



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Pettrhus Anderson Pontes Santiago

Da frustração à segurança jurídica
análise à luz da teoria sistêmica de Niklas Luhmann.

Recife, 2019

Pettrhus Anderson Pontes Santiago

Da frustração à segurança jurídica

análise à luz da teoria sistêmica de Niklas Luhmann.

Monografia apresentada como requisito parcial para Conclusão do Curso de Bacharelado em Direito pela UFPE.

Área de Conhecimento: Teoria Geral do Direito e Sociologia do Direito.

Orientador: Alexandre Ronaldo da Maia de Farias

Recife, 2019

Pettrhus Anderson Pontes Santiago

Da frustração à segurança jurídica: análise à luz da teoria sistêmica de Niklas Luhmann.

Monografia Final de Curso

Para Obtenção do Título de Bacharel em Direito

Universidade Federal de Pernambuco/CCJ/FDR

Data de Aprovação:

Prof.

Prof.

Prof.

RESUMO

O Brasil possui um cenário de grande insegurança pública e impunidade. Diariamente, ocorrem homicídios que não virão a ser solucionados. Entretanto, mesmo nesse cenário, a sociedade permanece em funcionamento. Pessoas seguem suas rotinas e se mantêm a normalidade das relações sociais. Mesmo com a ocorrência generalizada dos crimes, não se passa a esperar que estes se tornem normais. O presente trabalho visa a entender como o sistema social mantém o funcionamento nesse cenário. Para isso, usando como marco teórico a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, pretende demonstrar o papel de um sistema jurídico seguro, que, em constante interação com a sociedade, consegue lidar com as frustrações das normas jurídicas a partir de inúmeras estratégias, sem depender de outros sistemas sociais para fazer isso. Quando o sistema jurídico é eficiente, proporciona à sociedade um estado de segurança jurídica, o qual difere da segurança jurídica como norma. Esta visa a afastar da sociedade o risco e a contingência, mas, conforme a teoria de Luhmann, isso é impossível. O estado de segurança jurídica, como será descrito, convive com o risco e até depende da frustração da norma para poder ocorrer. O que se ocupa de proteger a sociedade de crimes e frustrações a normas jurídicas é a segurança pública, a qual não se alcança pelo sistema jurídico. Este, no máximo, proporciona à sociedade, por meio da segurança jurídica, um estado de dormência, que permite o prosseguimento da vida após o sistema jurídico ter neutralizado as frustrações às normas.

Palavras Chaves: contingência, *autopoiesis*, expectativas normativas, segurança jurídica.

*“Tá lá o corpo estendido no chão
Em vez de rosto, uma foto de um gol
Em vez de reza, uma praga de alguém
E um silêncio servindo de amém”*

(Aldir Blanc e João Bosco, “de frente pro crime”)

Sumário

1 Introdução.....	06
2 Considerações sobre o método	07
3 Segurança Jurídica para a doutrina clássica do direito (plano normativo)....	09
3.1 Do estado de natureza aos contratos sociais.....	09
3.2 Conceito de segurança jurídica como valor e norma	11
3.3 Segurança jurídica, risco e contingência	15
4 Segurança jurídica para a sociologia do direito à luz da teoria dos sistemas	18
4.1 Pressupostos: estado de segurança e segurança pública.....	18
4.2 Breve exposição sobre a teoria sistêmica de Niklas Luhmann	20
4.3 Segurança jurídica: estado de dormência	26
5 Conclusão	35
Referências	36

Da frustração à segurança jurídica: análise à luz da teoria sistêmica de Niklas Luhmann

Pettrhus Anderson Pontes Santiago

1 Introdução

Diariamente, um muitas normas jurídicas são descumpridas. Semáforos vermelhos são desrespeitados, contratos não são pagos, empregados são injustamente demitidos. Diariamente, portanto, as expectativas que o sistema jurídico estabelece são frustradas. As supostas soluções que ele dá não são o suficiente para livrar a sociedade do risco e da frustração.

Um dado chama atenção nesse cenário. Pesquisa recente comprovou que, a nível nacional, somente cerca de 20% dos casos de homicídios são “esclarecidos”. Com isso, quer dizer que apenas 2 (dois) de cada 10 (dez) casos têm potencial de serem levado ao júri. No caso dos estados, a situação é ainda mais crítica. No Rio de Janeiro, o índice cai para 8,3%; no Maranhão, para 7,7%. A pesquisa conclui que a certeza de punição é meramente dissuasória e somente existirá quando houver investimento nas investigações criminais. Enquanto isso, os casos estariam apenas produzindo impunidade¹.

O objetivo do presente trabalho não é se debruçar sobre a impunidade na solução dos casos de homicídio, mas a partir dela surge o questionamento central que o guiará. Todos os dias, pessoas saem de casa com expectativa de que voltarão. Não fosse assim, caso esperassem ser mortas, não sairiam. Isso não significa, porém, que não tenham medo. Elas sabem da possibilidade de serem mortas, mas isso não as impede de saírem. Como, portanto, o sistema jurídico mantém intacta essa expectativa, mesmo diante de tanta frustração e impunidade? Mesmo diante do medo e do risco?

É comum o discurso de que o sistema jurídico não funciona, uma vez que não impede os crimes de homicídio de outros. São discursos lamentosos de que a “justiça” não funciona, de que falta segurança e de que há muita impunidade. Mas, mesmo com todas as lamentações, as pessoas voltam a sair de casa. O medo não as impede disso. Mesmo vítimas de crimes bárbaros podem retomar sua vida. A sociedade continua a esperar que aqueles crimes não se repitam. Haveria uma força estranha por detrás dessa estrutura?

¹ BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de. **Produzindo impunidade**. Matéria do G1, disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2018/09/05/produzindo-impunidade.ghtml> Acesso em 20/03/2019

Possivelmente, não uma força estranha, mas um sistema jurídico, a contrário do que se possa dizer, muito funcional. Um sistema tão seguro de si que, mesmo frustrado reiteradamente, mesmo frágil na punição, mesmo questionado, objeto de lamentações, consegue dissuadir a todos a continuarem levando suas vidas, com a crença mais do que especial de que chegarão vivas ao final do dia.

Nesse cenário, discutiremos a respeito do tema da segurança jurídica à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Um dos primeiros problemas que será enfrentado é o tratamento dispensado ao conceito de segurança jurídica, o qual é mais tratado pelo campo do direito do que pelo da sociologia. Dessa forma, acaba adquirindo um status de postulado, de princípio, de forma a ser tratado no plano normativo. Tentaremos aproximar o conceito, portanto, da sociologia.

Segunda problemática é definir em que se aloca a segurança jurídica na teoria sistêmica. Há quem afaste a existência dela nas teorias sistêmicas de Luhmann, em razão da existência do risco². Entretanto, o risco e a frustração são elementos primordiais para a própria existência da norma jurídica. Com esse dado, será feita análise sobre as relações entre frustração e segurança jurídica para a teoria sistêmica.

2 Considerações sobre o método

O presente trabalho pode ter um problema a respeito do método adotado.

O tema aqui tratado se aproxima da sociologia do direito, na medida em que trata o direito como estrutura de um sistema social, na perspectiva de Niklas Luhmann³. Para essa corrente, a sociedade é um sistema social, dentro da qual o direito é construído. Nesse sentido, o Direito deixa de ser considerado como um dado, cujo conteúdo é prévio e imutável, para ser considerado como uma construção em constante interação com a sociedade⁴.

O objeto da sociologia varia a depender da concepção utilizada. Concepção clássica é a de Durkheim, para quem o objeto da disciplina é o fato social. Os fatos “consistem em maneira de agir, de pensar e de sentir, exteriores ao indivíduo, e que são dotadas de um poder de coerção em virtude do qual esses fatos se impõem a ele⁵”. Há outras abordagens clássicas, como a de

² GOMES, Daniela Vasconcellos. **A Questão da (In)Segurança Jurídica na Sociedade Contemporânea**. Artigo disponível em: www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/download/184/140 Acesso em 12/03/2019. P. 163.

³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 14.

⁴ Idem, Ibidem. P. 14.

⁵ DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 3.

Weber, que trata da ação social. Esta seria a “conduta humana, pública ou não, a que o agente atribui significado subjetivo”. Esse significado subjetivo seria a compreensão do ato e dos motivos das condutas⁶. Tanto em uma como em outra concepção, fica clara a interação humana e a exterioridade das ações. Nesse sentido, o direito seria tratado pela sociologia de forma objetiva, como algo exterior aos indivíduos, apresentando-se na constante interação social de subjetividades.

O objeto do direito, por sua vez, é ainda mais polêmico. Pode-se encontrar certa congruência na ideia de norma jurídica. “O conceito de norma aparece, hoje, mais do que nunca, como uma noção integradora, capaz de determinar o objeto e o âmbito da Ciência do Direito⁷.” Também o conceito de norma não é único. Há inúmeras noções a seu respeito. No âmbito sociológico, Lautmann contou 82 definições possíveis⁸. Existe, porém, certo entendimento de que o discurso normativo é pautado em imperativos, em prescrições. Possui, portanto, forte relação com sanções.

Em razão da coerção de que são dotados os fatos sociais, pode-se ter a ideia de que fato social e norma são sinônimos. Vila Nova⁹, porém, faz precisa distinção entre ambos:

Podemos afirmar que se toda norma partilhada intersubjetivamente é fato social, nem todo fato social é norma. Isto se dá porque nem todas as pressões externas ou coerções que atuam sobre os indivíduos no sentido de leva-los a agirem de determinada maneira em uma sociedade derivam das normas. Muitas dessas coerções derivam, em certas circunstâncias, de condições sociais que levam os indivíduos a agirem de modo até mesmo contrário às normas de sua sociedade.

Dessa forma, é possível traçar a distinção entre os dois planos. O da sociologia se situa no plano do ser, dos fatos, da descrição. O do direito, no do dever ser, da norma, da prescrição. O plano da sociologia do direito, é certo, aproxima-se do da sociologia em geral. Entretanto, não é possível se furtar do fato de que, mesmo nos trabalhos de sociologia do direito, temas jurídicos são tratados. Temas esses como a própria norma jurídica, amplamente tratada por Luhmann. A congruência entre temáticas é tão grande que os objetos da disciplina são passíveis de confusão, como a esclarecida por Vila Nova. Luhmann, inclusive, considera a divisão entre as matérias datada, anacrônica¹⁰.

⁶ WEBER, Max apud LAKATOS, Eva Maria. **Sociologia Geral**. 6ª. São Paulo: Atlas, 1996. P. 69.

⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 59

⁸ LAUTMANN, Ruediger apud FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. P. 35.

⁹ VILA NOVA, Sebastião. **Introdução à Sociologia**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2000. P. 76.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. **Law as social system**. Disponível em: http://www.derechopenalened.com/libros/luhmann_niklas_law_as_a_social_system.pdf P. 1.

Nesse contexto de proximidade entre as disciplinas, Reale¹¹, ao citar a convergência entre autores realistas como Duguit, Ehrlich e Alf Ross, afirma que, para tais autores, “o Direito tem sim autonomia, mas é autônomo como ramo ou capítulo da Sociologia, não tem valor sem conexão com os dados que o sociólogo apresenta. Não há *juristas puros*, porque só pode haver *juristas-sociólogos*”. Ou seja, mesmo algumas abordagens do realismo jurídico, localizadas na teoria geral do direito, podem ter perspectivas da sociologia do direito.

Tais considerações foram feitas porque o tema tratado no presente trabalho, da segurança jurídica, normalmente é tratado no contexto da teoria geral do direito. Assim, situa-se no plano normativo. É tratada não como algo que é, mas que deve ser. O presente trabalho, a partir dos questionamentos apresentados no tópico anterior, busca trazer o tema da segurança jurídica para a sociologia do direito, para o plano descritivo, com o objetivo de demonstrar como o sistema jurídico lida com as constantes frustrações das expectativas vigentes.

Por isso, para aproximar o conceito da sociologia jurídica, é necessário mudar o foco do tratamento. Retirar o conceito do plano normativo para trazê-lo ao plano dos fatos sociais. Inicialmente, portanto, será feito um apanhado geral sobre o tratamento da segurança jurídica na perspectiva do direito. Ou seja, serão trazidas abordagens da segurança jurídica como norma, como dever ser. A abordagem, porém, não será alongada, mas servirá apenas como base para as posteriores colocações do tema dentro do contexto da sociologia jurídica.

Pontue-se: o presente trabalho tem pretensão de ser descritivo, mas, para isso, começará no plano prescritivo.

3 Segurança Jurídica para a doutrina clássica do direito (plano normativo).

3.1 Do estado de natureza aos contratos sociais.

As noções que hoje se têm acerca da segurança jurídica começaram a ser delineadas com os contratualistas, ao final do medievo. Com o surgimento dos estados modernos e a perda de influência da igreja católica, novas teorias políticas apareceram como fundamento para legitimar soberanos em sua maioria absolutistas. O objetivo dessas teorias era sanar eventuais questionamentos sobre o cerceamento da liberdade provocado pelo amplo poder conferidos a esses monarcas. Muitos dos questionamentos dizem respeito ao paradoxo da liberdade, sobre o qual Popper comenta que a liberdade nega a própria liberdade se for ilimitada¹².

¹¹ REALE, Miguel. **O Direito como experiência**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. P. 102.

¹² POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. 1ª ed. Belo Horizonte: Itatiaia Ltda., 1998. P. 131.

Num estado de liberdade plena e ilimitada, haveria o que muitos dos contratualistas chamaram estado de natureza. Hobbes foi um dos primeiros a citá-lo e, como um afeito ao absolutismo, defendeu que havia a necessidade de os seres humanos cederem sua liberdade em nome de um soberano. Este, absoluto, não se sujeitaria às leis, pois poderia criá-las e revogá-las de acordo com sua conveniência.¹³ Sua função, com isso, seria a de, usando a força de todos os que acordaram para que fosse autor da representatividade, garantir a paz e a defesa comuns e, logo, a segurança comum, como lhe parecesse mais oportuno¹⁴. Só assim seria possível realizar o acordo com Deus – que estaria na base da obediência – e controlar os impulsos do ser humano, lobo de si mesmo.¹⁵

Menos incisivo, de outro lado, Rousseau não propôs que fosse plenamente cerceada a liberdade. O contrato serviria, antes, para garantir um outro tipo de liberdade: a civil. Esta contrastaria da liberdade natural na medida em que seria limitada pela vontade geral, enquanto a natural o seria pela força de um indivíduo.¹⁶ Com isso, os cidadãos estariam sujeitos a leis que eles próprios teriam elaborado, respeitando-se assim a soberania popular.

Contrastando de Hobbes, ainda, Locke apresentou o modelo que mais se assemelha ao Estado atual. Segundo ele, o soberano não teria poderes ilimitados, mas repartidos pelo povo. Contrasta de Rousseau por não considerar que o povo mesmo é o governante. Locke propõe o modelo representativo, com moldes constitucionais. Por isso, há uma cessação de parte da liberdade individual em nome do soberano.¹⁷

Toda a construção de Locke entorna a questão da representatividade que, em outras palavras, é a ideia de certeza, confiança e consentimento em troca de segurança. Essa certeza e confiança no governo pode se traduzir na confiança no corpo legislativo, tanto no sentido de poder contar com a legislação promulgada quanto do ponto de vista de prezar pela manutenção da mesma. A segurança jurídica é nada mais que a ideia de certeza e confiança no que se refere a normas legais. A segurança jurídica é, portanto, o próprio argumento capaz de fazer o Estado manter a ordem e a segurança pública, que, de acordo a teoria contratualista, é sua razão de existir.¹⁸

Kant, por sua vez, embora não tenha sido contratualista, comentou sobre o estado de natureza, propondo que, embora nem sempre hostil, não é ele um estado de paz, porque há sempre uma ameaça constante. Para o filósofo, um vizinho somente pode proporcionar

¹³ MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós modernismo**. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. P. 111/112.

¹⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã** ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P. 147/148.

¹⁵ MORRISON, Wayne. **Op. Cit.** P. 99.

¹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. P. 26.

¹⁷ FERNANDES, Manuela Braga. **Jerome Frank, o mito legal e a segurança jurídica**. P. 6/7 Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=11c77d5ee60af4f6> Acesso em: 2 jan. 2016

¹⁸ *Idem, Ibidem*. P. 7.

segurança a outro num estado *legal*, do que se conclui que a insegurança de um estado de natureza se daria pela falta de legislação¹⁹.

Nesse cenário, percebe-se como é antiga a relação que se faz entre legalidade e segurança jurídica. Os contratualistas, objetivando se evitar a liberdade plena e suas consequências, propuseram a sujeição dos cidadãos, por vontade própria, a leis as quais seriam supostamente capazes de afastar a ameaça e o risco imanente ao estado de natureza, proporcionando segurança jurídica. Esta é elevada pela dogmática jurídica à posição de regra fundamental do direito e é associada a noções de paz, ordem e certeza. O princípio da segurança jurídica viria, portanto, unir os componentes de segurança e lei.²⁰

3.2 Conceito de segurança jurídica como valor e norma.

Fixada a congruência entre segurança jurídica e legalidade, com o fim de atenuar ou mesmo elidir os riscos e as ameaças comuns num estado de natureza e liberdade plena, serão feitas considerações acerca de como se entende o princípio da segurança jurídica atualmente. Em que pese ainda se identificar com a legalidade, por certo que vai além dela. Relaciona-se com conceitos tidos como essenciais para o próprio direito, como os da justiça e da ordem social. Nader, Fernandes e constitucionalistas consagrados expuseram bem o tema, como se passa a discorrer.

A relação do Direito com a justiça e com a ordem não é pacífica. Justiça é um valor com o qual é difícil se lidar por conta da vagueza de seu significado. Contudo, não são poucos doutrinadores que estabelecem a justiça como valor supremo do Direito. Paulo Nader²¹ afirma que a justiça pressupõe o valor segurança para produzir efeitos na vida social e, após, citando Wilhelm Sauer, afirma que que “a segurança jurídica é a finalidade próxima [do Direito]; a finalidade distante é a justiça”.

Na linha do exposto no tópico anterior, Heinrich Henkel entende a segurança jurídica como sistema de legalidade que fornece aos indivíduos certeza acerca do Direito. A certeza ordenadora seria o núcleo desse valor. Elías Díaz, por seu turno, entende que, além do sistema da legalidade, a segurança jurídica depende de um sistema de legitimidade, pelo qual o Direito

¹⁹ KANT, Immanuel. **Paz Perpétua** um Projecto Filosófico. Covilhã: Lusosofia, 2008. P. 10 Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf

²⁰ FERNANDES, Manuela Braga. **Op. Cit.** P. 9.

²¹ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito.** 36ª ed. Livro digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 140.

possa consagrar valores imprescindíveis. Nesse sentido, segurança não seria somente um fato, mas, sobretudo, um valor.

Nader parece seguir o meio termo. Acredita que identificar segurança com legalidade é insuficiente. Por outro lado, aduz ser excessiva a exigência feita por Elíaz, por este pretender que segurança absorva o valor justiça.²² Em síntese, expõe que:

Os conceitos de segurança jurídica e de certeza jurídica não se confundem. Enquanto o primeiro é de caráter objetivo e se manifesta concretamente através de um Direito definido que reúne algumas qualidades, a certeza jurídica expressa o estado de conhecimento da ordem jurídica pelas pessoas. Pode-se dizer, de outro lado, que a segurança possui um duplo aspecto: objetivo e subjetivo. O primeiro corresponde às qualidades necessárias à ordem jurídica e já definidas, enquanto o subjetivo consiste na ausência de dúvida ou de temor no espírito dos indivíduos quanto à proteção jurídica.²³

Nader dividiu em três grupos o que chama “princípios gerais” da segurança. O primeiro deles são os relativos à organização do Estado, dentro do qual está assentada a clássica divisão de poderes, harmônicos e independentes entre si. O imperativo de segurança que traduziria é a impossibilidade de um poder abarcar funções de outro. Além da divisão de poderes, o citado autor aloca nesse grupo a própria organização do Judiciário, como o aparato coercitivo de que dispõe para tornar eficazes suas sentenças e seus servidores, bem como as garantias da magistratura. Tais organizações garantiriam certeza ao Direito.²⁴

O segundo grupo são os princípios do Direito Estabelecido, que se refeririam ao direito em sua forma estática. O primeiro desses princípios (ou subprincípios) seria o da Positividade do Direito, a qual implicaria divulgação do Direito. Sem essa divulgação, ele não poderia ser aplicado. O segundo, o da Segurança de Orientação, sobre a qual Nader explicita que as normas devam ser dotadas de clareza, simplicidade, univocidade e suficiência, com o fim de os indivíduos poderem ter conhecimento acerca do Direito. O terceiro, o da Irretroatividade da Lei, a qual se relaciona ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. E, por fim, o da Estabilidade Relativa do Direito, isto é, o da necessidade de o Direito compatibilizar o conservadorismo e progressismo. Nos dizeres de Nader²⁵, “tanto a ordem jurídica que não se altera diante do progresso quanto a que se transforma de maneira descontrolada atentam contra a segurança jurídica”.

O último grupo dos princípios que Nader apresenta é o do Direito Aplicado, que se refere às decisões judiciais, pelas quais o Direito como norma geral e abstrata é transformado

²² *Idem, Ibidem.* P. 120.

²³ *Idem, Ibidem.* P. 120.

²⁴ *Idem, Ibidem.* P. 142.

²⁵ *Idem, Ibidem.* P. 146.

em norma jurídica individualizada para cada caso concreto. Dentro deste grupo, encontra-se a obrigatoriedade de julgamento (ou a proibição do *non liquet*), a prévia calculabilidade da sentença (que se relaciona à possibilidade de se prever o conteúdo da decisão), o respeito à coisa julgada e a uniformidade e continuidade jurisprudencial.²⁶

A exposição de Nader demonstra o grupo de juristas que pensa a segurança jurídica como um conjunto de qualidades que confere ao direito estabilidade e certeza jurídica. Nesse contexto, um sistema jurídico seguro seria aquele do qual os indivíduos a ele sujeitos não duvidariam e no qual confiariam. Assim, estaria muito próximo do conceito da legalidade, tal como entendiam os contratualistas no surgimento do estado moderno.

É possível, ainda, entender-se a segurança jurídica como relacionada à previsibilidade e eficácia. Haveria a segurança jurídica em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, seria uma segurança jurisprudencial, voltada a garantir aspectos materiais da norma jurídica, a fim de se efetivarem direitos fundamentais. No sentido estrito, estaria relacionada à possibilidade de determinação do momento em que as normas entram e saem do ordenamento. Relaciona-se, portanto, aos efeitos temporais das normas.²⁷ Serviria a segurança jurídica como uma garantia de estabilidade e previsão aos indivíduos, que teriam por causa dela condições de averiguarem se uma norma está vigente ou foi revogada, bem como teriam possibilidade de prever resultados de decisões judiciais.

Essa é a mais clássica das abordagens acerca da segurança jurídica. É nesse contexto, inclusive, que a ela é tratada como um princípio constitucional. No sistema jurídico brasileiro, a segurança jurídica não foi explicitada na Constituição de 1988. Todavia, defende-se que ela possui assento na Carta Magna de modo implícito. Defende-se, inclusive, que ela é desdobramento lógico do Estado Democrático de Direito sob o argumento de que, já que existe esse Estado, obviamente haveria segurança jurídica.²⁸

Para José Afonso, a estabilidade dos direitos subjetivos relaciona-se à necessidade de se assegurar o valor da segurança jurídica²⁹. Citando Vanossi³⁰, considera que a segurança jurídica é um “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”.

²⁶ *Idem, Ibidem*. P. 147.

²⁷ FERNANDES, Manuela Braga. *Op. Cit.* P 11

²⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 629.

²⁹ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 433.

³⁰ VANOSSI *apud* AFONSO DA SILVA, José. *Op. Cit.* P. 433.

Em seguida, tece considerações sobre segurança jurídica relacionadas ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Mendes e Branco, por sua vez, entendem que a segurança jurídica é um subprincípio do Estado de Direito e tem o mesmo significado do princípio de proteção à confiança³¹. Traz, em seguida, exemplo:

A Administração Pública, ao tornar público edital de concurso, convocar todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento, segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve-se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.³²

Eles comparam, portanto, a segurança jurídica à expectativa gerada a respeito das regras previstas num edital de concurso público. Os autores, de fato, entendem que ela é um valor muito próximo das regras. Em outro trecho da mesma obra, aduzem que um sistema jurídica feito apenas de regras prestigiaria o valor da segurança jurídica³³. E, em outro momento, aproximam o princípio da segurança jurídica às normas de direito intertemporal, ao aduzirem que a ideia da segurança torna imperativa a adoção de cláusulas de transição quando ocorre alteração na ordem jurídica³⁴.

Linha mais voltada ao processo relaciona o direito à segurança jurídica com um direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais³⁵. Para essa abordagem, o direito fundamental à segurança jurídica processual exige respeito à preclusão, à coisa julgada, à forma processual e ao precedente judicial. Contudo, assim como a doutrina anterior, considera a segurança jurídica como um valor, trazendo a seguinte nota:

Embora tomando a segurança jurídica como um valor (*value*), Neil MacCormick igualmente observa a sua fundamentalidade para o Estado de Direito (*Rule of Law*), um dos corações do Estado Constitucional, fazendo expressa referência à certeza jurídica (*legal certainty*) e à segurança do cidadão diante de arbitrariedades estatais (*safety of the citizen from arbitrary interference by governments and their agents*) como condições para que os cidadãos possam se autodeterminar e viver em circunstâncias de mútua confiança (*mutual trust*)³⁶.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12ª ed. Livro digital. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 763.

³² *Idem, Ibidem*. P. 763.

³³ *Idem, Ibidem*. P. 82

³⁴ *Idem, Ibidem*. P. 282

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6ª ed. Livro digital. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 917.

³⁶ *Idem, Ibidem*. P. 941

Do exposto, é possível concluir que a doutrina clássica do direito costuma considerar a segurança jurídica como valor ou princípio responsável por guiar expectativas nos indivíduos. Essas expectativas estariam relacionadas a estabilizações, previsões, certezas e eficácia de normas. Isto é, a segurança jurídica ocorreria na medida em que se conseguiria livrar os indivíduos da dúvida a respeito do ordenamento jurídico. Isso aconteceria, como já mencionado, por regras de direito positivo, como de direito intertemporal, bem como por técnicas de aplicação dessas regras, tais como a do precedente judicial. Por exemplo, a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido estabilizam relações jurídicas do passado, salvaguardando os indivíduos de eventuais alterações na ordem social. Regras do direito intertemporal regulam justamente essas alterações. E os precedentes judiciais e outros mecanismos lógicos permitem que se tenha o mínimo de previsibilidade quanto às decisões e expectativas.

Tais conceitos são funcionais. Eles servem à teoria do direito como um referencial de estabilidade necessário às relações jurídicas. Por serem muitos os conceitos a que se pode atribuir à segurança jurídica (ela é valor, norma, princípio, subprincípio, etc...), não se pode omitir o forte teor retórico e dissuasivo desse termo, tal como a justiça. No próximo tópico, será demonstrado como tais conceitos não se sustentam quando confrontados com o risco e a contingência.

3.3 Segurança jurídica, risco e contingência.

No tópico anterior, foram apresentados conceitos da segurança jurídica. Por ser um termo multívoco, pode significar valor, norma, princípio, conjunto de qualidades, entre outros. Em comum, os conceitos apresentados possuem o fato de estarem inseridos em um discurso normativo. Significam imperativos, objetivando serem efetivados no máximo grau possível. E esse discurso normalmente pretende eliminar o risco.

É em razão disso que Recaséns Siches diz que a segurança jurídica é um ideal inatingível³⁷. Tratada como norma ou valor, é cediço que ela não elimina o risco. Eliminar o risco sequer é objetivo das normas jurídicas. Tal como pontuado por Didier³⁸, o papel das regras dentro do sistema jurídico é reduzir a complexidade do sistema e garantir segurança jurídica. Caso se considere que a segurança jurídica é uma norma, ocorrerá um fato curioso: como as

³⁷ SICHES, Recaséns *apud* NADER, Paulo. *Op. Cit.* P. 121.

³⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. P. 43.

normas visam a garantir segurança jurídica e esta é uma norma, as normas teriam como objetivo alcançar uma própria norma. Sendo assim, o fim almejado seria o próprio meio, e vice-versa.

O papel das regras não é, portanto, o de eliminar o risco. Afinal de contas, é impossível eliminá-lo. O risco, para a economia, é a chance de algo planejado não acontecer³⁹. No campo da sociologia, com o conceito de risco em destaque, Luhmann desenvolveu as ideias de complexidade e contingência. Expõe que

[...] o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas;⁴⁰

Em seguida, o autor resume as ideias: complexidade seria seleção forçada, enquanto contingência, “o perigo de desapontamento e a necessidade de assumir-se riscos”⁴¹. Contingência, portanto, é a constante possibilidade de frustração. Luhmann, ainda, subdivide a contingência: há a simples e a dupla. A simples estaria relacionada à possibilidade de ter frustrada uma expectativa a respeito de um fato. Silva⁴² apresenta interessante exemplo da contingência simples: “numa sociedade criamos expectativas sobre as coisas e, diante disso, nos programamos, mas nada nos garante que há amanhã, caracterizando-se, a contingência. Nada nos garante que haverá sol amanhã e diante disso nos preparamos com guarda-chuva, por exemplo”. A dupla contingência, por sua vez, é a mesma possibilidade de frustração de expectativas voltadas ao comportamento de outras pessoas. As contingências simples seriam praticamente imunes a desapontamentos. Na dupla contingência, por outro lado, o risco é potencializado. Nas palavras do autor, “a vista da liberdade de comportamento dos outros homens são maiores os riscos e também a complexidade do âmbito das expectativas”⁴³.

Nesse contexto, a segurança jurídica como é tratada pela doutrina clássica não se sustentaria. Por mais que haja certa estabilidade nas relações jurídicas, ou que haja possibilidade de previsão de decisões judiciais a partir de precedentes, nada garante que as expectativas sejam correspondidas. Nada impede que uma nova lei modifique completamente uma relação

³⁹ FERREIRA, Denis. **Risco, Rentabilidade, Liquidez**. Disponível em: <http://economiasemsegredos.com/risco-rentabilidade-liquidez/> Acesso em: 27 dez. 2015.

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 45.

⁴¹ *Idem, Ibidem*. P. 46.

⁴² SILVA, Roberta Pappen da. **A ciência da sociedade de Niklas Luhmann**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5960 Acesso em: 28 dez. 2015.

⁴³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 47.

supostamente estável e encontre respaldo nas decisões judiciais. Nada impede que a jurisprudência altere seu entendimento a respeito de temas consolidados. Kant, no exemplo anteriormente exposto, afirmou que um vizinho somente poderia proporcionar segurança a outro num estado de legalidade. Contudo, tampouco a legalidade consegue eliminar o risco de se ter a expectativa frustrada. Principalmente no contexto da dupla contingência.

Como afirma Luhmann, caso se considere segurança como o oposto do risco, o conceito seria vazio, como o de saúde na distinção entre enfermo e saudável, de modo que o termo "segurança" seria somente uma ficção social, um conceito de reflexão ou mesmo uma válvula de escape para as exigências sociais que, a depender de qual seja o nível dessa exigência, abre caminho para o cálculo dos riscos.⁴⁴

Estas reflexiones nos conducen a la cuestión de si es posible que existan situaciones en las que se pueda –o inclusive, en las que se tenga que– elegir entre riesgo y seguridad, entre una alternativa riesgosa y otra segura. Este problema nos obliga a ajustar más precisamente nuestra conceptualización. Con frecuencia se afirma tal posibilidad electiva. La alternativa aparentemente segura implica entonces la doble seguridad de que no surja ningún daño y de que se pierda la oportunidad que posiblemente podría realizarse por medio de la variante riesgosa. Sin embargo, este argumento es engañoso, puesto que la oportunidad perdida no era, en sí misma, ninguna cosa segura. Además, sigue siendo insegura la cuestión de si dejar pasar la oportunidad, renunciar a ella, hace o no que se pierda algo.⁴⁵

No exemplo que o autor apresenta, escolher entre uma possibilidade segura e outra arriscada é sempre um risco. Mesmo que se escolha a possibilidade supostamente segura, ainda assim haverá um risco. Dessa maneira, a oposição risco/segurança comprovaria a inexistência de segurança.

Com o exposto, não se objetiva acabar com o discurso da segurança jurídica no plano normativo. Afinal, como já mencionado, os conceitos de segurança jurídica como norma ou valor têm suas funções. Por mais que possam ser funções retóricas, tem sua serventia. Não são poucos os casos de decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, pautando-se no princípio da segurança jurídica. O objetivo do presente trabalho é trazer a segurança jurídica para o plano descritivo, procurando seu conceito. Para isso, porém, antes foi necessária fazer a exposição sobre a segurança como norma, para deixar assentado que, nos próximos tópicos, ela não será tratada como tal. Nesse sentido, a segurança como princípio ou mesmo valor fica para o discurso jurídico.

⁴⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Tradução: Silvia Pappe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura, Javier Torres. 1ª ed. Livro digital. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1981. P. 36.

⁴⁵ *Idem, ibidem*. P. 36/37.

Para a sociologia jurídica a que se propõe este trabalho, segurança jurídica não é norma, tampouco valor, porque, como exposto, ela, no plano normativo, não serve aos fins a que se propõe. Não elimina o risco. Não permite se prever o futuro. Não estabiliza as relações do passado. Não traz clareza ou certeza para as relações do presente. Além das demais contradições pontuadas neste tópico. Todavia, mesmo com essas supostas “falhas” no cumprimento do objetivo da segurança jurídica, não se pode concordar com Siches. Segurança jurídica não é um ideal inatingível. Afinal, pessoas continuam saindo de casa, mesmo depois de tantos homicídios sem solução, mesmo depois de tanta insegurança pública e impunidade.

4 Segurança Jurídica para a sociologia do direito à luz da teoria dos sistemas

4.1 Pressupostos: estado de segurança e segurança pública

Nos tópicos anteriores, expôs-se o conceito da segurança jurídica para a teoria do direito, na qual ele é eminentemente normativo. O imperativo da segurança jurídica apontaria no sentido de se eliminarem da sociedade riscos em geral. Contudo, demonstrou-se como o princípio falha em atingir o objetivo, uma vez que é impossível, na sociedade moderna, livrar-se da complexidade e da contingência. Para a teoria do direito, esse fato negaria a existência da segurança jurídica. Na sequência do trabalho, porém, será demonstrado como a segurança jurídica convive com o risco. Isso porque o sentido aqui empregado se relaciona não com uma prescrição, como o faz a teoria do direito, mas a uma descrição dela como um estado. A preocupação, agora, será de esclarecer o que é segurança.

“Segurança” é um termo de que o sistema jurídico se apropriou. É um termo que existe isoladamente, mas costuma ser usado acompanhado de outro. Segurança é quase sempre “de” alguma coisa. Segurança do trabalho, segurança social, segurança pública, dentre outros. É uma palavra de origem latina, a qual deriva de “seguro”, que, por sua vez, etimologicamente, vem de *se+curo*. Esse termo, em latim, remete à ideia de algo que se ocupa de si mesmo, que dispensa cuidados, pois já está acabado.⁴⁶

A primeira ideia que se pontua, portanto, é a questão temporal. Algo que está acabado está agora, no presente. Segurança é algo que se afere no momento presente. Algo *está* seguro, não *estará*. Por isso a segurança é um estado. É um conjunto de características ou qualidades de algo pronto, acabado, bastando-se por si mesmo, que se apresenta no momento presente. A contingência, por sua vez, existe no presente, mas se refere ao futuro. É uma possibilidade de

⁴⁶ MATOS, Luís Salgado de. **Segurança**. Disponível em: <http://ifilnova.pt/file/uploads/20b80ffab42e5adbe998e8d35b6450a0.pdf> Acesso em: 27 dez. 2015.

frustração, uma assunção de riscos. Portanto, uma coisa não anula a outra, até porque se referem a tempos distintos. O estado de segurança pode conviver com o risco, e é isso o que acontece no sistema jurídico.

Por fim, segue-se ao termo “segurança” o adjetivo “jurídico”, que o qualifica, alocando-o dentro do sistema jurídico. Segurança jurídica, portanto, a partir dessas considerações, poderia ser definida como um conjunto de características ou qualidades desse sistema jurídico pronto e acabado, no momento presente, que depende apenas de si mesmo para se manter. É claro que etimologia e semântica não são o suficiente para uma definição precisa do objeto, mas essas considerações iniciais servirão de base para o que será exposto a seguir.

Segurança jurídica não se confunde com segurança pública. Esta, como a jurídica, é também um estado, porém mais voltado à questões de políticas públicas e efetividade das repressões estatais. Berlatto, em trabalho sobre sociologia política da segurança pública, inicia sua tese se questionando sobre o conceito desse estado. Expõe que há doutrinadores que falam não em segurança pública, mas em segurança cidadã, a fim “de vincular eficiência em repressão e direitos humanos⁴⁷”. Logo após, porém, cita passagem do antropólogo Luiz Eduardo Soares, que se recusa a falar em segurança cidadã, porque:

[n]a relação com direitos humanos, aí há toda uma complexidade, mas eu sequer admito essa distinção. Eu não admito que nós falemos de direitos humanos e de segurança pública; para mim só faz sentido falar em ‘segurança pública’, porque estamos falando da observância do cumprimento, do respeito, da implementação das garantias fundamentais.⁴⁸

Logo, concordando com as ideias de Soares, a segurança pública de que se discorrerá brevemente no presente trabalho diz respeito ao estado a que se chega por meio de políticas públicas que consigam efetivar direitos fundamentais como da vida e da propriedade. Seria uma segurança aferível na prática, nas estatísticas e na sensação dos indivíduos sujeitos à determinada ordem social. Estaria relacionada, portanto, às sociedades cujas taxas de homicídio e roubo, por exemplo, são muito baixas. No Brasil, a título de exemplo, pode-se afirmar que a segurança pública falha, na medida em que não previne devidamente os referidos crimes.

Contudo, nem mesmo em sociedades com forte segurança pública o risco é eliminado. Mesmo que um Estado consiga efetivar políticas públicas de prevenção e repressão de qualidade, as estatísticas não chegam a zero. O risco, como exposto, acontece com a mera possibilidade de algo não planejado ocorrer. Exemplo disso foi o recente atentado a duas

⁴⁷ BERLATTO, Fábio. **Sociologia Política da Segurança Pública: Um Estudo dos Secretários Estaduais**. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/52768/R%20-%20T%20-%20FABIA%20BERLATTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 23/03/2019. P. 31.

⁴⁸ SOARES apud BERLATTO, Fábio. *Op Cit.* P. 33.

mesquitas em Christchurch, na Nova Zelândia, país referência em segurança pública. As vítimas do atentado, 49 (quarenta e nove), já superam a quantidade de mortos por arma de fogo no país no período de 2013 a 2017, quando foram registradas 45 (quarenta e cinco) ocorrências⁴⁹. Por mais segurança pública que tivesse a sociedade, sempre houvera o risco do atentado.

4.2 Breve exposição sobre a teoria sistêmica de Niklas Luhmann.

Niklas Luhmann foi um sociólogo do direito que trabalhou sobre Teoria dos Sistemas, a qual se constitui “em um sistema de auto-observação, recursivo, circular, autopoietico, dotado de uma dinâmica intelectual própria e fascinante, capaz de equiparar-se às abordagens problemáticas que hoje se enunciam sob a noção de pós-modernismo.⁵⁰” O autor concebe a própria sociedade como um sistema em constante interação com demais sistemas (ou subsistemas), como os da economia, da religião e do direito. Conceito chave para compreensão do que ele conceitua sistemas é o da *autopoiesis*.

A Teoria de Sistemas sobre a qual Luhmann trabalhou assentou suas bases em alguns teóricos que não eram sociólogos. O autor cita que os preceitos teóricos se fundamentaram nas teses de autores como Foerster, engenheiro que trabalhou na área da cibernética; Gunther, filósofo interessado na lógica dialética; Spencer-Brown, matemático; dentre outros. Um desses teóricos foi Maturana, biólogo cuja teoria buscava colocar a circularidade como cerne da reprodução da vida. Desenvolveu, para isso, o conceito fundamental da *autopoiesis*, segundo o qual a vida se autoproduz, por meio de elementos reproduzidos pela própria vida.⁵¹

Antes de explicar o que entende por *autopoiesis*, Luhmann traz o conceito do encerramento operativo dos sistemas, o qual provém também de Maturana. O conceito parte do pressuposto de que sistemas sociais são uma unidade que apenas se constitui como tal na medida em que se diferenciam do meio ou ambiente em que estão inseridos. E essa diferenciação entre meio e sistema somente se realiza por meio do próprio sistema, o qual estabelece seus próprios limites, mediante operações exclusivas. No caso dos sistemas sociais, essas operações ocorrem por processos de comunicação.⁵²

⁴⁹ Matéria do Extra, disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/mundo/vitimas-de-atentado-superam-mortes-por-armas-de-fogo-em-cinco-anos-na-nova-zelandia-23524345.html> Acesso em : 03/04/2019

⁵⁰ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2011. Tradução de: Ana Cristina Arantes Nasser. P. 79.

⁵¹ *Idem, ibidem*. P. 77/78.

⁵² *Idem, ibidem*. P. 101/102.

O encerramento operativo faz com que os sistemas dependam de sua própria organização. As estruturas dele somente podem ser construídas e transformadas mediante operações que surgem nele mesmo. Luhmann exemplifica o que diz com a linguagem: ela somente pode ser transformada mediante comunicações, e não imediatamente com fogo ou radiações, ele afirma. Com isso, surge a auto-organização do sistema e a *autopoiesis*. A auto-organização significa que o sistema constrói suas próprias estruturas. Nesse ponto, o autor traz o exemplo de uma conversa: o que se diz por último é ponto de partida para o que será dito e o que continuará a se dizer. A estrutura consistiria exatamente nessa limitação das relações possíveis no sistema.⁵³

A estrutura de um sistema tem importância no momento presente, pois se refere a um sistema que está em operação. As estruturas de uma conferência realizada numa universidade, por exemplo, só podem ser aferidas se o próprio sistema da universidade estiver em operação, como expõe Luhmann. Isso, porém, não impede que por meio das estruturas se façam retenções do passado e antecipações do futuro. O sistema opera no momento presente, mas assim o faz em movimento para o futuro, tomando como base o passado imediato. As estruturas orientam essas operações.⁵⁴

Conclui-se, portanto, que o conceito de estruturas deva ser definido (no âmbito dessa teoria) mediante o conceito de expectativa. As estruturas são, pois, expectativas sobre a capacidade de conexão das operações, tanto da vivência como da ação; ou expectativas generalizadas do que deve ser comum, mas que não são subjetivas.⁵⁵

A *autopoiesis* difere da auto-organização, porque se refere não a uma construção de estruturas, mas a uma autorreprodução. Significa “determinação do estado posterior do sistema, a partir da limitação anterior à qual a operação chegou⁵⁶”. Luhmann exemplifica o conceito com os computadores, que podem criar seus próprios programas, mas não podem criar a si mesmos. A noção está relacionada à de autonomia, a qual significa que apenas a partir das operações do próprio sistema é que se pode determinar o que é relevante para ele ou o que lhe é indiferente. Luhmann conclui que “um sistema autopoietico produz as operações necessárias para produzir mais operações, servindo-se da rede de suas próprias operações”.⁵⁷

O direito, como a economia e a religião, é um sistema social e, portanto, autopoietico. E, como tal, ele permanece em constante interação com seu meio. No entanto, como um sistema fechado, o direito é completamente autônomo no nível de suas próprias operações. Somente ele

⁵³ *Idem, ibidem*. P. 111/112.

⁵⁴ *Idem, ibidem*. P. 113/114.

⁵⁵ *Idem, ibidem*. P. 114/115.

⁵⁶ *Idem, ibidem*. P. 113.

⁵⁷ *Idem, ibidem*. P. 120.

pode dizer o que é legal e o que é ilegal e, ao decidir essa questão, deve se referir aos resultados de suas próprias operações e às consequências para as futuras operações do sistema. Em cada uma das suas próprias operações, reproduz a sua própria capacidade operacional e alcança sua estabilidade estrutural por meio dessa recursividade.⁵⁸

O direito na sociedade moderna se diferencia dos demais subsistemas na medida em que exerce controle sobre o código-diferença “lícito/ilícito”⁵⁹. Esse controle é exclusivo do direito como consequência da positivação, de maneira que o sistema jurídico, por isso, adquire fechamento operativo⁶⁰. Mas isso não significa que o direito vive isolado da sociedade. Pelo contrário. “Se o fato de dispor exclusivamente do código-diferença ‘lícito/ilícito’ conduz ao fechamento operacional, a escolha entre lícito e ilícito é condicionada pelo ambiente⁶¹”. É o sistema jurídico, por exemplo, quem escolhe se a conduta de abortar ou usar drogas é ilícita ou não, mas assim o faz em constante interação com o meio.

Pode-se afirmar, portanto, que o direito é um subsistema da sociedade, na qual se encontram demais subsistemas, como, por exemplo, os da religião e economia. Entre o direito e a sociedade existe constante interação e, a partir dessa relação, é possível discorrer a respeito da função do direito. Os subsistemas servem a algum fim dentro do sistema da sociedade. Com o direito não é diferente. Identificar sua função significa observar qual problema da sociedade se resolve mediante o processo de diferenciação de normas especificamente jurídicas e um sistema jurídico especial⁶². Luhmann expõe que:

A função do direito tem a ver com expectativas. Se, além disso, faz parte da sociedade e não dos indivíduos, essa função está relacionada à possibilidade de comunicar expectativas e de levá-las ao reconhecimento na comunicação. Por expectativa, entendemos não apenas o estado atual de consciência de um indivíduo em particular, mas também o aspecto temporal do sentido na comunicação.⁶³

Luhmann frisa que o direito tem um importante aspecto temporal, uma vez que lida com as expectativas generalizadas que guiam condutas na sociedade. Tais expectativas estão intimamente relacionadas com a própria noção da norma jurídica, que visa a regular condutas humanas possíveis. Entretanto, o que é impossível hoje pode não sê-lo amanhã. Essa amálgama de condutas possíveis é sempre maior do que as que podem realmente acontecer. A isso

⁵⁸ LUHMANN, Niklas. **Law as social system**. Disponível em: http://www.derechopenalenlared.com/libros/luhmann_niklas_law_as_a_social_system.pdf P. 4.

⁵⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. P. 80.

⁶⁰ *Idem, ibidem*. P. 80.

⁶¹ *Idem, ibidem*. P. 81.

⁶² LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2ª ed. México: Herder, 2005. Tradução de: Javier Torres Nafarrate. P. 181.

⁶³ *Idem, ibidem*. P. 181.

Luhmann chama complexidade, como já exposto. As normas jurídicas, na medida em que controlam expectativas, buscam reduzir a complexidade.

A pretensão do sistema jurídico de reduzir a complexidade pode ser vislumbrada por meio da estrutura da norma jurídica.

“A parte ideal da estrutura da norma jurídica que vai, por assim dizer, começar a reduzir a complexidade, separando o universo das condutas intersubjetivas em juridicamente relevantes e irrelevantes é o que se vai chamar de hipótese. A hipótese não é a rigor normativa, pois consiste na descrição da conduta conflituosa sobre a qual a norma jurídica pode vir a incidir.⁶⁴”

Delimitada a hipótese, define-se a prestação almejada. Existe uma margem de opções de condutas futuras e possíveis concebidas a partir da hipótese. A prestação é o elemento estrutural da norma pelo que se escolhe qual dentre essas condutas é a que deve acontecer. Adeodato dá o exemplo do homicídio. Dada a hipótese de ele ocorrer, a prestação determina que os sujeitos se abstenham de matar e respeitem a vida alheia. Caso, ainda assim, ocorra o homicídio (caso se descumpra a prestação), incidirá sobre o sujeito delinquente a sanção, terceiro elemento da estrutura da norma. Adeodato ainda afirma que há dois elementos invariáveis presentes em toda norma: o functor deôntico “dever ser” e o conectivo disjuntivo “ou”. O primeiro une os elementos anteriores: dada a hipótese, deve ser a prestação; dada a não-prestação, deve ser a sanção. O segundo demonstra que a norma jurídica tem dois lados: o lícito e o ilícito.⁶⁵

Por conta disso, a norma jurídica delimita quais expectativas guiam as condutas humanas nos contextos intersubjetivos. Com a prestação, espera-se que as condutas previamente escolhidas a partir da hipótese se concretizem. O gerenciamento dessas expectativas se coaduna ao conceito anteriormente trazido de estrutura. Para Luhmann, as expectativas experimentadas em concreto, em referência à complexidade e contingência, adquirem função de uma estrutura. Para o autor, essa estrutura se apresenta como uma constância relativa que permite a dupla seletividade. Dupla seletividade consiste na delimitação do optável. As estruturas restringem as possibilidades de opção. Chama-se “dupla” seletividade porque a seleção inicial determina a posterior. No exemplo da linguagem que Luhmann traz, a escolha prévia de um código permite a escolha dos códigos posteriores.⁶⁶ A uma pergunta sobre

⁶⁴ ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2014, P. 179.

⁶⁵ *Idem, ibidem*. P. 180.

⁶⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 53/54.

o tempo climático não se espera uma resposta sobre a hora, embora esta também se refira a um tempo.

As estruturas acontecem por causa das suposições em comum, de modo que independem da intenção dos participantes da comunicação⁶⁷. As seleções acontecem mesmo que não conscientemente. Se uma pessoa A pergunta à B sobre o tempo climático, mas B lhe responde dizendo a hora, a pessoa A se frustrará, uma vez que, por mais que não tenha previamente querido delimitar as escolhas de B, por certo que esperava uma resposta diferente. As estruturas de expectativas, portanto, não estão imunes a desapontamentos.

“As estruturas sedimentam, como expectáveis, um recorte mais delimitado das possibilidades. Dessa forma elas são enganosas com respeito à real complexidade do mundo, permanecendo, em decorrência, expostas aos desapontamentos⁶⁸.”

Tércio Sampaio, seguindo a linha de Luhmann, afirma que as possibilidades de desilusões mostram que a interação humana é sempre contingente.

Por isso, para a ocorrência dos sistemas comunicativos sociais são desenvolvidos mecanismos que garantem, num certo grau de confiança, as expectativas em jogo contra a possibilidade de desilusões. Esses mecanismos, que conferem à rede instável de relações certa estabilidade, uma estabilidade dinâmica, compõem sua estrutura. A estrutura é, assim, uma espécie de seletividade fortalecida, uma dupla seletividade. Por exemplo, uma refeição tomada em conjunto: se todos se atiram vorazmente ao alimento, expectativas serão mutuamente desiludidas. A seletividade de um (ficar com os melhores bocados) pode ferir a mesma seletividade do outro. A contingência é controlada, por exemplo, por meio de regras de boa educação à Essas regras estruturam a relação, garantindo-lhes certa estabilidade. As estruturas, assim, aliviam os agentes da carga da complexidade e da contingente que se mostra na seletividade⁶⁹.

Entretanto, tal como Luhmann, Tércio afirma que toda estrutura, “ao assegurar um limitado campo de possibilidades como esperáveis, no fundo nos ilude a respeito da real complexidade das situações.⁷⁰”

Dessa forma, o desapontamento, a frustração, é possibilidade inafastável das estruturas. Decorre da própria complexidade e contingência. Para a adequação dessas estruturas, para que as expectativas atinjam seus fins, é necessário que haja aceitação dos riscos a que estão expostas. Nos sistemas jurídicos cujas estruturas são organizadas e atingem seus fins, existem duas formas de reação a esses desapontamentos: a de modificar a expectativa desapontada, adaptando-a à realidade decepcionante, ou então a de sustentar a expectativa, e seguir a vida

⁶⁷ *Idem, ibidem*. P. 54.

⁶⁸ *Idem, ibidem*. P. 55.

⁶⁹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 77.

⁷⁰ *Idem, ibidem*. P. 77.

protestando contra a realidade decepcionante. A primeira alternativa é conhecida como expectativa cognitiva; a segunda, expectativa normativa.⁷¹

As estruturas de expectativas reagem aos desapontamentos, portanto, alterando ou mantendo as expectativas desapontadas. As cognitivas aprendem com o desapontamento e se alteram. Elas se adaptam à realidade frustradora. As normativas, por outro lado, não assimilam o desapontamento. Sabe-se que o desapontamento pode ocorrer, e muito provavelmente ele ocorrerá, contudo, de antemão, ele é considerado irrelevante para a expectativa. Ela é mantida, enquanto a frustração é atribuída ao ator. Não se espera, com a frustração, que a expectativa esteja errada. O ator que a frustrou é o responsabilizado. Essa irrelevância do desapontamento acontece por processos de neutralização simbólica.⁷²

As normas jurídicas se situam no plano das expectativas normativas. Luhmann afirma que elas são “expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos⁷³”. O functor deôntico a que Adeodato se refere tem como função simbolizar justamente que a expectativa é contrafática. Essa característica significa que a expectativa independe de sua satisfação. As normas jurídicas, portanto, independem de seu efetivo cumprimento. Não se adaptam após uma frustração. São expectativas normativas generalizadas. Retomando o exemplo do homicídio, pode-se afirmar que a expectativa que se cria é a de que não se deve matar. Contudo, mesmo que se mate, a expectativa se manterá.

Há, portanto, duas estratégias, como Luhmann⁷⁴ diz, para a sequência da vida após uma frustração. A depender da importância da expectativa e da sua possibilidade de se concretizar, pode-se optar por sustentá-la após o desapontamento ou por renunciá-la. Nesse sentido, a sociedade

“institucionalizará cognitivamente expectativas comportamentais, isto é, não censurará seus membros por uma adaptação da expectativa à realidade da ação, se predominar o interesse na adaptação. Ela deslocará e articulará as expectativas ao nível normativo quando forem vitais a segurança e a integração social das expectativas.⁷⁵”

O desapontamento, portanto, é fundamental para a noção da normatividade. Antes de ele ocorrer, a diferenciação entre expectativas normativas e cognitivas é indeterminada, principalmente em sociedades mais primitivas. No convívio cotidiano, há muitas expectativas, quase inconscientes, que Luhmann trata como difusas, por serem indefinidas com relação a

⁷¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 56.

⁷² *Idem, ibidem*. P. 56.

⁷³ *Idem, ibidem*. P. 57.

⁷⁴ *Idem, ibidem*. P. 57.

⁷⁵ *Idem, ibidem*. P. 58.

desapontamentos. Exemplos disso seriam expectativas em relação a aparência e a regras “auto-evidentes”, como a de que não se deve cochilar na presença de outras pessoas, ele exemplifica. Transgressões a essas expectativas podem ser registradas como mal-entendidos, esquisitices, piadas ou mesmo como problemas psicológicos, em casos reiterados. Desapontamentos a essas expectativas difusas não provocam normatizações, mas normalizações.⁷⁶ Luhmann afirma que essas expectativas se situam num nível pré-normativo.⁷⁷

A diferenciação entre expectativas normativas e cognitivas situa-se no contexto das expectativas não “auto-evidentes”. Nelas, o risco de desapontamento é presente e não é ignorado. E, com a frustração da expectativa, reconhece-se sua normatividade (ou cognição). Luhmann, em artigo sobre direitos humanos, ratifica sua posição:

“A forma mais atual de afirmação dos direitos humanos poderia ser assim, simultaneamente, a mais original (mais natural). Normas são reconhecidas por meio de suas violações; e os direitos humanos na medida em que são descumpridos. Assim como freqüentemente as expectativas tomam-se conscientes por via de sua frustração, assim também as normas freqüentemente pela ofensa a elas. A situação de frustração conduz nos sistemas que processam informações à reconstrução de seu próprio passado, ao processamento recorrente, com resgate e apreensão do que no momento for relevante.⁷⁸”

O direito, portanto, é um sistema social autopoietico, cuja função de redutor de complexidade cumpre por meio da criação de normas jurídicas. Estas se diferenciam das demais normas por serem expectativas normativas, não se adaptando à realidade decepcionante. Para a criação delas, utiliza-se do código lícito/ilícito, por meio do qual se selecionam quais condutas e possibilidades devam acontecer. Caso não aconteçam, o próprio sistema se ocupará de neutralizar essa frustração, para que a expectativa se mantenha. Esses são conceitos básicos a partir dos quais será tratada a noção de segurança jurídica no presente trabalho.

4.3. Segurança jurídica: estado de dormência.

Segurança, como dito, é um estado. Um conjunto de qualidades ou característica com as quais algo acabado, pronto, finalizado se apresenta no presente momento. Um estado atingido por algo que depende apenas de si mesmo. Essa noção, diante do exposto da teoria de Luhmann, é compatível com o sistema jurídico autopoietico, em que pese a existência inafastável da

⁷⁶ *Idem, ibidem*. P. 59.

⁷⁷ *Idem, ibidem*. P. 60.

⁷⁸ LUHMANN, Niklas. **O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento**. Revista Themis, Fortaleza, v. 3, n. 1, p.153-161, dez. 2000. Tradução de: Ricardo Henrique Arruda de Paula.

contingência. A segurança jurídica não afasta o desapontamento. Antes, na verdade, depende dele para ser atingida.

O risco de frustração e a própria frustração são fundamentais para o controle das expectativas a que almejam as normas jurídicas. De fato, se todas as pessoas cumprissem todas as normas, atendessem a todas as expectativas, estas se situariam no âmbito das expectativas difusas. Seria expectativas sobre regras “auto-evidentes”. Não haveria expectativas normativas. Se todas as pessoas cumprissem todos os contratos, ou se nenhuma pessoa matasse ou roubasse outra, sequer haveria normatização. Poderia haver normalização, é verdade, mas, sem a frustração da expectativa, haveria tão-somente um estado de normalidade. Com o desapontamento da expectativa é que ocorre a sua normatização.

O próprio sistema jurídico, portanto, depende das frustrações, as quais a todo momento são possibilitadas pela ideia da contingência. Isso porque, com a ocorrência da frustração, o sistema normatiza as expectativas com que trabalha. Luhmann expõe que

“In a way that no other system does, the law processes normative expectations that are capable of maintaining themselves in situations of conflict. The law cannot guarantee, of course, that these expectations will not be disappointed. But it can guarantee that they can be maintained, as expectations, even in case of disappointment, and that one can know this and communicate it in advance. From the sociological point of view, then, normativity is nothing but counterfactual stability. To formulate this differently: in that it protects expectations, the law frees us from the demand that we learn from disappointments and adjust to them. It there by holds out the prospect of resolving conflicts (and at the same time makes it possible to seek out and withstand conflicts), for it contains a preliminary decision (however unclear it may be in the individual case) about who has to learn from disappointment and who does not.”⁷⁹

Existe, portanto, um conjunto de características dentro do sistema jurídico que permite a manutenção das expectativas mesmo após sua frustração. Como autopoiético que é, pode-se afirmar que esse conjunto faz parte do próprio sistema. Não é uma estrutura de outro sistema, como da política ou da economia, que auxilia nessa manutenção, mas uma estrutura do próprio sistema jurídico, o qual, como antes exposto, depende apenas de si mesmo para se manter, se reproduzir, fazer suas escolhas (entre as possibilidades de condutas, definir quais são lícitas ou ilícitas), dentre outras funções que a autonomia lhe permite.

Diante disso, propõe-se que segurança jurídica é o estado como o sistema jurídico se apresenta quando funciona de forma autopoiética. Pode parecer óbvia a afirmação, mas o que se chama atenção é que o sistema jurídico funciona não quando previne o desapontamento, mas justamente quando ele acontece e o sistema o neutraliza, com o fim de manter as expectativas

⁷⁹ LUHMANN, Niklas. **Law as social system**. Disponível em: http://www.derechopenalenlared.com/libros/luhmann_niklas_law_as_a_social_system.pdf P. 5.

normativas. Segurança jurídica existe quando o sistema proporciona devidamente às expectativas escolhidas um estado de normatividade. Isto é, um estado de estabilidade contrafática. As expectativas se mantêm, mesmo diante dos fatos frustradores. O estado de normatividade é como um estado de dormência do corpo humano. Se um membro é ferido, a dormência neutraliza a dor e a vida segue. Em pouco tempo, o membro estará cicatrizado. A cicatriz pode lhe ensinar alguma coisa (de modo que ocorra a retenção do passado), mas o corpo prossegue a vida esperando não ser novamente ferido.

Luhmann destaca que a dimensão temporal é base da função do direito, justamente porque lida com expectativas. Ao fazer essa ressalva, o próprio autor afirma que se opõe à doutrina clássica da sociologia jurídica, a qual assentou a função social do direito recorrendo a conceitos como os de "controle social" e de "integração"⁸⁰. De fato, diante do exposto, entende-se que a função social do direito está relacionada ao controle de expectativas. Quando esse controle (ou gerenciamento) funciona, o sistema proporciona um estado de normatividade e, nesse contexto, pode-se afirmar que existe segurança jurídica.

Segurança jurídica não tem a ver com segurança pública. Esta, sim, está voltada ao efetivo cumprimento das normas. Esta busca o estado de normalidade. O controle social. O objetivo da segurança pública é fazer, por exemplo, com que se diminua o número de homicídios ou roubos, é fazer com que os contratos sejam cumpridos, as relações de emprego sejam respeitadas. É fazer com que direitos fundamentais sejam efetivados. A segurança jurídica, por outro lado, ocorrerá nos casos em que a segura pública falhar. Ocorrendo homicídios ou roubos, descumprimento de contratos, desrespeito a relações de emprego, o sistema jurídico é chamado para estabilizar a expectativa frustrada. Ao conseguir essa estabilização contrafática, de forma autônoma, dependendo apenas de suas próprias estruturas, proporciona segurança jurídica.

Alguns exemplos de insegurança jurídica podem ajudar a esclarecer, por exclusão, o que foi exposto.

Quando a segurança pública falha e, em seguida, o sistema jurídico não é capaz de gerenciar as expectativas da maneira como se pretende, a segurança jurídica também falha. Pode-se afirmar, por exemplo, que a insegurança jurídica ocorre quando um sistema jurídico pretende normatizar certa expectativa frustrada (já que a segurança pública não foi apta a mantê-la livre dessa frustração), mas não dispõe da organização, do aparato suficiente para tanto e então, por conta disso, os fatos que frustraram a expectativa se normalizam. Exemplo absurdo,

⁸⁰ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2ª ed. México: Herder, 2005. Tradução de: Javier Torres Nafarrate. P. 182.

mas compreensível, é o do homicídio. Se determinado sistema jurídico pretende normatizar a expectativa de que não se deve matar, mas falha nesse objetivo a ponto de se tornar normal a conduta contrária (a de matar), não há apenas insegurança pública, mas também insegurança jurídica.

Outro exemplo de insegurança jurídica seria a aplicação a um caso concreto de uma norma em desuso. As normas entram “em desuso porque os destinatários não a cumprem, pois, diante da nova situação, não se sentem mais obrigados. [...]. [o fundamento] do desuso é subjetivo (os sujeitos ignoram a norma)⁸¹”. Quando os sujeitos ignoram a norma e passam a agir em sentido contrário a ela, a situação nova se normaliza, em detrimento da pretensão anteriormente escolhida. A norma entrar em desuso não significa que o sistema foi inseguro. Insegurança é se tentar aplicar essa norma. Isso porque a tentativa de aplicação significaria que o objetivo do sistema jurídico era normatizar esta expectativa, mas teria falhado.

Ao aceitar que determinada norma entrou em desuso, o sistema jurídico abre mão da normatização da expectativa ignorada e aceita como normal a expectativa contrária. Como exemplo, cita-se uma norma, do início do século XX, que proíba o uso de trajes de banho em praias públicas. Hoje, cem anos depois, após movimentos de liberdade do corpo, a sociedade mudou a forma de pensar e admitiu que é normal o uso de trajes de banho, de modo que a norma proibitiva perdeu sua razão de ser. Não há insegurança jurídica nesse desuso, porque o sistema jurídico reconheceria que a situação se normalizou. O sistema, em constante interação com a sociedade, admitiu a licitude do uso de trajes de banho (ou simplesmente tomou a conduta como irrelevante para o direito) e deixou de aplicar aquela norma, em que pese não ter formalizado sua revogação. Problemática, por outro lado, seria a aplicação da norma. Caso o Ministério Público ajuizasse uma ação pedindo a efetivação da norma e o pedido fosse julgado procedente, haveria insegurança jurídica porque o gerenciamento das expectativas teria sido falho. O sistema teria almejado a normatização da expectativa, mas uma expectativa totalmente contrária a ela teria se tornado normal.

Segurança jurídica, portanto, é quase que uma consequência de um sistema jurídico autopoietico. Há de se destacar, todavia, forte corrente da sociologia do direito que, debruçada sobre os estudos de Luhmann, defende que nem todo sistema jurídico é organizado de forma puramente autopoietica. Para essa corrente, encabeçada no Brasil por Marcelo Neves, é possível se falar em *alopoiése* do direito. Um sistema jurídico alopoiético seria, a contrário do autopoietico, a própria negação da segurança jurídica.

⁸¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 173.

A *alopoiese* é um problema que surge para negar a autorreferência operacional do direito. A palavra deriva do grego "alo", que significa "um outro", "diferente", acrescida de "poieses", tal como *autopoieses*. Um sistema alopoiético, portanto, seria determinado não por operações próprias, mas por injunções do mundo exterior, de forma que perderia a própria diferença entre sistema e meio.⁸²

Quando falamos de Direito alopoiético, referimo-nos ao próprio Direito estatal, territorialmente delimitado. Procuramos observar que não se desenvolve, em determinado âmbito de vigência espacial delimitado fixamente, a diferenciação funcional suficiente de uma esfera do agir e do vivenciar jurídico, ou seja, não se constrói um sistema auto-referencial apto a, de maneira congruentemente generalizada no domínio da respectiva sociedade, orientar as expectativas normativas e direcionar as ações em interferência intersubjetiva.⁸³

Um sistema jurídico alopoiético, portanto, não teria autonomia operacional. Isso significaria “a sobreposição de outros códigos de comunicação, especialmente do econômico (ler/não-ter) e do político (poder/não-poder), sobre o código ‘lícito/ilícito’, em detrimento da eficiência, funcionalidade e mesmo racionalidade do Direito⁸⁴”. Tais sistemas não seriam capazes de se manterem por si mesmo, porque teriam sobre eles a ingerência de demais subsistemas sociais. Perde-se, com isso, a noção de um estado de coisas que depende apenas de si mesmo. Não haveria, dessa forma, como se falar em segurança jurídica.

Exemplos de segurança jurídica são mais fáceis de ser encontrados do que de insegurança jurídica. Quando um sistema jurídico organizado autopoieticamente entende que determinada conduta A é relevante para o direito, classifica-a como lícita ou ilícita, uma vez que é detentor exclusivo do código-diferença. Em seguida, institucionaliza a norma jurídica correspondente, criando uma expectativa generalizada de que a pretensão escolhida pelo sistema irá se concretizar. Enquanto a pretensão não é descumprida, há tão-somente uma expectativa, ainda não normativa. Como se disse, a normatividade depende da frustração. Com o desapontamento da expectativa, praticamente inevitável numa sociedade complexa e contingente, o sistema jurídico, por meio de suas próprias estruturas, estabiliza a expectativa frustrada, tornando-a normativa, contrafática. Faz, assim, com que a expectativa se mantenha generalizada na sociedade. Proporciona, com isso, o estado de segurança jurídica, por neutralizar, por tornar dormente o “corpo ferido”. Na medicina, a dormência pode acontecer por sedativos ou anestésicos. Nos sistemas sociais, como do direito, em que as operações são comunicativas, a dormência é proporcionada por processos simbólicos de neutralização.

⁸² NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. P. 125.

⁸³ *Idem, ibidem*. P. 128.

⁸⁴ *Idem, ibidem*. P. 128.

Os processos pelos quais o sistema proporciona a neutralização são inúmeros, e não se pretende esgotá-los no presente trabalho. Apenas se mostrará uma visão geral, com o intuito de demonstrar que o sistema possui a estruturas necessárias para a normatização da expectativa frustrada. Luhmann explica que a expectativa normativa, para se manter como tal, depende de determinados sustentáculos sociais⁸⁵.

Boa parte dos desapontamentos é superada simplesmente por eles serem ignorados. O ignorar tem em vista a norma, pois a protege contra as informações discrepantes. A proteção se baseia no fato de que a norma se enraíza em comunicações⁸⁶. Todavia, há desapontamentos que chamam muito atenção, a ponto de não poderem ser mais ignorados. Nesses casos, Luhmann afirma que não é mais permitido o conluio do silêncio⁸⁷. É preciso, então, que os desapontados consigam explicar o desapontamento como fato e tenham à disposição comportamentos alternativos, pelos quais possam expressar a continuidade da vigência da expectativa normativa⁸⁸. E “o próprio fato de que o comportamento desapontador é sentido como um desvio, confirma a norma⁸⁹”. Com a imputação da discrepância a um sujeito, a sociedade ressalta que não era a expectativa que estava errada, mas sim a ação⁹⁰.

Dessa forma não apenas isola-se, individualiza-se, personaliza-se o acontecimento, mas ao mesmo tempo é fornecido um ponto de referência para uma explicação do desapontamento. As explicações de desapontamentos têm a função de acomodar no mundo o desapontamento que se tornou inegável enquanto fato. Ele tem que ser integrado aos fatos conhecidos, tornando-se, assim, compreensível – pois só se pode esperar em termos contrafáticos em alguns sentidos e não absolutamente, por princípio. A explicação, porém, não pode lesar a norma. Por isso ela deve distanciar o acontecimento desapontador da expectativa. A expectativa e o acontecimento têm que ser simbolicamente isolados de tal forma que o acontecimento não possa afetar a expectativa, não colocando em questão sua continuidade. Os pontos de vista que se prestam nesse sentido, pouco têm a ver com as explicações cientificamente verificáveis, pois elas não devem fundamentar a regularidade, a contingência circunstancial da expectabilidade, mas sim o oposto – sua excepcionalidade⁹¹.

Existem várias explicações possíveis do desapontamento. Em sociedades mais primitivas, é comum atribuir o desapontamento à feitiçaria, ao castigo dos deuses. Outra possibilidade é uma espécie de demonização do sujeito desapontador. É apontar suas intenções malignas, expor sua culpa. São possíveis, ainda, explicações psicológicas ou explicações com base em estereótipos negativos: “todo político é ladrão”, “todo capitalista é opressor”, “todo

⁸⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P. 68.

⁸⁶ Luhmann, sociologia, 68

⁸⁷ *Idem, ibidem*. P. 68.

⁸⁸ *Idem, ibidem*. P. 68.

⁸⁹ *Idem, ibidem*. P. 68.

⁹⁰ *Idem, ibidem*. P. 68.

⁹¹ *Idem, ibidem*. P. 69.

socialista é vagabundo”, por exemplo.⁹² “A valoração negativa da causa presumida do desapontamento é um sintoma de que a norma deva ser protegida contra críticas⁹³”.

Entretanto, é preciso pontuar que nem todo tipo de explicação é convincente ou compatível com as expectativas normativas. Explicações que atribuem o problema do desvio à feitiçaria ou a desígnios divinos, como dito, estão mais relacionadas a sociedades primitivas, cuja complexidade era menor e a forma de pensar, portanto, mais unânime. O uso de estereótipos, de fato, encontra verbalização na sociedade, mas não é usual no meio jurídico por conta da generalização que provocam. Já o problema das explicações psicológicas é o fato de às vezes justificarem o cometimento do desvio, sem atribuir a responsabilidade ao autor do desvio. E as explicações das frustrações das expectativas normativas precisam definir a culpa do autor. Mesmo que seja fictícia. Nas palavras de Luhmann, a explicação do desvio consiste na “suposição da culpa individual⁹⁴”.

A explicação, para servir o fim a que se destina, deve ser verbalizada, para que a reação ao desapontamento possa ser arrefecida e a vida prossiga. Diante de frustrações a expectativas normativas, Luhmann afirma que a verbalização se utiliza da argumentação. São exigidos esclarecimentos, justificativas, desculpas ou escusas, com a finalidade de neutralizar simbolicamente o desvio, mas, além disso, de fazer com que todos voltem a “se curvar” à norma, inclusive o delinquente. Mesmo ele volta a permanecer confiável, apesar do desvio anterior.⁹⁵ Não é porque um empregador descumpriu determinado contrato trabalhista – por exemplo, não pagou o salário – que, após isso, todos esperarão que ele descumpra os demais contratos. O desapontamento passa por um processo de explicação, com as devidas argumentações: ele não pagou o salário porque faltou verba, ou porque brigou com o empregado, ou por conta de outras razões. Em seguida, ele assume a culpa individualizada pela sua infração; e então tudo volta à normalidade. Os demais empregados, não frustrados anteriormente, continuarão a esperar que no mês seguinte receberão o salário devido.

Outra importante estratégia de estabilização contrafática da expectativa normativa frustrada é a sanção. Há casos em que o delinquente frustra deliberadamente determinada norma, sabendo que o faz. Nesses casos, a explicação ou argumentação pode não ser suficiente. O delinquente pode simplesmente dizer que frustrou a norma porque quis. Ao sancioná-lo, o sistema “demonstra ao mesmo tempo com toda clareza sua decisão no sentido de manter a

⁹² *Idem, ibidem*. P. 69/70.

⁹³ *Idem, ibidem*. P. 70.

⁹⁴ *Idem, ibidem*. P. 71.

⁹⁵ *Idem, ibidem*. P. 72.

expectativa⁹⁶”. A sanção é tão importante na manutenção da expectativa que muitas teorias sobre o conceito de norma a colocam como elemento de sua estrutura. Exemplo disso é o conceito de norma apresentado por Adeodato, anteriormente citado.

Não se pode, porém, esperar que a sanção seja responsável por todas as estabilizações contrafáticas. Teorias da sanção ignoram “o repertório das possibilidades, e o fato de que a manutenção da expectativa é mais importante que sua imposição⁹⁷”. Não são poucas as lides que chegam ao Judiciário, atualmente, e não culminam sanção ao descumpridor da norma. É cada vez mais comum a cooperação entre frustrado e frustrador para reabilitar a norma atingida. No exemplo anteriormente citado, do empregador que não pagou o salário, é possível que ele, em juízo (ou mesmo em momento anterior), reconheça que frustrou a norma e entre em acordo com o prejudicado: ele pode pagar os salários atrasados em X parcelas. Nesses casos, há mais argumentação do que sanção.

No caso do direito penal, de fato, a sanção exerce papel preponderante, principalmente porque nessa área não há possibilidade de acordo. Isso não significa, porém, que não haja argumentação que proteja o delinquente. É possível, por exemplo, que o infrator assuma o crime que cometeu e não apresente excludentes de ilicitude. Ele matou, roubou ou estuprou simplesmente porque quis. Mas, o que não é incomum, é possível que o Estado não aja com eficiência na punição e ocorra a prescrição. Haverá toda uma argumentação que inocentará o réu. De fato, ele cometeu o crime, mas não pode ser punido, porque a pretensão punitiva prescreveu. Muitos se lamentarão, mas a lamentação não os impedirá de seguirem com suas vidas. O delinquente não pôde ser preso, mas torçamos para que na próxima vez não ocorra prescrição, poderão dizer.

Existem, porém, muitas outras estratégias pelas quais se estabilizam as expectativas normativas. É possível que se expresse a decepção, o desgosto ou a preocupação a respeito da frustração, com a finalidade de se demonstrar qual o “lado correto” na relação intersubjetiva. Outra possibilidade é o procedimento de escusas. É aceitar uma desculpa, mesmo que não seja sincera, mas que, por conta dela, se expresse a continuidade da expectativa.⁹⁸ Exemplo disso é o supracitado caso do empregador, por exemplo, que reconhece não ter pago os salários. Pode-se citar, ainda, o caso do funcionário público que comete peculato, mas repara o dano antes da

⁹⁶ *Idem, ibidem*. P. 73.

⁹⁷ *Idem, ibidem*. P. 73.

⁹⁸ *Idem, ibidem*. P. 74.

sentença irrecorrível. O sistema não exige que esse arrependimento seja sincero. O procedimento de escusa basta.

Existe, ainda, a possibilidade de se fazer um escândalo, para que, com isso, desfrute-se da ressonância social, se não da norma, do próprio escândalo⁹⁹. No caso do sistema jurídico brasileiro, essa estratégia é bastante utilizada. Decisões, por exemplo, do Caso Lava Jato, as quais, na tentativa de se combater a corrupção e a lavagem de dinheiro, se valem de escandalosas operações policiais que repercutem na mídia e na sociedade.

“Um outro tipo de processamento situa-se entre a não consideração e a sanção. Ele consiste em definir-se o ator desapontador como uma pessoa fora da norma, com a qual não existe uma comunhão ao nível da honra e do direito, que não precisa ser levado a sério, que pertence a outra casta ou classe, que não é passível de sanções, ou que por qualquer outra razão não possui significância simbólica.¹⁰⁰”

O sistema jurídico se vale dos mencionados mecanismos, e de tantos outros, com o fim de estabilizar as expectativas normativas. E ele atinge o estado de segurança jurídica quando tem sucesso nessa empreitada. A eficácia das normas não diz respeito a esse estado, mas sim ao de segurança pública. A diminuição no número de homicídios é alcançada por políticas públicas ou por outras estratégias, mas não pelo direito. Como já supracitado, o direito não garante que as expectativas normativas sejam cumpridas. Apenas garante que elas permanecerão normativas, mesmo após serem frustradas. Por isso a segurança jurídica não é afetada pela insegurança pública. Pelo contrário. É possível afirmar que, em sociedades nas quais há mais insegurança pública, há mais segurança jurídica.

Assim como a insegurança pública, também a impunidade não prejudica o estado proporcionado pela segurança jurídica. Afinal, a própria sensação de impunidade é também decorrente da frustração de uma expectativa normativa. Espera-se a punição, uma vez que a própria sanção é elemento da norma. Não se deve cometer homicídio, mas aquele que comete deve cumprir pena de seis a vinte anos. Se não cumpre, houve uma frustração a esta expectativa. Essa frustração, como as demais, é neutralizada por aqueles mesmo mecanismos do sistema jurídico. Nesse caso, estratégia muito utilizada é a da explicação (já que a sanção sequer seria possível, por não poder se sancionar a ausência de sanção): o sistema explica que falta efetivo da polícia judiciária, dos juízes, dos delegados, etc.; há tantos crimes que o efetivo de pessoal não dá conta de sancionar a todos os infratores. E então o sistema reproduz a decepção, outra estratégia de neutralização simbólica. Promotores, juízes, delegados, todos dão entrevistas lamentando a quantidade de homicídios não solucionados e explicam: falta efetivo, são muitos

⁹⁹ *Idem, ibidem*. P. 74.

¹⁰⁰ *Idem, ibidem*. P. 75.

crimes. Essa neutralização simbólica da impunidade mantém intacta a expectativa de que a punição continuará a ser devida aos infratores. Mesmo que não aconteça. A efetivação da punição é problema de segurança pública. Problema de segurança jurídica é a manutenção da expectativa de punição quando esta não ocorre. A segurança pública lida com os fatos. A jurídica, contra eles. As expectativas normativas são contrafáticas, afinal.

5 Conclusão

O presente trabalho começou com um questionamento. Diante de pesquisa que comprovou o cenário de impunidade, no Brasil, em relação ao homicídio, questionou-se como o sistema jurídico mantém intacta, nas pessoas que saem de casa todos os dias, a expectativa de que não serão mortas e levarão sua vida normalmente. Após o questionamento inicial, discorreu sobre como a doutrina clássica do direito costuma conceituar segurança jurídica como uma norma ou um valor que afasta riscos de frustração. Entretanto, seguindo o marco teórico de Niklas Luhmann, verificou que esse risco é inafastável, mas que a frustração é essencial para a normatização das normas jurídicas.

Com o exposto, percebe-se que o direito não é capaz de resolver as mazelas da sociedade. O sistema possui função de controlar expectativas; não de controlar a sociedade. Para o direito, a ocorrência do homicídio é menos importante do que a manutenção da expectativa de que não se deve matar. É questão de segurança pública evitar frustrações. O direito somente as neutraliza simbolicamente, retira as valorações sobre elas, salvaguarda a norma atingida. Faz isso apontando um culpado, aceitando uma desculpa fictícia ou escandalizando, dentre outras estratégias já apontadas. Proporciona, com isso, um estado de normatividade nas expectativas e de dormência no sistema.

Diante disso, ainda que não seja possível uma afirmação categórica, é possível se questionar se segurança pública e segurança jurídica são inversamente proporcionais. Nas sociedades em que há mais segurança pública, pode haver menos segurança jurídica. Em uma sociedade cuja segurança pública funciona devidamente, a ocorrência de um crime pode causar grandes alterações na ordem jurídica. Após o atentado na Nova Zelândia, por exemplo, já se discute alteração nas leis de armas do país¹⁰¹. A possibilidade de alteração legislativa é um corolário da positividade do direito, mas sua ocorrência após uma frustração é sinal de segurança jurídica?

¹⁰¹ Reportagem da Folha de São Paulo, disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/03/massacre-gera-debate-sobre-facilidade-de-se-obter-armas-na-nova-zelandia.shtml> Acesso: 03/04/2019

Por outro lado, se numa sociedade houver insegurança pública, é provável que haja nela certa segurança jurídica. No Brasil, há elevado número de homicídios, e muitos dos quais não solucionados, como exposto pela pesquisa. Entretanto, poucas alterações acontecem no sistema jurídico. Recentemente, criou-se o tipo do feminicídio, mas o núcleo permanece o mesmo. Também permanece a expectativa de que não se deve matar, uma vez que o sistema consegue neutralizar as frustrações. Ele se utiliza das estratégias antes expostas. Assim, mesmo com os altos índices de violência e impunidade, proporciona o estado de dormência que permite o prosseguimento da vida mesmo contra todas as adversidades. Por isso o sistema jurídico brasileiro é seguro. Não porque impede frustrações, mas porque as neutraliza.

Com isso, não se almeja afirmar que segurança jurídica é mais desejável do que segurança pública, nem vice-versa. Não se trata disso. Ambos os estados possuem suas finalidades. Cabe a cada sociedade aproveitar os estados que elas proporcionam, seja reduzindo a frustração (segurança pública) ou lidando com ela (segurança jurídica). É a segurança pública que protege o cidadão de um crime. Mas, respondendo ao questionamento inicial, é a segurança jurídica que leva pessoas a saírem de casa e seguirem suas vidas mesmo após a ocorrência do crime. Embora não elimine o risco e o medo, um sistema seguro proporciona dormência.

REFERÊNCIAS:

- ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2014.
- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BERLATTO, Fábio. **Sociologia Política da Segurança Pública: Um Estudo dos Secretários Estaduais**. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/52768/R%20-%20T%20-%20FABIA%20BERLATTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERNANDES, Manuela Braga. **Jerome Frank, o mito legal e a segurança jurídica**. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=11c77d5ee60af4f6>
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- _____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA, Denis. **Risco, Rentabilidade, Liquidez**. Disponível em: <http://economiasemsegredos.com/risco-rentabilidade-liquidez/>

GOMES, Daniela Vasconcellos. **A Questão da (In)Segurança Jurídica na Sociedade Contemporânea**. Artigo disponível em: www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/download/184/140

HOBBS, Thomas. **Leviatã** ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KANT, Immanuel. **Paz Perpétua** um Projecto Filosófico. Covilhã: Lusosofia, 2008. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf

LAKATOS, Eva Maria. **Sociologia Geral**. 6ª. São Paulo: Atlas, 1996.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2ª ed. México: Herder, 2005. Tradução de: Javier Torres Nafarrate.

_____. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2011. Tradução de: Ana Cristina Arantes Nasser.

_____. **Law as social system**. Disponível em: http://www.derechopenalnlared.com/libros/luhmann_niklas_law_as_a_social_system.pdf

_____. **O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento**. Revista Themis, Fortaleza, v. 3, n. 1, p.153-161, dez. 2000. Tradução de: Ricardo Henrique Arruda de Paula.

_____. **Sociología del riesgo**. Tradução: Silvia Pappé, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura, Javier Torres. 1ª ed. Livro digital. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1981.

_____. **Sociologia do Direito I**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MATOS, Luís Salgado de. **Segurança**. Disponível em: <http://ifilnova.pt/file/uploads/20b80ffab42e5adbe998e8d35b6450a0.pdf> Acesso em: 27 dez. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12ª ed. Livro digital. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós modernismo**. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 36ª ed. Versão digital. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. 1ª ed. Belo Horizonte: Itatiaia Ltda., 1998.

REALE, Miguel. **O Direito como experiência**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6ª ed. Livro digital. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Roberta Pappen da. **A ciência da sociedade de Niklas Luhmann**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5960

VILA NOVA, Sebastião. **Introdução à Sociologia**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.