

Direito e Sociedade em transição: respostas sociológicas para decisões judiciais autopoieticas

Law and Society in transition: sociological answers to autopoietic judicial decisions

SUELEN DA SILVA WEBBER¹

LEONEL SEVERO ROCHA²

Resumo: Este artigo tem como objetivo central realizar uma observação sistêmica do livro *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*, traçando perspectivas sociais brasileiras sobre os diferentes modelos teóricos de Direito e Política que são apresentados na obra. Nesse contexto, essa aproximação da sociologia com o discurso jurídico propõe-se a recuperar uma forma de estudar sociologicamente o Direito e conectar isso com a Teoria do Direito. Em outras palavras, observar o Direito como um fato social que pode produzir modificações significativas na Sociedade, desde de que observando o que esta Sociedade comunica às organizações, como o Poder Judiciário, e como estas comunicações devem transparecer na decisões judiciais. A partir da análise desta obra, foi possível perceber que muito da realidade da Teoria do Direito vivenciada nos anos setenta nos Estados Unidos da América é ainda hoje vivenciada no Brasil, com pequenas sutilezas, diante do rompimento democrático aqui ocorrido. É com este cenário que se pretende desenvolver o artigo, utilizando a obra de Philippe Nonet e Philip Selznick como base, além das obras de Leonel Severo Rocha e Niklas Luhmann. A partir disto, a proposta foi demonstrar como a sociologia é um instrumental adequado para enfrentar a crise de legitimidade e legitimação das decisões judiciais no Brasil.

Abstract: This paper aims to proceed an systemic observation on the book *Law and society in transition: toward responsive law*, drawing brazilian social perspectives about the different theoretical models of Law and Politics presented in the work. In this setting, this approach between sociology and law speech intends to recover a way to sociologically study law and to connect it with Theory of Law. In another words, to observe Law as a social fact able to produce deep changes in Society, once observed what this society communicates to organizations, like Judiciary, and how these communications must become manifest in legal decisions. From the analysis of the book, it was possible no notice the most of reality of the Theory of Law experienced during the seventies in United States of America is still today experienced in Brazil, with little differences, before the democratic breakup here experienced. It is in this setting that it is intended to develop this paper, through Philippe Nonet and Philip Selznick's work, but also with Leonel Severo Rocha and Niklas Luhmann's contributions. From this point, it is intended to show how sociology may be taken as a proper instrument in order to face the crisis of legitimacy and lagitimation of legal decisions in Brazil.

1 Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Bolsista do Cnpq.

2 Doutor EHESS-França e Pós-Doutor Unilecce-Itália. Professor Titular e Coordenador Executivo do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Sócio Honorário do Conpedi.

Palavras-chave: Teoria do Direito; Sociedade; Teoria dos Sistemas; Organização; Poder; Democracia.

Key-words: Theory of Law; Society; Theory of Systems; Organization; Power; Democracy.

Sumário: Introdução; 1- A institucionalização e organização da exclusão: entre Direito Repressivo e Direito Autoritário; 2- Entre Protagonismos Políticos e Protagonismos Judiciários e seus conservadorismos: Direito Autônomo; 3- Sistema (Autopoiético) Responsivo; Conclusão; Referências Bibliográficas.

Considerações Iniciais

“Ano após ano, o direito parece penetrar e impor limites em domínios cada vez mais amplos da vida econômica, política e social, suscitando aplauso e censura. Como na parábola dos cegos e o elefante³, vários comentadores, cada um atento a diferentes aspectos do direito, percebem de maneira diversa suas funções sociais”(SELZNICK; NONET, 2010, p.11). Por isso, o objetivo deste artigo é realizar uma observação sistêmica da Teoria do Direito Estadunidense posta no livro de Nonet e Selznick, focada, respeitadas as exigências do contexto, na Teoria do Direito brasileira ao longo dos anos, mostrando como em períodos históricos espaçados, ambos os países vivem realidades de ciência social muito próximas,

3 Em uma cidade da Índia viviam sete sábios cegos. Como os seus conselhos eram sempre excelentes, todas as pessoas que tinham problemas recorriam à sua ajuda. Embora fossem amigos, havia uma certa rivalidade entre eles que, de vez em quando, discutiam sobre qual seria o mais sábio. Certa noite, depois de muito conversarem acerca da verdade da vida e não chegarem a um acordo, o sétimo sábio ficou tão aborrecido que resolveu ir morar sozinho numa caverna da montanha. Disse aos companheiros:- Somos cegos para que possamos ouvir e entender melhor que as outras pessoas a verdade da vida. E, em vez de aconselhar os necessitados, vocês ficam aí discutindo como se quisessem ganhar uma competição. Não aguento mais! Vou-me embora. No dia seguinte, chegou à cidade um comerciante montado num enorme elefante. Os cegos nunca tinham tocado nesse animal e correram para a rua ao encontro dele. O primeiro sábio apalpou a barriga do animal e declarou: - Trata-se de um ser gigantesco e muito forte! Posso tocar nos seus músculos e eles não se movem; parecem paredes... - Que palermice! – disse o segundo sábio, tocando nas presas do elefante. – Este animal é pontiagudo como uma lança, uma arma de guerra...- Ambos se enganam – retorquiu o terceiro sábio, que apertava a tromba do elefante. – Este animal é idêntico a uma serpente! Mas não morde, porque não tem dentes na boca. É uma cobra mansa e macia...- Vocês estão totalmente alucinados! – gritou o quinto sábio, que mexia nas orelhas do elefante. – Este animal não se parece com nenhum outro. Os seus movimentos são bamboleantes, como se o seu corpo fosse uma enorme cortina ambulante...- Vejam só! – Todos vocês, mas todos mesmos, estão completamente errados! – irritou-se o sexto sábio, tocando a pequena cauda do elefante. – Este animal é como uma rocha com uma corda presa no corpo. Posso até pendurar-me nele. E assim ficaram horas debatendo, aos gritos, os seis sábios. Até que o sétimo sábio cego, o que agora habitava a montanha, apareceu conduzido por uma criança. Ouvindo a discussão, pediu ao menino que desenhasse no chão a figura do elefante. Quando tateou os contornos do desenho, percebeu que todos os sábios estavam certos e enganados ao mesmo tempo. Agradeceu ao menino e afirmou: - É assim que os homens se comportam perante a verdade. Pegam apenas numa parte, pensam que é o todo, e continuam tolos!”

principalmente quando muitos defendem um formalismo conservador do Direito.

A partir do momento em que a hipótese de trabalho é a análise da obra *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*, é preciso ter claro que o livro parte da premissa de que a Teoria do Direito Estadunidense passou por uma crise de autoridade nos anos 70, mas que, mesmo passados tantos anos desde as primeiras reflexões a este respeito, hoje esta mesma leitura pode ser feita no Brasil, que sofreu uma ruptura epistemológica grave, em razão da ditadura. Nessa linha, o texto traz uma perspectiva interessante sobre as instituições judiciárias, sobre o controle social e a relação entre Política e Direito. Assim, o problema a ser questionado passa a ser: quais as condições para que se possa pensar em um modelo de Direito capaz de ser legítimo, forte e isento de corrupções, mas que permita atender incluídos e excluídos, sem o uso da força?

Para rever estas questões, com base em uma obra de grande importância sociológica-jurídica, o ponto chave curiosamente será a ideia de Sistema. Embora o livro aqui analisado não faça menção a Luhmann, seu conteúdo pode ser facilmente associado à Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos. A obra traz uma perspectiva que nega uma visão unidimensional do Direito ou da Política, acrescentando ao discurso variáveis e contextos de Direito, reconhecendo as várias relações entre estas e a legitimidade do poder exercido pelo Estado e pelo Poder Judiciário. Como Direito e Política vão se relacionar neste contexto plural? Para responder isso, serão apresentados três Sistemas (ou subsistemas), que não são excludentes, apenas tem capacidades estruturais de se diferenciarem e prioridades diversas. Aqui há um modelo evolutivo, como há na Teoria dos Sistemas.

Para realizar uma observação mais qualificada do problema suscitado, este artigo encontra-se estruturado em três grandes partes. Na primeira, serão apresentadas algumas considerações básicas sobre o modelo de Direito Repressivo descrito por Selznick e Nonet, traçando um paralelo com o que Leonel Severo Rocha - em sua obra *Epistemologia Jurídica e Democracia* - denomina de Direito Autoritário, que predominou durante o período ditatorial.

Já a segunda parte ocupar-se-á de uma releitura do modelo de Direito Autônomo, que certamente é o que mais se assemelha à realidade institucional jurídica (e teórica) brasileira atual. É a partir deste modelo que sistemicamente pode-se dizer que começa a existir um papel mais estabilizado e delineado das organizações, entre elas o Poder Judiciário, mas ainda dentro das noções de um Sistema completamente fechado. Aqui diferentes perspectivas sobre a liberdade e Lei e Ordem serão vistas sobre o prisma do risco.

No capítulo três, mostrar-se-á como os autores procuram conciliar o contexto social daquela época - que é para onde caminha o quadro brasileiro -, ou seja, da busca de

efetivação de direitos já existentes e da busca por novos direitos por parte dos cidadãos, além da postura do Poder Judiciário no processo de tomada de decisão, dentro de um modelo denominado Direito Responsivo. Talvez esse seja o ponto em que mais facilmente pode-se aproximar o trabalho dos sociólogos americanos a Teoria dos Sistemas Sociais, em sua fase autopoietica.

Como conclusão deste ensaio sobre Direito e Sociedade, pode-se examinar que uma observação mais qualificada da realidade social jurídica concluirá que as organizações judiciárias, entre elas o Poder Judiciário, não podem mais ficar de fora das decisões Políticas, e nem a Política fora do Direito, em uma paradoxalidade de limites funcionais. É preciso assumir altos níveis de risco e responsabilidade, com análise das consequências. Em termos sistêmicos, o ideal é um sistema autopoietico, com capacidade de aprendizagem. É assim que o artigo se desenvolverá.

1- A institucionalização e organização da exclusão: entre Direito Repressivo e Direito Autoritário

“O discurso da democracia é um discurso que se opõe ao totalitarismo, embora ambos sejam originários do mesmo princípio de abertura social a si mesmo pela manutenção na prática democrática da indeterminação da lei, do saber e do próprio poder”(ROCHA, 2005, p.121-122).

Muito antes da discussão sobre ativismos, discricionariedade e arbitrariedades judiciais, para que se possa construir uma crítica com o mínimo de sentido e sem orfandades epistemológicas, é necessário observar a Sociedade e o seu Direito de maneira mais ampla. Até porque, se o Direito ocupa um lugar proeminente na sociedade (LUHMANN, 2005, p. 57), é essencial saber como ele se construiu na história de um país. Para isso, desde já é preciso aceitar que o Direito decorre de um processo evolutivo, ligado às necessidades que ressoam em cada comunidade em determinado momento.

Tomando por base o livro de Selznick e Nonet, tem-se um marco interessante, que começa com o modelo denominado de Direito Repressivo, ocorrido nos anos setenta nos Estados Unidos, e que pode ser vivenciado parcialmente pelos brasileiros, no período da ditadura militar, em que havia, segundo Rocha, um modelo de Direito Autoritário. Portanto, o debate referencial aqui será entre Selznick e Rocha, e as nuances dos modelos de Política e Direito descrito pelos autores em suas obras já citadas.

Como em nosso entendimento o Direito é tridimensional⁴, e não unidimensional, como recentemente a Corte Superior do país, através de um de seus membros, afirmou em rede nacional durante a transmissão de um dos julgamentos mais significativos para a democracia brasileira, nossa digressão adotará também três perspectivas de Direito e Política trazidas na obra americana: Repressivo, Autônomo e Responsivo; ou, em outras palavras, o direito como um fenômeno social, político e normativo dentro dos riscos que ele assume em cada um destes modelos.

Uma maneira interessante de se iniciar a abordagem do Direito Repressivo é dizendo que esta tripartição social de poder comumente adotada hoje em países presidencialistas - Direito, Política e Sistema Normativo - efetivamente não se via no estágio da repressão, mesmo quando este modelo se apresentava em sociedades presidencialistas e ditas democráticas. Isto é, ele não ocorre apenas na ditadura mas, considerando que ele limita e ofende a liberdade, ele não é um modelo a se dizer democrático, o que gera alguns conflitos. Efetivamente, o Direito Repressivo tem como uma de suas características basilares o fato de o Direito ser transpassado pela Política, sem nenhuma blindagem ou escudo. Neste cenário, o Estado se constituiu em uma figura máxima de poder que controla a tudo e a todos, que legitima por si só tudo e todos e, portanto, com baixíssimo risco de responsabilidade social, mas com alto risco de ser questionado e “derrubado”. Em termos normativos, a lei é o que o Estado diz que é lei, e esta é aplicada apenas a determinadas classes. Então, fica claro que a noção de Estado como figura central do Poder e da tomada de decisão é predominante, mesmo que exista Direito e, com ele, Poder Judiciário ou outras organizações.

Nessa ordem de ideias, a existência de Direito dentro destes moldes não garantirá que se possa falar ou ver justiça. Na verdade, ele conterà muito mais injustiças do que justiças (e as decisões tomadas também), já que estas estarão cobertas por um manto de autoridade e repressão. Por isso, “a noção de direito repressivo presume que qualquer ordem jurídica pode ser 'injustiça congelada'”(SELZNICK; NONET, 2010, p. 71). Aqui, nem todos têm legitimidade social para ter efetivamente direitos, embora formalmente sim, mas muitos ficam em uma situação de vulnerabilidade social, em que não serão respeitados procedimentos e

4 Causa preocupação que um dos membros da mais alta corte do Brasil afirme que o Direito é unidimensional, quando uma das teorias mais conhecidas sobre a inviabilidade de se pensar o Direito como unidimensional é brasileira, e cunhada há muitos anos por Miguel Reale (1994). Foi justamente a Teoria Tridimensional do Direito ou do “fato, valor e norma”, em termos extremamente singelos, que levou este autor a ser reconhecido em todo o mundo jurídico. Não bastasse isso, Reale não foi o primeiro e nem o único a pensar o direito nesta perspectiva tridimensional, que de maneira mais grosseira já havia sido pensada por juristas estrangeiros. Para citar exemplo próximo, e ao qual filia-se, com Leonel Severo Rocha (2005) construiu-se e solidificou-se a ideia de matrizes, aliás, de três matrizes de observação do Direito (analítica, pragmática-hermenêutica e sistêmica).

haverá uma grande violação de direitos (entre eles, à liberdade, em suas diversas formas). Logo, há um déficit de democracia, o qual é contraditoriamente respaldado pelo Direito, e pelo uso da força estatal. Mesmo neste estágio, o governante não abandona o Direito e a Lei. Curiosamente, é ela que lhe salvaguarda, assim como as instituições.

Por outro lado, é no Direito Repressivo que se encontra um déficit institucional. Ou seja, ele precisa constantemente se valer do uso da força para conseguir reprimir demandas e bloquear pautas, não conseguindo gerenciar isso através de uma organização. Isso porque ele não tem como operacionalizar e assimilar estas movimentações políticas, porque em termos de organizações ele não está com uma democracia bem instituída. Em outras palavras, como as organizações não são estruturadas e se confundem com o governo e com os ideais do Estado, suas decisões não têm aceitação, e a violência passa a ser uma prática constante para a manutenção do poder.

É neste sentido que se pode estabelecer o debate entre os autores de Berkeley e Rocha, quando este trabalha a ideia do Autoritarismo, que vigorou no Brasil, claramente durante a ditadura, bem como nos textos em que trata do pensamento de Rui Barbosa. Embora o autor brasileiro opte pela denominação Autoritário, percebe-se em sua abordagem que ambos os pesquisadores descrevem modelos muito similares de Direito e Política. Fazem isso a partir do Direito e de suas organizações - para países diferentes, em períodos temporais distantes, e que, no caso específico do Direito Repressivo/Autônomo, tinham realidades sociais de governo político muito diversas, já que os Estados Unidos da América nunca passaram por um período ditatorial (que foi o momento em que este modelo se estabiliza no Brasil).

O fato de um modelo muito semelhante ter sido vivenciado em dois locais com situações tão diversas como as acima mencionadas decorre da necessidade que se viu deste tipo de recurso poder servir como um legitimador das atitudes dos governantes. E a legitimidade é o ingrediente indispensável para se manter no poder. Prova disto é que até mesmo a monarquia brasileira preocupou-se, por algum tempo, em procurar condições políticas que legitimassem o seu regime (ROCHA, 1996, p.25). Isto é, há a necessidade de o governante se legitimar na Sociedade não apenas pela força (que pode gerar o efeito inverso e lhe tomar o poder da mesma forma), mas apoiado em algo ficticiosamente externo (já que tudo é controlado por ele), que será o Direito e a Lei. No Brasil, isso só pode ser visto porque viveu-se uma ditadura peculiar, conforme afirma Rocha (2005, p.122):

O autoritarismo, que se pretende analisar, manifestou-se no Brasil, nos últimos vinte anos, constituindo-se num regime que, embora tivesse muitas características do totalitarismo, devido a seus compromissos com a burguesia nacional e internacional,

não pôde jamais reivindicar, como faz o totalitarismo, o fim das divisões sociais e, conseqüentemente, uma legitimidade *a priori* de seu discurso.

Neste momento, é preciso fazer uma diferenciação essencial que se apresenta neste modelo de Direito, e que vem como uma das características marcantes desta forma de governo, qual seja, a relação entre Direito e Coerção. Vale salientar que o poder coercitivo nem sempre é repressivo (SELZNICK; NONET, 2010, p. 73-74). Por isso, só haverá espaço para se falar em repressão, mesmo durante a ditadura no Brasil, quando procedimentos e a integridade das pessoas for violada. Para Rui Barbosa, quando a liberdade, o maior dos direitos humanos (ROCHA, 1996, p.29), for cerceada, sem legítima justificação, estar-se-á falando em repressão. Portanto, não é o simples uso da força que o torna repressivo ou autoritário, mas sim a forma como isso ocorre.

É por isso que a representação descrita pelos autores se diferencia de um totalitarismo ou de um Autoritarismo/Repressivo tradicional. Na medida em que este autoritarismo “anteriormente unificado, na figura do rei, onde a lei, o saber e o poder se exteriorizam em relação ao Estado, ou melhor, constituem um nova forma política, o que provoca a necessidade da legitimação pela sociedade através do exercício do poder”(ROCHA, 2005, p.120), ele deixa de ser arcaico, e passa a ter um nível de complexidade maior (o que permite existir tanto na democracia como na ditadura). Essa necessidade de legitimação surge exatamente porque a repressão é o recurso utilizado pelos governantes que enfrentam uma pobreza de recursos para administrar, e portanto, para ter aceitação social, que agora passa a ser necessária, diferente da monarquia que tinha a fonte de legitimação em si mesma. Ou melhor, quando o governo precisa agir de forma urgente mas não tem recursos para isso, começa a ser colocado à prova sua governança, e o principal, o seu poder (e no caso da ditadura, podem começar a surgir movimentos sociais de protesto que coloquem em risco a posição dos governantes, até mesmo por um “golpe”), e então ele passa a resistir a novos compromissos e demandas, ficando congelado⁵.

Em termos de instituições, há outra semelhança entre os dois modelos: elas servem única e exclusivamente ao Estado, de tal forma que há um baixíssimo nível de complexidade e produção de sentido em suas decisões. Importa destacar que é neste momento que se institucionaliza e se organiza a exclusão. O Estado cria as normas e conduz o Poder Judiciário de maneira a barrar e sufocar qualquer reclamação, manifestação ou “deslealdade”. As normas

5 Esse foi um dos motivos pelos quais o regime ditatorial no Brasil e seus Atos Institucionais passaram de meras “recomendações” que indicavam um fim próximo desta forma de governo, como se fosse apenas uma transição para uma “purificação”, até o desesperado Ato Institucional número cinco (ROCHA, 2005 e CASTRO, 2007).

passam a ser aplicadas de acordo com a conveniência política e, para possibilitar que se faça isso, elas contam com uma grande capacidade de discricionariedade⁶. Tal elemento permite que ela nunca seja aplicada contra o soberano, mas utilizada para defender seus interesses e de seu grupo, legitimar suas ações (sejam elas quais forem) e garantir sua permanência no poder. Logo, o Direito Penal será o foco e instrumento principal das instituições deste governo.

Mais especificamente em termos do Direito Repressivo ocorrido nos Estados Unidos, esta estrutura de excluídos/incluídos⁷ é montada em uma forma luhmanniana, ou seja, os valores podem ser modificados, e em determinada situação você pode passar de excluído para incluído. Mesmo que isso não seja tão fácil, é possível que isso ocorra⁸. Há a intenção que alguns sejam excluídos, mas não pontualmente determinadas pessoas; não há personificação.

De fato, essa é uma realidade ainda hoje enfrentada em todo o mundo, em que mesmo com outros modelos de Direito e Política mais evoluídos, ainda assim existe a binaridade excluídos/incluídos, de forma menos saliente em alguns locais, mas ela sempre persiste, e, em determinados momentos, foi extrema. Como no Brasil, Rui Barbosa, na releitura de Rocha, falará de um sistema montado intencionalmente para ser excludente. Não é exclusão que se dá por mecanismos de defesa institucional ou por omissão do Poder Judiciário como acima narrado, e sim por uma estruturação mesma em que o direito não tem integridade alguma com

6 Um exemplo disso é a forma de fixação das penas na Califórnia, narrada em nossa obra base: “Ao determinar as penas e conceder ou negar pedidos de liberdade condicional, a Autoridade não se envolve numa ação judicial, mas numa ação administrativa [...]. Segundo a legislação da Califórnia, depois que o juiz pronuncia uma condenação a pena indeterminada, e até que a Autoridade fixe a pena dentro de limites indeterminados, considera-se que o prisioneiro cumpra a pena máxima para o crime em questão, conforme definida por lei. O prisioneiro condenado legalmente não tem direito adquirido à determinação de sua pena inferior à máxima, nem a liberdade condicional. [...]. A determinação da pena por um prazo inferior à pena máxima é uma questão de inteira discricção da Autoridade, não de direito”. (SELZNICK; NONET, 2010, p.83-84).

7 Conforme Corsi: “Con la diferenciación funcional las diferencias de rango de la estratificación pierden su relevancia primaria y en su lugar subentra una estructura de la sociedad que parte del presupuesto de que todos pueden en principio participar en todas las formas de comunicación y las eventuales diferencias no son establecidas por la forma de la diferenciación.” Tradução livre: “Com a diferenciação funcional, as diferenças de níveis de estratificação perdem sua relevância, e no seu lugar entra uma estrutura da sociedade que parte do pressuposto de que todos podem em princípio participar em todas as formas de comunicação e as eventuais diferenças não são estabelecidas pela forma da diferenciação.” (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 125).

8 Veja-se a seguinte situação: “Todos os contatos sexuais de um homem durante as duas semanas anteriores à sua visita (ao posto de prevenção e controle das DST) - e no caso de nossos clientes, isso geralmente significa muitos homens e mulheres -, e todos os que são citados e identificados pelo desafortunado amante, devem ser localizados pela investigação. As mulheres são procuradas por carta ou pessoalmente em suas casas e empregos, e por fim, levadas ao posto de saúde (induzidas por motivação ou medo). Ali, seja qual for o resultado do exame clínico, elas são classificadas como G90 e recebem 4.800.000 unidades de penicilina-salvo se declaram ser alérgicas à substância. Pode-se imaginar os conflitos familiares e até tragédias acarretadas por esse tipo de interferência na vida privada das pessoas. Note-se que quem pode pagar uma consulta particular com médico é poupado dos relatórios oficiais e das investigações, e nunca se pede que relatem seus contatos sexuais.” (SELZNICK; NONET, 2010p. 82). Este é exatamente um exemplo de um sistema montado para excluir as pessoas com menos recursos, intervindo drasticamente em sua liberdade. Contudo, se a mesma pessoa vier a aumentar seus recursos financeiros, ela não precisa mais se submeter a isso, passando para o lado dos incluídos.

o campo político.

No final do século XIX, a Lei e Ordem é um problema da monarquia de privilégios no Brasil (e hoje tem-se a inclusão sobre o prisma da exclusão). Este sistema transparece na escravidão. Aqui é preciso ver as sutis diferenças de regimes que são estruturados para perfectibilizar a exclusão e regimes que utilizam a exclusão para se blindar. Esse é talvez um dos principais pontos de uma análise sobre Direito Repressivo ou Autônomo, que não tem sua coerção e exclusão confundida com isso. A escravidão ocorrida na monarquia não é como hoje, ou na ditadura do Brasil, ou ainda nos anos 70 nos Estados Unidos, em que as pessoas são excluídas e depois podem ser incluídas - justiça de classes- (SELZNICK; NONET, 2010, p.88). Na escravidão estava-se completamente fora, totalmente além, inclusive do código incluído/excluído. Era um regime altamente repressivo e autoritário, com total discricionariedade.

Em Estados arcaicos e totalitários há uma ênfase muito grande na política de Lei e Ordem. Isto é, há uma dominação repressiva. Nestes modelos de Direito Repressivo e Autônomo, o que se procura é legitimar uma Política de classes voltada para grupos.

Vale a pena retornar a isso. A questão de Lei e Ordem levantada por Selznick é um elemento típico do regime monárquico (e mostra que as evoluções não são estanques), em que há baixa capacidade de centralização Política. Por isso, a monarquia no Brasil concentrava-se, evidentemente, no Direito Penal e no Direito Administrativo, uma vez que a Lei e Ordem era o grande lema da monarquia. Historicamente, a primeira queda da Lei e Ordem vai se dar através do próprio Direito (Autônomo) e do modelo de governo presidencialista ou, em alguns casos, do parlamentarismo. No Brasil, por exemplo, com a Proclamação da República, a Lei e Ordem tem uma transição para Ordem e Progresso, justamente na tentativa de superar Lei e Ordem, por ser uma característica do Direito Repressivo. O ideal era que a Ordem e Progresso mantivesse isso. Entretanto, a Lei e Ordem tem um retorno triunfal com a ditadura.

Tal retorno aponta que estas representações não são estanques e cuidadosamente delineadas no tempo. Não tem data fixa de início ou de fim. Elas ocorrem de acordo com as comunicações sociais, as estratégias de governo e a necessidade deste de legitimidade e poder. O mesmo retorno vivido no Brasil teve o movimento de Lei e Ordem nos Estados Unidos da América nos anos 90, quando o prefeito de New York, Rudolph Giuliani, implantou abertamente a Política de Lei e Ordem, ou de Tolerância Zero.

Com o modelo Repressivo apontado no livro base, pode-se dizer que existe um incentivo à subordinação de determinados grupos e à estruturação de defesas de um grupo contra outro, bem como do governo contra possíveis “traidores”. Ao fazer isso, consolida os

privilégios do grupo da elite, que sempre tem a proteção do Estado. Já o Direito Repressivo/Autoritário brasileiro,

(...) caracteriza-se pelo desprezo à participação social, o que lhe obriga a recorrer à censura policial e à negação dos princípios democráticos, o que implica um esfacelamento das instituições da sociedade civil. O autoritarismo, para impor suas decisões, é obrigado a utilizar-se da força, num permanente desrespeito aos direitos humanos. Daí a necessidade da utilização da ideologia da segurança nacional para justificar a violência empregada e da defesa do desenvolvimento econômico para justificar a concentração do capital nas mãos das classes ricas, o que produziu, a partir desta matriz, um Estado extremamente forte, baseado numa tecnoburocracia, que procurou, através de uma concentração de poderes jamais vista, intervir em todos os setores da sociedade (ROCHA, 2005, p.122).

Encaminhado o final deste capítulo, pelos elementos trazidos até o momento, pode-se perceber claramente que o Sistema do Direito Repressivo é o que se poderia considerar como um Sistema Aberto. Embora alguns teóricos entendam que não há a possibilidade de se pensar em sistema aberto - já que se é aberto não é um sistema -, parece que, neste contexto específico comparativo, é possível definir o modelo Repressivo como um Sistema Aberto, que não tem limites operacionais ou cognitivos, ou, nos mesmos moldes de Canaris (2002). Sendo assim, para nós, os problemas advindos disto são evidentes, entre eles a incapacidade de lidar com o excesso de possibilidades que a Sociedade apresenta ao longo de seu processo evolutivo.

2- Entre Protagonismos Políticos e Protagonismos Judiciários e seus conservadorismos: Direito Autônomo

A democracia gera uma indeterminação do social, pelo fato de romper com os pressupostos de legitimidade do *ancien regime*. Não existe mais a legitimidade em si, transcendente e indiscutível, justa e imaculada. A legitimidade passa a ser um direito conquistado todos os dias (ROCHA, 2005, p.120).

O nosso fio condutor mostrou, até o momento, que Brasil e Estados Unidos não tinham grandes diferenças em sua forma de Direito e Política nos anos setenta. Ambos enfrentavam um Sistema Aberto de organização social, que se embasava na coerção e na vontade Política dos Governantes, e que adentrava todas as esferas institucionais. Contudo, a partir deste próximo modelo, as distâncias temporais começaram a ficar mais evidentes pois, enquanto nos Estados Unidos a Teoria do Direito pode prosseguir sua evolução natural, o Brasil permanece na grande ruptura da ditadura, fazendo com que a perspectiva Autônoma

seja implementada muito depois, e, por isso mesmo, muito valorizada e conservadoramente resistente até hoje.

Esse segundo modelo de Direito apresentado no livro, encontra-se justamente no caminho inverso ao Direito Repressivo. Ele vem como uma forma de domar a repressão, diante das comunicações sociais estabelecidas, que ressoavam um sufocamento dos indivíduos e a necessidade de se fazer implementar efetivamente a democracia (americana). No Brasil, da mesma maneira, nos escritos de Rocha, ver-se-á que a democracia é a base para se falar em um modelo de Direito como o Autônomo.

Historicamente, é com este modelo de Direito e Política que surgirá o Estado de Direito, que seria um sistema institucional singular, tendo como principal característica a formação de instituições judiciárias especializadas, relativamente autônomas e com uma supremacia especial dentro de esferas definidas de competência (SELZNICK; NONET, 2010, p.99), que se volta para a manutenção da democracia. Para que isso ocorra, surgirá a separação estanque das esferas política, legislativa e judiciária. Em outras palavras, é aqui que surge a separação dos poderes, à qual é fortemente vinculada a ideia de Estado de Direito, de Legitimidade e de Democracia.

Em termos de Teoria do Direito, pode-se dizer que, se o modelo de Direito Autônomo fosse idealizado no Brasil, ele seria um modelo puramente kelseniano (KELSEN, 2011), já que trata de hierarquias e supostas clarezas. Talvez o maior diferencial seja a ideia de precedentes, que no Brasil não tem nenhum equivalente. A própria noção da separação “das competências” é uma ideia que remete ao formalismo kelseniano. Contudo, desde já ressalta-se que o discurso jurídico dominante no Brasil sobre Kelsen contém muitos equívocos, entre eles a noção de que há uma separação completa da Política do Direito no momento da decisão, tal como ingenuamente se pensa sobre o modelo de Direito Autônomo. Nas palavras de um pesquisador que tem abordado a Teoria kelseniana sob o prisma comparativo de linguagem e meta-linguagem, conseguindo fazer uma abordagem muito diferenciada:

Nesta perspectiva semiológica, em que nos inserimos, que analisa o discurso a partir de sua especificidade política, não existe a separação teoria/práxis, e, nesse sentido, a significação jurídica dominante no social nunca é pura. Temos, então, um complexo de sentidos jurídicos, alguns aparentemente contraditórios, concretizados na realidade social brasileira; o que determina a existência de conteúdos tipicamente kelsenianos, conjuntamente com conteúdos jurídicos positivistas e iusnaturalistas. Esta mescla é o que caracteriza a faia jurídica materializada no Brasil. A unidade desta complexidade é dada pelas relações desta significação jurídica com as relações de poder (econômico-militares) que co-instituem nosso imaginário social. Tal interação tem possibilitado à Teoria Jurídico brasileira recusar sistematicamente à TPD como suporte de legitimidade e, ao mesmo tempo, aceitá-la como suporte metodológico (ROCHA, 1984, p.73).

Sendo a legitimidade um dos principais objetivos deste modelo, ele precisará estabelecer uma forma eficaz que lhe garanta este poder e consiga afastar a pergunta que sempre circunda os governos instáveis: “com que autoridade?”. Para que esta meta seja atendida, e com isso lhe garanta legitimidade e legitimação, os elementos de legitimidade deverão ser externos ao próprio sistema, à própria instituição; caso contrário, eles serão facilmente derrubados. Por isso, as principais características deste modelo serão: a separação entre o Direito e a Política (ao menos de forma oficial, bem ao estilo kelseniano), em que o Direito irá se colocar acima da política no momento da decisão; a adoção de um modelo normativo que reduziria a possibilidade de qualquer discricionariedade das instituições judiciárias, exigindo com isso uma “fidelidade à lei”(SELZNICK; NONET, 2010, p.100). No coração disto tudo estará justamente a ideia de procedimento. Assim sendo, todos são elementos externos que balizam uns aos outros.

Uma das particularidades mais sedutoras deste modelo pensando por Selznick e Nonet, que leva a uma aceitação rápida dele e a se pensar que é o modelo ideal de justiça, é a possibilidade que ele apresenta de responsabilização dos governantes, que advém da separação dos poderes e superioridade do Direito sobre qualquer outro sistema no momento da decisão. Aqui, a legitimação dá aos julgadores o direito de dar a última palavra sobre o caso julgado, diferentemente do que ocorria no modelo Repressivo ou no Autoritário.

Por isso, pode-se dizer que o Direito Autônomo tem um grande nível de organização, ao romper com a fusão entre Direito e Política e dar ao Poder Judiciário um poder extremo na tomada de decisão. Para que esta blindagem do Direito ocorra, é obrigatório aceitar-se que há uma evolução da Teoria das Organizações e o fortalecimento delas, pois Rui Barbosa já denunciava, e está-se de acordo com ele neste ponto, que a condição para a legitimidade da República (está) na legalidade e na reforma das instituições (ROCHA, 1996, p.32). Logo, vislumbra-se que as organizações são o caminho para a legitimidade e a legitimação que, neste instante, começou a ter algum avanço significativo, embora não o ideal.

Apesar disso, essa possibilidade de responsabilização dos governantes em razão do fortalecimento do judiciário e a “clara” separação entre vontade pessoal e julgamento dos magistrados, ou a independência no momento de decidir, devem ser observadas de maneira mais qualificada. Esta observação mais qualificada, já indicada pelos autores, mostrará que isso não passa de um grande acordo entre os sistemas para que se mantenham oficialmente legitimados, mas internamente comprometidos. A partir do momento em que os políticos aceitam este modelo de Sistema Fechado, em que tem seus poderes limitados à funcionalidade

de seu sistema, eles já sabem que devem limitar suas possíveis responsabilizações através da lei que eles mesmos criam.

Assim, repare-se que as organizações judiciárias adquirem apenas uma autonomia procedimental - e elas sabem que é assim. Em troca, dão uma subordinação substantiva, assumindo o compromisso de não impor suas ideias sobre o conteúdo das leis, e, conseqüentemente, abrindo mão oficialmente de qualquer interferência nas políticas públicas. E essa é a grande tensão existente hoje. Compreender isso, compreender esta circularidade, é fundamental para que se possa falar em ativismos, decisionismos ou arbitrariedade. Dito de outro modo: direta ou indiretamente, a política sempre tem influência nas decisões judiciais, e isso não interfere necessariamente na democracia, pois a própria identidade da Sociedade é política, como há algum tempo Rocha (2005, p.120-121) vem afirmando, a partir de seus estudos com Lefort.

Constitui, deste modo, a democracia, na linguagem de Lefort, uma nova forma política, um novo centro de articulação e auto-instituição da sociedade, onde a política não é vista como uma instância autônoma, mas como a *mise en forme* de sentido e encenação social. A própria identidade da sociedade é política. A política é que possibilita a delimitação do espaço de sua autoconstituição. Esta forma de sociedade é democrática devido à possibilidade sem limites da manifestação do direito de falar e ser escutado, que ela engendra. Trata-se de uma forma política articulada a partir do princípio de anunciação de direitos, onde o princípio maior é o direito de enunciá-los.

Então, quando algumas críticas intituladas Novas Teorias do Direito defendem que Direito e Política, e mais especificamente o Poder Judiciário, deveriam ser afastados, isso acaba sendo contraditório para a pregada tese de defesa da democracia. Na verdade é essa abertura que possibilita a garantia da democracia, e um menor número de injustiças, nos termos do que os autores Selznick, Rui Barbosa e Rocha empregam aqui. Como se verá no modelo Responsivo, é essa abertura (sistêmica) que permite a estabilização da democracia em uma Sociedade como a brasileira, dentro da lógica de incluídos/excluídos, anteriormente mencionada.

Portanto, o que se tem no modelo Autônomo, inicialmente, é a ideia de um Sistema Fechado, ao menos em nível formal. Não obstante, Selznick dirá que isso é uma doença para o modelo, este formalismo, este legalismo, porque com o desenvolvimento rápido da sociedade, os fatos jurídicos que as regras permitem observar acabam sendo reduzidos, gerando separação entre reflexão e realidade social.

Esse problema pode ser visto no Brasil, que em tese, dentro dos três modelos aqui analisados, na contemporaneidade, enquadrar-se-ia ainda no Direito Autônomo (em razão dos

fatores históricos antes mencionados), mas que tem decidido ativamente em questões de políticas públicas, rompendo com a ideia de “um juiz togado em seu gabinete cercado de estantes de livros”(SELZNICK; NONET, 2010, p. 14), e isolado dos problemas sociais, demonstrando que se está em um momento de transição. A dinâmica social que ressoa das comunicações não possibilita mais que a organização central do Sistema do Direito fique inerte às falhas da administração, mas claro, isso só será legítimo se ocorrer dentro do procedimento. Sendo o procedimento o coração, a base desta estrutura, mesmo que o julgador queira inovar, isso deve e só pode ser feito dentro do procedimento para adquirir legitimação e legitimidade.

Novamente, somos levados a analisar que a evolução de todo o sistema caminha rumo ao modelo Responsivo, permitindo que a instância superior de decisão do país passe a decidir sobre questões eminentemente políticas (como a perda do mandato dos condenados no “julgamento do mensalão”). Mas mais um vez não se pode negar que a evolução caminha a passos lentos, e que o compromisso permanece: neste caso, por exemplo, o mais alto representante do executivo não foi chamado a julgamento, e sequer testemunhou, embora seja patente que tinha conhecimento dos fatos.

Destarte, embora seja compreensivo que no Brasil ainda hoje se esteja fortemente em um modelo de Direito Autônomo, pelo fato de que quando se vivenciou a experiência de um Sistema Aberto (Repressivo), diversos abusos políticos foram cometidos, é preciso perceber que o Sistema Autônomo enfrenta graves problemas estruturais, como o fato de não se adequar mais à realidade social, e não se preocupar com as consequências de suas decisões e dos acontecimentos (e omissões) da esfera pública, escondendo-se em um véu de neutralidade e de impenetrabilidade de outros sistemas. Um modelo deste porte apenas se mantém em uma sociedade estável, sem novas demandas e sem grandes modificações, que não é mais o caso do Brasil, e tampouco dos Estados Unidos da América (e por isso mudou), onde foi idealizado e descrito.

3- Sistema (Autopoiético) Responsivo

No Brasil, onde o autoritarismo foi o sistema dominante, durante os últimos vinte anos, a democracia é uma questão crucial (ROCHA, 2005, p.119).

Na tentativa de se encontrar um modelo de Direito capaz de ser legítimo, forte e isento de corrupções, mas que permita atender incluídos e excluídos, cuja matriz é capaz de lidar com as tensões e comunicações sociais, sem o uso da força, é que a Sociedade evolui para o

Sistema Responsivo. Este está além dos paradigmas de um Sistema Fechado ou um Sistema Aberto. Em outra perspectiva mais sofisticada, aqui há um modelo de Sistema Autopoietico.

No capítulo final do livro, os sociólogos americanos estabelecem um debate com diversos autores. Porém, neste espaço, parece mais importante acrescentar a este diálogo mais uma matriz de cunho sociológico, “intermediando” um debate entre Philip Selznick e Niklas Luhmann. Isso porque ambos possuem maneiras muito semelhantes de enfrentar os problemas elencados, e no atual estado de complexidade da Sociedade e dos problemas judiciais brasileiros, Luhmann mostra-se um autor mais relevante do que Hart - com suas regras de conhecimento -, Dworkin - e sua moral, lida por Selznick e Nonet (2010, p.92) como comunal -, ou Weber - com sua ideia de organização vinculada a fins e meios e burocracia -, para ficar apenas nestes. Ademais, não há como negar que no Brasil, sempre que se trabalha com estes autores, as análises trazem vícios adquiridos de um cenário de observação parcial que as teorias jurídicas daqui fazem. Ainda, sendo a proposta desta resenha apontar como a sociologia é uma arma eficaz no combate a arbitrariedades, mas capaz de permitir discricionariedade democrática, Luhmann é o referencial mais adequado para o debate.

Neste terceiro Sistema, tem-se uma nova racionalidade jurídica, que visa observar os contextos sociais e os efeitos das decisões, mas não mais em uma racionalidade de fins e meios weberiana (LUHMANN, 2009, p.35-58) do Direito Autônomo, e sim trabalhando a noção de consequência. Aqui, a concepção de justiça formal ou procedimental começa a deixar transparecer as suas fraquezas e falhas, “ajudando a definir o interesse público e empenhando-se na concretização da justiça substantiva”(SELZNICK; NONET, 2010, p.121-122). Para que isso possa ser realizado, é preciso adotar um fundamento basilar da Teoria dos Sistemas Autopoieticos: o fechamento operacional e a abertura cognitiva. Ou, conforme os autores, “nessa reconstrução, a competência cognitiva, a abertura à mudança e o ativismo deviam combinar-se como temas básicos”(SELZNICK; NONET, 2010, p.122). Essa é uma combinação que a autopoiese faz com perfeição.

Nessa senda, a contradição existente entre a necessidade de procedimentos fixos - sendo elemento essencial do Direito o devido processo legal herdado do modelo Autônomo - e interpretação flexível para viabilizar a dinâmica social, com a qual o Sistema Responsivo tem que lidar, é equilibrada pela autopoiese. A autopoiese, de maneira sucinta, é um conceito que emergiu das pesquisas dos biólogos chilenos Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela (2005, p.52) e consiste na autorreprodução e auto-organização dos seres vivos. Para estes biólogos, os seres vivos se reproduzem de forma contínua por si próprios, independente do meio. Luhmann adaptou esta ideia aos Sistemas, para dizer, finalmente, que eles se

autorreproduzem e se auto-organizam, independentemente do ambiente, superando a noção de Sistemas Fechados e Abertos.

Enquanto no Sistema Repressivo o que se via era uma abertura completa e indiscriminada do Sistema Jurídico e de suas instituições, com rápida adaptação às vontades Políticas, e no Sistema Autônomo uma reação contra este modelo, que levou a um fechamento e alta capacidade de ignorar os acontecimentos sociais, reduzindo suas responsabilidades sobre as comunicações emanadas, o Direito Responsivo, na luta entre integridade e abertura, entre se manter e ainda assim ser capaz de atender aos anseios sociais, é pensado a partir da ideia de aprendizagem e de adaptação responsável.(SELZNICK; NONET, 2010, p. 125).

É preciso ver que mesmo aqui permanece a necessidade de legitimação e de legitimidade para o controle e aceitação social. E como visto, quando as instituições são fracas, e seu centro de decisão é focado em determinadas pessoas, e não na organização, isso deixa margem para que qualquer instabilidade leve as pessoas - tanto juízes como cidadãos - a agirem como quiserem. Por isso, um dos passos mais importantes para estabilizar este sistema é o fortalecimento das organizações. É por este motivo que desde o início deste trabalho vem se afirmando que Selznick (na esteira de outros escritos seus), traz aqui, de forma latente, uma Teoria focada nas organizações.

Dentro da perspectiva luhmanniana, as organizações também são uma peça chave de estabilização cognitiva e normativa social. Entretanto, a teoria luhmanniana em relação às organizações, não tem uma abordagem clássica, em que a organização é constituída ou tem sua importância percebida em razão das ações que ela faz, mas sim, o referencial sistêmico observa quais as comunicações e, com isso, decisões que as organizações produzem (LUHMANN, 2010). “La opción adoptada por Luhmann consiste en definir la organización como un sistema cuyos elementos componentes son decisiones. Para esto, debe distinguir entre decisión y acción. (...). Se se usa el concepto de autopoiesis, podría decirse que las organizaciones son sistemas autopoieticos de decisiones”(MANSILA, 2005, p. XXIII-XXIV).

Imediatamente, tem-se no trabalho do Selznick (e também no de Luhmann) uma teoria da aprendizagem, uma noção muito forte de como o Direito aprende. Ele aprende observando os seus efeitos na Sociedade que pode lhe dar informações preciosas para processos de autocorreção. Por mais que se tenha problemas em se questionar certa legitimidade para algumas práticas decisórias, este é um mecanismo que não rompe totalmente com a integridade, porque ele quer, a partir da análise de políticas públicas, de movimentos sociais, colocar em pauta mecanismos que podem oferecer novos campos de conhecimento.

Mas de fato existe uma agitação muito grande quando se fala em abertura para o novo, modificações, flexibilidade, pois isso leva a um aumento da insegurança e ao aumento do risco, mormente quando o modelo anterior era fortemente positivista, com baixo nível de risco e com fidelidade à integridade da lei e à posição de submissão dos julgadores. Para encontrar-se o equilíbrio é que o fortalecimento das instituições foi necessário, pois elas são, paradoxalmente, o caminho para se gerenciar o risco e permitir que se coloque em prática a capacidade de adaptação e aprendizagem (lida como capacidade de observar e modificar-se com seus erros) do Sistema.

E todo este aparato se faz necessário justamente porque não há a possibilidade de se pensar em Direito unidimensional, em hierarquia de normas ou em casos/decisões isolados e princípios como uma forma de fechar a interpretação, como grande parte da doutrina jurídica que trabalha com a decisão judicial o faz. No atual momento histórico, surge a necessidade de se reconhecer diferentes expressões de Direito, diferentes fontes de Direito e noções epistemológicas mais refinadas que apresentem um desafio intelectual aos estudiosos. Diante disto, outra relação não usual que se pode estabelecer, além da feita pelos autores com as regras de reconhecimento secundárias de Hart, é com a noção de hiperciclo delineada por Teubner (1989). Nesse ponto, a teoria de Teubner também não trabalha com a ideia de direito unidimensional, justamente por dizer que, se é possível reconhecer diferentes expressões de Direito, de organização do Direito, isso se dá pelo fato de que todas elas, quando apontam que ali há Direito, que ali existe Direito, chegam a certos acordos ou práticas sobre quais critérios vão ser operados e comunicados para decidir o que será o Direito. Por isso, esse segundo nível, esta institucionalização que a regra de reconhecimento (ou do hiperciclo trazido por nós) permite, será nesta perspectiva boa, exatamente porque ela define pouco, ela é pouco analítica, e, ao mesmo tempo, tem capacidade de flutuação e adaptação dentro das conjunturas do Direito e da Política. Este é um dos motivos pelos quais é feita nesta releitura uma conexão com a autopoiese e, neste ponto específico, com o hiperciclo.

Assim, “não nos deve surpreender, portanto, que o crescimento do consequencialismo no direito torne cada vez mais difícil distinguir a análise jurídica da análise de políticas (WEBBER, ROCHA), a racionalidade jurídica e outras formas de tomar decisões”(SELZNICK; NONET, 2010, p.133). O Direito Responsivo é orientado para resultados. Sendo voltado para resultados, ele necessariamente necessita do instrumental da sociologia, da pesquisa empírica, pois apenas elas são capazes de apontar resultados de maneira séria e sólida. Elas são capazes de conectar, de acoplar os sistemas necessários a serem envolvidos, por exemplo, na tomada de uma decisão sobre a concessão de

medicamentos, via Poder Judiciário, ou, seguindo o exemplo dos autores, sobre o fechamento de uma fábrica por poluição ambiental, em detrimento de milhares de empregos (SELZNICK; NONET, 2010, p.137). Aqui, será possível explorar meios alternativos, dentro das disposições legais, para esta tomada de decisão.

Mais do que isso, ao se observar um processo de tomada de decisão nestes moldes, neste modelo preocupado com os resultados de suas decisões, não serão de maior relevância casos isolados, decisões fora do padrão sem grande relevância comunicacional (que podem ser contidas pela estrutura da organização). O que irá provocar mudanças dentro deste processo de aprendizagem é a quantidade de pessoas afetadas por esta decisão. Pois é justamente por isso que o Sistema Responsivo (e neste ponto se aproximando do Repressivo) tem forte conexão com o Sistema Político. Como é mais focado no resultado concreto de suas decisões, caso seja preciso, ele se mostra disposto a mobilizar recursos do Sistema da Política para lhe auxiliar na modificação da situação, sem problemas de legitimação, de perda de poder ou de corrupção. Pelo contrário, é isso que o fortalece, sem necessitar do uso da força ou da coerção, como faz o Repressivo. Tal diferença é possível, porque sua abertura cognitiva e seu fechamento operacional permitem esse jogo, a partir do fortalecimento das instituições.

Ao que se pode ver, neste modelo em que a retórica da democracia é fortificada, diante da pluralidade de fontes e das formas de participação popular, “a democracia não é um regime político, mas uma forma política integral (cultural, econômica e social) da sociedade. A democracia está ligada à ideia de 'construção da sociedade'” (ROCHA, 1996, p.27). Portanto, a própria democracia evolui, não é estanque.

Ao colocar isso no plano constitucional e defender uma padronização procedimental hierárquica, está-se ainda em um discurso positivista, apenas temperado com uma valorização adjetivista e moralista de que é um positivismo do bem, ou positivismo legal, porque vem de um Estado Constitucional, mas que se for mantido indiferente às condições e consequências sociais, deixa de ter qualquer capacidade de resposta social. Diferentemente do que se espera que ocorra em um Direito (Autopoiético) Responsivo, no qual

questões como orientação por fins, hierarquias, racionalidade, vinculação de membros por diretivas, ou qualquer outra característica anteriormente utilizada como critério de constituição de organizações, tornam-se secundárias frente à concepção de organização como sistema constituído por decisões. Sua operação distintiva é a produção (comunicação) de decisões (ROCHA; AZEVEDO, 2012, p.202).

Portanto, pensar que apenas o legislativo pode “fazer justiça” e ser democrático hoje, não podendo o Poder Judiciário interferir em Políticas Públicas ou julgar “além da lei”, devendo apresentar respostas certas sem inovar em suas decisões, é uma observação muito restrita e parcial, para não dizer falha, ingênua, conservadora e equivocada.

Considerações Finais

Como pode ser visto ao longo do artigo, a obra que se escolheu analisar aqui contém um discurso sofisticado sobre o Direito e a Sociedade e aponta como a sociologia pode fornecer uma maneira de solucionar a tensão existente em torno do ativismo, discricionariedade ou arbitrariedade judicial, que se respaldado na pesquisa empírica é necessário, e, no sentido colocado por Leonel Severo Rocha, democrático. Como apontou-se, um modelo de Direito legítimo, forte e isento de corrupções, que permite atender incluídos e excluídos, sem o uso da força, e com alto nível de responsabilidade das organizações, pode ser encontrado no Sistema Autopoietico Responsivo. Já a sociologia, passa a ser um importante instrumental para enfrentar a crise de legitimidade da tomada de decisão.

Basicamente, foi esta a noção que se pretendeu passar nos três pontos principais do texto. Neste espaço final, porém, ainda cabem mais algumas considerações. No ponto um, o que se pode perceber foi um modelo de Sistema Aberto, em que o Direito é transpassado pela Política e pela vontade de qualquer governante, sendo submisso a outras instituições que não as jurídicas. Por isso, mostrou-se deficitário e inadequado ao longo dos anos, necessitando a constante utilização da força para ter alguma forma de aceitação.

Já no capítulo dois, o Direito Autônomo parece ser uma forma ideal de Sistema (fechado), pois, em tese, garante fortemente a democracia e os direitos dos cidadãos. O engano está no fato de que a separação de poderes, tão veementemente pregada, na verdade ocorre apenas oficialmente, mas, de fato, as decisões jurídicas acabam sendo influenciadas pela política e pela vontade de governo. O mais grave é que este modelo é extremamente conservador, e exatamente por isso não consegue dar conta da complexidade social que lhe irrita a todo o momento.

Por fim, no terceiro enfrentamento dos modelos trazidos por Selznick e Nonet, pode-se construir uma observação com base na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Isso porque o Sistema Responsivo, visto nesta perspectiva, guarda muitas relações com a autopoiese e com a possibilidade de se pensar a redução de complexidade da sociedade através da tomada de

decisão a partir de organizações.

Portanto, aqui ficou demonstrado que ponto o chave para o enfrentamento das comunicações sociais é a ideia de Sistema. Mais do que isso, em termos de Direito, é a noção de Sistema Responsivo, que aqui parece mais adequado ser denominado de Sistema Autopoiético Responsivo. De tal maneira que com ele se pode reconhecer as variáveis da relação do Direito com a Sociedade e com o próprio Direito, em uma relação de comunicações entre Sistemas, que permite observar, por exemplo, como Política e Direito se relacionam.

Nessa ordem de ideias, cabe salientar mais uma vez que as três formas de Sociedade apresentadas (Repressiva, Autônoma e Responsiva) não são excludentes. Isso seria incorrer em um grande engano, que vai contra a própria formulação teórica apresentada, que, apenas lembrando, é embasada na aprendizagem. A modificação apresenta-se no sentido de que eles apenas têm capacidades estruturais de se diferenciarem e prioridades diversas. Assim, há um modelo evolutivo, e não excludente.

Nesse sentido, entre as relações que foram estabelecidas ao longo da releitura de Direito e Sociedade, emerge a necessidade de que se denuncie que é possível promover o diferente, é preciso decidir de maneira inovadora dentro de uma organização, e isso só será corrupção quando violar pressupostos do Sistema, quando violar expectativas de muitos cidadãos, mas não quando for um membro de uma organização que decide isoladamente afetando pessoa X.

Nesta linha, beira ao absurdo falar-se em uma perspectiva unidimensional do Direito na contemporaneidade, como a Corte Superior mencionou há poucos dias em julgamento de grande importância para a democracia. Na verdade, há uma policontextualidade, e a abordagem sociológica tende a tratar a experiência jurídica do Direito como uma variável contextual - o que é derrubado quando o Direito é tratado de forma unidimensional, tornando-o incapaz de reduzir e gerenciar complexidade e risco. Pensar em Direito Unidimensional é dizer que ele possui atributos que seriam invariáveis, regressando ao positivismo exegético e ao jusnaturalismo como perspectivas de análise.

Revela registrar novamente: a sociologia é atualmente o grande inimigo do positivismo, do neopositivismo e da perspectiva formalista conservadora, que é arcaica, porque é ela que de alguma forma tenta reconhecer claramente a possibilidade desta questão conjectural e não unidimensional do Direito, permitindo uma maior flexibilidade das observações e da tomada de decisão, de maneira a reforçar a democracia, sem dar margem para que surja a pergunta clássica: “isso não pode levar a ativismos?”. Em termos

sociológicos, que é a base aqui adotada (e já justificada inúmeras vezes), esta pergunta seria respondida da seguinte forma: “sempre há o risco de ativismo, pois, de qualquer forma, existe a possibilidade de influências e corrupções”.

O fato é que esta pergunta é colocada de forma equivocada, em um contexto inadequado, e quem a coloca espera uma resposta precisa e cheia de segurança, contraditoriamente, em uma sociedade que gira sob o prisma de incerteza e da insegurança, e que apenas por isso abre margem para a pergunta inicial (se houvesse apenas segurança, não haveria que se falar em ativismo). Na verdade, a preocupação de quem coloca esta pergunta é se o Judiciário não pode vir a começar a decidir sobre políticas públicas, sobre questões que não estão bem esclarecidas por outros Sistemas, dentro dos limites do Direito, e, sobretudo, se há o risco de não haverem respostas corretas (ou seja, seguras e previsíveis) para os seus casos. Sendo essa a preocupação, a resposta a ser dada é que o Poder Judiciário não ficar restrito a respostas seguras e conservadoras não é ativismo, e muito menos fere a democracia. O papel do Direito, através de suas organizações, é decidir, e para decidir dentro de um excesso de possibilidades e riscos é preciso inovar, desde que respeitada a legitimação. E isso acontece quando esta organização, observando as consequências de suas decisões, assim o faz. Em outras palavras, esta forma de tomada de decisão das organizações permite que a democracia seja fortalecida através de diversas articulações possíveis e necessárias entre Política e Direito (Responsivo).

Referências Bibliográficas

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.*

CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.*

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, CLaudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. México: Universidad Iberoamericana, 1996.*

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.*

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011.*

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

- _____. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Editora Vozes, 2009
- _____. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- _____. *Organización y decisión*. Tradução de Darío Rodríguez\Mansilla. México: Herder, 2010.
- MANSILLA, Darío Rodríguez. Nota a la versión en español. IN: LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Barcelona: Anthropos, 2005.
- MATURANA, Humberto R., VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. Tradução de Humberto Marioti e Lia Disckin. 5. ed. São Paulo: Palas Atenas, 2005.
- REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROCHA, Leonel Severo. *A democracia em Rui Barbosa*. IN: *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos* (Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC), número 32, volume 17. Florianópolis, 1996.
- _____. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2º ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.
- _____. O sentido político da Teoria Pura do Direito. IN: *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos* (Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC), número 09, volume 05. Florianópolis, 1984.
- _____; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica. IN: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (Recht)*. v. 4, número 02. julho/dezembro, 2012.
- _____; WEBBER, Suelen. *Um eterno retorno: a (i)legitimidade sistêmica da tipificação dos delitos de trânsito no Brasil*. Diálogo e Entendimento - URI. (no prelo).
- _____; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SELZNICK, Philip; NONET, Philippe. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.
- TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989.
- WARAT, Luis Alberto. Um título à moda antiga, sem nenhuma poesia. IN: *A digna voz da majestade: linguística e argumentação jurídica, textos didáticos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.