na ação, até mesmo com a inserção de certas possibilidades de mudança estrutural adaptativa. ²⁰ Essa solução, no entanto, estava vinculada a “limites de capacidade” (empiricamente determináveis das mais diversas formas) nas instituições, e esses limites estão hoje amplamente esgotados. Tendo em vista a constante e complexamente intrincada necessidade de mudança estrutural da sociedade moderna, nem a luta contra inimigos em comum, nem a justificativa através de credos em comum são uma forma apropriada de referir a ação ao sistema social. Pelo menos à primeira vista parece, ao contrário, ser característica a *impossibilidade de institucionalização de uma re-*

ferência direta intencional da ação ao sistema. Em tais circunstâncias as condições da mudança social controlável não coincidem mais necessariamente com o sentido da ação, que deseja mudar a sociedade. Elas também não consistem mais de uma espécie de *ius eminens*: na intervenção modificando-se o direito para promover o bem comum. Elas residem, antes, no próprio sistema da sociedade. Suas estruturas não podem ser indeterminadamente construídas; elas precisam possibilitar o desencadeamento de mudanças estruturais, através das quais o sistema se adapta a mudanças ambientais e torna-se capaz de reestruturar tensões internas. As condições complementares do direito positivo nos termos de estruturação do sistema, sem as quais a positividade não teria qualquer função enquanto instituição, devem ser buscadas em tais elasticidades internas. Correspondentemente, as condições da compatibilidade estrutural do direito devem ser definidas mais abstratamente. Elas não residem mais apenas em uma concordância harmônica com as bases valorativas da sociedade, que por seu lado tornou-se desarmoniosa. O direito é compatível na medida em que as condições de sua mudança possam ser compatibilizadas com as condições da mudança social (o que implica em que também sejam integráveis as condições da não mudança). Procurando preencher essa fórmula aproximar-nos-emos de uma resposta à indagação quanto às condições de uma mudança social juridicamente controlável.

Nesse caminho confrontamo-nos com duas sugestões diferentes de modelos que atualmente se encontram no estágio do esclarecimento teórico e do controle empírico, estando já capacitados a nos fornecerem pontos de referência. ²¹ Em um dos casos trata-se da noção de uma “hierarquia dupla” de processos de controle e de condicionamento, sugerida por TALCOTT PARSONS como arcabouço teórico para pesquisas no campo da mudança social e dos processos de institucionalização, e que foi desenvolvida por LEON H. MAYHEW no campo do direito. O segundo caso diz respeito à “hipótese dos três estágios” de ADAM PODGÓRECKI. Uma breve apresentação dessas duas abordagens mostrará que se tratam aqui de representantes daquelas novas perspectivas de encaminhamento do problema, como havíamos sugerido.

PARSONS caracteriza como hierarquia cibernética a relação de controle do sistema geral de ação, que se baseia em

uma contradição entre informação e energia.²² Aqueles aspectos que são relativamente intensivos em informação e pobres em energia assumem uma função controladora, através da diferenciação em sistemas parciais especiais, notadamente o sistema cultural, enquanto que os aspectos fortemente energéticos formulam as condições cuja ativação e mobilização aciona o sistema e o mantém no seu ambiente. A força recíproca dessas funções para cima e para baixo, assim como sua especialização em sistemas parciais especiais, cuja intermediação é sustentada pelo sistema social e pela personalidade, possibilita a constituição de uma maior seletividade no sistema. Com isso, a diferenciação hierárquica aumenta as capacidades generalizadas de adaptação do sistema, mas significa concomitantemente que a realização do padrão valorativo cultural é condicionada, filtrada, freada, desviada por outros sistemas parciais do sistema de ação. Para captar esse procedimento de intermediações PARSONS recorre agora (depois de muitas variações) ao conceito da institucionalização.²³ Com a crescente complexidade social a institucionalização exige (1) especificações no âmbito dos próprios valores, (2) no âmbito da integração social, um controle ideológico da experiência por meio de formas comparilhadas de crença e de percepção das condições de vida, (3) no âmbito das condições pessoais, consolidação e satisfação de interesses pessoalmente motivadores, e (4) jurisdição no sentido do acesso aos “últimos meios” para a realização física, tipicamente: coação.

Partindo dessa concepção (ou seja no quadro referencial de “diferenciação”, “generalização”, “especificação” e “intermediação sistêmica”) LEON H. MAYHEW pesquisa o processo da institucionalização do direito.²⁴ O problema de fundo que orienta essa pesquisa é menos a novidade e mais a unilateralidade da especificação de valores que devem ser implementados no processo jurídico. Correspondentemente, a resistência contra o direito novo, o alto grau de não implementação de leis, o desvio de boas intenções na prática não se explicam pela novidade em si, mas pela multifuncionalidade de um dado ordenamento, dentro do qual um momento determinado deve ser mudado. Não é a idade ou a pura faticidade do existente que explicam as dificuldades da inovação, mas sim os motivos, também justificados do existente: sua própria funcionalidade. O postulado da imposição da igual-

dade racial, por exemplo, objeto da análise de MAYHEW, enreda-se na sua realização em um conflito com as necessidades da racionalidade econômica — a discriminação pode ser economicamente racional e até mesmo desejável, dependendo das condições de mercado — e com interesses justificados na proteção de esferas íntimas, como nas questões da moradia e da vizinhança. Se nessas esferas a liberdade é uma necessidade estrutural do sistema e é estimada enquanto valor, não se pode atingir ao mesmo tempo a plena igualdade racial. Pode-se começar com pequenos passos, satisfazendo-se com compromissos e sucessos parciais, esperando por resultados a longo prazo de misteriosos processos educacionais ou de otimizações de benefícios que viriam por si mesmas; ou então poder-se-ia condenar o sistema como um todo, rejeitando-o por exemplo como “capitalista”, esperando que com uma mudança revolucionária do *princípio tudo* seria diferente. Em ambos os casos uma *análise* do problema já demonstra que as esperanças de uma solução são irrealísticas, pois elas não consideram os problemas estruturais da constituição de sistemas sociais complexos.

Antes de entrarmos em outras considerações, voltemos nossas atenções aos países socialistas, e veremos que lá os problemas não se apresentam de forma diferente, nem em termos práticos, nem teóricos, sempre que a comparação seja efetuada de forma suficientemente abstrata. Também lá não existe uma onipotência do legislador que pudesse dirigir a mudança social em direção a determinadas metas. Também lá o processo do estabelecimento do direito é apenas um elemento em uma multiplicidade de fatores que atuam em conjunto.²⁵ Também lá uma política do direito que force em direções funcionalmente específicas tem que pagar o preço de desvantagens em outros aspectos.²⁶ E também lá a teoria começa a levar em conta as intermediações sistêmicas na realização do direito positivo. Isso nos é ensinado pela sociologia do direito de ADAM PODGÓRECKI.²⁷ Para PODGÓRECKI a implementação da vontade legisladora é rompida e filtrada por diversas variáveis, especialmente pelo sistema sócio-econômico (mais ou menos aquilo que chamamos de sociedade), por subculturas jurídicas mais ou menos divergentes, que vivem segundo concepções normativas próprias, e por estruturas de personalidade. Dependendo do respectivo processo de modificação, o mesmo texto legislativo pode ad-

quirir relevos reais muito distintos, ou pode mudar o seu significado, ou então diferentes textos podem desembocar em uma única situação real. Apesar das designações diferentes (sistema, cultura, estrutura), pode-se reconhecer rapidamente que em todos os três casos tratam-se de sistemas (sociais ou psíquicos) cuja diferenciação e interdependência constituem a realidade social. A pesquisa empírica minuciosa dessas interdependências é vista como pressuposto de uma política do direito sócio-tecnologicamente racional: ela “fornece as indicações necessárias para que se possa encontrar as pessoas que dêem cumprimento efetivo às determinações legais e os pontos onde se deve contar com resistência”.²⁸ Também aqui o problema não está suficientemente elaborado conceitualmente, no sentido da indagação de como seria possível uma ação que provocasse mudanças estruturais em sistemas altamente complexos ou, formulando de forma mais abreviada, como seria possível que uma ação atuasse provocando mudanças em *sistemas complexos*. Supõe-se simplesmente que isso seria possível e coerente. A positividade do direito não é mais um elemento de uma estrutura sistêmica, mas sim um instrumento de mudança; a perspectiva do problema torna-se instrumental, as dificuldades de realização passam a ser vistas como resistência, e nessa forma politizáveis. Essa não é uma interpretação errada, evitável e necessariamente a ser evitada do nosso problema; mas ela não é a única possível nem a mais abrangente.

As duas abordagens aqui vistas têm em comum — e isso já tinha sido apontado em nossas considerações preliminares mais fundamentais — que a receptividade de uma sociedade para mudanças estruturais juridicamente provocadas é vista como uma questão para a qual diferentes respostas (e não só morais) podem surgir. O que importa é reconhecer aquelas particularidades estruturais de uma ordem social, das quais depende a possibilidade de sua reestruturação jurídica. Para tanto precisamos recorrer a conceitos, discussões e pesquisas que foram desenvolvidos na sociologia geral, fora de qualquer contato com questões jurídicas, quais sejam: (1) a diferenciação entre *status* atribuído (*ascribed*) e adquirido (*achieved*); (2) a diferenciação entre uni e multifuncionalidade; (3) diferenciação entre orientações instrumentais e expressivas e (4) questões da formação e diferenciação de sistemas, espe-

cialmente a diferenciação entre sistemas sociais organizados e elementares.

(1) O primeiro par de conceitos, que parece ser relevante para o nosso problema da possibilidade da mobilização jurídica das relações sociais, é apresentado como diferença entre características *atribuídas* (*ascribed*) e *adquiridas* (*achieved*). A sua forma verbal atualmente disseminada deriva-se de RALPH LINTON.²⁹ Em termos de conteúdo, porém, ela é quase idêntica à antiga diferenciação entre *physis* e *nomos*. Já então tratava-se de encontrar uma expressão para uma nova mobilidade que rompia com a estrutura de linhagens da sociedade arcaica, só que o acento era colocado sobre a forma jurídico-moral das instituições e não, como hoje, sobre o desempenho e o mérito. Para o uso sociológico dessas categorias é ainda necessário esclarecer que tanto a atribuição quanto a aquisição são processos *sociais*, que não se trata então de uma contradição entre determinação natural e social de características, mas tão-só de formas diferentes de articulação social. Características atribuídas são aquelas que são tratadas nos processos sociais da experiência e da ação como qualidades estabelecidas. Características adquiridas ou adquiríveis são aquelas que dependem do desempenho, tendo portanto que ser vistas como contingentes. Não se pode decidir indiscriminadamente entre uma ou outra caracterização. A continuidade da interação pressupõe um consenso suficiente sobre isso, consenso esse que precisa ser criado através da institucionalização ou da comunicação. Além disso, esse ordenamento está correlacionado a outras estruturas do sistema social, pois uma caracterização que dependa do desempenho só pode ser escolhida quando o desempenho é reconhecível e atribuível.

A utilização sociológica da noção do desempenho não pode lançar mão de sua conotação vulgar, nem apoiar-se no grande respeito amplamente difundido às diversas formas de desempenho, pois ambos são derivados da estrutura social que se busca explicar, e cujas implicações se pretende acompanhar.^{29a} Formulando abstratamente, o conceito de desempenho designa o encadeamento de dois eventos seletivos, expressando uma formulação do princípio da contingência: estabelece-se A (e não algo diferente, também possível), para que B (e não algo diferente, também possível), suceda. Através do princípio do desempenho institucionalizam-se assim refor-

ços encadeados da seletividade. Sempre que ocorrências são vistas como desempenho, seu sentido reside não em sua particularidade, mas no que essa particularidade significa com respeito à seletividade de outras ocorrências.

Essa conotação do conceito torna claro que três coisas estão relacionadas reciprocamente. (1) O *princípio sócio-estrutural da diferenciação funcional* gera um excesso de possibilidades, seleções forçadas, necessidades de reforço e integração de ocorrências seletivas, e com tudo isso, uma *pressão abstrata, inicialmente desorientada, em termos de desempenho*. (2) Torna-se necessária uma *mobilização das características* que libere as ocorrências de suas combinações estabelecidas, tornando as características *utilizáveis de forma relativamente autônoma com respeito ao contexto*, de tal maneira que elas possam orientar-se pelas necessidades seletivas de outras ocorrências, com elas passando a *variar*; referenciando por exemplo o preço de uma mercadoria não a uma relação justa com sua qualidade, mas com as condições mutantes do mercado. (3) Os motivos que *limitam a aleatoriedade das combinações contingenciais* têm que ser reconstruídos (a) através de *valorações* que agora têm que ser estabelecidas “ideologicamente”, ou seja como contingentes e redefiníveis;³⁰ (b) através da regulamentação da *atribuição* dos desempenhos seletivos, que na ideologia liberal eram atribuídos principalmente aos indivíduos e hoje é assumida cada vez mais pelos assim chamados processos democráticos; e (c) através da institucionalização de *seguranças*, que são subtraídas, ou pelo menos condicionalmente subtraídas da variação conforme interesses seletivos estranhos.³¹

Após tais considerações preliminares deveria estar claro que não se trata simplesmente de indagar se e como pode ser obtido um “melhor desempenho” através da legislação apropriada. Isso pode ser possível, mas a primazia cabe à indagação quanto à possibilidade de que um mecanismo jurídico seja compatível com um sistema social que se movimenta orientando-se crescentemente pelo desempenho, ou seja desenraizando atribuições de características e mobilizando-as conforme desempenhos seletivos ou necessidades de seleção. Esse direcionamento do desenvolvimento, que MAINE designou como movimento do *status* ao contrato,³² desenraiza concomitantemente referências para posições e argumentos jurídicos até então estabelecidos como credos, e libera assim tanto

a possibilidade quanto a necessidade de variações juridicamente controladas.

Reservaremos para o próximo item uma pesquisa mais detalhada das formas pelas quais o mecanismo jurídico pode reagir a essa situação social. Antes precisamos incorporar novos aspectos para ampliar o quadro geral das condições sociais e dos obstáculos à mudança social juridicamente controlada. Para tanto é principalmente importante o grau em que possa ser alcançada uma especialização unifuncional dos sistemas sociais parciais.

(2) A diferenciação entre *unifuncional* e *multifuncional* refere-se à quantidade de funções que são consideradas analiticamente em modelo teórico, ou que são preenchidas em sistemas concretos (i.e. estruturas, processos, símbolos, ações, objetos, etc.).³³ Para nós essa diferenciação é relevante porque as alterações jurídicas podem, enquanto medidas isoladas, ser decididas em uma perspectiva mais ou menos unifuncional, finalística,³⁴ aplicando-se, entretanto, a uma realidade em princípio multifuncional. Os sistemas de interação social concretos, tais como empresas produtivas, famílias, hospitais, aldeias e escolas preenchem sempre uma multiplicidade de funções que apresentam graus diferentes de relevância e de explicitação. Essa multifuncionalidade faz com que cada inovação individual produza um número grande, geralmente incomensurável de conseqüências em esferas completamente diferentes.³⁵ O legislador, por exemplo, deseja garantir uma participação de todos os filhos na herança — e constitui assim barreiras ao crescimento populacional.³⁶ Efeitos análogos podem ser localizados em instituições jurídicas complexas, como a propriedade, a paternidade ilegítima, o seguro, o divórcio, a sociedade por ações, o leilão judicial,^{36a} sendo que aqui ainda ocorre que essas instituições preenchem funções diferentes nos diversos sistemas.³⁷ Com isso qualquer mudança jurídica *específica* produz efeitos *difusos*, o que impossibilita uma avaliação unívoca e agregável: no contexto das diferentes referências do sistema com respeito às diferentes funções, os efeitos podem ser em parte positivos e em parte negativos, em parte imediatos e em parte prolongados, em parte claros e em parte prováveis ou mesmo possíveis — mas eles sempre serão incertos.³⁸ Naturalmente, o entrelaçamento desses efeitos só pode ser determinado a cada caso. O que interessa aqui é a questão mais abstrata das *funções da mul-*

tifuncionalidade, pois através dessa questão chegamos aos motivos dos problemas apontados e às suas eventuais correlações com as mudanças evolutivas das estruturas sociais, especialmente com a diferenciação funcional.

É possível captar-se duas funções claramente distintas. Por um lado a multifuncionalidade representa uma certa economia institucional. Com uma ação, um dispositivo, uma estrutura, preenche-se concomitantemente diversas funções; não é necessário colocar-se um ator próprio para a sustentação de cada função especial.³⁹ Por outro lado, a multifuncionalidade garante a estabilidade do sistema de um modo mais viável: a perda de uma determinada função ainda não torna o órgão obsoleto na medida em que ele preenche concomitantemente outras funções.

Mas essas funções da multifuncionalidade se tornam disfuncionais na medida em que cresça o volume, a complexidade e a necessidade de mudança estrutural de um sistema social. Por obra de um tal desenvolvimento dispõe-se por um lado de um maior número de portadores para as funções, por exemplo de mais ações, mais papéis assumidos individualmente, de tal forma que diminui a importância do seu uso múltiplo, econômico. O volume e a complexidade tornam-se, enquanto tais, fatores de estabilização, e frente a perturbações reage-se menos agarrando-se às referências funcionais ainda intactas, e mais através de procedimentos de troca e substituição, para os quais a multifuncionalidade tornou-se um empecilho.

Por outro lado a unifuncionalidade — ou seja o caso em que *tudo* elemento esteja apenas sob *uma* função e por isso possa ser facilmente mudado — é um caso-limite inalcançável. Já o fato analisado por PARSONS de que em sistemas diferenciados todos os desempenhos individuais tenham que ser produzidos em sistemas parciais, que por seu lado têm que preencher todas as funções individuais da formação sistêmica, atua em um sentido oposto. O problema da imprevisível disseminação de consequências aumenta em sociedades diferenciadas e não pode ser resolvido por uma reestruturação das unidades multifuncionais em unifuncionais. Pelo contrário, a unifuncionalidade permanece uma perspectiva analítica dos processos de pesquisa e de decisão — uma ilusão, se assim quisermos, que no entanto pode tornar-se um fator dinamizante exatamente por sua visão curta. O que faz senti-

do indagar portanto só pode ser se e como o ordenamento social aceita uma prática de política jurídica que se motive em termos unifuncionais (ou pelo menos em poucas funções a cada vez consideradas).

Uma tal transigência pode ser encontrada na formação e institucionalização de funções primárias em sistemas parciais com a consequência de que uma função, geralmente simbolizada como “objetivo”, tem preferência sobre as demais, é tratada como motivo justificador e é utilizada como critério de controle para a adaptação do sistema — tal como a empresa produtiva serve primariamente a funções econômicas, e não familiares, socializantes ou de formação de opinião, da mesma forma que os tribunais servem em princípio a funções judiciárias e não à diversão ou educação. As funções primárias — o conceito vem de PARSONS⁴⁰ — assumem uma função regulativa das outras funções, que dessa forma são ao mesmo tempo “mobilizadas”: no interesse da racionalidade econômica uma empresa econômica pode evitar o recrutamento de membros ineptos da família do proprietário e orientar também sua política de pessoal⁴¹ por uma mobilidade em função do mercado, sem que o acervo e a prosperidade da empresa percam todas as suas funções para a família do proprietário.⁴² Uma institucionalização de primados funcionais inaugura assim certas liberdades frente a funções secundárias, gravando-as, sem porém anulá-las, com um menor valor, menor comunicabilidade ou mesmo menor consciência. Isso facilita ao mesmo tempo o acesso do direito aos sistemas sociais. Supondo por exemplo que a família tenha seu peso funcional centrado nas funções da geração da prole, sua criação e socialização, o direito pode ordenar a obrigatoriedade geral da escola, sem ter que considerar ou mesmo compensar a função econômica das crianças maiores na administração doméstica familiar (tomar conta dos menores, cuidar dos animais, ajudar na colheita, etc.) e os interesses religiosos estabelecidos em organizações eclesásticas.⁴³

A sociedade ainda facilita a reestruturação de outra maneira, ao dispor de *definições unívocas de situações, mecanismos especializados para o desencadeamento de ações e alternativas facilmente palpáveis*. Isso acontece por exemplo através do desenrolar nítido e finalístico de processos (como o trânsito, o atendimento médico, viagens de férias, formação profissional, namoro casamenteiro, etc.), através de um res-

pectivo alto grau de diferenciação de papéis, do acostumar-se a uma vida regida pelo relógio e por compromissos, pelo cálculo monetário, pela organização, cujo referencial de ação pode ser efetivamente alterado em seu vértice através da comunicação. Horários, fluxos de informação, níveis de remuneração, jornadas de trabalho, responsabilidades civis, impostos, condições de créditos, necessidades de examinações, tudo isso só pode ser criado e alterado por atos de direito por serem palpáveis em momentos específicos do processo social e porque nem todas as novas determinações têm que tornar-se conscientes para qualquer um em toda situação, estabelecendo condições para a sua auto-estima moral.⁴⁴ Essa condição da legislação efetiva apresenta, de resto, seus perigos específicos, principalmente na medida em que ela tende a induzir a uma legislação de curto alcance, voltada para tipos individuais de situação e interesses específicos.

Essa tendência se fortalece pelas condições secundárias que possibilitam tais especializações: a *indiferença* e a *neutralização de conseqüências*, que têm que ser altamente institucionalizadas concomitantemente. A especialização de papéis só pode ser forçada se os papéis podem ser separados e distintos. Isso se refere não apenas a uma diferenciação categorial e situacional, mas à possibilidade de, em determinadas ações específicas a certos papéis, não levar em consideração *outros papéis do mesmo ator* — por exemplo na fábrica, o fato de que também se é pai; nas férias o fato de que se é apenas uma vendedora; na compra o fato de que se vota diferentemente do proprietário da loja, etc.⁴⁵ A separação de papéis desemboca em uma redução e abstração das exigências de consistência ao indivíduo. Além dessa forma de indiferença adequada à personalidade, existem mecanismos que induzem ou permitem a indiferença contra conseqüências-da ação. Já mencionamos um caso desse tipo acima: o da *programação condicional*.⁴⁶ Um outro caso seria o de uma *moral da convicção*, pela qual o agir só tem que justificar-se como expressão da convicção correta, e não enquanto causa de conseqüências.⁴⁷ Atualmente, para as inovações jurídicas, é especialmente importante a *difusão de conseqüências pelo mecanismo do dinheiro*. As inovações não podem deixar de considerar a intervenção em direitos subjetivos, mas podem fazê-lo com respeito a todas outras conseqüências financeiras, por exemplo a influência sobre as margens de lucros de empresas in-

dividuais, ou a disponibilidade de excedentes em orçamentos individuais, *mesmo que essas influências acarretem conseqüências de ampla mudança estrutural*. O retrocesso do ofício e da indústria artesanal, assim como a permanente precariedade da agricultura foram dessa forma secundariamente gerados, sem que qualquer um pudesse ser por isso responsabilizado. Essas situações apresentam-se muito mais como *novos* problemas, novas informações e novos interesses, que surgem como ensejo de *novas* leis. O mecanismo do dinheiro absorve assim cadeias de conseqüências e pesos de responsabilidades, facilitando inovações não só econômicas, mas também jurídicas.

Facilidades semelhantes de inovação parecem apresentar-se a partir da diferença entre estruturas formuladas (estabelecidas conceitualmente ou por estatutos) e estruturas não formuladas.⁴⁸ Através da diferenciação entre estruturas formuladas e não formuladas, a chance de provocar-se atenção torna-se diferenciadamente distribuída. Isso ainda não significa uma decisão entre a citação das estruturas formuladas com um intuito conservador ou com a intenção de mudança. *Ambas* as intenções podem ser potencializadas se existirem mais estruturas formuladas e se ao mesmo tempo o âmbito da ignorância é suficientemente amplo para subtrair uma parte das conseqüências estruturais da manutenção ou da mudança da visão ou mesmo do processo de comunicação.

Resumindo, podemos fixar que qualquer mudança estrutural conscientemente intencionada confronta-se com o problema da atuação unifuncional em sistemas multifuncionais. Esse problema é ainda mais difícil de resolver-se, na medida em que aumenta a complexidade do sistema cujas estruturas devem ser mudadas. As soluções residem, em parte, no fortalecimento de um potencial analítico dos processos de pesquisa e de planejamento que permitiriam planejar as mudanças referindo-se a uma multiplicidade de funções (e não só especificamente a um objetivo); por outro lado, as soluções residem nas próprias estruturas sistêmicas facilitarem mais ou menos as intenções de mudança.

(3) As diferenciações até aqui tratadas, entre características adquiridas e atribuídas, entre especialização unifuncional e enfeixamento multifuncional, foram cunhadas a partir da dissolução da antiga dicotomia sociedade/comunidade. Seus componentes foram destilados na pesquisa mais recen-

te a partir de critérios mais abstratos, inclusive indagando a respeito da sua interdependência. Nesse contexto insere-se uma outra diferenciação, proveniente da psicologia de grupos e absorvida pela sociologia, chegando atualmente a uma ampla utilização: a diferenciação entre *orientações instrumentais e expressivas* (frequentemente denominadas consumistas e emocionais).

Sem recorrermos à reconstrução desses conceitos,⁴⁹ podemos absorvê-los na concepção mais abstrata a eles dada por TALCOTT PARSONS.⁵⁰ Já em suas mais antigas publicações, PARSONS via a estrutura finalística da ação como uma estrutura da dimensão temporal,⁵¹ e daí construía a diferenciação entre orientação instrumental e expressiva ou consumista, no seguinte eixo: orienta-se instrumentalmente quem objetiva situações satisfatórias no futuro e, no presente, indaga principalmente quanto às ações que pudessem provocá-las, e orienta-se em termos consumistas quem busca no presente uma expressão ou uma satisfação já julgada suficiente. Já em termos conceituais essa diferenciação deixa claro que a ação expressiva ou consumista está estabelecida no presente, fundindo o sentido e a situação em termos emotivos, visualizando a ação como em si variável. O projeto de um horizonte temporal e a inauguração de um futuro determinável tornam contingente o presente vivenciado como fático e compacto, colocam-no em uma comparação com outras possibilidades, mobilizam-no.

Retornaremos a essa questão no próximo item 4, quando discutiremos a relação entre o direito, o tempo e o planejamento. Aqui trata-se inicialmente da hipótese de que apenas a ação instrumental é capaz de variar planejadamente sua própria concepção de sentido.⁵² Isso não significa que a ação expressiva não seria também influenciável e mutável; tais intervenções permanecem no entanto externas, elas não podem apoiar-se no auto-entendimento de sentido por parte do ator, não pode captá-lo em seus próprios objetivos. A ação instrumental aceita a própria mutabilidade e, ao desenvolver critérios de autocontrole, possibilita concomitantemente o controle externo. Ela não pode resistir a uma mudança apenas por significar mudança, mas tão-só recorrendo a critérios de seus objetivos. Por isso pode-se supor que as esferas da sociedade onde se instauraram e institucionalizaram orientações instrumentais, apresentem ao mesmo tempo uma variabilidade re-

lativamente alta.⁵³ Na literatura da sociologia do direito apresenta-se a hipótese intrínseca de que as esferas de vida fundamentadas emocionalmente, notadamente a família, resistem mais fortemente a mudanças jurídicas que as esferas emotivamente neutralizadas da ação instrumental, como a economia e o comércio.⁵⁴

Não é obra do acaso a distribuição na sociedade das esferas de ação em princípio instrumentais ou expressivas, mas isso tem seus motivos estruturais. Uma participação, quando não predomínio, de componentes expressivos é sempre inevitável quando a ação é protegida por emoções que não se estabilizam por meio de sucessos ainda remotos, mas só através de sua própria representação. Isso é válido para as esferas do engajamento pessoal, em especial para as ações na esfera íntima ou em qualquer outra onde sejam inevitáveis conclusões sobre a personalidade.⁵⁵ A par disso, existem razões tipicamente sócio-estruturais para emocionalizações. Características atribuídas, e por isso invariantes, atraem sentimentos positivos ou negativos, pois seus portadores podem com elas identificar-se em termos de destino inexorável. E também as instituições multifuncionais tendem à constituição de sentimentos, introduzindo assim a autovalorização emocional no lugar de uma avaliação racional de suas conseqüências positivas e negativas, imprevisivelmente difusas. Em tais condições, as bases da ação são objetivadas e imobilizadas e os objetivos atuam, quando muito, enquanto sustentação ou justificação daquilo que já é. As orientações instrumentais não se formam, como poderia ser sugerido por uma contraposição conceitual, contrastando-se nitidamente a isso, mas sim através de um processo de projeção paulatina no futuro e de neutralização emocional de valorações em esferas que apresentam alternativas ao presente ou então onde essas alternativas possam ser assimiladas de forma rápida e segura.

Com isso podemos supor certas interdependências entre significados atribuídos, multifuncionais e emocionais-expressivos, por um lado, e significados em termos de desempenho, especificação funcional e instrumental, pelo outro lado, na forma apresentada pela dicotomia comunidade/sociedade. A separação analítica dos diversos aspectos dessa dicotomia possibilita um melhor controle empírico de tais hipóteses. Ela evidencia principalmente que não existe um desenvolvimento da comunidade para a sociedade, mas que os aspectos consti-

tutivos desse dois tipos apenas buscam outras distribuições e combinações no contexto da elevação da complexidade do sistema. Toda política do direito tem portanto que contar com a continuidade de obstáculos estruturalmente condicionados à variabilidade, e considerá-los planejadamente.⁵⁶ Essa necessidade apresenta-se de forma ainda mais inelutável quando indagamos quanto às intermediações sistêmicas necessárias à implementação do novo direito. Aí fica demonstrado que, abaixo do plano dos sistemas sociais organizados, ainda atuam também sistemas elementares de interação que seguem em certo grau suas próprias leis. A esse tema nos voltaremos agora.

(4) As mudanças jurídicas são bem sucedidas na medida em que consigam reverter efetivamente expectativas e ações à orientação por outras normas. Isso não pode ocorrer só por reestruturação do sistema social, e também não apenas por uma reformulação das normas jurídicas estabelecidas no subsistema político da sociedade. A experiência e a ação concretas sempre se referem concomitantemente a uma multiplicidade de sistemas que estabelecem e delimitam significados, não podendo portanto ser sem mais nem menos modificadas pela reestruturação de um único sistema. Como mostrado na sociologia do direito de ADAM PODGÓRECKI, é necessária a atuação conjunta de uma multiplicidade de sistemas para que novas estruturas se traduzam no comportamento correspondente. A questão é saber com quais tipos de sistemas se tem que contar e quais são as formas apresentadas de intermediação de efeitos.

Já com respeito aos tipos de sistemas de intermediação de efeitos, nos confrontamos com constelações bastante complexas. Numa visão sumária poderíamos satisfazer-nos com três tipos de sistemas. Inicialmente deve-se pensar nos *sistemas psíquicos* organicamente condicionados (personalidades), que condicionam *toda* assimilação da experiência e toda seleção de ações enquanto estrutura relativamente fixa. Não existe qualquer experiência ou ação independente da personalidade (se bem que exista o comportamento orgânico que não é controlado pela estrutura de personalidade, mas simplesmente “acontece”).⁵⁷ Além disso, muitas ações socialmente relevantes são controladas por sistemas de interação por presença, que chamaremos de *sistemas sociais simples ou elementares*.^{57a} Exemplos de tais sistemas são negociações,

encontros sociais, trabalho em comum, comer em comum, viagens, ensino e aprendizado, etc. Entre esses sistemas sociais simples, que surgem em todos os contatos sociais, e a sociedade como um todo penetram hoje cada vez mais *sistemas sociais organizados*, cujas identidade e seleção estrutural são reguladas por condições de entrada ou saída, podendo assim estabelecer nexos na interação entre ausentes, sem ter que recorrer às estruturas sociais gerais, a auto-evidências, a verdades, etc.⁵⁸ Enquanto que os sistemas sociais elementares se fundamentam na presença e com isso na percepção dos participantes, os sistemas sociais organizados utilizam a qualidade de membro como equivalente funcional para a presença, podendo assim ultrapassar os limites da percepção e adquirir uma maior complexidade através de estruturas mais abstratas.

Nem os sistemas de personalidade, nem os sistemas sociais simples ou os sistemas sociais organizados podem constituir uma configuração contínua das estruturas sociais globais — e isso já por operarem sob condições especiais de seleção, com uma identidade própria, uma história própria, em um ambiente próprio, ao qual reagem. Para tais sistemas, o sistema da sociedade não representa uma estrutura, mas sim seu ambiente (mais ou menos ordenado), e por isso o sistema da sociedade é submetido a uma nova seleção antes de agir-se. Dessa forma, ocorre que as personalidades, assim como os sistemas sociais simples e as organizações, tratam as normas jurídicas como dados, frente aos quais podem existir diversas atitudes possíveis, dentre as quais o sistema opta *conforme sua própria estrutura*. Existe uma relação de tensão também entre esses diferentes sistemas. Não é certo que todos os impulsos pessoais possam ser absorvidos em sistemas elementares de interação; ao contrário, estes atuam seletivamente, através de suas próprias estruturas de expectativas, sobre aquilo que a personalidade pode realizar como expectativa própria, e vice-versa.⁵⁹ Da mesma forma não é evidente que as expectativas normativas formalizadas através da organização possam transpor-se à interação real na experiência e na ação pessoal, pois elas também têm que passar pelo filtro dos demais sistemas.⁶⁰ Tendo em vista relações tão complicadas assim, estarão fadadas ao fracasso (ou se moralizarão) todas as teorias que tentarem trabalhar com a concepção simplista da dominação x obediência ou desobediência.

O problema não pode consistir em fazer com que o maior número possível de sistemas obedeça ao maior número possível de ordens, pois isso apagaria toda diferenciação e simplificaria a sociedade de forma regressiva. Abstraindo-se das normas proibitivas tradicionais, endereçadas de forma universalística e principalmente de cunho penal, as mudanças jurídicas têm em vista motivar atores específicos a mudanças de expectativas ou de comportamento, e de resto absorver as repercussões da mudança.

Uma primeira suposição poderia ser a de que a atitude (moral) com respeito à lei em questão seja determinante para a aceitação e o acatamento de novas leis; seguiriam então a lei aqueles que a considerassem correta ou que atuassem em sistemas sociais nos quais os outros a considerassem correta, enquanto que os opositores da lei procurariam dela escapar. Pesquisas empíricas demonstraram no entanto (e refletindo chegar-se-ia aos mesmos resultados) que essa equação moral é demasiadamente simplista. Por um lado as leis são transgredidas também por aqueles que com elas concordam e as aceitam como corretas, e por outro lado as leis em vigor são capazes de convencer pouco a pouco seus próprios opositores (principalmente quando não se confirmam receios alarmistas).⁶¹ Por isso é necessário elaborar certas questões mais abstratas como preparação de análises explicativas e prognósticas de determinadas constelações empíricas. Sem pretender esgotar o assunto, sejam mencionadas três dessas questões, a saber (1) a questão da *relação entre a estrutura do sistema e a história do sistema*, (2) a questão da *capacidade de autocontrole de sistemas* e (3) a questão da *invariância relativa de mudanças sistêmicas e mudanças ambientais*. Todos esses três aspectos devem ser relevantes para um controle juridicamente centralizado do sistema social, e de cada um deles resultam situações diferentes com referência aos diversos tipos de sistema.

Em todos os sistemas pessoais e sociais, a *história do sistema* atua de certa forma *como estrutura*, ou seja como premissa da elaboração da experiência. Ela pode controlar a elaboração da experiência na forma de símbolos confirmados pela experiência, repetidamente usados, cuja gênese não precisa ser mantida na consciência, sendo então sentidos como presente; mas também na forma de um passado lembrado, por assim dizer datável, uma cronologia de acontecimentos

que, por estarem localizados no passado, não são disponíveis — por exemplo: uma promessa feita, uma mentira desvendada que futuramente justificaria cuidado e desconfiança, um convite, uma manifestação de interesse, uma rejeição que tenha magoado, etc. Em ambos os modos, a história do sistema é um instrumento auxiliar em princípio imprescindível para a simplificação do futuro; passado e futuro só podem separar-se enquanto horizontes temporais diferentes do mesmo presente na medida em que a história do sistema torne-se estrutura segundo critérios mais abstratos. O passado é por um lado “capitalizado”, isto é, possuído como base de futuras possibilidades, e por outro lado ele é “historicizado”, isto é, removido ao horizonte do já resolvido, ao qual sempre se pode voltar a recorrer em busca de orientações conforme necessidades futuras, sem que isso signifique uma necessidade absoluta. No contexto de tais mudanças da consciência temporal é que “capital” e “formação” passam a ser estimados e institucionalizados enquanto valores.

Mais adiante retornaremos à questão das relações entre estrutura sistêmica, direito e dimensão temporal.⁶² Aqui trata-se inicialmente apenas da compreensão de que uma relação entre estrutura sistêmica e horizonte temporal, encaminhada ao nível da sociedade global, não pode realizar-se identicamente em todos os planos do sistema. As estruturas pessoais da elaboração de experiências baseiam-se em parte em símbolos de formação anterior à linguagem, que se excluem do acesso consciente, do distanciamento objetivador, da exposição e da reinterpretação hermenêutica;⁶³ nessa medida a história do sistema também se torna indisponível. Da mesma forma os sistemas de interação entre atores presentes utilizam, por falta de estruturas diferenciadas, a própria história de sua situação como sucedâneo de estrutura; ou seja orientando-se, ao reduzir sua complexidade, por aquilo que foi dito ou feito antes, freqüentemente sem encontrar possibilidades de liberar-se de autocomprometimentos faticamente gerados.⁶⁴ Nesse caso, o corretivo reside na brevidade da existência de tais formações sistêmicas que permite, através de novos contatos, construir sempre uma nova história sistêmica.^{64a} Nas análises organizacionais também conhecemos o processo de que ao longo da história do sistema o amplo espectro das possibilidades organizacionais formais é limita-

do, e a organização torna-se — nos termos de SELZNICK, “instituição”.⁶⁵

Sem nos perdermos em detalhes, podemos fixar como ponto central que a dependência com respeito à história própria do sistema está relacionada ao estilo de seleção e, dessa forma, ao tipo específico do sistema. Sendo assim, a crescente diferenciação social leva a uma multiplicidade de histórias sistêmicas, que podem ser vistas como partes de uma história de mundo comum, mas que vinculam diferentemente os sistemas, retendo-os em sedimentações de significados, tornando-os só em parte conscientizáveis, capitalizáveis e historiáveis. Daí resulta ser necessário contar-se com condições muito diferenciadas de possibilidades de mobilização de estruturas e de assimilação de inovações. A variabilidade estrutural institucionalizada no plano da sociedade não se reproduz sem mais nem menos nos demais sistemas. Por outro lado, os sistemas fora e abaixo do plano da sociedade podem ser mais facilmente dissolvidos e reestabelecidos, isto é, motivados de forma anti-estrutural, se apresentarem resistência a uma mudança de normas jurídicas.

O próximo aspecto a considerarmos diz respeito à *capacidade de autocontrole* de sistemas. Isso diz respeito à capacidade de produzir decisões *específicas* de adaptação a mudanças *específicas* no ambiente, assim como à amplitude da variabilidade de eventos que possam provocar tal adaptação. A *especificação seletiva* desses processos de adaptação é a mais importante vantagem de uma *minimização das consequências estruturais* de mudanças ambientais sobre os sistemas. Um ambiente rapidamente flutuante e turbulento⁶⁶ impossibilitaria a constituição de sistemas complexamente estruturados e dependentes de seu ambiente, impossibilitando também o tratamento seletivo da adaptação corrente do sistema ao ambiente através do autocontrole, seja na medida em que o sistema modifique-se por si mesmo, ou modifique características selecionadas do seu ambiente.

Uma série de considerações no campo da teoria de sistemas voltou-se à reconstrução racional desses dispositivos de autocontrole — inicialmente na forma de modelos de equilíbrio, depois na forma de modelos homeostáticos ou cibernéticos. A partir delas ficou pelo menos delineado que o autocontrole é um desempenho altamente condicionado, e não

pode ser suposto como uma propriedade geral de todos os sistemas.⁶⁷ Aos pressupostos do autocontrole pertencem: a possibilidade de explicitação dos “estados desejáveis” do sistema; suficiente possibilidade de especificação dos limites e das relações entre sistema e ambiente; capacidade de assimilação implicando, entre outras, a capacidade de reconhecer de modo suficientemente rápido formas funcionalmente equivalentes de solucionamento de problemas; além disso, determinadas correlações temporais entre o sistema e seu ambiente, principalmente a de que o ritmo de mudança do ambiente não pode ser sempre mais acelerado que o do sistema; e ainda capacidade decisória centralizada ou descentralizada na medida em que haja suficiente isolamento de funções parciais, no sentido de que decisões adaptativas tomadas em *qualquer* parte do sistema sejam aceitas em *toda parte* do sistema. As condições para tais pressuposições poderiam ser em certos aspectos fornecidas nas famílias, mas isso ocorreria principalmente nos sistemas sociais organizados.

No caso das inovações de política jurídica, o autocontrole não significa de nenhum modo por si só uma garantia do cumprimento do novo direito. Ela significa apenas que as inovações *podem* ser realizadas com o mínimo recurso a mudanças estruturais, sem que as consequências estruturais tenham que ser obrigatoriamente consideradas ao legislar-se; essas consequências só serão introduzidas no ambiente dos sistemas em questão se eles puderem adaptar sua estrutura aos novos dados sem perder sua identidade própria. Os sistemas absorvem então a mudança com um grau essencialmente necessário de esforço e, na medida do possível, sem ameaçar outras conquistas.

Um terceiro aspecto liga-se imediatamente ao até agora visto. As mudanças jurídicas podem ser melhor absorvidas, na medida em que haja uma *relação de invariância relativa* entre os sistemas e seus ambientes, de tal forma que para os sistemas possa ser indiferente se o ambiente se modifica ou não. Uma tal indiferença era anteriormente imaginada apenas sob o aspecto da autarquia ou da autosuficiência. Hoje identifica-se, notadamente na psicologia,⁶⁸ o outro caminho de uma abstração de premissas estruturais que regulam a relevância de relações entre sistema e ambiente. Por meio de tais abstrações pode ser aumentado o grau de tolerância do

sistema. Na medida em que isso seja atingido expectativas normativas (projetivas), condicionadas pela própria estrutura, retornam ao ambiente e são substituídas por expectativas cognitivas, dispostas à assimilação.⁶⁹ Com isso o sistema pode reagir a mudanças jurídicas de forma cognitiva, ou seja assimilando, se bem que na perspectiva da sociedade e de seu sistema político tratem-se de expectativas normativas.

No plano da personalidade isso envolve processos de desenvolvimento e de socialização, cuja amplitude é dificilmente avaliável. Sistemas simples de interação dificilmente têm chances de adquirir uma estrutura mais abstrata e uma conceptualização própria do seu sistema.⁷⁰ Os efeitos de abstração são gerados essencialmente através da organização. Da mesma forma que com respeito à possibilidade de separação entre estrutura e história e quanto à capacidade de autocontrole dos sistemas, também tendo em vista a constituição da independência da variabilidade do sistema e seu ambiente, a organização parece ser uma forma de sistema apropriada à inovação. Pode-se concluir daí que o grau de organização dos subsistemas sociais será um fator essencial que também determinará a capacidade de acolhimento de mudanças jurídicas

Resumindo, esclareçamos novamente a perspectiva em que se situam as considerações anteriores. Intervenções específicas no sistema jurídico de sociedades altamente diferenciadas, em geral planejadas em termos unifuncionais, não podem ser concebidas pelo padrão da interação elementar em termos de expectativa e satisfação, ou de ordem e obediência. Elas atingem um sistema diferenciado, que abriga uma multiplicidade de relações sistema/ambiente, e desencadeiam efeitos múltiplos igualmente diferenciados. A mudança almejada de padrões comportamentais em sistemas individuais desencadeia neles, quando bem sucedida, movimentos de compensação, e ambos modificam concomitantemente o ambiente de outros sistemas. Por isso a mudança jurídica é, de um lado, um problema de motivação com referência a determinados destinatários, de caso a caso diferentes; por outro lado ela constitui um problema de absorção, enquanto influência sobre o ambiente de outros sistemas. Pode-se supor que ambos os problemas só podem ser resolvidos em conjunto, pois os sistemas só podem ser motivados a mudanças estruturais na medida em que as novas premissas comporta-

mentais, enquanto dados ambientais de outros sistemas, possam ser vinculadas a padrões eficazes de interação.⁷¹ Turnos noturnos só podem ser introduzidos na empresa, se a vida familiar a eles puder ser adequada; uma democratização dos processos decisórios nas universidades só pode ocorrer quando o atendimento médico nas clínicas universitárias a isso puder ser adequado; igualdade racial, só quando o mercado de trabalho e as relações de vizinhança a ela se adequarem; uma insubordinação de soldados contra crimes e delitos, só quando a estrutura da autoridade militar a isso adequar-se⁷² — e tudo isso, sem que se desencadeie uma avalanche de problemas de consequências. Por isso, uma análise mais detalhada das chances de realização de um novo direito, para a qual foram esboçadas aqui apenas algumas indagações, teria que elaborar uma multiplicidade de referências entre sistema e ambiente. Enquanto não se dispuser de uma tecnologia abstrata e lógica para tanto, essa análise terá que dedicar-se a constelações recortadas, relativamente concretas, e seus conceitos só poderão ser usados como instrumentos heurísticos, e não prognósticos.

Em resumo, a capacidade da sociedade para absorver mudanças juridicamente desencadeadas dependerá de que as *interdependências no sistema social não sejam demasiadamente altas*. Se tudo dependesse de tudo, seria praticamente impossível gerar *determinados* efeitos por meio de *determinadas* intervenções. As situações antes discutidas, muito diferentes entre si, podem ser levadas a um denominador comum se compreendidas como formas da *interrupção de interdependências*. Elas evitam que, nos atos da mudança jurídica, coisas demais tenham que ser ao mesmo tempo pensadas e efetivadas. Por outro lado, as relações recíprocas entre as diversas esferas funcionais e os diferentes sistemas parciais aumentam nas sociedades cada vez mais funcionalmente diferenciadas. As independências e as dependências crescem umas com as outras, e daí resultam problemas de combinação nos planos mais elevados do controle do sistema, que não podem ser resolvidos indeterminadamente — muito menos por meio de “dominação”. Dessa situação surgem questões ao aparato categorial do direito, à sua conceptualização do controle, principalmente a questão se e como os conceitos jurídicos seriam capazes de refletir as interdependências so-

ciais inevitavelmente elevadas, e traduzi-las em processos decisórios.

2 — Estruturas categoriais

Não são apenas as condições sociais que apresentam ao mesmo tempo estímulos e bloqueios à sua mudança. O mesmo vale para a própria matéria jurídica — para as significações, as formulações de princípios jurídicos e os conceitos dogmáticos através dos quais o direito é preservado para decisões recorrentes.⁷³ No contexto dos mecanismos evolutivos, a matéria do direito tem inicialmente uma função estabilizante. Os mecanismos da variação, seleção e estabilização atuam, no entanto, de forma interdependente. Por isso as estruturas estabilizadas sempre atuam também seletivamente sobre aquilo que pode mudar. Os processos decisórios mediatizam esse efeito.

Para podermos avaliar mais precisamente o controle da mudança através do acervo jurídico existente, temos que introduzir uma importante diferenciação. O efeito inovador ou de impedimento da inovação pode resultar diretamente do direito, que desencadeia ou bloqueia processos sociais de mudança, enquanto estrutura assentada. As mudanças sociais também podem ser mediatizadas pela *mudança jurídica*, e isso é algo completamente diferente. Essa complicação é inevitável, pois não mais podemos identificar a estrutura da sociedade com o direito, tendo então que diferenciar entre mudança/permanência pelo lado do direito e pelo lado da totalidade das estruturas sociais, de tal forma que a permanência do direito pode correlacionar-se com a mudança em outras estruturas sociais e vice-versa.⁷⁴ Além disso, mutabilidade e imutabilidade estão relacionadas em qualquer estrutura, pois as mudanças dependem da forma pela qual o não modificado é preservado. A nós importa, por um lado, a forma pela qual o direito não modificado é preservado e, por outro, como essa forma atua diretamente ou através de mudanças jurídicas sobre mudança ou permanência nas estruturas sociais. As respectivas possibilidades podem ser localizadas no esquema a seguir. Essa exposição abstrata e esque-

		Sociedade	
		Mudança	Permanência
Direito	Mudança	Direito positivo	Codificações
	Permanência	Mudança funcional de normas jurídicas	Condições rígidas Pouca diferenciação

matizada serve para um visão geral e para acompanhar o raciocínio. As referências ao desenvolvimento histórico do direito moderno e alguns exemplos tornarão mais explícitas as noções aí apresentadas.

Uma retomada da história mais recente do direito mostra que o fundamento jurídico da era industrial não foi construído através do planejamento legislativo das condições do sistema, abstraindo-se de algumas medidas sociais de transição como a desmontagem das limitações regionais ou estatamentais ao comércio e da esfera das reformas político-constitucionais. Conquistas essenciais formaram-se e sedimentaram-se através da abstração dogmática. Essas conquistas dogmáticas devem sua relevância e sua eficácia enquanto componentes de uma nova estrutura social não à possibilidade de sua mudança pela legislação, mas à sua abstração. Não se tratava do projeto e da normatização de determinados modelos de comportamento que pudessem reagir a uma mudança de seus parâmetros sociais através da adaptação de suas estruturas, ou seja, não se tratava já de um “direito assimilativo”. Isso porque seu sucesso baseava-se principalmente em que relações sociais relativamente improváveis e até mesmo injustas podiam ser afirmadas, valorizadas e estabilizadas enquanto direito. Sua abstração permitia maior complexidade e variabilidade, admitia instituições improváveis na sociedade, concedendo a essas conquistas o título abstrato de direito. A abstração foi desejada enquanto tal, e sentida como razoável, sem que com isso fosse planejada sua reespecificação através do mecanismo jurídico.

Um primeiro exemplo disso pode ser encontrado na abstração do *princípio do contrato*, que concede efeito vinculativo à mera concordância de expressões de vontade, sob determinadas cautelas introduzidas enquanto exceções, e postula esse princípio o mais universalisticamente possível com respeito aos possíveis participantes e conteúdos contratuais. Isso alivia o contrato da necessidade de uma justiça interna, apesar dele constituir uma figura do direito. Dessa forma, o direito do contrato é incapaz de garantir a justiça do contrato. Ele garante entretanto, e isso é o importante, sua *compatibilidade com um sistema econômico diferenciado, auto-controlado pela instabilidade dos preços*.⁷⁵ A decisão sobre a conclusão ou não de contratos pode ser tomada sem ponderação das conseqüências em planos mais elevados do sistema, podendo então dispor de uma maior quantidade de possíveis motivos adequados às situações. (Por isso eles não são necessariamente “livres”, como se sabe perfeitamente no meio tempo.) Dessa forma pode-se dispor vinculativamente sobre a mercadoria e o trabalho, e isso significa vinculando o futuro, sem que com isso seja bloqueada juridicamente a necessária labilidade do sistema global. O direito é compatível com outras situações possíveis da economia. Os problemas estruturais da sociedade moderna são solucionados pela flutuação dessas situações, e não pela flutuação das normas jurídicas. Pelo menos era assim que isso era imaginado.⁷⁶

No entanto, o contrato não “vige” por força da liberdade de vontade. Por isso o caráter estruturalmente abstrato do princípio do contrato não é necessariamente eliminado com a crítica da autonomia da vontade privada; ele se deixa transpor ao direito planejado. Na verdade já ocorre amplamente o que DEGUILLER apropriadamente chamou de “*collaboration ... de la loi et du contrat*”.⁷⁷ A lei utiliza o contrato, por exemplo o contrato de trabalho ou o contrato de aluguel, como forma, através de cuja regulamentação são mediatizados efeitos que são colocados à disposição sob condições ou vinculados a conseqüências secundárias fora das condições contratuais imediatas. Sem interferir formalmente na liberdade contratual, a lei pode modificar o contexto da aplicação da forma do contrato conforme objetivos político-jurídicos. Os efeitos objetiváveis através do contrato estão à disposição dos participantes quase que só como pacote completo. As condições são mudadas quando o legislador deseja

outros efeitos, ou quando ele é levado a constatar (ou seja, assimilar) que ninguém se interessa pelo pacote ou que sua amarração se rompe. Mesmo no plano abaixo do direito das leis, através dos formulários comerciais, o contrato pode ser usado como “mecanismo desencadeador de condições formuladas”.^{77a}

Um outro exemplo é apresentado pelo instituto jurídico do *direito subjetivo* tanto no direito privado quanto no direito público.⁷⁸ Destaca-se aqui o fato de que uma relação assimétrica pura é estabelecida como direito, sem qualquer providência para compensações ou reciprocidade. Também aqui abstrai-se de uma justiça interna no instituto do direito. O direito (subjetivo) por um lado deve corresponder a um dever pelo outro lado, mas não também a um direito recíproco e respectivos deveres.⁷⁹ Não se exclui, naturalmente, a reciprocidade. Direitos subjetivos podem ser condensados em figuras jurídicas mais complexas; mas essas já são combinações de ordem superior, que não são constitutivas para a vigência do direito. Aqui também se concede o caráter de direito sem considerar-se a questão da justiça. Essa abstração torna o instituto do direito independente de constelações recíprocas de interesses tipologicamente assentadas, e com isso utilizável de forma mais variada, podendo ser garantido de modo mais abstrato (quer dizer, independentemente da continuidade da situação de compensação), tornando-o com tudo isso compatível com o grau mais elevado de complexidade e de variabilidade da sociedade. A outra face disso é que a motivação e o balanceamento entre direitos e deveres só podem ser mediatizados indiretamente, tendo que ser certificados por estruturas sistêmicas — tarefa que passou despercebida às concepções liberais e para a qual não foram desenvolvidos os instrumentos analíticos ou de técnica jurídica.⁸⁰ Nosso último exemplo é fornecido pelos *direitos fundamentais* que utilizam o princípio da *liberdade* ou o da *igualdade*. Estes também são abstrações dogmáticas, destiladas do acervo das idéias transmitidas pela tradição, radicalizadas na era moderna e assim de tal modo exarcebadas ao ponto de não mais caracterizarem qualquer realidade possível. Nesse sentido universal e radical, a liberdade e a igualdade representam, em termos sociológicos, situações improváveis. Sua normatização enquanto princípio jurídico transforma o normal em exceção, e exige que toda ordem se justifique enquanto limita-

ção da liberdade e da igualdade. No entanto, a fundamentação não é mais suficientemente encaminhada — também nesse sentido falta um instrumental de planejamento sistêmico.

Considerando-se a função de uma extrapolação e uma desnormalização tão paradoxais assim, torna-se visível sua relação com a diferenciação funcional do sistema social. Essa diferenciação dilui as crenças comuns fundamentais enquanto descrições de uma realidade natural e desejável, retendo porém seu caráter formal de indagação quanto ao motivo das normas, de intimação para que as funções específicas sejam apontadas como fundamentação de falta de liberdade e igualdade. Com respeito à tarefa própria ao direito, ao julgamento sob tais pretensões de fundamentação funcional, ainda falta nessa dogmática a orientação, a estrutura categorial, a partir da qual ela poderia guiar-se. A jurisprudência, à qual essa tarefa é essencialmente deixada, auxilia-se com citações de valores, princípios jurídicos ou interesses dignos de proteção e que se contrapõem, justificando assim uma exceção das regras da liberdade e da igualdade. Disso resulta um oportunismo ponderado, em si razoável, mas que se congela como caustica de decisões pretensamente corretas.

Esses exemplos são representativos de uma multiplicidade de abstrações figurativas ou valorativas, produzidas e explicitadas na longa tradição do processo decisório judiciário, e que foram oportunamente codificadas pela legislação. Em termos genéticos elas estão em relação direta com as necessidades reconhecidas na praxis social, desenvolvendo no entanto, através de abstrações conceituais e de uma lógica própria, formas categoriais que não mais podem ser referenciadas a determinadas necessidades por meio de correlações unívocas. Com isso seu grau de abstração adquire uma referência a situações imprevistas, permite a absorção e a sedimentação de novos motivos, fazendo dançar condições petrificadas (para usar uma expressão de MARX) — mas isso, sem uma coreografia predeterminada. Ao mesmo tempo sua consistência leva a uma “mudança funcional” igualmente incontável, como foi descrito em termos clássicos por KARL RENNERT no caso da propriedade.⁸¹ As figurações dogmáticas desse tipo podem ser inseridas em novas leis como conceitos estabelecidos, quase que como subrotinas de possíveis processos decisórios. Formula-se então que “o proprietário” deve providenciar alguma coisa, que “os atos administrativos” se-

riam questionáveis, que as inovações seriam executadas “sem prejuízo de direitos adquiridos”, na expectativa de que tais cláusulas adquirissem seu sentido específico nos processos decisórios da aplicação judiciária do direito.

Mesmo assim permanece sem resposta uma série de indagações que podem ser feitas do ponto de vista do planejamento político-jurídico das mudanças sociais. Principalmente no sentido que a conceptualização da dogmática jurídica pouco contribui, se é que contribui, para a análise e para a “fatorização” das tarefas de planejamento.⁸² Sequer pode-se vislumbrar esboços de um instrumental jurídico-teórico de planejamento em um nível de abstração compatível com o da dogmática existente. O direito comparado é que chegou mais perto do desenvolvimento de uma consciência funcional do problema, que conseguiria fazer dançar as figurações dogmáticas (mas não as condições sociais).⁸³

Com a crescente responsabilidade política pelas condições econômicas e sociais, especialmente desde a primeira guerra mundial, desenvolveu-se um outro estilo de normatização conscientemente provisório, conscientemente inserido em condições mutáveis e, assim, também mutável. Disso resultou algo como um direito capaz de assimilar, se bem que apresentando um desdobramento conceitual muito concreto, finalístico e pouco distanciado dos interesses, a partir do qual não seria possível planejar-se mudanças estruturais consideráveis. Disso resultou a tendência já citada, de ocupar-se preferencialmente de necessidades comunicadas ou de desarranjos funcionais, realizando adaptações concretas através de atos legislativos planejados *ad hoc*: por indenizações em dinheiro, estabelecimento de quotas limitadoras, restrições comerciais, registros obrigatórios, restrições a autorizações baseadas em condições frequentemente alteradas. GEOFFREY SAWER⁸⁴ assim formulou essa situação: “A tendência do desenvolvimento do direito não aponta no sentido da generalização, da simplificação formal e da paralisia a isso vinculada, contra a qual JHERING e GÉNY protestaram; ela aponta no sentido da complexidade e da especificação sem conceitos organizadores. Do ponto de vista do legislador, isso é facilitado por uma adaptação das regras a situações sociais, já que a própria sociedade se tornou extremamente complexa e estruturalmente móvel. Para o prático, isso acarreta uma especialização extrema que prejudica uma ampla consciência social, ou então a de-

pendência de verbetes de dicionários, apoiada pela referência a um pequeno recorte documentado do contexto, e sem qualquer ensaio de compreensão das interrelações sociais.”

A acentuada miséria do direito positivo atual, notadamente do direito público, reside na ausência de concatenação coerente entre grandes quantidades de normas, que são processualmente cunhadas em cada situação, empilhadas em montes inextrincáveis, sem que se possa dispor de meios conceituais adequados a esse acervo. Dessa forma, a complexidade perde sua contingência, e bloqueia-se o acesso prático à multiplicidade de outras possibilidades de regulamentação jurídica e de conformação social. O motivo de preocupação é menos o problema da consistência, o perigo de que as expectativas juridicamente fundamentadas se contrariem reciprocamente, bloqueando-se umas às outras. Isso realmente ocorre, mas pode ser reconhecido como uma perturbação eliminável pelas decisões apropriadas. Menos imediatamente evidentes, mas mais abrangentes são os perigos com respeito à disponibilidade do direito, que está contida na sua própria positividade, mas não se apresenta sem mais nem menos por si mesma.

Fica também cada vez mais claro que os planejamentos, especialmente os planejamentos do desenvolvimento orientam-se por modelos complexos, multivariáveis, grosseiramente alinhavados, que se referem à matéria jurídica existente de modo variado, disperso, por vezes direto e por outras vezes indireto, sem que esse tipo de planejamento possa ser integrado ao mecanismo das mudanças jurídicas. Do ponto de vista do planejamento, sempre haveria uma multiplicidade de leis que precisariam de mudanças em aspectos mais ou menos abrangentes; mas essas mudanças, por seu grande volume e por sua abrangência, não podem ser coordenadas, balanceadas no contexto geral de cada lei, e implementadas com rapidez suficiente. Dessa forma constituem-se planos em paralelo às leis — FRIDO WAGENER fala até de “sucedâneos de leis”⁸⁵ — que, enquanto expectativas congruentemente generalizadas mediatizam uma orientação semelhante à jurídica, incluindo principalmente seguranças e possibilidades de previsão, mas que não podem ser colocados na forma especificamente jurídica. As intenções políticas que eventualmente surtirem efeito sob tais condições não são mais determinadas por leis, sequer são expressas por meio de leis; antes pelo

contrário, são dificultadas pelas leis, que as empurram para desvios ou contornos que não correspondem a uma intenção legislativa equilibrada, nem à própria concepção do planejador.⁸⁶

Com tudo isso avolumam-se evoluções indesejadas, não mais justificáveis valorativamente, e que em nada podem contribuir para a legitimação do direito. A situação caótica do direito não exclui totalmente as inovações — muito ao contrário! Partindo-se porém do acervo existente de prescrições, só seriam possíveis alternativas concretamente evidentes, só poderiam ser realizadas continuidades do *status quo*. O ponto crucial da troca de formas de solucionamento de problemas não mais reside tipicamente em uma problemática juridicamente concebida, mas em interesses reais, politicamente forçáveis. Apesar de todo o esforço no sentido de uma “jurisprudência de interesses”, seu ponto de vista não pôde ser suficientemente elaborado na dogmática jurídica, principalmente não suficientemente generalizado. Por isso a “jurisprudência sociológica” dificilmente encontrará apoio na sociologia. A análise sociológica demonstra muito mais a deficiência fática de instrumentos categoriais de controle que, se muito, só poderá ser suprida em um plano conceitual muito mais abstrato da teoria do direito.

No contexto das formas categoriais do direito atualmente praticadas, a elevação da complexidade material do direito produziu-se principalmente em dois sentidos: enquanto crescimento na quantidade e enquanto crescimento da variedade de decisões. Uma outra dimensão da complexidade entretanto, a interdependência das decisões, permaneceu no essencial inalteradamente reduzida.⁸⁷ Isso significa que apesar de todos os “ensaios de sistematização” próprios ao dogmatismo, apenas relativamente poucas decisões dependem a cada caso uma das outras, de tal forma que umas teriam que ser mudadas quando da mudança das outras. A reduzida interdependência do direito, que contradiz todas as reiteraões da ciência jurídica, serviu quase que como uma compensação de problemas em vista da crescente complexidade; frente a um fardo constante de exigências de decisões, era possível permitir decisões cada vez mais diversas, enquanto não importasse se e como essas decisões se relacionavam umas com as outras.⁸⁸ O entrelaçamento do sistema jurídico com uma sociedade cada vez mais complexa pôde ser mantido, porque o

entrelaçamento intrínseco ao próprio direito não foi reproduzido. Ao esquivar-se desse modo, porém, o direito se torna cada vez mais incapaz de reproduzir adequadamente condições sociais altamente interdependentes, sem falar de delinear-las planejadamente. Mas é isso o que importa à atual teoria e técnica do planejamento ^{88a}. É nesse contexto que se produz a divergência entre o direito e o planejamento social, para a qual por enquanto não se pode antever como ela poderia ser superada.

3 — Problemas jurídicos da sociedade mundial

Reservamos para um item especial uma problemática também especial, de relevância dificilmente avaliável. Trata-se de crescente discrepância entre o sistema da sociedade que aspira a uma unidade global, e o direito positivo pelo outro lado, que é estatuído com vigência dentro de limites territoriais de jurisdição. O sistema social abrangente amalgamou-se de fato no sentido de uma sociedade mundial uniforme, abrangendo todas as relações entre as pessoas, sem que esse desenvolvimento tivesse sua correspondência em termos de uma unificação política do mundo. A formação do direito continua sendo, como sempre, atribuída a sistemas políticos locais e controlada por seus processos decisórios. Com isso delineia-se a situação na qual aqueles problemas que só podem ser resolvidos no plano da sociedade mundial, que não mais podem ser problematizados nos sistemas políticos parciais a não ser do ponto de vista local, não mais podem ser encaminhados na forma do direito. Essa situação deverá ser discutida nas considerações a seguir.

O fato de que já se constituiu uma sociedade mundial em muitos aspectos importantes, de que hoje não é mais apropriado falar-se de uma multiplicidade de sociedades, em geral não é reconhecido também pelos sociólogos, que têm uma fixação pelo sistema político devido à conotação clássica do conceito de sociedade, para a qual é imprescindível a integração política da sociedade. ⁸⁹ Mesmo assim, é evidente o fato de um contexto global de interação em escala mundial. De fato, constituíram-se possibilidades universais de comunicação e a paz mundial, com exceções periódicas e regionais. Sur-

ge uma história mundial concatenada. A morte conjunta de todos os homens torna-se possível. As relações econômicas ligam todas as partes do planeta terrestre, possibilidades de comparação em escala mundial fazem parte do cálculo econômico, e as interdependências daí decorrentes transmitem perturbações e crises. Inovações de cunho político, entre outras, são reportadas e julgadas universalmente, e as organizações que com elas lidam podem avaliar quais temas obterão ressonância e atenção em que lugar. Pelo menos nas cidades e nas rotas do tráfego mundial formam-se regras tipicamente expectáveis do comportamento frente a estrangeiros desconhecidos. E, principalmente, a ciência e a técnica, com suas possibilidades, implicações e desempenhos reais, podem contar com expectativas generalizadas de reconhecimento e, na medida do possível, de aplicação. Em todos os lugares eletricidade vale como eletricidade, dinheiro como dinheiro, homem como homem — com as exceções que sinalizam um estado patológico, atrasado e ameaçado. Em todos esses planos pode-se registrar um rápido crescimento de coerências em escala mundial. O mesmo se aplica para o poder político, no sentido de que pelo menos as grandes potências não podem mais se dar ao luxo de ignorar deslocamentos nas relações de poder nas pequenas potências em qualquer parte do mundo. Por outro lado, a produção política de decisões, e com ela a racionalidade política, parece permanecer em limites restritos — como antes ocorria com a família durante a constituição dos sistemas sociais mais amplos, de cultura mais avançada.

Para a avaliação dessa situação planetária são essenciais os motivos que a ela conduziram. Eles se situam na transição para a diferenciação funcional no sistema social. Na medida em que esferas funcionais como a religião, a economia, a educação, a pesquisa, a política, as relações íntimas, o turismo do lazer, a comunicação de massas, se desdobram autonomamente, elas rompem as limitações de território social às quais todas estão inicialmente sujeitas. ⁹⁰ Dessa forma, todo sistema parcial estabiliza não só limites intrasociais frente a outros sistemas parciais, mas exige um outro dimensionamento da sociedade, ampliando seus limites, a partir da perspectiva abstrata de sua função específica e da lógica própria de sua autopreservação e do seu desenvolvimento autônomo. As tendências de desenvolvimento nessa direção já se delinearam nas antigas culturas avançadas, levando a diferentes defini-

ções de limites nas esferas religiosa e política.⁹¹ Na sociedade moderna, essas divergências em torno de limites dos interesses de seus sistemas parciais é o normal; em outras palavras, é meramente casual se sistemas parciais postularem os mesmos limites externos da sociedade. Dentro das sociedades regionais não é mais possível supor que as delimitações da sociedade permaneçam idênticas, nem que as estruturas sociais permaneçam coalescentes na transição da ação política para a pesquisa científica, do planejamento econômico para a ação educadora ou para o lazer entre bons amigos; isso porque as delimitações territoriais não são mais apropriadas para a exclusão de pessoas de *todas* essas atividades. Considerando-se ainda que pelo menos um dos sistemas parciais, o da ciência, assumiu a intersubjetividade universal como um princípio de sua própria estruturação e como critério de desempenho, torna-se claro que não mais podem existir limites territoriais à sociedade, que já se diluiu aquela multiplicidade de sociedades estranhas umas às outras, e que mantinham contatos apenas de vizinhança mas não em escala mundial, e que o conjunto de todas as funções só pode ser captado em um sistema global de interação, na sociedade mundial. Repetindo esse ponto importante, a constituição da sociedade mundial é consequência do princípio da diferenciação social — formulando mais precisamente: a consequência da estabilização eficaz desse princípio de diferenciação. Frente a esse processo, o desenvolvimento científico/econômico/técnico e a positividade do direito não são fatores autônomos, mas tornaram-se possíveis pela mesma mudança estrutural. Essa tese está relacionada à conclusão geral da teoria de sistemas, de que frente à crescente complicação estrutural, as dimensões do sistema não podem mais ser escolhidas indiscriminadamente, e as variações nas dimensões, ou seja o crescimento ou a redução, são assim superadas como modos de adaptação, tendo que ser substituídas pela elasticidade estrutural.⁹²

Essa ordem de grandeza na qual, e apenas na qual a sociedade ainda é possível tendo em vista o atual estado de desenvolvimento, é significativa para os problemas sistêmicos que se colocam e têm que ser resolvidos no plano da sociedade global. Aparentemente não se trata mais dos problemas clássicos da tradição do pensamento europeu, da paz e da justiça, da produção e distribuição, apesar desses problemas permanecerem relevantes como problemas de sistemas parciais.

Eles representavam problemas sociais nas condições de uma sociedade política ou econômica, isto é, na medida em que o estágio de desenvolvimento da sociedade era determinado por seu sistema político ou econômico parcial. A essa problemática sobrepõe-se, no entanto, uma nova, tão logo todas as sociedades estejam reunidas em uma sociedade mundial. Essa concentração elimina o pluralismo das formas e das possibilidades sociais, nas quais até agora se apoiava o desenvolvimento, tanto no sentido da geração de chances como também no de redução dos riscos frente a desenvolvimentos abortados.

Essa tendência já se delineou na passagem das sociedades arcaicas para as sociedades das culturas avançadas.⁹³ O campo ilimitado da experimentação das formas relativamente simples, relativamente incondicionais, construídas na interação elementar, foi limitado a poucas culturas avançadas que se tornaram as únicas portadoras da continuidade do desenvolvimento, na medida em que podiam manter essa possibilidade através de um certo grau de elasticidade estrutural e variabilidade interna, através da diferenciação de mecanismos de desenvolvimento (variação, seleção, estabilização), através de um certo grau de difusão intercultural, mas também através de sua multiplicidade. Com a constituição de uma única sociedade mundial, essa tendência atingiu quase que sua meta final: a multiplicidade das possibilidades independentes deixa de ser relevante enquanto segurança contra catástrofes ou desenvolvimentos regressivos. *Toda* continuidade do desenvolvimento depende agora de estruturas e mecanismos *internos* à sociedade, especialmente da elasticidade estrutural, da grande variedade, da diferenciação de mecanismos de desenvolvimento e da intensiva difusão de inovações dentro da sociedade. Com essa situação não obtemos conclusões que justifiquem afirmações cientificamente fundamentadas. Já é muito significativo se pelo menos é registrado o caráter novo e historicamente incomparável dessa sociedade mundial, e isso através de categorias que possibilitem a ocorrência de conclusões significantes.

Mais atuais parecem ser aqueles problemas que resultam de um desenvolvimento global desequilibrado. E nesse contexto o que chama mais a atenção é o estágio diferenciado de desenvolvimento de regiões específicas do globo terrestre, o qual hoje não mais pode ser justificado por tratar-se de sociedades diferentes, na medida em que no contexto da sociedade mun-

dial se apresenta como um acaso historicamente condicionado. Mais problemáticos a longo prazo, no entanto, são aqueles desequilíbrios que resultam da diferenciação funcional, e que assim são referenciados ao princípio estrutural da sociedade moderna e por isso não podem ser vistos e eliminados com um simples acaso. A esse contexto pertencem as expressões do crescimento populacional, da inchação dos níveis de pretensão e do desenvolvimento de técnicas de destruição que resultam de um maior avanço da pesquisa e da técnica em comparação ao desenvolvimento das respectivas formas de vida e instituições. A esse contexto pertence também aquele "atraso" já citado da política, que mantém a produção de decisões vinculativas nos limites do ponto de vista territorial dos interesses, pois isso parece ser condição prévia para a confiança e para o consenso. O nacionalismo político já tinha levado as objetivações políticas a uma considerável discrepância com respeito aos problemas sociais, e por enquanto não é possível antever como isso poderia ser mudado em uma concepção de democracia que signifique efetiva participação nas decisões.

Com isso, é exatamente ao orientar-se e organizar-se no sentido de sua função específica que a política enreda-se numa considerável discrepância com respeito às necessidades de âmbito mundial em outras esferas funcionais. A regionalidade, a participação e a concretude necessária dos temas comunicativos e formadores de opinião na política se condicionam e fortalecem reciprocamente, constituindo uma aliança que praticamente exclui o encaminhamento, com os meios da política, dos problemas estruturalmente condicionados da sociedade mundial. Em última análise, a política, ao diferenciar-se e ao especializar-se funcionalmente, torna-se incapaz de tematizar os problemas que se colocam em escala mundial como consequência da diferenciação funcional; ela só os registra em um recorte particular, na medida em que afete interesses, e não decide antecipando-se, mas apenas reagindo. A alternativa colocada à disposição nos Estados socialistas, que só reconhecem a diferenciação enquanto divisão do trabalho, condensando a política e a economia como unidade dialética de um sistema de controle, exige, em termos de consequência, uma unificação política da sociedade mundial, sem que seja possível avaliar como que os mecanismos políticos poderiam funcionar e gerar direito legítimo sob tais condições.

Enquanto não existir um Estado mundial faltará à sociedade mundial um momento considerado essencial na antiga tradição européia e que ainda hoje é visto, principalmente por TALCOTT PARSONS como um momento constitutivo do conceito de sociedade: a propriedade de uma corporação social atuante, de "coletividade".^{93a} A diferenciação entre "Estado e sociedade" já continha a renúncia à capacidade de ação; mas no século XIX ainda se imaginava o Estado como organização atuante da sociedade, que com ela coincidia em termos de população e território. A renúncia à capacidade de ação no plano do sistema da sociedade implica em uma renúncia aos respectivos meios de atribuição e de legitimação, assim como na renúncia a estruturas organizacionais que possibilitem uma seleção no âmbito da ação social global. No seu lugar surgiu a produção de decisões vinculativas nos sistemas políticos da sociedade. Pode-se ver aí uma "deficiência de organização" ou um subdesenvolvimento da sistematicidade do sistema. Por outro lado essa abertura e indeterminação estrutural do sistema da sociedade parece representar uma condição essencial do desenvolvimento — quase que uma compensação para o risco do fato de que agora só existe uma única sociedade. Agora, a estrutura do sistema da sociedade precisa ser "fraca" e compatível com muito mais situações possíveis do sistema.

Não compete à sociologia do direito prosseguir essa análise em termos de teoria da sociedade. Mas já as indagações insinuadas e a evidente impossibilidade de jurisdição sobre os grandes problemas da nossa era levam à indagação se e em que sentido a política e o direito, que mais que outras estruturas implicam na capacidade de ação do sistema, continuam sendo em princípio um fator de desenvolvimento, ou se tornaram fatores de risco do desenvolvimento social.

No contexto do desenvolvimento histórico da sociedade e do direito, a função desses mecanismos normativos se destaca claramente como categorização da expansão de incertezas sustentáveis e como estabilização de conquistas periclitantes, improváveis. Essa função fundamentava-se de um lado na possibilidade de uma extrapolação contrafática de expectativas e, pelo outro lado, no entrelaçamento condicional de estados de coisas contingentes. Dessa forma, o inesperado apesar disso podia tornar-se expectável. Os motivos e as condições para isso eram dados pelos problemas políticos visualizáveis nas sociedades regionais. A normatividade jurídica das expecta-

tivas já apresentava a possibilidade de sobreviver-se aos riscos do comportamento errado, fornecendo concomitantemente a chance de inovação cultural. Através da combinação com a política, esse desempenho foi imensamente estimulado e utilizado para a constituição de estruturas de expectativas muito complexas, “artificiais” e evolutivamente improváveis. *Até pouco tempo a política e o direito eram os mais importantes fatores de risco da evolução social.* E foi a isso que a tradição europeia rendeu tributo com o seu conceito jurídico-político da sociedade. Ao mesmo tempo, esse desempenho permaneceu vinculado à estabilização de estruturas de expectativas altamente contingenciais com referência a sistemas políticos consolidados. Parece que é exatamente essa capacidade elevada, se não superdesenvolvida de desempenho da normatização jurídico-política que parece colocar-se no caminho da transição ao sistema da sociedade mundial. A fixação de expectativas contrafáticas não assimilativas através da simples decisão é um procedimento demasiadamente arriscado, condicionado, improvável, para que se possa a partir daí iniciar a atuação do sistema em um plano recém constituído.

As próprias tradições jurídicas, as concepções conceituais e dogmáticas do direito supra-estatal também não encaminham um direito da sociedade mundial. O antigo *ius gentium* desenvolvido a partir da praxis romana era inicialmente apenas um direito de circulação para estrangeiros (subprivilegiados). Mais tarde ele foi filosoficamente interpretado como um direito que colocava o homem enquanto homem, independentemente da associação política à qual ele pertencia. Nessa acepção, ele era um direito da sociedade mundial enquanto simples *societas generis humani*, enquanto generalidade de certas características da espécie humana, não estando portanto à disposição da política, por constituir um direito natural. Com a continuidade da diferenciação dos sistemas políticos, descrita como desenvolvimento do Estado moderno, essa acepção do direito perde relevância, pois nos limites de determinados territórios o direito estatal é capaz de vincular e justificar todos os seres humanos enquanto seres humanos. Desde aproximadamente o século XVII passa-se a pensar em um direito entre os Estados (direito internacional público e privado), que só obriga e justifica os Estados com respeito à ação dos seus órgãos. Restrita à regulamentação das relações entre Estados, esse direito perde sua fundamentação em termos de

direito natural, assume uma relação antagônica com a política e é tematicamente limitado aos poucos pontos relevantes a essa relação. Ele não oferece mais pontos de referência para a transformação de problemas da sociedade mundial em princípios jurídicos — uma discrepância obscurecida na medida em que também a própria sociedade mundial só pode ser, na ótica desse pensamento, o “sistema internacional”.⁹⁴

Essas concepções só são plausíveis na condição de que as sociedades permaneçam sociedades regionais. Pode-se quando muito conceder que os indivíduos se encontrem no mundo enquanto pesquisadores em viagem, mercadores ou capitalistas, mas que têm seus interesses sociais enraizados em casa e lá os defendam politicamente. Por essa concepção, predominante no século XIX, o sistema da sociedade mundial dependia de que seus problemas fossem representados e concretizados enquanto interesses privados em sistemas políticos regionais. O que não podia passar por esses canais permanecia desarticulado, e de qualquer maneira sem solução.

GERHART NIEMEYER⁹⁵ analisou com precisão o fim dessa “sociedade mundial dos interesses individuais”. Uma reintegração do direito internacional público com a política, que ele imaginava como solução, deverá fracassar, no entanto, pelas características imanentes à forma política de solucionamento de problemas. Não menos questionáveis são as tentativas de uma fundamentação sociológica (algo diferente seria uma análise sociológica) da vigência do direito internacional público em sua conotação tradicional. Também aqui capta-se apenas o aspecto político-jurídico da situação atual da sociedade mundial. O problema reside entretanto, como tínhamos visto, exatamente na impossibilidade de distensão desse mecanismo e em sua relação com os problemas em um outro plano do sistema.

Por isso seria possível suspeitar-se que — tendo em vista outras possibilidades de desenvolvimento — aquela fixação em mecanismos normativos, político-jurídicos, proveniente das culturas avançadas, seria uma especialização malograda do desenvolvimento da humanidade, que não permite o desdobramento da continuidade da evolução; que com ela nos tenhamos imobilizado em planos do sistema nos quais não possa prosseguir a evolução dos sistemas sociais humanos no sentido de sua maior complexidade. De todas as formas, a situação problemática da sociedade mundial desvenda aspectos

da incapacidade da política, e que não podem ser curados politicamente — também não através da “democracia”. Os campos de interação que hoje inauguram contatos em escala mundial, por exemplo a pesquisa e a difusão de desenvolvimentos técnicos, economia e comércio, imprensa, turismo, negociações diplomáticas, apresentam claramente um estilo não normativo de expectativas que em parte conta com auto-evidências civilizatórias, e em parte é conscientemente articulado em termos de assimilação cognitiva. Certamente ocorrem suposições morais, mas elas são em parte de ordem ideológica, ou seja de natureza contingente, em parte tática, em parte ingênua, mas nunca essenciais para a sustentação da estrutura da interação nos contatos em escala mundial. A sociedade mundial constitui-se em princípio em atitudes de expectativas cognitivas.⁹⁶ Extrapolando especulativamente o que hoje já é visível, seria possível falar de um deslocamento do primado evolutivo dos mecanismos normativos aos cognitivos.

Isso certamente não significa que as expectativas cognitivas tomem o lugar das normativas, suplantando-as, substituindo-as, dispensando-as. Sabemos, a partir das considerações no segundo capítulo, que uma fixação unilateral em um processamento cognitivo ou normativo de frustrações acarretaria riscos insustentavelmente elevados. Em nenhuma parte delineia-se uma desmontagem ou um recuo do direito ou um “definhar do Estado”. Seria necessário considerar, no entanto, se o próprio direito não se modifica na medida em que a sociedade mundial se consolida, atribuindo uma primazia ao estilo cognitivo dos contatos humanos. Essa possibilidade pode ser considerada em dois planos: com referência à positividade do direito e com referência à função do próprio direito, ou seja ao modo pelo qual ocorre a generalização congruente de expectativas.

Positividade significa exatamente isso: inserção de capacidade de assimilação no direito apesar da sua contradição com atitudes básicas normativas. Tínhamos visto que as dificuldades evolutivas e institucionais da positividade do direito baseavam-se nessa contradição. Correspondentemente à divisão de papéis que é introduzida com a diferenciação de um processo decisório, as necessidades de assimilação surgem por dois lados: pelo dos que decidem e pelo dos que recebem e têm que aceitar decisões. No primeiro caso a capacidade de assimilação depende das figurações categoriais, através das quais

os que decidem experimentam e elaboram os problemas jurídicos; no outro caso trata-se do problema da legitimidade, que já havíamos tratado acima (capítulo IV, item 7). Essa inserção de mecanismos cognitivos na estrutura em si normativa do direito parece corresponder ao desenvolvimento de uma sociedade mundial. Formações de estruturas universais e seus problemas de consequência, sistemas de interação e seus desequilíbrios, “regem” o direito positivo posto em vigência, não na forma de uma normatização abrangente, de um direito superior, supra-estatal e com isso suprapositivo, mas sim porque a dinamismo da sociedade mundial estabelece ensejos à assimilação, exercendo talvez até pressões à assimilação, indicando uma certa não aleatoriedade das soluções aos problemas. O grau de detalhamento de tais exigências de assimilação e limitações de soluções variará com o adensamento das estruturas da sociedade mundial; ele não é concretamente previsível nem em termos abstratos nem em seus detalhes, e temos todos os motivos para supor que não existe apenas uma, mas sim muitas constelações úteis para a relação entre o sistema da sociedade mundial e seus sistemas parciais. Atualmente se delineia, entretanto, pelo menos o seguinte: que a continuidade do desenvolvimento não depende da fidelidade normativa do direito positivo com referência a pressupostos suprapositivos de expectativas humanas globais, mas sim de capacidade de solucionamento de problemas que, enquanto capacidade de análise e decisão, de reestruturação assimilativa e adaptação de programas terão que ser inseridas no sistema jurídico tanto em termos categoriais, quanto institucionais.

O sentido do direito não atravessará incolumemente essa mudança no sentido da positividade, da inserção de resultados da assimilação. É óbvio que muitas normas jurídicas se alteram em termos de conteúdo. Não nos referimos aqui a esse plano. Podemos também supor que a própria forma pela qual o direito preenche sua função é atingida por essa mudança. As concepções clássicas do direito — como por exemplo a do direito concebido como comando sancionado dos órgãos estatais — dificilmente conseguiriam captar uma mudança no modo de ser do direito. Os conceitos jurídicos da ciência do direito, moldados à questão da vigência em termos de se/então, não são apropriados para desvendar deslocamentos sublimantes no modo como o direito preenche sua função e seu

sentido é experimentado. O conceito da generalização congruente de expectativas, ao contrário, permite a formulação de hipóteses nesse contexto — se bem que hipóteses altamente inseguras e dificilmente controláveis em termos empíricos. Elas se referem a deslocamentos na relação entre generalizações temporais, sociais e materiais.

O direito só surge quando as expectativas são generalizadas nas três dimensões. Isso não significa que todas as dimensões têm o mesmo peso, captando e representando igualmente os problemas da respectiva sociedade. Na maior parte das sociedades arcaicas pode ser observada uma nítida predominância dos mecanismos institucionalizantes. O que importa principalmente é reconstituir a paz e a unanimidade frente a transgressões ou a disputas jurídicas em pequenos círculos sociais; as questões da construção material do sentido de normas jurídicas e as questões do comprometimento do futuro não são apercebidas, ou são postergadas. No direito chinês tradicional, que em alguns aspectos manteve características arcaicas,⁹⁷ ainda é possível encontrar-se essa tendência básica — o que pode ser claramente reconhecido no fato de que já a disputa jurídica enquanto tal era vista como um fator de perturbação da ordem, e de que a disposição ao entendimento (ou seja a renúncia a pretensões jurídicas em si vigentes!) era inserida no próprio direito enquanto mandamento moral.⁹⁸ O direito não é nem inicial nem principalmente norma. Em outras culturas avançadas, principalmente nas da Europa tradicional, desenvolveu-se, ao contrário, um primado da orientação normativa do direito em conexão com a institucionalização dos processos. O primeiro plano foi assumido pela segurança da possibilidade de manutenção de expectativas mesmo frente a frustrações e pela segurança de manter o consenso *nessa* questão. É tão-só essa segurança que permite projetar um futuro contingente, relativamente em aberto, e possibilita a organização da condução da vida como uma cadeia de estações seletivas. Daí vem nosso costume de pensar e definir o direito como tendo seu núcleo essencial na norma. As estruturas de sentido se recorre apenas para a diferenciação de normas distintas, e o consenso é “conferido” ao direito.

É de se supor que a segurança em termos temporais, que a estabilização normativa, contrafática das expectativas permaneça sendo uma necessidade da sociedade moderna. Não se deve contar com uma desmontagem da normatividade do di-

reito. A questão no entanto é se a normatividade, apesar de toda relevância que lhe é concedida com referência ao comportamento, seria capaz de sustentar o contato com os desenvolvimentos estruturais da sociedade mundial. As dúvidas a esse respeito surgem quando se pensa na predominância das estruturas de expectativas cognitivas nas interações em escala mundial, quando se considera o ritmo crescentemente acelerado da mudança, e quando se avalia que a positividade do direito depende da colaboração de processos de assimilação. Poderia ser que a pressão desse paulatino deslocamento de realidades e possibilidades acabaria por deslocar também o ponto focal da experiência do direito à dimensão material. Com isso, a formulação material do conteúdo de princípios jurídicos e a construção conceitual-dogmática de suas interdependências não seriam mais apenas um recurso para o reconhecimento do que vige enquanto norma jurídica. O direito assumiria a forma de modelos comportamentais normatizados, que tendo em vista o solucionamento de problemas reconhecidos enquanto tais seriam desenvolvidos, colocados em vigor, testados e, conforme as experiências, modificados. A normatividade manteria apenas a função de assegurar a constância das expectativas, enquanto e na medida em que isso parecesse sensato. A fundamentação moral e ideológica do direito seria substituída pela crítica funcional.

Não se negaria que em certas áreas do direito recém estatuído já se pode observar tais mudanças de estilo. Mas ainda permanece em aberto a questão se com isso o direito poderá adequar-se à constituição e à dinâmica de um sistema social uniforme, abarcando todo o globo terrestre. De qualquer forma, aqui se apresentam alternativas ainda pouco consideradas para a concepção de um “direito mundial” hierarquicamente superior, de maior valor, para o qual quase não encontramos referências no atual direito internacional público, seja ele entendido como direito consuetudinário, como direito do poder ou como direito organizacional. O aproveitamento daquelas possibilidades de controlar cognitivamente o controle jurídico do comportamento, adaptando assim os processos fáticos à mudança social, segue ocorrendo de forma mais ou menos acentuada. Sua realização crescente confronta-se com o problema de como seria possível planejar estruturas de significados frente a um horizonte temporal em aberto.

4 — Direito, tempo e planejamento

A estreita relação entre o direito e o tempo já se insinua na normatividade enquanto transposição temporal, e até mesmo já no caráter do direito enquanto estrutura de expectativas — mas apenas se insinua, permanecendo inicialmente impenetrável. A expectativa contém um horizonte futuro da vida consciente, significa antecipar-se ao futuro e transcender-se além daquilo que poderia ocorrer inesperadamente. A normatividade reforça essa indiferença contra eventos futuros imprevisíveis, busca essa indiferença tentando assim desvendar o futuro. O que acontecerá no futuro torna-se a preocupação central do direito.^{98a} Quanto futuro será necessário para que se possa viver sensatamente no presente, isso constitui uma variável essencialmente evolutiva, e aí reside o ponto onde as mudanças nas necessidades sociais invadem o direito.

O horizonte temporal da experiência e da ação humanas não é apenas um correlato da cautela individual, mas em sua forma genérica representa um aspecto da estrutura social que com ela se altera. Nele se fundamentam as interdependências duradouras e profundas entre o direito e a sociedade, que não são tematizadas nas condições normais da consciência na vida cotidiana; que não se situam no plano onde se pode escolher entre alternativas, mas que constituem esse plano. Nas tentativas correntes de um planejamento social na forma jurídica admite-se implicitamente um entendimento historicamente novo do direito, do tempo e do planejamento, que devemos tornar consciente para que ele possa ser referido enquanto base do planejamento.

Já tínhamos indicado anteriormente (volume I, p. 188 ss.) referências de que o direito arcaico era experimentado como identificação de pessoas ou coisas em uma situação atual necessariamente correta. A presença duradoura da experiência atual, o imediatamente experimentado, sustenta as estruturas de significados e as concretiza em si mesmo. O futuro é apenas a continuidade dessa presentificação, e também o passado é presentificado através de vínculos concretos com o que já foi e no sentimento do convívio com os mortos, não podendo assim ser tratado como algo encerrado, resolvido. A partir desse modo de experimentação do tempo, a ação jurídica nas sociedades arcaicas só podia apresentar-se como reação à expressão do passado através de frustrações, ou como

configuração da continuidade do presente, mas não como um comprometimento das expectativas ou da ação tendo em vista um futuro que não poderia processar-se de outra forma. Seria até mesmo necessário indagar se e até que ponto o futuro era experimentável no horizonte temporal da vida cotidiana, e em que medida ele se escondia por trás dos limites do mundo visível, enquanto arbítrio de possíveis intervenções capazes de interromper a continuidade segura do presente, de forma imprevisível.

As sociedades que ultrapassaram o limiar da cultura avançada distanciam-se do seu passado e abrem-se muito mais ao seu futuro, pois são capazes de sustentar, absorver ou expelir mais incertezas em seu presente. O direito historicamente dado torna-se criticamente controlável pela concepção básica de um direito natural, mas isso não o torna modificável em todos os sentidos. Isoladamente, como entre os legistas chineses, desenvolve-se uma consciência evolutiva, constituindo a concepção e a prática política de um planejamento metodico da sociedade através de meios jurídicos, incorporando a economia, a estrutura familiar, melhoramentos técnicos, estratificação social e organização administrativa ao seu âmbito de configuração, tendo em vista tornar as condições humanas independentes do acaso — isto é, independentes do momento da autorealização da natureza. A contingência é o pressuposto, a ordem é a meta — e o meio inadequado é um direito penal insuficientemente resguardado em termos políticos. Na concepção da culpa individual por transgressões ao direito também se identifica uma estranha vinculação, semi-distanciada, ao passado: o passado pesa sobre o presente enquanto culpa, estando atualmente presente e vinculando apesar de já ter passado; mas a culpa já pode ser expiada e assim resolvida. A culpa implica então em uma experiência temporal, na qual o passado não se resolve por si mesmo, mas pode ser resolvido; nessa experiência a relevância jurídica não se refere apenas ao planejamento de um futuro complexo, contingente e com mais possibilidade, mas também à resolução de um passado distante.^{98b} Culpa e expiação não são experimentadas apenas com os critérios da “prevenção” do futuro.

De modo correspondente, essas sociedades já podem diferenciar seu futuro da simples continuidade da vida atual, tornando-se capazes de reconhecer as possibilidades evidente-

mente em aberto, e até mesmo a conceber um “futuro totalmente diferente” em escatologias. No âmbito do direito elas desenvolvem contratos com compromissos futuros acordados no presente — e isso não só no sentido de uma disposição imediata, que determina o futuro como continuidade do presente, mas no sentido do comprometimento normativo à disposição futura que pode ser datada, condicionada e denunciável. Nos limites do direito tradicional, essas sociedades criam possibilidades de estabelecer-se direito não pactuado, notadamente pela legislação e por determinações administrativas. O futuro ainda não é visto como uma sequência infinita e indeterminada de momentos, em cujo decorrer tudo que é poderá tornar-se diferente; mas ele é submetido a concepções de objetivos enquanto horizonte da disponibilidade do presente. Deseja-se alcançar um determinado futuro e nenhum outro, e por isso define-se no presente as consequências da ação ou também a continuidade natural do mundo atual enquanto condições positivas ou negativas para as decisões. A diferenciação funcional que então se inicia, a inserção de liberdades em instituições e a abstração conceitual do direito oferecem a base que permite suportar-se e utilizar-se um futuro contingente, já parcialmente em aberto. Mesmo assim, a fundamentação da possibilidade normativa de manutenção das expectativas ainda se baseia essencialmente na concepção de que o mundo permaneceria invariante em seus traços fundamentais, e de que o futuro não poderia mudar tudo. O futuro permanece consequência do presente, cuja essência e cujo direito provêm do passado e só permitem variações acidentais. De que outra forma seria possível motivar a manutenção de expectativas em um futuro ainda incerto?

A positividade, isto é, o princípio da variabilidade estrutural do direito, só se torna compreensível quando se vê o presente como consequência do futuro, ou seja, como decisão. Uma condição essencial para isso é criada com a abstração da concepção moderna do tempo: atualmente o tempo pode ser imaginado como um esquema infinito da complexidade do mundo, independentemente do que exista ou ocorra em termos temporais. Imaginado como sequência abstrata de momentos, ele está principalmente purificado de relevâncias materiais e sociais — enquanto mero tempo ele não é motivo para festejos, nem de modo algum fator causal. Aí reside concomitantemente a possibilidade de descolar o futuro dos acon-

tecimentos passados e dos acervos que sempre acompanham o presente em permanente progressão. Apesar do tempo sempre ter uma história coletada, ele não fixa por si mesmo o futuro. Ele deixa o futuro em aberto, mantendo então a perspectiva de mais possibilidades que jamais pudessem tornar-se presente e, com isso, passado. O futuro é possibilitado pela presença dos sistemas; ele se torna estruturado de forma determinável através de expectativas experimentadas no presente e carregadas na continuidade da experiência sempre presentificada. Assim, sua riqueza em possibilidades depende das respectivas estruturas atuais de elaboração da experiência. Tendo em vista um futuro em aberto, porém, o presente evidencia-se ao mesmo tempo como seleção entre outras possibilidades que o futuro tinha indicado.

Essas considerações vão além do conceito de tempo atualmente comum em um aspecto importante. Elas não mais consideram o tempo como apenas uma sequência de momentos — constituída de forma real ou intersubjetiva — ao longo da qual a experiência avança. Com isso não se pretende negar a possibilidade da datação, mas sim descartar a implicação de que todos os momentos — sejam esses futuros, presentes ou passados — tenham o mesmo potencial com respeito à complexidade. Uma tal concepção desfigura a especificidade do tempo: exatamente a diferenciação entre futuro, presente e passado. O futuro e o presente diferenciam-se não só através da direção da sua distância relativa (e cambiável) com respeito à experiência momentânea, mas principalmente pelo seu grau de abertura ou de fechamento para com outras possibilidades. Por isso, o presente não pode ser suficientemente caracterizado como aquele momento no qual a história mundial (subjetiva) acontece de encontrar-se. Em termos de sua função ele é uma redução da complexidade à medida do experimentável, uma eliminação inevitável e inexorável de outras possibilidades.

Ao pensamento atual faltam referências úteis para uma interpretação do fenômeno do tempo. Essas breves considerações, portanto, não são capazes de atingir uma compreensão suficiente dessa questão.⁹⁹ Mas elas devem pelo menos permitir reconhecer que a versão do tempo depende das respectivas estruturas sociais, e como elas se modificam.¹⁰⁰ A transição à sociedade sistematicamente diferenciada em termos funcionais, que apresenta uma grande variabilidade estrutu-

ral nos sistemas parciais, torna consciente a contingência do mundo e a seletividade também nas estruturas. Nem o tempo, nem o direito podem ser compreendidos na base da continuidade estrutural de uma “natureza”, isto é, na base de um passado sem outras possibilidades. O “de onde” da seleção, o futuro das outras possibilidades do presente assume o comando da experiência do tempo e da decisão jurídica. O andar do tempo só pode ser concebido enquanto redução inexorável da complexidade. O que fluiu no passado não pode mais ser mudado. Mas a estabilização de estruturas apropriadas de expectativas pode aumentar a complexidade do futuro e a seletividade do presente de tal forma que a ocorrência não é necessariamente casual, mas pode ser racionalizada como escolha sensata entre mais possibilidades. Então o presente não é mais apenas dar sentido à experiência imediata; antes ao contrário, do presente reivindica-se o recurso aos processos apropriados de seleção que criem aqueles passados futuramente úteis. Por isso vive-se na projeção e no desenvolvimento de planos.

Com essa abertura a um futuro supercomplexo e com o aumento da seletividade da experiência e da ação respectivamente atuais, modifica-se o caráter presente do direito, a experiência jurídica atual. Enquanto preparação para o futuro, enquanto passado ainda disponível de um futuro que se deseja, o presente se submete a um direito que ainda não é seu. Ele precisa abrigar significados que não convencem imediatamente, que não são auto-evidente. Ele precisa sustentar normas que permanecem indeterminadas ou que, quando determinadas, têm que ser concebidas como passíveis de futura reinterpretação. Isso pode ocorrer na forma da instrumentalidade valorizada ou na forma da ideologia, na forma da disponibilidade de capital ou educação, ou na forma de disposição de competências e processos legitimados. Em todos esses casos o futuro substitui o passado enquanto horizonte temporal predominante. O passado perde sua dimensão determinante. Ele é levado ao futuro apenas enquanto capital ou conhecimento histórico, enquanto história.^{100a} O direito não é mais o “bom direito antigo”. Ele vige não mais por causa de sua invariância baseada no passado que simboliza sua constância. Ao contrário, a vigência do direito descansa agora sobre sua função. Esta é interpretada tendo em vista o futuro: no século XIX enquanto elevação da liberdade compa-

tível ou enquanto liberação de energia humana no interesse do progresso civilizatório;¹⁰¹ no século XX, frente às pressões das necessidades de planejamento (se bem que menos articuladamente), enquanto estrutura seletiva que, por seu lado, possibilita os respectivos efeitos seletivos na forma de decisões ou de expectativas sobre decisões.

Isso não significa que o passado é descartado, mas que ele adquire um outro significado no sistema jurídico. Ele não mais estabelece compromissos através da auto-evidência da tradição, através da continuidade da culpa, e também não por um julgamento valorativo conservador no sentido de que o antigo seria normalmente melhor que o novo. Mas ele produz um efeito de ordenamento que — dentro de limites variáveis — continua imprescindível, pois ninguém pode mudar tudo ao mesmo tempo. O passado surge agora no presente como *status quo* dos sistemas, do qual tem que partir qualquer mudança significativa, enquanto aspecto não mais evitável do futuro. Toda inovação tem que acoplar-se ao já existente, já conhecido, não modificado. Essas referências poderiam ser quase que arbitrariamente escolhidas pelo direito racionalmente construído e plenamente transparente, da mesma forma que pelo direito totalmente caótico. Já que todo direito de fato vigente se situa entre esses dois extremos, surgem problemas de referência que limitam o que pode ser criado enquanto novo direito. Seria por exemplo pouco significativo criar um novo *status* jurídico do “homem livre e razoável”, sem determinar também o que isso significaria em termos de propriedade, casamento, impostos, privilégios de trabalho, direitos processuais dessa e de outras pessoas. No vazio e fora de contexto, as inovações nada significariam, nada seriam, nada tornar-se-iam. Nesses termos, o direito permanece dependente de sua própria história — e agora ela é uma história de decisões — na medida em que a capacidade humana para o processamento de informações é limitada. A quota de mudança do direito vigente pode ser consideravelmente elevada através da abstração de estruturas e da organização de procedimentos para os processos decisórios. Desse modo produz-se constantemente um novo direito velho, que deságua no *status quo*. Com o aumento da complexidade e da mutabilidade do direito também cresce o direito antigo, que tem que ser considerado em todas as mudanças. Uma sobrecarga do direito antigo continua representando o horizonte do passado na

decisão do presente, mas não mais nos obriga por sua antiguidade e apenas nos onera por sua complexidade técnica intrincável.

Não se pode afirmar que essas mudanças na relação entre o direito e o tempo, assim como no próprio direito, já tenham sido apropriadamente refletidas. O atual pensamento jurídico, em seus enraizamentos sentimentais e no dogmatismo de sua racionalidade, ainda vive em grande parte no espaço das concepções das culturas avançadas do passado. A transição à positividade, que já ocorre em termos práticos e políticos nos processos e na geração corrente de normas jurídicas, ainda constitui uma tarefa conceitual. É difícil formular previsões sobre as possíveis formas da racionalidade do direito positivo nessas condições. Em termos genéricos, faltam-nos critérios suficientes para a avaliação da racionalidade de decisões em estruturas sistêmicas. Mesmo assim, podem ser indicadas algumas condições paramétricas e alguns problemas básicos ao repensar-se o princípio da positividade e as análises até agora elaboradas. Tão logo o direito se tornou matéria de decisão e os processos correspondentes foram institucionalizados, não se pode negar que o direito vigente tenha assumido uma nova espécie de responsabilidade geral. Ela incorpora-se com o processo e, a partir daí, só pode ser reduzida, distribuída, deslocada ou escamoteada. Não se trata mais de responsabilidade pelas mudanças e pelas inovações, mas também de responsabilidade por suas não ocorrências. O não decidir torna-se uma decisão. Todo desejo de mudança torna-se sustentável, toda determinação torna-se controlável, as fundamentações de ontem têm que ser reconsideradas hoje e amanhã. O próprio estilo de fundamentação apresenta uma série de indicações nesse sentido: fundamenta-se pequenas mudanças como antecipações a grandes mudanças, omissões com a iminência de reformas, nomeações ou demissões provisórias como urgências; a possibilidade ou impossibilidade de esperar-se torna-se motivo de decisão, problemas temporais tornam-se critérios da escolha de temas para o estabelecimento do direito, e as prioridades deslocam os primados. Com isso os pequenos problemas e as pequenas soluções antecipam-se aos grandes problemas e às grandes soluções — sempre honrando a responsabilidade geral do direito, mas procrastinando-a.

Nessas tendências que inicialmente se anunciam em pequena escala ocorre que, nas condições da positividade do di-

reito, é necessário recorrer não só à dimensão material, mas cada vez mais também à dimensão temporal, para descrever-se a complexidade estruturada.¹⁰² O direito não precisa ser mais ou menos consistente apenas em termos materiais; a sequência de suas estruturas e decisões também não é aleatória. Já que não se pode mudar tudo ao mesmo tempo, a sequência das mudanças não pode ser arbitrariamente escolhida. Uma supõem as outras. Em uma ordem jurídica já existente não pode ser introduzida uma mudança qualquer, mas apenas aquelas que apresentem equivalências funcionais para formas já existentes de solução de problemas — sejam essas reais ou de tipo puramente dogmático. As mudanças se realizam nos sistemas dados enquanto troca de solucionamentos de problemas ou, quando for impossível uma solução alternativa, enquanto mudança estrutural que faz caducar a base de um problema tornado insolúvel. Isso delinea (mas não determina univocamente) uma certa ordem temporal na sequência das mudanças possíveis.

Com isso ainda não se afirma nada sobre o grau de planejamento de mudanças que uma sociedade pode realizar. Mesmo no contexto de uma dada sociedade, a relação entre consequências manifestas e latentes pode ocorrer diferentemente conforme o caso e o âmbito da ação. Seria especialmente falso caracterizar o desenvolvimento da sociedade moderna simplesmente pelo crescente planejamento; não são apenas as consequências planejadas que aumentam, mas também as não planejadas, e é a isso que a sociedade tem que adequar o seu direito. As mudanças nas perspectivas temporais das quais partimos indicam que com o tempo surge mais espaço para mais possibilidades, com o que é intensificada a seletividade do presente. Com isso elas apontam um problema, mas não permitem por si só conclusões sobre quais estruturas e processos poderão solucionar esse problema nos diversos âmbitos de sentido.

A própria independência com respeito ao passado torna-se um problema temporal — a saber, do tempo disponível para os processos decisórios. Nas organizações que realizam esses processos, o tempo se torna escasso e além disso é apenas limitadamente parcelado. A experiência do tempo como cronicamente escasso e limitado atua seletivamente sobre as metas objetivas que se pode almejar e sobre as informações que se pode processar.¹⁰³ Ela previne raciocínios complicados, tam-

bém aqueles que poderiam preparar mudanças estruturais abrangentes. A abertura do tempo a mais possibilidades reflete-se enquanto pressão do tempo nas organizações e nos processos.

Difícilmente poderia ser criado mais tempo para o trabalho mental nos diversos processos através da sua reorganização. Mais tempo pode-se no entanto obter — e isso é melhor demonstrado no exemplo do processamento automático de dados — através do ordenamento material do processamento de informações, que permite rápidas e seguras mudanças de concepção. O efeito seletivo dos processos decisórios depende principalmente da escolha das premissas que os estruturam, dos programas que têm que ser pensados não só enquanto orientações determinantes do decidir, mas também enquanto meios abstratos de integração e critérios para a troca de formas de solução de problemas. A pressão do tempo que tornou-se escasso não pode ser atenuada na dimensão temporal, ou seja por uma mera protelação ou transferência, mas só na dimensão material, isto é, através do ordenamento material das premissas decisórias mais abstratas, mais especificadas ou mais especificáveis, ou então na dimensão social, ou seja pela multiplicação de posições. Os processos decisórios organizados são, portanto, aquelas instituições *sociais* que convertem um *horizonte temporal* aberto em pressão do tempo, e que podem atingir uma solução desse problema com um melhor ordenamento *material* de suas premissas decisórias.

A dogmática jurídica do antigo estilo, voltada para a aplicação do direito, fornece um pressentimento do que é possível aqui e agora — basta pensar em como ela permite que se veja as formas de desembaraçamento de desempenhos equivocados como um conjunto concatenado. Ela quase não consegue registrar as chances derivadas da positivação no sentido apontado no item 2 acima, sem poder também solucionar os problemas daí decorrentes. Para tanto é necessária uma teoria mais abstrata do direito, que teria que ser desenvolvida referindo-se aos problemas e garantir a variabilidade controlável de todos os seus elementos. É ainda necessário aguardar se a partir da automação que agora se inicia com respeito aos processos da decisão jurídica, e a partir de uma teoria geral da decisão para a qual já existem claros indícios surgiriam

impulsos para uma reelaboração da dogmática jurídica nesse sentido.

O estilo de planejamento do direito positivo não precisa assumir a forma de um planejamento imperativo. O próprio campo do planejamento torna-se tão complexo que fica impossível pensá-lo imediatamente na forma moralizante em termos de se/então ou de bom ou mau comportamento. A normatização de um determinado comportamento ou proibições do tipo “não matarás” permanece como uma das formas possíveis de expressão do planejamento. Mas o que precisa ser planejado não são ações, e sim contextos de ação: sistemas. Tais sistemas podem ser controlados e eventualmente até mesmo criados por planejamentos. Mas o planejador não pode substituir a própria ação, ele só pode estabelecer as premissas para as decisões da ação de outros e quando muito prever aproximadamente em quais constelações de outras premissas decisórias as por ele desejadas inserir-se-ão. Ele pode facilitar-se essa previsibilidade pensando, planejando e analisando a ação como sistema. Isso também lhe deixa claro que o ator decidirá “em seu sistema”, de tal forma que as premissas planejadas da decisão poderão constituir apenas um momento entre outros. E o comportamento contrário ao planejado, principalmente o contrário ao direito, não é (como já vimos na discussão do tema do controle) ¹⁰⁴ mais simplesmente condenável, mas torna-se além disso relevante para o planejamento por seus motivos sistemicamente condicionados.

Com isso poderão e normalmente irão diferenciar-se também os horizontes temporais do planejamento e da ação cotidiana (inclusive a execução burocrática de programas). O ator pode manter quase que uma relação ingênua com o futuro enquanto horizonte das conseqüências de sua ação. O planejador, se quiser fazer jus à sua tarefa, tem que pensar em condições temporais mais abertas e ao mesmo tempo mais complexas, porque para ele cada horizonte temporal do ator acrescenta-se enquanto momento no futuro planejado. ¹⁰⁵ Só assim pode-se refletir sobre quanta incerteza com respeito ao seu futuro pode ser imputada a um ator, sobre quais estratégias de prevenção e redução de riscos ele utilizará para reagir frente a um futuro demasiadamente em aberto, e sobre como o direito nisso poderá apoiá-lo. ¹⁰⁶ O planejador precisa então poder imaginar no seu futuro, diferentes presentes do respec-

tivo ator que se prestam como passado de um presente posterior, ajudando a preparar um futuro que ele, enquanto planejador, gostaria de presentificar; ele precisa ver os presentes possíveis como chances diferentemente estruturadas de seleção e compreender o decorrer do tempo como desmontagem e construção de complexidade no sentido de possibilidades posteriores da seleção. Os programas para o processamento de desempenhos malogrados devem ver o erro, por exemplo, ao mesmo tempo sob o aspecto de um passado a ser corrigido no futuro e sob o aspecto de um erro possível que, para aquele que nele incorre assim como para aquele que sofre suas conseqüências, poderá ocorrer no seu atual horizonte futuro, e já agora desencadeia precauções.

Por mais difícil que possa ser a transposição dessas considerações à conceptualização jurídica familiar, pelo menos uma coisa elas deixam claro: que a positividade do direito não desemboca na tão temida arbitrariedade da ordem de comando. A problemática singular do direito positivo reside em um plano bem diferente, a partir do qual, e tão-só a partir do qual se decide quanto arbitrio e quanto comprometimento da ação serão possíveis em uma sociedade. A elevada complexidade só se deixa construir e manter enquanto complexidade estruturada. E a complexidade estruturada só pode ser garantida por um grau suficiente de variabilidade, isto é, pela contingência e pela permutabilidade segura dos solucionamentos de problemas juridicamente fixados. Com isso, retornam nossos problemas iniciais. A complexidade e a contingência das possibilidades da experiência e da ação, que se expressam no horizonte de mundo do indivíduo e são potencializadas ao nível da ameaça e da riqueza de chances pela existência de outros homens experimentando o mundo e agindo, exigindo o direito enquanto estrutura do solucionamento de problemas, reencontrando-se então no direito. Elas são absorvidas pelo direito enquanto problemas, como que assumidas na estrutura, pois assim elas são mais facilmente solucionáveis, mesmo sob condições de maior complexidade e contingência. Tem-se então que lidar com os riscos de um processo jurídico, e não mais com os riscos do comportamento de outros.

A forma de tais enquadramentos derivados varia com o desenvolvimento da sociedade e do seu direito. Esse desen-

volvimento tem uma tendência — que não é logicamente necessária, nem imanentemente forçosa, nem historicamente contínua, mas que se impõe a *grosso modo* no decorrer da evolução — a tornar provável o improvável, estabilizando dessa forma sistemas de alta complexidade. A estabilização de tais sistemas em um nível de elevada complexidade torna-se possível através de determinadas conquistas evolutivas, nas quais se deixam unir condições estruturais mais complicadas com graus elevados de liberdade — no caso do direito principalmente através da institucionalização de procedimentos para processos decisórios e através da constituição de formas abstratas para a preservação, a tradicionalização e a elaboração corrente de sentidos.

Somente nos nossos dias o direito positivo surge a partir de bases mais antigas. Apenas hoje pode-se compreender que o direito pode vigir por ser direito, isso é, por sua seletividade. Ainda é difícil avaliar o que isso significa em termos detalhados, e como o direito teria que ser conformado para assim poder vigir. O direito positivo é o direito mais condicionado, mais improvável que conhecemos. Nossas experiências com ele são muito curtas, problemáticas e inseguras. Elas não se deixam antecipar cientificamente de modo suficiente, menos ainda podemos imaginar suas conseqüências. Não sabemos sequer se assimilamos no nosso convívio cotidiano com o direito positivo — se nossas concepções conceituais esquematizam a realidade de modo a produzir experiências e apreensões relevantes. Temos muitas razões para duvidar disso. Nem os juízes, nem os sociólogos já desenvolveram um conceito satisfatório do direito positivo. O positivismo jurídico, que apenas afirmava o caráter jurídico do direito como motivo da vigência, evidenciou-se como um beco sem saída. A sociologia clássica do direito evidenciou-se como caminho que passava ao largo do problema. De uma teoria da política do direito positivo e de um planejamento apropriado sequer se pode falar. Poderíamos concluir moralizando sobre a insuficiência dos esforços até agora feitos. Uma teoria sociológica do direito aí reconheceria o *status* de um problema secular, que só poderia aproximar-se de uma solução estabilizável na medida em que se aprendesse na própria vida jurídica a comportar-se assimilativamente também com respeito ao direito.

NOTAS

- 1 Cf. *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*. Stuttgart, 1965. Partindo de melhores bases em termos de teoria do direito, através do seu conceito da reinstitucionalização (cf. vol. I, p. 84, nota 98) Paul BOHANNAN, op. cit., também argumenta que o direito sempre está em um certo "descompasso" com o desenvolvimento social. Análises históricas detalhadas sobre a relação entre o desenvolvimento do direito e o desenvolvimento da sociedade podem ser encontradas na obra de James William HURST. Cf.: *The growth of American law*. Boston, 1950. *Law and the conditions of freedom in the nineteenth-century United States*. Madison, 1956. *Law and social progress in United States history*. Ann Arbor, 1960. *Law and economic growth*. Cambridge/Mass., 1964. Cf. ainda FRIEDMAN, Lawrence M. Legal culture and social development. *Law and society review*, 4, 1969, p. 29-44.
- 2 Cf. p. ex.; DROP, Yerezekel. Law and social change. *Tulane law review*, 33, 1959, p. 767-801. AUBERT, Vilhelm. *Sociology of law*. Harmondsworth, 1969, p. 90-99. STJERNQUIST, Per. How are changes in social behaviour development by means of legislation? Em *Legal essays*. Copenhagen-Estocolmo-Göteborg, 1963, p. 153-169. COING, Helmut. Law and social development. Em ARON, Raymond e HOSELTZ, Bert F. *Le développement social*. Paris-Haia, 1965, p. 293-312. EVAN, William M. Law as an instrument of social change. Em GOULDNER, Alvin W. e MILLER S. M. *Applied sociology*. Nova Iorque-Londres, 1965, p. 285-293. SELZNICK, Philip. Law. The sociology of law. *International encyclopedia of the social sciences*, vol. 9, 1968, p. 50-59. FRIEDMANN, Wolfgang. *Recht und sozialer Wandel*. Frankfurt, 1969, p. 13 ss.
- 3 Nem mesmo William G. SUNNER, apesar da famosa expressão "stateways cannot change folkways". Cf. BALL, Henry V.; SIMPSON, George E. e IKEDA, Kiyoshi. Law and social change. *The american journal of sociology*, 67, 1962, p. 532-540.
- 4 Cf. a crítica temperamental de WIETHÖLTER, Rudolf. Die GmbH in einem modernen Gesellschaftsrecht und der Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes. Em *Probleme der GmbH-Reform*. Colônia, 1969, p. 11-42. Ver ainda NASCHOLD, Frieder. *Kassenärzte und Krankenversicherungsreform*. Freiburg, 1967.
- 5 Para a crítica ver BODEN. Über eine experimentelle Methode der Gesetzgebung. *Archiv für die gesamte Psychologie*, 33, 1915, p. 355-372. Ver ainda a exigência de uma jurisprudência experimental em BEUTEL, Frederick K. *Some potentialities of experimental jurisprudence as a new branch of social science*. Lincoln, 1957. Atualmente manter-se-ia a crítica, mas reduzir-se-ia a confiança na cientificidade.
- 6 Cf. CAMPBELL, Donald T. Variation and selective retention in socio-cultural evolution. *General systems*, 14, 1969, p. 69-85. Ver ainda (com uma designação errônea de "collectivistic approach") ETZIONI, Amit. *The active society*. Londres-Nova Iorque, 1968, p. 65 ss.
- 7 Um estágio prévio para tanto é o reconhecimento da funcionalidade do acaso. Ver AUBERT, Vilhelm. Chance in social affairs. *Inquiry*, 2, 1959, p. 1-24. Sobre as dificuldades de uma geração BEER, Stafford. *Kybernetik und Management*. Frankfurt, 1962, p. 216 ss.
- 8 No mesmo sentido, mas com conceitos diferentes, ETZIONI, op. cit., busca uma teoria macrosociológica que pudesse realizar uma pesquisa integrada da mudança social planejada ou não.
- 9 Até mesmo os problemas lógicos, cuja solução é pressuposto para a constituição de uma tal teoria sobre os processos reflexivos, carecem de qualquer esclarecimento. Sobre o problema da evolução nesse aspecto ver GÜNTHER, Gotthard. *Logik, Zeit, Emanation und Evolution*. Colônia-Opladen, 1967. Ver ainda BÜHL, Walter. Das Ende der zweiwertigen Soziologie. *Soziale Welt*, 20, 1969, p. 163-180. Para a situação da discussão sociológica ver TJADEN, Karl Hermann. *Soziales system und sozialer Wandel*. Stuttgart, 1969 (que é ao mesmo tempo uma comprovação da total desconsideração do direito enquanto mecanismo da mudança social).
- 10 Cf.: MOORE, Wilbert E. *Social change*. Englewood Cliffs, 1963. TJADEN, op. cit. ZAPP, Wolfgang. Op. cit. (com bibliografia).
- 11 A teoria sociológica de Talcott PARSONS é representativa para a tentativa de limitar o conceito de estrutura a padrões comportamentais normativamente estabilizados (mas não só pelo direito, e principalmente pela linguagem e outros meios de comunicação). Cf. as indicações no vol. I, cap. 1, notas 22 e 23. O conceito de norma aí usado permanece pouco claro, assim como o modo de funcionamento e as consequências da normatização com respeito a problemas da estabilização. Até mesmo nos círculos mais próximos a PARSONS essa limitação do conceito de estrutura não é mais aceita. Cf. MAYHEW, Leon. Action theory and action research. *Social problems*, 15, 1968, p. 420-432.
- 12 Isso é documentado nos resultados de BLAU, Peter M. Patterns of deviation in work groups. *Sociometry*, 23, 1960, p. 245-261.
- 13 Cf. BOWMAN, Claude C. Distortion of reality as a factor in morale. Em ROSE, Arnold M. *Mental health and mental disorder*. Londres, 1956, p. 393-407.
- 14 A pesquisa sócio-psicológica a esse respeito é resumida em STOGDILL, Ralph M. *Individual behavior and group achievement*. Nova Iorque, 1959, p. 59 ss.
- 15 Cf. também LUHMANN, Niklas. Status quo als Argument. Em BAIER, Horst. *Studenten in Opposition. Beiträge zur Soziologie der deutschen Hochschule*. Bielefeld, 1968, p. 73-82.
- 16 Aqui nos encontramos com a justificada crítica metodológica a uma teoria funcional referenciada apenas à "sobrevivência do sistema". Ver principalmente NAGEL, Ernest. *Logic without metaphysics*. Glencoe, 1956, p. 247 ss. Restrições semelhantes apresentam-se frequentemente como censura a uma "reificação" do conceito de sistema.
- 17 Essa abordagem do problema aplicada à relação sistema/sistema parcial é também encontrada em RAMSÖY, Odd. *Social groups as system and subsystem*. Nova Iorque-Londres, 1963, p. 190 ss.
- 18 Talcott PARSONS fala de "collectivities" quando os sistemas sociais desenvolvem uma orientação comum com referência ao mundo de tal forma que se possa atuar pelo sistema (se bem que as definições do conceito e os sentidos na linguagem oscilem). Ver p. ex. *The social system*. Glencoe, 1951, p. 96 ss. Ver também PARSONS, Talcott e SMELSER, Neil J. *Economy and society*. Glencoe, 1956, p. 15.
- 19 Isso é possível pelo menos de duas formas: na luta contra "inimigos do sistema" ou na forma de decisões sobre a admissão ou exclusão. O último caso é constitutivo para a identidade estrutural da organização. Ver LUHMANN, Niklas. *Funktionen und Folgen formaler Organisation*. Berlin, 1964.

- 20 Como já discutimos principalmente no caso do modelo da hierarquia; ver vol. I, p. 231.
- 21 Na sociologia do direito holandesa e escandinava encontramos pesquisas pertinentes nesse campo; ver os relatórios de LOON, Jan F. Glastra van e ECKHOF, Tornstein em TREVES, Renato. *La sociologia del diritto*. Milão, 1966.
- 22 Nas publicações de PARSONS só são apresentadas exposições muito breves, que supõem que informação e energia sejam conceitos claros, passando logo a diferentes aplicações do esquema geral. Para uma formulação inicial ver PARSONS, Talcott. *Durkheim's contribution to the theory of integration of social systems*. Em WOLFF, Kurt W. *Emile Durkheim 1858-1917*. Columbus, 1960, p. 118-153, 122 ss. Para formulações mais recentes ver, do mesmo autor, *Die jüngsten Entwicklungen in der strukturell-funktionalen Theorie*. *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 16, 1964, p. 30-49, 36 s. Ver ainda ACKERMAN, Charles e PARSONS, Talcott. The concept of "social system" as a theoretical device. Em DIRENZO, Gordon J. *Concepts, theory and explanation in the behavioral sciences*. Nova Iorque, 1966, p. 19-40, 34.
- 23 Cf.: PARSONS, Talcott. An approach to the sociology of knowledge. *Transactions of the fourth world congress of sociology*. Milão, 1959. vol. IV. Republicado em idem. *Sociological theory and modern society*. Nova Iorque-Londres, 1967, p. 139-165, 142 ss. PARSONS, Talcott. Interaction. Social interaction. *Encyclopedia of the social sciences*, vol. 7. Nova Iorque, 1968, p. 429-441, 437. É importante registrar que esse é um conceito de "institucionalização" bem diferente do usado acima (vol. I, p. 77 ss.).
- 24 *Law and equal opportunity*. Cambridge/Mass., 1968. Cf. do mesmo autor, Law. The legal system. *International encyclopedia of the social sciences*. Vol. 9. Nova Iorque, 1968, p. 59-66.
- 25 Cf. p. ex. MASSEL, Gregory J. Law as an instrument of revolutionary change in a traditional milieu. *Law and society review*, 2, 1968, p. 179-228.
- 26 Assim por exemplo a em si elogiável psicologização e a psiquiatrização da jurisprudência prejudicando valores do "Estado de direito", especialmente a igualdade, a previsibilidade e a justiça. Cf. a esse respeito BERMAN, Harold J. Law as an instrument of mental health in the United States and Soviet Russia. *University of Pennsylvania law review*, 109, 1961, p. 361-376. Para uma visão "ocidental" do mesmo problema ver ainda AUBERT, Vilhelm. Legal justice and mental health. *Psychiatry*, 21, 1958, p. 101-103. AUBERT, Vilhelm e MESSINGER, Sheldon L. The criminal and the sick. *Inquiry*, 1, 1958, p. 137-160.
- 27 PODGÓRECKI, Adam. Dreistufen-Hypothese über die Wirksamkeit des Rechts. Em HIRSCH, Ernst E. e REHBINDER, Manfred. *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*. *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, caderno especial 11. Colônia-Opladen, 1967, p. 271-283. Idem. Law and social engineering. *Human organization*, 21, 1962, p. 177-181. Idem. Loi et morale en théorie et en pratique. *Revue de l'Institut de sociologie*, 1970, p. 277-293.
- 28 Op. cit., 1967, p. 282.
- 29 *The study of man*. Nova Iorque, 1936, p. 115. Outras referências para a utilização dessas categorias em DAHRENDORF, Ralph. *Homo sociologicus*. Colônia-Opladen 1968, p. 54 ss. (Tradução brasileira: *Homo sociologicus*, Rio, Tempo Brasileiro, 1969.) Na teoria sociológica de

- Talcott PARSONS essa distinção é desenvolvida em duas direções. Uma coloca "ascription" como idêntica à fusão de funções, ou seja à multifuncionalidade, tornando assim supérfluos os conceitos de LINTON. Cf. PARSONS, Talcott. Some considerations on the theory of social change. *Rural sociology*, 26, 1961, p. 219-239. Para uma elaboração mais detalhada ver MAYHEW, Leon. Ascription in modern societies. *Sociological inquiry*, 38, 1968, p. 105-120. O outro sentido é atualmente caracterizado por PARSONS como diferença entre qualidade e desempenho; ela se refere à questão, se um ator caracteriza o outro por aquilo que ele é ou por aquilo que ele faz (fez ou fará). Cf. PARSONS, Talcott. *The social system*. Glencoe, 1951, p. 63 ss. Idem. Pattern variables revisited. *American sociological review*, 25, 1960, p. 467-493.
- 29a Assim também OFFE, Claus. *Leistungsprinzip und industrielle Arbeit*. Frankfurt, 1970.
- 30 Ver LUHMANN, Niklas. Wahrheit und Ideologie. *Der Staat*, 1, 1962, p. 431-448. Idem. Positives Recht und Ideologie. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 53, 1967, p. 531-571. Ambos republicados em: Idem. *Soziologische Aufklärung*. Colônia-Opladen, 1970. Ver ainda vol. I, p. 108.
- 31 Uma derivação dessa necessidade de segurança estruturalmente gerada é a ampla valorização cultural da segurança analisada em KAUFMANN, Franz-Xaver. *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem*. Stuttgart, 1970.
- 32 Cf. vol. I, p. 24 s. Essa diferenciação de MAINE é antecessora direta da nossa dicotomia entre características atribuídas e adquiridas, intermediada pela diferenciação entre comunidade e sociedade de Ferdinand TÖNNIES. Uma visão geral da história dessas noções pode ser encontrada em MINER, Horace M. Community-society continua. *International encyclopedia of the social sciences*, vol. 3, 1968, p. 174-180.
- 33 Cf. a utilização desse esquema conceitual em: ALMOND, Gabriel. A functional approach to comparative politics. Em ALMOND, Gabriel e COLEMAN, James S. *The politics of the developing areas*. Princeton, 1960, p. 3-64. PARSONS, Talcott. An outline of the social system. Em PARSONS, Talcott; SHILS, Edward A.; NAEGELE, Kaspar D. e PITTS, Jesse R. *Theories of society*. Glencoe, 1961, p. 30-79, 53 ss. Mas nem todas as discussões nesse contexto usam essa conceituação; para um exemplo entre muitos outros ver: DURKHEIM, Emile. *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, 1927, p. 110 ss.
- 34 Nisso reside a justificativa (limitada) de uma teoria teleológica-funcional do direito. Cf. KRAWIETZ, Werner. *Das positive Recht und seine Funktion*. Berlin, 1967.
- 35 150 consequências são mencionadas com referência à invenção do rádio na análise de OGBURN, William F. e GILFILLAN, S. C. The influence of invention and discovery. Em *Recent social trends in the United States*. Nova Iorque-Londres, 1933, vol. 1, p. 122-166, 153. Esse é o motivo para W. Ross ASHBY (*Design for a brain*. Londres, 1954) postular "funções parciais" determinadas para todos os sistemas complexos, que interrompem causalidades e transmitem apenas uma parte dos efeitos.
- 36 Exemplo segundo COHEN, Morris C. Positivism and the limits of idealism in the law. *Columbia law review*, 27, 1927, p. 237-250, 245. Para outros exemplos e para a tentativa de uma tipificação do solu-

- cionamento de problemas de consequência através do direito ver ROSE, Arnold M. Law and the causation of social problems. *Social problems*, 16, 1968, p. 33-43.
- 36a A multifuncionalidade das leis e das instituições jurídicas é por exemplo sublinhada em FULLER, Lon L. *Anatomy of the law*. Nova Iorque-Londres-Washington, 1968, p. 36 ss.
- 37 Essa relação é ainda mais complicada, pois em termos de técnica conceitual é necessário diferenciar-se entre a multifuncionalidade em um sistema e a maioria de referências sistêmicas (ou relatividade sistêmica). Sobre isso ver RAMSÖY, op. cit.
- 38 Sobre esse aspecto, se bem que de um ponto de vista puramente jurídico, ver: WINTER, Gerd. *Sozialer Wandel durch Rechtsnormen, erörtert an der sozialen Stellung unehelicher Kinder*. Berlim, 1969. WELLER, Bernhard. *Arbeitslosigkeit und Arbeitsrecht*. Stuttgart, 1969. GOLD-BLATT, Harold e CROMIEN, Florence. The effective social reach of the fair housing practices law of the city of New York. *Social problems*, 9, 1962, p. 365-370. Esse último texto trata o mesmo problema com a dicotomia conceitual de efeitos *particularistas* de uma legislação intencionalmente *universalística*: o que deve vigir igualmente para todos será absorvido e assimilado especificamente em situações específicas.
- 39 Essa noção de uma sobrecarga do sistema com necessidades funcionais e do mandamento do emprego econômico dos órgãos que sustentam as funções é principalmente defendida na teoria do organismo. Ver p. ex. ANGYAL, Andras. *Foundations for a science of personality*. Nova Iorque, 1941, p. 303. Na teoria dos sistemas sociais prevalece uma visão oposta sobre o mesmo contexto, isto é a formulação de que a diferenciação funcional (ou seja a dissolução de dispositivos multifuncionais pela especialização) só vale a pena em sistemas amplos, com muitos portadores. A questão da economia especial da multifuncionalidade foi elaborada na literatura sociológica principalmente por MAYHEW, Leon. *Ascription in modern societies*, op. cit., p. 110 ss.
- 40 É utilizado mais ou menos como no caso presente, mas ainda está insuficientemente elaborado enquanto conceito. Ver por exemplo: PARSONS, Talcott e SMELSER, Neil J. *Economy and society*. Glencoe, 1956, p. 15 s. PARSONS, Talcott. "Voting" and the equilibrium of the American political system. Em BURDICK, Eugene e BRODBECK, Arthur J. *American voting behavior*. Glencoe, 1959, p. 80-120, 116 s. Cf. também as formulações sem o devido esclarecimento como "overwhelming preoccupied with", "primarily oriented to", "predominantly oriented" em LEVY Jr., Marion J. *Modernization of the structure of societies*. Princeton, 1966, passim.
- 41 É isso é política estrutural em um determinado sentido. Cf. LUHMANN, Niklas. Reform und Information. *Die Verwaltung*, 3, 1970, p. 15-41, 28 s. Republicado em: Idem. *Politik und Verwaltung*. Opladen, 1971.
- 42 Sobre esse problema muito discutido ver, para os aspectos gerais, KERR, Clark; HARBINSON, Frederick H. e MYERS, Charles A. *Industrialism and industrial man*. Cambridge, 1960, p. 140 ss. Para estudos de casos ver, p. ex.: CHRISTENSEN, C. Roland. *Management succession in small and growing enterprises*. Boston, 1953. RICE, A. K. *Productivity and social organization*. Londres, 1958. Idem. *The enterprise and its environment*. Londres, 1963. SOFER, Cyril. *The organization from within*. Chicago, 1961, p. 3 ss.
- 43 Apesar de todo afã educador moralmente fundamentado, ao introduzir-se a obrigatoriedade escolar geral foi necessária uma certa consideração da questão se "a economia podia prescindir" das crianças. Cf. a determinação prussiana a esse respeito (de 26 de dezembro de 1736) republicada em FROESE, Leonhard e KRAWIETZ, Werner. *Deutsche Schulgesetzgebung*. Weinheim-Berlin-Basel, 1968, vol. I, p. 95 ss. Sobre a resistência clerical ver como produto típico: DIENDORFER, J. Ev. *Der staatliche Schulzwang in der Theorie und Praxis*. Passau, 1868.
- 44 Uma das melhores análises dessa questão ainda é SCHUMPETER, Joseph A. Die Krise des Steuerstaates. Em idem. *Aufsätze zur Soziologie*. Tübingen, 1953, p. 1-71. Como estudo paralelo é interessante o trabalho de Egon BITTNER (The police on skid-row. *American sociological review*, 32, 1967, p. 699-715) que mostra em que medida uma garantia policial da segurança e da ordem públicas pressupõe uma forma de vida duradouramente estruturada por parte da população, através de um futuro avaliável e alcançável a partir do presente. Material importante pode ser ainda encontrado nos estudos sobre as barreiras sociais ao desenvolvimento técnico-econômico em países subdesenvolvidos. Ver RIGGS, Fred W. *The ecology of public administration*. Londres, 1961. Idem. *Administration in developing countries*. Boston, 1964 (com conclusões sobre "legislative helpness", p. 232 ss.). Ver inda: FOX, Guy e JOINER, Charles A. Perceptions of the vietnamese public administration system. *Administrative science quarterly*, 8, 1964, p. 443-481. MECHAM, J. Lloyd. Latin american constitutions. *Journal of politics*, 21, 1959, p. 258-275.
- 45 Para uma exposição teórica do problema ver NADEL, Siegfried F. *The theory of social structure*. Glencoe, 1957. Sobre o processo legislativo e sua influência por interpenetrações locais de papéis dos deputados ver BARBER, James D. *The lawmakers*. Nova Iorque-Londres, 1965. Cf. também KEMPER, Theodore. Third party penetration of local social systems. *Sociometry*, 31, 1968, p. 1-29.
- 46 Cf. capítulo 4, item 3.
- 47 Essa diferenciação entre moral da convicção e moral da responsabilidade é originada de WEBER, Max. *Politik als Beruf*. Berlim, 1964. (Tradução brasileira em: Idem. *Ciência e política*. São Paulo, Cultrix, s.d.).
- 48 Quase no mesmo sentido fala-se frequentemente de estruturas manifestas e latentes. Essa diferenciação, entretanto, baseia-se na consciência e permanece imprecisa com referência à questão sobre que consciência, de quem e quando se trata. É é nessa questão que reside um problema: não se pode ampliar essencialmente a esfera das estruturas conscientemente manifestas, porque a consciência só é limitadamente disponível, mas sempre será possível ampliar-se, através da mera formulação, o âmbito das estruturas possivelmente conscientes (e que passam a poder ser citadas!).
- 49 A essa história pertenceriam, por exemplo: a diferenciação entre sanções repressivas e repressivas em DURKHEIM; a diferenciação na teoria da ação entre ação finalisticamente e ação valorativamente racional em Max WEBER; as pesquisas de psicologia de grupos sobre a distribuição de padrões de comunicação em BALES; e as tentativas no contexto da teoria dos papéis de distinguir entre papéis instrumentais e expressivos (referenciados a tarefas ou sócio-emocionais).

- Para a pesquisa empírica sobre os dois últimos aspectos ver: BALES, Robert F. *Personality and interpersonal behavior*. Londres, 1970. BURKE, Peter J. The development of task and socio-emotional role differentiation. *Sociometry*, 30, 1967, p. 379-392.
- 50 Para a história do desenvolvimento dos conceitos de PARSONS, ver PARSONS, Talcott; BALES, Robert F. e SHILLS, Edward A. *Working papers in the theory of action*. Glencoe, 1953. A utilização posterior pode ser melhor compreendida em: PARSONS, Talcott. General theory in sociology. Em MERTON, Robert K.; BROOM, Leonard e COTTRELL Jr., Leonard S. *Sociology today*. Nova Iorque, 1959, p. 3-38. Para uma versão mais recente ver: PARSONS, Talcott. Some problems of general theory in sociology. Em McKINNEY, John C. e TIRYAKIAN, Edward A. *Theoretical sociology*. Nova Iorque, 1970, p. 27-68, 30 s.
- 51 Ver PARSONS, Talcott. Some reflections on "the nature and significance of economics". *The quarterly journal of economics*, 43, 1934, p. 511-545, 513 ss.
- 52 Essa idéia é utilizada com respeito à eficiência das sanções penais em CHAMBLISS, William J. Types of deviance and the effectiveness of legal sanctions. *Wisconsin law review*, 1967, p. 703-719.
- 53 Assim expressamente e também referindo-se à dimensão temporal: APTER, David E. *The political kingdom in Uganda*. Princeton, 1961. Idem. *The politics of modernization*. Chicago-Londres, 1965, p. 83 ss.
- 54 Assim DROR, op. cit. referindo-se às dificuldades da modernização do direito matrimonial e familiar na Turquia e em Israel.
- 55 Os limites da esfera íntima podem, assim, projetar difíceis problemas na implementação de intenções político-jurídicas. Isso é demonstrado nos esforços de inserção dos filhos ilegítimos na esfera familiar e no direito de sucessão. A própria legislação norte-americana contra a discriminação racial encalhou nesse problema. O negro, enquanto escravo ou servil, podia ser despersonalizadamente aceito em relações sociais e tolerado na esfera íntima; mas produziu-se imediatamente uma reação ante a perspectiva de uma intersubjetividade plena e pessoal, que tornava inevitável a referência à percepção e ao pensamento do negro enquanto *alter ego*. O estilo de vida do americano, com seu convívio social aberto, facilmente acessível, fortalecia esse problema, ampliando-o para além da família no seu sentido mais estrito, abrangendo a vizinhança, as situações de contato das crianças, etc.
- 56 Assim é também argumentado em MAYHEW, Leon. Ascription in modern societies. *Sociological inquiry*, 38, 1968, p. 105-120. Objeções semelhantes são feitas contra uma dicotomia superficial entre tradicionalidade e modernidade. Para essa discussão ver por exemplo GUSFIELD, Joseph R. Tradition and modernity. *The american journal of sociology*, 72, 1967, p. 351-362.
- 57 Mesmo que um tal comportamento orgânico possa ser juridicamente relevante, podemos deixar de considerá-lo em uma análise da reação pessoal a mudanças jurídicas, pois essas sempre se baseiam em informação.
- 57a Mais detalhadamente em LUHMANN, Niklas. Einfache sozialsysteme. *Zeitschrift für Soziologie*, 1, 1972, p. 51-65.
- 58 Sobre esse conceito do sistema social organizado ver LUHMANN, Niklas. *Funktionen und Folgen formaler Organisation*. Berlim, 1964.
- 59 Isso está relacionado a que também os sistemas mais simples de interação têm que formar sua estrutura na forma de expectativas expectáveis (Ver vol. I, p. 45 ss.). Cf. BLUMER, Herbert. Psychological import of the group. Em SHERIF, Muzafer e WILSON, M. O. *Group relations at the crossroads*. Nova Iorque, 1953, p. 185-202, 198.
- 60 Esse é um tema central de muitas pesquisas da sociologia da organização. Para um ponto de partida, ver ROETHLISBERGER, Fritz J. e DICKSON, William J. *Management and the worker*. Cambridge/Mass., 1939.
- 61 Ver p. ex.: LANE, Robert E. *The regulation of businessmen*. New Haven, 1954. BALL, Harry V. Social structure and rent-control violations. *American journal of sociology*, 65, 1960, p. 598-604. BALL, Harry V. e FRIEDMAN, Lawrence M. The use of criminal sanctions in the enforcement of economic legislation. *Stanford law review*, 17, 1965, p. 197-223, 208 s. BERGER, Morroe. *Equality by statute*. Garden City, 1967, p. 181 s. COLOMBOTOS, John. Physicians and medicare. *American sociological review*, 34, 1969, p. 318-334.
- 62 Cf. item 4 a seguir.
- 63 Cf. HABERMAS, Jürgen. Der Universalitätsanspruch der Hermeneutik. Em *Hermeneutik und Dialektik*. Tübingen, 1970, vol. I, p. 73-103.
- 64 Tais processos de auto-enredamento interativo têm um relevante papel no surgimento do comportamento divergente; eles conduzem a posições, a partir das quais o comportamento divergente é induzido. Ver as indicações bibliográficas no vol. I, p. 139, nota 166. Mas os processos juridicamente regulamentados também são sistemas de interação que constituem uma história própria, utilizada como estrutura dos procedimentos seguintes. Cf. CICOUREL, Aaron V. *The social organization of juvenile justice*. Nova Iorque-Londres-Sidney, 1968, esp. p. 328 ss. Ver ainda LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Neuwied-Berlin, 1969, p. 38 ss.
- 64a O pressuposto de um "destaque da história mundial geral" é de caso a caso realizável com um alcance muito diferenciado. Ver a esse respeito CAVAN, Sherri. *Liquor license*. Chicago, 1966, esp. p. 54 s. e 79 ss.
- 65 Cf.: SELZNICK, Philip. Foundations of the theory of organization. *American sociological review*, 13, 1948, p. 25-35. Idem. *TVA and the grass roots*. Berkeley-Los Angeles, 1949. Idem. *Leadership in administration*. Evanston-White Plains, 1957.
- 66 Cf. a esse respeito, para tipologias da ambientação de organizações: EMERY, F. E. e TRIST, E. L. The causal texture of organizational environments. *Human relations*, 18, 1965, p. 21-32.
- 67 Essa conclusão é freqüentemente formulada — e isso de forma bastante infeliz, porque não leva a desdobramentos — como rejeição a uma analogia entre sistema social e organismo ou máquina. Seria importante determinar mais precisamente as condições sob as quais sistemas sociais também poderiam constituir dispositivos de autocontrole.
- 68 Cf. especialmente HARVEY, O. J.; HUNT, David E. e SCHRODER, Harold M. *Conceptual systems and personality organization*. Nova Iorque-Londres, 1961.
- 69 Essas idéias foram absorvidas em PODGÓRECKI, Adam. Loi et morale en théorie et en pratique. *Revue de l'Institut de sociologie*, 1970, p. 277-293. Aí o autor tenta correlacionar a diferenciação entre a rigorosidade moral e a tolerância, com outras variáveis como a instrução e a inserção na estratificação social.

- 70 Esse tipo de sistema fomenta a abstração principalmente na medida em que o convívio é interrompido e posteriormente prosseguido após a separação dos participantes e outros comprometimentos sistemáticos. Essa intermitência permite articular conscientemente a identidade do sistema, os motivos do convívio, dos locais, dos momentos, dos temas e dos participantes. Mesmo assim, no entanto, a abstração necessária permanece relativamente reduzida.
- 71 A sociologia da organização aprendeu isso a partir de cansativas tentativas de introdução de novos métodos por meio de colaboradores individuais. O sistema social organizado não se deixa modificar pela introdução de novas ações, mas apenas se o contexto dos papéis é mudado com expectativas, contra-expectativas ou expectativas sobre expectativas. Cf. p. ex. KAHN, Robert L.; WOLFE, Donald M.; QUINN, Robert P e SNOEK, Diedrick J. *Organizational stress*. Nova Iorque-Londres-Sidnei, 1964.
- 72 A esse respeito Holger ROSTECK está preparando uma publicação baseada em levantamento empíricos.
- 73 O direito existente foi analisado segundo esse aspecto enquanto "realidade da legislação", "apetrechada com o poder do presente", por HUBER, Eugen. *Recht und Rechtsverwirklichung*. Basel, 1921, p. 319 ss.
- 74 Já tínhamos visto acima, na nota 2 do capítulo 5, que essa posição é hoje amplamente defendida, sem que suas complicadas consequências fossem refletidas.
- 75 Para a história do direito contratual segundo esse aspecto ver GOUNOT, Emmanuel. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*. Paris, 1912, esp. p. 43 ss.
- 76 Sobre as críticas atualmente correntes a essa concepção ver o resumo de FRIEDMANN, Wolfgang. *Recht und sozialer Wandel*. Frankfurt, 1969, p. 99 ss.
- 77 DEGUILLEM, Henri. *La socialisation du contrat*. Paris, 1944, p. 27.
- 78 Assim formulado em BROHM, Winfried. *Strukturen der Wirtschaftsverwaltung*. Stuttgart, 1969, p. 20.
- 79 Para maiores detalhes cf. LUHMANN, Niklas. Zur Funktion der "subjektiven Rechte". *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1, 1970, p. 321-330.
- 80 Na linguagem de Alvin W. GOULDNER (The norm of reciprocity. *American sociological review*, 25, 1960, p. 161-178) isso significa que a relação só garante complementaridade, mas não reciprocidade. Com isso a artificialidade da figuração pode ser reconhecida também em termos sociológicos.
- 81 Uma das consequências é a de que a dogmática jurídica desse século movimenta-se no sentido de uma reconstrução do direito subjetivo, isto é da reconstrução de obrigações concretas, recíprocas, de considerações, ponderações materiais e vinculações valorativas do tipo "propriedade obriga". Mas isso não resolve o problema do balanceamento de figurações abstratas de ordenamento, mas apenas abdica do plano abstrato no qual elas se apoiavam.
- 82 *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*. Stuttgart, 1965.
- 83 A situação no campo da análise clássica em termos da relação fins/meios não está muito melhor. Não obstante pode-se observar aqui uma consciência mais acentuada do problema e uma disposição à utilização de modelos sistêmicos complexos. Cf. p. ex.: MARCH, James G. e SIMON, Herbert A. *Organizations*. Nova Iorque-Londres, 1958, esp. p. 191 ss.
- 84 LUHMANN, Niklas. *Zweckbegriff und Systemrationalität*. Tübingen, 1968.
- 85 Cf. ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübingen, 1956. Mais frequentemente podem ser encontradas referências a formulações em princípio sobre a relação entre a problemática sociológica, o direito comparado e a política jurídica, mas sua elaboração deixa muito a desejar. Ver p. ex.: DROBNIG, Ulrich. Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie. *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 18, 1953, p. 295-309. SIMTIS, Spiros. Die Informationskrise des internationalen Rechts und die Datenverarbeitung. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 9, 1969, p. 276-298 (com outras indicações).
- 86 *Law in society*. Oxford, 1965, p. 209.
- 87 Von der Raumplanung zur Entwicklungsplanung. *Deutsches Verwaltungsblatt*, 85, 1970, p. 93-98, 97.
- 88 Fritz SCHARPF (*Die politischen Kosten des Rechtsstaates*. Tübingen, 1970) avalia como mais apropriada sob esse aspecto a prática legislativa nos Estados Unidos, mais reservada, delegando o detalhamento a regulamentações administrativas. Para uma posição contrária que, entretanto, subdimensiona as dificuldades técnico-jurídicas de uma regulamentação jurídica centralizada, ver LOWI, Theodore J. *The end of liberalism*. Nova Iorque, 1969.
- 89 Com a diferenciação entre essas três dimensões da complexidade estou seguindo um trabalho ainda não publicado: LA PORTE, Todd R. *Organized social complexity*. Manuscrito, 1969. Para uma versão um pouco mais complicada ver McFARLAND, Andrew. *Power and leadership in pluralist systems*. Stanford, 1969, p. 16.
- 90 Mais detalhadamente em LUHMANN, Niklas. Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie. *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 2, 1972.
- 91 Cf. SCHARPF, Fritz W. *Komplexität als Schranke der politischen Planung*. Tese apresentada à reunião anual da Deutsche Vereinigung für Politische Wissenschaft, Mannheim, 1971.
- 92 Para alguns exemplos dessa relutância em aplicar o conceito de sociedade à realidade social em escala mundial, ver: CARLSTON, Kenneth S. *Law and organization in world society*. Urbana, 1962 (apesar do título, ver p. 66!). MOORE, Wilbert E. Global sociology — the world as a singular system. *The American Journal of sociology*, 71, 1966, p. 475-482. SPIRO, Herbert J. *World politics*. Homewood, 1966. MAYHEW, Leon. Society. *Encyclopedia of the social sciences*, vol. 14, 1968, p. 577-586, 585. ETZIONI, Amitai. *The active society*. Nova Iorque, 1968. PARSONS, Talcott. *The system of modern societies*. Englewood Cliffs, 1971. Mesmo a literatura antiga falava mais de um reino mundial ou de um Estado mundial (em um sentido utópico), do que em uma sociedade mundial.
- 93 Já é antiga na sociologia a conclusão de que a crescente diferenciação interna problematiza as delimitações externas de um sistema. Ver p. ex.: SIMMEL, Georg. *Über soziale Differenzierung*. Leipzig, 1890. GREFF, Guillaume de. *La structure générale des sociétés*. Bruxelas-Paris, 1908, esp. vol. II, p. 245 ss., 299 ss.
- 94 A esse respeito cf. EISENSTADT, Shmuel N. Religious organizations and political process in centralized empires. *The journal of Asian studies*,

- 21, 1962, p. 271-294. Aí é analisado o surgimento de diferentes grupos de referência para a religião e para a política nos antigos grandes impérios.
- 92 Ver p. ex. TRAΛNÖY, Knut Erik. *Wholes and structures*. Copenhagen, 1959.
- 93 Cf. a esse respeito vol. I, p. 201.
- 93a A esse respeito ver acima, item 1. Por causa dessa decisão conceitual, PARSONS é obrigado a falar de um "system of societies" global, em vez de uma sociedade mundial, e a manter um conceito de sociedade no plano dos Estados nacionais dentro de limites definidos apenas em termos territoriais. Cf. PARSONS, Talcott. *The system of modern societies*. Engelwood Cliffs, 1971. Para uma crítica ver LESSNOFF, M. H. Parson's system problems. *The sociological review*, 16, 1968, p. 185-215.
- 94 Talvez esse seja também o motivo da não existência de uma sociologia do interesse internacional público. Como tentativas que, no entanto, não conseguem referir-se aos novos desenvolvimentos teóricos e metodológicos, ver: LANDHEER, Bart. Les théories de la sociologie contemporaine et le droit international. *Académie de droit international, Recueil des Cours 1957*, II, p. 525-626. Idem. *On the sociology of international law and international society*. Haia, 1966. BAUM, Karl Berthold. Die soziologische Begründung des Völkerrechts als Problem der Rechtssoziologie. *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtslehre*, 1, 1970, p. 257-274 (com um resumo das abordagens mais antigas).
- 95 *Law without force*. Princeton-Londres-Oxford, 1941.
- 96 A esse respeito ver também LUHMANN, Niklas. Die Weltgesellschaft. *Archiv für Rechts — und Sozialphilosophie*, 57, 1971, p. 1-35.
- 97 Cf. a esse respeito vol. I, p. 202 s.
- 98 Ver p. ex. ESCARRA, Jean. *Le droit chinois*. Pequim-Paris, 1936, p. 17 s. Ver também, com maior consideração dos aspectos sociológicos: SPRENKEL, Sybille van der, op. cit., esp. p. 114 ss. Cf. ainda HENDERSON, Dan Fenno. *Conciliation and japanese law*. Seattle-Tóquio, 1965, para paralelos no sistema jurídico japonês.
- 98a Assim explicitamente já em Thomas HOBBS. Ver a esse respeito WILLMS, Bernard. *Die Antwort des Leviathan*. Neuwied-Berlin, 1970, p. 14 s., 105 ss. e passim.
- 98b Isso é confirmado por uma pesquisa que mostra que até mesmo hoje não existe mais uma orientação significativa em termos de culpa, no contexto da forte limitação do horizonte de tempo relevante: BITTNER, Egon. The police on skid-row. *American sociological review*, 32, 1967, p. 699-715, esp. p. 709 ss.
- 99 Uma defesa abstrata da referência do direito ao futuro (como em BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Paris, 1949, vol. I, p. 156 ss.) não leva mais adiante, pois a ela pode-se contrapor a indicação igualmente abstrata à necessidade de uma referência ao passado.
- 100 Essa tese é em princípio comum à sociologia, mas é explicitada com conceitos totalmente insuficientes com referência ao tempo, e no essencial dizem respeito apenas ao "ritmo" ou ao "correr do tempo". Cf. p. ex.: SOROKIN, Pitrim A. e MERTON, Robert K. Social time. *The American journal of sociology*, 42, 1937, p. 615-629. GURVITCH, Georges. *The spectrum of social time*. Dordrecht, 1964.
- 100a O fato de que a consciência histórica é imprescindível exatamente nessa forma, partindo de abstrações do presente, é demonstrado pelas interpretações de MARX a partir de: SCHMIDT, Alfred. *Geschichte und Struktur — Fragen einer marxistischen Historik*. Munique, 1971.
- 101 A esse respeito, com muitos detalhes históricos, ver HURST, James W. *Law and the conditions of freedom in the nineteenth-century United States*. Madison, 1956.
- 102 A esse respeito ver a diferenciação biologicamente inspirada de "complexity in form" e "complexity in time" em PRINGLE, J. W. S. On the parallel between learning and evolution. *Behaviour*, 3, 1951, p. 174-215, esp. 184 ss.
- 103 Para maiores detalhes a esse respeito ver LUHMANN, Niklas. Die Knappheit der Zeit und die Vordringlichkeit des Befristeten. *Die Verwaltung*, 1, 1968, p. 3-30. Republicado em idem. *Politische Planung*. Opladen, 1971.
- 104 Cf. cap. 4, item 9 acima.
- 105 A esse respeito ver JENSEN, Stefan. *Bildungsplanung als Systemtheorie*. Bielefeld, 1970, p. 64 ss.
- 106 Em paralelo e juntamente a isso, seria necessário desenvolver uma teoria do planejamento de processos de socialização e de educação, que não seriam um adestramento rigidamente normatizado, mas teriam que considerar aquilo que Marion J. LEVY chamou de "socialização para um futuro desconhecido". (*Modernization and the structure of societies*. Princeton, 1966. vol. I, p. 79 ss.).

EPÍLOGO: QUESTÕES PARA A SOCIOLOGIA DO DIREITO

A ciência jurídica também lida com a realidade do direito — mas não com sua realidade social e sim com a simbólica. Ela encara o direito como uma constelação de significados em si mesma. As realidades sociais, as condições sociais, as causas e os efeitos não estão excluídos desse contexto de significados e símbolos; eles permanecem visíveis e acessíveis no horizonte dos significados da ciência jurídica, que os conserva, no entanto, de modo caracteristicamente condensado e abreviado, apenas na medida em que sejam relevantes para a decisão em questões jurídicas. Nesse sentido o direito, uma vez criado, pode tornar-se objeto de uma ciência especial: a ciência jurídica. A ciência jurídica lida detalhadamente com as figurações de significado do direito, já estabelecidas através dos processos de seleção. Nesse contexto ela pode — e deve — recorrer a fatos que não podem ser expressos na forma de expressões normativas — por exemplo: que uma certa lei *foi* proclamada em um determinado momento; ou que a aplicação de uma noção jurídica *terá* determinadas consequências em um certo caso ou em um determinado tipo de caso.¹ Uma teoria geral do direito, que hoje se configura mais como postulado, poderia então dedicar-se às indagações relacionadas às funções especiais dessa condensação simbólica do direito, com suas formas de redução, suas formas gerais, suas exigências em termos de consistência e com a problemática das consequências internas prováveis em qualquer condensação seletiva.

O campo de pesquisa da ciência jurídica não é autônomo do da sociologia (e com isso do da sociologia do direito) porque um lidaria apenas com o dever ser e o outro com o ser.² A autonomia da ciência jurídica reside muito mais naquela

condensação de sentido que concentra o direito em um horizonte mais estreito do possível, nele tornando-o interpretável. Dessa forma passam a vigir pressupostos com os quais a teoria sociológica não lidaria; figurações conceituais fixadas sensorialmente, parentescos e separações, princípios e meios de argumentação (por exemplo a diferenciação de fraude e abuso de confiança, ou as relações construtivas dos direitos de impugnação, rescisão e de enriquecimento, ou as restrições na aplicação do princípio da boa-fé nas relações comerciais) adquirem uma relevância, para a qual a teoria sociológica dos sistemas sociais não pode oferecer conceitos plenamente equivalentes. A ciência jurídica que se concentra em seus pressupostos enquanto dogmática adquire possibilidades de processamento de informações e de encaminhamento de decisões inexistentes na sociologia. Diferentemente da sociologia, a ciência jurídica é uma ciência da decisão. Por isso ela quase não poderá obter um apoio decisório imediato a partir da sociologia, a não ser em constelações especiais, atípicas.³ Mas em uma colaboração com a sociologia ela pode ser levada a refletir sobre sua própria seletividade, compreendendo suas decisões fundamentais como escolha significativa entre outras possibilidades.

As tarefas de intermediação para tanto necessárias podem ser por um lado organizadas na sociologia do direito e por outro lado em uma teoria geral do direito.⁴ A abordagem da pesquisa da sociologia do direito, delineada nos capítulos anteriores, resulta em questões para a teoria do direito que, se bem que sem apresentar axiomas fundamentais, poderiam alargar os horizontes de seu auto-entendimento. Entre ambas as disciplinas não existe uma relação de fundamentação no sentido usual, hierárquico ou logicamente dedutivo, mas sim uma relação de orientação de tal forma que a sociologia do direito, graças à sua maior complexidade e ao seu campo de comparação mais distendido, possibilita à teoria do direito localizar seus conceitos fundamentais como decisões de estruturas, que são contingentes mas significantes.⁵ Essa forma de cooperação pode ser ilustrada em três problemas centrais para a teoria do direito: o problema da unidade do direito apesar da diferença entre suas normas, o problema da temporalidade do direito e o problema da relação entre o direito e o não direito (ou: norma jurídica e comportamento divergente).

Abstraindo-se das tentativas meramente definitórias e de determinações apenas metafóricas como “vontade” ou “espírito”, a unidade do direito foi até agora articulada através de um princípio do direito ou através da forma da interdependência de diferentes normas jurídicas. Enquanto princípio do direito, poderia ser escolhida uma normatização substancial ou formal do sentido normativo específico do direito (justiça ou norma fundamental),⁶ ou uma hipótese sobre sua fundamentação genética no ordenamento do mundo (natureza).⁷ A noção de uma hierarquia de fontes e matérias do direito sempre atuou como forma da interdependência das diferentes normas jurídicas. Tudo isso representa decisões sobre premissas do pensamento jurídico, que são problematizadas pela sociologia do direito enquanto opções contingentes, e a partir daí podem ser esclarecidas em referência às suas funções e às outras possibilidades.

A busca do princípio do direito aborda o problema da unidade do direito diretamente, talvez diretamente demais, ao formular o problema da unidade enquanto princípio da unidade. Ela precisa formalizar o conceito então utilizado de justiça, frente à crescente complexidade do direito,⁸ desembocando em uma transcrição tautológica do problema. A fundamentação natural-genética tem que adequar-se a hipóteses relativamente concretas sobre o mundo, hipóteses essas que se tornam implausíveis ao longo do desenvolvimento do sistema da sociedade. A concepção de hierarquia é de longe a tentativa de construção mais interessante e melhor sucedida, mantendo-se até *Kelsen*. Ela permite que tanto a teoria do ser quanto a teoria da norma excluam a negatividade e ao mesmo tempo a utilizem enquanto elemento de construção nos parâmetros do positivamente permissível. O não ser e o não direito são expulsos do sistema para um além absolutamente indiferenciado e caótico, e todas as negociações internas são vestidas na forma de uma relação hierárquica, que supõe compatibilidade e delimitação. A relação entre ser e não ser, inicialmente simétrica, equivalente e por isso reversível, é transformada no sistema em uma relação assimétrica, hierárquica, apropriando-se assim à construção do sistema de cima para baixo.⁹ Em especial para a teoria pura do direito de *Kelsen*, é fundamental e característica a noção de que uma diferenciação hierárquica não ameaçaria a unidade do direito.¹⁰ Transposta para processos de comunicação, essa

unidade se expressa na forma da ordem de comando que pode superar a resistência. O ser diferente, a contradição, o não querer são situados “embaixo” e com isso colocados como irrelevantes. “Acima”, pelo contrário, simboliza-se a unidade do todo, de tal forma que a negação no topo implica no perigo, e também na chance de negação de todo — ou seja, da revolução.¹¹

Uma outra sugestão para a solução desse problema da unidade destaca-se, por sua abordagem obstinada, das tradições até agora mencionadas. H.L.A. HART¹² constata em uma camada original do direito composta de “*primary rules*” determinadas deficiências (“*uncertainty*”, “*static character*” e “*inefficiency*”), nelas referenciando “*secondary rules*” de tipo totalmente diferente (“*rules of recognition*”, “*rules of change*” e “*rules of adjudication*”), às quais incumbe o soluçãoamento ou a atenuação de um ordenamento uniforme de regras. Com isso a unidade do direito adquire a forma de um construto funcional de problemas e soluçãoamentos reciprocamente referenciados — uma idéia que poderia assumir diferentes versões e que é possivelmente promissora. Ela conduz às considerações a seguir.

A sociologia do direito deveria indagar se e por que a teoria do direito deseja agarrar-se àqueles tipos tradicionais de construção da unidade, apesar da crescente complexidade do direito e apesar da reflexividade institucionalizada das normatizações jurídicas. Na perspectiva da abordagem da pesquisa na sociologia do direito, que aqui foi defendida, a própria unidade do direito foi caracterizada apenas em termos funcionais, isto é, como congruência de estruturas multidimensionais de expectativas, que se produz sob condições evolutivamente mutantes e que se expressam em formas evolutivamente mutantes. Isso certamente não delinea uma determinação do conceito de direito suficiente em termos de teoria do direito — permanecendo insuficiente principalmente porque a indicação da função do direito em geral ainda não oferece por si só um critério suficiente para o julgamento de uma norma específica como pertencendo ou não ao direito.¹³ Não obstante, nosso conceito funcional oferece um bom ponto de partida e uma espécie de “concepção de controle” para outras considerações. A noção de que a unidade se constitui em um contexto de significados multidimensional e com isso multifuncional, é uma concepção que aparentemente

comprovou-se na teoria sociológica dos sistemas sociais. Ela permite interpretar a identidade funcionalmente, como im-permutabilidade com respeito a uma função individual, e estruturalmente, como compatibilidade entre diferentes estruturas. Essa concepção traz vantagens para a análise e para o controle de sistemas sociais de alta complexidade estruturada. Permanece ainda em aberto a questão se essa concepção é apropriada para a captação da unidade do direito, pois aqui vigem outros critérios de utilidade, mais voltados para a decisão. Essa colocação do problema, e também a análise das concepções de unidade até agora apresentadas, levam a supor que a solução desse problema estaria relacionada com o modo de tratamento das negações. A decisão é produzida exatamente pela exclusão de outras possibilidades. Para isso o pensar em torno de princípios tinha encontrado uma má solução: a negação indeterminada de outras possibilidades. O pensamento natural pressupunha a solução como propriedade do mundo e renunciava a elaborá-la por si mesma. No modelo da hierarquia, através daquela peculiar combinação entre negação simétrica (externa) e assimétrica (interna), já se tinha encontrado as bases de uma solução bastante complexa no próprio sistema. Apenas *Hobbes* teve a coragem de fundamentar a vigência do direito na negação do direito, ou seja na afirmação do caos e da necessidade de ordem.¹⁴ Se quisermos superar essas soluções, teremos que tematizar explicitamente a função da negação e pesquisá-la independentemente de seu entrelaçamento com estruturas lingüísticas e pressupostos ontológicos ou lógicos. É possível que repensando a tradição do problema da contingência encontraremos as referências apropriadas para isso.¹⁵

Isso nos leva ao nosso segundo tema: a relação entre o direito e o tempo. Apoiando-nos nos conceitos e nas concepções teóricas amplamente utilizados na sociologia tínhamos reduzido a questão da duração da vigência do direito a afirmações sobre expectativas e frustrações. As expectativas sempre são experiência presente, na qual o tempo age apenas como horizonte do que foi e do que será. Esse horizonte é considerado na experiência presente, na medida em que presentifica-se o passado enquanto base de expectativas e o futuro enquanto possibilidade de comportamento no caso de frustração. A normatividade do esperar tínhamos interpretado espe-

cialmente como neutralização de possibilidades inconformes às expectativas.

Agora é chegado o momento de indagar se a teoria do direito pode resumir esse conjunto de idéias a um conceito unificado da "vigência", e com ele operar tal qual com uma dimensão simples. Com isso ela perderia de vista o próprio tempo enquanto diferenciação entre passado, presente e futuro, e manteria apenas a concepção de uma sequência objetiva de momentos, em função da qual seria possível discriminar os momentos da vigência. Ela teria então que complementar as afirmações de vigência com determinações temporais: uma certa lei vige desse àquele momento (ou a um momento ainda indeterminado, mas determinável por decisão). Nesse contexto ela teria que considerar uma possibilidade de negação múltipla: a negação pode referir-se à vigência, à lei ou ao momento, dependendo da atuação das diferentes exclusões de significado. De resto, essa versão do problema do tempo apresentaria possibilidades relativamente simples de decisão por meio do código de leis e do calendário.

Por outro lado essa simplificação é comparada com a perda de possibilidades de cognição. Poderiam existir expressões do direito que teriam que ser construídas através de uma negação do futuro ou de uma negação do passado — e não pela negação de determinados momentos objetivos. Não será a normatividade do direito exatamente a negação do futuro enquanto horizonte temporal que mantém em aberto outras possibilidades? E não será a positividade do direito exatamente a negação do passado enquanto horizonte temporal que excluiu outras possibilidades? E a teoria do direito, aceitando ou rejeitando essas idéias, não teria pelo menos que dispor de uma linguagem conceitual cujo grau de abstração permitisse discuti-las? Essas questões só podem ser colocadas, mas não resolvidas pela sociologia do direito. Mas também aqui somos levados a supor que a busca de uma resposta teria que iniciar com um esclarecimento da função da negação na constituição da experiência do tempo.

Confrontamo-nos com problemas semelhantes ao considerar a relação entre o direito e o não direito. Um conceito da unidade do dever ser jurídico que não fosse diferenciado em termos de suas dimensões e funções teria que manter-se ingênuo, isto é indiferenciado, com respeito à negação do comportamento divergente. Acreditava-se poder com-

preender o não direito como negação do direito — analogamente à possibilidade lingüística de transformar, via negação, o ser em não ser e o não ser em ser. Com essa suposição o não direito poderia constituir-se em perfeita simetria ao direito, excluindo-se assim da teoria do direito. Abstraindo-se de poucas e suspeitas exceções, como na casuística moral do início da era moderna, para a teoria do direito o não direito permaneceu um espelhamento desinteressante.¹⁶

Essa construção simétrica da relação entre o direito e o não direito não é logicamente necessária, nem sociologicamente sustentável. A lógica poderia trabalhar com diversos pontos de referência da negação, aceitando paralelamente a negação do significado e a negação do caráter valorativo de uma norma.¹⁷ A sociologia sabe que uma “negação do direito” não é realizável.¹⁸ Além disso, ela tem um pronunciado interesse em devendar as conseqüências estruturais da privilegição moral de determinadas expectativas e da desprivilegição de outras, e até mesmo em pesquisar a função dessa mesma disjunção moral. Para tanto ela tem que superar a tese da simetria entre direito e não direito, que equaliza ambos os lados. A teoria do direito terá que resolver por si mesma, com vistas à simplificação das decisões, se ela deseja manter, se ela pode afastar-se dessa construção simétrica, entretanto reconhecida como simplificação grosseira.

Nesse contexto deve ser considerado que a construção simétrica não está relacionada à “essência do direito”. Ela era estranha ao sentimento jurídico arcaico e ao pensamento jurídico nas primeiras culturas avançadas. Já houve um tempo — e ele atingiu até a época clássica do direito romano — muito mais próximo de uma experiência natural da norma, que podia muito bem imaginar que direito conflitava-se com direito, que juramentos e argumentos, situações, princípios e institutos jurídicos podiam contradizer-se, sem com isso perder seu caráter enquanto parte integrante da ordem jurídica.¹⁹ Tal reprodução da negação litigável no próprio direito pode ser encontrada antes dos princípios abstratos da vigência do direito, e dessa forma antes da concepção de uma unidade conceitual do dever ser jurídico, cuja negação levaria ao não direito; mas devido à sua base demasiadamente concreta e próxima à ação, ela não poderá ser ressuscitada. Mas a questão é se uma moderna teoria do direito, principalmente na medida em que pretenda estar à altura das tarefas político-ju-

rídicas do direito positivo e seus liames estruturais sistemáticos, poderá sustentar a velha simplificação da relação entre direito e não direito na fórmula do se/então, ou se ela não terá que desenvolver possibilidades de negação mais diferenciada da vigência normativa no plano entretanto já conquistado da abstração conceitual do direito.²⁰

Nossas considerações em termos de sociologia do direito sugeririam uma análise da concepção da unidade do dever ser jurídico no sentido das diferentes dimensões da possibilidade de negação. Do mesmo modo que com respeito ao dever ser, no entanto, também a negação poderia ser submetida a uma análise funcional, retirando-se assim muito do seu aspecto compacto aterrorizante. Do mesmo modo que o dever ser, a negação não é o que a linguagem sugere: uma qualidade simples, intuitivamente clara. Em ambos os casos o símbolo lingüístico representa (e esconde) um desempenho composto, altamente complexo de constituição de significado da experiência, que poderia ser analisado mais detidamente.

No dever ser tornaram-se claras para nós as implicações de um plano complexo e contingente do esperar expectativas, e que é estabilizado de modo determinado, isto é, através do tratamento não assimilativo, contrafático das frustrações. Na negação podem ser desvendados aspectos de desempenho diferente, mas complementar, que já são supostos na noção do dever ser. A particularidade dos processos conscientes de negação reside, comparativamente aos dados de conteúdo imediato da percepção e da concepção,²¹ em uma combinação de generalização e reflexividade. Generalização significa indiferença, significa que o negado não precisa ser especificado se eu me volto a algo determinado em um horizonte de outras possibilidades.²² Desse modo, a negação implícita age como momento contínuo de toda experiência constitutiva de significados — apontando outras possibilidades, mas excluindo genericamente. O risco de uma tal recusa genérica é, entretanto, elevado, e se torna sustentável apenas porque a negação se aplica a si mesma, isto é, pode tornar-se reflexiva. A negação pode opor-se a si mesma, pode corrigir-se, permanecendo assim em um estado suspenso de permanente provisório. Ela não tem uma força destruidora, mas apenas provisoriamente neutralizante. A resolução de não matar, ou a opinião de que o neonazismo não representa um perigo, podem

negar-se a si mesmas a qualquer momento, e essa liberdade é irrenunciável, porque sua negação também seria negável.

Essas considerações poderiam ser aprofundadas através do melhor esclarecimento do primado da negação na experiência constituidora de significados, voltando então a referir-se às hipóteses da teoria de sistemas.²³ Aqui trata-se principalmente de mostrar que o símbolo da negatividade desvenda e designa aquela combinação de generalização e reflexividade — representando então simplesmente um estágio mais elevado da complexidade e da superação de riscos na elaboração da experiência, ao qual podem acoplar-se outras conquistas, principalmente a que nos interessa mais de perto: a concepção do dever ser. Para muitos contextos do pensamento, do falar e do agir é suficiente usar os símbolos do ser, do dever ser e do não ser como simples moedas, sem indagar quanto aos desempenhos que os possibilitaram. Me parece que a sociologia terá que abandonar essa visão estreita no processo de clarificação dos seus conceitos básicos de significado e sistema. Se a teoria do direito poderá continuar a permitir-se tais simplificações, isso dependerá da organização dos seus interesses especiais de conhecimento. Mesmo que ela permaneça supondo o ser, o dever ser e o não ser como conceitos fundamentais não analisados, hoje ela terá que tornar-se consciente da possibilidade dessa análise e da necessidade de justificar suas decisões conceituais fundamentais enquanto seleção entre outras possibilidades.

NOTAS

- 1 Em vista dessa situação, uma construção global lógica do direito só seria possível através de sentenças normativas, que regulamentariam totalmente quais sentenças efetivas a jurisprudência deveria usar e combinar com sentenças normativas, e por assim dizer acabando por logicizar o dever ser a partir do ser. Também seria possível pensar as possibilidades de uma teoria geral do direito nessa direção (que não é a aqui escolhida).
- 2 Ainda mais questionável é a separação antigamente comum entre ciências normativas e ciências factuais. Sobre isso ver, a partir do ângulo jurídico, a crítica de MÜLLER, Friedrich. *Normstruktur und Normativität*. Berlim, 1966.
- 3 Mais detalhes a esse respeito em LUHMANN, Niklas. Funktionale Methode und juristische Entscheidung. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 94, 1969, p. 1-32. Esperanças de alcance muito maior são alimentadas exa-

tamente nos tempos mais recentes. Ver entre outros LAUTMANN, Rüdiger. *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz*. Stuttgart, 1971.

- 4 Assim também KRAWIETZ, Werner. *Das positive Recht und seine Funktion*. Berlim, 1967, p. 21 ss.
- 5 Anotemos preventivamente que com isso não se excluem planos mais concretos da cooperação entre sociologia e ciência do direito.
- 6 Em ambos os casos, tanto para o pensamento jurídico europeu antigo como para a norma fundamental de Kelsen é característica a suposição de uma referência novamente normativa na relação do direito com seu critério. Isso corresponde à necessidade da reflexividade do processo de normatização jurídica (cf. acima, cap. 4, item 1).
- 7 Isso sempre que a noção de natureza é usada não só para caracterizar uma determinada parte da ordem geral (direito natural em diferença ao direito divino e ao direito positivo), mas para fundamentar a totalidade do direito, portanto também o direito positivo. Esse é o caso em diversos autores da Idade Média avançada, como é bem demonstrado em POST, Gaines. *Studies on medieval legal thought*. Princeton, 1964, p. 494 ss. Cf. também La filosofia della natura nel medioevo. *Atti del Terzo Congresso Internazionale di Filosofia Medioevale*. Milão, 1966.
- 8 Na teoria do direito mais recente essa formalização tornou-se necessária não só pela positivização do direito, mas também pelas mudanças na dogmática jurídica (relacionada à própria positivização), principalmente pela descoberta de "direitos subjetivos", sem reciprocidade e justiça internas. A esse respeito ver LUHMANN, Niklas. Zur Funktion der "subjektiven Rechte". *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1, 1970, p. 321-330.
- 9 A esse respeito ver as observações de GÜNTHER, Gotthard. Kritische Bemerkungen zur gegenwärtigen Wissenschaftstheorie. *Soziale Welt*, 19, 1968, p. 328-341, 331 s.
- 10 Cf. expressamente MERKL, Adolf. *Lehre von der Rechtskraft*. 1923, p. 181 ss. A ele referindo-se, ver Kelsen, Hans. *Allgemeine Staatslehre*. Berlim, 1925, p. 229 ss. Para a crítica ver p. ex. ENGISCH, Karl. *Die Einheit der Rechtsordnung*. Heidelberg, 1935, p. 7 ss. Para o estágio atual, ainda não concluído, dessa discussão, ver WALTER, Robert. Der gegenwärtige Stand der reinen Rechtslehre. *Rechtstheorie*, 1, 1970, p. 69-95, 89 ss.
- 11 O anarquismo combate conseqüentemente a estrutura hierárquica dos sistemas sociais enquanto forma (e não apenas os eventuais ocupantes do seu topo), sem no entanto construir concepções suficientes sobre sua função e sobre possibilidades funcionalmente equivalentes de solucionamento dos problemas. Ver a esse respeito RAMMSTEDT, Otthein. *Anarchismus — Grundtexte zur Theorie und Praxis der Gewalt*. Colônia-Opladen, 1969, Introdução, p. 15 ss.
- 12 *The concept of law*. Oxford, 1961, p. 89 ss.
- 13 Argumento encontrado também em FREY, Peter. *Der Rechtsbegriff in der neueren Soziologie*. Saarbrücken, 1962, p. 162, 198.
- 14 Que aqui reside a contribuição histórica de HOBBS (e não em uma tentativa especial de deduzir as normas a partir de fatos), é mostrado por RIEDEL, Manfred. Zum Verhältnis von Ontologie und politischer Theorie bei Hobbes. Em KOSELLECK, Reinhart e SCHNUR, Roman. *Hobbes-Forschungen*. Berlim, 1969, p. 103-118. Isso torna ao mesmo

- tempo compreensível que e porque a teoria de HOBBS permaneceu problemática sem um maior esclarecimento do *status* das negações.
- 15 Pretendo demonstrar isso em uma publicação a seguir, no âmbito da teoria do direito.
 - 16 Baseado nesse raciocínio, Theodor GEIGER (*Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Neuwied, 1964, p. 106), por exemplo, opina que só existiria direito ou não direito. "Injustiça" seria uma valoração científica irrelevante, por ser subjetiva.
 - 17 Pensemos na diferença de significado entre as expressões: "você não deverá matar" "não matará" e "que você não mate, é desejado". Sobre esses problemas da negação na lógica normativa ver: WRIGHT, Georg Henrik von. *Norm and action*. Londres, 1963, p. 135 ss. ROSS, Alf. *Directives and norms*. Londres, 1968, p. 143 ss.
 - 18 A esse respeito cf. MATZA, David. *Delinquency and drift*. Nova Iorque-Londres-Sidnei, 1964, com desdobramentos sobre os problemas específicos em subculturas que negam as normas jurídicas parcialmente ou conforme o caso, mas não podem rejeitar o direito como um todo.
 - 19 NÖRR, Dieter. *Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie*. Göttingen, 1969, p. 353-356, designa o direito romano clássico como uma massa disputável, acentuando que só no segundo século após Cristo surgiram tendências à diferenciação (fixações conceituais reciprocamente exclusivas), à harmonização, à formação de regras e à legalização. Nisso se expressa a estreita relação entre o desenvolvimento de uma concepção abstrata de unidade com a limitação interna de negação no direito. A isso liga-se a consequência de que toda disputa normativa, toda força física, todos recursos retóricos, todas técnicas de argumentação e de interpretação, todo trabalho em questões jurídicas deslocam-se do "direito em si já vigente" para um campo externo da preparação e imposição de decisões — um processo que ao mesmo tempo desencadeia uma maior diferenciação de papéis e programas no sentido antes discutido (cf. vol. I, p. 104 ss. e 207 ss.).
 - 20 A questão da plena disjunção entre direito e não direito já é discutida como problema parcial nesse contexto. Ver p. ex.: TAMELO, Ilmar. On the logical openness of legal orders. *The American journal of comparative law*, 8, 1959, p. 187-203. PHILLIPS, Lothar. Rechtliche Regelung und formale Logik. *Archiv für Rechts — und Sozialphilosophie*, 50, 1964, p. 317-329. Nesse problema podemos reconhecer principalmente a relevância da questão para a prática decisória: a renúncia à construção simétrica da relação entre direito e não direito não pode conduzir à impossibilidade de decidir-se em esferas parciais do direito; esse perigo teria que ser evitado através de regras decisórias adicionais.
 - 21 Nessa diferenciação entre impressões dadas em termos de conteúdo e a seletividade neutralizadora de suas outras possibilidades reside também o ponto de partida para uma teoria da consciência, que concebe a consciência não mais como reprodução fenomenal da imagem de mundo, mas sim enquanto valor de informação, oferecendo assim melhores possibilidades para a articulação da relação entre a experiência dos sentidos e as bases neurofisiológicas da consciência no sistema orgânico. Cf.: BERGSTRÖM, R. M. Über die Struktur einer Wahrnehmungssituation und über ihr physiologisches Gegenstück. *Annales Academiae Scientiarum Fennicae*, Series A. V. Medica, 94, 1962, p. 1-23. Idem. Neural Macrostates. *Synthese*, 17, 1967, p. 425-443. Essa diferen-

ciação, juntamente com as demais considerações no texto, é capaz de fornecer uma direção determinada à questão das bases orgânicas da capacidade de negação.

- 22 A negação determinada, ou seja a negação para a qual me volto enquanto tal (por exemplo: "o livro não está em seu lugar na estante") apresenta a mesma estrutura em uma forma derivada: ela é indiferente ao que surge na experiência no lugar da expectativa negada.
- 23 Ver também a esse respeito, minha contribuição "Sinn als Grundbegriff der Soziologie" ("Sentido como conceito fundamental na sociologia") em HABERMAS, Jürgen e LUHMANN, Niklas. *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie — Was leistet die Systemforschung?* Frankfurt, 1971, p. 25-100, 35 ss.

BIBLIOGRAFIA SELECIONADA

1. INTRODUÇÕES, OBRAS GERAIS

- AUBERT, VILHELM. *Sociology of Law*. Harmondsworth, 1969.
- DAVIS, F. JAMES/FOSTER, HENRY H., JR./JEFFERY, C. RAY/DAVIS, E. EUGENE. *Society and the Law*. Nova Iorque, 1962.
- DIAMOND, A. S. *The Evolution of Law and Order*. Londres, 1951.
- EISERMANN, GOTTFRIED. *Die Probleme der Rechtssoziologie*. *Archiv für Verwaltungssoziologie — Beilage zum gemeinsamen Amtsblatt des Landes Baden-Württemberg*, 2, N.º 2 (1965), p. 5-8.
- EVAN, WILLIAM M. *Law and Sociology*. Glencoe/Ill., 1962.
- GEIGER, THEODOR. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Neuwied-Berlin, 1964.
- GURVITCH, GEORGES. *Grundzüge der Soziologie des Rechts*. Neuwied, 1960.
- HIRSCH ERNST E./REHBINDER, MANFRED. *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*. Sonderheft 11 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie. Köln-Opladen, 1967.
- HORVÁTH, BARNA. *Rechtssoziologie*. *Probleme der Gesellschaftslehre und der Geschichtslehre des Rechts*. Berlin, 1934.
- LÉVY-BRUHL, HENRI. *Sociologie du droit*. Paris, 1961.
- MAYHEW, LEON H. *Law. The Legal System*. *International Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 9, 1968, p. 59-66.
- NAUCKE, WOLFGANG/TRAPE, PAUL. *Rechtssoziologie und Rechtspraxis*. Neuwied-Berlin, 1970.
- POIRIER, JEAN. *Introduction à l'ethnologie de l'appareil juridique*. Em: Idem. *Ethnologie générale*. Paris, 1968, p. 1091-1110.
- RAISER, THOMAS. *Einführung in die Rechtssoziologie*. Berlin, 1972.
- SAUERMAN, HEINZ. *Die soziale Rechtsrealität*. *Archiv für angewandte Soziologie* 4 (1932), p. 211-237.
- SAWER, GEOFFREY. *Law in Society*. Oxford, 1965.

- SCHUR, EDWIN M. *Law and Society. A Sociological View*. Nova Iorque, 1968.
- SELZNICK, PHILIP. *Law. The Sociology of Law*. International Encyclopedia of the Social Sciences, vol. 9, 1968, p. 50-59.
- SIMON, RITA JAMES. *The Sociology of Law. Interdisciplinary Readings*. San Francisco, 1968.
- STONE, JULIUS. *Social Dimensions of Law and Justice*. Londres, 1966.
- TIMASHEF, NICHOLAS S. *An Introduction to the Sociology of Law*. Cambridge/Mass., 1939.
- . *Growth and Scope of Sociology of Law*. Em: HOWARD S. BECKER/ALVIN BOSKOFF. *Modern Sociological Theory in Continuity and Change*. Nova Iorque, 1957, p. 424-449.
- TRAPPE, PAUL. *Zur Situation der Rechtssoziologie*. Tübingen, 1968.
- TREVES, RENATO. *La sociologia del diritto*. Milão, 1966.
- . *Nuovi sviluppi della sociologia del diritto*. Milão, 1968.

2. HISTÓRIA E CLASSICOS DA SOCIOLOGIA DO DIREITO

- DURKHEIM, EMILE. *De la division du travail social*. Paris, 1902.
- . *Leçons de sociologie, physique des mœurs et du droit*. Paris, 1950.
- EHRlich, EUGEN. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Berlin, 1967.
- . *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*. Berlin, 1967.
- GEIS, GILBERT. *Sociology and Sociological Jurisprudence*. Kentucky Law Review, 52 (1964), p. 267-293.
- HAURIOU, MAURICE. *Die Theorie der Institution*. Berlin, 1965.
- KRAFT, JULIUS. *Vorfragen der Rechtssoziologie*. Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, 45 (1930), p. 1-78.
- MAINE, HENRY SUMNER. *Ancient Law. Its Connections with the Early History of Society and its Relations to Modern Ideas*. 1861. Reedição: *The World's Classics*. Londres-Nova Iorque-Toronto, 1954.
- POUND, ROSCOE. *Social Control Through Law*. New Haven, 1942. Reedição: Hamden/Conn., 1968.
- REHBINDER, MANFRED. *Status-Rolle-Kontrakt. Wandlungen der Rechtsstruktur auf dem Wege zur offenen Gesellschaft*. Em: *Festschrift für Ernst E. Hirsch*, Berlin, 1967, p. 141-169.
- . *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*. Berlin, 1967.
- RENNER, KARL. *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion. Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts*. Reedição: Stuttgart, 1965.

- ROMANO, SANTI. *L'ordinamento giuridico*. Florença, 1962.
- WEBER, MAX. *Rechtssoziologie*. Neuwied, 1960.
- WINCKELMANN, JOHANNES. *Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie*. Tübingen, 1952.

3. PROBLEMAS BÁSICOS DA FORMAÇÃO DO DIREITO, QUESTÕES TEÓRICAS

- AUBERT, VILHELM. *Legal Justice and Mental Health*. Psychiatry, 21 (1958), p. 101-113.
- MESSINGER, SHELDON L. *The Criminal and the Sick*. Inquiry, 1 (1958), p. 137-160.
- BEUTEL, FREDERICK K. *Some Potentialities of Experimental Jurisprudence as a New Branch of Social Science*. Lincoln, 1957.
- BOWMAN, CLAUDE C. *Distortion of Reality as a Factor in Morale*. Em: ARNOLD M. ROSE. *Mental Health and Mental Disorder*. Londres, 1956, p. 393-407.
- COSER, LEWIS A. *Some Functions of Deviant Behavior and Normative Flexibility*. The American Journal of Sociology, 68 (1962), p. 172-181.
- DROBNIG, ULRICH. *Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie*. Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 18 (1953), p. 295-309.
- FARNETTI, PAOLO. *Problemi di analisi sociologica del diritto*. Sociologia, 1961, p. 33-87.
- FREY, PETER. *Der Rechtsbegriff in der neueren Soziologie*. Saarbrücken, 1962.
- GALTUNG, JOHAN. *Expectations and Interaction Processes*. Inquiry, 2 (1959), p. 213-234.
- . *Institutionalized Conflict Resolution*. Journal of Peace Research, 1965, p. 348-397.
- GIBBS, JACK P. *Norms. The Problem of Definition and Classification*. The American Journal of Sociology, 70 (1965), p. 586-594.
- . *The Sociology of Law and Normative Phenomena*. American Sociological Review, 31 (1966), p. 315-325.
- . *Definitions of Law and Empirical Questions*. Law and Society Review, 3 (1968), p. 429-446.
- GLASTRA VAN LOON, J. F./VERCRUIJSSE, E. V. W. *Towards a Sociological Interpretation of Law*. Sociologia Neerlandica, vol. 3. 2 (1966), p. 18-31.
- HALL, JEROME. *Comparative Law and Social Theory*. Louisiana State U.P., 1963.

- HELDRIICH, ANDREAS. Sozialwissenschaftliche Aspekte der Rechtsvergleichung. Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 34 (1970), p. 427-442.
- HUBERT, RENÉ. Science du droit, sociologie juridique et philosophie du droit. Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1931, p. 43-71.
- HUMPHREYS, LLOYD G. The Acquisition and Extinction of Verbal Expectations in a Situation Analogous to Conditioning. Journal of Experimental Psychology, 25 (1939), p. 294-301.
- LAINING, RONALD D./PHILLIPSON, HERBERT/LEE, A. RUSSELL. Interpersonal Perception. Londres-Nova Iorque, 1966.
- LAUTMANN, RÜDIGER. Welt und Norm. Begriffsanalysen für die Soziologie. Colônia-Opladen, 1969.
- MACAULEY, STEWART. Non-Contractual Relations in Business. A Preliminary Study. American Sociological Review, 28 (1963), p. 55-67.
- MATZA, DAVID. Delinquency and Drift. Nova Iorque-Londres-Sidnei, 1964.
- MEAD, GEORG H. The Psychology of Punitive Justice. The American Journal of Sociology, 23 (1918), p. 557-602.
- POPITZ, HEINRICH. Soziale Normen. Europäisches Archiv für Soziologie, 2 (1961), p. 185-198.
- ROMMETVEIT, RAGNAR. Social Norms and Roles. Explorations in the Psychology of Enduring Social Pressures. Oslo-Minneapolis, 1955.
- SCHANCK, RICHARD L. A Study of a Community and its Groups and Institutions Conceived of as Behaviors of Individuals. Psychological Monographs, vol. 43, N.º 2, Princeton/N.J.-Albany/N.Y. 1932.
- SCHIEFF, THOMAS J. Being Mentally Ill. A Sociological Theory. Chicago, 1968.
- SCHLESKY, HELMUT. Über die Stabilität von Institutionen, besonders Verfassungen. Kulturanthropologische Gedanken zu einem rechtssoziologischen Thema. Jahrbuch für Sozialwissenschaft, 3 (1952), p. 1-21.
- SCHUMANN, KARL F. Zeichen der Unfreiheit. Zur Theorie und Messung sozialer Sanktionen. Freiburg/Br., 1968.
- SCHWARTZ, RICHARD D. Social Factors in the Development of Legal Control. A Case Study of Two Israeli Settlements. The Yale Law Journal, 63 (1954), p. 471-491.
- SCOTT, MARVIN B./LYMAN, STANFORD M. Accounts. American Sociological Review, 33 (1968), p. 46-62.
- SPITTLER, GERD. Norm und Sanktion. Untersuchungen zum Sanktionsmechanismus. Olten-Freiburg/Br., 1967.
4. DIREITO NAS SOCIEDADES ARCAICAS
- BARTON, R. F. The Half-Way Sun. Life Among the Headhunters of the Philippines. Nova Iorque, 1930.

- BERNDT, RONALD M. Excess and Restraint. Social Control Among a Guinea Mountain People. Chicago, 1962.
- BOHANNAN, PAUL J. Justice and Judgment Among the Tiv. Londres, 1957.
- . The Differing Realms of the Law. Em: Idem. Law and Warfare. Studies in the Anthropology of Conflict. Garden City/N.Y., 1967, p. 43-56.
- BÜNGER, KARL/TRIMBORN, HERMANN. Religiöse Bindungen in frühen und in orientalischen Rechten. Wiesbaden, 1952.
- EKVALL, ROBERT B. Law and the Individual Among the Tibetan Nomads. American Anthropologist, 66 (1964), p. 1110-1115.
- EPSTEIN, A. L. Juridical Techniques and the Judicial Process. A Study of African Customary Law. Manchester, 1954.
- GILLIN, J. P. Crime and Punishment Among the Barama River Carib. American Anthropologist, 36 (1934), p. 331-344.
- GLUCKMAN, MAX. The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia. Manchester, 1955.
- . The Ideas in Barotse Jurisprudence. New Haven-Londres, 1965.
- GRÄF, ERWIN. Das Rechtswesen der heutigen Beduinen. Walldorf, 1952.
- GUTMANN, BRUNO. Das Recht der Dschagga. Munique, 1926.
- HASLUCK, MARGARET. The Unwritten Law in Albania. Cambridge, 1954.
- HOEBEL, ADAMSON E. The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics. Cambridge/Mass., 1954.
- KUPER, HILDA/KUPER, LEO. African Law. Adaptation and Development. Berkeley-Los Angeles, 1965.
- LEE, DEMETRAPOULOU D. A Primitive System of Values. Philosophy of Science, 7 (1940), p. 355-378.
- LLEWELLYN, KARL N./HOEBEL, ADAMSON E. The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence. Norman, 1941.
- MAIR, LUCY. Primitive Government. Harmondsworth, 1962.
- MALINOWSKI, BRONISLAW. Sitte und Verbrechen bei den Naturvölkern. Viena, s.d.
- . A New Instrument for the Interpretation of Law — Especially Primitive. The Yale Law Journal, 51 (1942), p. 1237-1254.
- MAUSS, MARCEL. Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques. Reimpressão em: Idem. Sociologie et anthropologie. Paris, 1950.
- NADEL, SIEGFRIED F. Social Control and Self-Regulation. Social Forces, 31 (1953), p. 265-273.
- POSPISIL, LEOPOLD. Kapauku Papuans and Their Law. Yale University Publications in Anthropology N. 54, 1958.
- RADCLIFFE-BROWN, ALFRED R. Primitive Law. Encyclopedia of the Social Sciences. Vol. IX, Nova Iorque, 1933, p. 202-206.
- RATTRAY, R. S. Ashanti Law and Constitution. Oxford, 1929.

SCHOTT, RÜDIGER. Die Funktion des Rechts in primitiven Gesellschaften. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1 (1970), p. 107-174.

THURNWALD, RICHARD. Die menschliche Gesellschaft in ihren ethno-soziologischen Grundlagen. Vol. V, Berlin-Leipzig, 1934.

5. DIREITO NAS CULTURAS AVANÇADAS

BANDYOPADHAYA, NARAYAN CHANDRA. Development of Hindu Polity and Political Theories. Vol. I, Calcutta, 1927.

BONNER, ROBERT J. Lawyers and Litigants in Ancient Athens. The Genesis of the Legal Profession. Chicago, 1927.

BRUNNER, OTTO. Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter. 3.^a ed., Brunn-Munique-Viena, 1943.

CH'Ü T'UNG-TSU. Law and Society in Traditional China. Paris-Haia, 1961.

COHN, BERNARD S. Some Notes on Law and Change in North India. Economic Development and Cultural Change, 8 (1959), p. 79-93. Reimpressão em: PAUL BOHANNAN. Law and Warfare. Studies in the Anthropology of Conflict. Garden City/N.Y., 1967, p. 139-159.

DUYVENDAK, J. J. L. The Book of Lord Shang. A Classic of the Chinese School of Law. Londres, 1928.

ESCARRA, JEAN. Le droit chinois. Pequim-Paris, 1936.

GERNET, LOUIS. Droit et société dans la Grèce ancienne. Paris, 1955. ————. Le temps dans les formes archaïques du droit. Journal de psychologie normale et pathologique, 53 (1956), p. 379-406.

HAHM, PYONG-CHOON. The Korean Political Tradition and Law: Essays in Korean Law and Legal History. Seul, 1967.

HENDERSON, DAN FENNO. Conciliation and Japanese Law. Tokugawa and Modern. Seattle-Tóquio, 1965.

JONES, WALTER J. The Law and Legal Theory of the Greeks. An Introduction, Oxford, 1956.

KASER, MAX. Das altrömisches ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer. Göttingen, 1949.

KUNKEL, WOLFGANG. Herkunft und soziale Stellung des römischen Juristen. 2.^a ed. Graz-Viena-Colônia, 1967.

MÜHL, MAX. Untersuchungen zur altorientalischen und althellenischen Gesetzgebung. Klio, Beiheft N. F. 16, Leipzig, 1933.

NÖRR, DIETER. Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie. Festschrift für Wilhelm Felgenträger. Göttingen, 1969, p. 353-366.

OSTWALD, MARTIN. Nomos and the Beginning of Athenian Democracy. Oxford, 1969.

RUBEN, WALTER. Die gesellschaftliche Entwicklung im alten Indien. Vol. II. Die Entwicklung von Staat und Recht. Berlin, 1968.

SCHACHT, JOSEPH. Zur soziologischen Betrachtung des islamischen Rechts. Der Islam, 22 (1935), p. 207-238.

———. An Introduction to Islamic Law. Oxford, 1964.

SZLECHTER, EMILE. La "loi" dans la Mésopotamie ancienne. Revue internationale des droits de l'antiquité. 3. série, 12 (1965), p. 55-77.

VANDERMEERSCH, LÉON. La formation du légisme. Recherches sur la constitution d'une philosophie politique caractéristique de la Chine ancienne. Paris, 1965.

WIEACKER, FRANZ. Vom römischen Recht. Leipzig, 1944.

WILSON, JOHN A. Authority and Law in Ancient Egypt. Journal of the American Oriental Society, 74 (1954), Supplement, p. 1-17.

WOLFF, HANS J. Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des hellenistisch-römischen Ägypten. Weimar, 1961.

6. PROBLEMAS DE ORDENAMENTOS JURÍDICOS POSITIVADOS

ALLEN, CARLETON KEMP. Law in the Making. 6.^a ed. Oxford, 1958.

ARENS, RICHARD/LASSWELL HAROLD D. In Defense of Public Order. Nova Iorque, 1961.

ATKINSON, K. M. T. Athenian Legislative Procedure and Revision of the Laws. Bulletin of the John Rylands Library, 23 (1939), N.º 1, p. 107-150.

BALL, HARRY V. Social Structure and Rent-Control Violations. American Journal of Sociology, 65 (1960), p. 598-604.

FRIEDMAN, LAWRENCE M. The Use of Criminal Sanctions in the Enforcement of Economic Legislation. A Sociological View. Stanford Law Review, 17 (1965), p. 197-223.

BARRACLOUGH, G. Law and Legislation in Medieval England. Law Quarterly Review, 56 (1940), p. 75-92.

BERGER, MORROE. Equality by Statute. The Revolution in Civil Rights. 2.^a ed., Garden City/N. Y., 1967.

BRYNTESON, WILLIAM E. Roman Law and New Law. The Development of a Legal Idea. Revue internationale des droits de l'antiquité. 3. série, 12 (1965), p. 203-223.

———. Roman Law and Legislation in the Middle Ages. Speculum, 41 (1966), p. 420-437.

COLOMBOTOS, JOHN. Physicians and Medicare. A Before-After Study of the Effects of Legislation on Attitudes. American Sociological Review, 34 (1969), p. 318-334.

DUSTER, TROY. The Legislation of Morality. Law, Drugs and Moral Judgement. Nova Iorque-Londres, 1970.

- ECKHOFF, TORSTEIN/JACOBSON, KNUT DAHL. Rationality and Responsibility in Administrative and Judicial Decision-Making. Copenhagen, 1960.
- GAGNÉ, STEN. Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung. Estocolmo-Upsala-Göteborg, 1960.
- KARSTEDT, ULRICH. Untersuchungen zu athenischen Behörden. Klio, 31 (1938), p. 1-32.
- KRAUSE, HERMANN. Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abt. 75 (1958), p. 206-251.
- KUTSCHINSKY, BERL. Law and Education. Some Aspects of Scandinavian Studies into "The General Sense of Justice". Acta Sociologica, 10 (1966), p. 21-41.
- . Knowledge and Attitudes Regarding Legal Phenomena in Denmark. Scandinavian Studies in Criminology, 2 (1968), p. 125-159.
- LUHMANN, NIKLAS. Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie. Berlin, 1965.
- . Legitimation durch Verfahren. Neuwied-Berlin, 1969.
- MAYHEW, LEON H. Law and Equal Opportunity. A Study of the Massachusetts Commission Against Discrimination. Cambridge/Mass., 1968.
- MÜHL, MAX. Untersuchungen zur altorientalischen und althellenischen Gesetzgebung. Klio, Beiheft. N. F. 16, Leipzig, 1933.
- PLUCKNETT, T. F. T. Legislation of Edward I. Oxford, 1949.
- PODGÓRECKI, ADAM. Law and Social Engineering. Human Organization, 21 (1962), p. 177-181.
- . The Prestige of Law. Acta Sociologica, 10 (1966), p. 81-96.
- POUND, ROSCOE. The Limits of Effective Legal Action. International Journal of Ethics, 27 (1917), p. 150-167.
- SCHARFF, FRITZ. Die politischen Kosten des Rechtsstaats, Tübingen, 1970.
- SCHMIDT, FOLKE/GRÄNTZE, LEIF/ROOS, AXEL. Legal Working Hours in Swedish Agriculture. Theoria, 12 (1946), p. 181-196.
- SPRANDEL, ROLF. Über das Problem des neuen Rechts im frühen Mittelalter. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, kan. Abt. 79 (1962), p. 117-137.

7. ASPECTOS PARCIAIS DO SISTEMA JURÍDICO

a) Justiça

- BECKER, THEODORE L. Political Behavioralism and Modern Jurisprudence. A Working Theory and Study in Judicial Decision-Making. Chicago, 1964.

- CARLIN, JEROME E./HOWARD, JAN. Legal Representation and Class Justice. U-C-L-A Law Review, 12 (1965), p. 381-437.
- FEEST, JOHANNES. Die Bundesrichter. Herkunft, Karriere und Auswahl der juristischen Elite. Em: WOLFGANG ZAFF. Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht. Munique, 1965, p. 95-113.
- GÖRLITZ, AXEL. Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland. Neuwied-Berlin, 1970.
- GROSSMAN, JOEL B./TANENHAUS, JOSEPH. Frontiers in Judicial Research. Nova Iorque, 1969.
- HOWARD, WOODFORD, JR. On the Fluidity of Judicial Choice. The American Political Science Review, 62 (1968), p. 43-56.
- KALVEN, JR., HARRY/ZEISEL, HANS. The American Jury. Boston, 1966.
- KAUFEN, WOLFGANG/RASEHORN, THEO. Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie. Neuwied-Berlin, 1971.
- KIRCHHEIMER, OTTO. Politische Justiz. Neuwied, 1965.
- KÜBLER, FRIEDRICH KARL. Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz. Archiv für die civilistische Praxis, 162 (1963), p. 104-128.
- MURPHY, WALTER F. Elements of Judicial Strategy. Chicago-Londres, 1964.
- NEWMAN, DONALD J. Conviction. The Determination of Guilt or Innocence Without Trial. Boston-Toronto, 1966.
- PACKER, HERBERT L. Two Models of the Criminal Process. University of Pennsylvania Law Review, 113 (1964), p. 1-68.
- RICHTER, WALTER. Zur soziologischen Struktur der deutschen Richterschaft. Stuttgart, 1968.
- ROTTLEUTHNER, HUBERT A. Zur Soziologie richterlichen Handelns. Kritische Justiz, 1970, p. 282-306, 1971, p. 60-88.
- RÜTHERS, BERND. Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus. Tübingen, 1968.
- SCHUBERT, GLENDON. Quantitative Analysis of Judicial Behavior. Glencoe/Ill., 1959.
- . Judicial Decision-Making. Nova Iorque-Londres, 1963.
- . Judicial Behavior. A Reader in Theory and Research. Chicago, 1964.
- . The Judicial Mind. Evanston, 1965.
- Symposium: Jurimetrics. Law and Contemporary Problems, 28 (1963), p. 1-270.
- Symposium: Social Science Approaches to the Judicial Process. Harvard Law Review, 79 (1966), p. 1551-1628.
- WEISSLER, ADOLF. Die Geschichte der Rechtsanwaltschaft. Leipzig, 1905.
- WELLS, RICHARD S./GROSSMAN JOEL B. The Concept of Judicial Policy-Making. A Critique. Journal of Public Law, 1967, p. 286-310.
- WINTER, GERD. Sozialer Wandel durch Rechtsnormen. Berlin, 1969.
- ZEISEL, HANS/KALVEN, JR., HARRY/BUCHHOLZ, BERNARD. Delay in the Court. Boston, 1959.

- ZITSCHER, WOLFRAM. Die Beziehungen zwischen der Presse und dem deutschen Strafrichter. Kiel, 1968.
- . Rechtssoziologische und organisationssoziologische Fragen der Justizreform. Colônia-Berlin-Bonn-Munich, 1969.
- ZWINGMANN, KLAUS. Zur Soziologie des Richters in der Bundesrepublik Deutschland. Berlin, 1966.

b) *Legislativo*

- BARBER, JAMES D. The Lawmakers. Recruitment and Adaptation to Legislative Life. Nova Iorque-Londres, 1965.
- BECKER, HOWARD S. Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance. Nova Iorque-Londres, 1963.
- HORACK, FRANK E., JR., Cases and Materials on Legislation. 2.^a ed., Chicago, 1954.
- LEMPERT, RICHARD. Strategies in Research Design in the Legal Impact Study. Law and Society Review, 1 (1966), p. 111-132.
- STAMMER, OTTO et alii. Verbände und Gesetzgebung. Colônia, 1965.
- WAHLKE, JOHN C./EULAU, HEINZ. Legislative Behavior. Glencoe/Ill., 1959.
- BUCHANAN, WILLIAM/FERGUSON, LEROY C. The Legislative System. Explorations in Legislative Behavior. Nova Iorque-Londres, 1962.

c) *Polícia e aplicação penal*

- BANTON, MICHAEL. The Policeman in the Community. Nova Iorque, 1964.
- BITTNER, EGON. The Police on Skid-Row. A Study of Peace-Keeping. American Sociological Review, 32 (1967), p. 699-715.
- BLANKENBURG, ERHARD. Die Selektivität rechtlicher Sanktionen. Eine empirische Untersuchung von Ladendiebstählen. Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 21 (1969), p. 805-829.
- BORDUA, DAVID J. The Police. Six Sociological Essays. Nova Iorque-Londres-Sidnei, 1967.
- CICOUREL, AARON V. The Social Organization of Juvenile Justice. Nova Iorque-Londres-Sidnei, 1968.
- EMPEY, LAMAR T./ERICKSON, MAYNARD L. Hidden Delinquency and Social Status. Social Forces, 44 (1966), p. 546-554.
- FEEST, JOHANNES/LAUTMANN, RÜDIGER. Die Polizei. Soziologische Studien und Forschungsberichte. Opladen, 1971.
- GARDINER, JOHN A. Traffic and the Police. Variations in Law-Enforcement Policy. Cambridge/Mass., 1969.
- GOLDSTEIN, JOSEPH. Police Discretion not to Invoke the Criminal Process. Low-Visibility Decisions in the Administration of Justice. The Yale Law Review, 69 (1960), p. 543-594.
- LAFAVE, WAYNE R. The Police and Nonenforcement of the Law. Wisconsin Law Review, 1962, p. 104-137.

- . Arrest. The Decision to Take a Suspect into Custody. 1965.
- SKOLNICK, JEROME H., Justice Without Trial. Law Enforcement in Democratic Society. Nova Iorque-Londres-Sidnei, 1966.
- SUDNOW, DAVID. Normal Crimes. Sociological Features of the Penal Code in a Public Defender Office. Social Problems, 12 (1965), p. 255-276.
- WESTLEY, WILLIAM A. Secrecy and the Police. Social Forces, 34 (1956), p. 254-257.
- WILSON, JAMES Q. Varieties of Police Behavior. The Management of Law and Order in Eight Communities. Cambridge/Mass., 1968.

d) *Advogados*

- CARLIN, JEROME E. Lawyers On Their Own. A Study of Individual Practitioners in Chicago. Brunswick/N. J., 1962.
- . Lawyers Ethics. A Survey of the New York City Bar. Nova Iorque, 1966.
- LADINSKY, JACK. Careers of Lawyers, Law Practice, and Legal Institutions. American Sociological Review, 28 (1963), p. 47-54.
- MAYHEW, LEON/REISS, ALBERT J., JR. The Social Organization of Legal Contacts. American Sociological Review, 34 (1969), p. 309-318.
- O'GORMAN, HUBERT J. Lawyers and Matrimonial Cases, Nova Iorque, 1963.
- POUND, ROSCOE. The Lawyer From Antiquity to Modern Times. With Particular Reference to the Development of Bar Associations in the United States. St. Paul/Min., 1953.
- RÜSCHEMEYER, DIETRICH. Rekrutierung, Ausbildung und Berufsstruktur. Zur Soziologie der Anwaltschaft in den Vereinigten Staaten und in Deutschland. Em: DAVID V. GLASS e. o., Soziale Schichtung und soziale Mobilität. Colônia, 1961, p. 122-144.
- SMIGEL, ERWIN O. The Wall Street Lawyer. Professional Organization Man? Nova Iorque-Londres, 1964.

e) *Juristas*

- KAUPEN, WOLFGANG. Die Hüter von Recht und Ordnung. Die soziale Herkunft, Erziehung und Ausbildung der deutschen Juristen — Eine soziologische Analyse. Neuwied-Berlin, 1969.
- WEYRAUCH, WALTER O. The Personality of Lawyers, New Haven, 1964.

8. DIREITO E MUDANÇA SOCIAL

- AUBERT, VILHELM. Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung. Em: HIRSCH/REHBINDER, p. 284-309.

- BAMBERGER, MICHAEL A./LEWIN, NATHAN. The Right to Equal Treatment. Administrative Enforcement of Antidiscrimination Legislation. Harvard Law Review, 74 (1961), p. 526-589.
- BERGER, MORROE. Equality by Statute. The Revolution in Civil Rights. 2.^a ed., Garden City/N. Y., 1967.
- CHAMBLISS, WILLIAM J. A Sociological Analysis of the Law of Vagrancy. Social Problems, 12 (1964), p. 67-77.
- . Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions. Wisconsin Law Review, 1967, p. 703-719.
- DROR, YEHEZKEL. Law and Social Change. Tulane Law Review, 33 (1959), p. 787-801.
- FRIEDMAN, LAWRENCE M. Legal Rules and the Processes of Social Change. Stanford Law Review, 4 (1967), p. 786-840 (806 s.).
- . Legal Culture and Social Development. Law and Society Review, 4 (1969), p. 29-44.
- FRIEDMANN, WOLFGANG. Recht und sozialer Wandel. Frankfurt, 1969.
- GOLDBLATT, HAROLD/CROMIEN, FLORENCE. The Effective Social Reach of the Fair Housing Practices Law of the City of New York. Social Problems, 9 (1962), p. 365-370.
- GOOSTREE, ROBERT E. The Iowa Civil Rights Statute. A Problem of Enforcement. Iowa Civil Rights Review, 37 (1952), p. 242-248.
- HURST, JAMES WILLIAM. The Growth of American Law. The Lawmakers. Boston, 1950.
- . Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth-Century United States. Madison, 1956.
- . Law and Social Progress in United States History. Ann Arbor, 1960.
- MASSELL, GREGORY J. Law as an Instrument of Revolutionary Change in a Traditional Milieu. The Case of Soviet Central Asia. Law and Society Review, 2 (1968), p. 179-228.
- PODGÓRECKI, ADAM. Dreistufen-Hypothese über die Wirksamkeit des Rechts. Em: ERNST E. HIRSCH/MANFRED REHBINDER, p. 271-283.
- . Loi et morale en théorie et en pratique. Revue de l'institut de sociologie 1970, p. 277-293.
- ROSE, ARNOLD M. Law and the Causation of Social Problems. Social Problems, 16 (1968), p. 33-43.
- SCHWARTZ, RICHARD D./MILLER, JAMES C. Legal Evolution and Societal Complexity. The American Journal of Sociology, 70 (1964), p. 159-169.
- STJERNQUIST, PER. How are Changes in Social Behaviour Developed by Means of Legislation? Em: Legal Essays. Festschrift til Frede Castberg. Copenhagen-Estocolmo-Göteborg, 1963, p. 153-169.

Impresso em offset nas oficinas da
FOLHA CARIOCA EDITORA LTDA.
Rua João Cardoso, 23 – Tel.: 2253-2073
Fax: 2233-5306 – CEP 20220-060 – Rio de Janeiro – RJ