

# DA FILOSOFIA DO DIREITO À SOCIOLOGIA DO DIREITO DO SÉCULO XXI E A INFLUÊNCIA NA ATIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

## THE PHILOSOPHY OF RIGHT TO SOCIOLOGY OF LAW CENTURY AND INFLUENCE IN ACTIVITY OF THE JUDICIARY

*Andréia Garcia Martin*<sup>1</sup>

**RESUMO:** Através do presente esboço se pretende abordar a evolução da sociedade e do pensamento partindo de análises filosóficas, desde os primórdios da humanidade até a contemporaneidade, com reflexões epistemológicas acerca do estudo das relações entre o direito e a realidade social circundante, fixando-se na sociologia do direito mais disseminada na atualidade. Estabelecer-se-á, inicialmente, as ligações entre a filosofia e a sociologia do direito que possibilitou seu desenvolvimento, bem como suas influências recíprocas. Travando-se como porte fundamental as teorias sociológicas jurídicas contemporâneas e sua relevância e extensão na atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário na atualidade, tendo como embasamento algumas recentes decisões do STF que apresentam um posicionamento mais *sociológico* da Corte.

**PALAVRAS-CHAVE:** Filosofia do Direito; Sociologia do Direito; Teorias Sociológicas Jurídicas; Teoria dos Sistemas; Decisões do STF.

**ABSTRACT:** Through this draft is intended to address the evolution of society and thought starting from philosophical analyzes, since the dawn of humanity to the contemporary, with epistemological reflections on the study of the relationship between the right and the surrounding social reality, settling in sociology the most widespread right today. Establish shall be initially the links between philosophy and sociology of law which allowed its development as well as their reciprocal influences. Waging as a fundamental legal-sized contemporary sociological theories and their relevance and extension in the activity developed by the judiciary today, having as basis some recent decisions of the Supreme Court who have a more sociological position of the Court.

**KEYWORDS:** Philosophy of Law; Sociology of Law; Legal Sociological Theories; Systems Theory; Decisions of the Supreme Court.

### INTRODUÇÃO

A sociologia no percorrer da história caminha lado a lado com a filosofia, pois aquela é isenta de autonomia científica suficiente para desta se apartar. Assim, vislumbra-se que a sociologia somente toma ares de ciência, propriamente dita, a

---

<sup>1</sup> Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto –UNIRP. Mestra em Direito pela Instituição Toledo de Ensino –ITE/Bauru. Doutoranda em Direito pela PUC/SP. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV.

partir do crescente aprofundamento da própria filosofia que agora se encontra mergulhada em assuntos sociais.

Desde os filósofos da antiguidade já se admitia a constante evolução que era premente ao homem e ao meio em que vive, como se depreende do célebre pensamento de Heráclito de Éfeso, em que o eterno fluir era uma característica imanente de todos os homens e de tudo que o circundava, nunca retornando a um *status* ou a uma situação vivida.

Desta maneira, admite-se, também, que um indivíduo ao ser rodeado por outros indivíduos promove uma esfera de relacionamento com estes, que se expande e complexifica com a crescente mutação da realidade. Ao se depara com essa imagem, o homem visualiza a necessidade de estudar mais a fundo as interrelações sociais, bem como vinculá-las a uma ordenação que impeça eventual conflito que possa surgir.

A partir deste momento surgem diversas teorias que tentam explicar a sociedade por ela mesma, sendo o direito um instrumento a serviço desses teóricos para proporcionar positividade ao seu pensamento.

Chegando até os sociólogos do direito da contemporaneidade, que se enquadram como conservadores, adotando a teoria dos sistemas sociais para explicar os fenômenos sociais, abdicando de todo pensamento sociológico clássico e inculcando na atualidade um pensamento repleto de *socialidade*. Sob este panorama, tentar-se-á explicar a influência da sociologia do direito contemporânea na atividade do Poder Judiciário, tomando como fundamento algumas recentes decisões do STF.

## **1 ESCORÇO EVOLUTIVO: DA FILOSOFIA AO PRELÚDIO DA SOCIOLOGIA**

Inicialmente, faz-se necessário reportarmos ao aforismo de Aristóteles que diz: “o homem só ou é um bruto ou é Deus”. Portanto, desde as épocas mais remotas da história da humanidade os filósofos constatavam que o estado social é o estado de natureza dos homens, que sempre esteve inserido num conjunto de pessoas, tendo, desde suas origens, como núcleo mínimo a própria família. Portanto, é da índole do próprio homem a inclinação para a vida social.

Dessa forma, apesar de não haver um estudo, e até mesmo a consideração de que a sociedade merecesse mais atenção, foi obra da filosofia *carregá-la* até o século XIX para que ganhasse efetivamente ares de ciência (sociologia), com autonomia estrutural e metodológica.

No período compreendido por medieval ou teológico, a elucidação da sociedade não se dava pela associação de pessoas, mas sim por um *Ser superior*, Deus. Período, este, que permaneceu além dos muros da Idade Média, chegando até seu período posterior, a Idade Moderna.

Já na Idade Moderna, com a instauração o movimento Renascentista, se fomentou a possibilidade de elucidação social que fosse mais adequada à própria vinculatividade a realidade da sociedade. Assim, temos que o Renascimento foi a fase que marcou a transição entre a metafísica medieval e a moderna.

Com o fim do absolutismo, o apogeu da classe burguesia levou consigo um adágio que se fecha em si próprio, auto-referencialmente, voltado apenas a legitimação desta categoria que estava se estabilizando economicamente. Repudiava-se a teologia, buscando a edificação de uma metafísica fundada na razão individualista.

### 1.1 Filósofos da Pré-Sociologia

Nesta época de transição, o baluarte que se utilizava na tentativa de explicar a sociedade girava em torno da ideia teológica, advinda do Absolutismo e, uma ideia burguesa, proveniente do individualismo Iluminista.

Diante das divergências ocasionadas por estes dois ideais dar-se-á ao Iluminismo um estigma que se assemelha a um tipo de metafísica. A razão expressada pelos iluministas não advém da cultura, nem é apanhada através de um conhecimento de mundo, nem de um interrelacionamento com as demais pessoas na sociedade. Ou seja, contraria qualquer dinâmica proveniente do meio social, ela é estática, imutável, e não se sustenta na sociedade, mas em cada indivíduo, separadamente.

Este é o chamado individualismo, que, diferentemente que dantes era vislumbrado, neste patamar, conflita com a forma na qual os modernos descrevem a sociedade. Neste panorama, abrolha a teoria do contrato social, que fundada no intuito de favorecer a burguesia será um ideal tipicamente da idade moderna.

Esse novo pensamento defende que “o essencial desta teoria do contrato social apregoa que o homem, por natureza, não é social. Pelo contrário, essa teoria apregoa que o homem, por natureza, é individual, vive sozinho, isolado. A sociedade, portanto, não seria natural nem necessária aos indivíduos”.<sup>2</sup>

Contudo, em que pese esta moderna explicação, contrapondo-se a dos medievais, esta ainda é insuficiente para explicar a sociedade por ela mesma, haja vista que fulcrada no indivíduo não estabelece parâmetro para o todo social, por esse motivo, os filósofos modernos são chamados de pré-sociólogos.

Os modernos iluministas de ideias contratualistas afirmaram, ainda, que a sociedade, para se organizar institucionalmente, necessitará constituir o Estado como um ente à parte da vida social dos indivíduos, a quem compete a gerência política da sociedade. Desta forma, habitua-se chamar a sociedade, pela teoria iluminista, de *sociedade civil*, assim como há uma esfera que se encarrega do governo, o Estado, que seria então a sociedade política<sup>3</sup>.

Dentro deste quadro pode-se estabelecer campos distintos dessa sociedade segmentaria moderna. Uma que diz respeito ao indivíduo em si, como ser isolado, abjeto da sociedade. Uma segunda que seria a sociedade civil, decorrente do contrato social. E uma última que seria a sociedade em suas funções de governo e políticas, que favorece a burguesia, porque a restringe a seus interesses individuais impedindo e limitando a ação social.

A afinidade entre indivíduo e sociedade no pensamento de Rousseau é muito peculiar quando comparada com o pensamento dos demais filósofos de sua época (como Locke, Kant ou mesmo Montesquieu). Pois, segundo Rousseau, não se versa em afirmar que existiam campos de interesses diversos, e que, numa delas, o indivíduo vivia livre e, posteriormente afastou-se desta liberdade, vislumbrando um bem maior para a sociedade e para o Estado. Entretanto, não é essa a questão, haja vista que o intuito do contrato social de Rousseau é propositivo, ou seja, não visa descrever as relações em sociedade. Primeiramente, o indivíduo “deve ser livre, e por isso não pode encontrar, na figura do Estado, um terceiro que lhe seja diferente.

---

<sup>2</sup> MASCARO, Alysson Leandro. **Lições de Sociologia do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 59.

<sup>3</sup> MASCARO, Alysson Leandro. **Lições de Sociologia do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 61.

Ao inverso, o indivíduo deve encontrar no Estado a concretização de seu próprio interesse e do interesse de todos”.<sup>4</sup>

Assim, a concretização do interesse de cada indivíduo buscando o interesse de todos nos traz a ideia de *vontade geral*. Haja vista que ao se interrelacionar, indivíduo e Estado, não se busca o bem somente àquele indivíduo, busca-se a abrangência de uma vontade que seja da coletividade, da sociedade como um todo, daquilo que seja estanque às necessidades de todos. Apesar deste ser o entendimento de *sociedade máxima* do pensamento de Rousseau, ele admite que seja a própria sociedade que promove e fomenta as mazelas do Estado Moderno, tais como injustiças, desigualdades e arbitrariedades.

Assim, Rousseau entende que somente albergando-se essa vontade geral é que se resgatará o real papel da sociedade que seria um bem maior a todos os indivíduos que adota concomitantemente os valores da igualdade e da justiça. Portanto, é por meio do contrato social que se faz brotar a vontade geral, pois aquele contrato firmado entre os indivíduos como um meio de controle, recaindo sobre as várias vontades individuais, faz perdurar o que seja melhor a todos de uma sociedade, onde cada um dos indivíduos plenamente se realizará.

Dessa forma, Rousseau substituiu um racionalismo puramente teórico, por um racionalismo ético:

Porque Rousseau é um autêntico filho do Iluminismo quando o combate e o supera. Seu evangelho do *sentimento* não significa uma ruptura, porque não atuam fatores puramente emotivos, mas atuam convicções autenticamente intelectuais e morais. Com a sentimentalidade de Rousseau não se abre brecha para um mero *sentimentalismo*, mas para uma força e vontade éticas novas.<sup>5</sup>

O pensamento de Rousseau se distingue de seus pares que adotam as ideias liberais burgueses. Afasta-se da concepção do individualismo e se aproxima sugestivamente da moderna concepção de sociedade que tem o condão de analisá-la por ela mesma, que será característico da futura ciência social do século XIX.

O modelo de contrato social podia apoiar-se na evidência de que a moderna sociedade de troca garantia às pessoas privadas autonomia e igualdade através da participação no intercâmbio econômico. Esse caráter da sociedade civil, que

---

<sup>4</sup> MASCARO, Alysson Leandro. **Lições de Sociologia do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 63.

<sup>5</sup> CASSIER, E. **Filosofia da Ilustración**. México: Fondo de Cultura Económica, 1950, 302.

garantia espontaneamente a liberdade, parecia necessitar apenas da declaração de direito formal.<sup>6</sup>

Rousseau parte do incremento de indagações de sua filosofia social com entendimentos expressivos a respeito das funções que o direito assumiria em decorrência do contrato social. Os indivíduos sujeitar-se-iam a perder a liberdade civil para ganhar a individualidade civil, ou seja, tornam-se cidadãos, como parte do *corpo político*, concebem-se cidadãos. Assim, enquanto se sobrepujam pelo direito formal (leis) e pelo domínio do governante que os representa sendo chamados de súditos, por outro lado, são tidos por cidadãos do Estado.

## 1.2 Os “Pais” da Sociologia

Pelo sucedâneo acima elucubrado, culmina-se que foi por influência de Hegel que começa a surgir o grande projeto contemporâneo de explicação da sociedade por ela mesma. Pois, entendendo a sociologia “a partir da acepção que leva em conta a realidade como o grande elemento de compreensão social”,<sup>7</sup> pode-se afirmar que é a partir de Hegel que se tem o prelúdio da sociologia.

Nesse contexto, aos intelectuais alemães coube oferecer uma resposta – uma doutrina filosófica – que recuperasse os ideais que defendiam e buscasse superar a discrepância entre aqueles ideais e a situação histórica em que se encontravam. Assim, as principais características do pensamento hegeliano devem ser entendidas sob a perspectiva de um movimento filosófico que permitisse a libertação do homem como sujeito autônomo, capaz de dirigir seu próprio desenvolvimento, sob a égide dos ideais revolucionários de 1789.<sup>8</sup>

O hegelianismo, enquanto sistema filosófico, não pode se separar de seu caráter dialético, na medida em que é a dialética que expressa o movimento constante e complexo a que está submetida toda a realidade. Para apreender o movimento do mundo, o pensamento deve submeter-se aos procedimentos que orientam o desenvolvimento das coisas, sendo o próprio pensamento também dialético. A dialética, portanto, está nas coisas e no pensamento, já que o mundo real e o pensamento constituem uma unidade indissolúvel, submetida à lei universal

---

<sup>6</sup> HABERMAS, Jünger. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 67.

<sup>7</sup> MASCARO, Alysson Leandro. **Lições de Sociologia do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 65.

<sup>8</sup> ANDERY, Maria Amália, *et al.* **Para compreender a ciência**. São Paulo: EDUC, 1988, p. 364.

da contradição. O processo de transformação, como um todo, expressa-se num movimento constante e contraditório que constitui, essencialmente, a dialética.<sup>9</sup>

Embora seja de Hegel que Marx retira a noção de contradição, em Hegel a contradição se dá primordialmente no pensamento, ao passo que em Marx ela existe no pensamento, constitui sua lógica, porque aí se reflete o real; portanto, a contradição existe antes, primeiro, como parte do real. Assim, as categorias do pensamento são elaborações construídas a partir dos fenômenos concretos, expressam tais fenômenos e relações, mas não podem ser trocadas por eles não os substituem e não os constituem.<sup>10</sup>

A ocasião que promoveu a superação da filosofia iluminista se deu em momentos diferentes dentre os vários países que sofreram sua influência. Enquanto na Alemanha no final do século XVIII e início do século XIX as doutrinas iluministas do contratualismo e do individualismo já eram subjugadas. Na França tal superação só ocorreu mais tarde, nos finais do século XIX, em que a elevação da sociologia como disciplina e ciência autônoma faz cair por terra todos os preceitos iluministas, que tinha a metafísica como um dos pilares da explicação social.

Esse novo panorama francês foi proporcionado por August Comte e Émile Durkheim. Abordando inicialmente o pensamento de Comte, entende-se que:

Para Comte o desenvolvimento da humanidade, que passa pelos três estados (o teleológico, o metafísico e o positivo), resume-se, essencialmente, no desenvolvimento do espírito, do conhecimento. Nesse desenvolvimento, as estruturas básicas da sociedade – a família, a propriedade, a religião, a linguagem, a relação do poder espiritual e do poder temporal – matam-se, fundamentalmente, inalteradas. Essas estruturas são consideradas definitivas e básicas em qualquer estágio do desenvolvimento social, só ocorrendo, na passagem de um momento a outro, aperfeiçoamentos em cada uma delas. Assim, mais uma vez, Comte subordina a dinâmica a uma estática, subordina o progresso à ordem; o progresso é um mero deslocamento, um mero aperfeiçoamento de estruturas que são perenes e imutáveis. A sociologia caracteriza-se, então pela preocupação em descobrir que leis governam a sociedade e não pela preocupação com a sua transformação.<sup>11</sup>

Neste diapasão, Comte ainda nos esclarece o importante papel desempenhado pela filosofia no quadro evolutivo da humanidade:

Não se pode primeiramente desconhecer a aptidão espontânea da filosofia a constituir diretamente a conciliação fundamental, ainda procurada de tão várias maneiras, entre as exigências simultâneas da ordem e do progresso. Basta-lhe, para isso, estender até os fenômenos sociais uma tendência plenamente conforme a sua natureza e que tornou agora muito familiar em todos os outros casos essenciais. Num assunto qualquer, o espírito positivo

<sup>9</sup> ANDERY, Maria Amália et al. **Para compreender a ciência**. São Paulo: EDUC, 1988, p. 366.

<sup>10</sup> ANDERY, Maria Amália et al. **Para compreender a ciência**. São Paulo: EDUC, 1988, p. 410.

<sup>11</sup> ANDERY, Maria Amália et al. **Para compreender a ciência**. São Paulo: EDUC, 1988, p. 390.

leva sempre a estabelecer exata harmonia elementar entre as ideias de exigência e as ideias de movimento, donde resulta mais especialmente, no que respeita aos corpos vivos, a correlação permanente das ideias de organização com as ideias de vida e, e, seguida, graças a uma última especialização peculiar ao organismo social, a solidariedade continua das ideias de ordem com as ideias de progresso.<sup>12</sup>

Dessa forma, pode-se depreender que tanto a perspectiva e as sugestões de Comte para a sociedade são inteiramente lógicas com seu entendimento de que a modificação, a evolução, e o desenvolvimento são diretamente ligados ao próprio incremento evolutivo do espírito. Adéquam-se coerentemente à compreensão que acastela a ação pela mutação conjecturalmente ligadas com a luta pela evolução e pelo incremento das ideias e da própria moral.

Ora, o homem é, naturalmente, um ser social e histórico e o que leva esse homem a transformar a natureza, e, nesse processo, a si mesmo, é a satisfação de suas necessidades. “A satisfação desta primeira necessidade (a necessidade de comer, vestir, ter um teto etc.), a ação de satisfazê-la e a aquisição do instrumento necessário para isto conduz a novas necessidades, e esta criação de necessidades novas constitui o primeiro fato histórico”.<sup>13</sup>

Com Émile Durkheim tem-se o apogeu da Sociologia, ou seja, quando ela é definitivamente elevada ao nível de uma ciência autônoma. Deu-se no fenecer do século XIX e início do XX em que se fomentou a nova concepção de Sociologia, tendo como íntima interligação o momento do ápice da própria lógica do positivismo, desejava uma sociologia que fosse pensada a partir da própria sociedade.

Em Durkheim, sua reflexão se volta para a última relação entre o direito e a sociedade, destacando a constância e a solidez do direito enquanto organização social. Além de problematizar a ordem social, entendendo que só se cessará tal problema com a existência no âmbito da sociedade geral de um conjunto de normas que regulará a ação dos indivíduos. Por meio de seu arcabouço funcional estruturalista de controle social, que baseado no consenso dos indivíduos a respeito do direito, tendo por símbolo a coesão social, que é decorrência do tipo de solidariedade. Durkheim entende que a solidariedade prevalente neste estágio da sociedade, para que fomente a coesão social como orgânica, pois é por meio dos vários tipos de funções que cada indivíduo desempenha que a sociedade, bem

---

<sup>12</sup> COMTE, August. **Discurso sobre o espírito positivo**, 2. parte, X, 1848.

<sup>13</sup> MARX, Karl; ENGELS, Frederich. **La ideologia alemana**. México: Pueblos Unidos, 1985, p. 29.



como seus membros, se agrupa e promove o desenvolvimento. Dessa forma, o direito seria importante para limitar as ações individuais em nome da coesão social.

Por essa linha graduada do conhecimento sociológico manifesta-se a evolução da espécie, com a elucidação nos termos da sociedade. De tal modo, quanto mais primitivo o pensamento, mais ele está voltado às discussões religiosas. Em contrapartida, quanto mais elevado, mais o pensamento congrega os dados da ciência. Por essas razões afirma-se que a sociologia seria apenas reflexo da Idade Contemporânea, em virtude dos avanços significativos que se obteve em várias áreas do saber.

## 2 SOCIOLOGIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEA

Os filósofos/sociólogos do direito Niklas Luhmann e Jünger Habermas são um dos maiores expoentes da sociologia do direito contemporânea conservadora.

Assim, desde os três séculos anteriores ao século XX a preocupação constante dos filósofos ao mergulharem na sociedade era explicar os fenômenos sociais, ou os fatos sociais (Durkheim), através da própria sociedade, porém imbuída em uma alcova de normatização.

Assim, “de Hobbes até Hegel, a categoria do direito foi utilizada como uma chave capaz de mediar todas as relações sociais”.<sup>14</sup> Uns falavam em contrato social, outros de diferenciação do trabalho, que nada mais significava que a inserção do direito no âmago da sociedade com o intuito de ordenar, coordenar e estabilizar suas relações. “As figuras do pensamento jurídico pareciam suficientes para desenvolver o modelo de legitimação de uma sociedade bem ordenada. A sociedade correta era a que estava ordenada de acordo com um programa jurídico”.<sup>15</sup>

Dessa forma, contrários a todo pensamento sociológico clássico, na visão dos sociólogos do direito contemporâneos a sociedade só pode ser explicada somando-se a totalidade de suas relações, e fundadas exclusivamente em um mecanismo que as vincula a certos padrões, que seriam proporcionados pelo direito.

Diante da crescente complexidade da sociedade hodierna toma-se a sociologia contemporânea conservadora a mais acertada para explicar os fenômenos sociais,

---

<sup>14</sup> HABERMAS, Jünger. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 66.

<sup>15</sup> HABERMAS, Jünger. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 66.

plasmadas no direito por meio da teoria dos sistemas sociais, que passa-se a analisá-las.

## 2.1 Sociedade moderna e complexificada em Luhmann

Niklas Luhmann, sociólogo alemão, com o condão de elaborar uma teoria sociológica em consonância com o alto grau de complexidade da sociedade moderna, faz a inserção da teoria dos sistemas nas ciências sociais, o que o tornou o principal alvitre de uma *sociologia dos sistemas*<sup>16</sup>. Tendo esta, por ponto de partida um pressuposto metodológico particular, característico, incompatível com as análises clássicas, donde se coloca a realizar deduções e constatações sociais, buscando compreender as estruturas que permeiam a sociedade.

Nessa sociedade altamente complexificada faz-se necessário a aplicação da Teoria dos Sistemas para se tentar reduzir a complexidade. Segundo Campilongo:

A reflexão de Luhmann suscita os efeitos de uma contestação devastadora: ela despedaça as certezas sedimentadas pela ciência jurídica, as pretensões da engenharia social baseadas no conhecimento do direito ou sobre o cálculo das consequências das decisões e tira o véu das grandes construções conceituais da ontologia jurídica e da metafísica.<sup>17</sup>

Para Luhmann, as teorias sociológicas clássicas são insuficientes para serem aplicadas em uma sociedade moderna em constante avanço, dever-se-ia, então, fazer uso de uma teoria que tem por base os sistemas sociais, pois, esta sim, seria apta para lidar com as complexidades da sociedade.<sup>18</sup> Ele observa a teoria dos sistemas como uma doutrina que analisa a complexidade<sup>19</sup> da sociedade hodierna e busca amortizá-la. Luhmann proporciona, assim, “a configuração de um novo ‘estilo científico’, mais apto à compreensão das atuais sociedades complexas que vivemos”.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Porém, a ideia de uma teoria dos sistemas aplicada à sociologia não é unicamente de Luhmann, houve outros; um em especial, Günther Teubner, posterior a ele, que promoveu a continuidade dessa linha de pensamento sociológico.

<sup>17</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 194.

<sup>18</sup> ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistemas autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 51.

<sup>19</sup> “Complexidade deve ser entendida aqui e no restante desse texto como a totalidade das possibilidades de experiência ou ações, cuja ativação permeia o estabelecimento de uma relação de sentido”. (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983).

<sup>20</sup> ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. **Revista Sequência**. Florianópolis: CPGD-UFSC, ano 15, n. 28, jul., 1994, p. 10.

Sugere ainda Luhmann, que o funcionamento da sociedade se dê de modo diverso das relações subjetivas ou mesmo intersubjetivas, haja vista que a vida social tem funcionamento e lógica distintos dos indivíduos, porque aquela é capaz de edificar um corpo estruturado, isto é, desenvolver um sistema social, que diverge, sobremaneira, dos indivíduos.

A sociedade é aquele sistema social cuja estrutura regula as últimas reduções básicas, às quais os outros sistemas sociais podem referir-se. Ela transforma o indeterminado em determinado, ou pelo menos em uma complexidade determinável para outros sistemas. A sociedade garante aos outros sistemas um ambiente por assim dizer domesticado, de menor complexidade, um ambiente no qual já está excluída a aleatoriedade das possibilidades, fazendo assim com que ele apresente menos exigências à estrutura do sistema. Nesse sentido a estrutura da sociedade possui uma função de desafoço para os sistemas parciais formados na sociedade.<sup>21</sup>

Dessa forma, antes, sopesavam-se as partes essenciais de um todo para observação das relações existentes no âmago deste, “a sociedade era vista como associação de homens concretos, muitas vezes explicitamente chamada de corpo social”.<sup>22</sup>

Luhmann contraria todos os sociólogos clássicos anterior a ele, que tinham a preocupação tão somente explicar a sociedade a partir dela mesma. Posteriormente, com a inserção do pensamento sistêmico rompe-se tal entendimento, a sociedade não é mais vista como a soma de indivíduos, mas a sociedade, como sistema global, seria a soma de sistemas sociais específicos. Dessa forma, para Luhmann, o sistema social, “enquanto sistema estruturado de ações relacionadas entre si através de sentidos, não inclui, mas exclui o homem concreto”.<sup>23</sup>

Daí advém suas maiores críticas, em que a teoria sistêmica é completamente anti-humanista, pois, para Luhmann a sociedade não é formada por indivíduos. Ela é constituída por estruturas que são totalmente desligadas dos indivíduos. Contrariamente ao que dizem a maioria dos sociólogos que, em maior ou menor grau, haverá sempre uma relação entre indivíduo e sociedade.

A sociedade compreendendo o sistema global divide-se em subsistemas, e diferencia-se de acordo com a funcionalidade de cada um. Portanto, além de excluir o homem como fonte principal de formação da sociedade, também modifica o foco

---

<sup>21</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 168.

<sup>22</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 169.

<sup>23</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 169.

de análise da teoria estrutural funcionalista *parsoniana*<sup>24</sup> e *durkheimiana*, para *funcionalista estrutural*.

O parâmetro utilizado para separar a sociedade em sistemas é fundado na função que cada parcela dessa sociedade desempenha. Assim, deixa de levar em conta os elementos que compõem o corpo social (estrutural funcionalista) e passa a se ater às funções que desempenham seus órgãos (funcionalista estrutural), fragmentando o todo social em pedaços para entender a lógica interna de cada um dos sistemas, sendo esses completos e autônomos.

Afirma Luhmann que “[...] la teoría general de sistemas sociales pretende abarcar todo el campo de la sociología y, por ello quiere ser una teoría sociológica universal”.<sup>25</sup> Portanto, vê-se que é somente a partir da determinação de que os sistemas da sociedade exercem funções diversas, que se poderá afirmar que se diferenciam frente aos demais, haja vista que “la sociedad moderna puede ser descrita como un gran sistema social estructurado primordialmente sobre la base de una diferenciación social”.<sup>26</sup>

Essa sociedade moderna, complexificada, abalizada pela diferenciação funcional entre os sistemas operacionamente enclausurados, naturalmente fragmentária, terá em sua abertura o ponto culminante para a evolução desses sistemas, em que a distinção entre sistema e ambiente marcará o aumento ou a diminuição da complexificação que as interferências possam provocar. Sistema e ambiente não se *misturam*, mas necessitam um do outro para existir.

### 2.1.1 Diferenciação sistema/ambiente

O homem e a sociedade são mutuamente ambiente um do outro. Ou seja, para o sistema social, o homem é seu ambiente; e para o homem que representa o sistema psíquico a sociedade passa a ser seu ambiente, as interferências (irritações) que um promove no outro serão sempre provisórias e superficiais, de natureza cognitiva, porém serão imprescindíveis para a própria existência desses.

---

<sup>24</sup> O funcionalismo parsoniano avalia o sistema social como um todo formado por componentes funcionalmente dispostos, em que favorece a conservação do equilíbrio e da estabilidade do sistema.

<sup>25</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociedade y sistema**: la ambición de la teoría. Barcelona: Ediciones Paldós, 1990, p. 47.

<sup>26</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. México: Triana Editores, 1998, p. 26.

Cada um é para o outro demasiadamente complexo e contingente. E ambos estão estruturados de tal forma que apesar disso posam sobreviver. A estrutura e os limites da sociedade reduzem a complexidade e absorvem a contingência das possibilidades orgânicas e psíquicas.<sup>27</sup>

Essas interferências nos sistemas ocorrerão através da comunicação, e é fundada nessa que a teoria dos sistemas observa e analisa a sociedade. Dessa forma, a adoção da teoria dos sistemas pela sociologia resultará na suplantação da chamada teoria da ação.<sup>28</sup> Em virtude da ascensão da sociedade moderna torna-se indispensável a adoção do conceito de comunicação e o abandono da ação, uma vez que esta já não é mais competente para descrever a reprodução e o desenvolvimento dos sistemas.

O ambiente terá sempre mais complexidade que o sistema, nele as possibilidades são infinitas. Assim, através da abertura cognitiva os sistemas tomam para si essa complexidade e por meio da comunicação a operacionalizam em seu interior no afã de diminuí-la. Sem as inter-relações e a comunicação com o ambiente o sistema tenderá ao fracasso e não evoluirá.

### 2.1.2 A comunicação na teoria dos sistemas e a autopoiese

Por influência da teoria dos sistemas, o conhecimento atual ganha nova roupagem, haja vista que expande seu rol de incidências diminuindo sua complexidade. Pois, ao dividir o todo (a sociedade global) em subsistemas a teoria dos sistemas fomentou o intercâmbio entre os sistemas através da comunicação, que passa a ser a forma de observação dessa teoria. O sistema social seria a totalidade das comunicações existentes entre os subsistemas.

Ao deslocar os indivíduos para o ambiente da sociedade, Luhmann encontra o caminho para definir o tipo de operação que confere unidade a um sistema social. Essa operação é a comunicação. Operação é a reprodução de um elemento do sistema fechado a partir dos elementos que compõem esse mesmo sistema.[...] Tudo o que não é comunicação pode ser observado pelo sistema social e transformado em tema de

---

<sup>27</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 169.

<sup>28</sup> Luhmann pretende se afastar da sociologia compreensiva de Max Weber e dos aspectos fenomenológicos de modo geral, que compreendem a ação social como produto da acepção intersubjetiva imputada interpretativamente pelos sujeitos da ação. Em Luhmann, a concepção de que os padrões recorrem da ordem, são dados pelos códigos da comunicação entre os sistemas facilitando a incorporação a sua teoria do conceito elementar biológico de *autopoiesis*, que inicialmente é empregado para elucidar os sistemas sociais, passando após a adentram ao "subsistema jurídico".

comunicação. Vista como uma operação, a comunicação não pode estar fora da sociedade.<sup>29</sup>

Diametralmente, pode-se afirmar que o que forma e organiza o sistema sociojurídico é a comunicação, pois “é a comunicação a operação apropriada para produzir e para reproduzir o sistema jurídico”.<sup>30</sup>

A comunicação intersistêmica é resultado da abertura cognitiva dos sistemas aos influxos da realidade captados de seu meio. É o reflexo dos sistemas que estão estruturalmente acoplados, admitindo uma proliferação das oportunidades de aprendizagem entre eles.

Cada um desses subsistemas encontra-se enclausurado, fechado para o resto da sociedade. Os sistemas funcionam operacionalmente e desenvolvem-se abjeto de seu entorno, eles evoluem e se desenvolvem por meio de uma auto-reprodução, a autopoiese.<sup>31</sup> “A autopoiese significa que um sistema complexo reproduz os seus elementos e suas estruturas dentro de um processo operacionalmente com ajuda de seus próprios elementos”.<sup>32</sup>

Deste modo, corroborando com o entendimento exposto, “os sistemas sociais apresentam-se como sujeitos epistêmicos autônomos, pois possuem a capacidade de se autoproduzir, de se auto-observar e de se autodescrever, tornam-se autopoieticos”.<sup>33</sup>

Contudo, decorre da incipiente clausura operativa dos sistemas a necessidade de realizar uma filtragem por sua própria codificação, para que os elementos que se originaram de sua abertura adentrem efetivamente ao sistema e possam fazer que este evolua, ou seja, para que a partir de então, façam parte de seu processo de auto-reprodução.

A opção pela teoria da comunicação, assim, torna-se indispensável para fomentar a operacionalização da teoria dos sistemas. Haja vista que a autopoiese se instrumentalizará nos sistemas por meio da comunicação entre os sistemas e seu entorno, o que a simples teoria da ação não seria capaz de proporcionar.

---

<sup>29</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 69.

<sup>30</sup> ARNAUD, André-Jean; DULCE, M. J. F. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar: 2000, p. 318.

<sup>31</sup> A teoria dos sistemas autopoieticos foi desenvolvida inicialmente pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela.

<sup>32</sup> NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 279.

<sup>33</sup> ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 2.

A abertura comunicacional para o exterior faz-se necessária em todo e qualquer sistema, com o intuito de mantê-los vivos, e em constante evolução, conservando-os em conformidade com as necessidades e ocorrências do meio.

O sistema fundamentado na regulação autopoietica pode ser chamado de autônomo, pois, apesar de conservar relações com seu ambiente ele é independente deste, principalmente ao que tange à sua estrutura e orientação interna, bom como seu modo de processamento da complexidade que adentra em seu cerne. Assim, faz-se necessário enfatizar que, todo e qualquer sistema será em maior ou menor grau dependente de seu ambiente, que lhes traz elementos novos, através de sua abertura, para que os torne operacionalizáveis sistemicamente.

Atentando-nos ao fato que todos os sistemas detêm uma lógica própria, esta, entretanto, não apareceu instantaneamente nos sistemas, é fruto de um exercício histórico, sua evolução passando por diversos momentos na história. Inicialmente, os sistemas eram primitivos diferenciavam-se em tribos, e conforme o desenvolvimento das sociedades oriundas de revoluções, guerras, entre outros fatores, foram adquirindo outras diferenciações, tais como a centro-periférica, a das camadas das sociedades entre os sistemas. E finalmente chegando à sociedade complexa com sua diferenciação funcional. Nesse patamar houve o surgimento dos sistemas jurídicos, que a partir de certa época, numa determinada fase da organização social foi se instalando em alguns povos e países. E no âmbito da diferenciação funcional o sistema jurídico, comumente aos demais, também tem uma lógica própria.

Inicialmente é necessário se ressaltar que a sociologia jurídica de Luhmann está atrelada, fundamentalmente, à aplicação de todo o conjunto teórico-metodológico de sua teoria dos sistemas sociais, que passa, a partir de então, ao estudo de um sistema específico, no caso em questão, o jurídico. Assim, o sistema jurídico é concebido como um subsistema auto-referencial<sup>34</sup> no interior do sistema social global (a sociedade).

---

<sup>34</sup>O conceito de sistema auto-referencial traz em si um duplo aspecto: de um lado a concepção de que um sistema se diferencia de seu entorno através de um atributo peculiar (o subsistema jurídico está inserido em um sistema social mais amplo, tendo como atributo de diferenciação a identificação de normas válidas, ou seja, sendo o elemento normativo considerado válido, ele está contido no sistema jurídico); e, de outro, a concepção de que as regras de pertinência são definidas no interior do próprio sistema (daí o seu caráter auto-referencial ou autopoietico). Esta concepção, contudo, não implica um normativismo puro que busca isolar as normas de seu processo dinâmico e constante de criação, interpretação e aplicação. O que é peculiar é o elemento jurídico-normativo que delimita o domínio do universo jurídico. (NEVES, Marcelo. *Constitucionalização simbólica e* 104

Portanto, pode-se afirmar que um sistema apenas será assimilado tomando-se por base a conexão entre o seu conjunto de elementos e atributos e, a sua estrutura (regras de estruturação das relações entre os elementos).<sup>35</sup>

Dessa forma, com esta distinção requer a abordagem em dois pontos de vista diversos, porém, que se complementam, quais seja: uma teoria da diferenciação em que se explicita, especificamente, a função de seus principais elementos (seu repertório) com relação ao entorno (meio/ambiente); e a teoria da complexidade por meio da qual se vislumbra um sistema de harmonização interna que atrela os elementos por regras de interação.

Nesse contexto, a racionalidade do sistema jurídico se expressa por meio de uma estrutura normativa, em que se criam novas normas e revogam-se velhas. O sistema jurídico se compõe de normas jurídicas, que não passa do *protótipoalmanaque* dos juristas. Fundando-se no binômio com que o sistema jurídico se relaciona com os demais subsistemas, que é seu código próprio, o lícito/ilícito.

Destarte, a função primordial realizada pelo sistema jurídico versa em diminuir a possibilidade de desilusão das expectativas comportamentais, ou seja, busca aferir conservação e previsibilidade às relações sociojurídicas, por meio de um método congruente de generalização de padrões de comportamento. Pode-se, então, afirmar que o direito tem o condão de, diante de expectativas cognitivas, torná-las normativas, a grosso modo.

De acordo como entendimento de Celso Fernandes Campilongo a teoria luhmaniana:

[...] Vê o sistema jurídico como, simultaneamente, aberto em termos cognitivos e fechado em termos operativos. Dito de modo singelo: o direito moderno mantém elevada interdependência com os demais sistemas, e é sensível às demandas que lhe são formuladas por esse ambiente (abertura cognitiva); entretanto, só consegue processá-las nos limites inerentes às estruturas, seleções e operações que diferenciam o direito dos demais sistemas (fechamento operativo).<sup>36</sup>

---

desconstitucionalização fática: mudança simbólica da constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 12, p. 156-167, 1995).

<sup>35</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 140.

<sup>36</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes, *Apud* BITTAR, Eduardo. **Curso de filosofia política**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 313.



Assim sendo, a conjectura do sistema jurídico se estrutura de tal forma com o intuito de neutralizar os conflitos de interesses (expectativas resistidas), tais conflitos que adentram ao sistema jurídico através de sua abertura cognitiva, que não tem o afã de dissolver sua autonomia, pelo contrário estimular uma maior eficácia ante aos influxos e as mutações da sociedade.

## 2.2 Teoria Comunicacional de Jünger Habermas

Jünger Habermas, alemão, sociólogo do direito mais influente hodiernamente, principalmente pelo fato de ser o único que ainda se encontra vivo. Com uma obra bastante densa e complexa, oscila entre a sociologia e a filosofia em diversos assuntos.

O pensamento de Habermas tem uma dualidade ínsita, dividindo-se em duas fases distintas. Na primeira fase sob a influência da tradição marxista-hegeliana, em que é seguidor da Escola de Frankfurt. Numa segunda fase, mais amadurecido, sob a influência dos teóricos norte-americanos torna-se liberal.

Por ser contemporâneo a Niklas Luhmann incorporou, de alguma forma, a teoria dos sistemas em sua teoria, ligando-a diretamente a sua teoria do agir comunicativo. Assim, segundo Alysson Leandro Mascaro, “a base do pensamento da sua segunda fase é sua teoria do agir comunicativo – a teoria comunicacional, pois. Trata-se de uma sociologia e de uma filosofia do consenso, da comunicação racional, do acordo, do entendimento”.<sup>37</sup>

Pelo fato de nessa segunda fase seu pensamento se fundar na comunicação opôs-se diretamente ao pensamento marxista, que entendia que a base da vida em sociedade era exclusivamente o trabalho, apesar de sopesar também que a ação do homem era comunicativa, mas não era o ponto culminante dessa teoria como ocorre em Habermas.

O funcionamento do sistema pode superar o realismo do modelo marxiano através do conceito de uma sociedade descentrada, diferenciada funcionalmente e que compõe de muitos sistemas que tendem a se separar; o observador sociológico descobre que tanto ele como sua ciência estão subsumidos nela, formando um sistema ao lado de outros sistemas. Nesta sociedade sem base e sem ponta, estilhaçada policentricamente, os muitos sistemas parciais recursivamente fechados e mantenedores de limites

---

<sup>37</sup> MASCARO, Alysson Leandro. **Lições de sociologia do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 130.  
106

formam mundos circundantes uns para os outros. [...] As pesquisas realizadas no campo da sociologia do direito também tiram proveito do novo paradigma. O sistema jurídico – os as estruturas que subjazem nele – reconquistam uma parte de sua autonomia que, por assim dizer, fora perdida na crítica da ideologia. O direito deixa de ser considerado um epifenômeno, reconquistando um sentido próprio. Entretanto, numa sociedade descentrada em sua totalidade, ele consegue apenas uma posição periférica, formando um sistema ou um discurso em meio a uma variedade subordinada de sistemas e de discursos<sup>38</sup>.

Essencialmente para Habermas a ligação comunicacional gera um campo de entendimento comum, pois considerando que o alicerce de toda vida em sociedade é a comunicação, ele lhe incute uma racionalidade que provém, diretamente da própria comunicação. Dessa forma, entende Habermas que:

De um lado, o discurso do direito deveria cingir-se à sua autoprodução e constituir imagens internas próprias, do mundo exterior; de outro lado, ele deveria reformular e utilizar a “comunicação social geral”, a fim de “influenciar”, por este caminho, a comunicação de outros mundo do discurso.

Nesse mesmo sentido Teubner faz a seguinte formulação:

Todo ato jurídico é, uno acto, um evento da comunicação social geral. O mesmo evento comunicativo está engatado em dois discursos sociais distintos, ou seja, no discurso jurídico especializado, institucionalizado, e numa comunicação geral difusa. A interferência do direito com outros discursos sociais não significa que esse diluam num superdiscurso multidimensional e também não significa que haja uma “troca” de informação entre eles. Pois em cada discurso, a informação é constituída de modo novo, e a interferência não acrescenta ao todo nada além da simultaneidade de dois eventos comunicacionais.<sup>39</sup>

Ademais, a assertiva de Habermas, conjugada com a de Teubner, chega ao mesmo entendimento de Luhmann, segundo o qual a sociedade moderna é fragmentária e diferenciada funcionalmente. Assim, o direito produzindo seu discurso quando entra em contato com o meio social, por meio de sua abertura cognitiva, em que haja elementos novos que interferem, mesmo que minimamente, promove a captação dos influxos da realidade com o intuito de diminuir, ou quem sabe, cessar o conflito, por meio da estabilização de expectativas advindas do meio social pelo sistema jurídico. Assim, o sistema global, a sociedade, indubitavelmente, só

---

<sup>38</sup> HABERMAS, Jünger. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 70-71.

<sup>39</sup> TEUBNER, Günter, Apud HABERMAS, Jünger. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 79.

sobrevive por meio da comunicação entre os sistemas e o meio que o circunda, fato que se inexistisse ocasionaria a ruptura do sistema e o caos social.

### **3 A INFLUÊNCIA DA SOCIOLOGIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEA NA ATIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO**

Na atualidade vem-se vislumbrando uma mastodônica influência do sistema social no âmbito jurídico, especialmente na atividade judicante, com um viés mais marcante na atividade da Corte Constitucional brasileira, notada, principalmente, em suas decisões mais recentes, em que se vislumbra uma grande abertura para as questões mais intrincadas da sociedade.

Essa intensificação da invasão das questões sociais no âmbito jurídico se deu por dois motivos Primeiramente, por não ser mais possível que o direito se mantivesse alheio às crescentes necessidades da sociedade, e, em segundo, pelo fato da tônica das relações sociais terem se modificado tanto que a atividade legiferante não conseguiu (ou, por muitas vezes, não quis!) alcançar seu patamar, permeando os conflitos sociais de uma lacuna legal congênita, tornando inalcançável os próprios direitos e metas prometidas na Constituição de 1988.

Como exemplo do primeiro motivo, temos a recente decisão do STF acerca da outorga à comunidade indígena nacional do território que tradicionalmente ocupam, com a consequente anulação do título de domínio dos fazendeiros. Tal concessão teve por fundamento primordial o processo histórico de exclusão e discriminação que os tradicionais ocupantes do território brasileiro sofreram desde a época da colonização, sendo uma insuperável questão social fazer com que parte de suas terras retornassem a seu domínio.

Ora, apesar da Constituição Federal de 1988 ser clara ao afirmar em seus arts. 231 e 232, com evidente desígnio fraternal e solidário, que aos índios são reconhecidas todas as suas caracterizações, bem como as terras tradicionalmente ocupadas por eles, pertencendo à União sua proteção, havia (e ainda há), na prática, inúmeros desacertos com o Texto da Carta. Eis que se necessitou de uma intervenção judicial para reestabelecer esta questão social tão combativamente defendida, porém sem gerar resultados.

Assim, em um desses julgamentos, nos dizeres do Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto, Relator do processo, ao descrever essa situação, na qual:

Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.<sup>40</sup>

Num outro ponto, um exemplo que reflete diretamente o segundo motivo, constata-se da decisão que o Supremo Tribunal Federal nos apresentada em maio de 2011 a respeito da equiparação da união homoafetiva a união estável entre pessoas de sexos diferentes<sup>41</sup>.

Ora, é de conhecimento geral da sociedade que atualmente é latente o aumento de uniões de pessoas de mesmo sexo, incontestavelmente é um fato social, e como tal merece proteção do Estado. Contudo, por descaso do legislador este fato social por muito tempo quedou-se sem regulamentação, o que fez com que os Ministros do Supremo deliberassem em conceder a equiparação pelo próprio clamor social que traz tal questão, bem como o respeito congênito que os homoafetivos são tributários como cidadãos brasileiros.

Outro ponto relevante, que alberga a teoria sociológica acima apresentada: a teoria comunicacional habermasiana, vislumbra-se presente atualmente no instituto das Audiências Públicas, que apesar de não se restringir apenas ao Poder Judiciário, demonstra-se marcante seu emprego, tendo em vista a abertura à sociedade de assuntos com relevância ímpar, como por exemplo: a questão das ações afirmativa de cotas raciais nas universidades públicas, a utilização das células tronco-embrionárias para certos tratamentos de saúde, o acesso às prestações de saúde no Brasil, a demarcação das terras indígenas, como já mencionadas.

<sup>40</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Petição n. 3.388**. Relator Min.Carlos Ayres Britto, julgamento em 19 mar. 2009, Plenário. *Diário da Justiça do Estado*, Brasília, 1<sup>o</sup> jul. 2010.

<sup>41</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 4.277. Relator Min.Carlos Ayres Britto, julgamento em 05 mai. 2011, Plenário. *Diário da Justiça do Estado*, Brasília, 14 out. 2011.

As citadas Audiências Públicas<sup>42</sup> vem de encontro com as teorias sociológicas referidas alhures, qual seja, as encabeçadas por Niklas Luhmann e por Jünger Habermas.

Deste modo, tem-se que as teorias pluralistas concebem uma forma de resposta a qualquer espécie de unificação e concentração, pretendendo alcançar o consenso por meio do dissenso, para que o poder, nas sociedades pluralistas, possa quedar-se:

[...] diante de pressões e exigências, ameaças e apelos aos quais não se pode mostrar indiferente, e entre os quais deve definir as decisões mais eficazes. Essa situação define a prática do poder como a negociação permanente nos desacordos, a busca ativa das soluções de compromisso e a invenção dos equilíbrios provisórios no seio das relações de força.<sup>43</sup>

Ademais, convém ressaltar que enquanto, para teoria de Luhmann há a necessidade de uma abertura sistêmica, e o acoplamento estrutural entre os sistemas (social/jurídico/político/econômico) para se desenvolverem, fato que ocorre por obra das Audiências Públicas, eis que representa sua própria razão de ser a oitiva de pessoas conhecedoras dos assuntos em voga na Corte.

Já a abordagem afeita a Habermas se foca no espectro relacionado ao próprio conteúdo e discussão que ocorre nessas sessões abertas aos cidadãos. Ou seja, independentemente de qual dessas teorias se adote, ambas têm o intuito de incutir uma renovada possibilidade de solução de conflitos ou de novas perspectivas ensejadas na sociedade, pois quer seja embasado por questões filosóficas, seja por questões sociológicas, o objetivo é propor de uma cientificidade impar fomentar o processo político-jurídico da atuação Estatal.

---

<sup>42</sup> A ferramenta das Audiências Públicas no âmbito do Poder Judiciário tornou-se possível em virtude da Lei nº 9.868/99, constante de seu art. 9º, § 1º: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. § 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição. § 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.”

<sup>43</sup> ANSART, Pierre. *Ideologias, conflitos e poder*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 170.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução da humanidade e o próprio desenvolvimento do pensamento dos homens trouxeram grandes mutações no universo *quadrisecular*. Desde que o homem se descobriu detentor de saberes e que ele próprio os desconhecia, (“Só sei que nada sei”) iniciou uma trajetória sem volta e com fim, ainda, incerto.

Assim, com o passar do tempo o pensamento filosófico mítico, foi sendo substituído pelo metafísico e posteriormente pelo moderno, foi necessário para nos encontramos nesse atual estágio. Atualmente, o contemporâneo é fruto e reflexo dos que o sucederam, assim, decorrente da própria evolução parte da filosofia se transmudou em sociologia, que tem por parâmetro a análise da sociedade por ela mesma, tendo-lhe inculcida certa limitação, que com o desenvolvimento ganhou diversos cognomes.

É certo, porém, que é corrente nos grandes estudiosos que essa mutação crescente se deu pelo modo de conceber as relações iniciais, homem-coisa, que se aperfeiçoaram e diferenciação promovendo uma necessidade orgânica, quando do relacionamento homem-homem.

Neste ínterim, tanto o “contrato social”, a “vontade geral”, a “coesão social”, a “estabilização de expectativas”, e o “agir comunicativo” que provoca o “consenso”, são todas as faces da mesma moeda, de uma crescente, constante e difundida necessidade de se estabelecer pontos de referência para um interrelacionamento humano social. Portanto, a sociologia nasce traçando um quadro da modernidade, pois ela é a própria ciência da modernidade, haja vista que ela toma a própria modernidade como objeto de análise. Desde ponto, em diante, a filosofia caminha lado a lado à sociologia, pois ela não mais vai poder fazer filosofia social ou filosofia política, sem, antes, consultar a sociologia. Nossa forma de pensar, hodiernamente, está eivado de sociologia e requer, para as decisões estatais, que haja um maior embasamento de teorias dessa natureza nas atuações estatais com o objetivo de justificar sociologicamente suas decisões, pretendendo-se que o direito não se insule em uma *abóbada* de normativismo formalista, mas que tenha a capacidade de abarcar os anseios e as necessidades da sociedade contemporânea.

## REFERÊNCIAS

ANDERY, Maria Amália et al. **Para compreender a ciência**. São Paulo: EDUC, 1988.

ANSART, Pierre. **Ideologias, conflitos e poder**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, M. J. F. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar: 2000.

BITTAR, Eduardo. **Curso de filosofia política**. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Petição n. 3.388. Relator Min. Carlos Ayres Britto, julgamento em 19 mar. 2009, Plenário. **Diário da Justiça do Estado**, Brasília, 1º jul. 2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 4.277. Relator Min. Carlos Ayres Britto, julgamento em 05 mai. 2011, Plenário. **Diário da Justiça do Estado**, Brasília, 14 out. 2011.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CASSIER, E. **Filosofia da Ilustración**. México: Fondo de Cultura Económica, 1950.

COMTE, August. **Discurso sobre o espírito positivo**, 2. parte, X, 1848.

LOPES JR., Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann**: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HABERMAS, Jünger. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

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

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

\_\_\_\_\_. **Sociedade y sistema**: la ambición de la teoría. Barcelona: Ediciones Paldós, 1990.

\_\_\_\_\_. **Sociologia del riesgo**. México: Triana Editores, 1998.

MASCARO, Alysso Leandro. **Lições de sociologia do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MARX, Karl; ENGELS, Frederich. **La ideologia alemana**. México: Pueblos Unidos, 1985.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da constituição e permanência das estruturas reais de poder. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 12, p. 156-167, 1995.

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

\_\_\_\_\_. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROCHA, Leonel Severo. Direito, complexidade e risco. In: **Revista Sequência**. Florianópolis: CPGD-UFSC, ano 15, n. 28, jul., 1994.

SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria dos sistemas autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.



SOUTO, Cláudio. **Ciência e ética no direito**: uma alternativa de modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TRINDADE, André. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.