

Crise do direito e propostas de sua superação: ainda há garantias da autonomia jurídica?

MARIA VITAL DA ROCHA

Pós-doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal). Doutora em Direito Civil (USP). *Perfezionamento* em Direito Romano pela Universidade de Roma *La Sapienza* (Itália). Professora Adjunta de Direito Civil (UFC).

LINCOLN SIMÕES FONTENELE

Doutorando em Sociologia pela Universidade de *Bielefeld* (Alemanha). Mestre em Direito, Constituição e Ordens Jurídicas (UFC).

Artigo recebido em 15/2/2019 e aprovado em 25/10/2020.

SUMÁRIO: 1 *Introdução* • 2 *O direito na diferenciação funcional da sociedade moderna* • 3 *A positivação do direito* • 4 *A Constituição no sentido moderno* • 5 *A emersão de novas categorias jurídicas para a adequação social do direito* • 6 *A autonomia do direito em face dessas novas categorias jurídicas* • 7 *Conclusão* • 8 *Referências*.

RESUMO: Novos modelos de adequação social do direito afetam sua autonomia? Este artigo pretende investigar os mecanismos com os quais o sistema jurídico garante sua positividade e questionar sua subsistência em face de propostas de adequação social do direito na modernidade. Inicialmente, será feita uma exploração, sob a perspectiva teórico-metodológico da Teoria dos Sistemas, para a identificação de mecanismos constitucionais que blindam o sistema funcionalmente diferenciado do direito, que são os direitos fundamentais, a separação de poderes e a eleição política democrática. Após, diante de um quadro de crise de adequação social do sistema jurídico, as propostas do direito responsivo (Nonet e Selznick), do direito procedimental (Habermas) e do direito reflexivo (Teubner) são analisadas. Nesta oportunidade, levam à pergunta se sua implementação não daria suporte à ingerência na operação jurídica por outros sistemas de seu ambiente externo.

PALAVRAS-CHAVE: Sociologia do Direito • Adequação Social • Direito Responsivo • Direito Procedimental • Direito Reflexivo.

Crisis of law and proposals for its overcoming: are there still guarantees of legal autonomy?

CONTENTS: *1 Introduction • 2 Law in modern society's functional differentiation • 3 The positivization of law • 4 The Constitution in modern sense • 5 The emergence of new legal categories for the social adequacy of law • 6 The autonomy of law in the face of these new legal categories • 7 Conclusion • 8 References.*

ABSTRACT: Do new models of social adequacy of law affect its autonomy? This article intends to investigate the mechanisms with which the legal system guarantees its positivity and to question its subsistence in light of proposals for social adequacy of law in modernity. Initially, an exploration will be made, from the theoretical-methodological perspective of Systems Theory, to identify constitutional mechanisms that shield the functionally differentiated system of law, which are fundamental rights, separation of powers and democratic political election. Then, in light of a crisis of social adequacy of the legal system, the proposals of the responsive law (Nonet and Selznick), procedural law (Habermas) and reflexive law (Teubner) are analyzed. On this occasion, they question whether their implementation would support interference in legal operation by other systems of their external environment.

KEYWORDS: Sociology of Law • Social Adequacy • Responsive Law • Procedural Law • Reflexive Law.

Crisis del derecho y propuestas de su superación: ¿aún hay garantías de la autonomía jurídica?

CONTENIDO: *1 Introducción • 2 El derecho en la diferenciación funcional de la sociedad moderna • 3 La positivación del derecho • 4 La Constitución en el sentido moderno • 5 La emersión de nuevas categorías jurídicas para la adecuación social del derecho • 6 La autonomía del derecho frente a estas nuevas categorías jurídicas • 7 Conclusión • 8 Referencias.*

RESUMEN: ¿Nuevos modelos de adecuación social del derecho afectan su autonomía? Este artículo pretende investigar los mecanismos con los que el sistema jurídico garantiza su positividad, y cuestionar su subsistencia frente a propuestas de adecuación social del derecho en la modernidad. En primer lugar, se hará una exploración, bajo la perspectiva teórico-metodológica de la Teoría de los Sistemas, para la identificación de mecanismos constitucionales que blindan el sistema funcionalmente diferenciado del derecho, que son los derechos fundamentales, la separación de poderes y la elección política democrática. En seguida, ante un cuadro de crisis de adecuación social del sistema jurídico, las propuestas del derecho responsivo (Nonet y Selznick), del derecho procedimental (Habermas) y del derecho reflexivo (Teubner) son analizadas. En esta oportunidad, llevan a la pregunta si su implementación daría soporte a la injerencia en la operación jurídica por otros sistemas de su entorno externo.

PALABRAS CLAVE: Sociología del Derecho • Adecuación Social • Derecho Responsivo • Derecho Procedimental • Derecho Reflexivo.

1 Introdução

Dentro da Teoria Social, destaca-se a Teoria dos Sistemas de Luhmann como escopo teórico-metodológico a partir do qual se desenvolve esta pesquisa. Em primeiro lugar, é pertinente localizar o direito dentro dessa teoria. Para tanto, dedica-se um tópico sobre a sociedade moderna e como o direito nela se enquadra. Dentro da teoria da evolução social luhmanniana, a sociedade moderna é o estágio no qual os seus subsistemas encontram-se diferenciados uns dos outros pela função que exercem. Ter isto bem entendido é importante para que se explore a questão da possibilidade de a função do direito na sociedade moderna estar sendo determinada por ele mesmo ou por outro sistema social. Daí o título do presente trabalho estar na forma de pergunta: ainda há garantias da autonomia jurídica?

Ao se falar em autonomia jurídica, não se pode deixar de mencionar a positividade do direito. Apenas neste estágio da sociedade moderna funcionalmente diferenciada é que se tornou possível falar em direito positivo. Podendo ser modificado a qualquer momento e desgarrado de qualquer fundamento de validade por algo pertencente ao seu ambiente externo, o direito compõe-se de mecanismos internos de autorreflexão. Assim, um instrumento do qual ele se valerá para isso é a Constituição.

Em consonância com a literatura selecionada para o presente estudo, será trabalhada a Constituição no sentido moderno como garantidora da autonomia jurídica. Com isso, que mecanismos ela possui para tal papel? Nesta ocasião, abordar-se-ão os mecanismos dos direitos fundamentais, da separação de poderes e da eleição democrática.

Estabelecida essa forma de garantia da autonomia jurídica, passa-se à abordagem da adequação social do direito. Se existem propostas de modelos jurídicos para tal adequação, tem-se como pertinente esta primeira parte sobre a autonomia do direito, uma vez que permite que a ela se faça referência quando se pergunta até que ponto tais propostas podem acabar minando os mecanismos de blindagem da operação jurídica.

A questão da adequação social ganha relevância em face ao que se tem chamado de crise do direito, que nada mais é do que um descompasso entre o direito e a sociedade. O problema, então, é composto por limites que impedem o direito de se adequar à realidade que o circunda. Para a superação desses limites, existem três propostas de modelo, quais sejam, o direito responsivo (NONET; SELZNICK, 2017), o direito procedimental (HABERMAS, 2013) e o direito reflexivo (TEUBNER, 1983).

Esses modelos serão explicados e, em que pese suas divergências teóricas, complementando o que pode ser complementado, será exposto que o ponto em comum entre tais propostas é que o direito precisa aumentar a autonomia privada na autorregulação, mas estar, ao mesmo tempo, sob condições procedimentais para isso.

Em face dessa constatação e dos pressupostos que garantem a autonomia do direito, chega-se ao ponto de se questionar se realmente tais propostas não seriam uma porta de entrada à ingerência no direito por fatores externos a ele, como o econômico, o político, o moral etc. Sem querer ter uma resposta pronta e acabada para essa pergunta, o presente trabalho tem mais crédito por estabelecer condições para que ela seja feita do que propriamente por respondê-la.

2 O direito na diferenciação funcional da sociedade moderna

Partindo do pressuposto teórico-metodológico da Teoria dos Sistemas, a análise do direito perpassa pelas diferentes formas que esse sistema tem de se manifestar, dependendo do tipo de sociedade na qual ele se insere. Dessa forma, a operação do direito em sociedades arcaicas será uma, enquanto nas sociedades pré-modernas e moderna, outra. É justamente nesse último modelo de sociedade que o direito alcançará positividade, isto é, livre operação sem interferência de outros critérios que não os seus próprios para desempenhar sua função.

A sociedade é composta de diversos sistemas, como o direito, a economia, a política, a educação, a ciência, a moral, a religião etc., nos quais todos eles se diferenciam uns dos outros. O critério que a Teoria dos Sistemas – herdeira da corrente sociológica do funcionalismo de Durkheim – possui para diferenciar um sistema do outro é a função que cada um exerce (LUHMANN, 2007, p. 560), sendo essa uma característica da sociedade moderna (NEVES, 2018, p. 14). Então, nesse modelo de sociedade, que, acrescente-se, é hipercomplexa, cada sistema que a integra exerce uma função diferente, de forma que um não exerça a função do outro, possuindo atores, operações e programas próprios. Vale citar a crítica de que a diferenciação sistêmica não é completa em uma conjuntura de sociedade moderna periférica, especialmente a brasileira (NEVES, 2018, p. 99-156).

O direito, como um subsistema do grande sistema da sociedade, diferenciado funcionalmente, exerce sua função e afasta influências de outros sistemas de sua operação, como, por muito tempo, sofreu da moral, da religião e da política. Não quer dizer que se torne um sistema completamente isolado de seu ambiente externo. A

Teoria dos Sistemas, como um aparato teórico fortemente carregado por uma pesquisa descritiva da sociedade, não ignora as relações que os sistemas possuem entre si. Embora a diferenciação funcional aponte para sua autonomia operativa, ela não se afasta da realidade e não desconhece irritações recíprocas. Significa que, enquanto o direito está operacionalmente fechado, ele também está cognitivamente aberto (LUHMANN, 2011, p. 128-129). O sistema jurídico se sensibiliza com as movimentações dos outros sistemas da sociedade e proporciona respostas jurídicas às demandas que lhe são ofertadas, mas sempre a partir de recursos internos do direito.

3 A positivação do direito

Nesta esteira de se trabalhar o direito na modernidade, trazendo-se o fato de ele poder exercer sua função sem influências externas em suas operações, há de se falar da categoria tanto trabalhada pela filosofia do direito quanto por sua sociologia: o positivismo jurídico.

Tal categoria tem como condição de possibilidade uma sociedade funcionalmente diferenciada, ou seja, cada sistema, inclusive o direito, resolve problemas sociais específicos sem que um interfira na operação do outro (LUHMANN, 1983, p. 225). Nesse sentido, acrescenta Luhmann (1983, p. 229-230), o direito deixa de ter sua vigência com referência à verdade, à implementação do sagrado ou à tradição, podendo ser construído e modificado a qualquer momento. Dito isso, é preciso que não se confunda o direito positivo com fato de se poder fazer e mudar leis, o que já é realidade há muito tempo antes da modernidade. Por isso, vale aduzir a observação do citado autor:

Ainda sob a proteção formal do direito natural realizou-se no século XVIII a transformação do pensamento no sentido da total positivação da vigência do direito. Só no século XIX que o estabelecimento do direito torna-se uma questão de rotina do Estado enquanto legislação, que são criados processos os quais inicialmente se ocupavam em períodos mais ou menos longos – hoje permanentemente – com a legislação. Um enorme e crescente volume de leis é tido por necessário e é produzido. A matéria do antigo direito é reelaborada, codificada e colocada na forma de leis, e isso não só devido à praticabilidade no uso em tribunal e à facilidade de aplicação, mas também para caracterizá-la como estatuída, modificável e de vigência condicionada, com o que se garante agora a racionalidade do direito: 'As leis mantêm sua vigência até que sejam modificadas ou expressamente suspensas pelo legislador', determinava o parágrafo 9º do Código Civil Geral austríaco de 1811. (LUHMANN, 1983, p. 230).

Não se trata apenas de leis sendo criadas e modificadas, mas de uma estrutura processual por meio da qual a autonomia legislativa é exercida. Com isso, há uma ênfase no papel do legislador em ser o ator que decide pela criação e pela modificação das leis. O conteúdo jurídico que, antes, era considerado como imodificável, seja por motivo moral, seja por motivo religioso, ou qualquer outro motivo que não jurídico, agora possui o aspecto de variável. Importa mencionar que esse movimento é acompanhado pela ascensão do Estado moderno, o qual vai arrogando para si cada vez mais o controle da produção e da aplicação do direito, principalmente com a diminuição de poder sofrida pela Igreja (VAN CREVELD, 2004, p. 87-106).

Não pode haver confusão entre a modificação do direito e a sua desobediência, ou seja, não pode ser ilegal, razão pela qual existem processos para essa mudança ocorrer (LUHMANN, 1983, p. 233), e esses processos (legislativos) são estabelecidos pelo próprio direito. Há o lícito e o ilícito na forma com a qual se modifica o programa desse sistema, sendo este o critério de validade da norma, agora distante do direito natural. Trata-se de condição sem a qual o direito positivo não seria possível.

Ainda na linha argumentativa de demonstrar o afastamento de interferências diretas no direito, oriundas de fatores externos, Luhmann faz bem ao levantar a separação de papéis dos atores sociais. Resumidamente, diz ele que “devido ao cargo, e somente devido ao cargo, é que a pessoa pode alterar o direito” (LUHMANN, 1983, p. 233). Isso significa que os atores sociais incumbidos de diferentes papéis como familiares, econômicos, religiosos, morais etc., não se confundem com o papel de quem participa da criação e da modificação do programa do direito, que corrobora com o afastamento de critérios de sistemas não jurídicos na sua operação.

Diante dos fatores apresentados do direito positivo, fica evidente que sua possibilidade está condicionada a uma conjuntura sistêmica de diferenciação funcional, que marcará a sociedade moderna, dentro do quadro teórico sistêmico. Um instrumento que garante, tanto da sociedade quando da positividade do direito, essa diferenciação funcional é a Constituição, mas não com um conceito tradicional: a semântica com a qual se trabalha é a da Constituição no sentido moderno.

4 A Constituição no sentido moderno

Muitos autores tratam da Constituição empregando significados distintos. Não se atentar a isso pode gerar confusões nas premissas e nas conclusões de pesquisas que a abordem de alguma forma. Falar de direito reflexivo dentro de uma abordagem teórico-sistêmica exige que se trate a Constituição com uma

semântica específica, que remeterá ao sentido moderno, porque ele é filiado, obviamente, à sociedade moderna.

Entretanto, mesmo após a diferenciação da sociedade moderna, é possível identificar conceitos de Constituição diferentes. Diante disso, Marcelo Neves (2018, p. 57-64), um dos intérpretes da Teoria dos Sistemas no Brasil, destaca quatro grandes tendências, que são a sociológica (Lassalle), a jurídico-normativa (Kelsen), a ideal (constitucionalismo burguês) e a cultural dialética (Heller e Smend), separando-as do conceito sistêmico-teórico de Constituição (2018, p. 65-87), que é o que vai interessar para o presente estudo.

4.1 O papel da Constituição para a autonomia do direito

Anteriormente, a autonomia do direito foi abordada com a roupagem do positivismo jurídico. Nesse caso, o instrumento que garante essa positividade é a Constituição no sentido moderno. Como os critérios de validade do direito deixaram de ser buscados fora dele – como fora com a legitimação por meio da moral, da religião ou da política, por exemplo –, a validade jurídica passa a depender de critérios internos ao próprio direito (NEVES, 2018, p. 67). Serve a Constituição, portanto, como agregadora desses critérios, cumprindo um papel na garantia do direito operacionalmente fechado. Do contrário, Marcelo Neves (2018, p. 67) aduz: “na sociedade moderna, altamente complexa e contingente, a falta de Constituição juridicamente diferenciada conduz à manipulação política arbitrária do direito, o que impede sua positivação”.

Nesse sentido, o direito constitucional está localizado dentro do sistema jurídico em uma forma hierárquica. Isso significa que ele se encontra acima das outras normas e funciona, no desempenhar do seu papel, como limite à operação do direito que, por qualquer influência externa, pretenda ser realizada. Como o sistema jurídico está aberto cognitivamente ao seu ambiente, é de se esperar que se movimente para proporcionar sua adequação social, de forma que, aqui, a Constituição concederá validade apenas ao que com ela se conformar. Portanto, pode-se aderir à conclusão de que “o direito constitucional funciona como limite sistêmico-interno para a capacidade de aprendizado do direito positivo” (NEVES, 2018, p. 68-69).

Não se pode prescindir do fato de que a sociedade moderna é hipercomplexa. Há demandas direcionadas ao direito que surgem de todos os lados de seu ambiente externo. Dessa forma, o sistema jurídico precisa de critérios para conseguir fornecer respostas sem que isso prejudique o exercício de sua função. Ele não pode dar

conta de tudo ao mesmo tempo, pois existem expectativas de comportamento de todo o tipo e conflitantes entre si advindas de seu ambiente social, de forma que aqui entra a Constituição, para impedi-las de frustrarem a movimentação saudável das operações jurídicas (NEVES, 2018, p. 70). Serve como blindagem do direito ao risco de ter sua função sendo exercida por fatores externos, como econômicos, políticos, morais, religiosos etc., já que o direito positivo trabalha com critérios de decisão próprios.

Diante do que foi argumentado, e considerando que é no sentido da diferenciação funcional que evolui a sociedade moderna, pode-se dizer que há a condição de possibilidade para a Constituição desempenhar este papel e guardar a semântica teórico-sistêmica. Ou seja, seria impossível qualquer realização ontológica desse instrumento senão na sociedade moderna.

É com essas premissas que a exposição seguirá e abordará os mecanismos com os quais a Constituição moderna mantém a positividade do direito. Feito isso, eles comporão, mais à frente, o objeto de discussão no momento do levantamento da categoria do direito reflexivo.

4.2 Os mecanismos constitucionais de manutenção da positividade do direito

A Constituição moderna como garantidora da diferenciação funcional comporta alguns mecanismos para isso, que são os direitos fundamentais, a separação de poderes e a eleição política democrática. Após abordá-los, o estudo seguirá com o levantamento do tema do direito reflexivo para, após, problematizar a possibilidade de se garantir a sua autonomia funcional.

4.2.1 Os direitos fundamentais

A questão que se desenvolve aqui é como e em que medida os direitos fundamentais ou, melhor, sua institucionalização, fornecem a capacidade ao sistema jurídico de se manter operacionalmente fechado. Indo além, como se verá, tal institucionalização não é apenas importante para o sistema do direito nesse sentido, mas para todos os outros sistemas sociais, isto é, também garante o livre exercício de suas operações, blindando-as contra interferências externas.

Constatou-se que a sociedade moderna é hipercomplexa e se caracteriza por ser funcionalmente diferenciada, ou seja, seus subsistemas exercem uma função através de suas operações e são, porque nenhum outro subsistema exerce

a função do outro, diferenciados. Então, é possível concluir pela “inexistência de um sistema social supremo” (NEVES, 2018, p. 71). Isso é um acontecimento da sociedade moderna, vez que uma análise evolutiva das características das sociedades que a precederam pode apontar para uma espécie de dominação social de algum outro sistema sobre os demais. É nesse sentido que Luhmann explora a importância de uma análise sociológica dos direitos fundamentais, pois não se pode ignorar que “*existen relaciones de impedimento o de incentivo entre los sistemas de comunicación de la sociedad*”¹ (LUHMANN, 2010, p. 295).

Portanto, a empreitada teórico-sistêmica identificará a função da qual se ocupam os direitos fundamentais, que é a de impedir que este estágio da diferenciação funcional, no qual se encontra a sociedade moderna, prossiga em sentido contrário, isto é, na direção de uma desdiferenciação social (LUHMANN, 2010, p. 297). É impedir, por exemplo, que a economia consiga determinar as decisões jurídicas, que a religião consiga determinar as decisões políticas, que a moral consiga determinar as decisões científicas etc. Dessa forma, à medida que evitam a desdiferenciação funcional é que conseguem afastar a possibilidade de haver um sistema supremo ordenando toda a movimentação social.

Entretanto, a Constituição não comporta apenas os direitos fundamentais no exercício da função de limite à desdiferenciação. É possível, ainda, destacar duas outras instituições constitucionais: a separação de poderes e a eleição política democrática. Diante disso, merece ser observado que Luhmann expõe claramente que a sua maior inquietação é com a desdiferenciação gerada pelo sistema político (2010, p. 297). E a politização da sociedade é uma possibilidade – não a única – contra a qual são exercidos os direitos fundamentais, a separação de poderes e a eleição política democrática, sendo estas duas últimas instituições constitucionais exploradas a seguir.

4.2.2 A separação de poderes

O instituto da separação de poderes tem origem no fato social que rejeita qualquer politização da sociedade. O código do poder, isto é, o código da política, não é mais aceito como critério de decisão sobre todas as questões da sociedade.

1 “Existem relações de impedimento ou de incentivo entre os sistemas de comunicação da sociedade” (tradução nossa).

Dessa forma, por exemplo, não orienta decisões jurídicas, econômicas, científicas, morais etc.

Marcelo Neves (2018, p. 72) acerta em defender, então, que “a ausência ou a deformação da *divisão de poderes* conduz à desdiferenciação (politização) e revela-se, por isso, incompatível com a hipercomplexidade da sociedade atual”. Do contrário, se a política dominasse as operações dos outros sistemas, como uma observação histórica pode identificar, poder-se-ia falar em totalitarismo.

4.2.3 A eleição política democrática

Por fim, ainda nesta esteira da diferenciação funcional, a eleição política democrática possui um papel essencial para a manutenção da sociedade moderna. É que pretende manter a diferenciação por via da maior participação possível dos eleitores com votos de igual peso (NEVES, 2018, p. 72).

Trata-se de uma forma de imunizar a política contra tendências expansivas vindas de seu ambiente externo, caso a participação na eleição política não seja democrática. Como o direito sofre irritação da política por meio do processo legislativo, também é uma forma de imunizar o próprio sistema jurídico contra essas tendências.

Destarte, é possível dizer que, em sentido contrário, “seria inimaginável que a política e, com ela, o sistema jurídico, não se identificassem com determinadas concepções ideológicas abrangentes ou com grupos privilegiados” (NEVES, 2018, p. 73). Nesse sentido, as eleições políticas democráticas garantem, então, a diferenciação funcional da sociedade, neutralizando influências externas nas operações tanto do sistema político quanto do jurídico.

5 A emersão de novas categorias jurídicas para a adequação social do direito

Chega-se, agora, ao tema de novas categorias jurídicas para a adequação do direito ao seu meio ambiente externo. A pertinência de levantá-las no debate está na problematização da autonomia do direito pela falta dos mecanismos da Constituição no sentido moderno enunciados acima. Essa nova manifestação do direito ainda se sustenta do ponto de vista de sua efetividade, o que inspira questionar o papel dos direitos fundamentais, da separação de poderes e das eleições políticas democráticas na positividade desta nova forma jurídica.

Desde já, deve-se esclarecer que a abordagem que se pretende realizar dará privilégio ao direito reflexivo, recorte da Teoria dos Sistemas, que tem como referência Gunther Teubner, especialmente seu artigo *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, publicado em 1983. Nesse artigo, partindo das abordagens jurídicas de Nonet, Selznick (direito responsivo) e Habermas (direito procedimental), que serão brevemente exploradas abaixo, e movimentando as suas ferramentas teóricas, Teubner identifica um novo formato de direito, que chamará de direito reflexivo, o qual tem papel de superação do que também será chamado de crise do direito na modernidade.

5.1 A crise do direito na modernidade

A conjuntura social é a de um desencantamento com o Estado regulador, e não é à toa que, dentre outros, tem-se identificado debates sobre desregulamentação (TEUBNER, 1983, p. 239). Como se verá adiante, o direito reflexivo, assim como o direito responsivo e o direito procedimental, nascerá de um profundo questionamento da participação desse modelo de Estado, da sua adequação social e de como o direito realiza uma autorreflexão no sentido de continuar exercendo sua função.

Com o Estado de bem-estar social, o programa jurídico encontra-se caracterizado com um aspecto substantivo, material ou propositivo muito forte (TEUBNER, 1983, p. 240). Para tornar isso mais claro, pode-se dizer que esse programa não privilegiava o aspecto procedimental, o qual disponibilizaria ferramentas aos próprios atores sociais para construir as normas que regeriam suas relações. Assim, essa racionalidade propositiva é questionada quando se começa a identificar a falência do Estado de bem-estar social.

Teubner (1983, p. 241) destaca, então, um debate sobre isso. Segundo ele, se por um lado há defesas de que o direito seja mais propositivo na forma de regulação material das situações, por outro lado há os que entendem que esse movimento do direito não consegue dar conta da complexidade social que se apresenta na modernidade (TEUBNER, 1983, p. 241). Para o autor, trata-se de uma crise do direito e da evolução social, ocasião em que pretende delinear o debate acima com uma perspectiva teórica mais compreensiva.

Tal crise estaria se alimentando de uma sociologia do direito de abordagem evolutiva ainda muito tradicional, de forma que Teubner esclarece que a sua pesquisa trará autores que trabalham a sociedade e o direito com categorias neoevolutivas (1983, p. 241). Para isso, seleciona Nonet e Selznick, pesquisadores estadunidenses,

e Luhmann e Habermas, pesquisadores alemães. Contudo, embora eles possuam suas próprias abordagens teórico-conceituais, Teubner realiza um diálogo entre elas, tentando complementar o que é possível de ser complementado. Após sua pesquisa explorar essas teorias, uma nova perspectiva relacionada a este novo estágio do direito é apresentada, que é a proposta do direito reflexivo.

Teubner, então, passa pelo direito responsivo e pelo direito procedimental para analisar o debate sobre a crise do direito, em que conclui, dentro de uma conjuntura de sociedade funcionalmente diferenciada, que o direito que teria mais adequação social seria o direito reflexivo, em detrimento de um direito de cunho mais propositivo do Estado de bem-estar social (TEUBNER, 1983, p. 270). Dessa forma, passa-se à abordagem dessas perspectivas.

5.2 O direito responsivo

Que o direito não pode se descolar das necessidades sociais já é reconhecido. Esta é uma necessidade que o direito responsivo, categoria desenvolvida pelos estadunidenses Philippe Nonet e Philip Selznick, pretende apoiar. Para eles, as instituições do direito precisam ser instrumentos mais dinâmicos dos movimentos da mudança social sem, contudo, abrirem-se ao ponto de perder a capacidade de moderar o poder na sociedade e de permitir repressões (NONET; SELZNICK, 2017, p. 74-76).

Na verdade, inserindo o direito dentro de uma perspectiva sociológica, ou seja, enxergando-o como instituição social, os autores reconhecem que esse dilema entre manter sua integridade e, ao mesmo tempo, sua abertura à mudança social, não é particularidade sua, pois outras instituições também passam por isso (NONET; SELZNICK, 2017, p. 76). Com essa precaução inicial, monta-se o debate longe de qualquer proposição que ignora externalidades negativas, as quais poderiam ser desconsideradas por quem pretende defender uma posição na esfera pública.

O direito responsivo se encontra em uma terceira e última etapa da racionalidade jurídica, ficando em primeiro o direito repressivo e, em segundo, o direito autônomo.

O direito repressivo, partindo do citado dilema, é marcado por um alto grau de adaptação aos ambientes econômico e político (NONET; SELZNICK, 2017, p. 76). A razão pela qual os autores utilizam o predicado *repressivo* está ancorada na inexistência de qualquer justiça material, situação em que a ordem jurídica se torna potencialmente repressiva diante da manutenção do *status quo*, permitindo relações de poder mais efetivas (NONET; SELZNICK, 2017, p. 29).

Por outro lado, o direito autônomo se caracteriza como uma reação à citada abertura ao ambiente da qual o direito repressivo se fazia valer, tomando como principal preocupação a integridade institucional do direito (NONET; SELZNICK, 2017, p.76). Desde já, o predicado *autônomo* deve ser entendido como a consolidação e a defesa da autonomia institucional do direito (NONET; SELZNICK, 2017, p. 54). A integridade, agora como principal preocupação, é mantida e defendida contra irritações sociais advindas do ambiente do direito. Trata-se do direito positivo, em que os mecanismos de mudança se obrigam a passar pelo procedimento já estabelecido pelo próprio direito e seu conteúdo ganha a característica de ser algo decidido, portanto, mutável. Por fim, é nessa etapa evolutiva do direito que o Estado de Direito é consagrado.

Dessa tensão entre a abertura do direito ou a manutenção de sua integridade surge a tese do direito responsivo como adaptação responsável e seletiva do direito, isto é, qualquer instituição que seja *responsiva* consegue manter aquilo que é essencial para a sua integridade ao mesmo tempo em que lida com irritações que afloram do seu ambiente social (NONET; SELZNICK, 2017, p. 77). Para tanto, torna-se necessário ao direito responsivo algo com o qual se possa balizar esse equilíbrio. Sendo assim, considerando que o direito está encaminhando para uma modalidade responsiva, os citados autores citam propósitos ou finalidades pelos quais ele deve se orientar nessa nova empreitada (NONET; SELZNICK, 2017, p. 77). Para eles, enquanto as finalidades das instituições jurídicas servem de critérios para se conseguir analisar a sua prática, de forma que se permita pensar em mudanças adaptativas, tais finalidades também permitem um controle contra qualquer reformulação do direito de forma discricionária (NONET; SELZNICK, 2017, p. 77).

Dessa forma, o direito, ao mesmo tempo em que se torna aberto às exigências das mudanças sociais, concentra-se em regular as relações entre as pessoas de forma material. Trazendo ao contexto de globalização econômica e de irritações que a economia gera no direito por causa de uma concorrência cada vez mais acirrada e, utilizando-se de um exemplo trabalhista, seria como se o direito trouxesse regras de flexibilização dos modos de se regular a relação de trabalho ao mesmo tempo em que estabelece específicas formas nas quais ela pode ocorrer.

Essas duas posturas, que aparentemente se excluem, renderam críticas por outros autores, dentre os quais, Teubner, para quem Nonet e Selznick erram ao fazer uma espécie de amálgama entre uma racionalidade substantiva e uma racionalidade reflexiva (TEUBNER, 1983, p. 245). Para ele, a tese do direito responsivo trata muito

mais de uma etapa de transição do que de definição de uma resposta à crise do direito na modernidade (TEUBNER, 1983, p. 245).

Em que pese a referida crítica, merece ser reconhecido que Nonet e Selznick trabalharam muito bem o direito como instituição social e souberam diferenciá-lo das outras instituições da sociedade. Além disso, contribuíram para a perspectiva de que a mudança do direito parte dele mesmo, isto é, é interna, autorreferente. Dessa forma, a adequação do direito como instituição social depende de como ele vai se portar diante das demandas que a sociedade apresenta. Note-se que não é o caso de uma determinação externa à instituição jurídica, mas de como o direito se movimenta para manter sua integridade ou se permitir adequar às demandas sociais. É válida, então, a conclusão de Teubner ao dizer que “as mudanças sociais não são nem ignoradas nem diretamente refletidas como em um *esquema de estímulo e resposta*” (TEUBNER, 1983, p. 249).

5.3 O direito procedimental

Habermas, teórico alemão, também compreende que o direito deve manter um grau de adequação com a sociedade, ocasião em que prefere usar a locução paradigma jurídico (HABERNAS, 2003, p. 129). Importante destacar, então, o que significa o uso dessa categoria.

Para ele, funciona como um pano de fundo, de forma que “os paradigmas jurídicos intervêm na consciência de todos os atores, dos cidadãos e dos clientes, do legislador, da justiça e da administração” (HABERNAS, 2003, p. 131). Veja-se que Habermas trabalha a adequação social de uma maneira mais detalhada. Não se dedica apenas à mudança dos programas normativos da instituição do direito, mas também destaca as adequações que são promovidas pelos atores sociais jurídicos. Na esteira do que se tem argumentado neste artigo, Habermas (HABERNAS, 2003, p. 131) também reconhece o esgotamento do paradigma do Estado de bem-estar social e os problemas jurídicos que daí surgem, inclusive problemas relacionados a um novo modelo de direito.

Inicialmente, esclarece que a discussão sobre a mudança de paradigmas começou no âmbito do direito privado, quando havia uma sociedade econômica despolitizada e livre de intervenção estatal, cujo direito se caracterizava pela garantia da liberdade e, no âmbito do direito público, pela limitação do Estado (HABERNAS, 2003, p. 132). Partindo disso, o processo de crise do direito se deu com o esgotamento desse paradigma, resultando no que Habermas chama de materialização do direito privado,

que envolvia deveres de proteção social, isto é, o fim da precedência do direito privado em relação ao direito constitucional (HABERNAS, 2003, p. 132).

Essa mudança de paradigma em direção ao direito como instituição consagradora do Estado de bem-estar social foi o resultado desta crise do formalismo jurídico. Mas é importante que fique claro que isso não significa o fim de direitos individuais. Enquanto as normas de direito privado continuam valendo e produzindo seus efeitos, embora não como antes, o programa jurídico foi acrescido de normas cuja pretensão se baseia na distribuição mais justa de riqueza, além de uma proteção mais eficaz às forças que a própria sociedade produz (HABERNAS, 2003, p. 139-140). É isto que Habermas quer dizer com a ideia de materialização do direito privado como superação da crise do direito formal burguês. Assim, em resumo, “a vinculação social da propriedade, definida por lei, e a intervenção do juiz no conteúdo e na efetivação, visam compensar assimetrias nas posições do poder econômico” (HABERNAS, 2003, p. 142).

Diante do exposto, surge uma nova crise do direito. Se, por um lado, aquele modelo de direito formal burguês fora considerado insuficiente às demandas sociais, o direito social, por sua vez, também se considera insuficiente à medida que mina a autonomia privada e não dá respostas à nova conjuntura social que demanda adequação jurídica (HABERNAS, 2003, p. 147). Habermas reconhece essa crise da instituição do direito e propõe o paradigma do direito procedimental.

Para o desenvolvimento dessa sua tese, aquele autor estabelece algumas premissas que precisam ser consideradas. Sendo assim, o direito procedimental não é um retorno ao direito formal burguês, mas uma superação dos limites à autonomia privada que o Estado de bem-estar social não conseguiu, sem, contudo, abandonar ou congelar seu projeto (HABERNAS, 2003, p. 147-148). Outro caminho seria inimaginável, considerando que Habermas é o herdeiro da Teoria Crítica. Ele aponta, então, que a solução é a domesticação do sistema econômico capitalista, permitindo que se valha de formas regulativas mais eficientes ao mesmo tempo em que se torne imune a formas de poder ilegítimas (HABERNAS, 2003, p. 148). Neste momento, o autor quer afastar qualquer confusão que identifique no direito procedimental o privilégio do direito reflexivo, tal qual elaborado por Teubner. A diferença é que, sem cair na tese do pluralismo jurídico desse autor, Habermas encara o direito procedimental como contribuição aos direitos fundamentais e o vê como vinculado a um processo constituinte duradouro (HABERNAS, 2003, p. 148).

5.4 O direito reflexivo

Passando-se, agora, ao tratamento do direito reflexivo, tem-se também como ponto de partida a crise do Estado de bem-estar social, cujo modelo propositivo de racionalidade jurídica não encontra mais adequação na sociedade. Não que a proposta do direito reflexivo já esteja pronta e acabada, mas que ela tem sido uma alternativa, a qual, assim como o direito propositivo, compartilha da noção de que o sistema jurídico possui ingerência nos processos sociais, embora divirja quanto à total responsabilidade pelos resultados propositivos (TEUBNER, 1983, p. 254).

Pode haver outras saídas para a inadequação do direito propositivo do Estado de bem-estar social, mas Teubner foca suas pesquisas no direito reflexivo sem se manifestar sobre outras alternativas. Nesse sentido, sua posição se encontra em o direito não mais ter o papel de vincular materialmente as relações jurídicas. A intervenção nos processos sociais proporcionadas por este sistema é vista, então, de uma forma diferente, superando o modelo de direito do Estado de bem-estar social.

A forma com a qual o direito reflexivo influencia as ações sociais é mais no fornecimento de procedimentos e de competências com os quais tais ações podem ser decididas do que em estabelecer quais são as possibilidades permitidas (TEUBNER, 1983, p. 254). É justamente o sentido contrário do direito propositivo, em que já coordenava os comportamentos dos atores sociais de forma incisiva de cima para baixo, com poucas condições de a decisão partir diretamente dos envolvidos nas relações jurídicas. Teubner confessa que esta alternativa se assemelha bastante com as perspectivas liberais e neoliberais do direito, mas destaca que a diferença consiste em haver uma *autonomia regulada* com normas de organização e de procedimentos (TEUBNER, 1983, p. 254-255). Portanto, é dessa forma que o direito rearranja seu programa normativo e permite sua adequação social.

A função que o direito reflexivo exerce é de justamente facilitar processos integrativos na sociedade, o que faz por meio da descentralização da origem constitutiva de seu programa, isto é, da fonte do direito (TEUBNER, 1983, p. 255). O Estado não é mais o grande criador de regras jurídicas que tratam das relações sociais de forma propositiva. Agora, como dito anteriormente, os próprios atores, por meio de mecanismos garantidos pelo direito, têm a possibilidade de se autorregular. Sendo assim, o direito reflexivo segue a linha de conter normas procedimentais que dizem respeito a regular processos, organizações e distribuição de direitos e de competências (TEUBNER, 1983, p. 255).

Como exemplo, Teubner apresenta uma situação de contrato. Enquanto o direito propositivo se preocupa com os resultados, ocasião em que as normas jurídicas controlam os termos do contrato, o direito reflexivo, por sua vez, procura equalizar os poderes entre os contratantes e faz uso de mecanismos de responsabilidade pública em caso de externalidades (TEUBNER, 1983, p. 256).

6 A autonomia do direito em face dessas novas categorias jurídicas

Foram identificados os modelos do direito responsivo, procedimental e reflexivo como propostas de superação de uma crise na adequação social do direito. Com isso, é possível reconhecer que, em que pese partirem de pressupostos metodológicos diferentes, a solução perpassa por uma maior autonomia privada, mas sob condições procedimentais.

Diante dessa constatação, não se escapa a pergunta sobre as condições de autonomia jurídicas desses novos modelos. Se foi possível observar, com a Constituição no sentido moderno, o mecanismo de garantia da positividade do direito, como os direitos fundamentais, a separação de poderes e a eleição democrática, o que disso pode ser identificado nas propostas de adequação do direito a novos problemas da modernidade?

Trata-se de um questionamento que tem dado ar a pesquisas recentes envolvendo direitos fundamentais. Como os regimes das *lex mercatoria*², *lex digitalis*³ ou *lex sportiva*⁴, por exemplo, têm garantido a autonomia do direito sem que haja uma interferência de outro sistema, v.g., o econômico?

No Brasil, um exemplo de manifestação de um direito que procura se adequar mais às mudanças sociais é o regime da negociação coletiva. Como a Constituição brasileira permite a livre negociação no que concerne ao salário e à jornada, esse instrumento se mostra bastante interessante para adequações e sensibilizações sociais. Contudo, por razões históricas, o quadro sindical brasileiro, de uma forma geral, é fraco, razão pela qual se pode considerar um desequilíbrio na barganha entre as partes da negociação. Sendo assim, razões econômicas ganham força para direcionar o conteúdo jurídico que regerá a relação de trabalho. Então, o que se tem observado, na realidade, não é uma distribuição equilibrada nas forças dos agentes

2 "Lei mercantil" (tradução nossa).

3 "Ordem jurídica transnacional da Internet" (tradução nossa).

4 "Ordem jurídica autônoma e transnacional do esporte" (tradução nossa).

que constroem o programa, o que se afasta de um autêntico *direito reflexivo* no sentido de Teubner. Em conclusão, a questão a ser posta para futuras discussões é até que ponto o discurso do direito reflexivo consegue se adequar ao ambiente externo do direito sem que caia em um destino de desdiferenciação social, principalmente na modernidade periférica?

7 Conclusão

Partiu-se da perspectiva teórico-metodológica da Teoria dos Sistemas para identificar o direito na sociedade moderna. Neste momento, os sistemas sociais se diferenciam um dos outros por sua função específica. O caso do direito não é diferente, já que ele exerce sua função com autonomia operativa, estando aberto cognitivamente ao seu ambiente externo.

Nesse sentido, a autonomia operativa jurídica torna-se garantida por sua positividade, que significa que o direito passa a ser decidido e modificável por um processo legislativo previsto por ele mesmo. Assim, se livra de amarras de cunho moral ou religioso, por exemplo, para variar conforme o que se decidir dentro das regras do jogo que ele estatui. Afastou-se, então, o direito natural como fundamento de validade.

Foi visto, ainda, que a garantia da positividade do direito e da sua autonomia funcional na sociedade pode ser encontrada na Constituição no sentido moderno, pois os critérios de validade do direito estão nela. Ela servirá como uma espécie de blindagem contra interferências externas, pois o que se pode decidir dentro do direito deve estar de acordo com ela. Ou seja, trata-se de um limite imposto à capacidade de aprendizado que o sistema jurídico possui contra todas as demandas que surgem da sociedade. Apenas na sociedade moderna que, como visto, é funcionalmente diferenciada, tornou-se possível que a Constituição possua esse papel de salvaguardar a autonomia jurídica. Para tanto, possui alguns mecanismos, quais sejam, os direitos fundamentais, a separação de poderes e a eleição política democrática.

Chegou-se ao tema do direito reflexivo porque problematiza a autonomia do direito pela falta dos mecanismos que a Constituição no sentido moderno comporta. Como a abordagem do artigo é baseada pela Teoria dos Sistemas, privilegia-se o direito reflexivo de Teubner, sem desconsiderar as contribuições do direito responsivo de Nonet e Selznick e do direito procedimental de Habermas.

Após breve explanação dessas propostas, merece ser deixado o questionamento da plausibilidade delas sem que se caia na desdiferenciação funcional, o que ainda dá ar para muita pesquisa.

8 Referências

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. 1. ed. Cidade do México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**. Cidade do México: Universidade Iberoamericana, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 3. ed. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2011.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. Tradução de Antônio Luz Costa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Law and society in transition: toward responsive law**. 2. ed. Nova York: Routledge, 2017.

PINTO, Agerson Tabosa. **Sociologia geral e jurídica**. Fortaleza: Quallygraf Editora e Gráfica, 2005.

TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law & Society Review**, [S. l.], v. 17, 1983 p. 239-285.

VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.