

## A CRISE DA REGULAÇÃO JURÍDICA E DE SEU PARADIGMA NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS

Geraldo Tadeu Moreira Monteiro

### 1. INTRODUÇÃO

Os sistemas sociais contemporâneos, em sua profunda complexidade, debatem-se com o grave problema da sua regulação. A viabilidade de uma ação diretora eficaz por parte dos Estados sobre uma ordem social cada vez mais complexa e dinâmica torna-se mais e mais incerta. Por um lado, a crescente autonomização dos diversos subsistemas sociais e, por outro, o enfraquecimento dos meios tradicionais de intervenção transformam toda a configuração da relação entre o Estado e o Direito, de uma parte, e entre o Estado e a sociedade, de outra.

A dissolução do padrão de regulação jurídico-política é hoje uma realidade a nortear toda a prática jurídica das sociedades do capitalismo avançadas. No entanto, os juristas obstinam-se, pelas razões que examinaremos oportunamente, no apego ao velho modelo, postulando a pertinência do paradigma positivista da regulação social. Nas faculdades de Direito, ele vige altaneiro, a provocar ilusões de onipotência normativa tanto em nossos ingênuos professores quanto em nossos incautos estudantes. Os prejuízos causados por semelhante estado de coisas são incalculáveis e constituem o pano de fundo do nosso interesse.

O objetivo deste artigo é discutir os fundamentos da crise da regulação jurídico-política e de seu paradigma nas sociedades complexas, indagando, porém, sobre as razões políticas e ideológicas da sua persistência. Fim último deste trabalho é demonstrar a inadequação entre o paradigma teórico dominante na ciência Jurídica atual e a prática jurídica das sociedades complexas do capitalismo avançado. a qual desmente amplamente os pressupostos do modelo positivista.

Não se trata de pretender que o paradigma apresenta " incorreções" ou " falhas", mas de revelar sua inconsistência *in totum*. O fim da reprodutividade do modelo dominante impõe sua substituição por um novo paradigma científico. Esta "revolução" implica – para lembrar as palavras de Thomas Kuhn – uma verdadeira mudança de visão do mundo (1962:112), para os juristas. Vamos a ela.

## 2. A NOÇÃO DE REGULAÇÃO JURÍDICA

Em sentido lato, Georges Canguilhem define regulação como "processo pelo qual o comportamento de um sistema percebido como complexo é mantido e ajustado conformemente a certas regras ou normas" (1978:14:1). O conceito de regulação tenta apreender a contradição formal suscitada pelo duplo movimento que conhecem os sistemas complexos, a saber, a mudança, a transformação irreversível do envelhecimento acoplada à estabilidade, à regularidade e à continuidade.

Uma primeira característica da regulação é a regularidade.

Sem regularidade de funcionamento, não se pode definir um sistema. Um sistema irregular é uma contradição nos termos, pois consistiria numa total diversidade de ações ou comportamentos. O princípio da regularidade conduz à busca das regras que a produzem.

A retroalimentação (feedback) dos sistemas é a sua segunda característica maior. Todo sistema precisa dispor de anéis informativos pelos quais possa checar a adequação das ações reais às ações esperadas.

Como terceira característica, os sistemas complexos devem ser vistos como incompletos. Sua incompletude decorre da necessidade dos sistemas de se manterem e de manterem com seu meio ambiente relações tendentes à sua reprodução. Todo sistema deve buscar o equilíbrio entre a comunicação e a auto-referência, entre a *eco* e a *auto-regulação*, entre a produção criativa de normas e a autopoiese (ver definição na nota da pág 63).

Desde o aparecimento dos primeiros trabalhos de Émile Durkheim, os sistemas sociais são vistos como fulcrados num conjunto de valores e normas reguladoras dos comportamentos individuais. A consciência coletiva de Durkheim transformou-se, a partir de Eduard Ross (Social Control, 1901), em *controle social*, este conjunto de influências exteriores e coercitivas que os valores exercem sobre o comportamento do indivíduo. O Direito é, desde logo, entendido como a principal forma de controle social.

A intervenção do Direito nas interações sociais pode ser vista tanto na instancia da produção de normas legais em que se opera uma decisão estratégica do poder sobre que comportamentos privilegiar (regulação montante, na expressão de Arnaud – 1982), quanto na reação aos desvios que a prática social impõe às normas (regulação descendente).

A regulação jurídica consiste, portanto, no sistema de regulação social dotado de mecanismos específicos de incitação e de limitação de comportamentos aos quais se atribui um status de obrigatoriedade. O subsistema jurídico constitui-se no mais eficaz meio de controle social, se o concebemos como amparado pelo aparelho repressivo do Estado. O monopólio dos meios de coerção física legítima num dado território (consoante a definição de Estado de Max Weber, 1937:1057), deveria garantir a eficácia jurídica, pois que é capaz de impor a produção dos efeitos pretendidos pelas normas do Direito Positivo.

Definida genericamente a regulação jurídica, no entanto, se exerce segundo modos determinados. Por um lado, podemos conceber a regulação jurídica como um tipo de controle social calcado na cultura no qual se manifeste um certo consenso em relação às normas sociais, enquanto, por outro lado, o controle social pode também referir-se à instância política. Nesta segunda acepção, é inseparável das técnicas de governo. A regulação jurídica torna-se, assim, jurídico-política, isto é, concebe-se como uma obra de governo (Commaile: 1994:198). Jean Claude Thoenig e Yves Mény conceituam-na como "uma seqüência linear descendente de um centro em direção à periferia [em que] o alto governa pela definição do sentido ou dos fins e pelo manuseio da autoridade" (1989:235). Este tipo de regulação jurídica "por cima" converteu-se no modo privilegiado de regulação a partir da implantação dos Estados-nações modernos, muito especialmente a partir do movimento de constitucionalização e de codificação a que assistiu o século XIX.

Com efeito, até então, os legisladores não tinham a pretensão de regular a esfera privada, que seguia sendo o domínio da família e da intimidade. Cabia à Igreja a regulação do matrimônio, da família, da sucessão. O comércio era ainda largamente auto-regulado por costumes mercantis historicamente consolidados e respeitados. Em suma, excetuando o domínio legítimo da legislação régia-tributação, administração do estado e política externa, a sociedade regia-se autonomamente. A heterorregulação é coetânea do Estado de Direito moderno.

A partir da outorga do Code Napoléon de 1804, encetou-se um profundo movimento político de regulamentação da vida social segundo o desígnio universal de racionalização da ordem social (Weber, 1937:607623). O novo tipo de dominação que se instaura funda-se, como argutamente percebeu Weber, na crença na validade das leis racionalmente estabelecidas. Não sem razão, chamou-a Weber de "dominação legal-racional" (1937:707ss.) na qual a probabilidade de obter obediência depende da convicção do caráter racional de uma norma formalmente abstrata. É ainda Weber que nos alerta para o caráter burocrático da dominação legal-racional. Para ele, "toda a história do desenvolvimento do Estado Moderno identifica-se com a da moderna burocracia" (1937:708). Assim entendemos que um só movimento complexo instituiu, no Ocidente, um tipo de dominação fundado na referência ao Direito, calcado num desígnio universalista que deslanchou um processo de regulamentação em todas as direções, capitaneado por um Estado burocrático e centralizado.

A extensa e abundante produção normativa que daí decorreu forjou inumeros e complexos instrumentos de intervenção na vida social. Os desequilíbrios estruturais provocados pelo aprofundamento das relações capitalistas de produção precipitaram a elaboração de novas leis, particularmente das leis criminais. O crescimento da burocracia estatal transformaria radicalmente o caráter do Direito de prioritariamente parlamentar para administrativo. A praticidade e a agilidade dos meios jurídicos à disposição do aparelhos burocráticos do Estado revelaram-se, então, como expressão da sua melhor adequação às necessidades regulatórias daquelas sociedades em rápida mutação.

De outra parte, a crença na validade dos princípios regulatórios do Direito é resultado do trabalho dos juristas, cuja corporação se fortalece com o pululamento das faculdades de Direito e com a dignificação social crescente da profissão jurídica num tipo de dominação

fundado no Direito A consolidação da chamada " ciência jurídica" ao longo dos dois últimos séculos é um dos aspectos mais importantes da instauração da dominação legal-racional do Estado contemporâneo. A constituição de um paradigma jurídico que se reivindica um caráter científico, desvinculado da metafísica e da moral, é essencial para a legitimação de um modo de regulação jurídica "por cima", uma vez que esta última deve reger-se por suas próprias normas. Um sistema jurídico eficaz não se faz sem a crença em seu caráter racional, universal, "puro".

Em resumo, os processos sociais descritos conduziram à solidificação de um modelo de Estado e de Direito que se apresenta como racional e cuja pretensão universalista lança-o num movimento inexorável e inexaurível de regulação social pelo recurso à coerção jurídica. Este modelo, que, como veremos a seguir, conheceu seu apogeu neste século, atingindo seu ápice nos anos pós-Segunda Guerra Mundial, embora esteja hoje em franco processo de desintegração, ainda conta com sólidos fatores de persistência e com numerosos e entusiásticos adeptos.

### **3. FATORES DA PERSISTÊNCIA E DA CRISE DA REGULAÇÃO JURÍDICA**

Nosso postulado da crise da regulação política pode parecer um viés ideológico ou mesmo um simples *wishfull thinking*, quando nos damos conta do ainda enorme aparato repressivo e da considerável capacidade de obter obediência de que dispõe o Estado e seu Direito. Nos conflitos sociais, como as greves e as ocupações de terra, a espetacular mobilização de meios de coerção que se observa nos daria a medida da disponibilidade do Estado em reprimir manifestações de dissidência (regulação descendente). De outra parte, a aparente resignação com que a sociedade recebe e consente com as normas emanadas diariamente do Estado far-nos-ia acreditar na capacidade do Estado em exercer a dominação. Assim, a suposta crise do Direito não passaria de mais um chavão pseudo-sociológico, ou melhor, de mais um chavão de pseudo-sociólogos, para quem todas as instituições sociais estão em crise até prova em contrário.

Na verdade, o Estado contemporâneo parece longe de evidenciar sua crise. É claro que o Estado dispõe de amplos e poderosos meios de coerção rápida e eficazmente mobilizáveis nos conflitos sociais localizados. Não é menos verdade que o Estado geralmente obtém um assentimento tácito à sua obra regulatória em virtude da inorganização da sociedade civil e do precário acesso à justiça. Também devemos lembrar que, a despeito de todo o movimento neoliberal de desestatização, a participação dos gastos públicos na economia nacional como porcentagem do PIB segue extremamente importante (1) e reveladora da capacidade de mobilização de recursos de que dispõe o Estado. A responsabilidade do Estado pelas grandes obras de infra-estrutura continua sendo primordial, apesar das recentes iniciativas de concessões públicas.

A dominação legal-racional ainda exerce sobre as consciências um papel decisivo na aceitação das imposições da ordem. O próprio funcionamento das instituições jurídicas tem um papel legitimador de crucial importância para o sucesso do sistema de dominação (ver José Lopes Reinaldo de Lima, A Função Política do Poder Judiciário, in J. E. Faria (org.), 1989:123-144). A ampliação do déficit público nas economias contemporâneas revela a

parte da legitimação que ainda exerce o poder público na sustentação da demanda por via do financiamento da educação, da saúde, da habitação, dos transportes, da cultura, entre outras. Entretanto, os sinais do declínio deste modo de regulação apresentam-se nítidos ao observador atento, como veremos em seguida.

Primeiramente, o aprofundamento da divisão social do trabalho, a complexificação da ordem econômica, a multiplicação das estratificações sociais, a profusão de novas identidades coletivas de cunho político e a intervenção empírica do Estado-providência na vida social tornaram o trabalho de governo muito mais difícil e incerto do que nos primeiros anos deste século, quando o modelo de regulação "por cima" atingiu seu paroxismo. A autonomização dos subsistemas sociais é uma característica maior deste cenário. Michel Crozier afirma que "a sociedade atual está de fato já bem afastada do modelo hierárquico do controle social. Ela é feita de organizações estruturadas cada vez mais numerosas e interdependentes, assim como por organizações não estruturadas, de grupos e do que chamamos sistemas concretos de ação mais fluidos embora operatórios" (*Le Problème de la Régulation dans les Sociétés Complexes* Modenas, in F. Chazel & J. Commaille, 1991:132). Este quadro de grande complexidade permite a autonomização das regulações sociais autônomas, em face de uma regulação jurídico-política unívoca e ineficaz. A independência de ação que têm os agentes econômicos, especialmente as grandes corporações multi ou transnacionais, estimula-os a procurar soluções próprias paralegais ou antiilegais, instituindo uma outra regulação. No domínio das relações de trabalho, por exemplo, a flexibilização dos processos e dos mercados de trabalho provocou uma radical reestruturação que contornou solenemente as regulações trabalhistas, instituindo as "quinzenas de nove dias" (nine-days fortnights), as semanas de quarenta horas semanais com compensação em períodos de maior demanda, além do trabalho temporário (part-time) e da terceirização. Os efeitos paralelos deste processo de reestruturação são o crescimento do desemprego, do subemprego e dos mercados informais, o que concorrem igualmente para subtrair do controle do Estado largas porções da vida econômica.

Em segundo lugar, o dismantelamento parcial do Estado-providência enfraquece os meios de regulação jurídico-política. A crise econômica dos anos 70 e 80 solapou, nos países centrais, as bases do consenso keynesiano que acoplou o modelo fordista de produção industrial das grandes empresas capitalistas ao Estado-providência, regulador e corporativista (ver David Harvey, 1990:13'-140). Já no interior do *Welfare State*, a instituição de processos de concentração num sistema de representação de interesses não-competitivo evidenciam a incapacidade do Estado em gerir a política econômica nos moldes hierárquicos. Há ainda a considerar a estreita relação de dependência que se estabelece entre o Estado-providência e as grandes corporações econômicas, para as quais o poder público deve garantir as condições de reprodutibilidade do capital em troca da sua boa vontade na condução da política econômica (P. Boreham, S. Clegg & G. Dow, *Political Organization and Economic Policy*, in Graeme Duncan (org.), 1989:263-270). Este pacto, no entanto, só prospera numa conjuntura de crescimento econômico em que a sustentação da demanda pelo Estado se coaduna com a alta produtividade do modelo fordista. A já citada crise provocou a implosão deste arranjo e colocou em questão o papel do Estado na condução das economias. As ideologias neoliberais são unânimes (2) na condenação do papel regulador do Estado na economia capitalista, e deste argumento derivaram as

medidas de desregulamentação e as privatizações. Esses dois mecanismos retiram das mãos do Estado importantes meios para uma intervenção eficaz no processo econômico. Por outro lado, as mutações tecnológicas dos anos 80 permitiram às grandes empresas implementar o processo de globalização que consiste na criação de um espaço transnacional para a produção, investimento e comercialização de produtos, ligado em tempo real às grandes redes mundiais de comunicação e que impõe sua própria regulação. Em contexto de escassez mundial de investimentos, associado à desregulamentação dos fluxos financeiros internacionais e à alta concentração do capital, são as grandes empresas transnacionais que regulam as economias nacionais, estas últimas tributárias das decisões dos big bosses.

Assim, a perda de legitimidade do Estado e da sua regulação jurídica expõe a decadência do "legicentrismo" de que nos fala André-Jean Arnaud (1991:81). O vazio daí decorrente, leva o Estado a recorrer à negociação e às técnicas promocionais a fim de obter o consenso o que descortina uma sensível mudança nos padrões de atuação do poder nas sociedades contemporâneas no que tange à construção da legitimidade. Nas palavras de Jacques Commaille, "a legitimidade se constrói aqui menos pela imposição aceita pelos cidadãos que pela participação múltipla e às vezes contraditória à construção dos princípios fundadores do Bem Comum" (1994:205). Esta nova forma de construção da legitimidade exprime-se, ao nível jurídico, pela expansão da contratualização e pelo recurso às normas programáticas.

Hoje, assiste-se à formação de um direito estatal de natureza negociada tanto em sua gênese quanto em sua administração. As técnicas negociadas de direção política implicam uma mudança significativa do caráter da produção normativa: "Ao mesmo tempo em que se constata uma extensão ilimitada do direito, assiste-se a uma perda de autoridade, a uma dissolução do imperativo" (Charles-Albert Morand, *La Contratualisation du Droit Dans l'État-Providence*, in F. Chazel & J. Commaille, 1991:143). Na própria gênese das leis, intervém a negociação entre o Estado e os grandes grupos econômicos, especialmente nos países em que o corporativismo é oficial (ver Eehmbruch & Schmitter, 1982). A oposição desses grupos pode pôr a perder a política governamental, o que obriga o Estado a estabelecer convenções com eles. Existe, ainda, o recurso à legalização dos acordos privados, como as convenções coletivas de trabalho ou os acordos setoriais, numa evidente autolimitação pelo Estado de sua soberania normativa. Na administração das normas, mais uma vez, o Estado recorre à negociação, em que a burocracia tenta uma "adaptação" da norma emanada do centro às condições concretas do seu exercício na periferia. Assim, "a lei perde sua uniformidade após as negociações que se desenrolam na periferia. Ela sofre vastas transformações por um processo de acordos parciais em cascata realizados em diversos níveis" (cf. C.-a. Morand, *La Contratualisation du Droit dans l'État-Providence*, in Chazel, F. & Commaille, J., 1991:149). Até mesmo no domínio do Direito Penal, os *plea bargaining* dos tribunais ingleses inserem o princípio da negociação. Em determinados domínios (fiscalidade, direito ambiental, etc.), a ação regulatória do Estado resume-se praticamente à negociação. Nesses casos, o recurso à sanção é revelador não propriamente do poder do Estado, mas de sua incapacidade em fazer valer sua autoridade pela persuasão. Cada vez menos, o Estado lança mão das normas prescritivas, aquelas que impõem condutas sob ameaça de sanções. Os novos documentos Jurídicos apresentam caráter bem menos constrangedor, sobretudo no do! lio do urbanismo. como é o caso dos Planos

Diretores (ver Jean-Bernard Auby, *Prescription Juridique et Production Juridique*, in F. Chazel & J. Commaille, 1991:163-169).

Este processo produz dois tipos de efeitos sobre a estrutura do Direito Positivo: a perda do seu caráter autoritário e a perda do seu monopólio normativo. No primeiro caso, a estrita divisão entre Estado e sociedade se liquêfaz e o caráter de heteronormatividade da direção política desaparece em proveito de um modo de direção parcialmente autônomo das condutas. No segundo caso, a participação dos grupos privados na gênese e na administração do Direito privatiza o ordenamento jurídico desde a sua origem. A interpenetração das esferas pública e privada traz o grave risco, já denunciado por Habermas (1976:269), da "refeudalização da esfera pública política" com a conseqüente exclusão dos princípios válidos para esta, tais como moralidade, publicidade-transparência e legalidade. O equilíbrio entre a flexibilidade e racionalidade desses procedimentos e a preservação das garantias constitucionais e dos valores universais é o principal desafio do Direito contemporâneo. Veremos, ainda, como os juristas e seu paradigma dominante se obstinam em desconhecer todo esse processo, reafirmando ideologicamente a pertinência histórica do Estado kelseniano como ordem coativa.

#### **4. FATORES DA PERSISTENCIA E DA CRISE DO PARADIGMA DA REGULAÇÃO JURÍDICA**

Examinamos, na seção anterior, as razões sociais e políticas para a persistência do modelo de regulação jurídico-política, ou regulação "por cima", nas sociedades contemporâneas. Cabe-nos, agora, investigar um segundo – e igualmente determinante – aspecto deste sistema de dominação: o papel do paradigma da regulação na construção da razão jurídica e, em seguida, a parte da razão jurídica na reprodução do modelo sócio-político da regulação jurídica "por cima".

A razão jurídica é o liame de causalidade entre os diferentes tipos de proposições jurídicas, desde os enunciados legislativos, jurisprudenciais até os doutrinários, o qual define uma racionalidade do mundo (A.-J. Arnaud, 1981:23). A razão jurídica é um discurso coerente, capaz de ditar raciocínios, sistematizador das condutas e dos conhecimentos jurídicos, unitário e dinâmico: é princípio ordenador do sistema jurídico (A.-J. Arnaud, 1981:27-31) e da ciência jurídica. Seu princípio dinâmico, no entanto, são os diferentes paradigmas, ou modelos de interpretação da experiência jurídica.

As ciências, quer naturais, quer sociais, formam-se a partir de paradigmas, os quais se definem como "exemplos aceitos de pesquisa científica real – exemplos que incluem leis, teorias, aplicações e instrumentalizações – que provêm modelos a partir dos quais decorrem tradições particulares e coerentes de pesquisa científica (Kuhn, 1962:10). Um paradigma é um modelo para a determinação de fatos significativos, para a correspondência da teoria com os fatos e apara a elaboração interna da teoria (Kuhn, 1962:23-30). O paradigma constitui-se numa articulação de conceitos a priori do conhecimento, no sentido kantiano (Kant, 1983, III, pp. 48-52), graças aos quais o cientista identifica e organiza os fatos da experiência. Estes modelos são aprendidos pela educação formal e pelo treinamento científico, mas nem sempre os cientistas conseguem exprimir claramente os

fundamentos das regras dos seus métodos. Isto significa que estas últimas tornam-se inconscientes quando o paradigma se assemelha à própria ciência (Kuhn, 1962, 45-51), isto é, quando se torna paradigma dominante. No que respeita à Ciência do Direito, o paradigma dominante na interpretação da experiência jurídica é o positivismo.

O positivismo jurídico é uma abordagem do Direito que se caracteriza, antes de tudo, por uma nítida distinção "entre o direito idealizado e o direito real", apenas este último constituindo objeto da Ciência do Direito. No dizer de Kelsen, a Teoria Pura do Direito quer "libertar a ciência jurídica de tudo que lhe é estranho: psicologia, sociologia, ética e política" (Hans Kelsen, 1979: 17). Neste paradigma, a) só existe o Direito Positivo; b) ele é um conjunto de regras que emanam de atos de vontade da autoridade; c) os comandos advêm do direito pela força; d) o Direito forma um sistema completo, coerente e fechado; e) a atividade dos juizes é de natureza lógico-dedutiva a partir das regras do Estado, sem referência a fins sociais ou morais. Assim, o juspositivismo entende o Direito como Direito Positivo, isto é, direito posto pelo Estado, como obra política do poder na qual interagem vigência e eficácia.

O conteúdo ideológico do juspositivismo consiste no pressuposto de que: a) o Direito Positivo realiza o desígnio de estabelecer a paz e a harmonia sociais; b) que suas regras são legítimas e justas; e c) que elas devem ser obedecidas porque são jurídicas (e não propriamente porque são justas). A esse título, a teoria da norma fundamental (Grundzinn), em Kelsen, é exemplar ao alicerçar todo o ordenamento jurídico na pressuposição de que "devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve" (Kelsen, 1979:279), numa evidente falácia em que se funda a ordem jurídica em si própria.

O juspositivismo fornece a base teórica e ideológica do paradigma da regulação jurídico-política, ao orientar tanto a atividade legiferante quanto jurisprudencial e mesmo doutrinária. No positivismo, o Direito Positivo aparece inevitavelmente como premissa maior do raciocínio jurídico de subsunção. A produção normativa só se pode realizar pelo Estado, que, portanto, é aceito como monopolizador da função legiferante. Os pressupostos de completude, fechamento e coerência do ordenamento reforçam o paradigma da regulação "por cima", na medida em que afirmam a onipotência e a onisciência do direito estatal. O saber jurídico, que exerce uma influência considerável sobre a prática jurídica (ver C. Atias, 1994:53-60), concorre fortemente para a legitimação do paradigma tradicional, mitificando o papel do Estado como supremo regulador da sociedade.

Na Sociologia do Direito, o paradigma da regulação jurídico-política encontra seus adeptos mais consistentes entre os seguidores de Niklas Luhmann. Na visão deste autor, o Direito define-se como "estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas" (N. Luhmann, 1983 1:121). A crescente complexidade da sociedade constitui o "motor da evolução", por tornar mais sensíveis as discrepâncias entre as diversas dimensões da generalização de expectativas, o que clama por uma ação mais "eficiente" do Direito para garantir a "congruência" (1983, 1:122). O Direito é concebido como um sistema de "reduções de expectativas" num ambiente de alta complexidade em que a contingência (possibilidade de comportamentos divergentes) pode conduzir a expectativas normativas incongruentes, a "tendências anômicas" (1983, 1:126). Essas expectativas precisam ser institucionalizadas em seu conteúdo, assim como precisa

ser institucionalizado o ato de institucionalizar. O Direito finda caminhando para uma maior diferenciação e autonomização funcional. mercê de uma maior complexidade social. Este longo processo socioistórico culmina com a "plena positivação do direito", em que este se apresenta como sistema autopoiético (3) cuja legitimidade não reside em normas metajurídicas, mas baseia-se exclusivamente na decisão" (1983, 1:237).

"A legitimação pelo procedimento", diz Luhmann em outro trabalho, "e pela probabilidade de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas (...)" (1980:31). Luhmann despacha para as "margens do direito" a justiça enquanto princípio ético, afirmando, ainda, que "a separação entre o direito e a moral torna-se uma condição da liberdade" (1983, 2:24). Se a positivação do Direito se mostra como o ápice de um processo socioistórico evolutivo (ver Luhmann, 1983, 1 :228236) e, ao mesmo tempo, reduz-se ao estatuído que vige por força de decisões (1983, 2:10), podemos concluir que o padrão atual de regulação jurídico-política representa a forma mais perfeita e acabada do Direito, funcionalmente adequada à sociedade contemporânea. Assim, sem dizê-lo explicitamente, o funcionalismo de Luhmann carrega (no sentido alemão de trägt) um positivismo latente e legitima o modelo sociológico de regulação jurídico-política, ao descrevê-lo e situá-lo, forma acabada de institucionalização e de diferenciação, como o cume da evolução jurídica da civilização.

Este paradigma retira a sua força de sua relevância política e ideológica, muito mais que de sua relevância científica. Os interesses sociais que lhe subjazem são suficientemente poderosos para obstar-lhe o declínio. Em primeiro lugar, interessa a todos os setores que se beneficiam da ação do Estado, desde os políticos e a burocracia. até as classes dominantes, tanto pela mobilização do aparelho repressivo para aquilo que Luhmann chama de "imposição do direito" quanto pela difusão da crença na racionalidade da dominação legal, que serve àquilo que Luhmann denomina "cumprimento" do Direito. Em segundo lugar interessa à corporação dos juristas a manutenção deste paradigma. porquanto nele valoriza-se a sua função como especialista e como autoridade. Os juristas se apresentam, a um só tempo, como "apóstolos" de uma metarrazão e como senhores de um saber prático incontornável. Jacques Commaille exprime esta atitude da seguinte forma: "A arte jurídica é, assim, esta justificação última, e que não precisa ser justificada, do valor supremo da lei. Esta é concebida pelo jurista por referência unicamente a uma cultura de essência excepcional, lidando simultaneamente com seu saber próprio segundo as regras de uma arte, para finalmente impor e legitimar uma ordem social enquanto possibilita a sua perpetuação" (1994:218/219). O culto à excelência da lei garante posições estabelecidas nas hierarquias sociais (juiz, procurador, professor titular, desembargador etc.), rendas confortáveis aos grandes "especialistas" e prestígio social aos doutrinadores.

Ideologicamente. o paradigma da regulação "por cima" permite, por um lado, sub-repticiamente, justificar a ordem social que subjaz à ordem jurídica, que se tem como capaz de garantir a "paz e a harmonia" da sociedade, e, por outro, permite sistematizar os conceitos da ideologia dominante da pax burguesa. A centralidade que se empresta ao Estado, neste modelo, nos impede de conceber qualquer ação política ou reivindicação jurídica fora dos seus limites. O pressuposto de legitimidade, ínsito na legalidade, tende a obscurecer as relações políticas que se tecem entre a instância jurídica e a estrutura de classes numa dada sociedade. Em suma, só a função ideológica do paradigma da regulação

jurídico-política é capaz de sustentar a sua continuidade nas faculdades de Direito, assim como nos demais foros de produção da razão jurídica.

No entanto, o paradigma, hoje, não possibilita a compreensão da real função do Direito na sociedade contemporânea nem de sua estrutura. Como descrevemos na seção II, a perda do monopólio da produção normativa por parte do Estado, o advento da crescente organização da sociedade civil, a regulação corporativa, a globalização, a informalização das relações sociais, entre outros fatores, levaram a um apagamento das distinções anteriores e a uma perda de eficiência da ação regulatória do poder público. Hoje, percebemos – mas nos obstinamos em não aceitar – a incapacidade de o Estado controlar os preços pelo manuseio da autoridade, a ineficácia do controle da criminalidade, da repressão ao contrabando, etc. Nosso reflexo de sugerir o aumento das penas, para conter ou diminuir a prática de certos crimes, revela tanto nosso desconhecimento dos fatores condicionantes do crime quanto a inconsistência teórica do nosso paradigma dominante. A crise do paradigma da regulação jurídica é, antes de mais nada, uma crise prática que se reflete numa crise teórica. Nos termos de Thomas Kuhn, o paradigma dominante não permite mais o *problem-solving*, que é razão de ser de todo paradigma científico. Daí o fermento para a revolução científica.

## 5. CONCLUSÃO

O paradigma da regulação jurídico-política, como acreditamos ter demonstrado, constituiu-se, hoje, num entrave à Ciência do Direito. A complexidade, palavra-chave do funcionalismo de Luhmann, conduz à multiplicidade de expectativas, à proliferação de subsistemas sociais cada vez mais autônomos, e, por conseguinte, à crescente dificuldade de o Estado regular cada um desses microcosmos. Os já citados fatores de desagregação do modelo de regulação jurídica "por cima" vão configurando, cada vez mais nitidamente, uma nova ordem, na qual a regulação jurídica procede "de baixo", a partir de microrregulações sociais, de caráter informal. O advento desta nova realidade não deixa de levantar problemas quanto à validade e certos princípios universais de nossos sistemas jurídicos, tais como a igualdade, a liberdade e a democracia, em face dos arranjos sociais emanados de subsistemas com lógicas distintas. Aí ressurgirá o problema da "generalização congruente", mas não como suposição, mas como indagação e como necessidade de construção.

Resta que, se a crise prática da regulação jurídico-política ainda não salta aos olhos, menos ainda se vislumbra ao nível teórico. Em vão buscar-se-á nos livros de Direito qualquer menção a este processo. O culto à supremacia da lei como instrumento de regulação é senso comum. Ainda trabalhamos com as categorias do pensamento liberal oitocentista, sem nos darmos conta sequer das profundas mutações por que passou o Direito na era do Estado keynesiano. E esta é, sem dúvida, nossa mais grave deficiência, a saber, que não só não percebemos o desastre à nossa volta, mas principalmente não dispomos nem mesmo dos meios que nos permitiriam, com algum esforço, percebê-lo. Nossa formação, estritamente formalista e dogmática, não nos instrumentaliza para compreender o mundo à nossa volta, no qual, todavia, mergulhamos e submergimos num turbilhão. A queda do modelo sociopolítico de regulação poderá deixar-nos uma herança nefasta: um falso brilhante em mãos de miseráveis da ciência jurídica.

1. A tabela, a seguir, mostra a evolução do gasto público, em termos percentuais, com relação ao PIB em alguns países desenvolvidos:

Ano	França	Alemanha	Japão	Holanda
1973				
1982				
1988	38,5			
	50,4			
	50,3	41,5		
	49,4			
	46,6	22,4		
	33,7			
	32,9	45,6		
	61,6			
	57,9			

Fonte: N. Roubini & J. Sachs, *Gouvernement Spending and Budget Deficits in the Industrial Economies Economy Policy*, n.º 8, Cambridge, abril, 1989.

2. Para duas visões distintas da ideologia neoliberal relativamente à regulação jurídico-política, ver Friedrich A. Law Hayek, *Legislation and Liberty*, vol. 3, p. 93, e Milton Friedman, *Capitalism and Freedom*, p. 22.

3. De acordo com o próprio Luhmann, são sistemas auto-referenciais ou autopoieticos aqueles que "produzem por si mesmos tudo que eles utilizam enquanto unidade, sua unidade enquanto sistema consistindo justamente nisso" ("Systema versethen Systeme", in N. Luhmann, & K. E. Schorr (eds.), *Zwischen Intransparenz und Verstehen*, Frankfurt, 1986). Os sistemas ligam seus indivíduos por um sistema próprio de comunicação, diferenciam-se de seu ambiente (Umwelt) por limites de sentido (Sinngrenzen) que instituem um processo de seleção de elementos ou possibilidades que estabelece, mediante um código bipolar (legal/ilegal), um campo de possibilidades estruturadas.

## **BIBLIOGRAFIA**

ARNAUD, André-Jean. (ed.). *Dictiotnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1993.

\_\_\_\_\_, "Repenser Im droit pour I 'époque post-Inoderne", in *Le Courier du CNRS*, 75, 1991.

\_\_\_\_\_, "Droit, régulation, changementsocial. Remarquescritiquespourune théorie en sociologie juridique", in *Law, Regulatio)l, Social Change: some critical lineaments about the sociological theory of Law*, Mexico, Xth Congress of Sociology, ISA, 1982.

\_\_\_\_\_, *Critique de la Raison Juridique (1). Ou va la Sociologie du Droit?*, Paris, Librairie

Générale de Droit et Jurisprudence, Bibliothèque de Philosophie du Droit, 1981.

ATIAS, Christian. *Épistémologie du Droit*, Paris, Presses Universitaires de France, col. Que saisje?, 1994, vol. 2840.

CANGUILHEM, Georges. "Régulation", in *Encyclopaedia Universalis*, Paris, Arman Colin, 1978, vol. 14, pp. 1-3.

CHAZEL, François & COMMAILLE, Jacques. *Normes Juridiques et Regulation Sociale*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, col. Droit et Société, 1991.

COMMAILLE, Jacques. *L'Esprit Sociologique des Lois. Essai sur la Sociologie Politique du Droit*, Paris, Presses Universitaires de France, col. Droit-Éthique-Société, 1994.

\_\_\_\_\_, "Regz/lation Sociale in Arnaud, André-Jean (org.), pp. 523-524, 1993.

DUCAN, Graeme. *Democracy and tll e Capitalist State*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça: a Fwlção Social do Judiciário*, São Paulo, Editora Ática, 1989.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*, Chicago, University of Chicago Press, 1962.

HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuwied, Darmstadt, Hermann. Luchterhand Verlag, 1976 (trad. bras.: *A Mudança Estrutural da Esfera Pública*, Rio de Janeiro, Ed. Tempo Brasileiro, 1981).

\_\_\_\_\_. ( 1973) *Legitilnationsproblel7le iln Spatl;apitalislnus*. Frankfurt. Suhrkamp Verlag (trad. bras.: *Problelllas de Legitimação ~lo Capitalismo Trndio*, Rio de Janeiro. Ed. Tempo Brasileiro, 1984).

HARVEY, David. *The Condition of Postmodernity*, Cambridge, Blackwell, 1 990.

HAYEK. Friedrich A. *Law, Legislation and Libern*, Chicago. Universlty of Chicago Press, 1979, 3 volumes.

KANT, Immanuel. *Kritik der Reinen Vernunft*, 1983, vol. 3, in *Werke*, 10 volumes, Dramstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Sonderaufgabe (edição original de 1787).

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1934 (trad. port.: *Teoria Pura do Direito* ( 1979), Coimbra, Arménio Amado Editor, sucessor).

KUHN, Thomas (1962). *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 2- edição.

LEHMBRUCH, G. & SCHMITTER, Ph. Patterns of Corporatist Policy Making, London, Blackwell, 1982.

LUHMANN, Niklas. RechtssoSologie, Frankfurt, Rowlhlh Taschenbuch Verlag, 2 Bande, 1972 (trad. bras.: Sociologia do Direito (1980), Rio de Janeiro, Ed. Tempo Brasileiro, 2 volumes).

\_\_\_\_\_. (1969), Legitimation durch Verfahretl, Darmstadt, Neuwied, Hermann Luchterhand Verlag (trad. bras.: Legitimação pelo Procedimento (1983), Brasília, Ed. UnB, col. Pensamento Político, vol. 15).

PALAZZO, J. L., SÉSÍN, D. J. & LEMBEYE, V.A.R. La Transformación del Estado, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1992.

THOENIG, Jean-Claude & MÉNY, Yves. Politiques Plfbliques, Paris, Presses Universitaires de France, 1989.

TROPER, Michel. Positivisme, apud A.-J. Arnaud, \_\_\_\_\_, pp. 461-463.

WEBER, Max. Economia y Sociedad: Esbozo de sociologia comprensiva, Mexico,1944, Fondo de Cultura Económica (trad. de Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie, Leipzig, 1922).

MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. **A crise da regulação jurídica e de seu paradigma nas sociedades contemporâneas.** Disponível em [http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/geraldo\\_tadeu/gt\\_1.html](http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/geraldo_tadeu/gt_1.html). Acesso em 26/07/2006.