



COMUNICANDO SOBRE O DIREITO A PARTIR DA COMUNICAÇÃO

*Bernardo Montalvão**

RESUMO: O presente texto pretende apresentar, de forma introdutória e didática, o direito a partir de uma perspectiva comunicacional. Isto porque, a partir da comunicação, é possível conceber o direito como uma grande tecnologia apta a lidar com os desafios impostos por uma sociedade hipercomplexa.

Palavras-chave: Comunicação. Direito. Tecnologia.

1 COMPORTAMENTO, COMUNICAÇÃO E NORMA.

O que é o comportamento? Uma comunicação!¹ Todo comportamento transmite uma mensagem! Uma mensagem que pode ser veiculada por diferentes mídias. O silêncio, a fala, a escrita, o gesto, a expressão facial, dentre outras. Todos eles comportamentos. Comportamentos que sempre comunicam algo. E não há como ser diferente. Afinal, mesmo quando não se quer comunicar algo a alguém, comunica-se, pelo menos, que não se quer comunicar². Ou seja, não há comportamento que não seja uma comunicação.

* Professor-Assistente na disciplina de Teoria do Direito junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor de Processo Penal da Universidade Católica do Salvador - UCSAL; Professor Convidado da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Bahia - FESMIP; Professor Convidado da Escola da Magistratura da Bahia; Professor Convidado da Especialização em Ciências Criminais da Fundação Faculdade de Direito vinculada ao PPGD-UFBA. Mestre em Direito Público pela UFBA (Universidade Federal da Bahia). Pós-Graduado Lato Sensu em Ciências Criminais pela Fundação Faculdade de Direito vinculada ao Programa de Pós-Graduação da UFBA.

1 “Entendemos, neste contexto, por sociedade um sistema de interações, comportamentos mutuamente dirigidos e referidos uns aos outros, formando uma rede de relações. Definimos *comportamento* como estar em situação. Quem está em situação transmite mensagens, quer queira quer não. Comportar-se é estar em situação com os outros, os endereçados das mensagens, os quais também estão em situação. De onde, comportamento é troca de mensagens, comunicação”. Cf. FERRAZ JR, 2015, p. 74.

2 “Em primeiro lugar, temos uma propriedade do comportamento que dificilmente poderia ser mais básica e que, no entanto, é frequentemente menosprezada: o comportamento não tem oposto. Por outras palavras, não existe um não-comportamento ou, ainda em termos mais simples, um indivíduo não pode *não* se comportar. Ora, se está aceito que todo o comportamento, numa situação interacional, tem valor de mensagem, isto é, é comunicação, segue-se que, por muito que o indivíduo se esforce, é-lhe impossível *não* comunicar. Atividade ou inatividade, palavras ou silêncio, tudo possui um valor de mensagem; influenciam outros e estes outros, por sua vez, não podem *não* responder a essas comunicações e, portanto, também estão comunicando”, cf. WATZLAWICK; BEAVIN; JACKSON, 2007, p. 44.

Por conseguinte, e por este ângulo de observação, a comunicação é um dogma. Porém, não um dogma em razão da fé de quem nele acredita. Mas, sim, um dogma em razão da sua capacidade de resistir as refutações em sentido contrário. E, como dogma, ela, a comunicação, viabiliza a convivência social, pois só há convivência onde há comunicação³. Contudo, onde há comunicação, pode haver ruído. E é isto que é o conflito, um ruído de comunicação. Logo, a mesma comunicação que viabiliza o convívio social, é a mesma que o expõe ao constante risco de conflito. O que já revela um outro aspecto da comunicação, a sua ambivalência. Pois, quanto maior for o volume de comunicação, maior será o risco de que aconteça um ruído. Esta, aliás, é uma das lições de Edgar Morin⁴.

Mas, o que é, em si, a comunicação? Ela é o elemento mais básico do sistema social. Ela é um fenômeno complexo, contingente e seletivo⁵. Complexo, porque sempre admite, em tese, um maior número de possibilidades de realização do que aquela que foi concretizada. É dizer, ela sempre poderia ser diferente do que acabou sendo. Seletiva, porque ela sempre implica na concretização de uma de suas diferentes possibilidades de manifestação. E contingente, porque há sempre a possibilidade de que o sentido que foi selecionado não coincida com aquele que se quis transmitir, como ensina NiklasLuhmann⁶.

Em outras palavras, quem diz algo, diz uma das mil coisas que poderia dizer. E, ao dizer, seleciona uma das possibilidades de sentido que poderia dizer. Porém, ao selecionar uma das possibilidades de sentido, há sempre o risco de ser mal compreendido. Isto é, de quem o escuta entenda algo diferente do que o emissor pretendia dizer. O que já revela que a comunicação é, em si, improvável e, por isso, também, ambivalente.

O certo é que a comunicação é aquilo sem o qual não há sociedade. E, quando se fala aqui em sociedade, não se deve reduzir a observação e imaginá-la, apenas, como um grande conglomerado de indivíduos e instituições. Ela é muito mais do que isso. Ela, a sociedade, é uma grande rede de comunicação. Uma rede onde todos e tudo se encontram incluídos, e não apenas os homens. Uma rede de comunicação entre programas, partículas, vírus, bactérias e outros microrganismos. Enfim, esta grande rede chamada vida, sobre a discorre Fritjof Capra⁷.

Neste sentido, a vida em sociedade, na realidade, não é, em si, apenas a interação entre seres humanos. É possível dizer, a partir desta perspectiva, que o sistema social, a vida no seu todo, é, na verdade, um grande sistema dentro do qual se encontram diferentes e intercomunicantes subsistemas. Subsistemas que, apesar de serem autorreferentes⁸, não deixam de se relacionar com o ambiente externo a eles, isto é, com os outros subsistemas. Em outras palavras, se recorrêssemos à biologia, isto significaria dizer que o sistema da vida é um grande sistema

3 LUHMANN, 2006, p. 39

4 MORIN, 2011, p. 57.

5 LUHMANN, 1983, p. 45-52.

6 LUHMANN, 1983, p. 45-52

7 CAPRA, 1996, p. 133-146.

8 LUHMANN, 1980, p.30.

que engloba diferentes dimensões que estão todas entrelaçadas entre si sem que nenhuma delas se encontre hierarquicamente acima da outra⁹. Ou seja, o sistema das abelhas é autorreferente, mas, ao mesmo tempo, se intercomunica com o sistema das formigas, o qual, por sua vez, se intercomunica com o sistema dos seres humanos, e assim sucessivamente.

Ora, quando se percebe que a vida é uma grande rede de comunicação e que a convivência social entre os seres humanos não é uma ilha isolada destes demais subsistemas (do subsistemas das bactérias, do subsistema dos insetos, do subsistema dos vírus e etc.), logo, se conclui que, qualquer que seja a decisão tomada pelo homem e o comportamento que daí resulte, ela poderá ter repercussão sobre os demais subsistemas. E esta consciência, que o homem do século XIX não possuía, poderá dar à ciência e, em especial, ao direito uma pequena medida dos desafios que ele, em pleno século XXI, se verá obrigado a enfrentar, como já havia advertido Heidegger¹⁰.

E um destes desafios será o de estabilizar a comunicação¹¹, minimizando as possibilidades de ruído. Não porque o ruído seja, em si, algo nefasto à comunicação. Não, não o é. O ruído é apenas uma comunicação que não foi equalizada. O que não impede que, futuramente, venha a sê-lo. Logo, o ruído não resulta apenas de um mal-entendido durante a comunicação. Ele, também, poderá decorrer, como conflito que é, de uma desobediência. Ou seja, da vontade deliberada de querer desobedecer. Não porque a comunicação não foi bem compreendida, ou porque não se reconhece, naquele que prescreve uma ordem, a devida autoridade para fazê-lo, mas, sim, porque se deseja testar os limites de sua autoridade e, com isso, a margem de sintonia da comunicação. E, por isso, a norma lança mão de diferentes técnicas de estabilização da comunicação¹², como, por exemplo, a ameaça de que uma sanção venha a ser aplicada ou, ainda, a promessa de uma premiação.

No entanto, uma coisa é certa, o ruído, sem dúvida, desperta o jurista para uma necessidade: é preciso desenvolver uma tecnologia capaz de estabilizar a comunicação. E uma das ferramentas mais importantes desta tecnologia comunicacional é a norma. Por conseguinte, a norma pressupõe o conflito, e não a sintonia. Afinal, não há sintonia sem norma, nem conflito sem convivência, nem convivência sem comunicação¹³.

Convém, então, perguntar: o que é, então, a norma? Uma proposta? Não. Porque ela não é apenas a mensagem que se transmite. Uma prescrição? Não. Porque ela não é só a relação que há entre os interlocutores. O que, então, ela seria? Uma tecnologia da comunicação¹⁴. E, por quê? Porque a comunicação engloba, a um só tempo, tanto uma proposição quanto uma prescrição. Uma proposição, que é a mensagem que se quer comunicar. E uma prescrição, que é o tipo

9 CAPRA, 1996, p. 133-146

10 HEIDEGGER, 2009, p. 20-22.

11 FERRAZ JR, 2015b, p. 11-17.

12 FERRAZ JR, 2015b, p. 11-17.

13 LUHMANN, 2006, p. 40.

14 FERRAZ JR, 2015a, p. 57-58.

de relação que há entre aqueles que se comunicam.

Ora, se o comportamento é uma comunicação, e a norma pretende estabilizá-la, não é difícil concluir que a norma, enquanto tecnologia da comunicação, é uma tecnologia que pretende controlar os comportamentos. Sucede, porém, que ela, a norma, não é a tecnologia comunicacional em si. A tecnologia comunicacional não se reduz a ela. Ela é apenas um dos programas, desta grande tecnologia da comunicação chamada Direito¹⁵.

Mas, se isto é certo, então, não basta concluir que a norma é um programa da tecnologia comunicacional do Direito, é preciso destacar, ainda, que ela, enquanto resultado de uma decisão – do legislador, do juiz, ou de qualquer outra autoridade –, poderá apresentar repercussões sobre outros subsistemas sociais¹⁶. Repercussões previsíveis ou imprevisíveis, mas que, de qualquer modo, importarão em alguma consequência para o próprio subsistema do direito. O que colocará para o jurista um novo desafio, qual seja, não basta decidir o conflito, é preciso fazê-lo com a menor perturbação social possível¹⁷. Ou seja, não basta controlar os comportamentos e decidir os conflitos jurídicos, é preciso, também, controlar as eventuais repercussões geradas pela decisão que foi tomada.

Porém, apesar de tal esforço, tudo indica que o conflito jurídico decidido pelo Direito, quase sempre, por força do próprio Direito, se torna um conflito ainda mais complexo¹⁸. Como, aliás, parece sugerir João Maurício Adeodato¹⁹. Em outras palavras, o mesmo Direito que se presta a decidir os conflitos jurídicos, é o mesmo que potencializa a complexidade do conflito jurídico que já foi decidido. E conflito jurídico complexo, é conflito com um número ainda maior de possibilidades de concretização. É conflito que envolve um maior número de variáveis. Um bom exemplo é a sentença penal condenatória. Por meio dela se decide um tipo de conflito jurídico, o delito. Mas, ao fazê-lo, sobretudo por meio da pena privativa de liberdade, assume-se o risco de que o condenado venha a reincidir e que a penitenciária se converta em engrenagem de fomento e proliferação das organizações criminosas. Ainda que não compartilhe, na íntegra, da ideia aqui esboçada, convém analisar, a respeito, a lição de Juarez Cirino dos Santos²⁰.

2 O DIREITO COMO UMA TECNOLOGIA COMUNICACIONAL.

Deste modo, o Direito, esta grande tecnologia da comunicação, cumpre uma das funções mais relevantes ao sistema social: a de viabilizar a convivência. E viabilizar a convivência,

15 FERRAZ JR, 2015a, p. 58.

16 LUHMANN, 1980, p.42.

17 FERRAZ JR, 2015b, p. 59.

18 “A razão ‘analítica’ é de pouca valia nesse enfrentamento do risco. As explicações estatísticas, por exemplo, não podem auxiliar muito nesse ponto, assim como as informações e estratégias fornecidas pelo campo das técnicas, que são adequadas a sistemas triviais, mas não a sistemas complexos. Sistemas triviais são aqueles que, para um estímulo (*input*, pergunta) fornecem uma reação (*output*, resposta), ao passo que sistemas complexos são aqueles que utilizam como *inputs* seus próprios *outputs*, vale dizer, que começam suas operações a partir de si mesmos. O direito é um sistema complexo, assim como a própria sociedade em que se insere e à qual se volta, tentando controlá-la, daí a retroalimentação característica” Cf. ADEODATO, 2011, p.177.

19 ADEODATO, 2011, p.178-179.

20 SANTOS, 2005, p. 14-38.

sem pressupor a inexistência de conflito, não é função das mais fáceis. Antes o contrário, é imaginar o Direito como uma tecnologia comunicacional bastante sofisticada. Uma tecnologia capaz de estabilizar a comunicação a partir da sua capacidade de processamento do ruído. Dito de outro modo, uma tecnologia capaz de reduzir a complexidade da comunicação com vistas a decidir os conflitos jurídicos.

E uma tecnologia com este grau de sofisticação não foi construída de uma hora para outra. Nem é obra acabada que tenha sido imaginada de uma só vez. Muito pelo contrário. É tecnologia em constante processo de atualização. Uma tecnologia que é resultado de um longo processo de evolução. E que, como toda evolução, está sujeita a avanços e retrocessos em sua programação. Pois, quando se aprende a diferença entre evolução e progresso, logo se descobre que a evolução, quando é evolução, não é obra de um só programador.

Pois bem. Esta tecnologia comunicacional desenvolveu, ao longo do tempo, por força da diferenciação social e, por consequência, do surgimento de novos subsistemas sociais (política, economia, religião etc.) e da interação entre eles, três diferentes modelos operacionais que, apesar de suas especificidades, se encontram acoplados entre si. Estes modelos operacionais, em conjunto, viabilizam o funcionamento do subsistema jurídico e, com isso, a decidibilidade dos conflitos jurídicos. Estes modelos, como anota Tercio Sampaio Ferraz Jr²¹, são: o modelo analítico, o modelo hermenêutico e o modelo empírico.

Cada modelo desempenha uma função específica a qual implica, por sua vez, no funcionamento, do outro. E os três, em conjunto, conseguem cumprir, a contento, a tarefa de decidir os conflitos jurídicos. Sendo assim, o modelo analítico, por meio das teorias da norma e do ordenamento jurídico, simplifica o conflito social, transformando-o em conflito jurídico. O que faz, dentre outras formas, por meio de uma operação de seleção e descarte. Mas não apenas por meio dela. Por sua vez, o modelo hermenêutico se encarrega da tarefa de traduzir a língua do legislador para língua do magistrado, o que faz graças a uma terceira língua, a língua hermenêutica²². Uma língua susceptível a um projeto hegemônico de poder. E, por fim, o modelo empírico, encarregado de construir a decisão jurídica e imunizá-la contra possíveis críticas. Afinal, mais importante que a decisão, é que ela tenha a capacidade de provocar a aceitação por parte de quem irá ser submetido a ela.

3 CONCLUSÃO

A partir do que foi dito até aqui, o que é possível concluir? Primeiro, que o direito não soluciona conflitos jurídicos, antes os decide. Decidir não é o mesmo que solucionar. Solucionar é uma ideia muito simplória e ingênua. Própria dos iluminados do século XVIII. Até porque solucionar, pressupõe a capacidade de eliminar, de dissolver o conflito. Como se o sistema jurídico

21 FERRAZ JR, 2015a, p. 64-65.

22 FERRAZ JR, 2015a, p. 232-235.

fosse uma alquimia capaz das maiores proezas, que nem Nicolas Flamel poderia imaginar. E como, de há muito já se sabe, nada se cria, nada se perde, tudo se transforma. E com o Direito, em tempos de sociedade hipercomplexa²³, não parece ser diferente.

Então, o que vem a ser decidir? Decidir é pôr o conflito sob controle, segundo o código do subsistema jurídico. Logo, decidir não tem qualquer relação com solucionar, vez que a decisão pressupõe que os conflitos sociais são complexos e, como tais, requerem tecnologias igualmente complexas. Tecnologias que tenham a capacidade de lidar com a diferenciação social²⁴, reconhecendo-a, ao invés de negá-la. Tecnologias que tenham a capacidade de reduzir a complexidade dos conflitos sociais. E é isto que faz o sistema. Reduz a complexidade do conflito social, transformando-o em conflito jurídico. E ele, o conflito jurídico, tem a sua própria operacionalidade, os seus próprios programas, papéis e agentes. Eis o que é o direito: uma grande tecnologia de comunicação. Uma tecnologia que deve saber se valer do senso comum para potencializar a performance de seu funcionamento.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Editora Noeses, 2011, p.177

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. Tradução: Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Editora Cultrix, 1996.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Editora Atlas, 2015 a.

- **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. São Paulo: Editora Atlas, 2015 b.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. Tradução: Marco Antônio Casanova. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Tradução: Anabela Carvalho. Lisboa: Editora Vega, 2006.

- **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

23 NEVES, 2006, p.11-17.

24 NEVES, 2006, p. 11-17.

- **Sociologia do direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1983.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Sulinas, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet H.; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação**. Tradução: Álvaro Cabral. São Paulo: Editora Cultrix, 2007.

COMMUNICATING ON THE RIGHT FROM THE COMMUNICATION

ABSTRACT: This paper intends to present introductory and didactic way, right from a communication perspective. This is because, from the communication, it is possible to conceive of the law as a great technology able to deal with the challenges posed by a hypercomplex society.

Keywords: Communication. Right. Technology.