

O DIREITO NA SOCIEDADE DO RISCO^{NT}

Raffaele De Giorgi*

RESUMO

Estabelece as correlações entre complexidade, contigência e informação na sociedade do risco.

PALAVRAS-CHAVE

Sociedade de risco. Complexidade. Contingência. Informação.

Humanidade é um papel humorístico. Assim escreveu Novalis, em um de seus *fragmentos*, no início do século XVIII. Uma afirmação surpreendente em um período no qual a poesia romântica já celebrava, na sombria interioridade dos particulares, a grandiosa universalidade do gênero humano e a sublime experiência do mundo. Também o mundo, como conceito jurídico e político, iniciava naquele período uma carreira de sucesso. Somente um século depois, Nietzsche teria dito que o mundo não é outra coisa que uma imprecisão cristã. Um conceito limite ao qual endereçamos toda nossa ignorância necessária.

O horizonte inevitavelmente se distancia quando dele nos aproximamos com nosso saber sobre o mundo. *Humanidade e mundo, humorismo e paradoxo*. Uma distinção que converge em um ponto cego que representa a unidade da diferença que a produz. Esta unidade não é nada mais que a razão; ainda naquele século, o XIX, a razão iluminista, aquela que permitiu constitucionalizar o direito, ainda que tivesse o dever de fechar-se em si mesma como razão dos particulares, registrou seus sucessos e seu reconhecimento na organização dos Estados e na regulação jurídica das ações.

Foi conferida dignidade jurídica para a humanidade dos homens, que eram tratados como cidadãos dos Estados. Foram negadas as diferenças, do ponto de vista do direito, em relação à qualidade da natureza das pessoas e Kant podia esperar uma sociedade universal dos cidadãos do mundo. Feuerbach tornou absoluta a idéia do humanismo do homem e o protegeu contra as ameaças da religião. Continuou, assim, a obra do outro Feuerbach que contribuía para a civilização do direito penal. Uma obra que mais tarde tornou possível a formalização do ilícito e a delimitação da incerteza da intervenção punitiva.

* Coordenador do Doutorado em Evolução dos Sistemas Jurídicos e Novos Direitos - Facoltà Di Giurisprudenza em Lecce - Itália. Diretor do Departamento de Estudos e Coordenador do Centro de Documentação da Comunidade Européia. Diretor do "Centro di Studi Sul Rischio" Professor titular de Teoria Geral do Direito e Sociologia do Direito da Universidade de Lecce, Itália.

^{NT} Artigo traduzido por Guilherme Figueiredo Leite Gonçalves e revisado por Juraci Mourão Lopes Filho.

Por outro lado, também os primeiros códigos racionalizaram a experiência jurídica. Deram estrutura às expectativas dos particulares, tornaram objeto de expectativa as próprias expectativas de acesso ao direito, de cálculo racional das ações tanto dos particulares quanto do Estado. Isso permitiu aos juristas pensar que o progresso da humanidade garantiria aos povos existência segura e os ampararia em uma grande comunidade do mundo. No direito público – mas também no comercial e no internacional –, a afirmação da idéia de mundo alarga e estabiliza relações e parece corresponder à expansão universal da razão que teria abandonado, no passado, a barbárie do direito penal e identificado o progresso com o reconhecimento da humanidade dos homens.

De um lado, humanidade e razão. De outro, o direito do mundo e as leis do mundo. Por um século, até o limiar do século XX, estes conceitos permitiram que a sociedade se representasse e descrevesse sua diferença. Representava a distância que a separava do passado e imaginava como progresso a construção de seu futuro. Entretanto, humorismo – um humorismo trágico como aquele que os personagens de Pirandello recitavam – e paradoxo eram velados, ocultados.

De fato, só na metade do século, a humanidade pôde ser representada através da perversa redescritção das diferenças entre raças, enquanto a razão política dos Estados, que começavam a se considerar nacionais, revelou-se como razão justificadora das guerras, como razão de estado e, portanto, como violência legítima. Naquele momento, o direito dos códigos, que nasceu como direito dos privados, manifestava-se cada vez mais como direito daqueles que Kant chamou **senhores de si mesmos**, ou seja, daqueles que tinham interesses a tutelar e dispunham de relativos meios de tutela. Uma humanidade, uma qualidade de cidadãos que a industrialização limitava a uma minoria sempre mais restrita, constituída daqueles que oportunamente se chamavam abastados. Hegel podia considerar o Estado como realização da idéia ética e podia atribuir à razão ocidental e ao seu limite temporal – o direito – a cidadania européia. No mundo, dizia Hegel, deve-se comandar. Na feia infinidade deve-se comandar. Para a política dos Estados, isso significa que o mundo deve ser civilizado, que a humanidade inferior, aquela que vivia na exclusão da razão, devia ser colonizada. Guerra de povos e guerra de raças. Assim os Estados nacionais, os sistemas jurídicos constitucionalizados, a cultura ocidental apresentam-se ao século XX.

Um século que, muitas vezes, fez experiências com a destruição da humanidade, com o mundo transformado em teatro da guerra. Hegel afirmou: “não é outra coisa que a representação da tragédia na eticidade que o absoluto eternamente recita consigo mesmo”. Uma representação na qual a humanidade adquire o papel do humorismo trágico e o mundo, que não tem papel, torna-se o espaço sem tempo, o confim do não-saber. Enquanto a razão se manifesta finalmente como ponto cego, paradoxo da fundação, referência destituída de referências. A razão – aquela que segundo Kant está além do tempo, aquela pela qual o tempo inicia, aquela que como razão dos

particulares, dos Estados, do mundo inicia o tempo – não pode dizer sobre si mesma que é racional. O século passado, mas também este que acabou de começar, vincularam seu tempo histórico ao paradoxo da razão.

Naquela razão o direito moderno encontrou sua força, sua sustentação, sua legitimação. Era uma razão que utilizava referências externas, às vezes diversas, que conectava sua descontinuidade e a apresentava como progresso, emancipação, liberação. Trata-se do querer divino, da ordem do mundo, da natureza humana ou da natureza dos homens e das coisas. Assim, aquelas referências justificavam o direito da igualdade ou o direito da diferença; o direito de fazer a guerra ou o direito de defender-se; o direito que inclui e exclui. Mas a razão não agia somente como fundamento. Operava como parasita no interior do direito através das variadas multiplicidades das figuras dogmáticas, de suas conexões e elisões. Podia ser razão de estado ou dos privados, razão de interesse do particular ou de interesse coletivo, razão da tortura ou da moderação da pena, razão inquisitória ou acusatória. O parasita sempre agiu, tem sempre funcionado até requerer, em nome da humanidade, um direito superior ao direito. Um direito humano, tantos direitos humanos, que justifica a pena de morte e a morte da pena, a ordem do mundo e mundo da ordem, o nascimento em nome do Senhor e a morte em nome do povo, a guerra humanitária e a humanização da guerra. A humanidade é o ponto cego das distinções que devem ser sublimadas. Um véu grotesco sob o qual os escritores contemporâneos de coisas jurídicas e sociológicas “procuram perplexos onde não existe nada”.

Aquela razão condensou seguranças, desenvolveu um universo semântico de certezas, identidade, estabilidade. Motivou representações do futuro como resultado de um projeto racional que realizaria condições melhores da sociedade. Mas a sociedade não realiza projetos, a sociedade não persegue fins, a sociedade não opera com base em princípios. A sociedade é como é. Da mesma forma o direito da sociedade que também não persegue fins, também não se realiza nem se conclui com a realização de um fim, mesmo que este se refira à humanização, justiça ou ordem.

A semântica da razão representou-se como semântica da sociedade moderna. Mas, diante da modernidade da sociedade moderna, diante da desidentificação desta sociedade em relação àquelas que a precederam, a semântica soube somente declarar a modernidade como projeto falido. Podia fornecer somente idéias normativas e, não podendo desvelar o paradoxo de sua racionalidade, não podendo renunciar à representação do futuro como dever ser, protege-se do presente declarando a sociedade moderna como sociedade do risco, como sociedade em risco. Diante do risco, indica ulterior recurso à razão: a escolha racional, a redução do dano, um direito orientado às conseqüências, as agências de risco, uma tecnologia cautelosa, uma política da compaixão, uma ordem universal da boa vontade, um banco moral, uma ciência limitada pela bondade dos fins. Por trás da argumentação da razão existe um outro horizonte de certezas: a moral. Um outro paradoxo

encontra-se no fato de que a moral não pode dizer dela mesma se é ou não moral, assim como a moral do risco não conhece o risco da moral.

Mas o que é apresentado como risco na sociedade do risco? O que está em risco nesta sociedade? O direito, a política ou a própria sociedade? A que se contrapõe o risco? Qual o outro lado da distinção que um dos lados é a sociedade do risco? Segurança? Estabilidade? Compaixão? Ordem? Ou ainda: racionalidade, crítica, reflexão? O risco da sociedade do risco é uma questão que interessa às operações da estrutura da sociedade ou uma questão relativa ao caráter das descrições da semântica, por meio das quais a sociedade observa-se?

Desde o momento em que a sociedade moderna começou a considerar-se moderna, as características da modernidade estão em mudança contínua. Também, em contínua mudança, estão as semânticas que representam aquelas características. Sobre o plano das operações que se realizam através da estrutura da sociedade moderna, aquilo que caracteriza sua recursividade é a capacidade de autotransformação. A sociedade moderna, em outras palavras, é caracterizada pelas ordens que se substituem a partir de si e, portanto, pela contínua produção daquilo que é outro. Esta sociedade torna-se instável a partir de si e não pode ser observada através da distinção entre ordem e desordem. Ordem e desordem não podem se confrontar entre si. Podemos dizer, então, que, já no âmbito de suas operações, a sociedade moderna não tolera nenhuma ontologia. Esta sociedade depende inexoravelmente de si, é deixada, como escreveu Luhmann, a si mesma, sem alternativas.

As observações dos aspectos estruturais que fazem a diferença que é a modernidade da sociedade moderna permitem-nos considerar as seguintes conseqüências. Primeiro, a dimensão temporal identifica esta sociedade em relação a outras. Ela é moderna. Esta mesma dimensão, todavia, identifica esta sociedade consigo mesma. A contínua auto-instabilização – aquilo que continuamente é outro – torna muito grave o problema do presente, mas também a questão do futuro. O presente não pode mais ocultar seu paradoxo constitutivo que o torna um tempo em que não há tempo. O presente adquire o caráter de um valor limite que marca a diferença entre passado e futuro. Do mesmo modo, o futuro, a dimensão temporal daquilo que pode ser outro, põe continuamente o presente diante da necessidade de dispor de vínculos que delimitam a possibilidade do ser outro, que tornem o presente objeto de expectativa, de modo que, qualquer que seja o evento, saiba-se agir.

A segunda conseqüência é que a sociedade moderna desidentifica-se continuamente do passado: sua memória é continuamente exposta ao outro, ou seja, a uma realidade autoconstituída, a uma realidade que não requer justificação e não permite que se faça alguma coisa. A memória – função que continuamente reconstrói a unidade da diferença entre recordar e esquecer – torna possível a adaptação da sociedade à realidade que ela mes-

ma constrói. Através da recursividade das operações e da contínua adaptação à realidade, estabilizam-se estados do sistema da sociedade que vinculam à sua realidade. Trata-se daquilo que Von Förster chamava de *autovalores* ou *sinais de modos estáveis de comportamentos*. Na sociedade moderna, estes autovalores não são mais a humanidade, a razão ou o mundo. Os autovalores que se produzem têm a forma da contingência, ou seja, uma forma modal da substituíbilidade daquilo que pode ser outro, daquilo que poderia ser outro, daquilo que podia ter sido diferente de como é ou foi.

A terceira conseqüência deriva do fato de que, a estas condições, a sociedade traz informações de si mesma e se constringe a orientar-se entre *variação* e *redundância*, oscilando entre a produção daquilo que é outro e a utilização daquilo que foi. Se considerarmos que tudo o que acontece, acontece no presente, podemos ver que, nesta sociedade, não podem existir centros de controle, autoridades que ofereçam últimas palavras, seguranças na construção da realidade, que forneçam certezas para o futuro. Os vínculos que a sociedade precisa para construir o futuro podem assumir unicamente o caráter modal da contingência. Podia ser diverso de como é. Poderia ser diverso de como é.

Compreende-se, então, porque a sociedade moderna representou-se através da semântica do movimento, da semântica da ação, da semântica de uma racionalidade que orienta e dá garantia com base na correlação racional entre meios e fins. Ora, esta semântica exauriu seu potencial descritivo, porque a sociedade emancipou-se dos autovalores estáveis a que se recorreu no passado. Emancipou-se da razão e do paradoxo de sua racionalidade.

Nestas condições, a sociedade não tolera verticalidade ou hierarquia, não tolera idéias normativas ou limites externos. O limite da sociedade é o mundo e o mundo é o horizonte das possibilidades. Horizonte dentro do qual aquilo que é possível pode sempre ser atualizado. O mundo expande-se com a expansão da sociedade, ou seja, com a expansão da comunicação social. Porque esta sociedade é a única que existe, podemos chamá-la de *sociedade mundial*. *Sociedade mundial*, escreveu Luhmann, *é o produzir-se do mundo nas comunicações*.

A constituição paradoxal dessa sociedade requer um contínuo incremento da seletividade das operações que constituem sua estrutura. Isso leva à emergência de ordens redutivas que tornam possível a experiência concreta. Chamamos essas ordens redutivas de sistemas sociais. Eles emergem em razão da diferenciação social que privilegia evolutivamente as ordens que dispõem de estruturas cognitivas, de estruturas capazes de organizar cognitivamente a experiência possível.

No passado, as ordens redutivas tinham privilegiado estruturas normativas. Ora, aquelas estruturas tornaram-se obsoletas e constituíram em resistências à diferenciação, ou seja, às possibilidades de multiplicação da sociedade na sociedade. Estas ordens tornaram possível o cálculo do futuro com

base na exclusão, enquanto a sociedade moderna operava por meio da inclusão universal. Ela não tolera bloqueios ao acesso à comunicação social. É verdade que produz certos bloqueios ao acesso, mas os produz por causa da inclusão universal. Não existem mais diferenças de estamentos na sociedade moderna, não existe mais nobreza, mas existem as *favelas* e o Sul do mundo. Eles, todavia, são correlatos da inclusão, são correlatos da amplificação das diferenças que a estrutura da comunicação social acha *racional* utilizar.

Ordens redutivas cognitivamente orientadas são a ciência, a economia, mas também o direito que através de sua positivação reorganizou cognitivamente sua estrutura. Estas ordens são dotadas de alto potencial adaptativo e, portanto, evolutivo. Também a política reestruturou-se cognitivamente orientando-se à opinião pública e à realidade produzida pelos meios da comunicação de massas e dispondo-se à continua revisão de seus programas.

A sociedade moderna e as ordens redutivas que se diferenciam em seu interior são máquinas complexas porque são capazes de aprender a partir de si, são sempre adaptadas em relação à realidade que produzem e são racionais, não no sentido que orientam suas operações conforme premissas de sentido provenientes do exterior, de modelos ou formas últimas, mas porque produzem, em seu interior, a unidade da diferença entre interno e externo, entre referência a si mesmo e referência ao exterior. Eles constroem, em seu interior, aquilo que tratam como seu ambiente.

Assim, se os autovalores que se produzem na sociedade moderna assumem a forma da contingência, se a continuidade na orientação da seletividade das estruturas das ordens cognitivas é dada pela contingência, como é possível construir vínculos com o futuro? Quais características podem ter estes vínculos do tempo? A questão é particularmente relevante se considerarmos que a modernidade da sociedade moderna representa-se, antes de qualquer outra coisa, na dimensão temporal. Nesta dimensão, de fato, a seletividade das estruturas de operações manifesta sua contingência. Quanto mais cresce a seletividade, mais cresce a complexidade: complexidade e contingência estão em relação de recíproco incremento. Segundo Luhmann, “seríamos tentados a ver a complexidade como medida para a contingência, para a informação, para a informação que ainda falta”.

Quando se diz que a sociedade moderna é sociedade complexa – ou mesmo que é a sociedade da informação –, não se quer dizer nada mais do que acabamos de afirmar, ou seja, não se quer indicar outras características da modernidade que esta correlação entre complexidade, contingência e informação. Mas, quando se diz que esta sociedade é sociedade do risco, se quer dizer a mesma coisa.

O risco condensa uma simbiose particular entre futuro e sociedade: ele permite construir estruturas nos processos de transformação dos sistemas, especificar as emergências de ordens nas estruturas dos sistemas. O risco é,

na realidade, uma construção da comunicação que descreve a possibilidade de arrepender-se, no futuro, em relação a uma escolha que produziu dano que se queria evitar. Dessa forma, risco está ligado ao sentido da comunicação e é relevante por este aspecto, não pelos vestígios que podem existir na consciência. O risco estabelece a necessidade de um cálculo do tempo segundo condições que nem a racionalidade, nem o cálculo da utilidade, nem a estatística podem fornecer indicações úteis. Nestas condições de não-saber, aquilo que realmente pode-se saber é que cada redução ou minimização do risco aumenta o próprio risco. Nesta circularidade, condensa-se também o fato de que renunciar ao risco significa renunciar à racionalidade. Significa renunciar ao controle das possibilidades de seleção que nascem do fato de que um sistema constrói, em seu interior, a unidade das distinções das referências que orientam suas operações.

Disto deriva a necessidade de decidir em condições em que se saiba que uma outra decisão poderia evitar o dano que devia verificar-se. Mas se isto devia acontecer, aconteceria no futuro. É por isso que a sociedade moderna representa o futuro como risco. Se o representa, o constrói. Essa é a simbiose que falávamos. Trata-se de uma simbiose que torna possível o tratamento racional da contingência, uma acomodação da contingência que mantém aberto o espaço da possibilidade de produção de eventos. A contingência permanece aberta tanto em relação aos eventos, que podem ou não ser selecionados e, para cada uma destas seleções, pode ou não gerar cadeias de conexão de eventos, quanto em relação ao dano, que pode ou não verificar-se.

A conexão entre risco e contingência é, portanto, também a conexão entre risco e complexidade. Uma é o outro lado do outro lado. Como a complexidade, também o risco é um princípio de formas que geram formas, de distinções que geram distinções, de vínculos que ligam e soltam ao mesmo tempo, de uma realidade destituída de conexões com qualquer realidade e que tem a função de produzir realidade, ou seja, conexões observáveis entre eventos.

Dessas considerações deveria restar claro que a alternativa do risco não é, certamente, a segurança. A idéia de segurança nega a contingência. Disso, estamos seguros. Aquela idéia, todavia, deriva sua segurança do exterior, de estabilidades artificiais como a natureza dos homens, a racionalidade das relações entre meios e fins, qualquer ontologia ou de observações relativas ao passado. Em relação ao futuro, entretanto, todo este material não pode dizer nada. Não podemos saber, segundo o título de um famoso livro, “quanto seja seguro, suficientemente seguro”. Aquilo que podemos saber da experiência é que o incremento das medidas de segurança produz o incremento do risco. Sem que se saiba qual risco. Uma afirmação que, em verdade, não requer nenhuma prova: basta observar o que surgiu nos últimos dois anos como consequência das políticas de segurança que foram ativadas em algumas áreas do globo terrestre ou, então, basta pensar nas consequências

que se conectam às medidas de segurança que foram ativadas pelo direito penal dos Estados nacionais.

O círculo do risco fecha-se e se apresenta a inevitabilidade – que pode ser evitada – de seu paradoxo, com a qual se pode fazer alguma coisa. De fato, se nos liberamos do fascínio ilusório e ameaçador proveniente da idéia de segurança e, como alternativa ao risco inerente às decisões do sistema, consideramos o perigo como possibilidade de verificação de um dano no futuro que uma outra decisão não poderia evitar, então, poderemos ver que, na sociedade moderna, se produz redução do perigo e incremento do risco. O saber que provinha da religião, da cosmologia e da verdade mágica é substituído, na sociedade moderna, pelo não-saber sobre o futuro e pela oportunidade de agir para evitar a inevitabilidade de ter que aceitar o futuro que vier e ter que se arrepender, no futuro, por não ter feito alguma coisa ou por ter feito algo determinado.

O risco, então, é uma característica estrutural da complexidade da sociedade moderna, de sua temporalização, da simbiose com o futuro, a paradoxalidade do presente, da ecologia do não-saber. O risco dos modernos não tem nada a ver com perigo dos antigos. O risco dos modernos expande o potencial para as decisões, duplica a possibilidade de escolha, racionaliza a incerteza (no sentido que permite ativar mecanismos de sua absorção), bifurca os caminhos do agir possível e duplica suas bifurcações. As alternativas multiplicam-se e, em relação ao futuro, esta multiplicação é racional.

Observa-se, assim, como esta característica estrutural da sociedade moderna retira os pressupostos da racionalidade clássica, torna-a impotente, desacredita suas certezas, despedaça sua ontologia, impõe aos sistemas sociais diferenciados pretensões de racionalidade que os constringe a uma contínua autotransformação.

Esta característica das operações decisórias dos sistemas sociais nos permite observar como aquelas condições da sociedade que são tratadas como contraditórias sejam, na realidade, paradoxos constitutivos da modernidade. Nesta sociedade, existe mais pobreza porque existe mais riqueza, mais não-saber porque existe mais saber, mais risco porque existe mais segurança, menos informação porque existe mais informação e, por fim, menos direito, porque existe mais direito. Podemos continuar com o paradoxo da democracia, da participação, com a realidade da opinião pública que é tanto menos informada quanto mais fagocita informação ou com o ambiente que, tanto mais é destruído, quanto mais são difundidas políticas ambientalistas ou, ainda, com os projetos de desenvolvimento que, quanto mais se tornam realidade política ou econômica, tanto mais aumentam as diferenças entre o chamado desenvolvimento e o chamado subdesenvolvimento.

Não se trata de uma racionalidade limitada, como podia pensar Simon. Trata-se, na verdade, da emergência de estruturas de ordem em relação às quais aquela velha racionalidade não consegue entender o paradoxo. Estamos

fora do tempo das formas que tinham validade universal, como diz, mais uma vez, Novalis em um de seus *Fragments*. Mas, isto também vale para o direito.

Também o direito é um vínculo do tempo, uma modalidade de controle do futuro do ponto de vista da diferença lícito/ilícito. O direito, todavia, não pode proibir o risco. Diante ao risco, o direito manifesta seus limites e deve recorrer a estratégias que reduzam o risco do tratamento jurídico do risco. Por sua vez, a política é sempre mais a destinatária de prevenções de minimizações do risco, de reduções do risco a níveis toleráveis. Mas as decisões da política assumem a forma jurídica. A política, agora, descarrega sobre o direito o risco de suas decisões. Porque as possibilidades de tratar o risco se tornam obsoletas não apenas se manifestam os riscos que se produzem em virtude do tratamento dos riscos que se pensa em dever evitar, se estabiliza uma legislação, uma modalidade de produção legislativa do direito que sobrecarrega e deforma a conceitualidade jurídica.

O direito, então, não consegue imunizar-se do risco do direito. Fragilizam-se figuras dogmáticas que se haviam estabilizado, desenvolvem-se novas figuras dogmáticas que impõem aos atores particulares do direito um controle do risco da situação ou que sancionam comportamentos lícitos se em virtude do exercício do direito produzem-se danos que se teria pretendido evitar. Surgem novos problemas de determinação causal de efeitos que se produzem à distância no tempo e implicam uma imprevisível quantidade de fatores causais concomitantes. Multiplicam-se tentativas de alcançar determinações causais aceitáveis por meio de contínuos deslocamentos e incalculáveis inversões do ônus da prova. Estendem-se as previsões de justiciabilidade de interesses não claramente definíveis e constelações de riscos não precisamente determináveis.

Alarga-se, por intermédio da jurisprudência, a capacidade de aprendizagem do sistema jurídico e, com isso, estende-se a tendência de repolitizar temas do risco que a política havia despejado sobre o direito. Mas a tendência que mais largamente se afirma é aquela de uma transferência do tratamento do risco, do direito à economia. O risco monetariza-se. E porque a economia pode tolerar limitadamente a externalização do risco efetuada por outros sistemas sociais, ativa formas de securitização do risco, as quais, por sua vez, incrementam atitudes de risco.

Esta circularidade nascida essencialmente do fato de que as situações de risco não se deixam configurar como situações problemáticas de tipo normativo, constrange o direito a práticas de aplicações pactuadas pelo direito, conferem ao juiz, de uma parte, ao sujeito de direito, de outra, um poder de contratação que estende continuamente as margens de tolerância do ilícito. O mesmo *processo* sobrecarrega-se de imprevisibilidade e obtém sempre menos controle do tempo de sua duração e mais incerteza sobre seu resultado. Desenvolve-se assim, uma atividade administrativo-regulatória que expõe a burocracia a um ininterrupto processo de aprendizagem que

turva as questões da responsabilidade e alarga a margem de erro. Multiplicam-se os interesses que se admitem merecedores de tutela e amplificam-se os conflitos e as colisões entre os interesses que podem ser tutelados. Política e direito predis põem-se a contínuos processos de aprendizagem para os quais falta o tempo de elaboração reflexiva. Com isso se afirma uma prática de pôr à prova, reciprocamente, as soluções, de uma recíproca irritação, de um recíproco observar e observar-se. Ambos os sistemas são expostos a um stress cognitivo em virtude do qual a normatividade das expectativas perde, crescentemente, o seu significado e função originais. Estende-se a produção jurisprudencial do direito, porém, sem que a jurisprudência possa produzir estabilidade conceitual. O que, em realidade, se verifica é uma contínua irritação jurisprudencial da política por meio da sensibilidade reativa da opinião pública.

O enfraquecimento da função normativa do direito, a temporalização cada vez mais marcada pela validade normativa, transforma as expectativas dirigidas ao direito. O direito fornece sempre menos garantias contra as desilusões, enquanto o acesso ao direito torna-se um acesso de risco. O problema mais grave que o sistema jurídico deve enfrentar é fornecido pela dificuldade do sistema jurídico de aceitar suas próprias condições de risco. Em outros termos, o direito não consegue controlar sua própria instabilidade temporal através do recurso à função tradicionalmente desenvolvida pela normatividade, isto é, através da validade: fornecer a certeza que será, de alguma forma, um direito. A certeza de que qualquer que seja o resultado do conflito, qualquer que seja a expectativa ou qualquer que seja a resistência ou desilusão, haverá um direito.

Diante dessa condição alteram-se as expectativas dirigidas ao direito. A política trata o direito como um lugar da sociedade no qual se experimenta com soluções que vêm postas à prova. O público substitui a velha certeza de que, de toda maneira, um direito existirá pela nova certeza de que, no futuro, poderá ter outro direito que fornece reconhecimento às possibilidades de agir atualmente excluídas. O direito mesmo reage à indeterminação de objetivos que lhe são estabelecidos pela política, por meio de uma acentuação de sua dimensão temporal. O sistema jurídico orienta-se sempre mais à casualidade e não, como inicialmente ocorria, à casuística; atua crescentemente de modo não sistemático, é cada vez mais sensível a um ambiente em vista do qual demonstra poder aprender a ser indiferente. Generaliza-se assim uma forma de ilegalidade fixada, aceita, uma difusa mediação de ilegalidade tolerável. É como se a violação do direito constituísse mais o resultado de um agir normalizado no direito, fosse mais um aspecto estrutural da operação dos sistemas sociais, do que não o resultado de uma negação do direito. Uma ilegalidade estrutural que não vem somente tolerada, mas é claramente estimulada.

Por outro lado, quando a mesma sociedade trata o futuro como um risco que depende de uma decisão, o direito desta sociedade vinculará a si mesmo seu próprio reconhecimento às possibilidades de controle do risco. Se

a economia pode utilizar novas escravidões sem que se produza desordem social, mas antes, com a expectativa de que este uso escravocrata da força de trabalho reduza de algum modo a forma e a periculosidade social dele derivadas, o direito então pode não ver. E se a destruição de parte da Amazônia pode tocar interesses convergentes, então também o direito pode não ver. E se os danos produzidos pelos comportamentos ilícitos são muito extensos e muito grandes, então a medida administrativa se adapta melhor do que aquela penal.

O direito, em outros termos, constrói hierarquias e prioridades de bens jurídicos, os quais não representam, absolutamente, qualidades ontológicas de coisas ou de situações ou de fatos, mas constituem o reflexo invertido da disponibilidade para tolerar a violação estrutural do direito. Em um sentido muito diverso daquele que, há cerca de um século, havia usado Kelsen, podemos dizer que o ilícito, a violação do direito é o pressuposto do funcionamento do direito. Constitutiva é a estrutura do processo, a qual age de modo seletivo seja em relação ao acesso ao direito, seja em relação ao resultado da intervenção do direito. Na Itália, quase a totalidade da assistência domiciliar aos idosos é desenvolvida por mão de obra clandestina proveniente de países do leste europeu. Uma lei pós-fascista regula o fluxo migratório de modo a deixar quase impossível o ingresso, na Itália, de pessoas advindas de países extracomunitários. Nenhum daqueles que há anos trabalham nessas condições de ilegalidade se dirigiria ao direito para fazer valer tal pretensão ou expectativa. Não creio que nunca tenha existido um processo contra um desses trabalhadores. Porém, qualquer percepção de hipotética perturbação da ordem pública leva-os à expulsão seletiva. Obviamente nenhum destes trabalhadores pode adoecer. Morrer sim, tal é possível e lícito.

O processo, então, é a estrutura seletiva da forma de controle da tolerância política e jurídica em direção à ilegalidade estrutural. Mas o processo é também o sistema social no qual se experimenta com a inclusão e com o vínculo de um futuro aberto; é o sistema social no qual as condições de risco do direito encarnam o risco da sociedade do risco. O processo é a estrutura de um sistema social que discrimina continuamente entre inclusão e exclusão. O processo temporaliza a condição de risco do futuro. Fornece o tempo de não acessar, o tempo de subtrair-se, o tempo de esquecer o direito. O processo assinala o confim, a unidade da diferença entre inclusão e exclusão. Um horizonte móvel que através do contínuo recordar e esquecer, ver e não ver, tem sob controle as expectativas de inclusão de uma parte e a intolerabilidade da exclusão da outra.

No fundo, os direitos humanos. Mais que direitos de proteção frente à ingerência do Estado, mais que direitos que se possui para ser tutelado pelo direito, mais que direitos de qualquer ser humano, compreendida a maioria dos homens que vivem na exclusão, mais que isso, os direitos humanos são direitos de assistência humanitária. Esses condensam a angústia, o medo e a ilusão daqueles que vivem na exclusão. E a humanidade? A humanidade se descobre verdadeiramente livre quando é violentada. Para o direito essa é somente um papel humorístico. Assim como para a política.

THE RIGHT IN THE SOCIETY OF THE RISK

ABSTRACT

The article establishes co-relationships among complexity, contingency and information in risk society.

KEYWORDS

Risk society. Complexity. Contingency. Information.

LE DROIT DANS LA SOCIÉTÉ DU RISQUE

RÉSUMÉ

Il s'agit d'établir des corrélations entre complexité, contingence et informations dans la société du risque.

MOTS-CLÉS

Société de risque. Complexité. Contingence. Information.