

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO – PPGD

MESTRADO EM DIREITO

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

**A ALOPOIESE DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA: UMA
ANÁLISE SISTÊMICA DAS DECISÕES DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AO SISTEMA SOCIAL,
ECONÔMICO E RELIGIOSO**

CARIME TAGLIARI ESTACIA

Passo Fundo - RS, setembro 2021

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD

MESTRADO EM DIREITO

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

A ALOPOIESE DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA: UMA ANÁLISE SISTÊMICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AO SISTEMA SOCIAL, ECONÔMICO E RELIGIOSO

CARIME TAGLIARI ESTACIA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Paulo Roberto Ramos Alves

Passo Fundo - RS, setembro 2021

CIP – Catalogação na Publicação

E79a Estacia, Carime Tagliari
A alopoiese da fundamentação jurídica: uma análise
sistêmica das decisões do Supremo Tribunal Federal frente
ao sistema social, econômico e religioso [recurso eletrônico] /
Carime Tagliari Estacia. – 2021.
843 KB ; PDF.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de
Passo Fundo, 2021.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Ramos Alves.

1. Autopoiese. 2. Juízes - Decisões. 3. Supremo Tribunal
Federal. 4. Alopoiese. 5. Sistema do direito. I. Alves, Paulo
Roberto Ramos, orientador. II. Título.

CDU: 340.12

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação.

**“A ALOPOIESE DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA: UMA
ANÁLISE SISTÊMICA DAS DECISÕES DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AO SISTEMA SOCIAL,
ECONÔMICO E RELIGIOSO”**

Elaborada por

CARIME TAGLIARI ESTACIA

Como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em
Direito.

Aprovada em: 03/09/2021

Pela Comissão Examinadora

Dr. Paulo Roberto Ramos Alves

Presidente da Comissão Examinadora

Orientador

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Coordenador PPGDireito

Dra. Julia Franciele Neves de Oliveira

Membro interno

Me. Edmar Viane Marques Daudt

Diretor Faculdade de Direito

Dr. Luis Gustavo Gomes Flores

Membro externo



TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Curso de Mestrado em Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Passo Fundo - RS, setembro 2021

CARIME TAGLIARI ESTACIA

Mestranda

AGRADECIMENTOS

A minha família, meu pai Paulo, minha mãe Cida e minha irmã Carolina por todo amor, apoio e permanente incentivo na minha educação e, em especial, nesta caminhada.

Ao meu namorado Taciano, pela compreensão nos momentos de ausência e por sempre estar ao meu lado incentivando novas conquistas.

Ao Professor Doutor, orientador, Paulo Roberto Ramos Alves por ter me ensinado tanto e com maestria, pela excelente orientação, pela disponibilidade e pela compreensão desse momento.

Aos meus amigos e colegas pela ajuda e companheirismo. Obrigada pelo incentivo, pela troca de conhecimento e por terem contribuído de alguma forma para meu crescimento pessoal e profissional nessa trajetória.

Em geral, a todos que de certo modo, ajudaram nessa caminhada.

Meus mais sinceros agradecimentos.

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO *STRICTO SENSU*
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO – PPGDIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação de Mestrado

A ALOPOIESE DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA: UMA ANÁLISE SISTÊMICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AO SISTEMA SOCIAL, ECONÔMICO E RELIGIOSO

elaborada por

Carime Tagliari Estacia

Como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

**Prof. Doutor Paulo Roberto Ramos Alves
(Presidente – Orientador)**

**Profa. Doutora Julia Francieli Neves Scherbaum
(Membro da banca)**

**Prof. Doutor Luis Gustavo Gomes Filho
(Membro da banca)**

Passo Fundo - RS, setembro 2021

ROL DE CATEGORIAS

Acoplamentos estruturais: Representam canais que concentram a irritabilidade entre sistema e ambiente, permitindo uma comunicação e possibilitando assim a manutenção contínua do direito com a sociedade.¹

Alopoiese: É negação à autorreferencialidade operacional do direito. A caracterização da alopoiese ocorre quando o sistema passa a se produzir e reproduzir por critérios diferentes ao seu respectivo código, resolvendo a diferenciação entre sistema e ambiente.²

Autopoiese: Um sistema pode ser considerado autopoietico quando capaz de se autorregular, tendo como finalidade a manutenção e continuidade das suas operações internas independente de elementos externos.

Autorrefereciação do sistema: O sistema por meio de uma rede de interação de seus elementos internos é capaz de gerar a sua organização própria, produzindo seus elementos e condições, fazendo com que o sistema seja independente do meio que o rodeia.³

Complexidade do sistema: Pode ser entendida como a diversidade de possibilidades as quais não podem ser antecipadas ou limitadas.⁴

Corrupção sistêmica: “O código de um dos sistemas é sabotado pelo código de outro sistema, de tal sorte que aquele perde sua capacidade de reprodução consistente.”⁵

Decisões sobre a ótica sistêmica: O sistema de decisão acontece por meio da reutilização reiterada de decisões quando da identificação de casos semelhantes.⁶

¹ LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 36.

² NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 142.

³ ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. In: TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. P. XI.

⁴ LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**, 2012, p. 28.

⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 42.

⁶ LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. Porto Alegre: Revista Ajuris, n. 49, ano XVII, jul. 1990, p. 157.

Justiça: A observação da justiça para Luhmann “pode ser percebida como *fórmula de contingência* do sistema jurídico”⁷.

Procedimento: O procedimento possui grande relevância no Sistema do Direito, porque é por meio desse conjunto concatenado de atos que se permite diminuir as incertezas, analisar e eliminar algumas das possíveis soluções dos problemas, além de possibilitar a participação dos envolvidos buscando selecionar a melhor e mais adequada solução jurídica ao caso concreto.⁸

Sistema do Direito: Para Luhmann o direito deixou de ser visto apenas como regulador do comportamento humano sendo agora reconhecido como uma conquista da evolução da sociedade, capaz de influenciar outros sistemas e contingenciar as expectativas sociais.

Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann: A partir desta teoria a sociedade é vista como um grande sistema autopoietico e autorreferencial, que se modifica a partir de seus padrões internos sem sofrer influência de outros sistemas. O sistema por meio de uma rede de interação de seus elementos internos é capaz de gerar a sua organização própria, produzindo seus elementos e condições, fazendo com que o sistema seja independente do meio que o rodeia.⁹

Tribunais: Os tribunais devem basear suas decisões aplicando a autorreferencialidade, no sentido de decidir com base em outros casos já solucionados pela Corte. Logo, o Tribunal deve decidir até que ponto podem resolver os casos amparando-se na interpretação e até que ponto, no caso de as soluções precedentes não serem satisfatórias, devem realizar atualizações jurídicas e exigir mudanças por parte do legislador.¹⁰

⁷ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 29.

⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 177.

⁹ ROCHA, Leonal Severo. **Notas sobre Niklas Luhmann**. *Revista Estudos Jurídicos: Unisinos*. v. **40**, 2007, p. **21**.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**, p. 405 - 406.

SUMÁRIO

RESUMO.....	10
ABSTRACT.....	12
INTRODUÇÃO.....	14
CAPÍTULO 1.....	20
A QUEBRA DO PARADIGMA DA TEORIA CLÁSSICA DO DIREITO E A SUA CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA: A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN.....	20
1.1 A QUEBRA DO PARADIGMA DA ESTRUTURA CLÁSSICA DO DIREITO E A CONTEMPORANEIDADE DA TEORIA SISTÊMICA.....	20
1.2 A TEORIA LUHMANNIANA E A ESTRUTURA SISTÊMICA.....	30
1.3 O SISTEMA DO DIREITO.....	40
CAPÍTULO 2.....	51
A IMPORTÂNCIA DOS TRIBUNAIS NA CONTEMPORANEIDADE DO SISTEMA: A AUTOPOISE DA DECISÃO JUDICIAL E OS ACOPLAMENTOS ESTRUTURAIS.	51
2.1 A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PELO PROCEDIMENTO COMO CONDUTOR DA JUSTIÇA.....	52
2.2 O PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO.....	61
2.3 OS ACOPLAMENTOS ESTRUTURAIS COMO INFLUENCIADORES RECÍPROCO ENTRE OS SISTEMAS: A CONSTITUIÇÃO E O SEU TRIBUNAL....	71
CAPÍTULO 3.....	82
AUTO OU ALOPOIESE DAS DECISÕES JUDICIAIS: A PERSPECTIVA PRÁTICA DO ESTUDO DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS SUAS DECISÕES.....	82
3.1 ALOPOIESE: A QUEBRA DA AUTORREFERENCIALIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA.....	83
3.2 A ALOPOIESE DO SISTEMA DO DIREITO FRENTE AO SISTEMA SOCIAL: O ESTUDO DO <i>HABEAS CORPUS</i> 152.752.....	92
3.3 A ALOPOIESE DO SISTEMA DO DIREITO FRENTE AO SISTEMA ECONÔMICO: O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 632.212.....	99
3.4 A AUTOPOIESE DO SISTEMA DO DIREITO FRENTE AO SISTEMA RELIGIOSO: A POSSÍVEL INFLUÊNCIA NO PROCESSO DECISÓRIO	107
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	117
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	118

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia do Curso de Mestrado, tendo como área de concentração os Novos Paradigmas do Direito. O questionamento que embasa o presente trabalho é a possibilidade de identificar a ocorrência da alopoiese do Direito nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. A pesquisa visa analisar a aplicação de uma teoria do Direito contemporânea, capaz de se adequar com mais flexibilidade a complexidade social, rompendo com o paradigma da teoria clássica do Direito proposta por Kelsen. Apresenta-se assim a Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann que propõem uma observação da sociedade a partir de uma perspectiva circular e sistêmica, viabilizando um Sistema do Direito mais dinâmico e adequado à atualidade. O Sistema do Direito é proposto com a função a estabilizar as expectativas sociais, que são filtradas através de um código binário – direito/não direito – e ingressam no sistema, passando a operar de forma fechada através da sua autorregulação, garantindo a sua autopoiese. No mesmo sentido, os sistemas também possuem sua cognitividade aberta, permitindo uma constante atualização do Direito com a sociedade e demais subsistemas. Os Tribunais são os órgãos responsáveis por essa atualização, operado também dentro da perceptiva autopoética e autorreferencial. Entretanto, em países de modernidade periférica, como o Brasil, observa-se que as instituições frequentemente sofrem intervenções e influências de outros sistemas, contudo, essas ingerências prejudicam seu funcionamento autopoético, que acaba sendo corrompido por elementos de outros sistemas, uma vez que essas informações passam a operar dentro do Direito, desestabilizando a operatividade interna do sistema e prejudicando a sua autonomia funcional. Esse fenômeno é reconhecido por alopoiese, o qual se caracteriza através da negação à autorreferencialidade operacional do Direito. Foram estudadas quatro decisões proferidas pelo Supremo Tribunal com objetivo de identificar a ocorrência desse fenômeno, concentrando a pesquisa na corrupção sistêmica do Direito ocasionada pela ingerência de informações oriundas do Sistema Social, Financeiro e Religioso, que se sobreporão aos argumentos e a interpretação de ordem jurídica. A ocorrência da alopoiese do Sistema do Direito foi confirmada quando comunicações de ordem social e financeira foram utilizadas para fundamentar decisões jurídicas,

não sendo o mesmo identificado quando verificadas no campo religioso. Nesse sentido, apesar do Brasil ser um país de modernidade periférica, observou-se que a alopoiese, apesar de confirmada em duas análises não é um fenômeno consolidado e inerente as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Autopoiese. Sistema do Direito. Decisão judicial. Alopoiese.

ABSTRACT

This dissertation is inserted in the Constitutional Jurisdiction and Democracy Research Line of the Masters Course, having as its area of concentration the New Paradigms of Law. The question that underlies this work is the possibility of identifying the occurrence of allopoiesis of Law in the decisions handed down by the Supreme Court. The research aims to analyze the application of a contemporary theory of law, capable of adapting more flexibly to social complexity, breaking with the paradigm of the classical theory of law proposed by Kelsen. Thus, Niklas Luhmann's Systemic Theory is presented, which proposes an observation of society from a circular and systemic perspective, enabling a more dynamic model of the Law System, which is adequate to the present time. The Law System is proposed with the function of stabilizing social expectations, which are filtered through a binary code – law/non law – and enter the system, operating in a closed way through its self-regulation, guaranteeing its autopoiesis. In the same sense, the systems also have their cognitivity open, allowing for a constant updating of the Law with society and other subsystems. The Courts are the bodies responsible for this update, operating also within the autopoietic and self-referential perspective. However, in countries with peripheral modernity, such as Brazil, it is observed that institutions often suffer interventions and external influences from other systems, however, these interferences affect their autopoietic functioning, which ends up being corrupted by elements from other systems, since this information begins to operate within the law, destabilizing the system's internal operability and harming its functional autonomy. This phenomenon is recognized by allopoiesis, which is characterized by the denial of the operational self-referentiality of Law. Thus, four decisions handed down by the Supreme Court were studied in order to identify the occurrence of this phenomenon, focusing the research on systemic corruption of the Law caused by the interference of information from the Social, Financial and Religious System, which will overlay the arguments and interpretation of legal order. The occurrence of allopoiesis in the Legal System was confirmed when social and financial communications were used to support legal decisions, which was not identified when verified in the religious field. In this sense, despite Brazil being a country of peripheral modernity, it was observed

that alopoiesis, despite being confirmed in two analyzes, is not a consolidated phenomenon inherent to the decisions handed down by the Supreme Court.

Keywords: Autopoiesis. System of Law. Judicial decision. Allopoiesis.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do Título de Mestre em Direito pelo Curso de Mestrado Acadêmico em Direito – vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – (PPGDireito) - da Universidade de Passo Fundo – UPF.

A dissertação está relacionada à Área de Concentração denominada Novos Paradigmas do Direito, inserida na Linha de pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia.

O presente trabalho científico tem como objetivo verificar possibilidade da ocorrência da chamada alopoiese do Sistema do Direito quando da análise da argumentação e fundamentação utilizadas nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Partindo do marco teórico da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, a qual possibilita uma nova perspectiva teórica do Direito, propondo um modelo mais reflexível e circular da estrutura jurídica, desvinculando-se do modelo clássico hierárquico proposto por Hans Kelsen, busca-se verificar se esse modelo proposto – formulado a partir de uma sociedade de modernidade central europeia – não é deturpado quando da sua aplicação em países de modernidade periférica, especificamente no Brasil e nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

A modernização da epistemologia jurídica está relacionada ao novo modelo de sociedade, dado em decorrência do aumento da complexidade social propagada pela globalização que promoveu um processo de transformações e aumentos das possibilidades e expectativas. Logo, o Direito também passou a ser irritado com por questões cada vez mais profundas e multifacetadas, demandando assim um Sistema Jurídico mais flexível e moderno, capaz de contingenciar essas expectativas.

Assim, Luhmann propõem a ideia de uma sociedade formada por sistemas e subsistemas autopoietico, que assim considerados quando passíveis de autorregulação e capazes de manutenção das suas próprias operações internas.

Entretanto, no cenário de países de modernidade periférica, as instituições ainda se encontram em processo de desenvolvimento da sua autonomia e independência da influência de fatores e poderes externos podem vir a interferir na esfera jurídica.

À vista disso surge a ideia concebida por Marcelo Neves, manifestando que o funcionamento desses sistemas em países de modernidade periférica dar-se-ia de forma alopoiética, ou seja, quando aplicado nesse cenário os sistemas operariam de forma negativa a autorregulação sistêmica, dada a ingerência de critérios externos ao Sistema do Direito. A consequência desse fenômeno seria o comprometimento da autopoiese do Sistema do Direito que passaria a operar com elementos distintos do seu, por consequência introduzindo essas informações suas decisões jurídicas.

Dessa forma, o questionamento que conduz o presente trabalho é a possibilidade de verificar concretamente a ocorrência do fenômeno da alopoiese nas decisões do Supremo Tribunal Federal, em especial, analisando a ocorrência de corrupção sistêmica proveniente da interferência do Sistema Social, Econômico e Religioso como argumentos e fundamentos utilizados nas decisões proferidas pelo órgão superior do Sistema do Direito.

Para enfrentar o questionamento da pesquisa foram levantadas duas hipóteses. A primeira delas ocorre a partir da seleção de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, aonde serão analisados os argumentos e interpretações utilizados pelos Ministros do referido órgão a fim de constatar a ingerência de fundamentos religiosos, financeiros ou sociais utilizados para justificar decisões jurídicas, atestando-se assim a ocorrência do evento da alopoiese do Direito nas decisões do Poder Judiciário. Sendo confirmada essa proposição, pretende-se verificar qual foi o argumento ou a interpretação dada pelo magistrado que caracterizariam a corrupção sistêmica.

A hipótese diversa estará configurada caso não seja verificada a ocorrência de alopoiese do Sistema do Direito, ou seja, caso seja identificado que o Sistema Jurídico opera de forma autopoética, como propõem Luhmann. Essa hipótese estará confirmada caso não sejam encontrados argumento oriundos do Sistema Financeiro, Social ou Religioso justaposto como argumento de fundamentação de

decisões jurídicas. Caso assim ocorra, ficará demonstrando que o Sistema Jurídico, apesar de estar inserido em um cenário de modernidade periférica, realiza suas operações sem a sobreposição de fundamento de outro sistema sobre o fundamento jurídico, confirmando a sua autopoiese.

Logo, o fundamento da pesquisa é verificar, a partir da análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, se elas cumprem a lógica da autopoiese e autorreferencialidade proposta na Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann, ou se é possível verificar a ocorrência da alopoiese do sistema, caracterizada quando as decisões do Poder Judiciário se desvirtuam dada a sobreposição de elementos externo ao sistema utilizadas para fundamentá-lo.

Os resultados da pesquisa encontram-se dispostos na presente dissertação em três capítulos. No primeiro deles busca-se analisar o cenário atual da epistemologia jurídica, realizando um estudo sobre a perspectiva da estrutura do Direito proposta por Kelsen de acordo com o cenário a qual foi formulada e a possibilidade de rompimento dessa concepção clássica proposta a partir da hierarquia de normas. Quando verificado o desenvolvimento das sociedades e o aumento da complexidade, passou-se a exigir uma teoria jurídica mais flexível e passível de suprir os novos arranjos e anseios sociais rompendo-se com esse modelo e procurando-se assim uma Teoria do Direito mais contemporânea e atualizada, capaz de suprir essa nova configuração jurídica e social.

Nessa perspectiva, adentra-se ao estudo da Teoria dos Sistema de Niklas Luhmann. Propõem-se aqui desenvolver uma explicação macro da Teoria Sistêmica, que foi engajada na busca pela compreensão do que é a sociedade, adentrando-se na sua organização através de sistemas e subsistema autopoieticos que operam de forma fechada, mas igualmente permitindo-se a abertura cognitiva, possibilitando assim uma constante atualização do sistema com seu ambiente e também com outros sistemas.

Por consequência, um desses subsistema é o Sistema do Direito, assunto esse que finda primeiro capítulo, com o estudo específico do seu funcionamento e estrutura a partir da visão sistêmica proposta por Luhmann. Neste, busca-se demonstrar a visão reflexiva do Direito, que sugere que as normas jurídicas tenham

significado além do sentido estrito das palavras, tornando-a uma ciência estruturada também sobre uma análise empírica e baseada na aplicação prática das normas, formuladas através de um viés mais real e contingente.

O segundo capítulo do trabalho será dedicado a demonstrar a importância dos Tribunais para a Teoria Sistêmica, os quais estão relacionadas tanto com a constante atualização do direito, quanto com a função do Direito de contingenciar as expectativas sociais. Também buscar-se-á demonstrar como o procedimento é o responsável por legitimar o Direito, procedimento esse que tem como resultado o processo de tomada de decisão. À vista disso, será possível demonstrar como ocorre a formação de uma decisão a partir da perspectiva sistêmica, passando pela seletividade das comunicações, escolha das melhores possibilidades e o processo de interpretação das normas jurídicas e da argumentação utilizada para fundamentar a escolha do Tribunal.

Em sequência, o trabalho desenvolverá o tema dos acoplamentos estruturais, canais de comunicação diretos entre diferentes sistemas. Nesse ponto, o trabalho adentrará em uma perspectiva mais prática e palpável, uma vez que, serão abordadas a relação entre o Tribunal Constituição – o Supremo Tribunal Federal – e a Constituição Federal, apresentado assim o acoplamento entre o viés político e jurídico. Essa troca e também soma entre sistemas é quem estrutura as relações entre o Supremo Tribunal Federal e as ações por ele julgadas, objeto de estudo deste trabalho. Por meio dessa relação é que se fundem os assuntos teóricos e práticos até então serão estudados, criando-se o suporte para a temática do terceiro capítulo: baseado na teoria dos sistemas, compreende-se o funcionamento dos tribunais e seu processo de decisão, entendendo a representatividade do Supremo Tribunal Federal para o Sistema do Direito, permitindo-se assim que se explore a análise das decisões no terceiro capítulo.

Por conseguinte, no terceiro e último capítulo, será verificado que a estrutura estudada até o presente momento poder ter sua aplicação prática comprometida quando aplicada no cenário de países periféricos, como o Brasil. Isso porque a realidade social evidenciada por problemas estruturais de desigualdades sociais, restrições monetárias e corrupção sistêmica resultam em instituições debilitadas, que calham na falta de autonomia dos sistemas, e por consequência acabam por

ceder mais facilmente a influência de outros subsistemas sobre o Sistema do Direito, ocorrência essa chamada de alopoiese por Marcelo Neves.

Dessa forma, a fim de pesquisar e averiguar se o fenômeno da alopoiese é uma realidade no Poder Judiciário Brasileiro, neste capítulo serão realizadas a análise dos fundamentos e argumentos utilizados nas decisões pré-selecionadas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal a fim de identificar a ocorrência ou não desse instituto. A pesquisa será direcionada ao estudo da possível influência e corrupção sistêmica oriundas do Sistema Social, Econômico e Religioso sobre o jurídico, ou seja, se a argumentação e a fundamentação das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional foram embasadas em comunicações dos referidos sistemas ou mantiveram-se como produto do fechamento operativo do Sistema do Direito, ou seja, se mantiveram a sua autopoiese ou se foi verificada a alopoiese do Sistema do Direito.

Assim, o presente estudo se encerra com as Considerações Finais, aonde serão apresentados os resultados e o desfecho da pesquisa e da análise argumentativa das decisões selecionadas, no qual se pretende identificar se há a ocorrência da alopoiese nas decisões do Supremo Tribunal Federal, ou se o cenário jurídico brasileiro tem sua operação processada de forma fechada, demonstrando que o Sistema do Direito trabalha de forma autopoietica.

Dessa forma, a pesquisa é estruturada sobre o marco teórico da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, aonde se busca demonstrar empiricamente e por meio da aplicação prática quando da análise de decisões proferidas pelo Poder Judiciário Brasileiro, especificamente as proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, se a Teoria Sistêmica consegue ser aqui evidenciada ou se o cenário do país é caracterizado pela corrupção sistêmica do Direito.

A temática a ser trabalhada é de grande relevância, na medida em que a teoria clássica do Direito já não é suficiente para oferecer a sociedade respostas as demandas e a contingência de expectativas cada vez mais complexas e policontextuais que chegam do Judiciário. A Teoria Sistêmica surge como uma alternativa moderna e contemporânea, que permite a adequação do Direito de forma mais versátil e eficiente. Contudo, diante do cenário brasileiro, cabe o questionarmos

se a Teoria Sistêmica teria um cenário viável de aplicação no Brasil, verificando dessa forma, se as decisões podem ser caracterizadas como autopoietica ou se o contexto fáctico das instituições possibilita a ocorrência da alopoiese.

Para que seja realizada a união de todos esses elementos, a metodologia a ser utilizada será a sistêmica, dado que a Teoria dos Sistemas é quem permeia todo o desenvolvimento do trabalho, bem como, possibilita também uma abordagem ampla e sociológica do tema, que apesar de concretizar em uma análise jurídica, propõem-se ao estudo de outros sistemas e cenários que darão sustentação ao desenvolvimento do trabalho.

Trata de uma pesquisa teórica, realizada com base na revisão bibliográfica para que se compreenda a abordagem proposta, realizada com análise de conteúdo de textos doutrinários nacionais e estrangeiros, artigos em periódicos, de normas constitucionais pertinentes ao tema e de decisões jurídicas buscando assim alcançar o objeto do presente estudo.

CAPÍTULO 1

A QUEBRA DO PARADIGMA DA TEORIA CLÁSSICA DO DIREITO E A SUA CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA: A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

O escopo do presente capítulo é compreender a Teoria dos Sistemas elaborada por Niklas Luhmann, visando demonstrar como o autor apresentou uma organização social estruturada em diferentes sistemas, pairados sobre o ambiente e transformados pela comunicação. A fim de arquitetar um alinhamento de raciocínio, de forma sintética, aborda-se inicialmente a Teoria de Hans Kelsen, a fim de observar a estrutura do direito arranjada através de uma base piramidal, fundamentada no escalonamento de normas. Explorou-se o aumento da complexidade na sociedade atual visando demonstrar que as teorias jurídicas clássicas positivistas deixaram de suprir os arranjos que se apresentam na coletividade, surgindo espaço para fixar uma concepção mais contemporânea da Teoria do Direito. A Teoria Luhmaniana oportuniza uma atualização do direito mais dinâmica, pois trabalha de forma circular, permitindo uma adequação social mais ágil tendo em vista as novas e cada vez mais complexas demandas que chegam judiciário. Em um segundo momento, aprofundou-se na estruturação da Teoria dos Sistemas, ou seja, da criação de uma teoria sociológica organizada por sistemas. Adentrou-se na construção e operação interna dos sistemas e nas interações com seu ambiente, apresentando porque a Teoria de Luhmann exprime uma nova concepção do direito. O estudo afunila-se especialmente no Sistema do Direito, como se dá seu funcionamento, seu código e programação, e como ocorre sua interação com o meio externo. Por último, o objetivo foi de apresentar como se processam essas comunicações no Sistema do Direito, esclarecendo a ideia de auto-poiese, autorreprodução e autorreferencialidade, com o propósito de findar o capítulo reportando a razão pela qual a Teoria dos Sistemas proporciona uma visão moderna e dinâmica que permite harmoniza a evolução social com o direito.

1.1 A QUEBRA DO PARADIGMA DA ESTRUTURA CLÁSSICA DO DIREITO E A CONTEMPORANEIDADE DA TEORIA SISTÊMICA

O arranjo da estrutura do Direito e da sua constituição como ciência, amplamente ministrada nos cursos de Ciências Sociais e Jurídicas na atualidade, tem sua fundação enraizada na teoria básica, na organização e na estrutura do Direito arquitetadas por Hans Kelsen.

Com o propósito de melhorar a compreensão do desenvolvimento do presente trabalho, contextualizou-se o momento sobre o qual a Teoria Kelseniana foi criada. O cenário da época – início do século XX – apresentava uma propensão dos teóricos para a livre interpretação das normas, ou seja, um caminho de amplas margens de apreciação que oportunizava que outras áreas, tais como, a sociologia, a psicologia, a economia, as fortes influências religiosas, políticas e classistas, bem como, os interesses individuais adentrassem e interferissem no campo jurídico.¹¹

Tendo em vista as inúmeras discrepâncias e incorreções que eram realizadas com o endosso do Direito, passou-se a reivindicar uma limitação ao sistema legal com o objetivo de coibir a influência que o Direito recebia das outras áreas e por decorrência contaminavam e desvirtuava o sistema e suas decisões.¹²

Diante da transformação e evolução da organização social, originou-se um ambiente completamente oportuno ao desenvolvimento e valorização do positivismo jurídico.¹³ Hans Kelsen (1881– 973) foi o jurista responsável por estruturar as bases do campo teórico que conhecemos como Ciência do Direito e seu arranjo a partir da regra escrita.

Assim, “o pensamento de Kelsen seria marcado pela tentativa de conferir à ciência jurídica um método e um objeto próprios, capazes de superar as confusões metodológicas e de dar ao jurista uma autonomia científica”.¹⁴ Foi através da Teoria do Direito idealizada pelo autor que se formulou uma real Ciência do Direito,

¹¹ FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Por que ler Kelsen, hoje.** p. XV.

¹² FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 48, nº 189, p. 105-131, 2011. p. 106.

¹³ FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Por que ler Kelsen, hoje.** p. XV.

¹⁴ FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Por que ler Kelsen, hoje.** p. XV.

diferenciando o Direito em si como objeto de estudo - norma jurídica – da sua ciência, ou seja, foram excluídas todas as matérias e eventos que não se atribuíam especificamente a norma jurídica, questões emotivas, axiológicas, psicológicas, interesses específicos, políticos e sociológicos.¹⁵ O objetivo de Kelsen era constituir o Direito como uma “ciência genuinamente jurídica”.¹⁶ Como o próprio autor descreve:

“Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isso significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende liberar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.”¹⁷

Nessa perspectiva, se estabeleceu a ideia da Teoria Pura do Direito, constituída através da estruturação “de um sistema jurídico centrado unicamente no mundo do deve ser”¹⁸, que se concretiza através do Direito Positivo. A norma positiva passa a ser o ponto nevrálgico do Direito, posto que através dela o sistema jurídico ganha segurança e objetividade.¹⁹

A positivação da norma “garante a possibilidade de uma estrutura formal sem que a mesma possa ser desvirtuada pela interpretação e a ilicitude, que são possibilidades mesmas decorrentes da coerência de todo e qualquer sistema jurídico.”²⁰ Assim, a aspiração da pureza do direito decorrente da necessidade de se desmembrar do direito natural, da compreensão da metafísica, dos valores morais, das percepções e da influência do mundo externo é alcançada através da norma escrita.²¹

¹⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 144 e 145

¹⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 144 e 145

¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 1.

¹⁸ ROCHA, Leonel Severo. Direito. Complexidade e Risco. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 15, nº 28, p. 1-14, junho, 1994. p. 3.

¹⁹ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional**. p. 106.

²⁰ LIMA, Newton de Oliveira. **O Estado de Direito em Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 1ª ed. 2017. p. 34.

²¹ ROCHA, Leonel Severo. **Direito. Complexidade e Risco**. p. 3.

Para Hans Kelsen, a “norma” é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”.²² Constituída através do dever-ser, as normas são condutas previstas para o futuro que vinculam determinado fato a um ato coercitivo, norteador o indivíduo a abstenção da prática de tal conduta, a fim de evitar a aplicação de sanção.²³

Melhor dizendo, a norma jurídica é constituída através dos acontecimentos do mundo²⁴, ou seja, uma lei se forma a partir do estudo de casos concretos, de condutas humanas que tem significado na sociedade.²⁵ Nesse sentido, “um fato só é jurídico se for o conteúdo de uma norma” e, a norma que se forma, tem o objetivo de atribuir a determinado comportamento previsto, uma conduta a ser obedecida.²⁶

Por conseguinte, sendo a previsão normativa frustrada ocorrerá a subsunção do fato à norma, melhor dizendo, em caso da prática de determinado ato proibido ou coercitivo pelo ordenamento jurídico haverá o enquadramento desta conduta a norma que regulava tal comportamento. Nesse sentido, deve haver uma sincronia entre o conteúdo de um fato e o conteúdo de uma norma, concebendo uma ciência jurídica integralmente vinculada a norma escrita, pura, totalmente autônoma e afastada de qualquer influência e significação políticas, econômicas, sociais ou de outras ciências.²⁷

Através dessa análise, percebe-se que o centro do Direito para teoria kelseniana é o comportamento humano. O conteúdo das normas é criado através da observação das condutas individuais que são comumente consideradas válidas ou indesejáveis a convivência social, sendo assim transportadas para o campo jurídico.²⁸

Dessa forma, tem a ciência do Direito o objetivo de estabelecer uma ordem coercitiva, elaborada através da produção de normas positivas produzidas à medida

²² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 6.

²³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 14.

²⁴ ROCHA, Leonel Severo. **Direito. Complexidade e Risco**. p. 4.

²⁵ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional**. p. 107.

²⁶ ROCHA, Leonel Severo. **Direito. Complexidade e Risco**. p. 4.

²⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 151 e 173.

²⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 35.

que a sociedade passa a rejeitar determinado comportamento, incumbido a instância legislativa de preceituar a norma e sua punição.²⁹ Percebe-se aqui, que o Direito sempre está um passo para trás das condutas e anseios sociais.

A ordem coercitiva representa o poder repressivo da norma diante da necessidade de cumprimento obrigatório pelo homem da previsão jurídica, melhor dizendo, é o poder de imposição da norma, à limitação das vontades humanas.³⁰ Contudo, porque a sociedade obedece ao Direito? Qual é o fundamento da norma jurídica capaz de restringir o livre arbítrio do homem e conduzi-lo a obediência e ao cumprimento da previsão legal?³¹

Nesse ponto, adentra-se no pilar do sistema jurídico kelseniano: a validade das normas. Como demonstrado, o indivíduo é o ponto preliminar de formação do Direito³², o qual viabiliza o conteúdo da norma, entretanto tal norma apenas terá validade se ela estiver de acordo com o fundamento para sua existência, qual seja, uma norma jurídica superior.³³ Assim, explica Kelsen:

Um fato acarreta a existência de certa norma jurídica apenas se existir uma norma superior que torne a existência da norma dependente desse fato. A norma jurídica inferior possui validade porque foi criada em conformidade com as cláusulas da norma superior. Se perguntarmos por que certa regra jurídica é válida, a resposta será sempre em termos de outra norma (superior) que regulamenta a criação daquela norma (inferior), isto é, que determina os fatos que condicionam a existência daquela norma (inferior).³⁴

Essa estrutura pautada na validação da norma inferior na superior, projetou uma organização hierárquica do Direito. O sistema jurídico foi elaborado dentro de uma racionalidade lógica, aonde as normas não podem ser observadas de forma independente³⁵, uma vez que estão pautadas no engajamento de normas superiores e inferiores, mentalizado um sistema normativo disposto em formação piramidal.

²⁹ LIMA, Newton de Oliveira. **O Estado de Direito em Kant e Kelsen**. p. 38.

³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 35 e 36.

³¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 215.

³² SCHWARTZ, Germano; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann: Diferenças e Semelhanças. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre/RS, nº 4, p. 188-210, jul/set, 2018. p. 196.

³³ KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998. p. 213.

³⁴ KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** p. 213.

³⁵ ROCHA, Leonel Severo. Direito. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 5 (2), p. 141-149, julho/dezembro, 2013. p. 144.

Dessa forma, a estrutura de ordenamento jurídico proposto por Kelsen “coloca a validade do direito no próprio direito”.³⁶ Uma norma tem validade porque sua fundamentação é encontrada em outra norma, delineada como superior. O Direito passou a ser legitimado pelo seu próprio sistema de hierarquia de normas, possibilitando criar um ordenamento independente, baseado em normas pressupostas por meio da positivação, criando uma ciência jurídica pura e desassociada de fatos transcendentes ao Direito.³⁷

A estrutura organizada em forma de pirâmide, apresentou para o Direito uma dinâmica jurídica hierárquica, ou seja, linear. Contudo, a sucessiva busca pela fundamentação escalonada das normas carece que se chegue a uma última norma a qual não tenha sido validada por nenhuma norma superior.³⁸ Nesse ponto, chegou-se à razão final do sistema jurídico, qual seja: a norma fundamental.

A norma fundamental é o elemento criado por Kelsen para elucidar a questão referente ao último fundamento de validade do Direito.³⁹ Localizada no vértice da hierarquia normativa, essa norma é o elemento de validade de todo o sistema, através dela que ocorre “a instauração do fato fundamental da criação jurídica”, isso é, a norma fundamental “é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo”.⁴⁰

Apesar disso, essa norma é hipotética, pois não foi editada ou positivada por nenhuma pessoa, é “uma norma não *posta*, mas *suposta*”.⁴¹ Esse elemento foi criado como um pressuposto para validar e fundar o sistema normativo de um Estado, é a norma que justifica a criação das normas e que limita o sistema⁴², uma

³⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 182

³⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 182.

³⁸ KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** p. 213.

³⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. p. 11

⁴⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 222.

⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. p. 12.

⁴² Para uma melhor compreensão da norma fundamental segue trecho de Kelsen: “A norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material que, por o seu conteúdo ser havido como imediatamente evidente, seja pressuposta como a norma mais elevada da qual possam ser deduzidas – como o particular geral – normas de conduta humana através de uma operação lógica. [...] Nesse sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nesses termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 221-222.

vez que para além da norma hipotética fundamental seria desnecessário prosseguir.⁴³

Essa criação teórica tem objetivo de unificar e legitimar todo Sistema do Direito, tendo como pressuposto a imposição do dever de obediência a todas as regras validadas pela norma fundamental.⁴⁴ Nesse sentido, explica Hans Kelsen:

Todas as normas cuja validade por ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que seu último fundamento de validade é a norma fundamental dessa ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.⁴⁵

Em uma visão prática, a norma fundamental hipotética é quem idealiza e concebe o pensamento de uma ordem jurídica estatal, podendo ser visualmente representada como uma previsão externa ao ordenamento positivo. A partir de uma perspectiva visual, a norma hipotética estaria posta acima da pirâmide, tendo em vista que ela é a responsável por validar o mais elevado documento positivo de um Estado, qual seja, sua Constituição⁴⁶ - idealmente projetada no vértice da pirâmide. Portanto, a norma hipotética fundamental é o fundamento, é a norma que valida a existência de uma Constituição.

Por conseguinte, foi através da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen que ocorreu o afastamento de convicções pessoais e de conveniência que induziam e conduziam o Direito a direcionadas interpretações. Seu raciocínio pode ser condensado como um instrumento regulador da conduta humana e consistindo em uma ciência empírica que determina o Direito estritamente através de normas jurídicas positivas, fixando sua validade na própria existência das normas, por meio da sua auto validação hierárquica, aonde todo sistema é alicerçado por uma norma fundamental hipotética, gerando sua unidade.

⁴³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995. p. 59.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 59.

⁴⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 217.

⁴⁶ KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** p. 216.

A perspectiva de Direito apresentada por Kelsen finda a ideia “do ordenamento como um conjunto de normas isoladas”, ele enxergou além, desenvolvendo uma ordem normativa, fundando um elo unificador das normas a partir da existência de uma relação específica.⁴⁷

Nesse sentido, o objetivo do sistema de Kelsen tendo como ponto central a norma positiva é a busca pela segurança jurídica, aonde toda a verificação de justiça ou da análise quantos aos efeitos da aplicação do Direito ficam restritos a aplicação de uma lei formalmente válida.⁴⁸ A ciência jurídica ficou restrita e limitada à lei, excluindo qualquer análise valorativa e resumindo o trabalho do jurista a aplicação pura da lei, da subsunção do fato a norma.⁴⁹

Logo, em sua teoria, a norma ficou desamparada de aplicação valorativa, tendo em vista que o ordenamento por ele formulado se restringia apenas a análise valorativa da norma, desconsiderando a apreciação do seu conteúdo, pois, sendo a norma hierarquicamente validada, cabia apenas ao operador a sua aplicação.⁵⁰ Dessa maneira, a ciência jurídica ficou reduzida a norma e sua validade, afastando-se de toda ingerência externa.

Com o transpassar do tempo, as mudanças advindas pelo século XX e início do século XXI foram bastante intensas. O desenvolvimento tecnológico na indústria e sua inserção na vida cotidiana, a transformação na tecnologia da informação e da comunicação e o avanço proporcionado pela internet promoveu uma profunda alteração no modelo social, resultando em um mundo mais conectado, célere, flexível, volátil, fluido e multiplicador de alternativas e possibilidades.

Essa perspectiva aumentou exponencialmente a complexidade social, fazendo com a estrutura de Direito arquiteta por Hans Kelsen tivesse dificuldades de acompanhar os novos arranjos que lhe fossem demandados, uma vez que os litígios que passaram a chegar ao sistema jurídico representam são reflexos dessa

⁴⁷ SCHWARTZ, Germano; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. **O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann: Diferenças e Semelhanças**. p. 193.

⁴⁸ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional**. p. 109.

⁴⁹ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional**. p. 109.

⁵⁰ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional**. p. 108.

complexidade social. Dessa forma, a estrutura rígida e formalista foi se tornando ineficaz no acompanhamento e enquadramento de tais condutas à normas positivas.

O conjunto de normas que regulam a conduta recíproca dentro da sociedade⁵¹, é um sistema que antevê comportamentos e os normatiza de forma escrita, contudo, o desenvolvimento social reflete no Direito a necessidade de “antecipar o futuro e ao mesmo tempo minimizar os riscos”.⁵² O formato quase inflexível de norma positiva, sua validação hierarquizada, afastada de outras ciências e questionamentos sociais, bem como, visando exclusivamente o objetivo da segurança jurídica, tão pertinente no contexto histórico da criação da teoria kelseniana, foi se afastando da dinâmica Direito e sociedade, não espelhando mais as reivindicações da sociedade contemporânea, que anseia um modelo mais dinâmico de Direito.⁵³ Como descreve Leonel Severo Rocha:

“[...] as leis foram feitas, como é o caso dos Códigos e de outros tipos de legislação, para durar muito tempo. Há aí um problema na atualidade, porque há cem anos ou mais, de alguma maneira, a sociedade e o Direito tinham a mesma noção de tempo; também a sociedade tinha uma longa duração, as coisas demoravam para acontecer, e, se havia mudanças, era por uma lenta evolução, diferentemente do presente. E o que está correndo agora? Continua-se no Direito pensando numa longa duração, porque, em relação àquilo que foi programado, permitido, proibido ou obrigado, tem-se a pretensão de eu seja válido até hoje, embora a sociedade mude a todo momento.”⁵⁴

Calhou então, a verificar uma “defasagem temporal” uma vez que a sociedade passou a ter uma noção de tempo instantânea⁵⁵, fazendo com que o positivismo normativo e sua desconsideração a demais elementos sociais e a outros campos da ciência, o afastassem dos acontecimentos atuais.⁵⁶ A aplicação da letra fria da lei em

⁵¹ KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** p. 225.

⁵² SCHWARTZ, Germano; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. **O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann: Diferenças e Semelhanças.** p. 198.

⁵³ FLORES, Luis Gustavo Gomes. Teoria do Direito Contemporâneo: Novas reflexões a partir da perspectiva das três matrizes jurídicas. **Revista Campo Jurídico**, vol. 2, n. 1, p. 175-199, maio, 2014. p. 193

⁵⁴ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia.** São Leopoldo: Editora Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), 2º ed, 2005. p. 196 e 197.

⁵⁵ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia.** p. 197.

⁵⁶ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional.** p. 116.

prol da segurança jurídica passou a ser ineficiente quando da promoção e da defesa da justiça⁵⁷.

A ideia de enquadramento do fato a norma deixou de ser razoável, visto que a concepção de um Direito sustentado no positivismo já não era capaz de promover justiça nas relações e litígios sociais.⁵⁸ O desequilíbrio entre o Direito e a sociedade contemporânea, estimulou novamente uma transformação no sistema normativo, pois o sistema posto passou a ser questionado uma vez que apenas critérios de validação formal da norma não eram razoáveis e suficientes a garantir o Direito e a justiça, demonstrando também ser essencial ao ordenamento a inclusão de parâmetros sociais, atuais e morais.⁵⁹

A organização social do final do século XX e início do século XXI transformou diversas estruturas de poder e de padrões tradicionalmente enraizados na sociedade, apresentando uma coletividade mais plural e complexa, buscando e propondo a *“abertura valorativa do sistema jurídico”*, com objetivo de *“buscar a justiça dentro de uma sociedade pluralista”*.⁶⁰

Um sistema engessado, de difícil atualização e alteração deixou de ser acreditado pela coletividade. Buscava-se uma atualização teórica, capaz de viabilizar uma ciência que permitisse uma visão mais contemporânea, habilitada a compreender as transformações da sociedade⁶¹, consentindo ao operador do direito certa margem para oxigenar o sistema, justapondo a norma positiva, mas também valorando sua aplicação diante de um caso concreto com o propósito de buscar a sua melhor solução.⁶²

Diante da decadência de alguns pilares da Teoria Pura do Direito, foram surgindo novas teorias, novas matrizes epistemológicas, as quais propunham

⁵⁷ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional**. p. 110.

⁵⁸ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional**. p. 116.

⁵⁹ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional**. p. 111.

⁶⁰ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional**. p. 112 e 114.

⁶¹ ROCHA, Leonel Severo. **Direito. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas**. p. 144.

⁶² FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional**. p. 116.

revigorar o ordenamento jurídico, possibilitando uma visão do Direito mais pragmática, ou seja, como uma ciência social aplicada encadeando a teoria à prática social e a outros conhecimentos que poderiam somar à análise jurídica e sua aplicação.

Nesse sentido, surge uma nova percepção da ciência do Direito, uma Teoria assentada na observação social, que formulada com uma visão mais moderna, permitindo harmonizar, a partir da observação, a evolução social com a renovação do Direito, quebrando o paradigma positivista. Um modelo de sistema jurídico mais dinâmico, maleável e circular foi proposto por Niklas Luhmann através da sua Teoria dos Sistemas, rompendo assim com paradigma da Teoria Clássica do Direito de Hans Kelsen.

1.2 A TEORIA LUHMANNIANA E A ESTRUTURA SISTÊMICA

A falta de compatibilidade entre a norma e os ideais que permeiam a sociedade contemporânea, fez se pensar em um Direito dentro da sociedade complexa. Houve um rompimento epistemológico com o modelo hierárquico e a estrutura rígida e inflexível de sistema jurídico proposto por Kelsen. É a partir dessa perspectiva que se propõem um novo desenho do Direito, capaz de se harmonizar com as percepções atuais, de captar as demandas sociais e de assimilar a lei e as decisões com as discussões e temas que tenham significado para a sociedade⁶³.

O engessamento da ciência do Direito em nome da segurança jurídica provocou a insuficiência do modelo positivista, fomentando a decadência da Teoria Pura, em especial pelos seguintes motivos: a sociedade do século XXI é profundamente mais complexa e plural, fazendo com que o modelo de norma escrita e rígida fique rapidamente desatualizado diante do dinamismo coletivo e, conseqüentemente, o Direito deixa de ser competente quando da necessidade de retornar à sociedade decisões satisfativas, resolutivas e, principalmente, justas.⁶⁴

⁶³ ROCHA, Leonel Severo. Direito. **Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas**.p. 146.

⁶⁴ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional**. p. 112.

A forma tradicional de se pensar o Direito estruturado a partir da Teoria Pura, embora ainda muito presente nos bancos acadêmicos, pois é a base da organização estrutural dos sistemas jurídicos atuais e em vigência no mundo, foi quebrada. A movimentação e as transformações sociais transpareceram e evidenciaram cada vez mais que o Direito é uma ciência social aplicada, necessitando refletir tal dinamismo social.

Nesse sentido, a sociedade passou a exigir a compatibilização do Direito, através de uma teoria capaz de incorporar outros conceitos, por meio da qual fosse possível “dialogar com qualquer outra perspectiva teórica”⁶⁵, uma vez que o perfil clássico apoiado em uma matriz positivista rígida se distanciou da contemporaneidade.

As ingerências do mundo, a multiplicidade de alternativas, as outras áreas de conhecimentos e os valores sociais não podem ser absolutamente eliminados da ciência jurídica, uma vez que esses conteúdos chegam ao Judiciário carecendo resoluções, cabendo ao Direito a capacidade de absorção de tais percepções, partindo para uma observação das suas demandas com um olhar e uma interpretação multidisciplinar.

Por consequência, outras matrizes do Direito⁶⁶ foram sendo produzidas, surgindo diferentes cenários capazes de suprir as lacunas da Teoria Pura e as adversidades modernas.⁶⁷ Houve um rompimento com a matriz normativista

⁶⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 599.

⁶⁶ Leonel Severo Rocha, em seu artigo já referido nesse texto, Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas, publicado na Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) da Unisinos, na edição de julho-dezembro de 2013, trabalha com a ideia de que a epistemologia jurídica, ou seja, o estudo da formação do conhecimento jurídico de deu através de três matrizes: analítica, hermenêutica e pragmático-sistêmica. De forma resumida, a fim de apresentar um conceito geral, a analítica tem como autor principal Hans Kelsen (1881-1973) que se dedica a um Direito formulado a partir de estrutura normativa buscando uma ciência pura através do positivismo, afastada de concepções de outras áreas; a matriz hermenêutica, prioriza a linguagem, propondo uma interpretação mais aberta do Direito, no sentido de que se deve compreender o sentido da norma, oportunizando novas possibilidades ao Direito; por fim, trabalha-se a matriz pragmática-sistêmica, a qual revê essas matrizes, propondo uma mudança epistemológica quando, através da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann (1927-1998), partindo de uma visão sociológica do Direito e de uma organização sistêmica, ele propõe um modelo mais dinâmico, capaz de se relacionar com outras áreas e com as possibilidade geradas pela complexidade social, ao passo em que, seleciona apenas a informação voltada especificamente ao Direito, não contaminando sua operação, mas permitindo a sua atualização.

⁶⁷ FLORES, Luis Gustavo Gomes. **Teoria do Direito Contemporâneo: Novas reflexões a partir da perspectiva das três matrizes jurídicas**. p. 181.

responsável pelo positivismo demasiado, enrijecido e hierárquico, preparando assim o caminho para adoção de um viés e de uma análise sociológica do Direito, permitindo-se assim uma visão mais dinâmica, circular, capaz de se comunicar com as outras áreas⁶⁸.

Assim refere Leonel Severo Rocha: “Nos últimos tempos, a noção de ciência do Direito, baseada em critérios sintático-semântico, tem se alterado para critérios pragmáticos.”⁶⁹ Ou seja, a visão de um Direito estruturado a partir de uma construção rigorosa de normas e estreitamente vinculado a linguagem que deve necessariamente corresponder a uma norma ou texto legal se desprende nessa nova proposta, que preconiza agora uma observação sistemática.

A partir dessa nova perspectiva, busca-se uma interpretação da sociedade através de uma visão reflexiva do direito, fazendo com que as normas jurídicas tenham significado além do sentido estrito das palavras, formulando um Direito baseados na consequência da sua aplicação prática, fazendo com que uma norma tenha sua validade e seus efeitos vinculados a uma análise empírica⁷⁰.

Essa nova circunstância do Direito é também um manifesto das importantes alterações que ocorrem no planeta em termos de desenvolvimento nas tecnológicas da informação e da comunicação, investimentos em pesquisas e no progresso nas mais diversas áreas do conhecimento, impulsionado por um mundo globalizado. O novo contexto social viabilizou e estimulou um modelo de vida atual que resulta em uma sociedade conectada, célere, flexível em mundo multiplicador de alternativas e possibilidades.

Nesse sentido, a mudança epistemológica na teoria jurídica⁷¹ é uma das respostas a esse novo contexto social e da necessidade de um modelo jurídico que permite uma atualização sistêmica, mais dinâmica e circular do Direito. Esse acaba sendo o autêntico desafio apresentado para o mundo jurídico: incorporar as

⁶⁸ BERNARDES, Márcio de Souza. **A compreensão do Direito nas matrizes neopositivistas e pragmáticas-sistêmica**. E-gov, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento, 2004. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/compreens%C3%A3o-do-direito-nas-matrizes-neopositivista-e-pragm%C3%A1tico-sist%C3%AAmica-c>>. Acesso em: 13 de fevereiro de 2021.

⁶⁹ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. p. 93.

⁷⁰ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. p. 100-102.

⁷¹ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. p. 100.

alterações substanciais da sociedade sem comprometer o fundamento e a essência do Direito.

Assim, a teoria de Niklas Luhmann, sociólogo alemão de grande expressividade na contemporaneidade, se apresenta como a possibilidade de alteração do modelo posto, pois viabiliza novas formas de observar a sociedade moderna e as adversidades do cotidiano, proporcionando um encadeamento com o Direito e sua base teórica sem modificar a sua estrutura interna.⁷²

A proposta intelectual do autor é totalmente inovadora pois, apesar de iniciar no meio jurídico, ultrapassa as mais diversas áreas, criando uma teoria bastante profunda, complexa e avançada, quebrando os paradigmas tradicionais e incluindo uma visão contemporânea, agregando conceitos e dialogando com outras áreas de conhecimento.⁷³

Duas foram as inspirações de Luhmann, que somadas ampararam a formulação da chamada Teoria dos Sistemas: em um primeiro momento a Teoria dos Sistemas Sociais de Parson e em uma segunda fase, voltada ao aprimoramento teórico, utilizou-se da concepção da autopoiese formulada por dois biólogos chinelos, Maturana e Varela.⁷⁴

A ideia de Parsons parte da compreensão que os sistemas sociais é o agrupamento das ações individuais ou de grupos em que ao mesmo tempo que esse sistema social é vislumbrado de forma autônoma e autossuficiente, também depende da interação com o ambiente para manter-se conectado com o meio, ao passo que filtra essas informações com objetivo de manter sua estabilidade.⁷⁵

Luhmann também se apropriou dos ensinamentos formulados na década de 1980 pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela que tinham por propósito explicar o que era a vida, demonstrando como se dá a “organização do ser

⁷² PAGANI, Fernanda, GOMES, Giles, SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Observação Social e Pluralismo Jurídico: a abertura do direito às instâncias da sociedade civil**. Revista Ciência & Consciência: Paraná, vol. 2, 2008, p. 2.

⁷³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 595 e 597.

⁷⁴ ROCHA, Leonel Severo. **Direito. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas**. p. 147.

⁷⁵ PARSONS, Talcoot. **O Sistema das Sociedades Modernas**. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pionera Editora, 1974. Capítulo II: Orientações Teóricas, p. 19.

vivo”⁷⁶ e sua como ocorre sua dinâmica constituição, desenvolvendo em sua pesquisa a palavra *autopoiese*. O vocábulo surge justamente para sintetizar a ideia de que um sistema se autorreproduz, constantemente, a partir de seus próprios elementos internos, ou seja, produz seus elementos e sua própria unidade sem interferência externa.⁷⁷

Assim, Maturana e Varela concluíram que “um sistema é vivo porque é um sistema autopoietico”,⁷⁸ e este “espaço autopoietico é curvo e fechado, no sentido de que é determinado inteiramente por ele mesmo”.⁷⁹ Em outras palavras, o sistema biológico se autorreproduz e se auto-organiza internamente sem que haja contato ou conexão com o meio externo promovendo a autonomia do sistema.

Por conseguinte, Luhmann propõe, com algumas mudanças, uma nova abordagem sobre os pilares dessa teoria no intuito de compreender e descrever o que é a sociedade sob uma ótica passiva de observação. Niklas Luhmann importou conceitos e perspectivas formulando a sua Teoria dos Sistemas, concentrando seus estudos no objetivo de criar “uma teoria suficientemente complexa para explicar a sociedade contemporânea”.⁸⁰

Essa abordagem se faz altamente importante, pois possibilita notar a sociedade a partir de uma perspectiva circular, oportunizando entender a complexidade do mundo contemporâneo,⁸¹ ao passo que permite o afastamento dos ideais de um direito rígido e inflexível formulado na estrutura social século XX, para que seja viável arquitetar um modelo de sistema dinâmico, adequado à atualidade.

O desígnio do autor foi formular de uma teoria sociológica bastante sofisticada, a fim de explicar e compreender o que é a sociedade e sua estrutura

⁷⁶ ROMENSIN, Humberto Maturana; GARCÍA, Francisco J. Varela. **De máquinas e seres vivos: Autopoiese: A organização do vivo**. Tradução: Juan Acunã Llorens. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 9.

⁷⁷ ROMENSIN, Humberto Maturana; GARCÍA, Francisco J. Varela. **De máquinas e seres vivos: Autopoiese: A organização do vivo**. p. 70 – 75.

⁷⁸ MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2011. p. 108.

⁷⁹ MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. p. 86.

⁸⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 595.

⁸¹ PAGANI, Fernanda, GOMES, Giles, SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Observação Social e Pluralismo Jurídico: a abertura do direito às instâncias da sociedade civil**. p. 5 e 6.

partido da concepção de uma organização sistêmica e, por meio dela, observa-se o Direito como um dos sistemas que fazem parte desse ambiente⁸²:

A teoria dos sistemas de LUHMANN tem assim proporcionado a configuração de um novo “estilo científico” mais apto a compreensão das atuais sociedades complexas que vivemos, contrariamente ao modelo limitado da sociedade existente no normativismo, hermenêutica e pragmática jurídicas, estando assim no centro das discussões atuais sobre o sentido do direito e da sociedade.⁸³

Dessa forma, a Teoria Sistêmica visa “explicar a sociedade como um sistema social”⁸⁴, vislumbrando o Direito como um subsistema que faz parte dessa estrutura e que tem seu funcionamento organizado de forma autopoietica. Essa estrutura teórica proposta pelo autor, que será aprofundada brevemente, proporciona uma nova forma de observação da sociedade, permitindo uma atualização gradual diante da complexidade das relações, formulando um sistema jurídico maleável e flexível.⁸⁵

Adentrando na estruturação da teoria luhmanniana, sua estrutura basilar é fundamentada em um tripé de concepções e diferenciações necessárias para sua compreensão, quais sejam: a distinção sistema e ambiente, a comunicação e a complexidade. A primeira compreensão do que é um sistema é através da diferenciação com o ambiente:

*[...] el sistema se define, precisamente, por su diferencia respecto a su entorno; una diferencia que se incluye en el mismo concepto de sistema. De este modo, el sistema incluye siempre en su misma constitución la diferencia respecto a su entorno y sólo puede entender-se como tal desde esa diferencia. Ahora bien, un passo ulterior, el sistema, que contiene en si mismo la diferencia con su entorno, es un sistema autorreferente y autopoietico.*⁸⁶

Um sistema pode ser designado por um agrupamento de operações estruturadas que podem ser identificadas através da diferenciação entre os demais tipos de operação capazes de se distinguir no ambiente.⁸⁷ Nesse sentido, um dos pontos centrais da teoria é que um sistema é caracterizado através da sua diferença

⁸² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 598.

⁸³ ROCHA, Leonel Severo. **Direito. Complexidade e Risco**. p. 10.

⁸⁴ ROCHA, Leonel Severo. **Direito. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas**. p. 148.

⁸⁵ FLORES, Luis Gustavo Gomes. **Teoria do Direito Contemporâneo: Novas reflexões a partir da perspectiva das três matrizes jurídicas**. p. 189-190.

⁸⁶ IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción: **La urgência de una nueva lógica**. In: LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambicion de la teoria*. Barcelona: Instituto de Ciencias de la Educacion de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1º edición, 1984. p. 18.

com o ambiente: “Um sistema só é sistema enquanto puder manter suas operações no tempo sem se confundir com seu ambiente”⁸⁸, logo, é o próprio funcionamento do sistema que mantém sua estrutura e por consequência sua distinção com o ambiente.

Em contrapartida, de forma simplista, podemos descrever o ambiente como o espaço em que se organizam os sistemas, pois o ambiente é tudo aquilo que não pode ser identificado como sistema, ou seja, o que é ambiente não é sistema.⁸⁹ É a partir do ambiente que se limite e que se define o que é sistema, havendo uma relação de distinção simbiótica, pois o ambiente é pressuposto para o sistema, ao passo em que sem ambiente, não há sistema e sem sistema não há ambiente⁹⁰:

“Los sistemas no sólo se orientan ocasionalmente o por adaptación hacia su entorno, sino de manera estructural, y no podrían existir sin el entorno (...). El entorno consigue su unidad sólo a partir del sistema, y em su relación com el sistema.”⁹¹

Nesse sentido, importante destacar que, um é pressuposto do outro, todavia, apesar dessa dependência existencial, o ambiente não é um sistema, ele representa o outro lado do sistema, o lado externo. Também é importante frisar que entre ambiente e sistema não há grau de hierárquica ou de submissão, enxergar o ambiente e o sistema na sua conceituação não significa considerar o ambiente inferior.

O ponto chave da diferenciação entre essas definições é o desnível de complexidade entre sistema e ambiente. Para Niklas Luhmann, complexidade é *“la sobreabundancia de relaciones, de posibilidades, de conexiones, de modo que ya no sea posible plantear una correspondência biunívoca y lineal de elemento com elemento”⁹²*, ou seja, por complexidade de entendem todas as associações, oportunidades, relações e trocas que promovem uma multiplicidade de informações

⁸⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 620.

⁸⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 620.

⁸⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambicion de la teoria**. Barcelona: Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1º edição, 1984. p. 51.

⁹⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambicion de la teoria**. p. 50 e 51.

⁹¹ LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambicion de la teoria**. p. 50 e 51.

⁹² IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción: **La urgência de una nueva lógica**. p. 16.

e inquietudes que deixam de ser assimiladas e compreendidas de forma linear, em resumo, complexidade é “a totalidade dos acontecimentos possíveis” designando “sempre uma relação entre sistema e mundo, nunca um estado do ser”⁹³.

O ambiente representa a totalidade das comunicações existentes, ao passo que, o sistema seleciona a comunicações relacionada a sua funcionalidade, reduzindo a complexidade e ordenando a programação das informações. Logo, o sistema reduz a complexidade do ambiente, sendo esse sempre menos complexo. Portanto, apesar de o sistema e o ambiente conservarem determinado tipo de vinculação, somente os sistemas são providos de sentido, uma vez que o ambiente é composto de complexidade que é selecionada e reduzida pelo sistema.⁹⁴

A contemporaneidade da teoria sistêmica é visualizada devido a sua aptidão em contemplar as experiências do mundo globalizado. Diante da inexistência de barreiras para a troca de comunicação e da sua replicação praticamente instantânea para todo o mundo, há uma projeção de comunicação que modula e propaga as relações e trocas modernas, criando expectativas que são exponencialmente aumentadas. Essa circularidade de informação momentânea implica na geração de complexidade diante das inúmeras alternativas e possibilidade de interação social que são geradas, adentrando assim, em outra importante concepção da Teoria dos Sistemas: a comunicação.

A comunicação é um dos aspectos que rege a teoria sistêmica: “No lugar dos fatos, das ações sociais e da linguagem, a teoria da sociedade entende a sociedade como comunicação. Como totalidade da comunicação significativa”⁹⁵. Essa não pode ser entendida como uma simples transferência de informações de um local para o outro, uma vez que para Luhmann, apenas há comunicação quando realmente envolve o outro quanto ao sentido, criando assim um elo social.⁹⁶

⁹³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia como teoria dos sistemas**. In: SANTOS, José Manuel (Org.). O Pensamento de Niklas Luhmann. Universidade da Beira Interior: 2005. p. 77

⁹⁴ ROCHA, Leonel Severo. **Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos: Perspectivas de uma Matriz Jurídica Contemporânea**. In: Paradoxos da auto-observação: Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea. Ijuí: Editora Ijuí. 2 ed. 2013. pg. 336.

⁹⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 598.

⁹⁶ LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. p. 37/40.

Portanto, para Luhmann, a comunicação é o fato gerador da sociedade, ao mesmo tempo em que “é o elemento diferencial entre a sociedade e seu ambiente”⁹⁷. Deslocando-se das teorias clássicas, o homem, para a teoria luhmanniana não é considerado parte criadora da sociedade, pois a sociedade é aqui compreendida como um sistema, o sistema social, afastando-se da ideia da ontologia jurídica.⁹⁸ Trabalha-se com diferentes perspectivas, desprendendo o ser humano da função de originador da sociedade; o ser humano constitui um subsistema, “um tipo de sistema, denominado “sistema psíquico”⁹⁹, uma vez que as pessoas participam da sociedade – elas são seu ambiente – mas não determinam a sociedade.

Por meio dessa perspectiva, pretende-se observar apenas as manifestações sociais em si, afastando as intervenções do homem e tendo como elementos da teoria somente os sistemas, sua formação e organização. À vista disso, considera-se que em uma sociedade o que existe é comunicação entre seus elementos, e que para a teoria luhmanniana essa comunicação passa a ser segmentada em ambiente e subsistemas de diferentes áreas de atuação, tais como, o sistema da economia, da política, da religião, do direito, da arte, da moral, etc¹⁰⁰.

Todos esses conceitos – ambiente, sistema, complexidade, comunicação – implicam na estruturação da Teoria dos Sistemas e sua contemporaneidade é muito bem demonstrada por Leonel Severo Rocha:

Nessa linha de idéias (*sic*) a sociedade moderna possui condições de controlar as indeterminações, ao mesmo tempo, que não cessa de produzi-las. Isso gera um paradoxo na comunicação. A sociedade contemporânea é constituída por uma estrutura paradoxal, na qual amplia-se a justiça e a injustiça, o direito e o não-direito, a segurança e a insegurança, a determinação e a indeterminação. Em outras palavras, nunca a sociedade foi tão estável e nunca a sociedade foi tão instável [...].¹⁰¹

A sociedade pode Luhmann pode ser observada através de sistemas, os quais são programados para selecionar as comunicações presentes do ambiente, que

⁹⁷ SCHWARTZ, Germano; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. **O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann: Diferenças e Semelhanças**. p. 203.

⁹⁸ SCHWARTZ, Germano; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. **O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann: Diferenças e Semelhanças**. p. 203.

⁹⁹ SCHWARTZ, Germano; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. **O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann: Diferenças e Semelhanças**. p. 203.

¹⁰⁰ ROCHA, Leonel Severo. **Notas sobre Niklas Luhmann**. p. 21.

¹⁰¹ ROCHA, Leonel Severo. **Direito. Complexidade e Risco**. p. 11.

cada dia se propagam e se transmitem com mais rapidez e instantaneidade, aumentando a complexidade do ambiente diante das expectativas que são criadas em razão desse volume de comunicação.

Ao passo que o sistema seleciona a comunicação, acaba por reduzir a complexidade do ambiente, pois organiza internamente a informação; em contrapartida, o próprio sistema aumenta a sua complexidade interna diante do crescente número de comunicação, verificando aqui a sua paradoxalidade: quando mais o sistema buscar reduzir a complexidade do ambiente, mais aumenta a sua complexidade interna.

O horizonte proposto através da desafiadora e profunda Teoria dos Sistemas criada por Niklas Luhmann, altera substancialmente a forma de observação do Direito. Apresentou-se um diferente ângulo teórico, porquanto da ininterrupta atualização que a teoria possibilita ao Sistema do Direito, capaz agora de absorver e filtrar as complexidades do ambiente, frustrando assim que a ciência fique estagnada e em desacordo com o tempo.¹⁰²

Partindo desses conceitos, a operação e a estruturação do Direito passam a ser diferentes, compreendidos agora como um subsistema que integra o sistema social, tornou-se capaz de captar as comunicações da sociedade moderna, gerindo as expectativas criadas pela complexidade. O Sistema do Direito é agora observado de forma ampla, “torna-se possível ver que o direito é muito mais do que um conjunto de normas que regulam a sociedade”¹⁰³. Rompendo com essa tradicional visão, como pode ser observado o Sistema do Direito a partir da Teoria Sistêmica?

1.3 O SISTEMA DO DIREITO

O Sistema Social é o grande cenário no qual são produzidas as comunicações lançadas no ambiente. E é a partir dessa perspectiva que podemos arquitetar o Direito como parte do Sistema Social, reconhecendo-o como um subsistema da sociedade, dentro da qual também se encontram outros subsistemas como o sistema econômico, o sistema político, o sistema da educação.¹⁰⁴

¹⁰² ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. p. 187.

¹⁰³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 598.

Como já referido, a sociedade para a Teoria Sistêmica é observada como um grande Sistema Social sendo essa a base produtora de toda comunicação propagada no ambiente e é sobre esse cenário que o Sistema do Direito é estruturado. O Direito para Luhmann é observado partindo de uma análise que tem como elemento o aspecto social, ou seja, ele não se desvencilha das expectativas e dos anseios lançados no ambiente.¹⁰⁵

Sendo o Sistema do Direito um subsistema que integra o Sistema Social, é este último um dos componentes para sua formação, pois do mesmo modo com que o Sistema Social produz comunicação, é através dessa mesma comunicação que o Sistema do Direito se reproduz. Somando-se a essa ideia, o fruto dessas comunicações é o aumento da complexidade do ambiente, conforme segue explicação clara das palavras de Paulo Roberto Ramos Alves: “O sucesso das comunicações, contudo, pressupõe que sempre existem mais possibilidade do que aquelas que se pode realizar em um dado momento, razão pela qual se passa a falar em complexidade.”¹⁰⁶

A necessidade de organizar e reduzir essa comunicação desorganizada do ambiente, produtora e multiplicadora da complexidade, é que proporciona o panorama para o Sistema Jurídico, que conforme Luhmann coloca:

O direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática.¹⁰⁷

Nesse sentido, compreende-se a função do Sistema do Direito que, para a Teoria dos Sistemas, é uma fonte de congruência, ou seja, de produção de coerência para o Sistema Social. Através da seleção de expectativas, tem-se o Direito uma incumbência de “eficiência seletiva”, tendo em vista a sua incumbência de selecionar as expectativas das condutas humanas que possam vir a ser aplicadas e compartilhadas como uma prática universalizada no Sistema Social.¹⁰⁸

¹⁰⁴ LUHMANN, Niklas. **El Derecho como Sistema Social**. In: DIEZ, Carlos Cómez – Jara (Ed.) Teoría de sistemas y derecho penal: fundamento y posibilidad de aplicación. Granada: Comares, 2005, p. 71.

¹⁰⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. p. 120-121.

¹⁰⁶ ALVES, Paulo Roberto Ramos. **Sociedade policontextual, sentido jurídico e efetividade**. p. 882.

¹⁰⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. p. 115.

¹⁰⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. p. 115 -116.

Pensando dentro da sociedade, o Direito estruturado por Luhmann não é ordenado por meio de normas, mas sim, através de comunicações. Todavia a comunicação é produtora de expectativas que diante da grande complexidade produzida por esse processo, se faz necessário realizar um processo de seleção, com o propósito de distinguir para o Sistema do Direito quais dessas comunicações são realmente juridicamente relevantes, a qual se dá através de um código binário: lícito/ilícito, ou melhor, direito/não direito.¹⁰⁹

Através dessa codificação permite-se diferenciar quando uma comunicação se refere a um conteúdo jurídico, possibilitando que esse sistema se diferencie do ambiente e dos demais sistemas, pois tem como tarefa específica a seleção do código próprio do Sistema do Direito: *“Esta codificación tiene una importancia decisiva para la diferenciación del sistema jurídico, puesto que dota al sistema de su propia forma de contingencia, la cual está internamente constituída”*.¹¹⁰

Portanto, a comunicação presente no ambiente apenas passa a integrar o Sistema do Direito, calhando então a ser uma comunicação jurídica, quando ela pode ser “lida” através do código do referido sistema, qual seja, direito/ não direito, sendo selecionada para integrar o sistema quando aquela comunicação faz sentido sistema jurídico - é direito – e por conseguinte é internalizada ou rejeitada quando não for relativo ao direito.

Destaca-se que essa comunicação regulamentada pelo código “não chega ao nível das palavras, mas da compreensão do sentido a que se faz alusão”¹¹¹, ou seja, considerando que o Sistema do Direito opera por meio de comunicação oriunda do Sistema Social, este não se limita a codificação exclusiva do binômio direito/não direito, realizando assim uma interpretação quanto ao propósito e ao escopo da comunicação, uma vez que as mais variadas situações e expectativas sociais podem ser visualizadas ou demandadas à uma perspectiva jurídica.¹¹²

Igualmente, todos os sistemas operam internamente por meio dessa racionalidade lógica, selecionando do ambiente através do seu código específico, a comunicação que lhe é referente, por exemplo, quando se trata de pagar/ não pagar

¹⁰⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia como teoria dos sistemas**. p. 91

¹¹⁰ LUHMANN, Niklas. **El Derecho como Sistema Social**. p. 74.

¹¹¹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 93.

¹¹² LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 47.

tratamos no código do sistema econômico, o código verdade ou falsidade quanto a um novo conhecimento refere-se ao campo da ciência, já no sistema religioso o código binário é imanência/transcendência.¹¹³

A diferenciação funcional decorre justamente do reconhecimento da função específica de cada sistema, que é concretizada através do código e da sua função de seleção de comunicação do ambiente.¹¹⁴ Isso é, no sistema jurídico serão internalizadas comunicações que se referem exclusivamente a questões jurídicas, ao passo que comunicações de ordem religiosa, econômica e demais não serão selecionadas.¹¹⁵ Dessa forma, os sistemas se diferenciam por intermédio da seletividade comunicativa baseada na distinção exclusiva realizada pelo código binário, elegendo apenas determinada comunicação específica e restrita do seu sistema, diferenciando-se assim, tanto quanto sistema, quanto do ambiente.

Por conseguinte, é o código direito/ não direito quem também proporciona autonomia do Sistema do Direito, isso ocorre porque o sistema passa a trabalhar apenas com as comunicações e que lhe são inerentes, “assim, quase todos os acontecimentos do mundo se tornam irrelevantes afora aqueles que fomentam ou afectam (sic) a preservação deste sistema.”¹¹⁶ Esse processo de seleção de informação exercido pelo código do Sistema do Direito, direito/ não direito, passa a ser processado internamente, o que caracteriza o chamado fechamento operativo do Sistema do Direito.¹¹⁷

O sistema jurídico, que realizou a seletividade das comunicações do ambiente por meio do seu código binário, passa agora a operar internamente, apenas com as informações especificamente selecionadas, sem interferências externas do ambiente ou de outras comunicações as quais deturbariam e descaracterizariam o Sistema do Direito.¹¹⁸ Essa operatividade permite que o sistema trabalhe apenas com as informações jurídicas, em processo de autorreferencialidade.

¹¹³ LUHMANN, Niklas. **El Derecho como Sistema Social**. p. 72 - 73

¹¹⁴ ALVES, Paulo Roberto Ramos. **Sociedade policontextual, sentido jurídico e efetividade**. p. 884.

¹¹⁵ ALVES, Paulo Roberto Ramos. **Sociedade policontextual, sentido jurídico e efetividade**. p. 884.

¹¹⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia como teoria dos sistemas**. p. 87

¹¹⁷ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 230.

¹¹⁸ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 52.

Por autorreferencialidade entende-se como a capacidade do sistema estabelecer relações consigo mesmo, dentro da sua própria funcionalidade interna e a partir de seus elementos, bem como, pela capacidade de diferenciar sua operação interior da sua relação o meio externo.¹¹⁹ O significado prático da autorreferência é que as operações realizadas pelos sistemas são baseadas a partir das suas próprias operações antecedentes, ou seja, o sistema opera baseado nas suas próprias operações:

Um sistema é, portanto, apenas uma efetuação de operações. E isso significa que um sistema constrói a si próprio mediante suas próprias operações. Ou, em outras, palavras, um sistema produz as operações que o produzem, que dizer, trata-se de uma produção de operações referidas às próprias operações anteriores.¹²⁰

Assim, o Sistema do Direito, igualmente como os demais sistemas, sempre opera por meio da autorreprodução, meio esse que é viabilizado em razão do fechamento operacional do sistema, uma vez que sua operação interna trabalha sem interferência exterior, de forma autônoma, autorreferencial e por consequência em um processo de autorreprodução.

Todo esse arcabouço teórico e o complexo funcionamento explicativo para criação e para o processo de funcionamento dos sistemas é substanciado e condenado através da *autopoiese*: um sistema se autoproduz a partir das suas próprias operações.¹²¹ Quer dizer, o sistema por meio de uma rede de interação de seus elementos é capaz de gerar a sua organização própria, produzindo seus elementos e condições, modificando-se a partir de seus padrões internos sem sofrer influência de outros sistemas, fazendo com que o sistema seja independente do meio que o rodeia.¹²²

¹¹⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambicion de la teoria.** p. 44

¹²⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo.** p. 622.

¹²¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo.** p. 629.

¹²² ANTUNES, José Engrácia. **O direito como sistema autopoietico.** p. XI.

O termo *autopoiese*, importado dos biólogos Maturana e Varela¹²³, representa que toda produção interna do sistema, foi por ele mesmo produzido, fundamentado apenas pelas suas operações internas, sem interferência com o mundo exterior, operando de forma autônoma por meio da sua autorreferencialidade e autorreprodução:

O direito é mantido como sistema autopoietico e operativamente fechado, de modo a garantir sua função. Evidentemente, isso não pode acontecer fazendo que todas as condições empíricas para uma reprodução da operação do sistema gerem a si mesmas no próprio sistema, já que isso significa incluir o mundo no sistema. Da mesma forma, o direito tem de se manter como sistema funcional determinado por estruturas, com capacidade de operação, devendo prever internamente a continuidade do cumprimento de sua própria função. “Internamente”, aqui, significa com seu próprio tipo de operação.¹²⁴

De tal modo, a *autopoiese* do Sistema do Direito é que mantém a sua estrutura, ao passo que sua operação circular e permanente também permite sua diferenciação com o ambiente, consentindo assim a sua reprodução livre de influências exteriores, pois o sistema é continuamente renovado com as novas comunicações do ambiente selecionadas pelo código binário do Direito.

À vista dessa constante movimentação interna, percebe-se que o elemento básico para a circularidade dos sistemas são as comunicações do Sistema Social, que conforme refere Luhmann: “O direito é, portanto, uma história sem fim, um sistema autopoietico, que só produz elementos para poder produzir mais elementos”¹²⁵. Porém, ao passo que o Sistema tem a função de contingenciar as expectativas da sociedade, diminuindo a complexidade do ambiente, ocorre por

¹²³ Os biólogos Maturana e Varela, criadores do termo *autopoiese*, formularam o termo com objetivo de explicar o que era a vida, tendo como entendimento da palavra o que segue: “[...] o ser vivo não é um conjunto de moléculas, mas uma dinâmica molecular, um processo que acontece como unidade separada e singular como resultado do operar, e no operar, das diferentes classes de moléculas que a compõem, em um interjogo de interações e relações de proximidade que o especificam e realizam como uma rede fechada de câmbios e sínteses moleculares que produzem as mesmas classes de moléculas que a constituem, configurando uma dinâmica que ao mesmo tempo especificada cada instante seus limites e extensão. É a essa rede de produções de componentes, que resultada fechada sobre si mesma, porque os componentes que produz a constituem ao gerar as próprias dinâmicas de produção que a produziu e ao determinar sua extensão como um ente circunscrito, através do qual existe um contínuo fluxo de elementos que se fazem e deixam de ser componentes segundo participam ou deixam de participar nessa rede, o que neste livro denominamos de *autopoiese*.” Trecho retirado do livro ROMENSIN, Humberto Maturana; GARCÍA, Francisco J. Varela. De máquinas e seres vivos: *Autopoiese: A organização do vivo*. Tradução: Juan Acunã Llorens. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 15.

¹²⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 191.

¹²⁵ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 237 - 238.

efeito reverso o aumento da complexidade interna do sistema, uma vez que sempre produz mais elementos, promovendo um paradoxo de complexidade.

Aos sistemas competem a adaptação à complexidade do ambiente e também a sua própria complexidade, cabendo a sua estrutura criar meios para fazer frente a complexidade de comunicações que, mesmo já tendo passado pelo filtro do código, estando agora selecionadas apenas as informações jurídicas, precisa que essa complexidade interna ser organizada e gerida.¹²⁶ A complexidade interna do sistema representa também as inúmeras possibilidades jurídicas, dentre as quais precisam ser agora selecionadas internamente ao Sistema do Direito, com objetivo também de desdobrar o paradoxo.¹²⁷

A programação do código é a forma com que acontece a organização interna do sistema. O código é um critério à seleção comunicativa do ambiente, contudo “deve haver outros pontos de vista que indiquem como os valores do código legal/ilegal se assinalam ou *correta*, ou *equivocadamente*. A essa semântica adicional chamaremos (...) *programas*”.¹²⁸

A análise do binômio do Sistema Jurídico acontece pois há outros fatores que devem suplementar outros exames e campos de observação permitindo um reconhecimento e uma instrução mais profunda da comunicação:

Valendo-se de uma formulação concisa, pode-se dizer que os códigos geram programas. Ou melhor: os códigos são distinções que, no nível autopoietico, só podem se fazer produtivas por meio de outra distinção codificação/programação. Os códigos são um lado da forma, cujo outro lado são os programas do sistema. Só mesmo essa complicada distinção de distinções *no sistema* pode se iniciar e evoluir, o que um observador chamaria de desdobramento da tautologia/paradoxo do sistema.¹²⁹

Ou seja, o programa, na sua propriedade de reforçar o código binário, serve para orientar, dar sentido e significação ao código, possibilitando que seu valor seja efetivamente adjudicado nas situações concretas. É a programação do código que permite a adaptação do sistema as demandas do ambiente, é assim através da

¹²⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambicion de la teoria.** p. 85.

¹²⁷ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** p. 251.

¹²⁸ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** p. 252.

¹²⁹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** p. 253.

programação que o Sistema do Direito permite a sua capacidade de atualização as comunicativas do ambiente.¹³⁰

Esses processos reforçam o fechamento operativo do Sistema do Direito, contudo também proporcionam a solução da distorção temporal do Direito e do Sistema Social, conforme visto na Teoria Kelseniana, pois à programação cabe a adaptação do sistema as novas demandas sociais.¹³¹ Por conseguinte, o Sistema do Direito é rígido e inflexível quanto ao seu código, e é adaptável e mutável através do seu programa, garantindo assim que só se trabalhe com comunicações jurídicas à medida em que também se admita a possibilidade de trabalhar com mudanças sem com que isso signifique a perda da sua identidade.¹³²

De tal modo, trazendo uma perspectiva mais concreta da Teoria Sistêmica, o programa representa a norma positiva do sistema jurídico, que filtrando, através do código, as expectativas e possibilidade relacionadas ao Direito que são produzidas pela convivência em sociedades – Sistema Social – são através da programação adjudicadas, conferidas concretamente ao Sistema do Direito, traduzindo tais expectativas comportamentais em normas positivas, conforme descreve Luhmann:

[...] a teoria aqui esboçada se dá como uma oferta de substituição: a invariância e incondicionalidade são representadas pelo código; o caráter mutável e, nesse sentido, a positividade, pelos programas do sistema. Em qualquer um dos casos, trata-se de disposições internas ao sistema jurídico, que não obstante dependem do sistema social includente e de seu ambiente como condição de sua possibilidade. Quanto à adaptabilidade, pode-se afirmar que o sistema, em virtude da capacidade de adaptação que efetua por meio da variação dos programas, encontra-se sempre adaptado.¹³³

A organização interna do Sistema e suas operações ocorrem através do encadeamento de processos que ocorrem continuamente durante no transpassar do tempo, e essa sucessividade de codificação e programação é que permite a sincronização constante com o ambiente.¹³⁴ Todos esse processo sistêmico e autopoietico é que permitem que, as mudanças e expectativas constantemente transformadas no sistema social, seja possível admitir e rever diferentes assuntos ou

¹³⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** p. 253.

¹³¹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** p. 256.

¹³² LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** p. 257.

¹³³ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** p. 257 - 258.

¹³⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** p. 282.

posições internas ao sistema, viabilizando uma constante atualização, sem que tenha sua essência prejudicada.

Não obstante todas considerações sobre o fechamento operacional do sistema, evidencia-se ao mesmo tempo que o Sistema do Direito, assim como os demais sistemas, também trabalham como um sistema aberto, visto que se relacionam com demais sistemas e dependem dessa interação para realização da sua autopoiese. As novas comunicações e expectativas do Sistema Sociais ingressam ao Sistema Direito em razão dessa abertura cognitiva, que permite um aprendizado e uma percepção constante do sistema com seu ambiente, permitindo sempre sua renovação.

Dessa maneira, o sistema sofre mudanças de dentro para fora, por meio da alteração dos seus próprios elementos que se modificam através da sua própria operação interna, por meio da sua constante operação autopoietica, através do seu código e da sua programação, passando também a influenciar o meio. Por conseguinte, podemos dizer que “um sistema é operativamente fechado para manter a sua unidade e cognitivamente aberto para poder observar a sua diferenciação construtiva”¹³⁵.

Essa relação entre sistema operacionalmente fechado e cognitivamente aberto é o que ressignifica a estrutura do Direito para uma concepção de doutrina mais próxima e relacionada a sociedade, a sua modernização e a complexificação. A estrutura operativa do Sistema do Direito de forma fechada permite que sua essência e coerência sejam mantidas através da sua operação autopoietica e autorreferencial, preservando sua estrutura e evitando interferências que comprometam a atividade jurídica e sua essência e a produção do seu sentido.

Sincronicamente, a abertura cognitiva do sistema viabiliza a troca com o ambiente do Direito, o Sistema Social, oportunizando com que as expectativas e percepções sociais adentrem ao sistema jurídico, cabendo a esse a deliberação sobre essas comunicações que complexificam a sociedade. Essa estrutura de Direito formulada pela Teoria de Niklas Luhmann proporciona um Direito mais

¹³⁵ ROCHA, Leonal Severo. **Notas sobre Niklas Luhmann**. p. 52.

próximo da coletividade, pois incorpora suas demandas de forma mais eficaz, ao passo que mantém sua estrutura.

Diante desse panorama da Teoria dos Sistemas e do Subsistema do Direito, cabe referir que a importância dessa doutrina é a colocação do Direito em uma função de grande relevância na sociedade. O Direito deixa de ser visto apenas como regulador do comportamento humano, sendo agora reconhecido como uma conquista do desenvolvimento da sociedade, diferenciado do seu ambiente, operando de forma cognitiva fechada para produzir seus elementos, fornecendo as melhores respostas ao seu ambiente, sem interferências e desvirtuações.¹³⁶

Isso posto, a forma do Sistema do Direito retornar a sociedade suas decisões e deliberações também é transformada. As comunicações selecionadas pelo código adentram no sistema, na qual a programação do código permite traduzir tais comunicações apresentadas ao sistema, incorporando-as para sua ordem interna, contudo, como se dá à fundo esse processo de organização da complexidade interna do sistema e, principalmente, o a formulação de suas decisões à sociedade?

As informações apresentadas pelo ambiente, delimitando possibilidades que agora são elementos jurídicos, precisando passa agora por um processo de decisão adequado, a fim de corresponder às expectativas que a sociedade tem sobre o Sistema Jurídico, devolvendo ao seu ambiente a melhor solução possível, uma vez que agora o Direito tem também a responsabilidade social de contingência das expectativas.

De tal maneira, esses processos internos normativos e decisórios também são remodelados pela Teoria Sistêmica, que oferece um novo sentido a compreensão coletiva de justiça, de função do Direito e de formulação das decisões jurídicas. Seguindo sua autorreferencialidade, sua autorreprodução e sua autopoiese, parte-se para a uma análise mais profunda da Teoria dos Sistemas, a fim de desenvolver a argumentação jurídica e o processo decisório no Sistema do Direito. Todavia, esse caminho pode sofrer interferências as quais passam a desvirtuar o Sistema Jurídico, comprometendo sua autonomia e por consequência sua autopoiese, temas esses que serão estudados no próximo capítulo.

¹³⁶ QUEIROZ, Marisse Costa de. O direito como sistema autopiético: contribuições para a sociologia jurídica. **Revista Sequência/UFSC**, Florianópolis, v. 24, n. 46, 2003. QUEIROZ, 2002, p. 79.

CAPÍTULO 2

A IMPORTÂNCIA DOS TRIBUNAIS NA CONTEMPORANEIDADE DO SISTEMA: A AUTOPOISE DA DECISÃO JUDICIAL E OS ACOPLAMENTOS ESTRUTURAIS

Em prosseguimento e aprofundamento ao Sistema do Direito, o segundo capítulo desenvolveu-se no estudo da importância dos Tribunais como posição central do sistema jurídico, uma vez que lhe cabe a responsabilidade de atualização jurídica. A Teoria Sistêmica apresenta uma funcionalidade do Direito diferente daquela tradicionalmente apresentada, qual seja, o Direito aqui é contingente de expectativas que, através do seu processamento interno, trabalha pela sua estabilização, transformadas em normas jurídicas.

Ainda, na perspectiva dos Tribunais, é por meio da observação ao procedimento que se legitimam as decisões que, da mesma forma com que acontece a operação sistêmica, o trabalho interno dos Tribunais acontece por meio da reutilização reiterada de decisões quando da identificação de casos semelhantes, em um processo de autorrefencialidade.

Contudo, o Tribunal tem o compromisso de reagir às novas provocações trazidas ao Direito, que quando da ocorrência das lacunas, cabe ao Tribunal através da sua decisão e da abertura cognitiva, atualizar o Sistema do Direito, garantindo assim a sua permanente contemporaneidade. No mesmo sentido, os acoplamentos estruturais - canais que concentram a irritabilidade entre sistemas – permite a comunicação do Direito com as demais áreas e seu respectivos sistemas, promovendo assim a manutenção contínua do Direito, tendo em vista que retorno a sociedade decisões maduras, justas e efetivamente capazes de reduzir e adequar as expectativas. Um dos acoplamentos estruturais mais importantes que temos no Sistema do Direito é com o Sistema Político, representado através da Constituição. Ainda mais, considerando que o seu Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal Federal, tem como objetivo precípua a sua proteção, representando também o fechamento operativo do sistema, uma vez que é a última instância recursiva.

2.1 A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PELO PROCEDIMENTO COMO CONDUTOR DA JUSTIÇA

O que se compreender por Direito para a Teoria Sistema do Niklas Luhmann, se desvencilha da concepção usual a qual a sociedade está habituada. A ideia do Direito como um instrumento de regulação do comportamento social, fomentador da paz na sociedade, regulador de conflitos e promotor da justiça deixa de ser a incumbência primordial dessa ciência. A função do Direito é restruturada a partir do novo contexto teórico da teoria sistêmica.

De acordo com o discorrido no primeiro capítulo, a modernidade do mundo contemporâneo, as tecnologias de ponta que permitem a troca de informações de forma instantânea, viabilizando que novos conhecimentos sempre estejam ao alcance dos interessados, bem como, a facilidade de comunicação altamente favorecida por esse modelo de vida fez com que número de possibilidade e expectativas aumentasse exponencialmente. A vida em sociedade se torna cada dia mais imprevisível e complexa, e essa complexidade pode ser entendida como a diversidade de possibilidades as quais não podem ser antecipadas ou limitadas.

Esse cenário promove um mundo atual altamente contingente, qual seja, inesperado e duvidoso, demandando que essas expectativas sejam reduzidas, possibilitando assim a sociedade seja organizada através de “expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas”¹³⁷. Isso significa que a contingência é a supressão de tudo que não é necessário e também não é impossível, resultado na triagem das expectativas a fim de distanciar-se da frustração.¹³⁸

Por conseguinte, a função do Direito para a Teoria dos Sistema é apreendida como uma fórmula de contingência do sistema jurídico, envolvida pelo fato de que as alternativas e possibilidade apontadas podem não ser aquilo que esperávamos ou ser ilusório, provocando decepção e insatisfação. Assim, a função do Direito passa a ser a de gerenciar as expectativas postas no mundo dos fatos, uma vez que para

¹³⁷ ROCHA, Leonel Severo. **Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos: Perspectivas de uma Matriz Jurídica Contemporânea**. pg. 334 – 335.

¹³⁸ LUHMANN, Niklas. **La contingencia como atributo de la sociedad moderna**. p. 175.

Luhmann o Direito não é eficiente para abarcar, ao mesmo tempo, a função de determinar condutas/comportamentos e gerenciar a frustração de expectativa.¹³⁹

Conciliando com a perspectiva de um Direito que compartilha com a sociedade – Sistema Social – e que é pensando dentro da coletividade, a função do Direito é assim de regular, generalizar e estabilizar as expectativas sociais.¹⁴⁰ Entretanto, todas essas expectativas sociais precisam ser neutralizadas, pois são também expectativas normativas que serão refletidas na sua positividade, ou seja, em norma jurídica positiva quando aquela determinada expectativa for confirmada como consenso na coletividade¹⁴¹.

Luhmann chama essa identificação de expectativas de “generalização congruente”, uma vez que, quando essa expectativa comportamental é recíproca e assimilada por grande parte da coletividade, fazendo com que as pessoas se orientem a partir dessa expectativa comportamental dos demais, passamos a ser conduzidos pela expectativa dessa expectativa.¹⁴² Em outros termos, isso significa que quando se espera que determinado grupo aja de determinada forma, criamos expectativas comportamentais sobre as expectativas de comportamento desse grupo, por conseguinte, essa probabilidade de conduta aumenta, ao passo que promove a redução da complexidade e na contingência das demais opções:

O comportamento do outro não pode ser tomado como fato determinante, ele tem que ser expectável em sua seletividade, como seleção entre outras possibilidades do outro. Essa seletividade, porém, é comandada pelas estruturas de expectativas do outro. Para encontrar soluções bem integráveis, confiáveis, é necessário que se possa ter expectativas não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro. Para o controle de uma complexão de interações sociais não é apenas necessário que cada um *experimente*, mas também que cada um possa *ter uma expectativa sobre a expectativa que o outro tem* dele. Sobre as condições de dupla contingência, portanto, todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma do nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se esperado outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação À expectativa do outro. Na área de

¹³⁹ ROCHA, Leonel Severo; OLIVEIRA, Júlia Francieli Neves. **O Direito como pressuposto do horizonte literário: Uma nova compreensão da realidade jurídica**. Quaestio Iuris. Vol 11, nº 03, Rio de Janeiro, 2018, p. 1662.

¹⁴⁰ MADEIRA, Lígia Mori. O Direito nas Teorias Sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann. **Direito & Justiça**: Porto Alegre, junho 2007, v. 33, n. 1, p. 31

¹⁴¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 672

¹⁴² ROCHA, Leonel Severo. **Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos: Perspectivas de uma Matriz Jurídica Contemporânea**. p. 334 – 335.

integração entre esses dois planos é que deve ser localizada a função do normativo – e assim também do direito.¹⁴³

Assim, a função do Direito na perspectiva luhmanniana é justamente trabalhar antecedendo expectativas comportamentais, deixando de agir sobre a já reiterada prática de determinada conduta coletiva, pois “reside na sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas”¹⁴⁴. Por conseguinte, é nessa seleção que reside a norma positiva para a Teoria Sistêmica, não cabe ao legislador criar, propriamente dito, o Direito, mas sim, lhe cabe a escolha, de ao confrontar diversas expectativas comportamentais, realizar a seleção e a dignificação dessa dupla contingência de expectativas.

A norma jurídica, qual seja, a positivação do Direito é a distinção de expectativas sociais e normativas generalizadas. Todo esse processo é operado internamente ao Sistema do Direito generalização de expectativas normativas que sejam semelhantes, através da seleção realizada pelo código do sistema, programando e estabilizando tal expectativa, refletindo assim na autopoiese do Direito.¹⁴⁵ Nesse sentido, Luhmann refere que “a normatividade é o modo interno de trabalhar do direito”, sendo esse o reflexo da sua operação interna de seletividade.¹⁴⁶

Portanto, as normas são uma conservação da expectativa mesmo em caso de decepção, ou seja, toda possibilidade tem uma intenção normativa quando por meio da comunicação se assegura que essa possibilidade será conservada mesmo em situação de decepção. Por isso, a produção do direito se dá pela “seleção e generalização de semelhantes pretensões normativa”, ao passo que quando essas pretensões puderem ser reproduzidas em diferentes casos e normatizadas de forma geral e parcialmente livre do seu contexto, elas se tornam válidas.¹⁴⁷

A capacidade autopoietica do sistema pode ser vislumbrada por meio desse funcionamento, considerando que todas as expectativas normativas jurídicas que ingressam no sistema são permanentemente contrapostas e rebatidas com aquelas

¹⁴³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. p. 47 – 48.

¹⁴⁴ ROCHA, Leonel Severo. **Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos: Perspectivas de uma Matriz Jurídica Contemporânea**. pg. 335.

¹⁴⁵ LUHMANN, Niklas. O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. **Revista Sequência**, nº 28, junho de 1994. p. 20.

¹⁴⁶ LUHMANN, Niklas. **O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito**. p. 20.

¹⁴⁷ LUHMANN, Niklas. **O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito**. p. 4.

as quais já se encontram estabilizadas e normatizadas. Isso posto, permite-se que a ciência do Direito possa servir também como um instrumento de desenvolvimento social, pois em razão das aceleradas mudanças do mundo globalizado e do aumento constante da sua complexidade, a abertura cognitiva do Sistema do Direito permite com que as novas expectativas normativas sejam averiguadas, promovendo assim a evolução¹⁴⁸ e a contemporaneidade do sistema jurídico.¹⁴⁹

Dessa forma, o sistema trabalha dentro do seu paradoxo, compondo o Direito à medida em que exerce sua operatividade paralelamente a premissas de expectativas normativas e também cognitiva, dado que está ordenado a aprender e a não aprender, de acordo com a sua própria estrutura diferenciadora de operação.¹⁵⁰

Assim sendo, partindo para um reconhecimento da estrutura do Sistema do Direito, a formação da norma se dá na periferia do Sistema, aonde se encontra o plano que figura como zona de contato do Sistema Jurídico com o seu ambiente. Localizamos na margem do sistema o material, o conteúdo jurídico que embasa o trabalho do Sistema, qual seja, os contratos, as normas reguladoras, as próprias relações sociais, a legislação, que vem à conceber a zona de contato para implementar as questões não jurídicas que são traduzidas ao mundo jurídico, deslocando a informação do ambiente para a parte interna do sistema.

Outrossim, também existem “normas que normatização a normatização”, qual seja, são normas que organizam e determinam processos e procedimentos internos ao Sistema do Direito, ao exemplo de atividades legislativas e de processos decisórios.¹⁵¹ O Sistema do Direito é assim organizado e estruturado através de procedimentos internos, os quais, na constância da sua atividade constroem e modificam o sistema jurídico.¹⁵²

¹⁴⁸ O estudo da variação, da seleção estrutural e da estabilização e restabilização no âmbito da unidade sistêmica será aprofundado no item 2.2 deste Capítulo, quando da análise das decisões jurídicas e consequente evolução do sistema.

¹⁴⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 12

¹⁵⁰ LUHMANN, Niklas. **O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito**. p. 21.

¹⁵¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. p. 14

¹⁵² ALVES, Paulo Roberto Ramos; ZIBETTI, Fabiola Wust. **Tempo e Constituição: O Risco como horizonte de observação jurídica na sociedade policontextual**. p. 38.

E a partir de procedimentos internalizados no sistema que se consolida a função do Sistema do Direito de estabilizar as possibilidades e expectativas das pessoas e dirimir conflitos.¹⁵³ Entretanto, cabe destacar que a concepção de procedimento, novamente para a Teoria Luhmanianna, difere-se com relação a compreensão comum.

Inicialmente, cabe salientar que procedimento e processo são estruturas diferenciadas. O pensamento comum de visualizar procedimento como um modo de conduta metodicamente pensado e organizado, através de práticas formalmente concatenadas é aqui desconstruída e resignificada dentro da estrutura interpretativa sistêmica¹⁵⁴.

O objetivo do estudo e da compreensão do procedimento é a sua importância como legitimador do Sistema do Direito em si. Isso porque, para a Teoria Luhmanianna, toda a estrutura do Sistema do Direito que foi explorada até agora, é reconhecida e dada como legítima quando respeitado o seu procedimento. Distanciando-se do aspecto convencional kelseniano aonde a legitimidade da decisão é calcada na hierarquia de normas, sendo o aspecto da justiça ou a injustiça da sentença cumprido quando correspondente a sua legitimidade, para Luhmann o procedimento é o próprio legitimador do processo de decisão¹⁵⁵, qual seja:

Procedimentos são para ele sistema de ação, através dos quais os endereçados das decisões *aprendem* a aceitar uma decisão que vai ocorrer, antes da sua ocorrência concreta. Trata-se de sistemas no sentido acima mencionado, pelos quais os diferentes motivos a que alguém possa sentir-se obrigado ou não a aceitar decisões são reduzidos e especificados num limite de alta probabilidade, de tal modo que o endereçado da decisão se vê na contingência de assumi-la, sem contestá-la, ainda que lhe seja, no caso, desfavorável.¹⁵⁶

¹⁵³ MADEIRA, Lígia Mori. **O Direito nas Teorias Sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann**. p. 31.

¹⁵⁴ BACHUR, João Paulo. Legitimação e procedimento: um debate à luz das perspectivas de Weber, Habermas e Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 2, p. 101-128, maio/ago. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/69228>. Acesso em: 31 de agosto de 2020. p. 118.

¹⁵⁵ BACHUR, João Paulo. **Legitimação e procedimento: um debate à luz das perspectivas de Weber, Habermas e Luhmann**. p. 119.

¹⁵⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Legitimação pelo procedimento**. Apresentação. Brasília: Universidade de Brasília. 1980, p. 4.

Portanto, a legitimidade do Sistema Jurídico e das suas decisões não estão adstritas a sua decisão última, pois são legitimadas assim pelo próprio procedimento, ou seja, pelos próprios movimentos do processo de tomada de decisão, englobando desde o início dessa seleção até a decisão final, assentando assim que a legitimidade do Sistema do Direito em si, que é dada pelo próprio procedimento, sendo essa uma condição anterior a tomada de decisão em si.¹⁵⁷

Assim, as normas de admissão e de seleção de possibilidades direcionam essas escolhas, sendo através do procedimento que o sistema se torna apto a realizar a melhor alternativa. A formação de um litígio tem os mais variados motivos, entretanto, não cabe ao Sistema do Direito desempenhar um papel de controle das razões que originam a controvérsia ou mesmo de compreender a sua causa, o que se busca, ou seja, a função do Direito – como já apontado – é de selecionar a melhor possibilidade, que são traduzidas no Sistema Jurídico, como a necessidade da tomada de decisão.¹⁵⁸

O procedimento judicial tem essa função, sendo organizado inicialmente por normas gerais, válidas e aplicadas para diferentes procedimentos decisórios, como em casos administrativos ou legislativos, reduzindo assim prontamente inúmeras possibilidades e expectativas comportamentais.¹⁵⁹ Após, os procedimentos internos, à aplicação do Sistema do Direito, buscam no decurso do seu procedimento de seleção e programação minimizar as incertezas e reduzir as possibilidades, permitindo a redução da complexidade sem interferência externa.¹⁶⁰ É por meio dessa consistência interna do procedimento jurídico que se legitima o Sistema do Direito.

Por meio do intercâmbio de todos os elementos do sistema jurídico, tais como o procedimento, as normas jurídicas, os processos de seleção e sua estrutura, é possível visualizar seu fechamento operativo, por meio de uma articulação cíclica, que acaba por promover a ideia de autodeterminação do direito.¹⁶¹

¹⁵⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Legitimação pelo procedimento**. p. 4.

¹⁵⁸ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 357.

¹⁵⁹ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília. 1980. p. 40

¹⁶⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 350.

¹⁶¹ CARVALHO, Délton Winter de. **O Direito como um Sistema Social Autopoiético: auto-referência, circularidade e paradoxos da Teoria e Prática do Direito**. In: Fabrizio Camerini; Gabriela Mezanotti. (Org.). *Para Pensar o Direito*. Novo Hamburgo: FEEVALE, 2003, v. 1, p. 67-68.

Portanto, é por meio do procedimento que se legitima o direito, quando se controla o processo de decisão e estabiliza as expectativas jurídicas provocadas pelo sistema social¹⁶², certificando a importância do procedimento para organização, autodeterminação e autopoiese do sistema jurídico na sua estrutura interna. Nesse mesmo sentido, a Teoria Sistêmica propõe uma concepção de procedimento também sobre uma perspectiva de observação a partir do sistema social, como explica Luhmann:

Os procedimentos são, de fato, sistemas sociais que desempenham uma função específica, designadamente a de aprofundar uma única decisão obrigatória e que, por esse motivo, são de antemão limitados na sua duração. Esta aplicação da teoria dos sistemas significa, na verdade, que tem de se renunciar às violentas oposições dominantes entre sistema e processo, ou estrutura e processo, ou que estas têm de ser modificadas em aspectos essenciais.¹⁶³

O que se propõem pela perspectiva de procedimento como sistema social é uma caracterização de procedimento voltado a adaptação e aceitação do Direito, ou seja, a legitimidade do sistema jurídico vem através do plano social, qual seja, da internalização das normas pela sociedade.¹⁶⁴ O encadeamento de ações provocadas pelo procedimento faz com que a sociedade e, em especial o indivíduo envolvido na demanda, absorva com maior anuência a escolha da melhor possibilidade, evitando a frustração e por consequência questione a decisão emitida pelo Sistema¹⁶⁵:

A legitimidade depende, assim, não do reconhecimento “voluntário”, da convicção de responsabilidade social, mas sim, pelo contrário, dum *clima social* que institucionaliza como evidência o reconhecimento das opções obrigatórias e que as encara, não como consequência duma decisão, mas sim como resultado do crédito da decisão oficial. Só através da substituição e responsabilidade pessoal se podem preservar a justa proposição necessária de observação de regras e uma prática de decisão que decorra sem dificuldades em organizações sociais muito complexas, que têm simultaneamente de diferenciar com rigor e individualizar personalidades. Só quando se renuncia a vincular o conceito de legitimidade à autenticidade das decisões, na qual se acredita pessoalmente, se podem investigar

¹⁶² OTERO, Cleber Sanfelici; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. A função social do direito nas atuais sociedades complexas: uma análise crítica a partir da diferenciação funcional sistêmica luhmanniana. In: XXI Encontro Nacional do Conpedi, 2012, Uberlândia /Minas Gerais. **Anais do XXI Encontro Nacional do Conpedi, 2012.** p. 13963-13984. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/?evento=37>. p. 13971.

¹⁶³ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** p. 39.

¹⁶⁴ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** p. 68.

¹⁶⁵ O processo de decisão dentro do Sistema do Direito e a aplicação da legitimação pelo procedimento serão aprofundados no tópico 2.2 - Teoria da Decisão e da Argumentação.

convenientemente as condições sociais da institucionalização da legitimidade e capacidade de aprendizado nos sistemas sociais.¹⁶⁶

Em resumo podemos dizer que: “a legitimação pelo procedimento nada mais é que a percepção consciente da contingência relativa dos conflitos sociais”¹⁶⁷, e é a partir dessa ótica de legitimação pelo procedimento que o entendimento de justiça é reformulado, moldando-se ao horizonte sistêmico, que passa a compreender a justiça como uma fórmula de contingência do sistema jurídico.¹⁶⁸

Logo, por um Sistema de Direito considerado justo desprende-se da imagem da persecução da verdade e que a finalidade do procedimento é do encontro da veracidade dos fatos. O procedimento e o decorrente corolário da justiça são aqui funcionalizados. Isso quer dizer que a justiça não é propriamente vista como um valor, um princípio – apesar de não converter propriamente todos essas concepções axiológicas, a justiça como fórmula de contingência é como um mecanismo social da aceitação de ideias.¹⁶⁹

Luhmann refere que “só se pode falar de justiça no sentido de uma *complexidade adequada* à tomada de decisões consistes”, esse ajustamento deriva da moderação entre a relação e a correspondência entre o Sistema do Direito e a sociedade, pois apesar da necessidade de o próprio sistema jurídico determinar a justiça, em razão do fechamento da sua operação interna, deve também retornar a sociedade.¹⁷⁰

Isso consiste que, por justiça entende-se dar a sociedade a melhor resposta as demandas que se dão em seu ambiente, fazendo a melhor escolha dentre as possibilidades previstas, ou seja, é a fórmula de contingência no sentido de o Direito fornecer à sociedade a resposta mais consistente dentro da adequação social. A fronteira entre o Sistema do Direito e seu ambiente, proporciona à Teoria Sistêmica um contato contínuo com o Sistema Social, apto a perceber, receber e absorver as

¹⁶⁶ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. p. 34.

¹⁶⁷ BACHUR, João Paulo. **Legitimação e procedimento: um debate à luz das perspectivas de Weber, Habermas e Luhmann**. p. 120.

¹⁶⁸ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 291.

¹⁶⁹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 291-292.

¹⁷⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 291.

reivindicações sociais permitindo que sua operação represente essas exigências e decida de forma justa e madura, em sincronia e paralelismo ao tempo social.¹⁷¹

Portanto, uma decisão justa é uma decisão que oferece uma resposta consistente e que seja adequada socialmente. Importante, salientar que esse conceito apresenta uma ideia formal de justiça, logo, de maneira mais prática e de autorreferencialidade do sistema, a ideia de justiça luhmanniana é baseada na relação com a ideia aristotélica de igualdade, qual seja tratar casos iguais de forma igual e casos desiguais de forma desigual.¹⁷²

A justiça é a resposta do sistema à demanda que lhe é questionada pelo Sistema Social, assim, é possível perceber que o caminho percorrido para se chegar à essa solução é através do procedimento interno do sistema, que legitima esse retorno, sendo emanado à sociedade através de uma decisão. Destarte, posto a análise de diversas concepções essenciais para o entendimento dessa teoria, observa-se que a trajetória do sistema jurídico trilha seu procedimento voltado à decisão proferida através de Tribunal, sendo esse o centro do Sistema do Direito.

2.2 O PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO

Entre a devolução de uma decisão proferida pelo Sistema do Direito e seu reconhecimento pela sociedade como uma decisão justa, há uma distância considerável a ser percorrida, pois trata-se da contingência de expectativas sociais devendo representar a coerência e a consistência do sistema. Através de uma resposta consistente e adequada socialmente, capaz de refletir a complexidade social ao passo, da sua também representatividade como fórmula de controle, resulta-se o que se considera uma decisão justa, representando a realização de toda auto-poiese jurídica do Sistema do Direito.

A operatividade fechada do sistema jurídico permite que, não obstante a comunicação com o ambiente, as decisões por ele proferidas não manifestem uma descaracterização do Direito, pois o sistema terá embasado sua deliberação em procedimentos internos, oriundos da sua própria operação. Ademais, o Direito aqui desvia-se da ideia de que a justiça é o objetivo da decisão, ou da justiça vista como

¹⁷¹ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. p. 102.

¹⁷² LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 297.

um valor absoluto, uma norma cabal ou UM objetivo superior, o Direito para Luhmann não pode ser minimizado e, ao mesmo tempo, cristalizado à justiça com um único objetivo ou um único valor.

Como refere o autor, o Sistema Jurídico tem a atribuição de amparar a sociedade, mas também tem a função de participar da sua construção e da sua realidade.¹⁷³ Todo esse processo e essa devolutiva social é palpável quando o Sistema emite uma decisão: é por esse motivo que os Tribunais são o centro do Sistema do Direito à medida em que a legislação é posicionada à sua margem.¹⁷⁴ Quer dizer, localizamos na margem do sistema o material jurídico que embasará as decisões do Tribunal, tal como a legislação e os contratos, tendo em vista que eles interpretam as questões sociais e mobilizam o Tribunal para dar respostas ao conflito.

Os Tribunais são aqui compreendidos como organizações, abrangendo todas as instâncias e níveis jurisdicionais, visualizando-o como um instituto organizado para trabalhar na realização de escolhas/seleções internas ao sistema, reduzindo sua complexidade ao passo em que mantém sua unidade.¹⁷⁵ Todos os Tribunais tem por função própria a articulação de decisões e, como núcleo do Sistema do Direito, percorrem todo o sistema – da periferia ao centro – na busca pela seleção da melhor possibilidade. Assim, todo Tribunal resulta do “problema de tomada de decisão pelo direito”¹⁷⁶.

A organização do Sistema do Direito é pensada para o Tribunal, fazendo com que o legislador e a própria estrutura do procedimento sempre forneçam e originem novos materiais a serem examinados¹⁷⁷. E é esse constante processo interno e autopoiético que promove a atualização do sistema e sua adaptação, proporcionando à continua modernização em razão da complexificação social.

¹⁷³ LUHMANN, Niklas. **El Derecho como Sistema Social**. p. 72

¹⁷⁴ LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. p. 160.

¹⁷⁵ BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Tribunais da Sociedade: Um estudo das estruturas decisórias do direito por meio dos sistemas organizacionais. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/USP**, v. 114, jan/dez de 2019, p. 299 – 332. p. 306.

¹⁷⁶ BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Tribunais da Sociedade: Um estudo das estruturas decisórias do direito por meio dos sistemas organizacionais**. p. 321.

¹⁷⁷ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 317.

Como última instância legal, os Tribunais tem a obrigatoriedade de decidir, ou seja, não se trata de opção, uma vez que quando da chegada da demanda ao órgão jurisdicional há uma coação legal, uma proibição na recusa da prestação jurisdicional¹⁷⁸. Seguindo a mesma lógica, apenas o sistema jurídico força o Tribunal a decisão, visto que nem o legislador e nem as partes privadas envolvidas na demanda possuem esse comando.¹⁷⁹

Com efeito, os Tribunais não podem se esquivar de fornecer a sociedade as respostas para seus anseios. Logo, é o Tribunal que tem o poder de criar e inovar o direito quando lhe são apresentados casos que o direito vigente e as decisões antecedentes não são capazes de sanar, conforme afirmou Luhmann: “Que os tribunais se vejam na obrigatoriedade de decidir é o ponto de partida para a construção do universo jurídico, para o pensamento jurídico e para a argumentação jurídica”¹⁸⁰.

Esse processo de formação da decisão judicial ocorre dentro da perspectiva autopoiética e de autoreferencialidade inerente da Teoria Sistêmica. Anteriormente ao momento da tomada de decisão, justificando também a posição central do Tribunal, cabe o caminho da demanda pelo procedimento, que se inicia pelo contraste existente entre legislação e jurisprudência.¹⁸¹

O sistema de decisão acontece por meio da reutilização reiterada de decisões quando da identificação de casos semelhantes¹⁸², conforme refere Luhmann “toda decisão sobre questões jurídicas (...) tem de ser encontrada no contexto de outras decisões”¹⁸³, ou seja, deve-se observar a legislação e a jurisprudência garantindo assim o fechamento operativo do sistema e sua autorreferência.

A legislação, conforme visto anteriormente, representa determinada expectativa confirmada como consenso na coletividade, assim, quando essa demanda chega ao Sistema cabe ao Tribunal retornada a sociedade aplicando-a tal expectativa, evitando frustrações bem como, representando a operação fechada do

¹⁷⁸ LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. p. 160.

¹⁷⁹ LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. p. 160.

¹⁸⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 423.

¹⁸¹ LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. p. 156.

¹⁸² LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. p. 157.

¹⁸³ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 315.

sistema: todos os casos iguais, devem ser decididos da mesma forma, garantindo assim a autorreprodução e a consistência do sistema.¹⁸⁴

De tal modo, diante do grande número de demandas ajuizadas diariamente, inerente a ausência de legislação capaz de prever todas essas possibilidades e expectativas sociais. E é por esse motivo que a realidade jurídica tem grande dependência da atividade dos Tribunais, posto que além de promoverem a consistência do sistema permitem a sua constante atualização e renovação quando casos não decididos entram no rol reprodutivo do Sistema do Direito.¹⁸⁵

Portanto, é por meio da diferenciação dos casos que podem ser decididos da mesma forma, daqueles em que há necessidade de formulação de uma nova perspectiva jurídica, calcados também no histórico decisório do Tribunal, que se formulam novas regras e decisões as quais terão sua consistência testada no direito vigente¹⁸⁶:

Os Tribunais devem, queiram ou não e independentemente da existência ou não-existência de uma motivação em termos de política jurídica, interpretar, construir e, se for o caso, “distinguir” os casos (...), para que possam formular novas regras de decisão e testá-las quanto à sua consistência frente ao direito vigente. Assim, surge por intermédio da atividade sentenciadora dos Tribunais um Direito judicial (...), que, no decorrer da sua reutilização constante, é, em parte, condensado, isto é, formulado com vistas ao reconhecimento, e, em parte, confirmado, isto é, visto como aproveitável também em outros casos (...).¹⁸⁷

Esse modelo de operação resulta da coação do Tribunal de proferir decisões, bem como, representa a operatividade fechada do sistema e sua cognitividade aberta, possibilitando assim a atualização do Direito através dos Tribunais, uma vez que, a obrigatoriedade de decidir somada a função de modernização do Sistema, faz com que os Tribunais atualizem o Direito, impedindo que sua análise e fundamentação seja apoiada em uma ciência defasada e afastada da realidade.¹⁸⁸ Incumbe a ele a atualização, criação e promoção de um direito elaborado através

¹⁸⁴ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo.** Barcelona/México, DF. Santiago do Chile: Antheopos, Universidad Iberoamericana/PUC de Chile, 1997. p. 20 – 21.

¹⁸⁵ ALVES, Paulo Roberto Ramos. **Sociedade policontextual, sentido jurídico e efetividade.** p. 888.

¹⁸⁶ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo.** p. 17

¹⁸⁷ LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico.** p. 162 – 163.

¹⁸⁸ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** p. 420.

dessa decisão, ao passo que esse novo direito também passará a integrar o programa de decisões, podendo agora ser o alicerce de outras decisões.

Diante dos casos nos quais a autorreprodução programática do Direito não se evidencia amparada para decidir, compete a interpretação e a argumentação o embasamento para a formulação da decisão jurídica. Percebe-se que a interpretação, a argumentação e por consequência a decisão são operações correlacionadas, isso porque são as formas de comunicação do sistema jurídico que permite a sua aprendizagem, uma vez que, é através dessa operação que se possibilita a cognitividade aberta por meio da recepção das novas expectativas jurídicas e sociais.¹⁸⁹

Apesar da interdependência entre si, os significados entre interpretação e argumentação podem ser diferenciados, pois se distinguem quanto ao seu nível de observação:

“(...) enquanto a interpretação se refere à rede histórica de textos jurídicos, a argumentação se refere à rede histórica das interpretações dos textos jurídicos. A interpretação é uma observação de primeira ordem em relação à argumentação, enquanto que a argumentação é uma observação de segunda ordem em relação à interpretação”¹⁹⁰.

Logo, na teoria sistêmica a interpretação é a atividade de confecção de novos textos, partindo do texto base antecedente que, somados a compreensão e ao raciocínio do sentido literal, aplica-se uma elucidação contextualizada, agregando outras informações que venham a contribuir com o texto: toda essa análise acontece em um nível de primeira ordem, ou seja, partindo de uma análise interpretativa literal.¹⁹¹

Em sequência, a argumentação opera em um nível de segunda ordem de observação, visando construir fundamentos a partir de interpretação realizada. É através da argumentação que se operacionaliza a comunicação do sentido dos

¹⁸⁹ LUHMANN, Niklas. **O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito**. p. 21.

¹⁹⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 684 – 685.

¹⁹¹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 455 – 456.

textos interpretados, construindo assim uma nova regra de decisão a ser aplicada ao caso concreto¹⁹²:

A argumentação jurídica tem de ser capaz de propor uma decisão acerca de lícito e ilícito, e de justificá-la. Decisões tem de ser tomadas no âmbito do sistema do direito, e os tribunais não podem se recusar a tomar uma decisão (e isso fundamenta a sua posição central no sistema). Toda e qualquer argumentação jurídica que apresente interpretações de textos faz referência a uma decisão e, na verdade, uma referência a decisões em questões de outrem.¹⁹³

Por conseguinte, é por meio da combinação dos diferentes aspectos analisados no processo de interpretação e depois, no momento da construção da argumentação, que se o Sistema do Direito reage, analisando e atribuindo a valoração direito ou não-direito as diferentes possibilidades e expectativas que foram apresentadas ao caso concreto. Através dessa escolha promove-se “a interiorização das contingências sociais, e as decisões jurídicas passam a ser o lugar para o qual são direcionadas as expectativas normativas”¹⁹⁴, nesse sentido é possível afirmar que as decisões nos tribunais são as criações e a formação do direito.

Logo, o sistema de decisão trabalha de forma a proteger-se a si mesmo, dado que se asseguram que não todos os casos serão por ele analisados. Isso ocorre porque, conforme analisado anteriormente, Luhmann trabalha a ideia de justiça, sendo essa concretizada através das decisões proferidas pelo Tribunal, baseada na concepção aristotélica definindo que: nos casos semelhantes devem ser aplicadas as mesmas linhas decisórias – garantindo assim a coerência sistêmica – ao passo que, nos casos mais complexos, cabe aos Tribunais cederem lugar a decisões distintas e específicas ao caso, baseadas também na autorreferência do Sistema, qual seja, baseando-se em casos já decididos.

As dúvidas do direito são preenchidas pelos Tribunais, verificando-se assim a inexistência de lacunas no Direito pois, diante da sua obrigação de proferir decisão, constata-se que os problemas que se impõem são apenas de casos os quais não foram regulamentos ou previstos por lei e que agora serão supridos pelo Tribunal.¹⁹⁵

¹⁹² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 685.

¹⁹³ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 486.

¹⁹⁴ ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. **(Des)confiança sistêmica e o direito como generalizador congruente de expectativas normativas**. p. 255.

¹⁹⁵ LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. p. 161.

Por meio desse processo, as decisões de casos distintos passam a antecipar as decisões subseqüências relacionadas ao caso concreto, aumento assim a complexidade interna do sistema, representada através do paradoxo.¹⁹⁶

Nessa perspectiva, o Tribunal ganha relevância, tanto é que afirma Luhmann que não há lacunas no direito, existem apenas situações que não foram reguladas por lei,¹⁹⁷ conforme explica Luhmann:

Os tribunais devem decidir até que ponto podem resolver os casos amparando-se na interpretação e até que ponto, no caso de as soluções não serem satisfatórias, devem exigir mudanças jurídicas por parte do legislador.¹⁹⁸

Portanto, é manifesta a interdependência entre a legislação e os Tribunais, tendo em vista que o Tribunal está vinculado aos aspectos das leis, da mesma forma com que o legislador também se conecta com a jurisprudência para positivar determinações gerais e novas regras de decisão. Logo, apesar da importância do Tribunal para a construção do Direito, importante ressaltar que não há nenhum tipo de hierarquia entre a legislação e os Tribunais, ao contrário disso, devem trabalhar em simbiose, na promoção da autopoiese do Direito, uma vez que “sem periferia não haveria nenhum centro, sem centro não haveria nenhuma periferia”¹⁹⁹.

Assim, a periferia e o centro, a legislação e a decisão, trabalham na atualização, na modificação e na transformação do Direito. A autopoiese do sistema trabalha na seleção e filtragem das possibilidades quando através das suas operações realizam o enfretamento dessas, optando por aquela que melhor representa a realidade e os anseios da sociedade.²⁰⁰

Nesse sentido, podemos dizer que a decisão jurídica é comunicação que permite uma observação sensível aos comportamentos sociais e ao histórico de suas estruturadas que, agregadas a diferentes conhecimentos, oportunizam ao Direito uma forma especial de comunicação com a sociedade.²⁰¹

¹⁹⁶ MADEIRA, Lúcia Mori. **O Direito nas Teorias Sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann**. p. 34

¹⁹⁷ LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. p. 161.

¹⁹⁸ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 405 – 406.

¹⁹⁹ LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. p. 157.

²⁰⁰ ALVES, Paulo Roberto Ramos. **Sociedade policontextual, sentido jurídico e efetividade**. p. 883

²⁰¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 709.

O fechamento operativo do sistema garante autonomia ao processo jurídico, que através do procedimento organizado por normas internas do Sistema do Direito permite a escolha das comunicações, das interpretações e dos argumentos previamente constituídos e apresentados pelas partes atuantes ao Tribunal:

A autonomia do processo jurídico e a visível seletividade das comunicações que leva à decisão, constituem outras condições prévias para que os papéis no processo possam ser confrontados de forma concorrente, senão mesmo contraditória. É para isso, precisamente, que serve a orientação característica para uma complexidade reduzida, mas todavia conservada, para uma condição prévia de possibilidades negadas e contudo determinantes de sentido e conduta [...].²⁰²

A seletividade das comunicações, ou seja, das possibilidades apresentadas ao Sistema são contrastadas e avaliadas através dos processos jurídicos. Os processos começaram através do consentimento da dúvida sobre determinada decisão que, diante da incerteza, surge a necessidade de deliberação sobre determinado fato concreto, dando assim origem ao processo jurídico.²⁰³

Por conseguinte, o procedimento do processo jurídico é sucedido por meio de diferentes papéis assumidos entre autor(res), réu(s), advogados e demais agendes participativos que possuem uma função bastante significativa no procedimento judicial, pois são as partes que proporcionam a primeira seletividade de comunicação interpretada e argumentada que é apresentada ao Tribunal e aos seus juízes.²⁰⁴

É através de estrutura procedimental organizada e da influência participativa dos agentes do processo que por meio da definição de papéis com especialidades definidas, que se promove a delimitação de pontos de conflitos, realizando o confronto de comunicações e de argumentos, permitindo a redução da complexidade a partir da participação dos agentes envolvidos no processo,²⁰⁵ até que ocorra a escolha da melhor possibilidade, sendo assim proferida a decisão ao caso. Como explica Luhmann: “Todos os procedimentos judiciais se organizam

²⁰² LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. p. 44.

²⁰³ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. p. 41.

²⁰⁴ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. p. 41.

²⁰⁵ PORT, Otávio Henrique Martins. **A Decisão Judicial nas Demandas Repetitivas e a Legitimação pelo Procedimento segundo Niklas Luhmann**, Revista Pensamento Jurídico, nº 7, ano 4, 2015, p. 169.

assim sobre uma diferenciação dos papéis, que garante que os interessados não decidam por si”.²⁰⁶

Assim, o processo jurídico, através do procedimento, forma o caminho para que “a decisão apareça como resultado lógico do procedimento jurídico”²⁰⁷. Satisfazer o percurso procedimental oportuniza com que as partes criem vínculos e laços com o processo de decisão que, por consequência, faz com que, mesmo que desfavorável ao sistema social, as decisões sejam previamente aceita e absorvidas pela sociedade, em razão do próprio procedimento que permite a elaboração da frustração, bem como, pela própria legitimidade da decisão acarretada pelo procedimento.²⁰⁸

Nesse cenário, é ainda por intermédio do procedimento que se permite a ocorrência de uma condição bastante relevante a legitimação da decisão pela sociedade: o tempo. O andamento do procedimento, permite que o Sistema do Direito postergue sua decisão, permanecendo na incerteza durante certo período de tempo.²⁰⁹ Essa providência é tomada e permitida pelo sistema porque é através do decorrer do tempo que se permite que a incerteza se dissipe e que as possibilidades se confirmem, viabilizando uma decisão mais madura e acertada.²¹⁰ Consequentemente, o tempo do desenrolar de um processo corrobora para a decisão seja justa e adequada socialmente.

Assim, todo processo tem o objetivo de chegar a uma decisão a partir da delimitação do caso concreto em relação aos demais. Esse caminho se dá com regras de decisão pautados na escolha de alternativas e da seleção de informações, de acontecimentos, de argumentos trazidos pelos participantes, que podem apresentar poucos ou muitos caminhos a serem trilhados. O procedimento funciona “como agente indutor do atingimento, ainda que parcial, das expectativas da sociedade”²¹¹, que é transmitido pela sociedade através de uma decisão.

²⁰⁶ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. p. 87.

²⁰⁷ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 444.

²⁰⁸ LUHMANN, Niklas. **O enfoque sociológico da teoria e prática do Direito**. p. 3 e 4.

²⁰⁹ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. p. 17.

²¹⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 275 - 276.

²¹¹ PORT, Otávio Henrique Martins. **A Decisão Judicial nas Demandas Repetitivas e a Legitimação pelo Procedimento segundo Niklas Luhmann**. p. 170.

É por meio desse processo de tomada de decisão realizado pelo Tribunal que se dá a evolução do Sistema do Direito. A evolução, na teoria sistêmica, é visualizada como um processo que torna a comunicação mais viável, sem obstáculos, fazendo com que as novas possibilidades se incorporam ao sistema, em um constante movimento de diferenciação e adaptação entre sistema e ambiente.²¹²

O motor da evolução do sistema jurídico é o constante descompasso gerado entre a complexidade estimulada pela comunicação do ambiente, o Sistema Social, e a complexidade interna do sistema jurídico. Dessa forma, sempre que for detectada a variação de uma comunicação que integra o sistema, detectando algum tipo de desvio de padrão comunicativo surge a oportunidade da sua variabilidade; assim por meio de um processo de seleção se novas comunicações variantes, ocorre a seleção de uma reação estrutural diante da variação do elemento, passando assim a operar no plano das orientações; por conseguinte, buscando a unidade do sistema, essa variação selecionada incorpora-se ao Sistema do Direito, passando a fazer parte da sua estrutura, ao conjunto variado de elementos e comunicações pré-existentis. Nesse sentido, explica Luhmann:

Consequentemente, a evolução se dá quando diferentes condições são satisfeitas e quando elas se acoplam entre si de maneira condicional (não necessária), a saber: (1) a *variação* de um *elemento* autopoietico relativamente aos padrões de reprodução que até então eram vigentes; (2) a *seleção* da *estrutura* que assim se faz possível como condições de outras reproduções; e (3) a *estabilização do sistema*, no sentido de mantê-lo dinamicamente estável para que seja possível a reprodução autopoietica dessa forma estruturalmente determinada que passou por alteração. Dito ainda uma vez de maneira abstrata: a *variação* diz respeito aos elementos do sistema; a *seleção* diz respeito às estruturas, e a *estabilização* diz respeito à unidade do sistema, que se reproduz autopoieticamente.²¹³

Assim, a evolução do Sistema do Direito ocorre sempre através do processo de variação, seleção e estabilização/reestabilização das comunicações sistêmica, que atualizam as estruturas inseridas no sistema, estabilizando também o sistema para que agora essas “novas” comunicações operam também no processo autopoietico e autorreprodutivo, trazendo consistência novamente ao Sistema. Esse movimento tem como horizonte a evolução do Direito em um continuo processo de adequação entre o sistema e a realidade.

²¹² LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 321.

²¹³ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 322 – 323.

Nessa perspectiva, o processo acima descrito ocorre através do Tribunal, justificando assim a sua posição central para a teoria. Os Tribunais direcionam o campo jurídico adequando a sua estrutura interna às expectativas sociais, mantendo a sua contemporaneidade e estabilidade, bem como, “constroem a realidade jurídica por meio de decisões”.²¹⁴

O processo de evolução do sistema e da estabilização das modificações, garante a abertura cognitiva e o fechamento operativo, gerando segunda jurídica e conversando a sua autopoiese. Em consequência, não existem decisões subsequentes sem que estejam amparadas numa decisão precedente, tornando as demais decisões previsíveis, garantindo assim a consistência e a autorreprodução.²¹⁵

Logo, o Tribunal é o órgão responsável pelo processo de evolução, pois “o direito evolui por meio da tensão entre consistência jurídica e adequação social”²¹⁶, sendo esse externado através das suas decisões. A evolução executada através da decisão, torna a comunicação e a resposta entre sistema e ambiente viável e fazendo com que aquela alternativa divergente, agora, incorporando-se ao sistema.

Ainda assim, considerando que o Direito é uma ciência social que, ao passo que visa a contingência de expectativas ainda objetiva a seleção da melhor possibilidade, o mundo jurídico também se comunica com outras ciências e campos da sociedade, criando canais diretos de irrritações entre sistemas que corroboram com a evolução e adaptação entre sistema e ambiente.

2.3 OS ACOPLAMENTOS ESTRUTURAIS COMO INFLUENCIADORES RECÍPROCO ENTRE OS SISTEMAS: A CONSTITUIÇÃO E O SEU TRIBUNAL

Como já referido, o objetivo inaugural de Luhmann quando da idealização da Teoria Sistêmica era de explicar e compreender como se dá a organização da sociedade. Logicamente, diversas estruturas, organizações, ciências e temas fazem parte dessa conformação – a economia, a política, as artes, a medicina, a religião,

²¹⁴ ALVES, Paulo Roberto Ramos. **Sociedade policontextual, sentido jurídico e efetividade**. p. 888.

²¹⁵ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 303.

²¹⁶ ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. **(Des)confiança sistêmica e o direito como generalizador congruente de expectativas normativas**. p. 255.

etc –, no qual todos esses grupos são qualificados em diferentes Sistemas funcionalizados, estando dentre eles, o Direito.

O Sistema do Direito, tem como ambiente principal o Sistema Social, ou seja, é por meio dele que recebe grande partes das comunicações que permite a realização da sua operatividade interna. Essa operatividade é caracterizada pelo seu fechamento operativo, representa através da sua autopoiese e a seletividade comunicativa operada por meio do seu código, ou seja, suas operações são realizadas unicamente e internamente pelo próprio sistema que, por consequência, o aparta de manter comunicação sincrônica com os demais sistemas.²¹⁷

Em que pese seu fechamento operativo, o Direito, como os demais Sistemas, também são capazes de interagir entre si e recebe informações respectivas, influenciando e sendo influenciado, em um constante trabalho de aprendizado e interiorização de novos e diferentes conhecimentos.

Essa interiorização de comunicação oriunda de diferentes sistemas, ocorre por meio do chamado acoplamento estrutural. Através desses canais, dois ou mais sistemas, trocam informações comuns à sua especialidade, por meio de uma interação estruturada de trocas.²¹⁸

Os acoplamentos ocorrem porque outros sistemas operam com elementos que também pertencem ao sistema jurídico, tendo em vista, o mesmo fato da sociedade repercute e irrita mais de um sistema²¹⁹, uma vez que “um mesmo evento pode desencadear irritações (ressonância) diferentes, com diferentes velocidades, em sistemas diferentes”.²²⁰

Assim, o acoplamento desempenha a função de promover, ao mesmo tempo em que filtra, as influências e estímulos que ocorrem reciprocamente entre os Sistemas autônomos, quando as comunicações exteriorizadas com por um, causam

²¹⁷ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 589.

²¹⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 675.

²¹⁹ TRINDADE, André. **Para entender Luhmann e o Direito como Sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 89.

²²⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 675.

irritabilidade no outro, resultando assim no compartilhamento de elementos que os influenciam, agregando-se a sua autopoiese.²²¹

Através dessa ocorrência, a comunicação ingressa no Sistema do Direito como uma ferramenta que visa auxiliar a sua operatividade interna e não, simplesmente, como um elemento que visa desestabilizar o sistema.²²² Os acoplamentos estruturais representam como os sistemas criam canais de trocas entre si, permitindo, dessa forma, que um sistema irrite o outro, tendo como resultado dessa irritação uma repercussão interna ao sistema.²²³

Importante referir que tais acoplamentos também ocorrem dentro do sistema, através dos denominados de acoplamentos operativos. Estes têm a função de interligar as comunicações internas do sistema, representada pela própria autopoiese, bem como, representam também os efeitos momentâneos que as operações do direito resultam nos demais sistemas, ao exemplo, da repercussão que determinada decisão provoca em outro sistema, como no sistema econômico ou social ou alguma obrigação pecuniária gerada pelo procedimento.²²⁴

Em contrapartida, os acoplamentos estruturais, não permitem essa comunicação e influência rápida e direta, pois tratam-se de acoplamentos entre as estruturas sistêmicas em si, por isso, são canais estáveis, duradouros e de troca de comunicação concentrada, que delimitam as operações que se colocam no sistema e as relações que dela podem decorrer.²²⁵

Nesse sentido, a seleção da comunicação que ingressa no Sistema do Direito permanece sendo gerida pelo seu código binário – direito/não direito. Por conseguinte, nos acoplamentos estruturais, as irritações entre sistemas também são reconhecidas pelo seu código especializado. Logo, quando um mesmo elemento se acopla ao sistema jurídico, essa comunicação ingressará no sistema como jurídico, ratificando a seletividade do código, à vista disso, um problema econômico,

²²¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 35.

²²² NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann**. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005. p. 53.

²²³ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 590.

²²⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 675.

²²⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 35.

ecológico, médico adentra no Direito como um problema jurídico, validado pelo código binário direito/não direito.²²⁶

Por meio dessa seletividade, concilia-se a interação e a troca entre sistemas, mantendo-se a autorreferencialidade do sistema, pois o sentido da comunicação, mesmo que relevante para um sistema diverso, é interpretado a partir do código daquele sistema que o seleciona e o recebe, mantendo assim suas condições para o fechamento operativo.²²⁷

Através do acoplamento, permite-se a irritação recíproca, mas não se permite que um sistema tenha ingerência sobre o outro. Nesse processo o sistema preserva a sua autonomia, impedindo que o código de um outro sistema interfira na sua autopoiese, ao passo em que, essa mesma informação passa a integrar a reprodução do Sistema do Direito vinculando-se a seu fechamento operativo, sem comprometer a sua autonomia, permitindo o compasso do Direito com os demais subsistemas:

Os acoplamentos estruturais são filtros que excluem certas influências e facilitam outras. Há uma relação simultânea de independência e de dependência entre os sistemas acoplados estruturalmente. As estruturas de um sistema passam a ser, mediante os acoplamentos estruturais, relevantes e mesmo indispensáveis à reprodução das estruturas de outro sistema e vice-versa.²²⁸

Assim, os acoplamentos estruturais são condições necessárias entre sistemas, para sua própria existência e sobrevivência, uma vez que todos subsistemas precisam do suporte de outros sistemas, de seus elementos e comunicações, fazendo com que, ao mesmo tempo em que preservem a sua autonomia funcional, permitam-se também uma contínua e mútua troca, corroborando com a interdependência e sua contemporaneidade.²²⁹

A correlação entre sistemas promovida pelos acoplamentos entre as suas estruturas, sustenta a sincronicidade entre o sistema e o ambiente diante de um

²²⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 675.

²²⁷ BACHUR, João Paulo. A Teoria de Sistema Sociais de Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 36, n. 2, pg. 77 – 94, jul/dez, 2020.

²²⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 35.

²²⁹ NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann**. p. 54.

novo evento, todavia, isso não significa uma sincronização direta entre sistemas.²³⁰ Os sistemas operam em policromia, ou seja, em tempos diferentes, à depende da sua operação, mas garantem uma suficiente especificidade no reconhecimento de comunicações mútuas, mantendo dessa forma uma paridade nas suas operações.

Por consequência, o sistema em si não percebe o acoplamento, apenas continua se comunicando na sua operação interna, que passa agora a se reproduzir com novas comunicações/irritações que foram ocasionadas pelo acoplamento, permitindo, dessa forma, a manutenção contínua do direito com a sociedade e com outras ciências.²³¹

Essas relações entre os subsistemas especializados podem ser visualizadas em diferentes áreas, ao exemplo do acoplamento entre o Sistema do Direito e Sistema Econômico, quando do direito de propriedade ou de contratos; no caso do Direito e do Sistema Religioso, quando da garantia do direito da liberdade religiosa; do Direito e do Sistema da Arte, quando da garantia da sua expressão, enfim, diversos são as possibilidades de acoplamentos.²³² Não obstante tais acoplamentos, um deles é de extrema relevância para o Direito, o acoplamento estrutural entre o Sistema do Direito e o Sistema Político, que é representado através das Constituições.

Sobre a perspectiva do direito, a Constituição representa a abrangência do Sistema do Direito, suas diretrizes e estrutura jurisdicional, a partir da ótica material e da sua legitimidade quando institui os procedimentos judiciais, administrativos, normativos que permeiam tal sistema. Em contrapartida, sobre o ponto de vista político estabelece a própria organização e formação estatal, quando desenvolve e estabelece os procedimento legislativos-parlamentares, eleitorais, administrativos-governamentais, determinando também os procedimentos democráticos do Estado.²³³ À vista disso, é possível concluir que é através da Constituição que se estabelecem “as condições nas quais esses dois sistemas funcionais específico e autônomos poderão causar perturbações recíprocas”.²³⁴

²³⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 594.

²³¹ LIMA, Fernando Rister de Sousa. 2. ed. Curitiba: Juruá, **Sociologia do direito: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. p. 36

²³² LUHMANN, NIKLAS. **La contingencia como atributo de la sociedad moderna**. p. 191 – 193.

²³³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 58 – 59.

Não obstante esse acoplamento sistêmico entre política e direito, os dois sistemas mantêm uma relação de valoração e fundamentação recíproca, quando a Constituição confere fundamento a valoração e as decisões jurídicas, ao mesmo tempo em que as operações políticas são valoradas através das operações jurídicas²³⁵: “há uma legitimação política (democrática) do direito e uma legitimação jurídica (rule of law) da política”.²³⁶ Portanto, a vinculação existente entre o Sistema do Direito e o Sistema Político é genuína, promovendo assim a sua legitimação recíproca.

A Constituição, sob uma ótica de modernização e evolução, representa também um paradoxo, ao passo que soma e afasta a relação entre direito e política. A existência do paradoxo é significativa, pois a diferenciação entre os dois sistemas é uma pré-condição para visualizar a sua independência e sua interdependência.²³⁷ Nesse sentido, é manifesta a relação de complementação e oposição, promovendo tensões recíprocas:

Assim sendo, a Constituição enquanto acoplamento estrutural envolve complementaridade e tensão permanentes, bem como rupturas, entre política e direito. Mas, com isso, ela exclui a subordinação estrutural de um sistema a outro, especialmente do direito à política, desenvolvendo uma relação horizontal ou ortogonal entre ambos.²³⁸

A partir dessa perspectiva, cabe a observação que inexiste, qualquer tipo de hierarquia entre o Sistema Político, o Jurídico e com a própria Constituição, uma vez que a sua relação é de complementariedade, não podendo a Constituição servir de fundamento para a política ou para o direito.²³⁹ Seguindo a linha sistêmica, a validade da Constituição não pode e não deve ser oriunda do exterior do sistema, como se apresenta na ideia da norma hipotética fundamentada por Kelsen; a

²³⁴ ALVES, Paulo Roberto Ramos; ZIBETTI, Fabiola Wust. Tempo e Constituição: O risco como horizonte de observação jurídica na sociedade policontextual. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 12, n. 28, p. 33 – 44, set/dez, 2017. p. 34

²³⁵ ALVES, Paulo Roberto Ramos; ZIBETTI, Fabiola Wust. **Tempo e Constituição: O risco como horizonte de observação jurídica na sociedade policontextual**. p. 35.

²³⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 58 – 59.

²³⁷ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 588.

²³⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 58.

²³⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 676.

validade da Constituição, é oriunda do próprio Sistema do Direito, da mesma forma com que o Direito também fundamenta a sua própria existência.²⁴⁰

Com efeito, da união formada entre direito e política surge também a figura do Estado, como resultado e elemento conectivo da unidade e da complementariedade entre essas estruturas. O Estado representa a suspensão jurídica do poder político e a instrumentalização política do direito, como Luhmann comenta:

(...) o 'Estado' surge como portador do acoplamento estrutural entre os sistemas políticos e jurídicos – evidentemente, com a condição especial de ele adquirir uma Constituição que permitia ao direito positivo se converter num meio de conformação política, assim o direito constitucional se tornar instrumento jurídico para a implantação de uma disciplinarização política.²⁴¹

É por meio da estrutura do Estado Constitucional que se organizam órgãos e instituições que complementam e promovem, ao mesmo tempo, a unidade entre direito e da política e também a confiança da sociedade na unidade do Sistema do Direito. Essa confiança pode ser compreendida como o respeito aos balizadores e aos limites entre direito e política, bem como, garante a discricionariedade do Sistema Jurídico na sua atuação exclusiva quando questionada acerca de fatos e acontecimentos sociais que são ou estão em conformidade ou desconformidade com o direito.²⁴² Ou seja, é também por meio desse acoplamento estrutural que se possibilita, tanto para o Sistema Jurídico, quanto para o Político, o exercício da sua liberdade em graus superiores, permitindo o exercício da sua atividade a partir da sua dinâmica própria e independente²⁴³.

A política visa o consenso e a representação do povo nas diretrizes coletivas voltadas para a convivência em sociedade, que através de uma estrutura política organizada, representada pela formação de um Estado, possui gerência sobre os acontecimentos ocorridos no seu espaço. E através do Direito, das leis, das regras, dos procedimentos e das suas decisões, é que ocorre a distinção e delimitação

²⁴⁰ LUHMANN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. Tradução realizada a partir do original ("Verfassung als evolutionäre Errungenschaft". In: *Rechtshistorisches Journal*. Vol IX, 1990, pp. 176 a 220), por F. Fiore. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. // *Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

²⁴¹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 631.

²⁴² ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. **(Des)confiança sistêmica e o direito como generalizador congruente de expectativas normativas**. p. 260.

²⁴³ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 631.

desses acontecimentos e comportamentos sociais, com objetivo de selecionar aqueles que podem vir a ser uma prática universalizada no Sistema Social.²⁴⁴

Assim, o Sistema Jurídico outorga para si, por meio da Constituição, o monopólio da resolução de conflitos, pois é através dele que se garante a contingência das expectativas sociais, substituindo o livre exercício das vontades e possibilidades criadas pelo ambiente, reduzindo a sua complexidade, limitando as expectativas e principalmente reduzindo as frustrações através das suas decisões.²⁴⁵

Dessa forma, da interrelação do sistema jurídico e político e da Constituição, que nas palavras de Luhmann “consiste e ao mesmo tempo torna invisível o acoplamento estrutural entre direito e política”²⁴⁶, é possível visualizar na figura dos Tribunais Constitucionais, representado pelo Supremo Tribunal Federal na jurisdição brasileira, a feição prática desse acoplamento.

Desde a sua formação, esse Tribunal demonstra características que simbolizam o acoplamento jurídico e político. A contar da sua composição, seus membros são escolhidos pelo Presidente da República, que possui liberdade de indicar os candidatos que, no seu entendimento, quando cumprido os requisitos objetivos descritos na Carta Magna, podem ser adequados ao cargo.²⁴⁷ Somando a esse correlacionamento, para ser oficialmente ministro, deve o candidato ser sabatinado pelo Senado Federal e, sendo aprovado, será nomeado pelo Chefe do Executivo.²⁴⁸

Nessa perspectiva, apesar de um dos requisitos dessa escolha seja o notável saber jurídico, isso não significa a obrigatoriedade de formação em curso superior em Direito ou qualificação profissional para o cargo²⁴⁹, identificando-se assim a intercessão de traços políticos na formação desse Tribunal. A participação e a significativa influência do Chefe do Executivo, bem como a capacitação técnica a ser

²⁴⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. p. 115 -116.

²⁴⁵ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 328 e ss.

²⁴⁶ LUHMANN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**..

²⁴⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 565

²⁴⁸ Art. 101, Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

²⁴⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. p. 566 – 567.

atestada pelo Senado Federal, órgão eminente político e representativo do Poder Legislativo, atesta o acoplamento estrutural, ao passo que também espelha a margem e o centro do sistema, traduzindo a circularidade e autopoiese da teoria.

Assim, quanto tratamos da Constituição, o Tribunal que deve decidir a seu respeito é aquele que também representa o seu acoplamento, buscando dar continuidade e efetividade a sua função. Como é sabido, o Poder Judiciário é o centro do Sistema do Direito, pois cabe a ele a responsabilidade de proferir decisões articuladas pelos seus Tribunais, por conseguinte, quando tratamos do Tribunal Constitucional Brasileiro, este tem por função elementar ser a última instância do sistema de decisão:

(...) a tarefa decisória a respeito da Carta Magna cabe ao órgão constitucional do Poder Judiciário – no Brasil, o Supremo Tribunal Federal. Com isso, a intra-superioridade circular e central da Constituição é dada pelo fato de que os Tribunais responsáveis por sua guarda são a escala última da jurisdição, lugar onde se fecha o sistema e do qual não há mais possibilidade de busca de outra decisão.²⁵⁰

Por consequência, a Constituição está posicionada à margem do Sistema do Direito, representando com maestria a ocorrência dos mais variados acoplamentos estruturais realizados com os inúmeros subsistemas funcionalmente diferenciados que trocam, irritam e ajudam a formação das normas e direitos do sistema jurídico. Assim, a Constituição é o instrumento que norteia aos valores que estarão presente na atuação do Sistema Jurídico, estabelecendo suas diretrizes e princípios, servindo de fio condutor aos valores aplicados do procedimento à tomada de decisão.

Partindo de uma visão sistêmica e como outorgadora e organizadora da estrutura da resolução de conflitos e das respectivas competências jurisdicionais delimitadas ao Poder Judiciário, a Constituição regula a produção do Direito e delimita os critérios e parâmetros para a abertura cognitiva e o fechamento operativo do sistema, criando balizas que auto(delimitam) o sistema, conduzindo e coordenando a autopoiese do Sistema do Direito²⁵¹:

²⁵⁰ SCHWARTZ, Germano. AUTOPOIESE E CONSTITUIÇÃO: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 6, p. 211 –224, Jul/Dez, 2005, p. 218.

²⁵¹ ALVES, Paulo Roberto Ramos; ZIBETTI, Fabiola Wust. **Tempo e Constituição: O risco como horizonte de observação jurídica na sociedade policontextual**. p. 35.

A hierarquia normativa, dessa maneira, passa a ser observada não mais linearmente, mas sim na forma de hierarquias entrelaçadas, onde há a diferenciação do código constitucional/inconstitucional no âmbito interno do próprio sistema jurídico. Essa diferenciação constitucional/inconstitucional, por sua vez, viabiliza que a operacionalização binária direito/não-direito seja incluída, inclusive, no procedimento legislativo, evitando com isso a arbitrariedade de um poder ilimitado e sem qualquer controle.²⁵²

Portanto, ainda que a Constituição represente o acoplamento jurídico e político, sua interpretação é dada por juristas, uma vez que sua representação e ação “independe do sistema político no momento de sua aplicação no sistema jurídico, mas sofre sua influência no momento de sua feitura”²⁵³. Isso é, ainda que a Carta Magna represente o acoplamento político e do direito, não cabe ao Sistema Político interpretar as normas jurídicas, em especial, as constitucionais, devendo apenas cumpri-las, dado que o seu código binário e seu objeto científico é diverso do jurídico²⁵⁴.

Por conseguinte, tendo em vista que no centro jurídico visualizamos o Poder Judiciário e seus Tribunais, representando o fechamento do Sistema do Direito, encontramos o Supremo Tribunal Federal, como última instância. Tendo como função precípua a proteção e preservação dos preceitos constitucionalmente previstos, a decisão por ele proferida sacramenta o posicionamento do Direito, não havendo mais possibilidades de se recorrer na tentativa de argumentar por outra decisão.

Assim, em que pese a Corte Constitucional ser o instrumento que relaciona todos as irritações e ciências que constroem o Direito, bem como, ter na formação uma expressiva participação e contribuição política, quando da articulação e argumentação das suas decisões, este é encarregado de proferir decisões judiciais, ou seja, em que pese a natureza do assunto a ser decidido pelo Supremo Tribunal Federal, os argumentos voltados a defesa de determinada possibilidade e aplicação de determinado direito devem estar fundamentados exclusivamente em argumentos

²⁵² ALVES, Paulo Roberto Ramos; ZIBETTI, Fabiola Wust. **Tempo e Constituição: O risco como horizonte de observação jurídica na sociedade policontextual**. p. 35.

²⁵³ SCHWARTZ, Germano. **AUTOPOIESE E CONSTITUIÇÃO: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade**. p. 218.

²⁵⁴ SCHWARTZ, Germano. **AUTOPOIESE E CONSTITUIÇÃO: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade**. p. 218.

jurídicos, argumentos legalmente selecionados e validados pelo Sistema do Direito, através do seu código direito/não-direito²⁵⁵.

Dessa forma, mantém-se o fechamento operativo do sistema e sua autorreferencialidade. Entretanto, quando da tomada de decisão, em alguns momentos, os Tribunais podem sofrer influências nessa seleção argumentativa, seja pela influência sistêmica, seja por questões de ordem subjetiva dos julgadores, que por consequência vem a desorientar a fundamentação da decisão fazendo com que a seletividade do código seja corrompida, comprometendo dessa forma autopoiese de todo o Sistema do Direito.

²⁵⁵ STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forence, 2019, p. 232

CAPÍTULO 3

AUTO OU ALOPOIESE DAS DECISÕES JUDICIAIS: A PERSPECTIVA PRÁTICA DO ESTUDO DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS SUAS DECISÕES

Na Teoria Sistêmica a autonomia do Direito, observada pela organização interna do sistema, é tratada de forma rígida quando da realização da sua autopoiese, tendo em vista que seu funcionamento se dá através do seu fechamento operativo e autorreferencial. Não obstante tal cenário, a abertura cognitiva do sistema permite a troca e o recebimento de comunicações do ambiente, capazes de reformular e modernizar sua estrutura interna. Da mesma forma, os acoplamentos estruturais somam na perspectiva de renovação, bem como, de conexão contínua com os demais sistemas, os quais criam canais de trocas entre si, permitindo assim a constante identificação com seu ambiente e redução das suas expectativas.

Em que pese a formulação teórica de Luhmann apresentar uma nova e moderna concepção de teoria do Direito, cabe considerar que o cenário a qual foi formulada, ou seja, a partir de um panorama europeu, difere-se consideravelmente da estrutura social, organizacional e judicial dos países de modernidade periférica, como o Brasil. Nesse sentido, as condições de organização social do Estado de Brasileiro, do seu Poder Judiciário e da estrutura do Direito em si, devem ser consideradas quando da aplicação, dentro de uma perspectiva prática, de um Sistema do Direito visualizado por Niklas Luhmann.

Por conseguinte, Marcelo Neves, formulou a ideia de “alopiose” do Direito, uma vez que sua observação parte da perspectiva vivenciada no judiciário brasileiro, que se encontrar dentro de uma modernidade periférica. Assim, a autopoiese jurídica pode vir a sofrer ou efetivamente sofre, interferência de outros Sistema na sua autorreprodução, tendo em vista que seu código binário é corrompido por códigos de outros sistemas, desestabilizando a sua operatividade interna, uma vez que as estruturas não possuem a autonomia funcional evidenciada nas sociedades europeias.

A partir de uma visão prática dos argumentos utilizados pelo Tribunal Constitucional Brasileiro no momento de tomada de decisão quando do acoplamento com três sistemas diferentes, pretende-se verificar a ocorrência de fundamentos alopoiéticos para fundamentar suas decisões. Nesse momento, o objetivo é aliar a teoria à prática e, em caso positivo, verificar a ocorrência da alopoiese operacional gerada pelo social, econômico ou religioso na autorreferencialidade do Sistema Jurídico, identificando quais argumentos utilizados nessas decisões podem ou não caracterizar a alopoiese do Sistema Jurídico nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

3.1 ALOPOIESE: A QUEBRA DA AUTORREFERENCIALIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O desenvolvimento social, o progresso da ciência, das tecnologias de informação e comunicação, a evolução das organizações e das corporações fez com que as instituições do Estado, tanto na esfera política como também na jurídica fossem desenvolvidas, alterando procedimentos e avançando seu horizonte a fim de ampliar sua viabilidade e suprir a expectativa da realidade que agora passou a demandar.

Nessa perspectiva, o Direito, dentro da sua epistemologia, também foi sendo reformulado, tendo suas teorias clássicas revisitadas, em especial a Teoria de Hans Kelsen baseado no escalonamento hierárquico de normas, buscando assim se adaptar a essa nova vivência. Conforme desenvolvido no presente trabalho, o sociólogo alemão Niklas Luhmann através da Teoria dos Sistêmica, formulou uma nova proposta de observação e compreensão de como se dá a organização e a descrição da sociedade contemporânea, apresentando uma perspectiva teórica bastante jovem, já que articulada em meados da década de oitenta, oriunda da vontade de explicar a sociedade hipercomplexa, os acontecimentos da realidade social e das relações contemporâneas.²⁵⁶

A Teoria dos Sistemas tem por pretensão a observação a partir de uma sociedade mundial que opera por meio da comunicação emanada em todo o

²⁵⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto; PINTO, João Paulo Salles. Corrupção e Diferenciação Funcional: Da alopoiese à autopoiese do Direito no Brasil. **RBSD: Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 4, n. 2, p. 4 – 22, mai/ago. 2017. p. 7 e 8.

planeta, independentemente de fronteiras. Entretanto, apesar da ideia de um sistema global de comunicação, “cada contexto elabora comunicação singularizada e se referênciada de modo particular, relacionando-se com os demais componentes do sistema e adquirindo, cognitivamente, condições de universalidade”²⁵⁷.

Portanto, ainda que as comunicações sejam produzidas em diferentes contextos, através das diferentes compressões e aprendizados, para Luhmann a sociedade é vista como um único sistema mundial, não se distinguindo e interpretando as sociedades a partir de determinada organização social, cultural e sobre o modelo já estruturado das suas instituições, desvinculando a sua observação do contexto, das circunstâncias e características regionais.²⁵⁸

Assim, o autor trabalha sobre a perspectiva de uma sociedade mundial – um sistema social mundial – retratado através da diferenciação de subsistemas com funções específicas, orientações próprias e independentes os quais operam de forma autônoma a partir da sua estrutura interna:²⁵⁹

Nesse contexto, a sociedade é encarada como um sistema social global, sendo os sistemas que a compõem organizacionalmente fechados, pois operam segundo uma lógica circular (circularidade) e auto-referencial, ou seja, autopoietica. Assim, além de serem auto-organizados e reproduzirem-se por conta própria, tornam-se independentes do meio que os envolve, ou seja, do seu entorno (ambiente).²⁶⁰

Em vista disso, apesar de cada Estado possuir seu sistema jurídico, observado através da organização sistêmica proposta por Luhmann, o Sistema do Direito, visualizado agora com um subsistema do Sistema Social, é concebido como um sistema autônomo e autopoietico, tendo como elemento básico para sua constituição a comunicação emitida pelo seu ambiente, qual seja, a sociedade mundial.

²⁵⁷ DINIZ, Eduardo Saad. A sociologia da decisão: a econômica, a política, a jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102, p. 953 – 965, jan/dez, 2007. P. 954.

²⁵⁸ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la Sociedad**. 1. La sociedade como sistema social. X. La sociedade mundial. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Editora Herder, S. de R.L. de C.V, 2006, p. 108 – 12. p.

²⁵⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto; PINTO, João Paulo Salles. **Corrupção e Diferenciação Funcional: Da alopoiese à autopoiese do Direito no Brasil**. p. 11.

²⁶⁰ BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. A Corrupção Política E seu estudo à luz da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e de sua projeção nos Sistemas Jurídico e Político. Trabalho publicado nos **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. p. 2311 – 2240. p. 2315.

Pela perspectiva luhmanniana, todos os sistemas jurídicos operam de forma análoga, por meio da seletividade realizada pelo código binário que distingue as comunicações, selecionando apenas aquelas referentes ao seu código específico – direito ou não direito – não sendo influenciados pelas comunicações inerentes a outros sistemas²⁶¹.

Dessa forma, as expectativas jurídicas oriundas das comunicações que ingressam no sistema pela sua abertura cognitiva, são vigentes e selecionadas unicamente para seu código e seu sistema, garantindo por meio do fechamento operativo a sua autonomia e sua autopoiese, sem a interferência de interesses econômicos, religiosos, políticos ou sociais²⁶².

Importante frisar que a autopoiese sistêmica é o alicerce do pensamento luhmanniano, pois a partir do seu significado, qual seja, de que os sistemas são constituídos “pelos próprios componentes que constrói”, permite-se a manutenção do sistema apenas com elementos jurídicos, aprofundando a sua autonomia e autorreferencialidade²⁶³. Contudo, a relação com o ambiente é imprescindível ao desenvolvimento do sistema, pois é através dessa que se permite a abertura cognitiva, inserindo novas comunicações jurídicas, provenientes do ambiente que, após a sua seleção, passam a operar internamente e de forma fechada, impedindo a ingerência de outros sistemas.

Porém, para que toda essa formulação teórica seja evidenciada, um fator determinante é a autonomia e a independência das instituições e a diferenciação funcional das esferas, em especial e aqui estudado, do Poder Judiciário. Para uma visualização fática e prática da Teoria Sistêmica, é fundamental que os subsistemas do sistema social sejam totalmente independentes, ou seja, completamente emancipados de interesses e influências terceiras, de comandos de poder ou de dinheiro.²⁶⁴

²⁶¹ NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, nº 37, São Paulo, 1996, p. 93 – 106. p. 96

²⁶² NEVES, Marcelo. Da Autopoiese à Alopoeise do Direito. **Anuário do Mestrado em Direito**. Recife: Editora da Universidade Federal de Pernambuco, 1992. p. 274 – 294. p. 283

²⁶³ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. p. 125 – 128.

²⁶⁴ NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito**. p. 95 – 96.

Tendo em vista a origem europeia do sociólogo alemão, compreende-se que a Teoria dos Sistema foi desenvolvida a partir de uma estrutura social europeia, a qual apresenta um desenvolvimento social e educacional mais avançados que outros locais do mundo, gozando, por consequência, de institucional mais fortes e autônomas quando em comparação a outras realizadas no mundo.²⁶⁵ E sobre esse ângulo de observação, o autor e jurista brasileiro Marcelo Neves, estudioso da teoria sistêmica e conhecedor da realidade das instituições, em especial a judiciária na realidade nacional, passou a questionar a aplicabilidade dessa teoria dentro da uma sociedade periférica, como o Brasil.

Dessa forma, a macroteoria social seria, por vezes, inadequada para explicar o funcionamento dos sistemas de determinadas localidade e regiões da sociedade mundial. O desenvolvimento social, cultural, educacional possui movimentos em diferentes tempos e essa maturidade repercute nas instituições, que tem por reflexo a formação de sistemas independentes e autônomos, capazes de adequar-se à teoria sistêmica.²⁶⁶

Essa diferença de realidade pode ser observada entre países de modernidade central e de modernidade periférica, tendo em vista que a realidade enfrentada nesses espaços é dessemelhante, influenciando a diferenciação funcional, pressuposto da autopoiese.²⁶⁷ Nos países de modernidade central, ao exemplo dos europeus, a autopoiese do sistema pode ser evidenciada em razão da a diferenciação funcional dos sistema, “pois a influência do ambiente, nesses países, obedece ao sistema de expectativas Luhmanniano”²⁶⁸.

Em contrapartida, os países como o Brasil e os demais estados da América Latina, são caracterizados pela modernidade periférica, marcados por problemas estruturais de desigualdades sociais, de serviços públicos ineficientes, de restrições

²⁶⁵ CALIL, Mário Lúcio Garcez; ESTAVÃO, Roberto da Freiria. A alopoiese do direito na modernidade periférica brasileira como veículo de libertação a partir do dirigismo constitucional. Revista. **Novos Estados Jurídicos**, vol 24, nº 3, set-dez, 2019, DOI 10.14210, p. 757 – 780. p. 765.

²⁶⁶ RIBEIRO, Pedro Henrique. Luhmann “Fora do Lugar?” Como a “condição periférica” da América Latina impulsionou deslocamentos na teoria dos sistemas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 28, nº 83, outubro de 2013, pg. 105 – 237, p. 107.

²⁶⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto; PINTO, João Paulo Salles. **Corrupção e Diferenciação Funcional: Da alopoiese à autopoiese do Direito no Brasil**. p. 14

²⁶⁸ CALIL, Mário Lúcio Garcez; ESTAVÃO, Roberto da Freiria. **A alopoiese do direito na modernidade periférica brasileira como veículo de libertação a partir do dirigismo constitucional**. p. 777.

monetárias que resultam em instituições fracas, que sucedem na falta de autonomia dos sistemas, e por consequência a influência direta do sistema social e do sistema econômico sobre as questões de ordem jurídica.²⁶⁹

A realidade jurídica do Brasil se enquadra como periférica, concluindo Marcelo Neves que:

[...] é intransponível o modelo luhmanniano da autopoiese à realidade jurídica da modernidade periférica, destacadamente no Brasil. As sobreposições particularistas dos códigos político e econômico às questões jurídicas impossibilitam a construção da identidade do sistema jurídico.²⁷⁰

Essa percepção faz com que a autopoiese sistêmica fique debilitada, pois o sistema e sua composição, desde seu código binário, a seleção das comunicações e a programação do sistema, que trabalham de forma rígida e invariável em razão do fechamento operativo, não compartilham da realidade brasileira, diante da perceptível influência de outros sistemas, em especial do político e do econômico, no Poder Judiciário.²⁷¹

Nesse cenário, toma forma o termo alopoiese do direito, o qual caracteriza uma negação à autorreferencialidade operacional do direito.²⁷² Como foi estudado, o sistema jurídico é caracterizado pela simetria operativa e pela assimetria externa, ou seja, pelo fechamento operativo e pela abertura cognitiva do sistema, deste modo, a caracterização da alopoiese ocorre quando o sistema passa a se produzir e reproduzir por critérios diferentes ao seu respectivo código – direito ou não direito – passando então a operar com injunções e comunicações de outros sistemas, resolvendo dessa forma, a diferenciação entre sistema e ambiente²⁷³. Como explica Marcelo Neves:

O respectivo sistema é determinado, então, por injunções diretas do mundo exterior, perdendo em significado a própria diferença entre sistema e ambiente. Por outro lado, bloqueios alopoiéticos do sistema são incompatíveis com a capacidade de reciclagem (abertura cognitiva) e, por

²⁶⁹ CALIL, Mário Lúcio Garcez; ESTAVÃO, Roberto da Freiria. **A alopoiese do direito na modernidade periférica brasileira como veículo de libertação a partir do dirigismo constitucional.** p. 765.

²⁷⁰ NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito.** p. 99.

²⁷¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto; PINTO, João Paulo Salles. **Corrupção e Diferenciação Funcional: Da alopoiese à autopoiese do Direito no Brasil.** p. 14.

²⁷² NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** p. 142.

²⁷³ NEVES, Marcelo. **Da Autopoiese à Alopoiese do Direito.** p. 287

consequente, com a própria noção de referência ao ambiente como interrupção da interdependência dos componentes sistêmicos.²⁷⁴

A tipificação da alopoiese se dá quando o código do sistema jurídico é sobreposto por outros códigos de outros sistemas, ou seja, comunicações não jurídicas ingressam no Sistema do Direito, passando assim a se reproduzir com o sistema, deteriorando a sua autonomia, sua autorreferencialidade e sua própria racionalidade.²⁷⁵ Essa sobreposição ao código jurídico, impossibilitam a diferenciação funcional do sistema e sua consequente construção de identidade jurídica, já que o fechamento operativo fica prejudicado, pois o sistema deixa de operar exclusivamente com seu código.²⁷⁶

Nessas situações, a seleção do código jurídico não é desempenhada de forma autônoma pelo sistema, visto que os códigos de outros subsistemas do ambiente bloqueiam a atuação do código do Sistema do Direito invalidando e impedido a sua seleção, fazendo com que esse não se reproduza harmônica e simetricamente. Assim, os códigos os diferentes sistemas, sejam eles abrangentes, como o código do político (poder/não poder), código do sistema econômico (ter/não ter), da religião (imanência/transcendência) ou mesmo de ordens particulares como o da amizade (amizade/não amizade) passam a explorar o Sistema do Direito, distorcendo sua reprodução quando esses dominam e desviam o desígnio e a independência do sistema, criando redes de interesses e favores dentro do campo jurídico.²⁷⁷

A alopoiese é também chamada de corrupção sistêmica, dado que o código de determinado sistema é sabotado pelo código de outro subsistema, fazendo com que o aquele perca a sua eficácia e consistência e, por esse motivo, promova efeitos generalizantes nas condições e processos típicos do Sistema do Direito.²⁷⁸ O termo corrupção vem justamente no sentido de corromper e desvirtuar a finalidade sólida e

²⁷⁴ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. p. 142.

²⁷⁵ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. p. 146.

²⁷⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto; PINTO, João Paulo Salles. **Corrupção e Diferenciação Funcional: Da alopoiese à autopoiese do Direito no Brasil**. p. 15.

²⁷⁷ RIBEIRO, Pedro Henrique. **Luhmann “Fora do Lugar?” Como a “condição periférica” da América Latina impulsionou deslocamentos na teoria dos sistemas**. p. 110.

²⁷⁸ LYRA, José Francisco Dias da Costa; NUNES, Péricles Stehmann. A Corrupção Sistêmica No Estado Democrático De Direito à luz da Teoria Luhmanniana. **Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica**. e-ISSN: 2526-0251, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 107 – 128, Jul/Dez. 2017, p. 123.

a função rígida que representa o código binário, qual seja da seleção da comunicação do meio, pois ao código não cabe a adaptação ou flexão a comunicação, uma vez que é ele o responsável pela seleção comunicativa que ingressa no sistema e que passa a integrar a sua reprodução.

Dessa forma, a corrupção sistêmica implica tanto no processo de autorreprodução do sistema, prejudicando a formação de seus atos, normas, procedimentos e processos de tomada de decisão que são ou podem vir a ser influenciados pelos códigos e comunicações de sistemas distintos, enfraquecendo assim a barreira da diferenciação funcional sistema e ambiente. A alopoiese pode também significar a não constituição dessas operações sistêmicas, quando a sua própria autorreferencialidade fica afetada, desfigurando as fronteiras entre o Sistema do Direito e o ambiente social, fazendo com que a diferenciação funcional desapareça²⁷⁹: “O problema implica o comprometimento generalizado da autonomia operacional do Direito. Diluem-se mesmo as próprias fronteiras entre sistema jurídico e meio ambiente [...]”.²⁸⁰

Por consequência, a alopoiese faz com que o Sistema do Direito fique impedido de realizar a generalização congruente, qual seja, o sistema torna-se incapaz de identificar e neutralização as expectativas sociais e conseqüentemente de produzir a normatividade jurídica adequada ao consenso coletivo, uma vez que as expectativas jurídicas se confundem com as comunicações de diferentes sistemas, repercutindo na positivação da norma:

Na alopoiese, o direito é incapaz de produzir generalização congruente de expectativas normativas a partir de diplomas legais, obscurecendo a própria distinção entre lícito e ilícito, tanto por falta de institucionalização quanto de identificação do sentido das normas [...].²⁸¹

Nesse sentido, o problema gerado pela alopoiese do Direito não habita a abertura cognitiva haja vista que a adaptação do sistema permanece acontecendo, na realidade a alopoiese acontece em razão do insuficiente fechamento operacional,

²⁷⁹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 148.

²⁸⁰ NEVES, Marcelo. Da Autopoiese à Alopoiese do Direito. **Anuário do Mestrado em Direito**. Recife: Editora da Universidade Federal de Pernambuco, 1992. p. 274 – 294. p. 291.

²⁸¹ CALIL, Mário Lúcio Garcez; ESTAVÃO, Roberto da Freiria. A alopoiese do direito na modernidade periférica brasileira como veículo de libertação a partir do dirigismo constitucional. Revista. **Novos Estados Jurídicos**, vol 24, nº 3, set-dez, 2019, DOI 10.14210, p. 765.

tendo em vista que a autorreferencialidade do sistema fica comprometida quando da dificuldade da construção da identidade sistêmica, que fica poluída com comunicações disformes da sua. Essa desestruturação acaba sendo refletida no processamento interno do sistema e, em vista disso, repercute na estrutura dos textos normativos, uma vez que o processo de generalização congruente fica comprometido, desestabilizando a concretização jurídica.²⁸²

A maior consequência desse fenômeno é que a própria distinção do código direito e não direito se torna socialmente perturbada, seja em razão da falta de institucionalização, ou seja, da falta de consenso coletivo ou em razão da falta da identificação do sentido das normas, arcando dessa forma, com o resultado mais custoso da alopoiese “a insegurança destrutiva nas relações de conflitos de interesse”.²⁸³

Aplicando esse entendimento, nos países de modernidade periférica, em que se observa um déficit na autonomia institucional e em preceitos da diferenciação funcional, o impacto prático da corrupção sistêmica é visível na falta de autonomia do Direito quando observado em relação a prática e efetividade do Estado de Direito.²⁸⁴

Nos países periféricos, a existência da seletividade realizada pelo código direito/ não direito, bem como, dos programas internos ao Sistema do Direito funcionam de maneira débil, pois seu fechamento operativo não é perene e autônomo e sim permeável e manipulável, diante da existência da corrupção sistêmica que é contínua, comprometendo a autonomia do sistema e permitindo a ingerência de comunicações distintas as jurídicas.²⁸⁵

Dessa forma, há necessidade de se reconhecer que nos países periféricos, o fenômeno da autonomia do direito e da sua função de construção progressiva de congruência de expectativas, com o devido retorno fáctico de criação e eficiência de normas jurídicas uniformemente disponibilizados à sociedade ocorre de forma

²⁸² NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito**. p. 99.

²⁸³ NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito**. p. 99.

²⁸⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto; PINTO, João Paulo Salles. **Corrupção e Diferenciação Funcional: Da alopoiese à autopoiese do Direito no Brasil**. p. 15.

²⁸⁵ RIBEIRO, Pedro Henrique. **Luhmann “Fora do Lugar?” Como a “condição periférica” da América Latina impulsionou deslocamentos na teoria dos sistemas**. p. 112.

desigual, tendo em vista há necessidade de reconhecer que nessas sociedades o funcionamento jurídico se dá de forma assimétrica em razão da concorrente influência de outros sistemas no campo jurídico.²⁸⁶ Nesses cenários de modernidade periférica, a autonomia dos sistema fica prejudicada, como refere Neves, “não se conseguiu a construção de sistema sociais que, embora interpenetráveis e mesmo interferentes, construam-se autonomamente no seus topos específicos”.²⁸⁷

Nessa perspectiva, a análise da existência da alopoiese do Direito em lugar da autopoiese dos sistemas significa dizer que em alguns lugares do planeta não foi possível construir a diferenciação funcional proposta por Luhmann, pois:

[...] em realidades como a do Brasil, onde se observam problemas de corrupção e de convivência de preceitos de sociedades estratificadas com sistemas sociais funcionalmente diferenciados, a exemplo dos constantes clientelismos e de favorecimentos pessoais na política motivadas especialmente por razões econômicas.²⁸⁸

A partir dessa realidade, é possível perceber que no Poder Judiciário Brasileiro a esfera de juridicidade não está apta a agir plenamente alicerçada por seus próprios critérios, de modo a realizar a generalização congruente das expectativas sociais independentemente de qualquer interferência, peneirando as influências de contextos econômicos, políticos, sociais, religiosos e demais sistemas que possam vir a sugestionar o Sistema Jurídico.

Dessa forma, apesar da corrupção sistêmica ser uma realidade nas modernidades periféricas, como o Brasil, conforme estudada e aprofundada por Marcelo Neves, essa observação é feita em relação ao sistema como um todo, considerando a sua integralidade, da periferia ao centro. Entretanto quando falarmos especificamente da argumentação jurídica utilizada pelos operadores do direito, estes acabam sendo responsáveis, quando do processo de tomada de decisão de impedir que essas ingerências se reproduzam nos seus julgamentos.

²⁸⁶ RIBEIRO, Pedro Henrique. **Luhmann “Fora do Lugar?” Como a “condição periférica” da América Latina impulsionou deslocamentos na teoria dos sistemas.** p. 116.

²⁸⁷ NEVES, Marcelo. Entre Subintegração e Sociointegração: A cidadania inexistente. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 37, nº. 2, 1994, p. 253 – 276. p. 264

²⁸⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto; PINTO, João Paulo Salles. **Corrupção e Diferenciação Funcional: Da alopoiese à autopoiese do Direito no Brasil.** p. 14.

Por conseguinte, considerado o Supremo Tribunal Federal, o mais central dos órgãos e a mais alta instância do Sistema do Direito, este é o responsável pela salvaguarda da Constituição Federal. Contudo, mesmo sendo a Carta Magna o documento referência da ocorrência do acoplamento estrutural entre direito e política, quando o STF, na atribuição das suas funções típicas de guardião da Constituição, seja nas suas atribuições originárias ou decorrentes, estes têm, assim como os demais órgãos jurídicos, a obrigatoriedade de sempre e exclusivamente estar vinculado a fundamentação jurídica, orientada pela seletividade de argumentos estritamente da ordem do Direito.

Dessa forma, cabe o ingresso de forma específica ao questionamento proposto pelo presente trabalho, qual seja, a partir de seleção de decisões pré-determinadas oriundas do Supremo Tribunal Federal, passou-se a analisar se a argumentação utilizada por tais julgadores se limitam a fundamentos de ordem exclusivamente jurídicas, ratificando a autopoiese do direito das suas decisões, ou se suas alegações se travestem de comunicações e fundamentações de ordem externas ao sistema, evidenciando a alopoiese do sistema.

3.2 A ALOPOIESE DO SISTEMA DO DIREITO FRENTE AO SISTEMA SOCIAL: O ESTUDO DO *HABEAS CORPUS* 152.752

A existência de um sistema fechado para teoria luhmanniana tem como pressuposto a existência de um ambiente. Este espaço exterior a sua estrutura operativa, representa o “ecossistema” capaz de gerar os elementos/comunicações para sua autorreprodução, ao passo em que também participa como pré-condição para conservação do seu fechamento sistêmico e por consequência, da sua diferenciação funcional. Nesse caminho, depreende-se que o ambiente do sistema jurídico é o Sistema Social.

É no Sistema Sociedade que se originam as comunicações, que são produzidas por meio das pessoas e das suas constantes trocas. Logo, o ambiente do Sistema Social são as pessoas, suas consciências e suas expectativas que quando trocadas possibilitam a geração da comunicação, que como refere Luhmann, “*es una operación genuinamente social, la única genuinamente social.*”²⁸⁹

²⁸⁹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. p. 57.

A comunicação tem por característica para sua formação a participação de um grande número de pessoas e de suas consciências, fazendo com que através dela não se possa reconhecer os estados e as vontades internas particulares de cada homem, qual seja, a comunicação, não pode ser atribuída de forma individualizada e comum²⁹⁰. Isso ocorre porque a comunicação reage com outras comunicações, pois a troca desses elementos acontece através de acoplamentos estruturais entre os pensamentos e entendimentos individuais, nunca se chegando a um consenso coletivo, entretanto, para ser considerada uma comunicação essa deve emitir sentido e entendimento.²⁹¹

Nesse sentido, cabe lembrar que na Teoria Luhmanniana, diferentemente do que é estabelecido por outras teorias, nas quais a sociedade é composta por pessoas e suas ações, aqui a comunicação é a centro, sendo essa a responsável pela composição e formação do Sistema Social. Logo, os homens são apenas seu ambiente, ou seja, os responsáveis pela operação social que atuam na produção da informação, emissão e entendimento, que tem por resultado a geração de toda a comunicação presente no Sistema Social.²⁹²

Dessa forma, o responsável por gerar os elementos para a operatividade tanto para o Sistema do Direito, quanto para outros subsistemas é o próprio Sistema Sociedade, que pode ser descrito resumidamente da seguinte forma: “sistemas sociais seriam processadores de informação altamente seletivos e que, por isso, as ações e os seus sujeitos seriam operações externas à autorreferencialidade das operações de processamento de informação.”²⁹³

Assim, é por meio dessa constante e incessante troca de informação que as comunicações são geradas e, como sabido, são as comunicações produtoras de expectativas, que quando selecionada pelo código binário direito/ não direito passam a integrar o fechamento operativo do sistema, sendo esse responsável pela congruência e coerência destas comunicações ao Subsistema do Direito, e também pelas suas respostas ao Sistema Sociedade, através das decisões por ele emitidas.

²⁹⁰ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. p. 57 – 58.

²⁹¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 656.

²⁹² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 654.

²⁹³ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. p. 654.

Todo esse processo, quando opera de forma alinhada, proporciona um sistema que trabalha a partir da sua própria estrutura e de seus elementos que se processam internamente e autorreferencialmente, sem influências externa, garantindo a autonomia e a autopoiese do Direito. Contudo, conforme vimos, nas sociedades periférica, como no Brasil, esse encadeamento de operações não é tão linear e transparente, proporcionando abertura para a ingerência de outras áreas em diferentes sistemas, inibindo o fechamento operativo do Sistema do Direito.²⁹⁴

Por consequência essa realidade é refletida nas decisões do Poder Judiciário, dado a corrupção sistêmica que desestabiliza o sistema, distorcendo e comprometendo seu fechamento operativo que passa agora a operar com comunicações desformes ao do código jurídico direito / não direito, caracterizando assim uma possível alopoiese do Direito. Essa desconformidade acaba por ser refletida para toda operação e programação sistêmica do Direito, comprometendo a autorreferencialidade jurídica e a função do Direito de contingenciar as expectativas da sociedade, uma vez que diferentes comunicações externas e em desacordo com o código acabam por fazer parte das respostas que o Direito transmite ao Sistema Social através das suas decisões.²⁹⁵

Dessa forma, foi selecionado o voto emitido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, quando da tomada de decisão proferida em 04 de maio de 2018 referente ao julgamento do *habeas corpus*²⁹⁶ de número 152.752²⁹⁷ do estado do Paraná, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal para a realização da análise da fundamentação utilizada pelo julgador, a fim de identificar suposta concretização da alopoiese do Sistema do Direito em razão da sobreposição do Sistema Social quando da sua argumentação.

²⁹⁴ CALIL, Mário Lúcio Garcez; ESTAVÃO, Roberto da Freiria. **A alopoiese do direito na modernidade periférica brasileira como veículo de libertação a partir do dirigismo constitucional.** p. 765.

²⁹⁵ GONGALVEZ, Guilherme Leite. Função interpretativa, alopoiese do direito e hermenêutica da cordialidade. **Revista Direito e Práxis**, vol. 1, n. 01, 2010. p. 27

²⁹⁶ Constituição Federal, art. 5º, inciso LXVIII: conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

²⁹⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Habeas Corpus 152.752. Relator Ministro Edson Fachin. Plenário Supremo Tribunal Federal, 04 de maio de 2018. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT .pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf). Acesso em: 02 de junho de 2021.

No caso estudado foi impetrado *habeas corpus* em favor da manutenção da tutela da liberdade de locomoção do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva em razão da confirmação em segunda instância da sua condenação proferida pelo Tribunal Federal da 4ª Região. Descrevendo resumidamente a conjuntura dos fatos, o ex-Presidente foi condenado pelos crimes tipificados no artigo 317²⁹⁸ do Código Penal Brasileiro e pelo artigo primeiro²⁹⁹ da Lei 12.683 – Lei de Lavagem de Dinheiro.

Ocorre que no momento dessa condenação o entendimento jurisprudencial que preponderava no Supremo Tribunal Federal era o fixado em 2016 que por votação do plenário do mesmo órgão, quando do julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP, foi decidido pela possibilidade de execução antecipada da pena quando houvesse confirmação da condenação em segunda instância, autorizando-se assim a prisão do réu/condenado antes do trânsito em julgado do processo³⁰⁰. Diante dessa realidade, o ex-Presidente, em razão da confirmação da sua condenação impetrou *habeas corpus* preventivo a fim de questionar tal entendimento.

Partindo especificamente para análise do voto Ministro Barroso, logo no início da sua explanação chama a atenção a manifestação de cunho pessoal proferido pelo julgador, a qual refere que o réu foi um “um político que deixou o cargo com elevados índices de aprovação popular e que presidiu o país em um período de relevante crescimento econômico e de expressiva inclusão social”.³⁰¹ Trazemos tal comentários, em razão da ingerência de percepção particular e indevida dado a um julgamento manifestamente jurídico.

²⁹⁸ Código Penal Brasileiro – Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Corrupção passiva: Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

²⁹⁹ Lei 12.683 – Lei de Lavagem de Dinheiro. Art. 1º: Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

³⁰⁰ FREITAS, Ariel Perote de. **O Habeas Corpus 152.752 e a execução provisória de sentença com base no princípio da presunção de inocência e da ampla defesa**. Publicação do site Jus.com, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/85879/o-habeas-corporus-152-752-e-a-execucao-provisoria-de-sentenca-com-base-no-principio-da-presuncao-de-inocencia-e-da-ampla-defesa>. Acesso em: 2 de junho de 2021.

³⁰¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 152.752. Relator Ministro Edson Fachin. Plenário Supremo Tribunal Federal, 04 de maio de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf>. Acesso em: 02 de junho de 2021. Voto do Ministro Roberto Barroso, p. 1.

Dando seguimento ao exame das manifestações, o ponto máximo de apreciação da argumentação utilizada no voto do Ministro para o presente trabalho é a que segue:

“Ninguém interpreta a Constituição e muito menos o Direito Penal para atender clamor público. Nisso estamos todos de acordo. Mas uma interpretação que produz consequências absurdas e frustra sentimentos mínimos de justiça da sociedade não pode ser a interpretação adequada do texto constitucional”.³⁰²

No presente trecho, observa-se a influência de comunicações externas ao Sistema do Direito e a sua ingerência no processo de fundamentação da tomada de decisão. Quando da afirmação na decisão jurídica de que a interpretação da Constituição não pode frustrar os sentimentos de justiça da sociedade, acaba-se por vincular e submeter a decisão a não frustração da perspectiva do Sistema Social, corrompendo por consequência a autonomia do Direito. Aqui, parte da fundamentação da decisão passa a ser composta de argumentos e de pontos relevantes ao ambiente do Sistema Jurídico, e não ao seu próprio sistema e seu fechamento operativo.

No presente caso, identificamos a ocorrência da alopoiese do Direito. O código do sistema jurídico falha quando da permissão do ingresso de comunicações externa ao sistema fossem argumentos para tomada de decisão. O fechamento operativo foi comprometido por uma comunicação oriunda da expectativa emitida pela Sistema Social, que quando utilizada pelo Ministro Barroso buscou a congruência e a satisfação dos anseios da sociedade, prejudicando a construção da identidade sistêmica jurídica que ficou poluída com argumentos alheios ao seu código.

Nesse sentido, ainda que a função do Direito para Luhmann seja a de fonte de congruência para o Sistema Social, trabalhando como um contingenciador de expectativas do seu ambiente, o objetivo da decisão jurídica e a seleção da melhor possibilidade deve ser calcada dentro do direito. Por consequência, a justificativa utilizada de que não deveria frustrar os sentimentos mínimos de justiça da

³⁰² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 152.752. Relator Ministro Edson Fachin. Plenário Supremo Tribunal Federal, 04 de maio de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf>. Acesso em: 02 de junho de 2021. Voto do Ministro Roberto Barroso, p. 19.

sociedade, utilizado no *habeas corpus* 126.292/SP, é utilizada para corresponder às expectativas do Sistema Social para as decisões do Sistema do Direito, ou seja, a ambição e a perspectiva social prevalecem sobre as do direito.

Como visto, o sistema de decisão judicial ocorre através da utilização reiterada de decisões já tomadas em casos semelhantes, observando a legislação vigente e o posicionamento jurisprudencial de outras decisões, e na utilização da interpretação e a argumentação para seu embasamento, permitindo sempre a aprendizagem do sistema através da recepção e contingência das expectativas.³⁰³ Entretanto, ainda que caiba a interpretação dos magistrados a função de manutenção do entendimento e contextualização das normas jurídicas e que caiba à argumentação da decisão a construção das justificativas dadas em razão do novo sentido, esse processo deve ocorrer limitado a juridicidade dessa análise e a expectativa jurídica, não podendo ceder ou deixar-se seduzir pelas expectativas do Sistema Social.

O clamor público e a busca por satisfazer o sentimento de justiça para a sociedade, são citados como um dos argumentos para justificar a tomada de decisão do Ministro, certificando que comunicações do Sistema Sociedade ingressaram no Sistema Jurídico e influenciaram diretamente a tomada de decisão, corrompendo o código do direito que foi sobreposto pelo Sistema Social, caracterizando a alopoiese do sistema.

A desconsideração da manutenção da consistência e da autorreferência jurídica quando da tomada de decisão, oportunizou a intervenções de sistemas diversos e de particularismos³⁰⁴ no sistema jurídico. Por consequência da corrupção sistêmica, essas interferências passam agora a fazer parte do processamento interno do sistema, servindo de base decisória para casos semelhantes que acaba por repercutir na reprodução do sistema jurídico, propagando a argumentação imprópria, descaracterizando e corrompendo o fechamento operativo e desestabilizando a coerência sistêmica do Direito.³⁰⁵

³⁰³ DINIZ, Eduardo Saad. **A sociologia da decisão: a econômica, a política, a jurídica.** p. 957

³⁰⁴ GONGALVEZ, Guilherme Leite. **Função interpretativa, alopoiese do direito e hermenêutica da cordialidade.** p. 28.

³⁰⁵ NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito.** p. 99.

Dessa forma, aqui encontra-se a configuração fática da alopoiese sistêmica no sistema jurídica brasileiro. Observa no trecho descrito a concreta corrupção sistêmica, dada a real influência do Sistema Social no processo de tomada jurídica, onde o magistrado aplica e sobrepõe as necessidades sociais ao jurídicas, deixando o meio ambiente do Sistema Jurídico gerenciar e fundamentar a decisão jurídica.

Ainda que, quando do julgamento do HC 152.752, o Sistema Social estivesse bastante agitado, propiciando um ambiente emissor de muita comunicação e de criação de expectativas, dado que estava a decisão do julgamento deliberaria sobre a liberdade ou a prisão de uma figura pública representante do cargo de máxima autoridade do Poder Executivo do Estado Brasileiro, o Sistema do Direito e seus julgadores devem operar de forma fechada, tendo em vista que no processo de formação da decisão judicial deve ser guiado pela autorreferencialidade sistêmica.

Em razão da alta complexidade social, a dificuldade dos países de modernidade periférica em organizar essa comunicação fica acentuada, abrindo margem para esse tipo de ocorrência:

[...] problemas de complexidade condicionam a perfectibilização da diferenciação funcional, cujos critério de decidibilidade são tanto mais específicos quanto mais se dispõem a prestação sistema/entorno, tanto mais operacionalmente enclausuradas quanto maior o envolvimento com a abertura cognitiva.³⁰⁶

Dessa forma, quando maior a complexidade presente na sociedade, mais rígida deve ser a diferenciação entre sistema jurídico e entorno pra assim evitar a alopoiese sistêmica, devendo também os julgadores serem mais prudentes e cautelosos quando da escolha dos critérios de decisão, em atenção a manutenção do fechamento operativo e da conservação da autopoiese do Sistema do Direito.

Diante do trecho do Ministro, é possível observar a corrupção sistêmica, tendo em vista desde o comentário de ordem pessoal abrindo a decisão jurídica quando a influência social utilizada como elemento argumentativo para tomada de decisão. Ressalta-se que os traços da modernidade periférica também podem ser aqui representados, uma vez que na presente decisão, questões de ordem política também ingressam no sistema jurídico e a pressão social sobre os julgadores afetou

³⁰⁶ DINIZ, Eduardo Saad. **A sociologia da decisão: a econômica, a política, a jurídica.** p. 963

sua deliberação decisória, demonstrando que as instituições brasileiras são debilitadas, condescendendo a influências por pressão social.

O maior prejuízo dessa ocorrência para além da alopoiese do sistema jurídico, é a própria distorção do que o código direito/não direito passa a representar para a sociedade, posto que a imagem do direito se torna socialmente perturbada, quando deixa transparecer a influência do ambiente social no Sistema do Direito, acentuando a insegurança na legitimidade das decisões proferidas jurídicas.

Portanto, identificada a ocorrência da alopoiese sistêmica, quando da corrupção do Sistema Social ao Sistema do Direito, à medida em que houve a decisão jurídica foi fundamentada sobre o argumento de não frustrar as expectativas sociais para atender o clamor público.

3.3 A ALOPOIESE DO SISTEMA DO DIREITO FRENTE AO SISTEMA ECONÔMICO: O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 632.212

O desenvolvimento do mundo e a forma de viver que compartilhamos hoje está estritamente ligada com o modelo econômico que adotamos. Prevalece hoje no mundo, um sistema econômico fundamentado pelo capital, modelo esse que reformulou e influenciou as relações entre os Estados, a política, a sociedade e o direito, impactando diretamente a vida das pessoas.

Nessa perspectiva, o Sistema Econômico proposto por Luhmann é estruturado igualmente aos demais sistemas da Teoria, tendo como ambiente também o Sistema Social, estando presentes diversas comunicações que interagem com suas operações internas quando essas se enquadram na seletividade realizada pelo código binário do Sistema Econômico, qual seja: ter/ não ter.³⁰⁷

Para melhor compreender seu funcionamento, os sistemas econômicos são guiados pela ideia da escassez, ou seja, pelas disparidades entre quantidade demandada e a quantidade fornecida. A escassez é classificada por meio de dois vieses: através da insuficiência de bens e serviços para atender a população que é

³⁰⁷ NEVES, Fabrício Monteiro; AGUILAR FILHO, Hélio Afonso de Aguilár. O Acoplamento entre Sociedade e Economia: A Teoria dos Sistemas nas contribuições de Talcott Parsons e Niklas Luhmann. Século XXI – Revista de Ciências Sociais, vol. 2, nº 1, p. 138 – 167, jan/jun, 2012, p. 157.

globalmente determinada e pela conseqüente carência de financeira em adquiri-los. Partindo desses conceitos e dos seus sentidos é que se compreende a aplicabilidade do código do sistema econômico, ter / não ter.³⁰⁸

Assim, a função do Sistema Econômico para Luhmann é de condicionamento, de adequação e respeito entre as duas formas de escassez, que é materializada através do preço dos produtos e serviços. Isso ocorre porque na economia, sua função não pode ser minimizada na tentativa da redução da escassez ou ao aumento da riqueza como uma fórmula de contingência, aqui buscase *“la producción y regulación de la escasez para la desproblematización de una futura satisfacción de necesidades”*.³⁰⁹ Dessa forma, por meio da economia buscase controlar um futuro presente, que controlando as irritações ao Sistema da Economia procura-se evitar a escassez através do preço.

Por meio da função da economia, é possível identificar o funcionamento autopoietico do sistema econômico, o qual tem sua operação concretizada através de pagamentos que geram outros pagamentos, ou seja, através da circulação de moeda que possibilitam como resultado uma visão futura arquitetada, mas também ilimitada, uma vez que as operações do sistema administram a escassez, ao passo em que garantem o futuro econômico.³¹⁰

Dessa forma, a autopoiese do sistema tem como motor do seu fechamento operativo os pagamentos, conforme explica Luhmann:

La economía adquiere su unidad como sistema autopoietico, producido y reproducido por sí mismo, mediante el empleo de su propio tipo de elementos, los cuales sola y exclusivamente aparecen en la economía, es decir obtienen su unidad solo en referencia recursiva a otros elementos del propio sistema. El unit-act de la economía lo constituyen los pagos. Los pagos poseen todas las propiedades de un elemento autopoietico: solo son posibles sobre la base de otros pagos y no tienen otro propósito que el de permitir pagos en la relación recursiva de la autopoiesis de la economía. [...] La economía se compone de incesantes nuevos pagos. Si los pagos dejasen de ocurrir, la economía simplemente dejaría de existir como un sistema diferenciado.³¹¹

³⁰⁸ LUHMANN, Niklas. La economía de la sociedade como sistema autopoietico. **Revista del Magister em Análisis Sistemico Aplicado a la Sociedade**, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Antropología, Universidad del Chile, nº 29, Setembro de 2013, p. 1 – 25. Tradução de Hugo Cadenas. p. 12.

³⁰⁹ LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedade como sistema autopoietico**. p. 12.

³¹⁰ LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedade como sistema autopoietico**. p. 13.

³¹¹ LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedade como sistema autopoietico**. p. 13.

Nesse sentido, a unidade do sistema se mantém através de pagamentos reiterados, que quando da realização de reiterados pagamentos, promove a efetivação de outros pagamentos que tem como pressuposto o cumprimento de um pagamento anterior, consubstanciando assim a operação circular do Sistema Econômico, ou seja, seu fechamento operativo, garantindo a autopoiese da economia.

Entretanto, esse sistema de capital observado sobre a ótica estritamente econômica empresarial tem como objetivo principal auferir lucro. Através de uma ordem econômica organizada foi estimulado grandes avanços relacionados com o desenvolvimento de novas tecnologias de informações, de comunicação e na mobilidade humana, promovendo o aumento possibilidades e de expectativas quando da facilitação do acesso, promovendo uma gama de conhecimentos e oportunidades. Esse processo proporcionou um novo cenário, qual seja, de um mundo globalizado e de fronteiras porosas, aumentando consequentemente a complexidade de forma exponencial.

No mesmo sentido, uma nova perceptiva estatal também foi sistematizada pela ordem econômica, uma vez que os Estados se tornaram grandes aliados desse sistema, tendo em vista que “para preservar sua capacidade de policiar a lei e a ordem, os Estados tiveram que buscar alianças e entregar voluntariamente pedaços cada vez maiores de sua soberania”.³¹² Essas alianças foram feitas com aqueles que dominam o capital e que, por consequência, passam a influenciar a governança dos Estados.

Nessa nova dinâmica, além dos Estados, seus projetos econômicos e jurídicos foram alterados e submetidos a vontade das empresas que se tornaram grandes influenciadores e ordenadores dos demais sistemas, em razão de que o mercado do capital, que está fortemente vinculada ao sucesso da economia estatal faz com que os Estados, suas organizações e instituições se interligassem em busca de manter um ambiente econômico favorável.³¹³

³¹² BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2019, p. 8.

³¹³ KESSELRING, Thomas. **Ética, política e desenvolvimento humano: a justiça na era da globalização**. Caxias do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 2007, p. 157-158.

Dessa forma, quando se fala em econômica, estão abrangidas mais do que relações com o dinheiro e entre pagamentos, pois além da influência dos indicadores econômicos em aspecto mundial, essas comunicações se refletem também no nível de desemprego, inflação, juros, atualização monetária, ou seja, também influenciam diretamente as decisões pessoais diárias sobre os recursos e sua escassez.

À vista disso, o Sistema Econômico ganhou relevância e poder, tendo um potencial decisivo em diversos subsistemas sociais. Contudo, nos países de modernidade periférica, a força do código da economia tem especial relevância, dado que esses Estados, submetem sua autonomia a necessidade de manter uma estrutura empresarial, que acaba por ser o protagonista, mesmo que indireto, das instituições e organizações estatais.³¹⁴

O Direito e a Economia naturalmente mantêm acoplamentos estruturais, dado a interdisciplinaridade dos seus conteúdos. Como grande exemplo desse canal direto de comunicações estão os contratos e a proteção da propriedade privada. Entretanto, todos devem ser aplicados sobre o viés jurídico, demandando e preponderando os interesses jurídicos que se integraram com comunicações econômicas que hoje agregaram o Sistema do Direito³¹⁵:

Quando o direito responde a demandas e interesses econômicos, em um âmbito secundário ele já está lidando com a economia. Como vimos, ao discutir a chamada jurisprudência de interesses, o direito tem seu próprio conceito de 'interesses', porém isso se aplica exclusivamente à rede das próprias operações do direito. Interesses econômicos tornam-se 'homogeneizados' por aquelas operações, são despidos de sua relevância econômica específica (por exemplo, de seu valor monetário) e abstraídos na forma de interesses puros. De modo correlativo, são classificados segundo interesses juridicamente protegidos/juridicamente não protegidos, de acordo com o código jurídico.³¹⁶

Nesse sentido, o acoplamento existente entre o Sistema Econômico e o Jurídico permite que as irritações do sistema econômico sejam respondidas pelo direito, ao passo em que o direito também irrita a economia através das suas

³¹⁴ CALIL, Mário Lúcio Garcez; ESTAVÃO, Roberto da Freiria. **A alopoiese do direito na modernidade periférica brasileira como veículo de libertação a partir do dirigismo constitucional.** p. 778.

³¹⁵ NEVES, Fabrício Monteiro; AGUILAR FILHO, Hélio Afonso de Aguiar. **O Acoplamento entre Sociedade e Economia: A Teoria dos Sistemas nas contribuições de Talcott Parsons e Niklas Luhmann.** p. 159.

³¹⁶ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** p. 606.

decisões. Quando observamos a troca comunicativa entre Direito e Economia, percebe-se o quanto uma decisão jurídica pode repercutir nas deliberações futuras da economia³¹⁷, até mesmo na escassez de bens e produtos, bem como, a forma com que decisões econômicas produzem complexidade no Sistema Social e criam expectativas financeiras também irritam o Sistema Jurídico, gerando demandas processuais que tem de ser contingenciadas.

Todavia, essa troca direta de comunicações não pode desconfigurar o fechamento operativo dos sistemas, pois:

[...] nada modifica o caráter de fechamento de ambos os sistemas e não altera em nada o fato de que a economia busque lucros ou inversão rentável de capital e que o sistema do direito, sob condições dificultadas pela economia, busque justiça ou decisões casuísticas suficientemente consistentes. [...].³¹⁸

Essa constatação ganha relevância, pois, em que pese esse ser o cenário ideal, o Sistema Econômico visa o capital, sempre pretendendo o lucro, ao passo que o Direito, na aplicação das suas diretrizes tem como propósito a contingência de expectativa, mesmo que essa signifique a limitação de rendimentos. E é nesse sentido, que o Sistema do Direito acaba sendo atingido por essa influência direta do Sistema Econômico, especialmente em países de modernidade periférica.

Adentra-se aqui, na adversidade de decisões judiciais interferidas com interpretações e argumentos do sistema econômico, prejudicando a autopeise do Sistema do Direito. Trata-se da decisão proferida na petição número 75.530 de 2018, oriunda do Recurso Extraordinário 632.212³¹⁹ do estado de São Paulo, proferida de forma monocrática pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes.³²⁰

³¹⁷ Podemos lembrar a própria disciplina nos Cursos de Ciências Jurídicas da Análise Econômica do Direito que visa compreender e explicar as influências e implicações do direito na economia e vice e versa.

³¹⁸ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 610 – 611.

³¹⁹ Recurso Extraordinário 632.212 (Tema 285 do STF): Questiona as diferenças dos índices aplicáveis para apuração de diferenças de correção monetária de valores depositados em Cadernetas de Poupança, decorrentes de Planos Econômicos, firmando a Tese 285: “Diferenças de correção monetária de depósitos em caderneta de poupança, não bloqueados pelo BACEN, por alegados expurgos inflacionários decorrentes do Plano Collor II.”

³²⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 632.212, São Paulo. Relator Ministro Gilmar Mendes. Decisão monocrática, 31 de outubro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338983846&ext=.pdf>. Acesso em: 17 de julho de 2021.

A ação que deu origem a decisão, tem por objetivo a cobrança de expurgos inflacionários³²¹ dos planos econômicos ocorridos no Brasil, especialmente os decorrentes do Plano Collor I e II³²². A ação visa a atualização pelo índice de inflação, bem como, a correção monetária da época, uma vez que quando da devolução dos valores retirados das poupanças estes cidadãos receberam apenas os juros remuneratórios. Contudo, milhares de ações individuais decorrentes da mesma demanda foram ajuizadas, provocando enorme mora na tramitação de tais processos.³²³

Em que pese as decisões judiciais serem proferidas em favor dos poupadores afirmando o direito das restituições das diferenças entre a remuneração e os valores retornados nas poupanças, os bancos, demandados dessas ações, trabalharam a fim de embaraçar esses pagamentos. Considerando que grande parte dessas ações se encontravam em fase de liquidação e cumprimento de sentença, recorreram os bancos dentro do Recurso Extraordinário 632.212, afirmando que o prosseguimento dessas liquidações teriam “desestimulado a adesão dos poupadores” de fazer acordos com os bancos, o que facilitaria a esses “o pagamento da dívidas pelas instituições mantendo a estabilidade do Sistema Financeiro Nacional”, requerendo assim a suspensão de todas as liquidações e execuções das ações que deferiram o recebimento do expurgo.³²⁴

Ocorre que esse pedido dos Bancos foi concedido Supremo Tribunal Federal, determinando a suspensão de todos os processos judiciais, seja na fase de conhecimento, seja na fase executória por um período de 24 (vinte e quatro) meses,

³²¹ Expurgo inflacionário é a inaplicação ou a aplicação errônea dos índices de inflação que deveriam ser aplicados em determinado período. Melhor explicando é a não aplicação da correção monetária pela variação da inflação, que faz com que os cidadãos que tenha valores aplicados ou em poupanças bancárias percam poder de compra, em razão da desvalorização do seu dinheiro.

³²² O Plano Collor foi um plano econômico decretado por meio de medida provisória, que visava acabar com a inflação para melhorar a economia, tendo como uma das medidas adotadas a retenção das poupanças em valores superiores a 50.000 cruzeiros nos bancos. Prometia o governo a devolução dos valores em dezoito meses aplicados juros de 6% ao ano e correção monetária, contudo tal fato não se concretizou, fazendo com que os correntistas ingressassem na justiça a fim de recuperar seu dinheiro.

³²³ MAGALHÃES, Simone Maria Silva. **STJ enfrentará polêmica dos expurgos inflacionários dos planos econômicos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-17/garantias-consumo-stj-polemica-expurgos-inflacionarios-planos-economicos>. Acesso em: 31 de julho de 2021.

³²⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 632.212, São Paulo. Relator Ministro Gilmar Mendes. Decisão monocrática, 31 de outubro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338983846&ext=.pdf>. Acesso em: 17 de julho de 2021, p. 1 – 2.

adotando, compartilhando e afirmando o argumento de que o objetivo maior seria “garantir o equilíbrio do Sistema Financeiro Nacional”.

Por conseguinte, observamos que apesar do Sistema do Direito quase ter exaurido sua função retornando efetivamente a expectativa jurídica, o argumento ou a própria intensão da decisão judicial, faz prevalecer o código do setor bancário, através da sobreposição do interesse do Sistema Financeiro sobre o Sistema do Direito. Por meio dessa decisão, é possível identificar a alopoiese do Sistema Jurídico, dada a influência e dominância direta do código ter/ não sobre do código direito/ não direito.

Assim, malgrado as inúmeras decisões judiciais favoráveis afirmando o direito dos poupadores, o setor bancário, que é o centro do Sistema Econômico, corrompeu o Sistema Jurídico, em uma decisão emitida pelo também órgão central do Sistema do Direito, o Supremo Tribunal Federal. A decisão ratifica a posição privilegiada da economia e, no referido caso, do seu predomínio frente ao Sistema do Direito. A acolhida do julgador pelo argumento de ordem financeira, bem como, a sua própria decisão evidenciou que o Direito foi subordinado aos benefícios econômicos.

Dessa forma, ainda que o acoplamento permita “que as operações econômicas próprias sejam eficazes como irritações do sistema de direito e que as operações jurídicas próprias o sejam como irritações do sistema econômico”³²⁵, para Luhmann o Sistema do Direito deve se autorreferenciar e autossustentar, mesmo que em contato direto com outros sistemas de função da sociedade³²⁶:

Quando o direito responde a demandas e interesses econômicos, em um âmbito secundário ele já está lidando com a economia. Como vimos, ao discutir a chamada jurisprudência de interesses, o direito tem seu próprio conceito de ‘interesses’, porém isso se aplica exclusivamente à rede das próprias operações do direito. Interesses econômicos tornam-se ‘homogeneizados’ por aquelas operações, são despidos de sua relevância econômica específica (por exemplo, de seu valor monetário) e abstraídos na forma de interesses puros. De modo correlativo, são classificados segundo interesses juridicamente protegidos/juridicamente não protegidos, de acordo com o código jurídico. Isso pressupõe que o sistema jurídico e o sistema econômico encontram-se estruturalmente acoplados no sentido exposto acima, mas não explica como estariam.³²⁷

³²⁵ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 610.

³²⁶ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 430.

³²⁷ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. p. 606.

Desde modo, mesmo que o acoplamento permita a troca recíproca de comunicações, os interesses econômicos dentro do Sistema do Direito devem ser equalizados sobre a perspectiva jurídica. Logo, a dedicação argumentativa dos julgadores dentre as possibilidades selecionadas pelo Sistema do Direito, bem como, o processo de decisão deve ser limitada a extrair dessas a melhor opção ao caso concreto, contingenciando as expectativas jurídicas, mesmo que essa signifique a limitação ou redução da expectativa de lucro, frustrando o Sistema Econômico³²⁸.

Assim ainda que o cenário para ocorrência de corrupção sistêmica em países de modernização periférica seja mais propício para tal fenômeno, dada a influência e dependência do capital sobre o governo, para Teoria Sistêmica a autopoiese do Direito foi corrompida.

Portanto, fica verificada a ocorrência da alopoiese do Sistema do Direito, quando da incursão do sistema econômico como fundamento principal à decisão proferida pelo Sistema Jurídico. Ainda que os sistemas sejam independentes, o Sistema do Direito e o Econômico sofrem diversos acoplamentos, em especial, na sociedade moderna e complexa, tendo em vista da forte influência da economia monetária na vida cotidiana.³²⁹ Apesar disso, verificamos a corrupção sistema do viés econômico, assinalando a alopoiese do Sistema do Direito, quando a decisão proferida por esse não foi produto da sua autopoiese e autoreferencialidade e, sim, da prevalência de argumentos em decisão inclinada ao benefício do Sistema Econômico.

3.4 A AUTOPOIESE DO SISTEMA DO DIREITO FRENTE AO SISTEMA RELIGIOSO: A POSSÍVEL INFLUÊNCIA NO PROCESSO DECISÓRIO

A prática religiosa sempre esteve presente nas civilizações desde os primórdios da humanidade, continuamente exercendo um papel bastante decisivo no desenvolvimento das sociedades e no modelo de vida adotado por seus grupos. Inicialmente, a crença em algo superior ou em uma divindade com poderes superiores surgiu para, além de promover a fé, explicar acontecimentos naturais

³²⁸ DINIZ, Eduardo Saad. **A sociologia da decisão: a econômica, a política, a jurídica**. p. 56 – 58.

³²⁹ LUHMANN, Niklas. **La economia de la sociedad como sistema autopoietico**. p. 2.

incompreensíveis à época, sendo essa também essa uma maneira bastante eficaz e utilizada de exercer controle sobre as populações.³³⁰

Com a modernidade, a evolução da sociedade e os avanços científicos, a percepção da religião foi polindo-se, uma vez que “transformar o indeterminado em determinável”³³¹, ou seja, a necessidade humana de compreender determinados acontecimentos, como as mudanças climáticas, o aparecimento de doenças, o dia e a noite e surgimento de pragas foi sanada com o desenvolver da ciência, essa que tomou proporções cada vez maiores com o desenvolvimento da humanidade.³³²

Esses acontecimentos fizeram com que a religião se conectasse as reivindicações de ordem mais transcendentais e espirituais, pois a necessidade da crença em uma força superior para dar sentido à vida e a uma ordem interna permaneceram, dado que sentimentos que ultrapassam a razão e a comprovação científica permaneceram não sendo explicados, sendo na fé e na religião o caminho para a busca dessas respostas e para o sentido da vida, mantendo seu espaço e influência na vida das pessoas e dos diferentes subsistemas sociais.³³³

Dessa maneira, a religiosidade está hoje relacionada a uma forma de melhorar a vida que vivemos, através de um conjunto de ritos, dogmas, fundamentos e cerimônias que trazem “alívio às tensões latentes, como no sofrimento, transformando-o em algo suportável”.³³⁴

Partindo dessa percepção e aplicando-a a Teoria de Niklas Luhmann, diferente dos demais subsistemas aonde a comunicação provem de um ambiente externo, a comunicação religiosa nasce do íntimo do indivíduo, da sua consciência e das suas percepções e crenças internas.³³⁵ A espiritualidade é uma esfera privada oriunda dos sistemas psíquicos individuais, que podem ser contempladas

³³⁰ SOUZA, Ana Paula Lemes de; SIMIONI, Rafael Mazzarotto. **O Congresso Nacional entre o *Mýthos* e o *Lógos*: Religião e corrupção sistêmica no cenário política brasileiro.** p. 466.

³³¹ BACHUR, João Paulo. **A diferenciação funcional da religião na Teoria Social de Niklas Luhmann.** p. 181.

³³² SOUZA, Ana Paula Lemes de; SIMIONI, Rafael Mazzarotto. **O Congresso Nacional entre o *Mýthos* e o *Lógos*: Religião e corrupção sistêmica no cenário política brasileiro.** p. 466.

³³³ BACHUR, João Paulo. **A diferenciação funcional da religião na Teoria Social de Niklas Luhmann.** p. 181.

³³⁴ GABATZ, Celso; MARTINS, Janete Rosa. Estado e religião: Um olhar sobre a laicização do estado moderno. **Anais da VI Mostra de Trabalho Científicos e VI Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul**, publicado em 07 de maio de 2019. Acesso em 01 de agosto de 2021. Disponível em: <https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/issue/view/205>.

unicamente pelo consciência daquele a quem pertence, ou seja, é uma comunicação que não se pode ser alcançada e percebida por um observador de segunda ordem.³³⁶

Nesse sentido, o código binário do Sistema Religioso é caracterizado peça distinção transcendência/ imanência: a transcendência refere-se a algo que possui um fim superior a si mesmo, conectada ao sentido imaterial; já a imanência, está relacionada a realidade fática e material, algo que tem fim em si mesmo.³³⁷ Compreende-se, portanto, que o sentido da imanência, melhor dizendo, da existência no mundo é significado pela transcendia, para quem assim acredita.

Contudo, em que tese a religião ser fruto da consciência e da crença do ser humano, sendo essa resultante dos anseios, angustias e questionamentos de ordem pessoais, o Sistema Religioso é bastante autorregulado e organizado quando analisado na perspectiva das suas externalizações e estruturação das suas instituições. Esse fato é possível observar nas diferentes congregações e no gerenciamento dentro dos próprios conjuntos de crenças, ao exemplo da estrutura de gerenciamento da igreja católica, evangélica, espírita, islâmica, hinduístas e todos os demais grupos religiosos.

Por conseguinte, na compreensão de Luhmann, a religião em si é vista como uma operação do Sistema Social. Isso significa que, apesar da crença e da fé ficarem limitada a um envolvimento e sentimento individual, quando elas são externadas, essas consciências empíricas individuais são somadas com uma produção de sentido ao Sistema Social, fazendo com que esses dois fatores – externalização da consciência empírica e as comunicações já existente no Sistema Social – quando combinadas, geram comunicação religiosas.³³⁸

Logo, as comunicações do Sistema Religião não são oriundas unicamente da consciência humana, quando externadas e produtoras de sentido elas são incorporadas a comunicação do Sistema Social, formando-se assim uma

³³⁵ BACHUR, João Paulo. **A diferenciação funcional da religião na Teoria Social de Niklas Luhmann.** p. 182 e 186.

³³⁶ BACHUR, João Paulo. **A diferenciação funcional da religião na Teoria Social de Niklas Luhmann.** p. 186.

³³⁷ LUHMANN, Niklas. **La religión de La sociedad.** Edición de André Kieserling. Tradução de Luciano Elizaincín. Editora: Trotta, 2007, p. 14.

³³⁸ LUHMANN, Niklas. **La religión de La sociedad.** p. 14 – 15.

comunicação religiosa, capaz de irritar outros sistema que, ao exemplo das irritações já causadas no Sistema Jurídico, como observamos os julgamentos sobre a legalização do aborto, da união homoafetiva, a questão do ensino religioso nas escolas, a utilização de células-tronco.³³⁹

Portanto, em que pese a religião se institua na consciência individual, para Luhmann o Sistema Religioso produz comunicação através do Sistema Social quando da combinação da comunicação social e da consciência individual. Por conseguinte, observa-se que a comunicação religiosa se diferencia das demais comunicações generalizadas, na verdade, a o Sistema Religioso não possui um meio de comunicação generalizado, uma vez que sua existência é dependente da sua ocorrência como fenômeno social.³⁴⁰

Percebe-se, por consequência que o Sistema Religioso realiza acoplamentos estruturais de forma diferenciada se comparado a outros subsistemas, uma vez que a fé, a crença, a espiritualidade e a religiosidade ocorrem por meio de uma decisão exclusivamente pessoal do engajamento da própria consciência do ser humano, independentemente do cumprimento de pré-requisitos sociais.³⁴¹

E é justamente para salvaguardar o direito a diversidade espiritual que o Estado Brasileiro, por meio da Constituição Federal, assegura duas diretrizes fundamentais para garantir o exercício desses direitos: a laicidade do Estado e o direito à liberdade religiosa. O caráter laico de um Estado³⁴² representa a separação entre o poder político e o poder religioso, tendo essa diferenciação o objetivo de impedir que dogmas estatais ou ideologias religiosas sejam introduzidas e

³³⁹ SOUZA, Ana Paula Lemes de; SIMIONI, Rafael Mazzarotto. **O Congresso Nacional entre o *Mýthos* e o *Lógos*: Religião e corrupção sistêmica no cenário política brasileiro.** p. 466.

³⁴⁰ BACHUR, João Paulo. **A diferenciação funcional da religião na Teoria Social de Niklas Luhmann.** p. 186.

³⁴¹ BACHUR, João Paulo. **A diferenciação funcional da religião na Teoria Social de Niklas Luhmann.** p. 186.

³⁴² A garantia da laicidade do Estado Brasileiro está previsto na Constituição Federal no seu artigo 5º inciso VI, o qual prevê que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”; bem como, no artigo 19 da Carta Marga, em seu inciso I, refere que “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

justapostas nas tomadas de decisão do Estado, vedando a identificação deste com determinada religião e sua consequente imposição à população.³⁴³

Nesse mesmo sentido, “os Estados laicos, sem associações com o poder religioso, garantem a ampla liberdade ao sujeito”, pois é justamente essa separação entre poderes que viabiliza e garante a autonomia do sujeito de gozar da sua liberdade religiosa.³⁴⁴ O direito da liberdade religiosa assegura a inviolabilidade da crença, garantindo também a sua expressão e profetização por meio de cultos e celebrações, bem como assegura também o direito ao ateísmo ou agnosticismo.³⁴⁵

Essas relações entre os Sistemas Religioso, Político e Jurídico representam formas de acoplamentos estruturais e trocas comunicativas entre os sistemas que, através das suas estruturas autopoieticas evidenciadas em razão da autorregulamentação e manutenção das suas operações internas, acabam exteriorizando comunicações e, por consequência, irritando outros sistemas.

Entretanto, como vimos, para constituição do Sistema Religioso há uma significativa participação da consciência do indivíduo. No mesmo sentido, há de se considerar que, são esses indivíduos são responsáveis pelas operações realizadas em diferentes sistemas, ao exemplo do Sistema Judiciário, aonde as decisões proferidas pelos seus Tribunais, em que pese o fechamento operativo do sistema, são provenientes de diferentes sujeitos com diferentes crenças e espiritualidades.

Não obstante todo o processamento do sistema jurídico, a seletividade exercida pelo código binário do Direito e o próprio treinamento e vinculação dos magistrados para exercício dessa função, a ingerência, mesmo que de forma inconsciente, relacionada a crenças, fé e espiritualidade podem vir a ultrapassar o fechamento operativo do Direito, fazendo com que essas convicções pessoais de transcendência se sobreponham ao Sistema do Direito, caracterizando a alopoiese do sistema jurídico.

³⁴³ BORGES, Alexandre Walmott; ALVES, Rubens Valtecedes. O Estado Laico e a Liberdade Religiosa na experiência constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 107, pp. 227-265, jul./dez, 2013. DOI: 10.9732/P.0034-7191.2013v107p227. p. 231.

³⁴⁴ BORGES, Alexandre Walmott; ALVES, Rubens Valtecedes. **O Estado Laico e a Liberdade Religiosa na experiência constitucional brasileira**. p. 231.

³⁴⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. p. 50 - 51

À vista disso, objetivou-se analisar a possibilidade da ocorrência da alopoiese tanto a perspectiva da influência do Sistema Religioso sobre o ponto de vista de Sistema Social, ou seja, como um sistema autopoietico e autorregulado dotado de poder e influência dado a organização das suas entidades religiosas e da extensão de seus acoplamentos estruturais visíveis e enraizados na sociedade e, também, sobre o viés das percepções particulares e de convicções pessoais, tendo em vista que, ambas as formas de manifestação da religiosidade, quando externadas podem vir a serem consubstanciadas e influenciar os fundamentos de decisões jurídicas, concretizando a corrupção do código jurídico pelo código religioso.

Dessa forma, selecionamos duas decisões emblemáticas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal para concentrar a análise objeto da pesquisa, qual seja, identificar a alopoiese do direito ocorrida em razão da ingerência de comunicações religiosas. Partimos então para análise do inteiro teor dos votos dos Ministros da decisão do Plenário da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439, proferida em 27 de setembro de 2017 oriunda do Distrito Federal³⁴⁶. A ação requeria que o ensino religioso ministrado nas escolas do Brasil tivesse caráter não confessional, ou seja, que o ensino religioso nas escolas públicas não fosse vinculado ao ensino de uma religião específica, propondo dessa forma, que essa disciplina curricular fosse voltada para a história e a doutrina das várias formas de religião, cumprindo assim as premissas do Estado Brasileiro laico.

O plenário da Corte Suprema decidiu por maioria pela autorização de oferecer o ensino religioso em caráter confessional de diversas crenças, ou seja, o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras pode ter natureza confessional, mediante requisitos formais previamente fixados pelo Ministério da Educação. Partindo então para a análise das interpretações e argumentos utilizados pelos magistrados, considerando que o objetivo aqui não é o estudo das razões da decisão em si e, sim, da possibilidade da ocorrência da corrupção sistêmica, não foi verificada nenhuma ingerência de convicções inclinadas a determinada religião, bem como, nenhum argumento de influência de motivação pessoal e relacionadas a consciência individual, a crenças e a fé dos julgadores.

³⁴⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439. Relator Ministro Roberto Barroso. Plenário Supremo Tribunal Federal, 27 de setembro de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>. Acesso em 06 de agosto de 2021.

Tanto a interpretação legislativa, as quais debruçaram-se principalmente sobre três pontos de possível violação à Constituição Federal: a liberdade religiosa, a laicidade do Estado e a educação religiosa, e quando da análise da argumentação utilizada sobre essas diretrizes, os Ministros transcorreram todo o Sistema do Direito e pautaram sua fundamentos sempre na ordem jurídica, demonstrando a seletividade do código do direito prevalecendo sobre toda a análise da decisão. Ainda que constantemente perceptível na decisão os acoplamentos estruturais do direito com a religião, com a educação, com o Sistema Social, com a política, o fechamento operativo do Sistema do Direito é evidente, uma vez que, embora a interpretação e a argumentação relacionem e introduzam no sistema jurídico as comunicações provenientes da sua abertura cognitiva, é notório como a sua acepção e aplicação são realizadas sobre o viés do Direito, concretizando a autopoiese do sistema.

Portanto, não foi identificada a ocorrência de alopoiese do Sistema do Direito na referida decisão e nos respectivos votos dos ministros, visto que, malgrado os argumentos demonstrem uma profunda análise representativa do acoplamento estrutural entre Sistema Religioso e Jurídico, bem como, evidenciam quanto as comunicações religiosas, não obstante seu pressuposto subjetivo particular, irritam os sistemas. Na referida decisão, o Sistema do Direito realizou sua operação inteiramente fechado, verificando-se sua autorreprodução e autorreferencialidade, sendo a comunicação proveniente dos demais acoplamentos selecionados através do código do direito, sem interferências externas, efetivando assim a sua autopoiese.

Ainda, dando seguimento na busca por interpretações e argumentos que fosse possível averiguar a alopoiese do Sistema do Direito evidenciada pela corrupção do Sistema Religioso também se estudou o voto da Ministra Carmen Lúcia, relatora da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.258³⁴⁷, proferida em 13 de abril de 2021 oriunda do Estado do Amazonas. O questionamento da ação constitucional versava sobre a imposição legal de manutenção de exemplares de Bíblias em escolas e bibliotecas públicas do estado do Amazonas.

³⁴⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.258. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Voto da Ministra Cármen Lúcia, 13 de abril de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755677469>. Acesso em 07 de agosto de 2021.

A decisão da Suprema Corte em Plenário caminhou no sentido de que a legislação estadual configurava uma contrariedade à laicidade estatal e à liberdade religiosa consagrada pela Constituição da República de 1988. Novamente, focando o estudo na análise nos argumentos e interpretações a partir de uma visão sistêmica, apreciou-se o voto da Ministra Carmen Lúcia e a interpretação e os fundamentos por ela utilizados para embasar a decisão, contudo, novamente, não foi verificada a corrupção sistêmica do código jurídico pelo religioso.

A perspectiva da análise foi agora focada na ingerência da percepção de crenças e influências religiosas pessoais justapondo-se sobre o código do sistema jurídico. No mesmo sentido, na fundamentação utilizada pela Ministra, ainda que grande parte dos argumentos demonstrem o acoplamento e as trocas comunicativas entre o sistema jurídico e o religioso, não foi evidenciada a alopoiese do Direito. Em toda fundamentação decisória utilizada em seu voto, a Ministra respeitou a separação entre a consciência religiosa e o Direito, cumprindo as determinações da Constituição Federal e o fechamento operativo do sistema, defendendo por consequência o respeito ao exercício de todas as religiões, fé e crenças sem interferências estatais.

Logo, na análise do voto da Ministra Carmen Lúcia na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.258 não foi identificada a alopoiese do Sistema do Direito, dada que não houve a ingerência de comunicações religiosas sobrepondo-se as comunicações jurídicas. Ao contrário disso, a decisão representa a completada autopoiese do direito, sendo possível observar a seleção de comunicações procedentes de acoplamentos estruturais, todas triadas a partir do código do direito. No mesmo sentido, a interpretação normativa e a argumentação sobre as possibilidades da decisão foram todas trabalhadas sobre o desígnio do viés jurídico, visando o cumprimento da função do direito, qual seja, o de contingência das expectativas.

Nesse sentido, considerando que os magistrados são sujeitos de consciência interna, que também buscam sua transcendência e, além disso, em razão de que as comunicações religiosas quando acopladas com o sistema jurídico tomam uma proporção relevante em razão da sensibilidade do tema, foi proposta a análise do referido voto decisório com o objetivo de identificar se a participação da consciência e

das crenças individuais na formação da comunicações religiosa, interferem quando da tomada de decisão de questões jurídica relacionadas ao Sistema Religioso – sejam elas de forma consciente ou inconsciente.

Embora, se tenha acreditado que as percepções religiosas individuais criariam um cenário propício para a ingerência dessa da análise jurídica, em ambas as decisões verificadas não foi possível identificar a influência religiosa pessoal nos fundamentos utilizados para tomada de decisão. Portanto, dentre as decisões selecionadas, não foram evidenciadas nenhuma corrupção do Sistema Jurídico originado pelo Sistema Religioso, não sendo configurada a alopoiese do Direito.

Evidenciou-se o oposto disso, qual seja, uma autopoiese jurídica bastante significativa, em razão da verificação de que a influência das organizações religiosas e as convicções internas dos julgadores não tiveram qualquer ingerência na tomada de decisão. Tal percepção é relevante dado que a religião age de modo reativo quando os demais sistemas ganham autonomia, e tal acontecimento ocorre porque enquanto os demais sistemas possuem suas funções distintas da sociedade e do psicológico do indivíduo, a religião aglutina esses sistemas, consequentemente dificultando o corte do vínculo metafísico, uma vez que a religião é um vínculo agregador de todos os aspectos da vida.³⁴⁸

Nesse sentido, aplicando esta análise sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal foi evidenciando que esta distinção ocorreu de forma plena quando do acoplamento de comunicações religiosas ao Sistema Jurídico. Não foi encontrado nenhuma referência que demonstrasse manifestamente ou mesmo de forma velada a utilização de interpretações ou argumentos do direito que sofreram corrupção sistêmica pelo sistema religioso.

Assim, considerando que estrutura do Sistema Religioso para Luhmann é relativamente diversa dos demais, uma vez que a sua comunicação é norteada por meio da convicção interna do indivíduo³⁴⁹, bem como, dada a influência das organizações religiosas no Sistema Sociais, essas convicções não influenciaram o Sistema do Direito e seus Ministros julgadores nas decisões do Supremo Tribunal

³⁴⁸ SOUZA, Ana Paula Lemes de; SIMIONI, Rafael Mazzarotto. **O Congresso Nacional entre o *Mýthos* e o *Lógos*: Religião e corrupção sistêmica no cenário política brasileiro.** p. 472.

³⁴⁹ LUHMANN, Niklas. **La Función de la Religión en la Sociedad, y el Secularismo.** La Funciona de la Teologia em el Futuro de America Latina, Universidad Iberoamericana, 1991, p.57.

Federal analisadas. Logo, não foi identificada a alopoiese do Direito nas decisões estudadas, não sendo configurada a proeminência do argumento de ordem religiosa sobre o fundamento jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estruturada a partir de uma observação sociológica do Direito, a Teoria Sistêmica permite que as decisões jurídicas sejam consideradas além da estrita aplicação do fato a norma, possibilitando uma visão mais ampla e profunda da importância e da atuação do Direito para a sociedade e para os demais sistemas.

Essa forma de observação do Direito se torna necessária em razão da experiência do mundo globalizado e multicultural que hoje é vivenciada, que ao mesmo tempo em que multiplica e renova as alternativas postas à sociedade, também torna a nossa realidade cada vez mais complexa. E o encontro entre esses dois cenários, é o desafio apresentado ao mundo jurídico: incorporar essas substanciais alterações na sociedade sem comprometer o fundamento e a essência do direito.

À vista disso, a proposta aqui apresentada é de rompimento com a Teoria Clássica do Direito de Kelsen, uma vez que a matriz positivista rígida baseada no escalonamento hierárquico de normas e da subsunção do fato a regra distancia-se da realidade que agora lhe é demandada, tendo em vista que essa matriz teórica deixou de acompanhar o dinamismo e a celeridade das relações e informações que percorrem a vida contemporânea.

Assim, a Teoria dos Sistemas se mostra como uma possibilidade de compreender o Direito a partir de uma visão mais abrangente e fluida, que através do seu funcionamento autopoietico viabiliza novas formas de observar a sociedade moderna e as adversidades do cotidiano, proporcionando um encadeamento do campo jurídico com as demandas modernas, sem modificar a sua estrutura interna. Ao mesmo tempo, também contingencia as expectativas da sociedade de forma efetiva, em razão de que o Direito torna-se capaz de absorver e responder legalmente as demandas que lhe são encaminhadas, compreendendo o contexto e contemporaneidade ao qual foram geradas.

A complexidade e a atualidade desses pleitos podem ser observadas quando da análise das quatro decisões selecionadas para respaldar o presente trabalho. Os acoplamentos estruturais, que tem por função promover e também filtrar os

estímulos que ocorrem reciprocamente entre Sistemas, é um canal direto de trocas, que permite que um sistema irrite o outro, gerando repercussão interna, como evidenciamos na Constituição Federal. A Carta Magna concebe a conexão entre o Direito e a Política, bem como, o relacionamento do Direito com diversos subsistemas, como o educacional, da saúde, o financeiro, o religioso, dentre outros, demonstrando assim como o Direito é uma ciência que exige constante oxigenação e atualização, devendo promover sempre a manutenção das suas normas em busca da melhor decisão ao caso concreto.

Por esse motivo, justifica-se a delimitação do trabalho quanto a análise de decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal, dada a complexidade e a relevância dos temas por ele decididos, bem como a abrangência e multiplicidade de assuntos que são repercutidos no Direito e que cabe a ele definir. Esse campo de abertura cognitiva possibilita que diferentes sistemas se acoplem, permitindo assim um cenário vasto para análise de interpretações e argumentações jurídicas.

Essa perspectiva otimista da Teoria Sistêmica é possível em razão da sua operação autopoietica, que permite que o sistema seja operativamente fechado e cognitivamente aberto, garantindo assim a manutenção da sua essência, ao passo que também consente com a sua adaptabilidade ao ambiente.

Entretanto, para que esse funcionamento ocorra de forma plena, os Sistemas, representados pelas suas organizações e instituições, precisam ser estruturas independentes, visto que é essa autonomia e diferenciação funcional que possibilita que a influência entre sistemas corresponda e respeite as expectativas e limites dos próprios Sistemas e dos acoplamentos estruturais previstos na Teoria de Luhmann.

Dessa forma, a aplicação dessa concepção de Sistema do Direito no cenário brasileiro apresenta alguns desafios. O Brasil, como um país de modernidade periférica, não conta com instituições tão forte e independentes, fazendo com que outros sistemas utilizem dessas organizações para influenciarem suas decisões em benefício próprio. Assim, defende Marcelo Neves, que a aplicação da Teoria Sistêmica seria intransponível ao cenário brasileiro, em razão da sobreposição de interesses distintos sobre o Direito, dada a existência de circunstâncias favoráveis à

ocorrência de corrupção sistêmica e a consequente alopoiese sistema, ou seja, uma desconfiguração do fechamento operativo.

À vista disso, o foco da investigação da presente pesquisa é a análise da possível ocorrência da alopoiese nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Os Tribunais tem por função própria a articulação de decisão, percorrendo seu procedimento interno direcionado a escolha da melhor solução ao caso concreto. O processo decisório é decorrente da reutilização reiterada de decisões, garantindo assim a autorreferencialidade do sistema. Todavia, é manifesta a ausência de legislação e casos já decididos capazes de suprir todas as situações que serão demandadas os Tribunais, cabendo a esses a responsabilidade pela atualização e modernização do Sistema Jurídico. Esse processo ocorre através da interpretação normativa e da argumentação jurídica que através da cognitividade aberta do sistema, permite que diferentes comunicações sejam recebidas e introduzidas ao Direito, possibilitando assim a aprendizagem e atualização do sistema.

Entretanto, esse processo de seleção de comunicações jurídicas que objetiva a decisão, deve corresponder ao fechamento operativo do Sistema do Direito, restringindo assim a sua interpretação e argumentação a fundamentação aplicada sobre o viés exclusivamente jurídico, buscando satisfazer as diretrizes normativas do Sistema do Direito, reforçando assim a sua autopoiese.

Todavia, é nesse momento que a alopoiese do Direito se perfaz nas decisões judiciais, quando da interpretação de textos e da formulação da argumentação jurídica visando uma nova regra de decisão, acabam sendo influenciados por ingerências de outros Sistemas, sabotando o código jurídico. Por conseguinte, a decisão jurídica é proferida a partir de interesses que não condizem ao Sistema do Direito, deturbando a sua autorregulação e autoreferencialidade.

Logo, esse conjunto de fatores, proporcionou o surgimento do questionamento que permeou a pesquisa, dada a inquietação de verificar de forma concreta se a ocorrência da alopoiese era uma realidade praticada nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário Brasileiro, especialmente pelo seu órgão superior.

Portanto, baseado no questionamento estruturante do presente trabalho e diante das pesquisas de decisões alopoiéticas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, bem como, de acordo com o apurado na respectiva análise dos votos e decisões selecionados, a pesquisa foi direcionada a verificar concretamente a ocorrência da corrupção sistêmica do Direito oriunda da sobreposição de elementos provenientes do Sistema Social, Financeiro e Religioso.

Dessa forma, em análise ao voto emitido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do *habeas corpus* de número 152.752, foi confirmado o evento alopoiético em razão da sobreposição de argumentos de interesses advindos do Sistema Social justapondo-se ao objetivo do Sistema do Direito. No referido voto, afirmou-se que deveriam ser considerados elementos de “clamor público” para a tomada de decisão, uma vez que não poderiam ser frustrados o sentimento mínimo de justiça da sociedade.

Partindo para uma observação sistêmica e autopoietica, o Tribunal deve se restringir a interpretação legal, mesmo que isso signifique a frustração dos anseios sociais. A função do Direito para a Teoria dos Sistemas é de contingências as expectativas, o que não significa a necessidade de atendê-las. Por conseguinte, foi configurada a alopoiese do Sistema do Direito dada a ingerência do interesse e das pretensões originárias do Sistema Social sobre a fundamentação da decisão judicial.

No mesmo sentido, também foi confirmada a alopoiese do Sistema do Direito na decisão proferida na petição número 75.530 de 2018 proveniente do Recurso Extraordinário 632.212. Houve a sobreposição de argumentos de interesses do Sistema Financeiro, visto que os fundamentos utilizados na decisão revelam-se prontamente ao favorecimento do Sistema Bancário em prejuízo aos interesses e a própria segurança jurídica. A decisão determinou a suspensão de todas as liquidações e execuções das ações que já haviam sido objeto de deferimento do recebimento de valores pelo próprio Sistema do Direito, sobre o argumento de que o prosseguimento dessas liquidações teria “desestimulado a adesão” de acordos com os bancos, visando assim manter a estabilidade e garantir o equilíbrio do Sistema Financeiro Nacional.

Destaca-se aqui que, diferentemente do primeiro caso, aonde evidencia-se parte da fundamentação da decisão judicial como alopoietica, no presente caso fica demonstrando que a própria decisão foi formulada em desconformidade com o Sistema Jurídico, haja vista que diretrizes básicas do sistema como a autorreferencialidade e o respeito a normas jurídicas não foram aplicadas, consubstanciando a corrupção sistêmica do Sistema do Direito em prevalência do Sistema Financeiro.

Em contrapartida, não foi evidenciada a alopoiese do Sistema Religioso frente a decisões judiciais. Apesar de dedicarmos a análise ao estudo de dois vieses de possível influência, quais sejam, tanto a influência das crenças e convicções individuais nas decisões, quanto a influência do próprio Sistema Religioso através das suas organizações, não foram identificadas – em ambas as decisões verificadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.439 e nº 5.258 – nenhuma interpretação ou argumento que fundamentaram tais decisões desvinculadas do sistema jurídico.

Dessa forma, foi confirmada a primeira hipótese proposta ao questionamento orientador desta pesquisa, sendo possível afirmar a ocorrência da alopoiese nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, dada a ingerência e sobreposição de argumentos oriundos do Sistema Social e do Sistema Religioso influenciando diretamente as decisões jurídicas.

Entretanto, em que pese tal afirmação, cabe ao presente trabalho também, uma perspectiva sistêmica do assunto pesquisado. Isso se faz necessário, pois fatores evidenciados no processo de pesquisa e identificação de decisões alopoieticas e do próprio cenário social e jurídico brasileiro, possibilitam que algumas considerações importantes sejam contempladas com o objetivo de fornecer uma compreensão mais pragmática e realista, evitando uma visão limitada e restritiva quanto ao tema abordado.

Por conseguinte, ainda que a alopoiese do Sistema do Direito tenha sido verificada nas decisões do Supremo Tribunal Federal, importante referir que em ambos os casos tais decisões foram revisitadas, sendo possível assim perceber que o próprio sistema procurou restabelecer os impactos das decisões para que

passassem a emitir efeitos em harmonia ao Sistema do Direito. Ainda que essas decisões permaneçam como parte do histórico do Sistema do Direito, participando da sua operatividade interna, importante referir que o próprio sistema também é capaz de autocorriger-se, empenhando-se por consequência para manter a sua autopoiese.

No mesmo sentido, importante referir que quando da realização da pesquisa das decisões a serem selecionadas para o trabalho, a busca foi bastante complexa, uma vez que, dentro das pesquisas realizadas, não foram encontradas outras decisões alopoieticas oriundas do Supremo Tribunal Federal. Ou seja, não foram identificadas outras decisões aonde fosse possível verificar a concretização da corrupção sistêmica, com exceção das aqui pontuadas. Logo, demonstra-se que a alopoiese é um fenômeno de incidência bastante pontual e restrita no Tribunal Constitucional, sendo possível afirmar assim, que a grande maioria das decisões por ele proferidas são decisões que consumam a autopoiese jurídica, respeitando o fechamento operativo, a autorregulação e a autorreferecialidade do sistema.

Somado a esse entendimento, apesar da identificação concreta da ocorrência da sabotagem do código jurídico, não foi possível identificar o comprometimento e a desvirtualização da integralidade sistema jurídico. Ainda que a consequência da alopoiese seja a perda da consistência sistêmica, em razão de desvirtuar suas comunicações internas, consideramos que os efeitos por elas propagadas não tiveram aptidão de prejudicar o fechamento operativo na sua integralidade, enfraquecendo a barreira da diferenciação funcional entre sistema e ambiente, não comprometendo, por consequência, o Sistema do Direito.

Não há de negar que a alopoiese de tais decisões fazem agora parte do sistema, entretanto, considerando que houve o reparo de tais efeitos e da pontualidade dessas alopoieses encontrada dentro do mundo decisório, não conseguimos visualizar que tais decisões foram aptas a desvirtuar o sistema. Considerando a estrutura e o histórico de decisões proferidas pelo Tribunal, não pode se visualizar que a corrupção sistêmica aqui constatada impeça a generalização congruente de todo o Sistema Jurídico. O Poder Judiciário e o Supremo Tribunal Federal permanecem capacitados e habilitados a identificar e

neutralizar as expectativas sociais e conseqüentemente de produzir a normatividade jurídica adequada ao consenso coletivo quando da emissão de suas decisões.

Através da alopoiese constata não foi possível identificar dificuldade na construção da identidade jurídica, nem a sua repercussão na estrutura dos textos normativos, qualificados a desestabilizando a diferenciação funcional e a concretização do Sistema Jurídico.

Ademais, também não é possível desconhecer a influência do Sistema Social, Financeiro e Religioso especialmente na periferia do Sistema do Direito, em especial, no Poder Legislativo. Os interesses privados são prontamente reconhecidos, tentando ingressar e influenciar o campo decisório jurídico, todavia, para exercerem real e concreta influência, para que sejam expressados como produto de decisões jurídicas devem passar pelo filtro do Direito, e, não passando, permanecem sendo apenas ambiente.

Portanto, ainda que o Brasil não conte com organizações e instituições totalmente autônomas e independentes, observamos que quando relacionados a interpretação e argumentação das decisões do Tribunal Constitucional pode-se dizer que há uma realidade jurídica satisfatória quando considerado o desenvolvimento social, educacional e os níveis de corrupção presentes no país.

Logo, apesar do Brasil ser um país em desenvolvimento, caracterizado pela modernidade periférica, não é possível afirmar que o Tribunal Constitucional é um tribunal alopoietico. Foi aqui confirmada a ocorrência da alopoise nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, todavia, esse acontecimento é uma exceção na realidade jurídica, dada a pontualidade de casos. Portanto, limitando-se a responder ao questionamento proposto ao trabalho, confirma-se que podem ser verificadas decisões alopoieticas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, contudo, visualizando o trabalho a partir de uma compreensão sistêmica, não podemos afirmar que o Tribunal Constitucional é alopoietico.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. (Des)confiança sistêmica e o direito como generalizador congruente de expectativas normativas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 54, n. 213, jan/mar de 2017, p. 241-263.

ALVES, Paulo Roberto Ramos; ZIBETTI, Fabiola Wust. Tempo e Constituição: O risco como horizonte de observação jurídica na sociedade policontextual. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 12, n. 28, p. 33 – 44, set/dez, 2017.

_____. Sociedade policontextual, sentido jurídico e efetividade. **Revista Quaestio Iuris**. vol. 11, nº 02, Rio de Janeiro, 2018, p. 880-898, DOI: 10.12957/rqi2018.29912.

ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. In: TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. I - XXXII, 1989.

BACHUR, João Paulo. A diferenciação funcional da religião na Teoria Social de Niklas Luhmann. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 26, nº 76, junho de 2011, p. 179 – 226.

_____. A Teoria de Sistema Sociais de Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 36, n. 2, pg. 77 – 94, jul/dez, 2020.

_____. Legitimação e procedimento: um debate à luz das perspectivas de Weber, Habermas e Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 65, n. 2, p. 101-128, maio/ago. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/69228>. Acesso em: 31 ago. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v65i2.69228>.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Tribunais da Sociedade: Um estudo das estruturas decisórias do direito por meio dos sistemas organizacionais. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/USP**, v. 114, jan/dez de 2019, p. 299 – 332.

BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.

BERNARDES, Márcio de Souza. **A compreensão do Direito nas matrizes neopositivistas e pragmáticas-sistêmica**. E-gov, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento, 2004. Disponível em: < <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/compreens%C3%A3o-do-direito-nas-matrizes-neopositivista-e-pragm%C3%A1tico-sist%C3%AAmica-c> >. Acesso em: 13 de fevereiro de 2021.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995.

BORGES, Alexandre Walmott; ALVES, Rubens Valtecídes. O Estado Laico e a Liberdade Religiosa na experiência constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 107, pp. 227-265, jul./dez, 2013. DOI: 10.9732/P.0034-7191.2013v107p227.

BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. A Corrupção Política E seu estudo à luz da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e de sua projeção nos Sistemas Jurídico e Político. Trabalho publicado nos **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. p. 2311 – 2240.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 02 de junho de 2021.

_____. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm. Acesso em 02 de junho de 2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439. Relator Ministro Roberto Barroso. Plenário Supremo Tribunal Federal, 27 de setembro de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>. Acesso em 06 de agosto de 2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.258. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Voto da Ministra Cármen Lúcia, 13 de abril de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755677469>. Acesso em 07 de agosto de 2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 152.752. Relator Ministro Edson Fachin. Plenário Supremo Tribunal Federal, 04 de maio de 2018. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC152752ministroDT.pdf>.

Acesso em: 02 de junho de 2021

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 632.212, São Paulo. Relator Ministro Gilmar Mendes. Decisão monocrática, 31 de outubro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338983846&ext=.pdf>. Acesso em: 17 de julho de 2021.

CALIL, Mário Lúcio Garcez; ESTAVÃO, Roberto da Freiria. A alopoiese do direito na modernidade periférica brasileira como veículo de libertação a partir do dirigismo constitucional. Revista. **Novos Estados Jurídicos**, vol 24, nº 3, set-dez, 2019, DOI 10.14210, p. 757 – 780.

CARVALHO, Délton Winter de. **O Direito como um Sistema Social Autopoiético: auto-referência, circularidade e paradoxos da Teoria e Prática do Direito**. In: Fabrizio Camerini; Gabriela Mezanotti. (Org.). Para Pensar o Direito. Novo Hamburgo: FEEVALE, 2003, v. 1, p. 61-78.

DINIZ, Eduardo Saad. A sociologia da decisão: a econômica, a política, a jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102, p. 953 – 965, jan/dez, 2007.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 48, nº 189, p. 105-131, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Por que ler Kelsen, hoje**. In: COELHO, Fábio Ulhoa. Para entender Kelsen. São Paulo: Saraiva, 2009, 5º ed. p. XV

_____. **Apresentação. Legitimação pelo procedimento**. Apresentação. Brasília: Universidade de Brasília. 1980, p. 1 – 5.

FLORES, Luis Gustavo Gomes. Teoria do Direito Contemporâneo: Novas reflexões a partir da perspectiva das três matrizes jurídicas. **Revista Campo Jurídico**, vol. 2, n. 1, p. 175-199, maio, 2014.

FREITAS, Ariel Perote de. O Habeas Corpus 152.752 e a execução provisória de sentença com base no princípio da presunção de inocência e da ampla defesa. Publicação do site Jus.com, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/85879/o-habeas-corpus-152-752-e-a-execucao-provisoria-de-sentenca-com-base-no-principio-da-presuncao-de-inocencia-e-da-ampla-defesa>. Acesso em: 2 de junho de 2021.

GABATZ, Celso; MARTINS, Janete Rosa. Estado e religião: Um olhar sobre a laicização do estado moderno. **Anais da VI Mostra de Trabalho Científicos e VI Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul**, publicado em 07 de maio de 2019. Acesso em 01 de agosto de 2021. Disponível em: <https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/issue/view/205>.

GONGALVEZ, Guilherme Leite. Função interpretativa, alopoiese do direito e hermenêutica da cordialidade. **Revista Direito e Práxis**, vol. 1, n. 01, 2010.

IZUZQUIZA, Ignacio. **Introducción: La urgência de una nueva lógica**. In: LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambicion de la teoria*. Barcelona: Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1º edição, p. 9 – 36, 1984.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KESSELRING, Thomas. **Ética, política e desenvolvimento humano: a justiça na era da globalização**. Caxias do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 2007

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

LIMA, Newton de Oliveira. **O Estado de Direito em Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 1ª ed, 2017.

LUHMANN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. Tradução realizada a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: *Rechtshistorisches Journal*. Vol IX, 1990, pp. 176 a 220), por F. Fiore. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

_____. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. Porto Alegre: Revista Ajuris, n. 49, ano XVII, jul. 1990.

_____. **El Derecho como Sistema Social**. In: DIEZ, Carlos Cómez – Jara (Ed.) *Teoria de sistemas y derecho penal: fundamento y posibilidad de aplicación*. Granada: Comares, 2005.

_____. La economía de la sociedade como sistema autopoiético. **Revista del Magister em Análisis Sistémico Aplicado a la Sociedade**, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Antropología, Universidad del Chile, nº 29, Setembro de 2013, p. 1 – 25. Tradução de Hugo Cadenas.

_____. **La Función de la Religión en la Sociedad, y el Secularismo**. La Funciona de la Teologia em el Futuro de America Latina, Universidad Iberoamericana, 1991.

_____. **La religión de La sociedad**. Edición de André Kieserling. Tradução de Luciano Elizaincín. Editora: Trotta, 2007.

_____. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México. Universidade Iberoamericana/Herder Editorial, 2007.

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília. 1980.

_____. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. **Revista Sequência**, nº 28, junho de 1994.

_____. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Barcelona/México, DF. Santiago do Chile: Antheopos, Universidad Iberoamericana/PUC de Chile, 1997.

_____. **Sociedad y sistema: la ambicion de la teoria**. Barcelona: Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1º edição, 1984.

_____. **Sociologia como teoria dos sistemas**. In: SANTOS, José Manuel (Org.). O Pensamento de Niklas Luhmann. Universidade da Beira Interior, 2005.

_____. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1998.

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

LYRA, José Francisco Dias da Costa; NUNES, Péricles Stehmann. A Corrupção Sistêmica No Estado Democrático De Direito à luz da Teoria Luhmanniana. **Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica**. e-ISSN: 2526-0251, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 107 – 128, Jul/Dez. 2017.

MADEIRA, Lígia Mori. **O Direito nas Teorias Sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann**. Direito & Justiça: Porto Alegre, junho 2007, v. 33, n. 1.

MAGALHÃES, Simone Maria Silva. **STJ enfrentará polêmica dos expurgos inflacionários dos planos econômicos.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-17/garantias-consumo-stj-polemica-expurgos-inflacionarios-planos-economicos>. Acesso em: 31 de julho de 2021.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana.** São Paulo: Palas Athena, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 27^o ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NEVES, Fabrício Monteiro; AGUILAR FILHO, Hélio Afonso de Aguiar. O Acoplamento entre Sociedade e Economia: A Teoria dos Sistemas nas contribuições de Tlcott Parsons e Niklas Luhmann. **Século XXI – Revista de Ciências Sociais**, vol. 2, nº 1, p. 138 – 167, jan/jun, 2012.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Da Autopoiese à Alopoiese do Direito. **Anuário do Mestrado em Direito.** Recife: Editora da Universidade Federal de Pernambuco, 1992. p. 274 – 294.

_____. Entre Subintegração e Sociointegração: A cidadania inexistente. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 37, nº. 2, 1994, p. 253 – 276.

_____. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, nº 37, São Paulo, 1996, p. 93 – 106.

_____. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Editora WMF Martins Fintes, 2009.

NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann.** Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.

OTERO, Cleber Sanfelici; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. **A função social do direito nas atuais sociedades complexas: uma análise crítica a partir da diferenciação funcional sistêmica luhmanniana.** In: XXI Encontro Nacional do Conpedi, 2012, Uberlândia /Minas Gerais. Anais do XXI Encontro Nacional do Conpedi, 2012. p. 13963 - 13984. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/?evento=37>. Acesso em: 27 de abril de 2021.

PAGANI, Fernanda, GOMES, Giles, SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Observação Social e Pluralismo Jurídico: a abertura do direito às instâncias da sociedade civil**. Revista Ciência & Consciência: Paraná, vol. 2, 2008.

PARSONS, Talcoot. **O Sistema das Sociedades Modernas**. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pionera Editora, 1974. Capítulo II: Orientações Teóricas.

PORT, Otávio Henrique Martins. A Decisão Judicial nas Demandas Repetitivas e a Legitimação pelo Procedimento segundo Niklas Luhmann, **Revista Pensamento Jurídico**, nº 7, ano 4, 2015. ISSN: 2238944X

QUEIROZ, Marisse Costa de. **O direito como sistema autopiético: contribuições para a sociologia jurídica**. Revista Sequência/UFSC, Florianópolis, v. 24, n. 46, 2003.

RIBEIRO, Pedro Henrique. Luhmann “Fora do Lugar?” Como a “condição periférica” da América Latina impulsionou deslocamentos na teoria dos sistemas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 28, nº 83, outubro de 2013, pg. 105 – 237.

ROCHA, Leonal Severo. **Notas sobre Niklas Luhmann**. **Revista Estudos Jurídicos: Unisinos**. v. 40, 2007.

_____. Direito. Complexidade e Risco. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 15, nº 28, p. 1-14, junho, 1994.

_____. Direito. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 5 (2), p. 141-149, julho/dezembro, 2013.

_____. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Editora Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), 2º ed, 2005.

_____. **Teoria dos Sistemas Sociais Autopiéticos: Perspectivas de uma Matriz Jurídica Contemporânea**. In: Paradoxos da auto-observação: Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea. Ijuí: Editora Ijuí. 2 ed. 2013.

_____. OLIVEIRA, Júlia Francieli Neves. O Direito como pressuposto do horizonte literário: Uma nova compreensão da realidade jurídica. **Questio Iuris**. Vol 11, nº 03, Rio de Janeiro, 2018.

ROMENSIN, Humberto Maturana; GARCÍA, Francisco J. Varela. **De máquinas e seres vivos: Autopoiese: A organização do vivo**. Tradução: Juan Acunã Llorens. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

SCHWARTZ, Germano. AUTOPOIESE E CONSTITUIÇÃO: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 6, p. 211 –224, Jul/Dez, 2005.

_____. SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann: Diferenças e Semelhanças. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre/RS, nº 4, p. 188-210, jul/set, 2018.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo**. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. PINTO, João Paulo Salles. Corrupção e Diferenciação Funcional: Da alopoiese à autopoiese do Direito no Brasil. **RBSD: Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 4, n. 2, p. 4 – 22, mai/ago. 2017.

STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forence, 2019.

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