

## A SOCIOLOGIA DA DECISÃO: a econômica, a política, a jurídica

THE SOCIOLOGY OF DECISION: economical, political, juridical

Eduardo Saad Diniz<sup>1</sup>

### Resumo:

A partir da teoria dos sistemas de Niklas *Luhmann*, o propósito desse artigo é *observar* a *sociologia da decisão* e a *diferenciação funcional* dos sistemas econômico, político e jurídico.

Palavras-chave: Sociologia da decisão. Decisão econômica. Decisão política. Decisão jurídica. Teoria dos sistemas.

### Abstract:

Based on Niklas *Luhmann's* theory of systems, the purpose of this paper is *to observe* the *sociology of decision* and the *functional differentiation* of the economical, political and juridical systems.

Keywords: Sociology of decision. Economical decision. Political decision. Juridical decision. Theory of systems.

### 1. O problema: a sociologia da decisão na teoria dos sistemas

A *capacidade de abstração* assimilada e desenvolvida pela *comunicação* (comunicação como operação cognitiva auto-observadora) na teoria dos sistemas – somada à perspectiva da *dimensão temporal* e às *estruturas de sentido* engenhosamente construídas – desvela o gênio criativo do modelo sociológico proposto por Niklas *Luhmann* e lhe dá as condições necessárias para a *diferenciação funcional* na sociedade altamente complexa.

Apreendê-la *descritivamente*<sup>2</sup> é já tarefa bastante exigente. No entanto, as intenções assumem proporções ainda mais delicadas ao se convergirem na conceituação da *decisão*, o processo comunicativo constituinte do sentido de cada subsistema em sua individualidade e do sistema em sua globalidade.

Precisamente, a decisão conjuga *capacidade de abstração*, *dimensão temporal* e *construção de sentido*. A decisão sempre se refere a uma *alternativa*, à multiplicidade de possibilidades (complexidade). Ao colher da alternatividade de alternativas um terceiro (*Dritte*), no bom estilo da *Aufhebung* hegeliana, constrói-se a diferença entre as variadas

<sup>1</sup> Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>2</sup> O propósito é justamente o de compreender e descrever o sistema jurídico na sua relação com os sistemas político e econômico, a partir da conceituação da decisão e pela chave de leitura da sociologia da decisão sugerida por Niklas *Luhmann*.

identidades postas em decisão; ou melhor, a decisão é a comunicação da diferenciação funcional das alternativas, produzida pela unificação (superação, pensamos) de suas diferenças.<sup>3</sup> É ela a *pedra angular da diferenciação funcional*.

O monumento teórico luhmanniano, movido pelas contradições advindas da sociedade moderna, dedica-se à concepção de uma teoria global da sociedade. Isso não significa, entretanto, que procure regulação universal de um sistema global (*Gesamtsystem*); cada contexto elabora comunicação singularizada e se referencia de modo particular, relacionando-se com os demais componentes do sistema e adquirindo, cognitivamente, condições de universalidade.

No plano semântico, o sistema global sempre prevalece na *condição de conteúdo referencial*,<sup>4</sup> oscilando entre maior ou menor grau de consistência simbólica. A *relativa integração* intersistêmica facultya ganho de potencial cognitivo (capacidade de abstração) e incrementa as possibilidades de observação e descrição – na forma de *modus de observação de segunda ordem*.

*Observar o que observa*<sup>5</sup> é a medida de compreensão da nova diferenciação do objeto de diferenciação. Cada observador emprega nova diferenciação em relação ao que descreve. O método pressupõe a ponderação entre relações de causalidade irregulares e verificação empírico-racional daquelas múltiplas probabilidades, influenciando (racionalmente) a ponderação sobre as *escolhas*. Nada além da busca de “nova observação” (a “segunda ordem”) ou da recomposição do conteúdo significativo da primeira descrição, com vistas à comunicação de *decisão*. Essa resolução metodológica confere a ele, ao observador do que observa, a qualidade de posicionar-se de um ou outro modo sobre aquilo que já fora descrito, *decidindo*.

Semelhante tomada de posição implica, necessariamente, um complexo semântico-operacional (e, por suposto, as *estruturas temporais de sentido*) de dupla-*via* – isso seria a reprodução de um dos aspectos mais favoráveis da primeira descrição, reforçando-lhe as estruturas de identidade; isso seria ir além dos limites do primeiro aspecto, inaugurando nova cadeia semântico-operacional a respeito do segundo aspecto.

Não que isso configure “abandono” ou “substituição” da teoria da sociedade. Do contrário, privilegia o tratamento diferenciado de cada contexto social, mas os

<sup>3</sup> Presumimos influência do vulgo hegeliano tese e antítese na apreensão simbólica de identidade e não-identidade, com a necessária ressalva de que a elaboração conceitual haveria sido processada pela teoria da comunicação no modelo luhmanniano.

<sup>4</sup> O conteúdo referencial estruturante do sentido.

<sup>5</sup> “Observar o que observa” seria a observação de “segunda ordem” no modelo luhmanniano, a opção metodológica distintiva em relação à sociologia tradicional.

observa, a um só tempo, em comparação e movimento referencial (em *cadeia semântico-operacional*). Consagra o *uno na diferença* e o *diverso na unidade*.

A observação do conceito de decisão no modelo sociológico de Niklas Luhmann obedecerá à apreensão objetiva da própria *letra* de Luhmann, na sugestão de uma *sociologia da decisão*, a partir do que serão descritos os momentos teóricos mais essenciais, captando e fazendo revelar-lhe o *sentido*. O percurso teórico vai da análise específica da *decisão econômica* em “Aspectos sociológicos do comportamento decisório” na economia da sociedade<sup>6</sup>, passando pela *decisão política* em “A decisão política” na política da sociedade<sup>7</sup>, até a *decisão jurídica* em “O lugar dos tribunais no sistema jurídico” no direito da sociedade.<sup>8</sup>

## 2. A economia da sociedade: aspectos sociológicos do comportamento decisório.

Embora não se possa conceber o homem sem a faculdade de decidir e comunicar decisões, a teoria social diz pouco a respeito do comportamento decisório.

Melhor do que isso seria a investigação especializada do conceito do *ato de decidir*, diferenciado do mero comportamento, ou mesmo da simples contraposição entre ação e comportamento. Qual seria então a diferença entre *ação* e *decisão*? O caminho preferencial indica a aferição de sentido das escolhas entre alternativas e dos critérios que orientam racionalmente a comunicação da decisão.<sup>9</sup>

*O problema da decisão* verticaliza-se pela observação da organização racional das informações (simbólicas), construindo o *sentido* tão caro às disciplinas normativas, como é o caso das ciências econômicas. Esse seria o momento determinante da *sociologia da decisão*, superando as modalidades tradicionais de representação da teoria da ação.

<sup>6</sup> Todas as referências à economia da sociedade remontam ao capítulo 8 “Soziologische Aspekte des Entscheidungsverhaltens” (Aspectos sociológicos do comportamento decisório) da obra LUHMANN, Niklas. *Die wirtschaft der gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhkamp, 1988. p. 272-302.

<sup>7</sup> Todas as referências à política da sociedade remontam ao capítulo 8 “Politisches Entscheiden” (A decisão política) da obra LUHMANN, Niklas. *Die politik der gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhkamp, 2002. p. 140-170.

<sup>8</sup> Todas as referências ao direito da sociedade remontam ao capítulo 7 “Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem” (O lugar dos tribunais no sistema jurídico) da obra LUHMANN, Niklas. *Das recht der gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhkamp, 1993. p. 297-337.

<sup>9</sup> LUHMANN, Niklas. *Die wirtschaft der gesellschaft*. cit., p. 272. Luhmann remonta às limitações do behaviourismo e do psicologismo expostos em detalhes na teoria da ação de Talcott Parsons. Na teoria da ação em Max Weber, a articulação entre fins e meios teria conduzido a contradição entre a tipologia por ele proposta e o conceito de ação, adstrito a “voluntarismo”. Em detalhes, Id. *Ibid.*, p. 273-274. A interlocução com Parsons dá-se extensamente em Id. *Ibid.*, p. 291-297.

O sentido adquirido da racionalidade da decisão forja a habilitação e a especialização funcional do sistema, servindo-lhe de ponto de partida e de fronteira cognitiva.

Que é pressuposta ao conceito de decisão a *seleção* de múltiplas possibilidades (*seletividade* e *complexidade*), já se sabe. O difícil, problema sem solução, é averiguar a *mais-valia* (*Mehrwert*): ela *deve* dirigir a construção do conceito em sua *unidade*, a qual se modela pelas múltiplas possibilidades, extraindo do ato decisório o sentido final e deixando-se realizar (comunicativamente) por ele.<sup>10</sup> Essa mais-valia é a causa da *necessidade de escolha* (*choice*). O difícil, porque sem solução, apenas recria as condições de indicação simbólica do problema, mas não o resolve.

Aprofundando, a sociologia da decisão transfere ao ato decisório o *status* de *unidade da preferência* (*Einheit der Präferenz*). A decisão expressa preferência e ao fazê-lo determina a unidade.<sup>11</sup> Em matéria econômica, é o caso do valor agregado, submetido a cálculo e racionalidade de custos.<sup>12</sup>

A observação das preferências, especificadas em contexto comunicativo, não se deixa isolar nem se desintegra do conjunto referencial do sistema. Da mesma forma, é em sua essência operação cognitiva auto-observadora, que se globaliza na medida em que se pauta pela *diferenciação funcional* do subsistema no qual se circunscreve. E ao levá-lo a efeito, constrói *estruturas de sentido* e oferece os limites do subsistema (fechamento operacional), coroando a *circularidade* que lhe é própria.

A *unidade* produz-se na forma de um acontecimento (*Ereignis*), que reitera suas manifestações (*Auftreten*), mas nunca admite a perda de suas propriedades estruturais, jamais submetidas à *duração*”. A decisão toma por base dimensão temporal na forma de *expectativas* de realização, mas não se compromete a outro vínculo que não o de um futuro incerto. As estruturas que compõem o subsistema não se permitem mudar, mas suas formas contraditórias e instáveis são manipuláveis e absorvem as condições de incerteza advindas do entorno. Tudo com o intuito de preservação da diferenciação funcional.

*Luhmann* aconselha atribuir a toda ação o caráter de decisão sempre que ela seja uma reação à expectativa especificada;<sup>13</sup> ao menos que seja observada enquanto reação à expectativa. Cada ação detém a expectativa de resultado ou a reação esperada que lhe for correlata e pode ser valorada ou receber o qualificativo da *normatividade*. As

<sup>10</sup> LUHMANN, Niklas. *Die wirtschaft der gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhkamp, 1988. p. 275.

<sup>11</sup> Discussão pormenorizada sobre “a orientação pelas preferências como tentativa de racionalização da decisão”, Id. Ibid., p. 287-290.

<sup>12</sup> Id. Ibid., p. 275-276.

<sup>13</sup> Id. Ibid., p. 278.

escolhas sempre se aproximam da *escolha pelo melhor*, ao menos pela *expectativa* do que seria melhor.<sup>14</sup>

A expectativa, seja ela de natureza *cognitiva* ou *normativa*, não deixa de ser “espera fundada em probabilidade”, é *contingente*,<sup>15</sup> pode ser atendida e corresponder à realidade ou simplesmente frustrada. A contingência remete às condições de realização do futuro, antecipando-o para formar o juízo condutor da decisão.

O vínculo com o futuro não corresponde a cálculos de probabilidades ou de redução de mais-valias com base em *experiência*; do contrário, a contingência refere-se à expectativa de que a decisão pondera sobre a mais-valia, instruindo-a de acordo com os limites programados pelo subsistema do *possível* e do *desejável*. As expectativas diferem-se das experiências: são estruturas de sentido orientadas pela dimensão temporal.<sup>16</sup> As estruturas de sentido incorporadas à expectativa advêm do processamento das informações cognitivas colhidas simbolicamente de cada processo comunicativo. A *observação da expectativa* é ela própria a exigência lógica para a *observação da decisão*.<sup>17</sup>

Essas variantes sobre as formas de comunicação – e manifestação fenomênica – da decisão, na leitura de uma suposta sociologia da decisão, levam a crer que na sociedade moderna as condições de tomada de decisão assumem feições mais complexas do que nas formações sociais precedentes, ainda que os mesmos critérios de aferição de expectativas e decisões sejam-lhes também válidos. “Na sociedade altamente complexa criou-se inevitavelmente a consciência da contingencialidade, a preferência pelo inusitado, a busca por alternativas de reprodução”.<sup>18</sup>

A sociedade moderna toma para si *racionalidade específica*, diferenciada conforme a própria diferenciação germinada na sociedade. A expressão da comunicação de expectativas e decisões, em novas formas de canalização e cognição, corresponde à atualização dos processos de organização racional do pensamento e capacidade de

<sup>14</sup> LUHMANN, Niklas. *Die wirtschaft der gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhkamp, 1988. p. 280-281.

<sup>15</sup> A contingência divide-se em duas formas de verificação: 1) diferenciação antes/depois, remetendo às múltiplas possibilidades de escolha e condições de incerteza; 2) diferenciação pelo recurso à condição “também-possível-ser-diferente” (Auch-anders-möglich-Sein). Em detalhes: Id. *Ibid.*, p. 282.

<sup>16</sup> As expectativas delimitam-se pelo processo de reprodução do sistema, como correlatos de dados da realidade, e projetam a essencialidade e a temporalização sistema. Essa “reprodução dos elementos (sistêmicos) a partir dos elementos” confere à expectativa o status de realidade, determinando a reprodução autopoietica. Assim desde Humberto Maturana. Id. *ibid.*, p. 283.

<sup>17</sup> Longamente, sobre a racionalidade da decisão, Id. *Ibid.*, p. 284-287.

<sup>18</sup> Id. *Ibid.*, p. 297. Esse despertar de uma sociedade complexa é objeto de observação específica em LUHMANN, Niklas. *Soziologie des risikos*. Berlin: Walter de Gruyter, 2003. p. 247. Os princípios de regulação dessa “sociedade moderna” são discutidos em \_\_\_\_\_. *Ökologische kommunikation*. 4. ed. Wiesbaden: Athenaion, 2004. 265 p.

representação humanos da sociedade, sem o que não haveria formas possíveis de exercício racional.<sup>19</sup>

Em matéria econômica, o relevante passa a ser a incorporação da dúvida (as condições incertas do futuro) à comunicação mercantil. A mais-valia das múltiplas possibilidades de comportamento econômico é introduzida na auto-descrição sistêmica e revertida em *expectativa de lucro*, o valor universal que rege a tomada de *decisão econômica*.<sup>20</sup>

A decisão econômica absorve as condições de incerteza, típicas da economia da sociedade altamente complexa, agregando-as no estado de *máxima* produção e reprodução de valores.

As condições cognitivas de seleção, análise e motivação no sistema econômico traduzem-se pelo refinamento e otimização da racionalidade para obtenção do valor universal do lucro na sociedade altamente complexa,<sup>21</sup> valendo-se da racionalidade lucrativa do sistema, na conjugação dos *fins*, *valores* e *preferências* que lhe são próprios para a determinação da *expectativa de lucro*.<sup>22</sup> Mesmo de se pensar que a decisão econômica sob contingencialidade, se processada em complexidade compatível, é aquela que comunica a *melhor eficiência* (reversão em lucros).

### 3. A política da sociedade: a decisão política

A *decisão política* firma-se pela disposição de decidir em caráter coletivamente vinculante. A discussão gira em torno do fundamento da autoridade política, que torna coletivamente exigível a decisão que deriva do sistema político. Da mesma forma que a decisão econômica atende aos princípios de diferenciação funcional do sistema econômico, o sistema político fornece as diretrizes funcionais para a decisão política.

A observação da decisão política carece de atualização, historicamente evoluída e composta de elementos complexos e relacionados entre si. Até as questões de

---

<sup>19</sup> Luhmann refuta as teses weberianas de que haveria uma racionalidade do destino, do acaso, da ruína, como contrapartida do progresso social. LUHMANN, Niklas. *Die wirtschaft der gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhkamp, 1988. p. 297.

<sup>20</sup> LUHMANN, Niklas. *Die wirtschaft der gesellschaft*. cit., p. 297-298.

<sup>21</sup> Deduzidos de LUHMANN, Niklas. *Die wirtschaft der gesellschaft*. cit., p. 300-301.

<sup>22</sup> O custo social decorrente da decisão econômica, reverberando no entorno, abre cognitivamente o sistema econômico, mas não afeta as qualidades essenciais e específicas da decisão econômica, pensamos.

grandeza moral (*Moralschema*)<sup>23</sup> devem ser afastadas como integrantes da *natureza das decisões*, se a perspectiva adotada é a de uma sociologia da decisão.

Além das discussões tradicionais que oscilam entre *arbitrariedade* e *limitação da arbitrariedade*,<sup>24</sup> a inserção do *sujeito* no processo comunicativo aponta o *intérprete autêntico* das finalidades, motivações, preferências e interesses da decisão, daí porque a percepção do sujeito indica o processo comunicativo, mas é ainda o sistema em sua globalidade que promove a *seletividade* das múltiplas possibilidades do processo político, *disciplinando as contingências*.

A decisão política obedece, igualmente, à lógica da escolha dentre múltiplas e complexas possibilidades. E o problema surge exatamente na delimitação dos critérios de racionalidade da decisão – otimização das finalidades e preservação da função da política – e a elaboração de dimensão temporal.

*Tempo e decisão* são interessantes à política. A decisão só é possível pela tensão entre *passado* e *futuro*. A decisão toma do passado os elementos simbólicos para a projeção de realização do futuro, pautando a construção cognitiva das expectativas pela base simbólica que lhe comunica o passado: *finalidade, motivação, preferências*, todas introduzidas como *dimensão temporal*, guardando suas diferenças específicas. A capacidade de previsão – projeção – do futuro tornou-se a *pedra de toque* do processo decisório.<sup>25</sup>

Na *diferenciação funcional* própria do sistema político, a decisão política deve lidar com a *instabilidade das preferências*. Exemplo disso seriam os efeitos decorrentes da abertura cognitiva promovida por oscilações do sistema econômico. A situação política desestabiliza-se pela perda de liquidez financeira de determinadas opções, provocando necessidade de coalizões para manutenção do vínculo e exigibilidade coletiva da decisão.

Daí porque a fidelidade a “promessas” políticas, sob o jugo da ética política, não tem lugar numa sociedade altamente complexa.<sup>26</sup> Se se pretende a preservação da diferenciação funcional da política, é necessário manipular as estruturas contraditórias

<sup>23</sup> Quando muito a moral servirá de imperativo metafísico, margeando a decisão política. Desde Maquiavel, a questão é posta nos termos do poder instituído – autoridade necessária à garantia da ordem e da paz, prudência e razões de Estado. Excursão histórica em LUHMANN, Niklas. *Die politik der gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhkamp, 2002. p. 140-142.

<sup>24</sup> Com base nesses pressupostos Luhmann revê a organização dos estados constitucionais e a promoção dos direitos fundamentais. Id. *Ibid.*, p. 141-142.

<sup>25</sup> Qualidade específica da sociologia da decisão em Luhmann é essa de estruturação simbólica do futuro. O desenvolvimento da relação temporal em Id. *Ibid.*, p. 145-148 e 150-152.

<sup>26</sup> Id. *Ibid.*, p. 149.

e instáveis da preferência no sistema político. Mesmo a noção de *cláusula rebus sic stantibus* padece, não passando de ficção irrazoável.<sup>27</sup> A perda de referencial ético é natural à funcionalidade da política, assim concebida desde sua gênese, e integra o *custo dos valores ético-sociais*.

Essa seria a *realização paradoxal* da política: a falta de conteúdo ético-social representa a essência da democracia no sistema político.<sup>28</sup> A decisão política é acontecimento de elevada repercussão simbólica na sociedade. Esclarece ou obscurece o movimento da sociedade, na medida em que se deixa manipular cognitivamente.<sup>29</sup>

As condições de incerteza absorvidas por essa decisão política, tendem à imprecisão ainda mais complexa pela diferenciação interna do sistema político em *instituições* e *organizações*, também elas sujeitas às manipulações das estruturas políticas pelos intercâmbios no *poder político* – a seu modo induzido a oscilações pela diferenciação interna *governo/oposição*.

A decisão substitui o estado de incerteza, diluindo-a; a escolha afasta a dúvida, absorvendo-a; o *observador* externo, para determinar cognitivamente o processo de comunicação da decisão, cuida de apreender as irregularidades dos cursos causais e atribuir-lhes sentido. Com maior ou menor precisão, o *observador* torna-se apto a indicar as possíveis *expectativas* que carrega a comunicação da decisão.<sup>30</sup>

É esse mesmo observador quem verifica empírico-racionalmente a *retórica política*, manipulação das estruturas políticas em torno das finalidades e motivos. A legitimação procedimental da comunicação política na sociedade altamente complexa só se alcança pelo controle cognitivo das informações simbólicas, submetendo-as à retórica pluridimensional (*mehrdimensional*); nesse complexo é que se forja a *decisão política*<sup>31</sup>, já um resultado diferenciado da tensão entre as variadas *identidades políticas* – interesses políticos, combinados e articulados simbolicamente pelas finalidades e motivos

<sup>27</sup> LUHMANN, Niklas. *Die politik der gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002. p. 149.

<sup>28</sup> Numa perspectiva aproximada, Rafaella De Giorgi entende a democracia como manutenção da complexidade. “Apud” CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 72.

<sup>29</sup> LUHMANN, Niklas. *Die politik der gesellschaft*. cit., p. 154. Luhmann dedica-se em minúcias à conceituação dos Skripts, códigos específicos da psicologia cognitiva que traduzem a relação entre política e memória. Luhmann, (2002), (nota 6), pp. 155-159. Mais em Id. Ibid., p. 170-188. De modo aproximado, DE GIORGI, Rafaella. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. 256 p.

<sup>30</sup> LUHMANN, Niklas. *Die politik der gesellschaft*. cit., p. 160. A processamento sistêmico do mito da autoridade promove a revisão da re-inserção (re-entry) do tempo no tempo, como integração artificial (simbólica, pensamos) entre passado e futuro ou como construção de alternativas para o futuro. Id. Ibid., p. 163-168.

<sup>31</sup> Id. Ibid., p. 167-168.

contraditórios entre si, pensamos – que seja, ao final do processo comunicativo, vinculante à generalidade.

#### 4. A direito da sociedade: o lugar dos tribunais no sistema jurídico.

Da mesma forma que o sistema econômico e também o sistema político, a diferenciação funcional do sistema jurídico pressupõe, simultaneamente, diferenciação intradinâmica – diferenciação interna – e intersistêmica – diferenciação externa –, sem que uma prescindida da outra. Tudo o que não pertence ao sistema, é dele o entorno.<sup>32</sup> A diferenciação funcional do direito recebe novos contornos a se pensar na sua forma específica de diferenciação: a diferenciação funcional dos tribunais.

Outros parâmetros de diferenciação funcional interna para o sistema jurídico não parecem suportar a complexidade da sociedade. As clássicas distinções entre direito público e direito privado, direito do autor e direito do fato, mesmo a tradição romanística de *res/persona/actio*, ou ainda *equivalentes funcionais*<sup>33</sup> não acompanham a complexidade semântica da sociedade, nem fornecem ao direito códigos apropriados à *clausura operativa* que lhe configura e lhe confere a capacidade de diferenciação funcional.

Comunicar uma *interpretação jurídica*, submeter estruturas de sentido às ideias e à semântica particulares das operações jurídicas, pressupõe decodificar a natureza da *decisão*. O problema hermenêutico presta-se a exercício de sucessão de interpretações até a *interpretação final*, que é a decisão; final, mas não a última, porque decorre da imposição de autoridade.

O fundamento da autoridade e a natureza da decisão seriam as bases para a construção de uma teoria científica da interpretação do direito. Hans Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito*, classifica a interpretação em *autêntica* e *doutrinária* e o que as diferencia é exatamente a referência à qualidade essencial de competência para decidir. Daí porque se atribui *normatividade* a todo ato que seja referenciado à autoridade competente, quer dizer, se a interpretação não advier da “trama de competências”, será *dever-ser* destituído do caráter de norma.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> LUHMANN, Niklas. *Das recht der gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhkamp, 1993. p. 297.

<sup>33</sup> Para evolução histórica dos equivalentes funcionais da diferenciação intra-dinâmica do sistema jurídico. Id. *Ibid.*, p. 298-305.

<sup>34</sup> Kelsen admite as hipóteses de equivocidade do ato interpretativo. E por isso mesmo defende o método, um saber científico rigoroso que limita a multiplicidade de possibilidades. A doutrina atuaria como ciência não porque decorre de ato competente, mas porque seria caminho para descrição da equivocidade resultante da plurivocidade. Todo o resto seria próprio do campo da política, falseado sob pretensa científicidade. Já aqui se pode falar em uma linguagem propriamente jurídica, sob lógica rigorosa e métodos puramente científicos,

Quem determina o sentido, em última análise, são os órgãos de competência superior. As estruturas de sentidos confirmam-se pela decisão. Isso significa que na cadeia de interpretações, partindo de um ato de vontade, a interpretação definitiva, que adstringe as múltiplas possibilidades de sentido normativo, é propriamente a dos órgãos de competência superior.

A decisão de natureza jurídica integra lógica própria diferenciada, de acordo a *clausura operativa* típica do sistema jurídico, não mais admitindo a argumentação jurídica tradicional<sup>35</sup>. Abandona-se a idéia de que o direito é meramente um texto normativo a ser interpretado, porque a sociedade do direito seria mesmo marcada pela *irregularidade dos cursos causais*, sem espaço para garantias de natureza estritamente lógicas ou de derivações dedutivas. Essa *clausura operativa* é coroada pelo princípio do *non liquet*: os Tribunais são obrigados a decidir, como nenhuma das demais programações sistêmicas.<sup>36</sup>

O sistema jurídico diferencia *legislação* de *jurisdição*, diferencia ato de vontade cognitivamente integrado à decisão política da aplicação do direito ao caso concreto pela decisão judicial.<sup>37</sup> A sociologia da decisão jurídica ocupa-se do caráter de excepcionalidade com que se tratam os juízes na criação do direito, sem que os privilégios se estendam à figura do legislador.<sup>38</sup>

A estilização da decisão judicial como *fonte do direito*<sup>39</sup> indica a *gnoseologia jurídica*: “direito cria direito pelo direito”.<sup>40</sup> A produção normativa atende a regime de *circularidade*, voltando-se ao próprio direito, renovando-se-lhe o conteúdo referencial. O curioso é que, mesmo nos casos em que os juízes não “encontram o direito aplicável”, a decisão se faz obrigatória pelo *non liquet* e o juiz, ainda assim, produz normatividade, determina sentido *juridicamente* válido.

---

distinguindo-se de critérios de natureza político-jurídica. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. Coimbra: Américo Amado, 1984. p. 463-474.

<sup>35</sup> Sobre a argumentação jurídica, LUHMANN, Niklas. *Das recht der gesellschaft*. cit., p. 338-406.

<sup>36</sup> O código próprio do sistema jurídico: jurídico e não-jurídico, Id. *Ibid.*, p. 165-213. O direito da sociedade exige códigos próprios, lícito e ilícito (*recht* e *unrecht*), que se incumbem de promover a diferenciação interna – constituição de sentido – e processar a diferenciação com o entorno – via interações simbólicas.

<sup>37</sup> Id. *Ibid.*, p. 305-306. Luhmann indica também a diferenciação funcional centro e periferia, Tribunais e leis e contratos, objeto merecedor de estudo adequado. Id. *Ibid.*, p. 320-325.

<sup>38</sup> Id. *Ibid.*, p. 306-307, nota de rodapé 19.

<sup>39</sup> Sobre a positivação do direito, FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 73-74. Também em LUHMANN, Niklas. *Das recht der gesellschaft*. cit., p. 328-333.

<sup>40</sup> Nesse aspecto, há expressa polêmica com o realismo jurídico de Alf Ross.

Com a decisão judicial, o sistema jurídico preserva-se operacionalmente fechado. Mas a clausura, ao reconhecer a necessidade de resposta contra-fática<sup>41</sup> à complexidade do entorno, permite-lhe, ao sistema jurídico, abrir-se cognitivamente, acoplando as informações simbólicas colhidas da interação *sistema/entorno*. “As informações provenientes do ambiente de um sistema são selecionadas a partir de operações internas no sistema”.<sup>42</sup>

A proibição da denegação de decisão judicial desenvolve-se na teoria dos sistemas em condições distintas das modalidades tradicionais de representação do direito. A máxima kantiana, que apõe *experiência* e *conhecimento*, fica preterida pelos juízos teóricos e deduções cognitivas formulados pelo *estado de consciência das complexas estruturas* da sociedade moderna. O estado de especulação da hermenêutica jurídica é limitado, reduzido e solucionado pela *decisão*. A sociedade moderna não se presta a juízos puramente lógico-causais e a exercícios intermináveis de hermenêutica jurídica. A denegação de decisão judicial demanda operações cuja complexidade seja correlata àquela da sociedade.<sup>43</sup> Se o processo legiferante é desordenado e complexo, prenhe de *lacunas* em vista da incompatibilidade comunicativa sistema/entorno,<sup>44</sup> não resta alternativa ao direito que alocar na figura do juiz a necessidade de decisão, preservando-lhe, ao próprio sistema jurídico, a diferenciação funcional.

A decisão jurídica é também mais especializada quanto mais se vale das prestações comunicadas pelas decisões econômica ou política. A impotência da prestação jurídica, subjugada pelo *non liquet*, apela à *compensação funcional* e busca em seu entorno elementos para a comunicação jurídica *específica e funcional*, decidindo *juridicamente* um problema *jurídico*.

A sociedade moderna é altamente complexa. E problemas de complexidade condicionam a perfectibilização da diferenciação funcional, cujos critérios de decidibilidade são tanto mais específicos quanto mais se dispõem a prestações sistema/entorno, tanto mais operacionalmente enclausuradas quanto maior o envolvimento com a abertura cognitiva.

---

<sup>41</sup> A demanda por reação do sistema jurídico decorre também do caráter da diferenciação funcional do direito, que toma para si a função de estabilização de expectativas normativas pela regulação das generalizações temporais, contra-fáticas e sociais, determinados em contexto social altamente complexo, seletivo e contingencial. LUHMANN, Niklas. *Das recht der gesellschaft*. cit., p. 124-164.

<sup>42</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. op. cit., p. 157. Mais detalhes sobre a natureza da decisão, LUHMANN, Niklas. *Das recht der gesellschaft*. cit., p. 305-310.

<sup>43</sup> LUHMANN, Niklas. *Das recht der gesellschaft*. cit., p. 312-313. Luhmann desenvolve longo estudo sobre o papel da retórica jurídica na gênese da decisão judicial, Id. *Ibid.*, p. 314-325.

<sup>44</sup> Id. *Ibid.*, p. 314-325.

A representação complexa da sociedade diferencia centro de periferia<sup>45</sup> (não no sentido grego, em que o centro representaria unidade do sistema, ou princípio reitor da elevação dos indivíduos), mas se orienta pela realização paradoxal (*Entfaltung der Paradoxie*) do sistema e da tensão de identidades colhidas cognitivamente da iritação centro/periferia.<sup>46</sup> Assim no sistema jurídico, assim no econômico e no político.

## 5. Conclusão

1. A equação entre *capacidade de abstração, dimensão temporal e construção de sentido* vale para a elaboração conceitual de uma *sociologia da decisão* no modelo sociológico de Niklas Luhmann: a decisão, seja ela propriamente econômica, política ou jurídica, sempre se refere a uma *alternativa* dentre múltiplas possibilidades (complexidade). A natureza da decisão define-se pela *diferenciação funcional* a que se relaciona cognitivamente.

2. A *decisão econômica* comunica preferência deduzida da lógica da rentabilidade peculiar à economia da sociedade. Agrega valor à decisão ao estruturar seu sentido com base em cálculos e racionalidade de custos, revertendo condições de incerteza em *expectativa de lucro*.

3. A *retórica política* orienta a manipulação das estruturas políticas em torno das finalidades e motivos contidos no programa político. A legitimação procedimental da comunicação política na sociedade altamente complexa só se alcança pelo controle cognitivo das informações simbólicas, submetendo-as à retórica pluridimensional. A *decisão política* é resultado diferenciado da tensão entre as variadas *identidades políticas* e vincula e exige coletivamente.

4. A *especificidade da decisão jurídica* aponta para a gênese reflexiva do direito: “direito *cria* direito *pelo* direito”. A comunicação da decisão é obrigatória pelo princípio do *non liquet* e aos tribunais compete produzir o sentido da *normatividade* pelo recurso a critérios de *compensação funcional*, adquirida das prestações cognitivamente captadas do entorno.

5. A caracterização da assim convencionada *sociologia da decisão* constrói-se sob os mesmos pressupostos da sociedade moderna, altamente complexa. A *perfectibilização* da diferenciação funcional é processo imanente à complexidade da

<sup>45</sup> Para o problema da posição dos tribunais na periferia da sociedade mundial, CAMPILONGO, Celso Fernandes. op. cit., p. 165-174.

<sup>46</sup> LUHMANN, Niklas. *Das recht der gesellschaft*. cit., p. 328-329.

sociedade e a sociologia das decisões cuida da depuração dos critérios de decidibilidade, sobretudo em situações-limite de *prestações sistema/entorno*, reforçando, a cada processo comunicativo, as *clausuras operativas* e as *aberturas cognitivas* de cada subsistema funcionalmente diferenciado.

São Paulo, julho de 2007.

## Referências

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DE GIORGI, Rafaelle. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Américo Amado, 1984.

LUHMANN, Niklas. *Das recht der gesellschaft*. Frankfurt an Main: Suhrkamp, 1993.

\_\_\_\_\_. *Die politik der gesellschaft*. Frankfurt an Main: Suhrkamp, 2002.

\_\_\_\_\_. *Die wirtschaft der gesellschaft*, Frankfurt an Main: Suhrkamp, 1988.

\_\_\_\_\_. *Ökologische kommunikatin*. 4. ed. Wiesbaden: Athenaion, 2004.

\_\_\_\_\_. *Soziologie des risikos*. Berlin: Walter de Gruyter, 2003.