

A EVOLUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO SEGUNDO A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE NIKLAS LUHMANN: A TEMÁTICA DA RESILIÊNCIA

Michelle Fernanda Martins¹

THE EVOLUTION OF THE LEGAL SYSTEM ACCORDING TO NIKLAS LUHMANN'S THEORY OF SOCIAL SYSTEMS: THE THEME OF RESILIENCE

RESUMO: Na sociedade contemporânea, o direito enfrenta sérios desafios, dentre os quais regulamentar o convívio social dentro de uma realidade que está em constante transformação. Novas alternativas precisam ser pensadas para que, dentro desse contexto, o acesso à justiça seja garantido, as expectativas normativas dos indivíduos sejam atendidas e o direito evolua. Porém, embora algumas alternativas sejam pensadas, como, por exemplo, a audiência preliminar do Código de Processo Civil de 1973, estas, algumas vezes, sofrem resistências por parte dos atores jurídicos, o que pode impedir a evolução do sistema jurídico. Assim sendo, o presente artigo analisa, dentro de uma perspectiva luhmanniana, a evolução do sistema jurídico, objetivando compreender este processo. Aborda ainda a necessidade de pensar um "direito resiliente", o qual seja capaz de produzir comunicações eficazes em uma realidade tão dinâmica quanto a atual. Através de uma reflexão teórica, o presente artigo procura responder se o direito é capaz de se reinventar e evoluir, concluindo que sim, mas que isso decorre de todo um processo evolutivo que precisa ser compreendido.

Palavras-chave: Agonística. Democracia radical. Dissenso. Individualismo democrático. Liberalismo.

ABSTRACT: Contemporary society, the right stages challenges, among the regulators of social interaction within a reality that is constantly changing. The new alternatives are guaranteed so that guarantees are guaranteed in this respect, as the normative standards of the candidates are met and the law evolves. However, although they are sometimes thought of, such as a preliminary hearing of the Code of Civil Procedure of 1973, they are sometimes resisted by legal actors, which may impede the evolution of the legal system. Thus, the present article analyzes, from a Luhmannian perspective, the evolution of the legal system, aiming at this process. The same must be able to empty your right to think. Through a theoretical reflection, this article seeks to answer whether law is capable of reinventing itself and evolving, concluding that it is, but that it stems from an entire evolutionary process that needs to be understood.

Keywords: Agonistic. Radical democracy. Dissent. Democratic individualism. Liberalism.

¹ Professora universitária (ULBRA). Mestre em Direito e Sociedade (UNILASALLE). Especialista em Direito Público (IDC). Graduada em Direito (ULBRA). Advogada (OAB/RS 81.675). Juíza leiga (TJRS - Fórum da Comarca de Canoas) Membro do Conselho de Curso do Direito da Ulbra Canoas. Mediadora Judicial em formação. Autora do livro "Acesso à justiça e evolução do sistema jurídico: a audiência preliminar (art. 331, CPC/1973) e a audiência de conciliação (art. 334, NCCPC/2015)" e co-autora do livro "Evolução do sistema jurídico e estado de austeridade".



1 INTRODUÇÃO

Niklas Luhmann, ao longo de sua obra, teve a oportunidade de descrever a sociedade, os seus sistemas e o seu funcionamento. Dentre os subsistemas da sociedade que descreveu, encontra-se o direito. Além de ter descrito o subsistema direito, ainda analisou como a evolução do sistema jurídico ocorreria.

Dentro desta perspectiva teórica, procura-se entender como ocorre a evolução ao sistema jurídico e se seria viável possibilitar o acesso à justiça através desta evolução, direito fundamental estipulado na Constituição da República Federativa do Brasil no artigo 5º, inciso XXXV, e que suscita tantas discussões, sob os mais diversos aspectos.

Tal questionamento mostra-se fundamental nos dias atuais, pois vive-se em uma sociedade dinâmica e com muitas possibilidades, com diversas opções aos indivíduos, ocasionando com que, muitas vezes, o direito não consiga acompanhar as transformações da sociedade, já que esta não espera a regulamentação jurídica para decidir como viver ou como solucionar os seus problemas.

Dessa forma, o direito parece estar sempre procurando alternativas para tornar sua realidade mais dinâmica e atual, contudo, muitas vezes enfrenta resistências por parte das pessoas que integram o seu sistema, os quais têm dificuldade para se adaptar a mudanças e/ou a inovações legislativas, podendo citar, por exemplo, o ingresso do processo eletrônico, que embora tenha sido uma facilidade, sofreu fortes resistências no início e ainda hoje sofre ou, mais recentemente, as audiências virtuais.

Neste artigo, analisa-se a recepção do procedimento da conciliação no processo civil e se existiram (ou não) resistências. No Código de Processo de Civil de 1973, existiram duas reformas legislativas: uma em 1994, que introduziu a “audiência preliminar”, e outra em 2002, que introduziu a “audiência de conciliação”, institutos similares, apenas com nomenclatura e alguns procedimentos diversos. O objetivo destes procedimentos é procurar uma solução do conflito de forma amigável.

Quando a audiência preliminar foi criada, em 1994, ela era obrigatória, contudo, os magistrados optaram por muitas vezes dispensá-la, sem que houvesse a devida

fundamentação. Por isso, tem se questionado se existiria uma resistência aparente dos atores jurídicos em atender ao estabelecido em inovações legislativas, e como isso poderia representar uma barreira no acesso à justiça.

Nos projetos de leis que trouxeram estas reformas legislativas, é informado ainda que o seu objetivo é a facilitação do acesso à justiça, bem como o fomento da conciliação entre os interessados por ser a “solução ideal” da resolução de conflitos, anseios recorrentes dos estudiosos do processo civil. Tal objetivo continua recorrente e pode ser visto ainda através das ações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), quando elaborou diversas resoluções (Resolução nº 125/2010, Recomendação nº 50/2014 e Resolução nº 198/2014) neste sentido e criou programas como a “Semana Nacional da Conciliação”, “Movimento pela Conciliação” e o “Prêmio Conciliar é Legal”.

O Código de Processo Civil de 2015 demonstra que o legislador ainda intenciona trazer a conciliação como uma das formas de resolução de conflito, trazendo outro procedimento de solução de litígio que não a sentença. Há a introdução tanto da sessão de conciliação quanto da sessão de mediação, e a imposição da obrigatoriedade de ambos, novas iniciativas que procuram tornar o direito menos mitificado e mais próximo aos indivíduos.

O Novo Código de Processo Civil procura conferir maior autonomia às partes na persecução de seus objetivos processuais, onde pode haver diálogo sobre a resolução do conflito, analisado a lide sociológica e não só a lide processual.

Contudo, tendo em vista a aparente resistência que houve em relação à audiência preliminar, aborda-se a possível resistência às sessões de conciliação e mediação introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015. Por tal motivo e para que o acesso à justiça do indivíduo seja realmente incrementado, o presente artigo aborda o conceito de resiliência jurídica, analisando se será possível a evolução do sistema jurídico através destas modificações.

O presente artigo é uma reflexão teórica sobre as questões acima levantadas, questionando se é possível o direito evoluir e se (re)inventar, dando respostas a uma sociedade que muda a cada segundo, onde os integrantes do sistema jurídico, muitas vezes, seguem um dogmatismo que se apresenta resistente a inovações e modificações.

O objeto principal do presente estudo é verificar se há ou não resistência por parte dos componentes do sistema jurídico em aceitarem inovações legislativas por meio de uma análise teórica da teoria dos sistemas sociais.

Os objetivos do artigo dividem-se em três: (a) analisar brevemente a teoria dos sistemas sociais; (b) verificar como ocorre a evolução do sistema jurídico; (c) analisar o conceito de resiliência jurídica e pensar em um direito resiliente.

O presente artigo adota a metodologia de um estudo teórico sobre o assunto, convidando a reflexão sobre estes temas, sem a pretensão de esgotar o tema.

Por meio da presente pesquisa, foi possível concluir que há uma certa resistência de aceitação de inovações pelos integrantes do sistema jurídico, contudo isso faz parte do próprio processo evolutivo, de modo que o conceito de direito resiliente vem contribuir em muito com a evolução do sistema jurídico.

2 INTRODUÇÃO À TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS

Pela leitura do livro "Introdução à teoria dos sistemas", que foi elaborado após um curso de inverno ministrado por Niklas Luhmann na Universidade de Bielefeld, pode-se verificar que este autor se preocupou em verificar se existiria algo, no campo da sociologia, que pudesse se denominar de "teoria dos sistemas". Assim, o jus-sociólogo iniciou a procurar teorias, apontando que devem se destacar duas teorias produzidas nas décadas de 1940 e 1950, especialmente nos Estados Unidos, que seriam o "funcionalismo estrutural"² e o "desenvolvimento peculiar sobre o sistema da ação", esta última desenvolvida por Talcott Parsons (LUHMANN, 2010, p. 11-36).

Contudo, Niklas Luhmann diz que sociologia do final dos anos 1940 e início dos anos 1950 acabou sendo rechaçada pela necessidade de que fossem explicadas as condições de manutenção de certas estruturas nos sistemas. Além disso, referiu que o funcionalismo estrutural possuía duas limitações: (a) não era possível questionar a respeito da estrutura; (b) não era possível decompor a estrutura, para que se entendesse a possibilidade dos

² "O ponto de partida do funcionalismo estrutural tem origem nos estímulos de estudos etnológicos e social-antropológicos realizados com tribos ou clãs que haviam ficado isolados do desenvolvimento universal. O objetivo dessas disciplinas era apreender, mediante observação metodizada, as estruturas originais da sociedade."(LUHMANN, 2010, p. 36).

termos, condições de manutenção, variáveis e todo o aporte teórico (LUHMANN, 2010, p. 37).

Porém, aponta que a principal incapacidade era a ausência de resposta acerca de como poderia ser possível perceber que a sociedade teria se tornado um sistema diferente, quantas mudanças teriam ocorrido e como se perceberia que determinadas estruturas já não mais operavam na sociedade. Estes questionamentos teriam surgido principalmente pelas transformações geradas com o desenlace da Segunda Guerra Mundial. Dessa forma, a sociologia de 1960 e 1970 percebeu que estes impulsos de modernidade tinham dificuldade para se concretizar, o que se verificava tanto em países em desenvolvimento quanto em países desenvolvidos. Além disso, foi gerada a consciência de que nem todo o conhecimento sociológico poderia ser transmitido para a práxis. Por tais fatores, o funcionalismo estrutural acabou sendo rechaçado (LUHMANN, 2010, p. 39).

Luhmann explica que não podemos abordar a teoria de Parsons à margem do funcionalismo estrutural, pois este autor propôs consolidar o marco teórico da manutenção da estrutura nos sistemas, chegando inclusive a classificar esta teoria como a segunda melhor teoria. Segundo o funcionalismo estrutural, o ponto de partida seria a existência de determinadas estruturas nos sistemas sociais, de forma que se poderia questionar quais seriam as funções necessárias para o seu funcionamento e manutenção (LUHMANN, 2010, p. 40-42).

Porém, a frase que poderia definir a teoria de Parsons seria "*action is system*", à medida que a teoria da ação se apresentaria mais direcionada ao indivíduo na qualidade de sujeito, sendo que assim a sociologia se abriria a possibilidade de integrar sistemas psíquicos e orgânicos daquele que age. A teoria da ação, portanto, significa que o sistema social é composto por uma pluralidade de pessoas, e de suas interações. Porém, por outro lado, se utilizaria "a teoria do sistema para designar realidades de grande escala (macrossociais), de modo a conservar seu caráter de elevada abstração" (LUHMANN, 2010, p. 40-42).

Pelas duas ideias acima mencionadas, estar-se-ia a frente de paradigmas contraditórios. Parsons, por sua vez, refere que ação e sistema nunca poderiam ser compreendidos separadamente, pois "a ação só é possível sob a forma de sistema". Além

disso, "a construção de estruturas sociais se realiza sob a forma de sistema, e a operação basal sobre o qual esse sistema se constrói é a ação" (PARSONS *apud* LUHMANN, 2010, p. 42). As estruturas seriam construídas sobre formas de sistemas e esta construção ocorreria por meio da ação.

A teoria de Parsons fala ainda que "a ação é uma propriedade emergente (emergent property) da realidade social" e que, para haver uma ação, existe certo número de componentes, os quais não serão abordados neste artigo, por não ser o seu objeto³. Este autor fala também que uma ação se realiza quando já existiria uma encadeação de valores coletivos, sendo que "o autor é somente um elemento dentro do conjunto ação" (PARSONS *apud* LUHMANN, 2010, p. 42-44).

Luhmann diz que a teoria de Parsons "oferece uma das arquiteturas conceituais mais grandiosas na sociologia contemporânea", porém deixa em aberto questões de auto implicação cognitiva, na medida que "não considera que o conhecimento dos sistemas sociais dependa das próprias condições sociais", assim como "não tem presente que o conhecimento (ou a definição, ou a análise) das ações já seja em si mesmo uma ação" (LUHMANN, 2010, p. 57-58).

Niklas Luhmann, influenciado pelas teorias acima descritas, e procurando verificar a existência de uma teoria geral dos sistemas, assim como descrever a sociedade, acaba formulando a teoria dos sistemas sociais, a qual preconiza que a sociedade moderna é um todo, sendo dividida em diversos sistemas e subsistemas (economia, política, direito, entre outros) (LUHMANN, 1993, p. 9-10), os quais teriam funções diferentes. Nesse sentido, trecho da obra do escritor:

En esta sociedad diferenciada por funciones (o por diferenciaciones funcionales), los sistemas parciales son desiguales por la función que cada uno de ellos desarrolla. Todo sistema parcial se diferencia y se define con base a la función específica que desarrolla en la sociedad: los principales son el sistema político, el sistema económico, el sistema de la ciencia, el sistema de la educación, el sistema jurídico, las familias, la religión, el sistema de salud, el sistema del arte. La comunicación fundamental en la sociedad está por tanto estructurada alrededor de estas funciones (CORSI; BARALDI; ESPOSITO, 1996, p. 61).

³ Caso haja interesse por este assunto, a teoria está explicada no decorrer das páginas 40-58 de "Introdução à teoria dos sistemas sociais" de Niklas Luhmann.

Um dos pontos centrais e essenciais da teoria dos sistemas sociais formulada por Niklas Luhmann é compreender que cada sistema social fechado possui uma função diferenciada. Vive-se, portanto, em uma sociedade diferenciada por funções ou por diferenciações funcionais. Os sistemas são desiguais em razão da função que cada um exerce na sociedade. A comunicação essencial na sociedade está estruturada em volta destas funções.

Pelos conceitos deste jus-sociólogo, função/funcionalismo é aquilo que torna único e diferencia determinado fenômeno, o que o torna contingente e confrontável com outros fenômenos, sendo, aliás, essa confrontação que torna possível o conhecimento (CORSI; BARALDI; ESPOSITO, 1996, p. 80). A função da arte, por exemplo, seria a possibilidade de ofertar ao mundo a possibilidade de contemplá-lo a si próprio, fazer com que o mundo apareça no seu interior (CORSI; BARALDI; ESPOSITO, 1996, p. 20).

Conforme explica Ulisses Schwarz Viana, amparado na teoria luhmanniana, a função exercida pelos subsistemas da sociedade "surge da necessidade de redução da complexidade do ambiente social que deve ser realizada de modo funcionalmente especializado". O autor ensina ainda que também haveria o estabelecimento de uma comunicação, especializada, ao redor dos códigos binários pelos quais os sistemas operam (VIANA, 2015, p. 36/37).

Estabelecidas estas considerações iniciais, explicando sucintamente como a sociedade funcionaria pela perspectiva luhmanniana, passa-se a abordar a função especializada do direito e como ocorreria a evolução do sistema jurídico.

3 O DIREITO E A EVOLUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO

Dentro deste contexto, e para suscitar o debate que este trabalho intenta, torna-se necessário compreender qual a função especializada do direito na sociedade moderna, que seria a estabilização das expectativas normativas através da regulação da generalização temporal, objetiva e social, para que assim seja possível enfrentar os anseios da vida cotidiana (LUHMANN, 1998, p 188). Pode-se citar, como exemplo, que se alguém colida em outro carro, o Código de Trânsito Brasileiro e o Código Civil asseguram que a pessoa que teve seu carro danificado, sem ter culpa no acidente de trânsito, tenha o direito à justa

indenização pelo ato ilícito perpetrado por outrem. Pode-se citar também o exemplo do consumidor que, sendo indevidamente cobrado, tem direito à restituição em dobro daquela quantia, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, o direito tem como função conferir certa segurança ao indivíduo, sabendo quais expectativas têm respaldo social e quais não têm, de modo que existem expectativas normativas, para que seja possível enfrentar os desenganos da vida cotidiana. Nesse ponto, é importante não confundir expectativa normativa com expectativa cognitiva.

Niklas Luhmann ensina que a “estrutura é definida por um propriedade, isto é, por uma constância relativa”, explicando que, em um mundo constituído sensorialmente, complexo e contingente, seria interessante abordar os passos da seleção uns aos outros. Por exemplo, em um processo de comunicação, o emissor opta por determinada mensagem, dentre uma série de possibilidades, as quais são desconhecidas ao receptor da mensagem. Assim, existem opções e seleções que são obscurecidas, o que “alivia o indivíduo em grande parte do exame próprio de alternativas” (LUHMANN, 1983, p. 53-54).

O jus-sociólogo diz que

A estrutura da seleção continua sendo seletiva, mesmo quando ela não é realidade conscientemente, quando é simplesmente vivenciada. Existem outras possibilidades, e elas se apresentam ao ocorrerem desapontamento de expectativas. É nessa possibilidade do desapontamento e não na regularidade da satisfação que se evidencia a referência de uma expectativa à realidade. As estruturas sedimentam, como expectáveis, um recorte mais delimitado das possibilidades. Dessa forma elas são enganosas com respeito à real complexidade do mundo, permanecendo, em decorrência, expostas aos desapontamentos. Assim elas transformam, a sobrecarga permanente da complexidade no problema da experimentação eventual do desapontamento, contra o qual pode ser feito algo concreto. Do ângulo do sistema psíquico, portanto, podemos também dizer: elas regulam o medo.

Logo, verifica-se que a estrutura da seleção é seletiva, mesmo quando não há consciência disso. Dessa forma, existem outras possibilidades, de modo que podem ocorrer desapontamento de expectativas nesta seleção. Por meio deste desapontamento, é possível verificar que há uma expectativa à realidade. As estruturas obscurecem a real complexidade, aparentando que o número de possibilidades é menor, estando assim expostas a descontentamentos, a respeito do qual algo pode ser feito.

É nesse aspecto que se torna imprescindível diferenciar a expectativa normativa e a expectativa cognitiva, as quais são diferenciadas em termos funcionais. No nível cognitivo, os desapontamentos devem ser adaptados à realidade. Porém, no nível normativo, há uma estipulação em não aceitar os desapontamentos. Niklas Luhmann utiliza o exemplo da contratação de uma nova secretária para explicar este conceito. Esperar que a nova secretária seja jovem e bonita seria uma expectativa a nível cognitivo, sendo, neste caso, necessário adaptar o desapontamento à realidade, isto é, aceitar o desapontamento. No nível normativo, contudo, é esperado que ela apresente determinadas condições de trabalho, sendo que, neste caso, não se deve aceitar o desapontamento. Não era a expectativa que estava errada, sendo a discrepância atribuída ao autor (LUHMANN, 1983, p. 55-56).

Analisada a função do direito e a diferenciação entre as expectativas normativas e cognitivas, inicia-se a abordar como ocorreria a evolução do sistema jurídico.

Marcelo Neves (2006, p. 1) ensina que a “concepção sistêmica da positividade do direito moderno é indissociável do modelo de evolução social como ampliação da complexidade, que conduz, na sociedade moderna, à diferenciação funcional”. Em outros termos, não há como afastar o direito positivo da evolução social, que aumentou a complexidade, e que leva à diferenciação funcional, consoante já abordado no tópico acima.

Niklas Luhmann diz que a sociedade é resultado da evolução. Explica também que a teoria da evolução tem como ponto de partida o paradoxo de tornar o improvável em provável (LUHMANN, 2007, p. 325-327), sendo que, a partir disto, a conduta desviante passaria a integrar o sistema (NEVES, 2006, p. 1). Por exemplo, a improbabilidade de sobrevivência de indivíduos isolados ou famílias isoladas se transforma na menor improbabilidade de sua coordenação estrutural, assim se iniciando a evolução sociocultural (LUHMANN, 2006, p. 36).

Porém, antes de adentrar especificamente na análise dos mecanismos evolutivos, é interessante tecer algumas considerações iniciais acerca da evolução, para a sua melhor compreensão.

Primeiramente, é oportuno considerar que a sociedade atual é dinâmica e veloz, com transformações e comunicações instantâneas, nas quais ocorrem mudanças a todo tempo, sendo que, diariamente, o improvável se torna provável. Além disso, é importante ter presente a ideia de que a sociedade e os indivíduos não esperam que haja uma regulamentação jurídica para decidir como viver.

No entanto, embora estes indivíduos não esperem a regulamentação jurídica, depositam expectativas normativas no direito para que este resolva seus conflitos, disso decorrendo o fenômeno da judicialização, onde os indivíduos depositam a esperança da resolução dos seus problemas no Poder Judiciário, mesmo sem leis regulamentando determinada situação, pois, muitas vezes, resta caracterizada uma deficiência legislativa (RIBEIRO, 2013, p. 26), onde o Poder Legislativo não consegue produzir normas para a regulamentação do convívio social.

Não são poucos os desafios enfrentados pelo Poder Legislativo, para a produção legislativa⁴ (RIBEIRO, 2013, p. 27), sendo praticamente impossível que esta consiga atender às reivindicações sociais, principalmente aquelas mais polêmicas, que enfrentam o conservadorismo de outro segmento da população. É possível vislumbrar este contexto nas situações na regulamentação do divórcio, da união civil homoafetiva, da união estável, do poliamor, entre outros.

Dessa forma, não há como estranhar que os indivíduos depositem as suas esperanças no Poder Judiciário, acreditando que este resolverá os conflitos pelos quais passam. Contudo, o Judiciário não possui todas as respostas, embora seja chamado a sempre decidir, sendo a esperança de muitos cidadãos.

O Judiciário, por sua vez, também não consegue acompanhar todas as transformações sociais e é improvável que venha a conseguir, principalmente em um contexto onde a velocidade de informação é cada vez mais rápida, onde a globalização nos

⁴ Destaca-se que esta deficiência legislativa ocorre por diversos fatores, entre os quais: (i) o elevado número de projetos legislativos e a ausência de tempo para a deliberação; (ii) interesses conflitantes de parlamentares; (iii) interesse do governo e pressão da opinião pública e de outros setores deliberantes; (iv) dificuldade de amplo conhecimento e análise técnica dos projetos; (v) velocidade das transformações sociais que pleiteiam por alterações legislativas. Há destaque para o critério econômico e a opinião pública que, por muitas vezes, acabam pautando a produção legislativa (RIBEIRO, 2013, p. 25).

permite ter contato com múltiplas realidades e onde vivemos em um contexto de "sociedade líquida", como defendido por Zygmunt Bauman (BAUMAN, 2014).

O direito, muitas vezes, mostra-se insuficiente a dar todas as respostas para estas questões, sendo necessária uma fragmentação. Percebendo esta realidade, e sendo impulsionada pelas transformações sociais - que são um estímulo à evolução da sociedade – (RIBEIRO, 2013, p. 29), o direito tem procurado dar respostas diversas, como vemos pelos instrumentos da mediação, justiça restaurativa, conciliação e transação.

No entanto, torna-se necessário questionar se os atores jurídicos estão preparados para trabalhar com estes novos institutos, permitindo a evolução da sociedade e do direito na sociedade, assim como se o direito conseguirá bem realizar essa abertura para a complexidade do ambiente externo, do seu entorno, e se conseguirá ir além da clausura operativa do seu sistema.

Outro aspecto a ser destacado é que a evolução não pode ser causada, mas tão somente impulsionada, isto é, “a evolução não se dirige a um fim determinado ou à realização de um ideal ou valor” (NEVES, 2012, p. 5).

Deve se saber ainda que “*el sistema se confronta con un futuro indeterminable para él mismo —para lo cual en cierta manera se tienen acumuladas provisiones de adaptación a situaciones imprevisibles*” (LUHMANN, 2007, p. 29). Embora haja uma pequena possibilidade de previsão do futuro, sempre haverá uma margem de contingência, podendo as possibilidades apresentadas serem diferentes das esperadas.

Feitas estas ponderações iniciais, adentra-se na análise do processo evolutivo. Embora o improvável se torne provável frequentemente, tal situação, por si só, não basta para o acontecimento evolutivo. Marcelo Neves refere que “embora essa assimilação estrutural da inovação seja imprescindível à ocorrência do acontecimento evolutivo, ela lhe é insuficiente”, pois “a restabilização (dinâmica) diz respeito à compatibilização das novas expectativas com o sistema” (NEVES, 2012, p. 6-7).

Para Niklas Luhmann, a evolução ocorre quando são preenchidas as seguintes condições:

- 1) La *variación* de un elemento autopoiético respecto de los patrones de reproducción que habían sido, hasta el momento, vigentes.

- 2) La *selección* de la estructura que hace posible que dicha variación se constituya en condición de las siguientes reproducciones.
- 3) La *estabilización del sistema*, en el sentido de mantener-lo dinámicamente estable para que sea posible la reproducción autopoietica de la forma (determinada estructuralmente) que ha experimentado mutación (LUHMANN, 2005, p. 304).

A variação diria respeito, portanto, aos elementos do sistema, a seleção a estrutura e a estabilização a unidade do sistema que se reproduz autopoeticamente. A improbabilidade da evolução consiste no fato de ser possível um acesso diferenciado a estes componentes (LUHMANN, 1998, p. 304). O jus-sociólogo destaca que não pode afirmar que a evolução da sociedade ocorra assim, mas que assim supõe (LUHMANN, 1998, p. 303).

Estes mecanismos evolutivos serão analisados conforme a teoria luhmanniana e será feita uma análise em relação a esta aparente resistência que os tribunais demonstraram na aplicação da audiência preliminar, instituto introduzido no processo civil brasileiro por meio de uma reforma legislativa em 2002.

A audiência preliminar introduzida pela Lei 10.444/02 foi uma reforma da audiência de conciliação, que havia sido introduzida no Código de Processo Civil de 1973 por meio da Lei 8.925/94. Ambas as leis tinham por objetivo procurar a composição amigável das partes e dar uma maior dinamicidade ao processo. Na audiência preliminar, também se procurava o saneamento do processo, e existiam duas excludentes para a sua obrigatoriedade: se o direito não admitisse transação ou se fosse improvável a obtenção da conciliação. Na audiência de conciliação, a única excludente era se a causa versasse sobre direitos indisponíveis.

No entanto, aparentemente, houve uma resistência dos magistrados em utilizarem estas inovações legislativas.

Para demonstrar estas informações, foi realizada uma pesquisa, nos seguintes tribunais: STJ, TJRS, TJSP e TJRJ, onde foram analisadas 52 (cinquenta e duas) decisões, onde foi possível vislumbrar que uma aparente resistência do Poder Judiciário à aplicabilidade da audiência preliminar.

Pela pesquisa realizada, foram encontradas cinquenta e duas decisões, sendo que oito decisões não tratavam acerca do tema da aplicabilidade da audiência preliminar. Assim há um total de quarenta e quatro decisões que foram analisadas a respeito do assunto.

Dentro destas quarenta e quatro decisões estudadas, vinte e duas entenderam que a audiência preliminar não era obrigatória, embora o texto legal dispusesse de maneira diversa, conforme se pode constar pela leitura do artigo 331, caput e parágrafos 1º, 2º e 3º, representando 50% das decisões.

Há ainda cinco decisões que dispensam a audiência preliminar com base na excludente prevista no parágrafo 3º, porém sem a fundamentação devida, representando 11,36%.

Se somarmos o percentual que aponta que a audiência preliminar não é obrigatória junto ao percentual que não fundamenta efetivamente a sua dispensa, temos um total de 48,07%, um número expressivo. Embora não represente mais da metade das decisões analisadas, tal número chama atenção ao ser contraposto ao percentual das decisões que referem que o instituto é obrigatório ou fundamentam efetivamente a sua dispensa com fundamento na excludente do §3º do artigo 331 do CPC de 1973 (13,45%).

Logo, em 61,36% das decisões, houve resistência à aplicação da audiência preliminar, já que não houve a aplicação da previsão legal, ou então esta não foi devidamente fundamentada.

Trazido este resultado, que é inicial, passa-se a analisar os mecanismos evolutivos dentro deste caso concreto: variação, seleção e estabilização/restabilização.

A variação ocorre quando há uma diferença dos padrões de reprodução que até então tinham sido vigentes. A variação, no caso analisado, ocorre através da irritação a qual os tribunais estão acometidos em razão da elevada sobrecarga de processos e de novas demandas e, por consequência, da morosidade dos processos, o que cria a “crise do Poder Judiciário”. Assim, há variação nos elementos de reprodução que até então tinham sido vigentes, na medida em que aqueles padrões de repetição não se mostram mais satisfatórios. Porém, até aquele momento, tinham sido atendidos.

A seleção ocorre na medida em que se seleciona uma estrutura que permita que aquela variação se constitua em uma condição das reproduções seguintes. Assim sendo, inicia-se a procura por um novo modo de gestão da prestação jurisdicional e iniciativas para o Poder Judiciário através de discussões. Ou seja, a elevada sobrecarga de demandas judiciais se torna uma condição para que se possa pensar em alternativas.

Dessa forma, após discussões e debates, ocorre a seleção através da inovação legislativa, que deve ser incorporada no sistema. No caso concreto analisado, esta seleção ocorreu quando se resolveu instituir a audiência preliminar, através de uma reforma legislativa no diploma processual civil no ano de 2002, para fomentar a conciliação entre as partes e reduzir a sobrecarga de processos, assim procurando desafogar o Poder Judiciário. Pode-se verificar a instituição da audiência de conciliação e da sessão de mediação pelo novo Código de Processo Civil (CPC/2015) também como representativa da fase da seleção.

A estabilização, por sua vez, ocorreria quando se tornasse possível a reprodução autopoietica daquela forma que experimentou a mutação. Ou seja, quando, no caso concreto, se tornaria possível a repetição da inovação legislativa que foi trazida, sendo capaz de se autoreproduzir através de seus próprios elementos. No caso concreto, a estabilização ocorreria através da incorporação, no sistema jurídico, da obrigatoriedade da audiência preliminar na interpretação do direito, sendo que este entendimento continuasse a se reproduzir por si só, o que se verifica que não foi possível e, portanto, aparentemente não houve a evolução do sistema jurídico.

Conforme dito por Marcelo Neves, a seleção não necessariamente significa a restabilização, sendo que esta só ocorreria no momento em que “a nova expectativa é inserida como norma jurídica vigente no modelo estrutural de reprodução do direito” (NEVES, 2012, p. 19). No presente caso, não se pode dizer que houve a restabilização da audiência preliminar, pois não houve sua autorreprodução. É neste ponto que se insere o “problema da inserção consistente da nova norma no ordenamento jurídico” (NEVES, 2012, p. 19).

Importante, neste aspecto, destacar ensinamento de Niklas Luhmann que refere que *“es claro, ante todo, que tanto las selecciones positivas como las negativas dejan tras de sí um problema de estabilidad”* (LUHMANN, 2007, p. 337).

Dessa forma, verifica-se um grande problema no mecanismo da "estabilização" do direito na análise da inovação legislativa aqui discutida, visto que as decisões proferidas quanto à audiência preliminar não foram capazes de a estabilizar no sistema, de forma que continuasse sendo utilizada através da reprodução autopoietica, assim não tendo sido realizado o objetivo inicial, qual seja o de fomentar a conciliação entre as partes e reduzir o elevado número de processos judiciais que são ajuizados.

Por exemplo, a resistência à inovação legislativa fez com que o direito não evoluísse através daquele estímulo, qual seja a introdução da audiência preliminar no processo civil, sendo necessários novos recursos.

Marcelo Neves leciona que

As estruturas inovadoras só terão capacidade de resistência se forem incorporadas como parte de uma unidade auto-referencial de comunicações, seja esta a sociedade como um todo ou de seus sistemas parciais. Daí não decorre, porém, elas tenham que se “adaptar passivamente” ao modelo estrutural já existente. Ao contrário, a restabilização como mecanismo evolutivo implica, em grau maior ou menor, que as estruturas preexistentes rearticulem-se para adequar às novas expectativas, possibilitando, assim, a continuidade dinâmica da sociedade (NEVES, 2012, p. 7).

O autor explica, portanto, que a inovação só resiste quando ela se transforma em parte de uma unidade auto-referencial de comunicações, isto é, quando ela se transforma em parte de uma unidade que se reproduz por si só. No caso, a audiência preliminar só resistiria se ela tivesse se transformado em parte do sistema do direito, que é autorreferente, na medida em que se reproduz através das suas próprias bases constituintes, o que não ocorreu.

Tal situação, portanto, não significa que as inovações devem se adaptar passivamente ao modelo estrutural que já existe. Pelo contrário, a restabilização implica na ideia de que o sistema já existente possa se rearticular para se adequar às novas expectativas e assim dar uma continuidade dinâmica à sociedade, razão pela qual a partir de agora inicia-se a abordar o conceito de resiliência jurídica.

4 A RESILIÊNCIA JURÍDICA

Acredita-se que uma das formas de solucionar esta problemática da aparente resistência às mudanças e às inovações legislativas seria através da resiliência jurídica. Antes de adentrar especificamente na temática da resiliência jurídica, se abordará brevemente o que é resiliência. Deve-se ainda ter bem presente que resistência e resiliência são conceitos distintos.

Conforme dito por Hugo Pinto e Tiago Santos Pereira, "a resiliência tem sido utilizada enquanto expressão da capacidade de um sistema suportar um choque externo e retomar uma trajetória de equilíbrio" (PEREIRA; PINTO, 2014, p. 3). Em síntese, resiliência seria a capacidade de adaptação, tornando possível enfrentar mudanças severas no processo de evolução da sociedade.

Estes autores destacam que a resiliência, atualmente, tem um grande alcance e influência, pois a globalização tornou possível efeitos que antes eram impensáveis, efeitos que eram vistos como algo externo. No contexto atual, em que temos mudanças cada vez mais aceleradas, com diversas crises (ambientais, econômicas e sociais), a resiliência torna-se imprescindível para a decisão e a definição de políticas (PEREIRA; PINTO, 2014, p. 3-4).

Os articulistas refletem ainda que a fascinação pela resiliência deve se ao fato dela ser maleável e conseguir transitar as áreas de contato entre ciência, decisão política e discursos práticos (PEREIRA; PINTO, 2014, p. 3-4).

Assim como em diversas outras áreas, o direito parece estar enfrentando diversas crises diante do contexto globalizado atual, onde não são poucos os efeitos a que está submetido, tendo que responder a uma série de novos desafios e se readaptar, para que assim possa "evoluir". É neste contexto que surge a ideia de resiliência jurídica, para que se verifique se pode também o direito se adaptar, enfrentar mudanças severas e se reconstruir.

A resiliência jurídica representaria "operacionalização do Direito voltada ao Aprendizado e Inovação" (FLORES, 2014, p. 189). Essa operacionalização consistiria em perceber as mudanças estruturais da sociedade, sendo possível compreender a complexidade do ambiente, assim como compreender a necessidade da constante atualização do direito (FLORES, 2014, p. 122, 124).

A resiliência jurídica solicita que ocorra a articulação, assim como a desestabilização, para que possam ocorrer ajustes. Dessa forma, com a resiliência, o direito passa a ser visto também como um local de contingência, ao invés daquela tradicional “segurança jurídica”. Tal mecanismo seria uma forma de responder à necessária criatividade no direito em tempos flexíveis e dinâmicos (FLORES, 2014, p. 125-126).

Para Luis Gustavo Gomes Flores, resiliência é um termo sistêmico, pois possibilita a observação da complexidade da conjuntura social, assim como da sua operacionalização. Além disso, a ideia de resiliência teria certa equivalência com a ideia de autopoiese, criada por Maturana e Varela, no livro “A árvore do conhecimento”, pois se analisa a resiliência em relação a um sistema, assim como a sua capacidade de se auto-organizar, e esta possui um processo de abertura e fechamento (FLORES, 2014, p. 125- 130).

Consoante Niklas Luhmann, “todos los sistemas autopoieticos se caracterizan por la clausura operativa”, o que significa dizer que as operações que levam a produção de sistemas novos de um sistema são dependentes das operações anteriores deste sistema, assim como são pressuposto para as operações ulteriores (CORSI; BARALDI; ESPOSITO, 1996, p. 32).

Em outras palavras, a autopoiese consiste em “um sistema que é capaz de se autorreproduzir por intermédio de seus próprios elementos em uma lógica recursiva” (SCHWARTZ, 2015, p. 19). Assim sendo, em termos autopoieticos, a resiliência jurídica ocorreria através da desestabilização do sistema – abertura e fechamento -, onde ocorreria a evolução do direito através de suas fases (variação, seleção e estabilização). Se o sistema é autopoietico, ele próprio produz a sua desestabilização, situação que se mostra necessária para o desenvolvimento de novas organizações internas, como para a sua organização (FLORES, 2014, 131-132).

Nesse sentido, Leonel Severo Rocha e Luis Gustavo Gomes Flores ensinam que:

Dessa forma, se poderia afirmar que a Resiliência pressupõe as possibilidades de uma configuração específica de operações autopoietica, que denotam parte da capacidade de auto-organização de um sistema. Esta auto-organização sugere uma dinâmica interna que deve buscar sempre uma espécie de homeostase com o ambiente, alcançando em dados momentos uma necessária sincronidade entre sistema e ambiente. É nessa operacionalização do paradoxo do Direito (fechado/aberto) que o significado dinâmico de Resiliência permite que se possa

observar um universo complexo de significações a fim de transformar as possíveis contingências em resultados construtivos (FLORES; ROCHA, 2016, p. 101).

No entanto, não basta apenas a clausura operativa para a autopoiese do sistema, mas também é necessária a abertura cognitiva, para que o sistema possa aprender e evoluir com a irritação sofrida do ambiente externo. E é, nesse sentido, e dentro da sociedade contemporânea, que é preciso pensar em um direito resiliente, em um direito “capaz de enfrentar o ‘novo’, como uma operação de aprendizado recorrente do sistema, simultaneamente a capacidade de gestão da mudança, de forma construtivista” (FLORES, 2015, p. 500).

Ao analisar a instituição da audiência preliminar no processo civil brasileiro, constata-se que não houve resiliência jurídica, mas tão somente resistência, na medida em que houve a tentativa de desestabilização, a partir de uma comunicação inovadora, no entanto, não houve a (re)estabilização. Assim, não ocorreu evolução, pois o instituto não ganhou a autorreferência necessária, de modo que pudesse se reproduzir a partir das suas próprias bases constituintes.

O que se verifica, conforme analisado nas decisões judiciais, é que houve resistência ao instituto, o que confirma a tendência aparente do direito de criar armaduras ao que é diferente e inovador, embora tais iniciativas se mostrem necessárias para os desafios atuais da sociedade contemporânea.

Importante salientar aqui que o direito sempre possuirá certo dogmatismo jurídico, porém isso pode ser feito pensando em deixar espaços abertos para a inovação:

Contudo, convém mencionar que para Supiot, por exemplo, não se pode pensar o Direito sem a dogmática jurídica. Nesse mesmo sentido, considera-se um mínimo de fechamento. Em linhas gerais se poderia mencionar que um mínimo de “dogmática” pode ser tolerado, em razão dos inúmeros desafios de operacionalização para se pensar uma forma mais sofisticada de realização do Direito. Talvez um dos problemas de uma postura que se assume como dogmática seja o fato de que além de se apresentar com certa sugestão de um comodismo acrítico, ou mesmo um conformismo, também sugere, como o próprio termo indica, a ideia de se tratar de algo irrefutável e imutável. Isso acaba servindo de argumento para a prática e aceitação da dogmática jurídica sem qualquer distinção entre perspectivas dogmáticas ultraconservadoras e posturas que tendem a conservar um mínimo de dogmática a ser articulada com determinadas aberturas para as possibilidades de Inovação (e “certa” saída da própria condição de dogmática) (FLORES; ROCHA, 2016, p. 131).

Em consonância com o disposto por Luis Gustavo Gomes Flores, um dos grandes desafios da sociedade contemporânea é pensar o direito resiliente, sendo este capaz de observar a complexidade e assim desenvolver suas operações comunicativas. Conforme este autor, para que haja resiliência jurídica, é necessário “pensar em aprimorar, além da capacidade de observar e algumas formas de operacionalização, também a capacidade de produzir ressonâncias comunicativas com grande potencial de produzir comunicações eficazes” (FLORES, 2015, p. 500), sendo que este é o grande desafio da tentativa de introdução efetiva da conciliação e da mediação no processo civil.

Para uma efetiva readaptação do direito à sociedade contemporânea, com a sua evolução, assim como para que realmente funcionem os procedimentos de conciliação e mediação no processo civil, ocorrendo assim uma resiliência jurídica, é imprescindível, além da observação e a operacionalização, que existam ressonâncias comunicativas capazes de produzir comunicações eficazes.

Para isto, torna-se necessário que os atores jurídicos, como magistrados, conciliadores e advogados, além de, eventualmente, outros atores de outros ramos, como os mediadores, estejam bem preparados, para que não haja impedimento ao acesso ao justiça, conforme ensinado por Kim Economides, em seu artigo "Lendo as ondas do 'Movimento de Acesso à Justiça': epistemologia versus metodologia" (ECONOMIDES, 1999), onde refere que os atores jurídicos devem constantemente se atualizar para não obstaculizar o acesso à justiça dos indivíduos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para a melhor compreensão da sociedade e do direito, o presente artigo utilizou a teoria dos sistemas sociais formulada por Niklas Luhmann. Através desta teoria, é possível compreender que a sociedade possui diversos sistemas e subsistemas, os quais possuem funções diferenciadas, sendo este um dos principais aspectos para o entendimento da complexidade da sociedade moderna.

A função do direito, dentro deste quadro, é estabilizar as expectativas normativas dos indivíduos através da regulamentação da generalização temporal, objetiva e social. Isto é, a função do direito é regulamentar as normas do convívio social, de modo que seja

assegurada aos indivíduos uma certa margem de segurança para que possam enfrentar os desenganos da vida cotidiana.

Todavia, o direito, na sociedade contemporânea, tem sérios desafios. A sociedade moderna possui grande complexidade, com diversas opções e transformações sociais que ocorrem instantaneamente, sendo que o direito precisa vencer seu tradicional conservadorismo para que possa bem realizar sua função diferenciada na sociedade na atualidade, assim como para garantir o acesso à justiça dos indivíduos. Para que seja possível compreender como o direito poderia desempenhar estes papéis, foi abordado como ocorreria a evolução do sistema jurídico.

Niklas Luhmann também escreve a respeito da evolução, referindo que esta ocorre quando "o improvável se torna provável", e que a evolução ocorre através dos processos de inovação, seleção e estabilização/restabilização. A inovação ocorre quando existe uma variação nos padrões de reprodução que até então tinham sido vigentes, a seleção ocorre quando se escolhe uma estrutura que permite que aquela variação se torne uma condição das reproduções seguintes. A estabilização/restabilização ocorre quando a forma que apresentou a mutação começa a se reproduzir por si só.

Assim sendo, estes mecanismos evolutivos foram examinados para analisar a evolução do sistema jurídico, especificamente na situação da audiência preliminar do processo civil, que esteve em vigência durante o período de 2002 a 2015.

A audiência preliminar foi escolhida para ser estudada, pois é notoriamente uma tentativa de adaptar o direito à atualidade, onde uma comunicação eficaz entre as partes que constituem a relação processual pode ser mais proveitosa do que a resolução do litígio por um terceiro. Porém, embora tenha sido uma tentativa de incrementar o acesso à justiça, trazendo o direito mais próximo da realidade atual, aparentemente sofreu fortes resistências pelos atores jurídicos, em especial os magistrados, que dispensavam a audiência preliminar sem um exame mais apurado.

Contudo, este desejo pela maior dinamicidade do processo, em especial pela tentativa de conciliação e de uma comunicação eficaz, continua válido, tanto que o novo Código de Processo Civil (CPC/2015) introduz a audiência de conciliação, muito similar a audiência preliminar, e a sessão de mediação. Portanto, vê-se novamente que o direito

está tentando se tornar mais próximo da sociedade, assim como está procurando melhorar a comunicação dos indivíduos que a constituem. Entretanto, resta saber se este estímulo à evolução será bem sucedido ou se enfrentará novamente resistências pelos atores jurídicos.

É dentro desta ideia que se aborda a resiliência jurídica, que se acredita que pode ser a solução para uma nova efetivação do direito. A ideia de resiliência é de que um sistema, após tomar um choque, retome o seu equilíbrio. No caso, a resiliência jurídica seria a readaptação do direito à sociedade, após os diversos choques e mudanças a que foi submetido com a modernidade e a pós-modernidade.

Talvez o maior desafio, nos tempos atuais, seja pensar em um "direito resiliente", um direito que tenha grande potencial de produzir comunicações efetivas, e assim melhorar o entendimento dos cidadãos entre si e, por consequência, melhorar o entendimento da sociedade.



REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

CORSI, Giancarlo; BARALDI, Cláudio; ESPÓSITO, Elena. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Guadalajara, México: Diseño y Letras, S.A, 1996.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do 'Movimento de Acesso à Justiça. *In*: PANDOLFI, Dulce *et al.* (org.). **Cidadania: justiça e violência**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999.

FLORES, Luis Gustavo Gomes. Direito resiliente: para pensar uma inovação reflexiva do direito. CONGRESSO DO MESTRADO EM DIREITO E SOCIEDADE DO UNILASALLE. **Anais [...]**. 2015. Disponível em: http://www.sociologyoflaw2015.com.br/IMG_SYSTEM/5-GT-teoria-e-pesquisa-sociologica-do-direito.pdf. Acesso em: 18 jul. 2015.

FLORES, Luis Gustavo Gomes. **Resiliência Jurídica: para pensar a inovação do direito a partir de uma perspectiva sistêmica**. 2014. Tese. Unisinos, São Leopoldo, 2014.

FLORES, Luis Gustavo Gomes; ROCHA, Leonel Severo. **Resiliência do Direito**. 1. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2016.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas sociais**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petropolis, RJ: Vozes, 2010.

LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2007.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria de la sociedad**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 1993.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

PEREIRA, Tiago Santos; PINTO, Hugo. Resiliência dos sistemas de inovação face à turbulência económica. **Oficina nº 418 do Centro de Estudos Sociais Laboratório Associado** - Universidade de Coimbra. Disponível em: http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/11157_Oficina_do_CES_418.pdf Acesso em: 18 jul. 2016.

PRIBAN, Jiri; ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano. **Sociologia Sistêmico-Autopoiética das Constituições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização - Entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de Informação Legislativa**, v. 199, p. 25-33, 2013.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingência no sistema jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015.

MARTINS, Michelle Fernanda. Democracia agonística: em busca de espaços participativos para o dissenso. **RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 7, n. 3, p. 67-88, set./dez. 2020.

Recebido em: 17/07/2020

Aprovado em: 27/08/2020