

OS LIMITES FUNCIONAIS DO PODER JUDICIÁRIO NA TEORIA SISTÊMICA E A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

*Samuel Meira Brasil Jr.**

RESUMO

Temos visto, nos últimos anos, uma expansão das decisões judiciais provocada pela atuação dos tribunais em questões consideradas políticas, especialmente aquelas concernentes à proteção dos direitos sociais e fundamentais. Este artigo examina os limites funcionais das decisões judiciais, baseados na teoria sistêmica, e o impacto da judicialização das políticas públicas.

Palavras-chave: Judicialização das políticas públicas. Teoria sistêmica. Limite das decisões judiciais.

ABSTRACT

We have seen, in recent years, an expansion of judicial decision-making methods induced by the courts over issues usually regarded

* Mestre e Doutor pela USP; Desembargador do TJES.

as political acts, specially those concerning the enforcement of social and fundamental rights. The article examines the limits of the courts decisions based on the Systemic Theory and the impact of the so called “judicialization of politics”.

Keywords: Judicialization of politics. Systemic theory. Limits of courts decisions.

INTRODUÇÃO

A teoria da separação dos poderes foi um marco importante no desenvolvimento da estrutura do Estado moderno. A distribuição do Poder Estatal entre legislativo, executivo e judiciário permite, além de uma organização sistêmica fundada na competência funcional mais eficaz, um sistema de controle na atuação de cada órgão. Há, por sua vez, duas propriedades importantes no citado conceito e que constituem questões centrais para o presente trabalho. A primeira diz respeito à separação **das funções** de cada poder constituído; a segunda refere-se à característica também funcional¹ de que **cada poder controla os demais poderes** (*checks and balance*). Estas duas propriedades serão devidamente examinadas no presente trabalho. Inicialmente, partiremos da identificação de um fenômeno social experimentado nos últimos tempos², que se traduz na expansão da atuação do Poder Judiciário a ponto de se sustentar uma “*judicialização dos conflitos políticos*”³. Em seguida, abordaremos o fenômeno sob a ótica da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, que se traduz na mais adequada teoria sociológica dos últimos tempos. Por fim, analisaremos a atuação do Poder Judiciário – escopo precípua deste trabalho – em situações que poderiam ser considerados como funções típicas dos demais poderes, a exemplo do que ocorre nas matérias pertinentes às políticas públicas.

A EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA DEMOCRÁTICO

A doutrina destaca que nos últimos dois séculos o significado sócio-político da atuação dos tribunais sofreu uma evolução digna de nota. Para compreender a alteração da postura dos tribunais, é preciso

distinguir três períodos⁴ nas sociedades modernas, a saber, o do Estado liberal, o do Estado-Providência ou do Bem-estar Social (*Welfare State*) e o atual, que alguns denominam de “período da crise do Estado-Providência” (Boaventura de Sousa Santos) ou de “Estado Pós-Social” (Celso Campilongo).

No período do Estado Liberal, que abrangeu todo o século XIX e perdurou até a primeira guerra mundial, o poder legislativo se destacava dos demais poderes, com uma inquestionável preponderância⁵. Por ser o poder com legitimação popular direta e com função de estabelecer abstratamente as condutas juridicamente relevantes, o legislativo é visto como o único órgão capaz de reconhecer e estabelecer comportamentos sociais, éticos ou políticos. Os tribunais, por seu turno, eram “politicamente neutralizados”⁶, ou seja, sua atuação era (i) restrita à **aplicação** da norma positivada pelo legislador; (ii) limitada à **provocação** das partes em reação para manter a vigência do modelo político então delineado; (iii) em litígios individualizados, limitando-se as decisões à validade individual (*inter partes*), excluindo-se a eficácia geral (*erga omnes*) que caracteriza a generalidade característica das leis. Assim, a “*micro-litigiosidade interindividual*” (Boaventura de Sousa Santos) excluía a “*macro-litigiosidade social*”. A independência que regia os tribunais no modelo de separação dos poderes somente ocorria em razão de três dependências inafastáveis: a dependência decorrente do princípio da legalidade estrita, a dependência da iniciativa dos interessados (*ne procedat iudex ex officio*) e a dependência orçamentária quanto aos recursos humanos e materiais necessários para o exercício da função judicial, que repousava nos poderes legislativo e executivo. Portanto, a função dos tribunais era, na verdade, a de legitimar os demais poderes, pois a sua atuação visava apenas reproduzir a vontade do legislativo e a do executivo⁷.

Já no período do Estado-Providência ou Estado Social, que se iniciou no final do século XIX mas se consolidou a partir do pós-segunda guerra mundial, o poder que ganha relevo e se destaca perante os demais é o executivo. O sistema jurídico assiste a uma verdadeira explosão legislativa que acarreta uma “*sobre-juridificação da realidade social*”⁸. Inúmeras normas são produzidas ampliando os direitos dos cidadãos. A consequência dessa expansão legislativa a níveis elevados é o comprometimento

do próprio princípio da legalidade estrita. A coerência e a unidade do sistema jurídico são ameaçadas e a aplicação das leis por intermédio da subsunção lógica (silogismo jurídico) torna-se impossível⁹. Mas a característica marcante desse período é a busca do bem-estar através de ações, ou seja, por intermédio de prestações (positivas). Os chamados direitos fundamentais de primeira geração (ou dimensão, como querem alguns), típicos do período do Estado Liberal, apenas limitavam a atuação estatal mas não exigiam nenhum *facere*, nenhuma prestação positiva. A atuação estatal para promover os direitos sociais foi reconhecida nos denominados direitos fundamentais de segunda geração, que asseguram a saúde, a educação *etc.* Nesses casos, o Estado precisa agir para prestar o direito assegurado pela norma constitucional. Ao executivo, coube promover os direitos sociais e econômicos assegurados pelas Constituições. Porém, as condições políticas e sociais impediam a eficácia plena desses novos direitos, até mesmo em razão da carência de recursos e das limitações orçamentárias¹⁰. Em decorrência, houve uma explosão de litigiosidade, pois os cidadãos recorreram aos tribunais para buscar a efetividade dos direitos que lhes foram assegurados pela Constituição e que não foram implementados pelo Executivo. O período também viu surgir novos campos de litígios, pois as controvérsias individuais tangenciavam interesses coletivos como, por exemplo, o direito à educação, à saúde *etc.* Direitos dessa natureza, apesar de individuais, reclamavam investimentos para atender uma coletividade. Essa característica acarretou a necessidade de se ampliar dramaticamente a atuação dos tribunais, com o incremento da oferta e mediante a ampliação do acesso à justiça. O aspecto importante deste aumento de procura pela tutela judicial em questões que, a rigor, seriam da atuação funcional típica do executivo (*v.g.*, a efetividade dos direitos sociais) e do legislativo (*v.g.*, a inconstitucionalidade por omissão na regulamentação de norma constitucional de eficácia limitada), reside no risco dos tribunais entrarem em colisão com os demais poderes. Em um choque de funções desse jaez, o judiciário, como poder que depende dos demais, sofreria retaliações¹¹.

Por fim, no período de crise do Estado-Providência, denominado por alguns autores de Estado Pós-Social (Campilongo) e que teve início entre o final da década de setenta e o início da década de oitenta,

a atuação judicial foi objeto de grande controvérsia em razão da sua relevância social e das consequências extrajudiciais das decisões dos tribunais. Nesse período, a questão da atuação do Judiciário ganha particular relevo, em face da falta de capacidade estatal para assegurar todos os direitos assistenciais do Estado-Providência¹². O amplo garantismo constitucional (“sobrejuridificação”) dos direitos sociais que marcou o período anterior permanece. Contudo, o caos normativo tem novas causas, a saber, a desregulamentação da economia (segundo o modelo neoliberal) e a globalização da economia (na nova *lex mercatoria* que deu renovada dimensão às relações jurídicas internacionais). Esse novo “pluralismo político, de natureza transnacional”¹³ impõe a coexistência do direito internacional com o direito nacional, aumentando a perda de unidade e de coerência do sistema jurídico que se iniciou no período anterior. A ideia de amplo acesso à justiça que caracterizou o Estado-Providência começou a ser revista e novas circunstâncias surgiram para reger a procura pela tutela judicial: (i) através de métodos alternativos de resolução das controvérsias; e (ii) a moderação do interesse pela via judicial em razão dos elevados custos do processo e dos atrasos dos tribunais em solucionar os conflitos. Hoje constitui destacada linha de pesquisa do processo civil o aceleramento do procedimento (e do próprio processo) e a efetividade da tutela dos tribunais em direitos sociais.

Esse último período encontra-se marcado – além da incapacidade do Estado-Providência em prestar os direitos sociais – pela crise de representação política, que atinge tanto o sistema partidário quanto a atuação individual, que restou comprometida pelo aumento da corrupção política. Assim, a atuação dos tribunais passou a abranger também questões criminais de agentes políticos, com grande representatividade social e com uma expressão considerável de poder político. Isso exigiu uma politização do poder judiciário e um caráter intervencionista dos tribunais¹⁴. Apesar da necessidade de direitos sociais básicos ser considerada por parte de um segmento social (em razão da drástica carência de condições básicas) mais importante que a atuação dos tribunais em matéria de repressão da corrupção¹⁵, não se pode de modo algum minimizar a efetiva tutela judicial nessas questões, que assumem grande relevância para a sobrevivência da democracia.

Em uma síntese para delinear a função dos tribunais – e, mais adiante, para estudá-la segundo a função que lhes prevê a teoria dos sistemas –, podemos atribuir a cada período as seguintes características: no primeiro período, os tribunais eram reativos e politicamente neutralizados, visando apenas legitimar os demais poderes, ao reproduzir e confirmar a atuação destes; no segundo período, os tribunais assumem uma postura mais ativa e com conteúdo político mais controverso, que corresponde à sua “quota-parte de responsabilidade política no sistema democrático”, ou seja, visando a tutelar os direitos sociais não prestados pelo Estado-Providência em razão da sua incapacidade financeira, política e orçamentária; por fim, no terceiro período, o desempenho dos tribunais torna-se politizado em alto grau, com um caráter intervencionista, de modo a evitar a própria degradação da democracia pelo abuso do poder político¹⁶.

Essa alteração do comportamento dos tribunais, põe em discussão os limites de sua atuação. Jungidos à sua função precípua, torna-se necessário saber em que ponto as decisões dessa natureza limitam-se ao sistema jurídico, em quais hipóteses referem-se apenas a irritações do sistema jurídico permitindo a abertura cognitiva e quando extrapolam o próprio fechamento operacional para ingressar indevidamente no sistema político. Para isso, examinaremos, em seguida, a estrutura do sistema jurídico e a do político para identificar as operações típicas de cada sistema e as irritações que justificam a interação ou abertura cognitiva.

AS POSSIBILIDADES COMUNICATIVAS DO SISTEMA SOCIAL E DO SISTEMA JURÍDICO

A gênese de uma teoria sistêmica pode ser creditada ao biólogo austríaco Ludwig von Bertalanffy (1901-1972), em razão de seu trabalho seminal sobre os sistemas dos seres vivos e das sociedades. Não obstante isso, a teoria sistêmica que utilizaremos como base para a presente análise é a apresentada por Niklas Luhmann¹⁷. Apesar de haver estudado a teoria estruturalista da sociedade de Talcott Parsons¹⁸ em Harvard, Luhmann desenvolveu uma teoria própria a partir do conceito

de autopoiese¹⁹ apresentado pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela. A autopoiese funda-se na ideia de que a organização dos elementos de um sistema é autorreferencial (interação dos seus próprios elementos) e autorreprodutiva (reprodução dos elementos a partir de uma interação circular e recursiva). No entanto, Luhmann estende seu conceito, originariamente aplicado aos sistemas vivos, para os sistemas sociais. Não temos a pretensão de explicar completamente a teoria sistêmica de Luhmann em toda sua riqueza e complexidade. Porém, descreveremos alguns conceitos essenciais para a compreensão da teoria, buscando relacioná-los com o escopo deste trabalho.

A teoria dos sistemas encontra-se apoiada na ideia da *diferença*. A diferenciação ocorre entre *sistema* e *ambiente*. Uma importante característica da sociedade moderna, segundo demonstrou Luhmann, reside no tratamento da diferenciação social²⁰, que ocorre através da *complexidade*, da *seletividade* e da *contingência*²¹.

É a complexidade que irá diferenciar o sistema do ambiente, pois o sistema é sempre menos complexo que o ambiente. Naturalmente, a complexidade que existe no ambiente pode conduzir à incerteza e mesmo ao caos²². Por complexidade devemos entender “*multiplicidade de possibilidade de escolhas*”, ou seja, aumento de possibilidades de *ação*²³. O sistema é, portanto, um redutor da complexidade quando seleciona as possibilidades de escolha. A modernidade, então, cria novas opções, que acarretam o aumento da complexidade interna²⁴. Isso faz surgir subsistemas ou sistemas parciais, ante a possibilidade de uma segunda redução da complexidade. Nesse contexto, a primeira redução da complexidade ocorre do ambiente para o sistema social; a segunda redução da complexidade ocorre do sistema social para os sistemas jurídico, político, econômico etc.

A *seletividade* consiste na possibilidade de escolher as possibilidades de comunicação, pois não se pode implementar todas ao mesmo tempo. O aumento da complexidade exige um aumento de seletividade, pois a escolha significa optar entre alternativas. O direito positivo, por exemplo, é direito posto por uma decisão. Não é um dado da natureza, mas uma possibilidade que existe na multiplicidade de escolha. Positivar o direito, então, é um modo de selecioná-lo dentre

as possibilidades existentes, o que reduz a complexidade. Não se pode excluir a seletividade, sob pena de se instituir um totalitarismo, que outra coisa não é senão a eliminação das possibilidades de escolha²⁴. Não obstante isso, a seleção de uma possibilidade de comunicação não exclui as demais possibilidades que podem ser implementadas em outras ocasiões.

Isso demonstra a *contingência*²⁵ da redução da complexidade, pois uma ação poderia ser outra. A comunicação poderia ser diferente, pois não lidamos com o campo da *necessidade*, e sim com o da *possibilidade*. Embora o direito positivo seja posto por uma decisão, ele pode ser modificado por outra decisão. O direito posto é direito possível, e não direito necessário. Se é assim, então é direito modificável, que poderia ser diferente. Direito positivo, portanto, é mutável, fluído e dinâmico, passível de ser modificado pela sociedade; não é direito natural, na sua concepção originária, de validade universal, estagnado e estático.

A FUNÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO NA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS

Por sua vez, o sistema social é o sistema formado por *comunicação*. A linguagem (comunicação) funciona como mecanismo de acoplamento estrutural entre o sistema psíquico e o sistema social. A comunicação, segundo Luhmann, é a síntese de três seleções: mensagem, informação e compreensão da diferença entre mensagem e informação²⁶. A mensagem é a forma e a informação é o conteúdo. Desse modo, a comunicação é a nota que permite diferenciar sistema social e ambiente, pois ela existe somente naquele (sistema) e não neste (ambiente). A comunicação é operação interna do sistema. Logo, não há comunicação entre ambiente e sistemas sociais, que não recebem informações externas. Se é assim, então a diferenciação do sistema significa, ao mesmo tempo, diferenciação da comunicação. Por sua vez, os subsistemas possuem uma estrutura própria para sua comunicação – e é isto que os diferenciam –, baseados em código binários e meios de comunicação simbolicamente generalizados.

Portanto, o que existe é comunicação do sistema a partir da observação do ambiente, o que permite a construção interna sem que haja

uma abertura operacional. O sistema é fechado operativamente (suas operações internas são autorreferenciais) mas aberto cognitivamente (através do acoplamento estrutural). O fechamento operativo do sistema significa duas coisas: (i) que há um **código** comunicativo exclusivo de cada sistema; (ii) que cada sistema desempenha uma **função** exclusiva e infungível. Desse modo, o sistema se fecha do ponto de vista operacional.

O código comunicativo de um sistema não diz absolutamente nada sobre as operações do sistema, pois não aloca valores ao sistema. O código permite apenas identificar os tipos de comunicação que pertençam a um ou a outro sistema. Através do código binário consegue-se a “duplicação do mundo”, isto é, a mensagem constante no código traz, ainda, a possibilidade do seu oposto, ao mesmo tempo em que apresenta uma visão totalitária do mundo. Ou seja, a visão que um sistema funcional tem do mundo é apenas aquela que o seu código estabelece. Desse modo, cada sistema tem sua própria visão do mundo, de acordo com o seu código específico. Quando muito, o sistema observa que os outros sistemas têm visões diferentes, baseadas em códigos diversos.

Os subsistemas ou sistemas parciais têm os seguintes códigos binários: (i) o sistema político usa o código “governo/não-governo (oposição)” ou “poder/não-poder”; (ii) o sistema econômico tem o código “ter/não-ter (propriedade, capacidade de pagamento)”, “possuir/não-possuir”, “comprar/vender” ou “pagar/não-pagar”; (iii) a ciência usa o código “verdade/não-verdade”; (iv) a arte possui o código “bonito/feio”; e, finalmente, (v) o sistema jurídico usa o código binário²⁷ “lícito/ilícito”, “direito/não-direito”, “legal/ilegal”.

“Não-direito” (“*unrecht*”) pode dar a impressão de que a escolha encontra-se fora do direito (isto é, na economia, na política etc.). Mas Luhmann quer dizer que o “*unrecht*” integra o sistema jurídico, na medida em que expressa a desconformidade do programa com o direito. Nas palavras do Prof. Celso Campilongo²⁸, o melhor entendimento do código binário “*recht/unrecht*” seria “conformidade/desconformidade do pedido” ou então “procedência/improcedência do pedido”.

A comunicação de uma das faces do código binário ocorre por intermédio de programas. Portanto, são os programas que implementam

os códigos. Programas partidários implementam o código binário do sistema político, as leis implementam o código do sistema jurídico etc.

Enquanto o sistema é redutor da complexidade do ambiente, as **funções** de cada subsistema ou sistema parcial são redutoras da complexidade interna (do próprio sistema). Cada sistema desempenha uma **função** infungível, não para si mesmo, mas para a sociedade. O sistema econômico tem, como função, a escassez, enquanto a função no sistema político é a tomada de decisões que vinculam a coletividade.

O sistema jurídico tem como função a garantia das expectativas, no que Luhmann chama de *generalização congruente das expectativas normativas*. A economia lida com expectativas cognitivas, enquanto o direito cuida de expectativas normativas.

A função do judiciário, portanto, é garantir as *condições* que possibilitam as ações, e não *orientar* propriamente as ações²⁹. A lei não controla os riscos ou, conforme diz Luhmann, “é arriscado não correr risco algum”³⁰. A ideia do risco é inerente ao capitalismo (análise econômica) e também ao direito, que tem dificuldade em controlar o futuro, ou seja, de determinar o vir a ser. Por exemplo, podemos verificar que inúmeras leis fiscais que estabelecem um regime rigoroso são evitadas com a mudança da sede das empresas, que buscam locais mais benéficos para suas operações. Direito não controla as ações, apenas “*cria condições que possibilitam as ações*”. Desse modo, a função do direito é a generalização congruente de expectativas normativas.

O ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICO E POLÍTICO

Uma sociedade diferenciada funcionalmente (diferenciação social funcional) tem um sistema *fechado operacionalmente*, embora *aberto cognitivamente*. O fechamento operativo é necessário para assegurar a unidade e a integridade do sistema, que será sempre autorreferencial. Se cada sistema tem código próprio, então ele não consegue se comunicar com o ambiente, que também tem seu próprio código. Em um sistema autopoiético, a comunicação é intrassistêmica. A operação de

outro sistema é mero “evento” (Luhmann), porque os códigos são diversos. Quando um dado sistema (*e.g.*, o sistema jurídico) “*decodifica*” o código de outro sistema (*v.g.*, o sistema político ou o econômico), é o próprio sistema (jurídico) que opera. Não é o outro sistema. Ou então haveria desdiferenciação. Logo, os componentes internos de um sistema autopoietico produzem seus próprios elementos para a produção de novos componentes (autoprodução), em uma interação circular, recursiva e autorreferencial.

Entretanto, os sistemas autopoieticos não são independentes de seu ambiente, apesar de serem operativamente fechados. Sistemas orgânicos influenciam os sistemas psíquicos que, por sua vez, também influenciam os sistemas sociais. Os sistemas jurídicos influenciam – e são influenciados – pelos sistemas econômicos. Do mesmo modo, os sistemas econômicos influenciam e também são influenciados pelos sistemas políticos. Um sistema não é completamente indiferente ao outro, apesar de seu fechamento operativo.

A solução para essa interação entre os sistemas³¹ encontra-se no *acoplamento estrutural* que mantém o fechamento operativo do sistema apesar de aceitar uma abertura cognitiva. As operações estão *acopladas* internamente ao sistema e, em alguns casos, entre sistemas distintos. A *estrutura*, na teoria sistêmica, é uma forma estável de encadeamento de operações. O acoplamento estrutural, assim, não torna possível uma influência direta do ambiente em um sistema, apenas permite a influência de um sistema em outro. Segundo Luhmann, o acoplamento estrutural provoca *irritações* no sistema. Contudo, o próprio sistema é quem determina o que lhe causa irritação, pois não é qualquer *evento* (operação de um sistema diverso) que gera reação. O sistema, então, reagirá com suas próprias operações (internamente).

O sistema psíquico acopla-se estruturalmente com o social através da *linguagem*. O sistema político tem no Banco Central o mecanismo de acoplamento com o sistema econômico. O contrato e a propriedade acoplam o sistema econômico ao sistema jurídico. O acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema social é a *Constituição*³².

Este acoplamento estrutural é possível através de um dispositivo: a ambiguidade. Entretanto, cada sistema processa a ambiguidade

com sentido próprio, pois a comunicação deve respeitar o código binário de cada sistema. Quando o código binário é aplicado a si mesmo (capacidade reflexiva a nível operacional), há a necessidade de uma “desparadoxização”³³, por intermédio de respostas às irritações externas (aberturas cognitivas).

O sistema político oferece as premissas de decisão do sistema jurídico. O sistema político edita as leis, que são os pressupostos operativos do sistema jurídico. No entanto, há sempre uma pressão contínua pela “*desdiferenciação*” de um sistema, ou seja, um sistema sempre tenta dominar o outro. Ocorre que a pressão gera, quando muito, uma instabilidade e não a própria desdiferenciação, caso contrário não haveria mais sistema. Ainda que o direito tenha uma pressão constante para exercer *função* política (desvalorizando a produção legislativa e interferindo em todos os aspectos da vida), chega um momento em que a comunicação trava e impede o sistema jurídico de prosseguir. Caso contrário, não haverá função jurídica, mas somente função política.

Se o ambiente externo tem variabilidade e provoca irritação mas o sistema (interno) é estável, então há certeza (segurança jurídica), pois cada sistema responde com ferramentas do próprio sistema. Porém, haverá incerteza (falta de segurança jurídica) se o ambiente for estável e o sistema jurídico, por sua vez, for instável, como ocorre em um modelo de Estado intervencionista, em que há a desvalorização da produção legislativa. Com efeito, a estabilidade política e a do mercado reduzem a instabilidade normativa, pois não provocam irritação. Isto deveria acarretar a estabilidade dos dois sistemas. Observe que, se o sistema político ou o econômico for estável e o sistema jurídico for instável, este (o sistema jurídico) é que causará irritação naquele (o sistema político ou o sistema econômico) que, se provocar instabilidade, irá reagir operativamente (mas com as ferramentas do próprio sistema).

O acoplamento estrutural ocorre quando se verifica a instabilidade interna nos dois sistemas. A teoria sistêmica valoriza a *contingência* e os mecanismos de *seletividade*, pois os sistemas não são necessariamente estáveis: eles são complexos. Havendo instabilidade mútua, então dispara o mecanismo do acoplamento estrutural, permitindo a abertura *cognitiva* (mas não operativa).

Como um sistema não consegue operar com as ferramentas de outro (fechamento operativo), então ele somente *observa cognitivamente*. O sistema jurídico pode ter auto-observação, a partir de três aspectos que criam a dogmática jurídica (autointerpretação): a educação jurídica, a prática jurídica e os textos legais aplicados. Mas também tem hetero-observação, ou seja, observação de outro sistema (econômico, político etc.) pelo próprio sistema (jurídico). Para a teoria sistêmica, quem observa não é o *sujeito*, mas o *sistema*. É o sistema jurídico que se auto-descreve e que também descreve o sistema econômico ou o sistema político. O *observador* é um sistema, mas o *objeto* da observação também é um (outro) sistema.

Nessa medida, um determinado sistema tem uma instância operacional e uma cognitiva (observação). Na instância cognitiva, a *teoria do direito* observa as operações jurídicas, assim como a *teoria econômica* observa as operações econômicas. São observações internas do próprio sistema. Mas o sistema jurídico também *observa* as *observações* do sistema econômico, ou seja, a *teoria do direito observa as observações* feitas pela *teoria econômica*. São observações de segunda ordem.

Em suma, o acoplamento estrutural permite a abertura (cognitiva) para o sistema circundante ao mesmo tempo em que mantém o fechamento (operativo) do sistema. Para Luhmann, o que une e separa o direito e a política – ou seja, o acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o político – é a **Constituição**. Ela estabelece limites políticos ao direito e limites jurídicos à política.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO POSSIBILIDADE COMUNICATIVA E COMO OBSERVAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO

Partindo da premissa de que a Constituição é o acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político, a função dos tribunais deve ser estabelecida no contexto da *comunicação* que ocorre dentro do sistema jurídico (intrassistêmica). Essa comunicação, conforme vimos, é baseada no código binário do respectivo sistema (fechamento operativo) a partir da observação do ambiente externo (abertura cognitiva).

A comunicação leva em conta a mensagem (forma) e a informação (conteúdo). No que tange ao acoplamento estrutural entre o direito

e a política, o sistema jurídico *observa* a comunicação interna do sistema político através da mensagem e da informação, tendo como referência a Constituição.

Na moderna teoria constitucional, uma Constituição é formada por princípios, que são normas com alto grau de generalização (vagueza e ambiguidade), cuja aplicação funda-se na seleção do *peso* dos *valores* enunciados e que podem ser realizados em graus. Se a Constituição encontra-se desse modo estruturada, então podemos compreender a Constituição como mensagem e os princípios constitucionais como informação. Desse modo, o acoplamento estrutural busca afastar a irritação (gerada pela ambiguidade) com operações internas ao sistema, mas observando a observação da comunicação do outro sistema, tratando tanto a mensagem (Constituição) quanto a informação (princípios constitucionais), compreendendo, ainda, a diferença que existe entre elas.

Os princípios constitucionais são conceitos jurídicos indeterminados, pois não estabelecem uma linha de ação necessária. Em razão da complexidade da referida garantia constitucional, há inúmeras possibilidades de ação (comunicação interna do sistema) e a escolha de uma demonstra somente a seletividade natural pelo sistema (contingência). Os conceitos jurídicos são indeterminados mas determináveis³⁴. Desse modo, apesar de os princípios jurídicos não indicarem uma linha de ação (alto grau de generalização da expectativa normativa), a seleção de uma conduta específica pelo sistema jurídico fornece o *output* necessário, desde que seja congruente ao sistema.

Uma escolha feita pelo sistema político não elimina as demais possibilidades e o sistema jurídico – reagindo às irritações observadas no outro sistema – poderá tratar diferentemente a questão, substituindo a escolha³⁵. Isso demonstra a contingência das possibilidades. Esta reação pode ocorrer quando o sistema jurídico observa o modo que o sistema político operacionaliza determinado princípio constitucional.

O JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: A QUESTÃO DOS MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS

Na linha desenvolvida pela teoria sistêmica, é possível ao sistema jurídico tratar de questões que *aparentemente* seriam consideradas

como pertencentes ao sistema político (ou econômico). Não obstante isso, verificamos que, na teoria de Luhmann, é possível ao sistema jurídico operar com seus próprios elementos, apenas reagindo às irritações provocadas pela instabilidade do sistema político.

Essa conclusão é particularmente importante, pois a crise de efetividade dos direitos sociais típica do Estado-Providência projetou no judiciário um aumento de litigiosidade a nível não imaginado. Então o judiciário deve comportar-se adequadamente à procura, mas sempre atento para não romper os limites do sistema jurídico e ingressar no sistema político (desdiferenciação).

Apesar da sociedade encontrar-se em um Estado considerado Pós-Social, a atuação do judiciário, no que tange à tutela dos direitos sociais, ainda não foi ignorada. A falta de recursos financeiros e de investimentos setoriais imprescindíveis, como na educação e na saúde (mesmo nesse momento em que o sistema econômico passa por uma certa estabilidade), provoca a instabilidade do sistema jurídico e ativa a atuação do judiciário (repressiva ou preventivamente).

A hipótese mais clara de atuação do Judiciário em questões típicas de políticas públicas encontramos na distribuição de medicamentos excepcionais³⁶. A decisão de fornecer um medicamento negado pelo executivo pode fundar-se em premissas normativas (incluindo princípios constitucionais). Contudo, a questão pode ocultar inúmeras razões que são típicas de outros sistemas. O órgão encarregado de administrar a saúde pode optar por um medicamento que considera mais eficaz e menos arriscado na hipótese, por exemplo, de um medicamento recente, experimental ou ainda não aprovado para distribuição regular. Ou então o sistema econômico pode recomendar um tratamento diverso, não por motivo de economia de recursos financeiros em detrimento da saúde, mas por razões de alocação de recursos: o fornecimento de um medicamento de custo elevado e tratamento duvidoso pode comprometer os recursos que seriam investidos em outro campo da saúde e, desse modo, ameaçar a saúde ou a própria vida do próprio cidadão ou até da coletividade. A opção (seleção da possibilidade) de investir no fornecimento de medicamento específico (AIDS, câncer, hanseníase *etc.*) ou na aquisição de um

aparelho de hemodiálise geralmente é de natureza política, principalmente quando houver limitação de recursos. São escolhas dramáticas, em que o executivo, cujo código binário é “governar/não-governar”, tem a função de alocar os recursos da melhor forma possível, maximizando resultados, minimizando consequências negativas.

Mas a decisão **política**, seja ela qual for, terá consequências **jurídicas**, pois irá deflagrar a atuação dos tribunais, notadamente mediante a reivindicação por parte daquele que ficou privado do tratamento médico. A saúde e, em alguns casos, a própria vida do cidadão estarão comprometidas se o judiciário não atuar. E o sistema jurídico protege, por intermédio de princípios constitucionais, a saúde de todos. Principalmente, quando houver a possibilidade de se assegurar uma sobrevivência. A doutrina (teoria jurídica) e a jurisprudência reconhecem que, apesar de o princípio estabelecer um programa normativo (natureza programática), o mesmo tem eficácia imediata e plena, por se tratar de direito fundamental (parágrafo único do art. 5º da CF/1988).

Por sua vez, a decisão **jurídica** também terá consequências **políticas**, pois a determinação de aquisição do medicamento irá subtrair recursos que seriam destinados à implantação de um plano de ação do governo. As operações internas do sistema *político* podem estar comprometidas ou ameaçadas pela atuação do sistema *jurídico*. A falta de recursos irá exigir um novo plano de ação por parte do executivo, que necessitará, no mínimo, remanejar recursos orçamentários para atender às novas expectativas normativas.

O CONTROLE DA CRIMINALIDADE NOS PODERES INSTITUÍDOS, A POLITIZAÇÃO DOS TRIBUNAIS E O DEFICIT DEMOCRÁTICO

No que concerne ao problema típico do terceiro período, descrito por Celso Campilongo como Estado Pós-Social, é preciso discernir sobre a atuação dos tribunais em situações envolvendo condutas de agentes políticos tipificadas como ilícitos penais.

Provocou grande repercussão o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do recebimento da denúncia dos acusados no caso

“mensalão”, em razão do envolvimento de um grande número de agentes políticos³⁷, com relações político-partidárias com o governo e com o Presidente da República³⁸. Ministros do governo Lula, Deputados de diversos partidos, integrantes da mesa do partido do governo (PT) e de outros partidos (PP, PL, PTB), todos foram denunciados por diversos crimes, incluindo peculato, corrupção ativa e passiva, formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, falsidade ideológica e evasão de divisas. Foram oferecidas cento e treze denúncias e o Supremo Tribunal Federal recebeu cento e duas, determinando a abertura das respectivas ações penais. Ainda é muito cedo para dizer como o STF irá julgar as ações penais (apenas a denúncia foi recebida).

O Supremo Tribunal Federal, há alguns anos, também recebeu a denúncia oferecida contra o ex-Presidente Fernando Collor de Mello e deu início à ação penal por crime de corrupção. Também foi um episódio relevante, pois o STF precisou pronunciar-se sobre crimes imputados a um Presidente da República. O resultado da ação penal, entretanto, foi a absolvição por falta de provas e o STF não se pronunciou efetivamente sobre eventual condenação criminal de um chefe de poder (executivo).

De qualquer modo, independentemente de a ação referente ao “mensalão” ainda não haver sido concluída, já o recebimento da denúncia é um fato social digno de nota, a ponto de caracterizar a atuação do judiciário no período do Estado Pós-Social.

Isso destaca uma situação que repercute não apenas no STF, mas em todos os tribunais e juízos do país. No Estado do Espírito Santo, por exemplo, ganhou notoriedade o chamado caso “Lineart”, em que deputados estaduais foram acusados de corrupção passiva. O Ministério Público Estadual ajuizou as respectivas ações penais, mas simultaneamente pediu o afastamento do cargo e a devolução do dinheiro público recebido, em ações de improbidade administrativa. Em tutela de urgência, foram afastados 6 (seis) deputados de seus cargos (dois em uma ação e quatro em outra).

Neste ponto a questão assume uma incontornável complexidade, em razão das inúmeras possibilidades comunicativas, o que aumenta significativamente os riscos de desapontamento (contingência).

O dilema que o código binário do sistema jurídico deve resolver é o seguinte: pode, o judiciário, afastar do cargo um deputado eleito pelo povo? Ou somente pode ser afastado do cargo por sentença transitada em julgado?

A Lei 8.429/92 prevê que a perda da função pública pressupõe o trânsito em julgado da sentença³⁹. Nessa linha, congruente com a função do direito, não seria possível determinar a perda da função pública em tutela de urgência (cautelares ou tutelas antecipadas). Concordamos integralmente com esse raciocínio, pois a tutela de urgência caracteriza-se pela provisoriedade da decisão e pela incompletude da cognição. A *perda* da função pública exige uma cognição exauriente, e não provisória e superficial (sumária). Mas a questão não se encontra solucionada. Ainda que não seja possível determinar, em tutela de urgência, a *perda* da função pública, podemos indagar se é possível determinar o *afastamento* do cargo, como ocorreu no Estado do Espírito Santo. A Lei 8.429/92, também disciplinou a hipótese, autorizando o afastamento do cargo na hipótese de a medida ser necessária à instrução processual⁴⁰.

As possibilidades comunicativas desta previsão normativa são inúmeras e os debates nos tribunais sobre o alcance da autorização do afastamento foram muito interessantes. Inicialmente, o STJ negou a possibilidade de afastamento de agente *político*, ao argumento de que o citado enunciado legal somente previu o afastamento de agente *público*. Assim, concluiu, os agentes *políticos* eleitos pelo povo não poderiam ser afastados de seu cargo eletivo.

Posteriormente, o STJ concluiu que o afastamento pode ocorrer de modo excepcional, porém apenas quando for imprescindível para evitar a obstrução da instrução processual⁴¹. E, nesse caso, é necessário que haja um ato concreto por parte do agente político⁴². Há ainda um entendimento no sentido de que o afastamento deve ser apenas com duração *prévia e razoavelmente estabelecida*⁴³.

Mas o afastamento de detentor de mandato eletivo tem sido admitido pelo Superior Tribunal de Justiça *exclusivamente* na hipótese de a conduta do agente político implicar ameaça à instrução processual, sob pena de que a demora na tramitação da ação de improbidade acarrete

a perda definitiva do cargo (cassação branca)⁴⁴. Em verdade, a preocupação dos Ministros do STJ procede. Há o risco da tutela de urgência acarretar a própria perda definitiva do cargo, em razão da demora no processamento de uma ação de improbidade.

Mas, para os escopos do presente trabalho – conhecer os limites do sistema jurídico em face da função política que lhe é estranha –, precisamos imaginar outra hipótese. No caso de não existir ameaça à instrução processual, seria possível determinar o afastamento de agente político do cargo, em tutela de urgência? O STJ afirmou – e demonstrou, na MC 6239/ES uma fundada razão para justificar esse raciocínio – que não é possível. Concordamos integralmente com a preocupação do lúcido Ministro relator, sempre sensível às ameaças a democracia. Nada há de mais preocupante do que ameaçar a representação popular mediante o afastamento de um representante do povo, em nome de um conceito com a textura aberta do alcance de uma invocação à moralidade. Inúmeras injustiças foram feitas com a simples menção dessa palavra. O legislativo significa a mais pura expressão da democracia popular, com representantes escolhidos diretamente pelo povo brasileiro. Os princípios que norteiam seu funcionamento (competências comunicativas do sistema político) devem ser os mais amplos e liberais, para que não se possa calar a voz de quem efetivamente é o único titular de todo o poder público: o povo. Não poderia me expressar melhor, a não ser aderindo incondicionalmente às lúcidas palavras do Ministro Humberto Gomes de Barros, na MC 6.239⁴⁵, que envolvia o afastamento de deputados estaduais no Estado do Espírito Santo.

Não obstante isso, entendemos também ser muito forte a exclusão completa de todas as demais hipóteses de afastamento, em razão da enorme complexidade acarretada pelas possibilidades comunicativas. Não podemos excluir a seletividade ou o risco de frustração decorrente da contingência. Em situação de *absoluta* excepcionalidade, entendemos que a medida pode ser admitida. Mas, repetimos: é necessário que a causa justificadora do afastamento seja de inquestionável excepcionalidade e fundada em razões fortes de difícil ou impossível refutação⁴⁶. Essa possibilidade, segundo entendemos, não se limita aos poderes executivo e legislativo⁴⁷. Contudo, o dilema decisório somente

se verifica com maior intensidade no caso de mandato eletivo, pois a demora da ação acarreta a perda antecipada (e definitiva) da função, em face da limitação temporal do exercício do cargo (quatro anos).

Por outro lado, podemos usar o raciocínio de modo inverso e transferir o dano marginal causado pela demora na tramitação para a própria democracia: se o agente político não for afastado do cargo (repetimos: em situações de extrema excepcionalidade), a sentença final será ineficaz neste capítulo, pois o mandato já estará cumprido (em razão da demora na tramitação processual). E, se houvesse risco de novos danos ou novos ilícitos criminais, estes poderiam ser cometidos. O intervencionismo do judiciário verificado no terceiro período (Estado Pós-Social) não é mais apenas repressivo e inativo, mas preventivo e pró-ativo. Assim, não excluimos a possibilidade de um agente político ser afastado de seu cargo, mesmo quando não houver risco de obstrução da instrução processual. Mas, repito, apenas nas hipóteses em que a excepcionalidade for intolerável.

Os riscos (contingência) são inerentes à teoria sistêmica, em razão da complexidade dos sistemas sociais em que o sistema jurídico encontra-se inserido, o que aumenta as possibilidades comunicativas, principalmente na hipótese de instabilidade dos demais sistemas.

O LIMITE DA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS: INIBINDO A FUNÇÃO POLÍTICA NOS SISTEMAS JURÍDICOS

A atuação do Poder Judiciário em questões típicas do sistema jurídico e do sistema econômico desperta o problema da desdiferenciação dos sistemas. Não nos referimos às operações típicas do sistema jurídico, azeitadas pelo acoplamento estrutural em resposta às irritações provocadas pelos demais sistemas. Imaginamos a hipótese em que o sistema jurídico extrapola sua função (infungível) e pretende ingressar na função típica de outro sistema. Para que não haja a absorção de um sistema pelo outro, e para que a diferenciação seja preservada, é necessário estabelecer uma forma de contenção da atuação dos tribunais, para que não ocorra o exercício de função estranha ao sistema.

Em diversos períodos de nossa história encontramos os Tribunais – e, principalmente, o Supremo Tribunal Federal – com a incumbência de pronunciar-se sobre atos dos demais poderes. Quase sempre pelo fato de a Corte máxima enfrentar questões intimamente ligadas a ações do executivo, enquanto detentor do poder político. Vejamos alguns casos, apenas para demonstrar a interdependência dos sistemas (apesar de autopoiéticos).

Começemos com o *Habeas Corpus* n. 300, impetrado por Ruy Barbosa, em favor do Senador Almirante Eduardo Wandenkolk e outros cidadãos. Os pacientes foram “*indiciados por crimes de sedição e conspiração, presos ou desterrados em virtude de decretos expedidos pelo Vice-Presidente da República, Marechal Floriano Peixoto, na função de Presidente*”. O Relator foi o Ministro Costa Barradas e o *Habeas Corpus* foi julgado em 27.4.1892. A ordem foi denegada, por maioria (10x1)⁴⁸. Este foi um caso em que um ato do detentor do poder político foi submetido a reexame pelo Supremo Tribunal Federal. A indagação que surge é: como controlar o desempenho dos tribunais, quando instados a reexaminar atos do executivo ou do legislativo?

No *Habeas Corpus* n. 415, impetrado também por Ruy Barbosa e igualmente em favor do Senador Almirante Eduardo Wandenkolk e outros oficiais reformados⁴⁹, o Supremo Tribunal Federal indeferiu a ordem por maioria, em julgamento realizado em 2.9.1893, Relator Ministro Costa Barradas⁵⁰. Denuncia-se que o Presidente Floriano Peixoto ameaçou expressamente dissolver o STF, caso o referido Senador fosse libertado⁵¹. Trata-se de um mecanismo ilegítimo de controle do desempenho dos tribunais, típicos de um autoritarismo político.

Destaque deve ser dado ao fato de o Presidente Marechal Floriano Peixoto não haver preenchido diversas vagas surgidas em decorrência da aposentadoria de alguns Ministros (na época o Supremo era composto por quinze juízes), com o escopo de impedir o funcionamento do Supremo Tribunal Federal por falta de quórum.

Houve, além dessa interferência explícita do chefe do executivo, outras estratégias de controle das decisões do STF com base em alteração da composição do tribunal ou até na indicação do presidente da Corte.

O Decreto-Lei n. 2.770, de 11.11.1940, editado na vigência do regime autoritário do Estado Novo (Constituição Federal de 1937), fixava a competência do Presidente da República para nomear, *por tempo indeterminado*, o Presidente e o Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal.

No que tange à composição, Getúlio Vargas reduziu através do Decreto n. 19.656, de 1931 (Governo Revolucionário), o número de juízes que integravam o STF, que passou de quinze para onze membros⁵², e aposentou compulsoriamente cinco ministros. No período da ditadura militar, houve também o aumento do número de ministros, de onze para dezesseis (Ato Institucional n. 02/1965), e em seguida a redução dos membros, que retornou para onze (Ato Institucional n. 06/1969). A alteração foi feita através de atos institucionais e, posteriormente, ratificadas pela Constituição Federal de 1967 e pela Emenda Constitucional de 1969. Ainda nesse período (1969), três ministros foram compulsoriamente aposentados (Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva), pois foram nomeados por presidentes anteriores e não se coadunavam com os ideais dos detentores do poder⁵³.

Atos desse jaez demonstram a ânsia de controlar as decisões do judiciário, quando em confronto com as ações do executivo. Mas são formas de controle de questionável legitimidade.

Que é necessário estabelecer um modo de submeter o desempenho a uma espécie de controle, disso não temos dúvida. Essa é a essência da própria teoria de separação dos poderes: distribuir funções e permitir o controle de um poder pelos demais. Tanto o judiciário pode controlar os atos do executivo e do legislativo, quanto deve submeter seus próprios atos a um controle.

A questão que se põe é como a teoria sistêmica explica a forma legítima de controle do judiciário pelos outros poderes (reação de um sistema à instabilidade de outro sistema pela desdiferenciação).

Assim como o sistema jurídico recebe irritações externas, os demais sistemas (político, econômico etc.) também recebem irritações do sistema jurídico e operam de modo a responder a essas irritações. Naturalmente a operação desses sistemas será por intermédio de comunicação interna, sob pena de também provocarem uma desdiferenciação

sistêmica. O sistema político poderá promover alterações nas leis e na própria Constituição para modificar o próprio sistema jurídico; o sistema econômico poderá alterar estratégias de mercado para afastar uma proibição ou reduzir os custos gerados por uma decisão judicial. Enfim, há mecanismos internos aos sistemas (político, econômico etc.) que, em acoplamento estrutural, permitem uma abertura cognitiva suficiente para promover a operação intrassistêmica, mantendo a operacionalidade e a funcionalidade de cada sistema.

CONCLUSÃO

A análise do desempenho de um sistema, nos moldes da Teoria Autopoiética de Luhmann, demonstra a possibilidade de uma abertura cognitiva para permitir a interação entre os sistemas. Desse modo, o sistema jurídico *observa* o sistema político, mas não praticará atos políticos; respeitará os limites do próprio sistema, apenas reagindo às irritações externas e que teriam causado a instabilidade do sistema em si. Nesse ponto, nada há de extraordinário e a operacionalidade e funcionalidade específica de cada sistema podem ser preservadas, ainda quando tangenciam situações que causam irritação no outro sistema. O que se torna preocupante é quando um sistema exerce uma “função⁵⁴ intervencionista”, de modo a usurpar função típica de outro sistema. Quando, por exemplo, o sistema jurídico pretende exercer uma função política; um sistema político tenta exercer uma função econômica etc. O intervencionismo pode desestabilizar a autorreferência do Direito. Se esse for o caso, então a atuação dos tribunais extrapolou sua função específica e há risco de desdiferenciação sistêmica. Se, ao contrário, o desempenho do judiciário é apenas uma reação às irritações provocadas por outros sistemas, mas opera com elementos do próprio sistema jurídico, então é um comportamento natural. Quando muito irá desencadear uma abertura cognitiva nos demais sistemas. Sempre é bom destacar (mais uma vez) Niklas Luhmann, quando afirma que seria muito arriscado não correr risco algum, pois quando há dupla contingência lidamos com risco e não com perigo⁵⁵. Também é importante lembrarmos Cândido Dinamarco, quando afirma que “não devemos ter medo de correr riscos, pois assim como existe a possibilidade de

erro, existem os tribunais para repará-lo". O que se torna necessário, portanto, é identificar mecanismos intrassistêmicos de contenção para as hipóteses de excesso, evitando, assim: (i) que o sistema jurídico exerça indevidamente funções políticas; (ii) que o sistema político exerça funções jurídicas; ou então (iii) que o sistema político exerça funções econômicas⁵⁶. Parece-nos que mecanismos desse jaez estão disponíveis na própria Teoria dos Sistemas Autopoiéticos, com a reação de cada sistema para evitar a "desdiferenciação" sistêmica, promovendo alterações em reação às irritações externas.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil**. São Paulo: Educ, 1977.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

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

_____. Crise do Estado, mudança social e transformação do direito no Brasil. **Revista da Fundação Seade**, v. 8, n.2, p. 15-20, abr./jun. 1994.

_____. O judiciário e a democracia no Brasil. **Revista da USP**, v. 21, 1994.

_____. A consolidação da democracia no Brasil. **Revista Direito Para Todos**, 1994.

_____. **O Direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Diritto democrazia e globalizzazione**. 2. ed. Lecce: Pensa, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Representação política**. São Paulo: Editora Ática, 1989.

CAMPILONGO, Celso Fernandes (Org.); PIOVESAN, Flávia (Org.); GIORGI, Beatriz Di (Org.). **Direito, cidadania e justiça. Ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **A sociologia jurídica no Brasil**. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **The judicial process in comparative perspective**. Oxford, Clarendon Press, 1989.

CARVALHO, Délton Winter de. **O direito como um sistema social autopoietico: auto-referência, circularidade e paradoxos da teoria e prática do Direito**. Disponível em: <http://simaocc.home.sapo.pt/ebiblioteca/pdf/ebc_delton.pdf>. Acesso em: 28/12/2007.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais**. São Paulo: RT, 1991.

_____. (Org.). **Direito e justiça: a função social do Judiciário**. São Paulo: Ática, 1989.

_____. O poder judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. **Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, v. 22, n. 67, p. 7-17, 2001.

_____. Que judiciário a sociedade necessita? **Diálogos & Debates**, São Paulo, 2001.

_____. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Os direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Justice Et Conflit Au Brésil: le pouvoir judiciaire face aux droits de l'homme et aux droits sociaux. **Droit et Société, Paris**, v. 32, 1996.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira; CAMPILONGO, Celso Fernandes. **A sociologia jurídica no Brasil**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Ariel, 1996.

GUARNIERI, Carlo; PERDERZOLI, Patrizia. **La democrazia giudiziaria**. Bologna: Il Mulino, 1997.

HOROWITZ, Donald. **The courts and social policy**. Washington: The Brookings Institution, 1977.

HUDSON, Barbara. **Justice in the risk society: challenging and reaffirming justice in late modernity**. London: Sage Publications, 2003.

JACOB, Herbert *et al.* **Courts, Laws & Politics**. New Haven: Yale University Press, 1996.

KENNEDY, Duncan. **A critique of adjudication**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

KNUDSEN, Morten. **Structural Couplings Between Organisations and Function Systems - Looking at Standards in Health Care**. Disponível em: <<http://uk.cbs.dk/content/download/68047/940768/file/OrganisationandfunctionsystemsMKnudsen.September07.pdf>>. Acesso em: 28/12/2007.

KUNZLER, Caroline de Moraes. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Revista Estudos de Sociologia**, v. 16, p. 123-136, 2004.

Disponível em: <http://www.fclar.unesp.br/soc/revista/artigos_pdf_res/16/07kunzler.pdf>. Acesso em: 27/12/2007. LOMBARDI, Luigi. **Saggio sul diritto giurisprudenziale**. Milano: Giuffrè, 1975.

LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Barcelona: Anthropos, 1997.

_____. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. **Stato di Diritto e sistema sociale**. Napoli: Guida, 1978.

_____. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. I e II.

_____. **Poder**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

_____. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

_____. **Risk: a sociological theory**. Communication and social order. New York: A. de Gruyter, 1993.

MATHIS, Armin. **A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em: <http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf>. Acesso em: 28/12/2007.

OST, François. **O tempo do Direito**. Bauru: Edusc, 2005.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Direito, política e Constituição para a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto973.rtf>>. Acesso em: 27/12/2007.

PIZZORNO, Alessandro. **Il potere dei giudici**. Bari: Laterza, 1998.

REBUFFA, Giorgio. **La funzione giudiziaria**. Torino: Giappichelli, 1993.

SADEK, Maria Tereza (Org.). **O judiciário em debate**. São Paulo: Sumaré, 1995.

SANTOS, Boaventura Sousa. **Por uma revolução democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Porto, Afrontamento, 1996.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Para entender Luhmann e o Direito como sistema autopoiético**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VIANA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baunn. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999

WOOD, Robert. **Remedial Law. When Courts Become Administrators**. Amherst: The University of Massachusetts Press, 1990.

NOTAS

- 1 Conforme veremos adiante, a teoria sistêmica reconhece apenas uma única função para cada sistema e uma específica para o sistema jurídico. É bem verdade que alguns autores enxergam diversas funções nos sistemas jurídicos, como Vincenzo Ferrari (*As funções do direito*), Manuel Atienza (*Introdução ao Direito*, especialmente o primeiro capítulo) etc. Boaventura de Sousa Santos, por exemplo, identifica pelo menos três funções dos tribunais: funções instrumentais (verificadas em um dado campo de atuação social), funções políticas (ocorridas quando os campos setoriais de atuação social influenciam na manutenção do sistema político) e funções simbólicas (quando diferentes campos de atuação social mantêm ou destroem o próprio sistema social) (cf. *Os Tribunais...*, p. 52). Nossa afirmação de que um poder controla os outros, entretanto, não pretende aderir àqueles que reconhecem mais de uma função ao direito. Mesmo reconhecida uma única função, o controle de um poder pelos outros poderes insere-se nela. O controle típico da teoria da separação dos poderes pode muito bem ser compreendido como inserida na “generalização congruente das expectativas normativas”, função do direito reconhecida pela teoria sistêmica, seja em controle *a priori* (preventivo), seja *a posteriori* (repressivo). Portanto, ao destacarmos esta característica do princípio de separação dos poderes, não pretendemos modificar a estrutura funcional do direito, mas a de evidenciar algo que já se encontra no próprio código do sistema jurídico (lícito/ilícito, legal/ilegal, *recht/unrecht*).
- 2 Boaventura de Sousa Santos indaga se se trata de um fenômeno novo ou se estamos diante de uma ocorrência que, apesar de antiga, desperta atualmente uma nova atenção (cf. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o caso português*, 2. ed., p. 19). Cita, como exemplo, a

- atuação dos tribunais da República de Weimar.
- 3 Por todos, confirmam Boaventura de Sousa Santos (cf. *Os Tribunais...*).
 - 4 A divisão adotada nesta seção encontra-se fortemente inspirada na – e reproduz grande parte da – pesquisa realizada pelo Prof. Boaventura de Sousa Santos, motivo pelo qual seguiremos a estrutura e a organização do raciocínio com o escopo de manter fidelidade ao pensamento do autor.
 - 5 Muito embora não se possa, na atualidade, afastar a significativa atuação do Judiciário na aplicação da norma, ainda hoje o Legislativo mantém sua predominância (apesar de caracterizada pela complexidade e contingência), eis que as leis justificadoras das decisões judiciais podem ser alteradas. Nada há de estranho nessa característica, pois o Legislativo deve realmente ocupar uma posição de destaque, em razão da legitimação popular *direta* da atuação de seus membros.
 - 6 Sobre a característica de neutralidade política que os tribunais gozavam no Estado liberal: Campilongo (1994). Boaventura de Sousa Santos descreve o fenômeno do seguinte modo: “Esta caracterização dos tribunais no período liberal é reveladora do diminuto peso político destes, enquanto poder soberano, perante o poder legislativo e o poder executivo. Eis as manifestações principais desta subalternização política. Este período testemunhou o desenvolvimento vertiginoso da economia capitalista no seguimento da revolução industrial e, com ele, a ocorrência de maciças deslocamentos de pessoas, o agravamento sem precedentes das desigualdades sociais, a emergência da chamada questão social (criminalidade, prostituição, insalubridade, habitação degradada, etc.). Tudo isto deu origem a uma explosão da conflitualidade social de tão vastas proporções que foi em relação a elas que se definiram as grandes clivagens políticas e sociais da época. Ora, os tribunais ficaram quase totalmente à margem deste processo dado que o seu âmbito funcional se limitava a microlitigiosidade interindividual, extravasando dele a macrolitigiosidade social. Pela mesma razão, os tribunais ficaram à margem dos grandes debates e das grandes lutas políticas sobre o modelo ou padrão de justiça distributiva a adotar na nova sociedade (...).” (cf. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*, p. 23-24).
 - 7 Assim descreve Boaventura de Sousa Santos: “Uma vez neutralizados politicamente, os tribunais independentes passaram a ser um ingrediente essencial da legitimidade política dos outros poderes, por garantirem que a produção legislativa destes chegava aos cidadãos ‘sem distorções’” (cf. *Os Tribunais...*, p. 24).
 - 8 Boaventura de Sousa Santos, op. cit., p. 25.
 - 9 Entendemos que a impossibilidade de aplicação da norma por subsunção lógica apenas ocorre porque o modelo de raciocínio então utilizado era fundado nas lógicas clássicas. A partir principalmente da década de 80, novos modelos de raciocínio lógico foram desenvolvidos, baseados em lógicas não-clássicas e que constituem, no mínimo, um novo campo de pesquisa para a questão da aplicação do direito por subsunção lógica. Entendemos que, nas lógicas mais modernas (não clássicas e deviantes), é possível construir um modelo mais satisfatório de aplicação normativa, completamente diverso daquele considerado insuficiente em um passado não muito remoto. Entretanto, em que pese essa assertiva, o texto permanece preciso pois a subsunção lógica nesse período utilizava a lógica clássica. Em uma lógica tradicional, a subsunção realmente revela-se impossível.
 - 10 Conforme observa Boaventura de Sousa Santos, o judiciário não foi instado a assumir a aplicação dos direitos sociais nos países escandinavos, em razão do alto desempenho dos demais poderes no modelo de Estado-Providência. A atuação do judiciário em razão das limitações sociais somente ocorre quando não se consegue assegurar a eficácia do direito pretendido pelo cidadão.
 - 11 Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos: “Pelo contrário, se aceitassem a sua quota-parte de responsabilidade política na actuação promocional do Estado (...) corriam o risco de entrar em competição com os outros poderes e de, como poder mais fraco, começar a sofrer as pressões do controle externo, quer por parte do poder executivo, quer por parte do poder legislativo, pressões tipicamente exercidas por uma das três vias: nomeação dos juizes para

- os tribunais superiores; controle dos órgãos do poder judicial; gestão orçamental” (cf. *Os Tribunais...*, p. 26).
- 12 Quanto maior a crise social, menor será a capacidade de financiamento por parte do Estado, conforme observou Boaventura de Sousa Santos: “As manifestações desta crise são conhecidas: incapacidade financeira do Estado para atender as despesas sempre crescentes da providência estatal, tendo presente o conhecido paradoxo de esta ser tanto mais necessária quanto piores são condições para a financiar (ex.: quanto maior é o desemprego, mais elevado é o montante dos subsídios do desemprego, mas menores são os recursos para os financiar uma vez que os desempregados deixam de contribuir)” (cf. *Os Tribunais...*, pp. 27-28).
 - 13 Cf. Boaventura de Sousa Santos, *Os Tribunais...*, pp. 29 ss.
 - 14 Nas palavras sempre lúcidas de Boaventura de Sousa Santos: “Nestas condições, por uma ou por outra via, o poder judicial é neste período, fortemente politizado. A complexidade deste fato está em que a legitimidade do poder político dos tribunais assenta no caráter apolítico do seu exercício. Ou seja, um poder globalmente político tem de ser exercido apoliticamente em cada caso concreto. Se no segundo período a constitucionalização do direito ordinário visou reforçar a garantia da tutela dos direitos, no terceiro período, o combate à corrupção visa a eliminação das imunidades fáticas e da impunidade em que se traduzem. (...) A garantia dos direitos dos cidadãos pressupõe que a classe política e a administração pública cumprem os seus deveres para com os cidadãos. (cf. *Os Tribunais...*, p. 34).
 - 15 Uma interessante observação foi feita pelo historiador José Murilo de Carvalho, ao comentar sobre a importância de o próximo candidato à presidência da República fixar seu compromisso na estabilidade econômica: “Esse candidato vai ter de dialogar com o povo. Se ele se pautar apenas por temas de apelo junto à classe média, à opinião pública, como o combate à corrupção, estará perdido. Opinião pública não elege mais presidente. A reação contra a corrupção é algo muito específico da classe média, de gente que paga imposto e não vê nada sendo retribuído. Do ponto de vista de quem está recebendo o Bolsa Família, a questão da moralidade política vem em segundo lugar. Para quem vive em um mundo de necessidades, moralidade é luxo” (cf. Entrevista à Revista Veja, edição 2040, ano 40, n. 51, de 26.12.2007, p. 15). Esta importante constatação não é suficiente para descaracterizar a ampliada politização dos tribunais no terceiro período, mas demonstra que a busca pela efetividade dos direitos sociais do segundo período ainda está fortemente presente.
 - 16 O abuso do poder político que ocorre no terceiro período não se confunde com o exercício distinto do poder político pelo executivo e pelo judiciário, conforme demonstrou Boaventura de Sousa Santos (in *Os Tribunais...*, p. 33). No segundo período, havia uma compreensão distinta dos tribunais e do executivo sobre o uso do poder político, notadamente no campo dos direitos sociais. Nessa hipótese, a atuação de ambos pode ser considerada substancialmente legítima. Porém, no terceiro período, há um verdadeiro abuso do poder decorrente da crise de participação política decorrente do aumento de corrupção.
 - 17 Segundo consta em resumida biografia, “Luhmann nasceu no distrito de Lüneburg, na Alemanha. Estudou direito na Universidade de Freiburg entre 1946 e 1949, quando obteve seu doutorado e começou sua carreira na administração pública. Durante um descanso em 1961, foi para Harvard para estudar a sociologia de Talcott Parsons, o teórico mais famoso do mundo à época. Nos últimos anos, Luhmann abandonou o sistema teórico de Parsons, desenvolvendo um rival aproximado próprio. Ao deixar o serviço público em 1962, estudou na renomada *Hochschule für Verwaltungswissenschaften* (Universidade para Ciências Administrativas) em Speyer, na Renânia-Palatinado, até 1965, quando lhe foi oferecido um posto no departamento de pesquisa social da Universidade de Münster, liderado por Helmut Schelsky. Entre 1965 e 1966 ele estudou um semestre de sociologia em Münster. Dois livros anteriores foram retroativamente aceitos como tese de Pós-Doutorado e a ele foi conferido o título de Professor. Em 1968/1969, ele ocupou o posto de palestrante na cadeira originalmente de Theodor Adorno na Universidade de Frankfurt, sendo indicado como professor de sociologia na recém-fundada Universidade de Bielefeld, até a aposentadoria, em 1993. Continuou seu trabalho até finalmente completar sua grande obra, *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (“A Sociedade da Sociedade”), publicado em 1997” (cf. http://pt.wikipedia.org/wiki/Niklas_Luhmann. Acesso em: 28/12/2007).

- 18 O trabalho de Talcott Edgar Frederick Parsons (1902-1979) sobre sociologia teve enorme influência nas décadas de 1950 e de 1960 e foi bastante conhecido e discutido em todo o mundo por vários anos, até que foi gradativamente perdendo a força. Parsons era membro do Departamento de Sociologia de Harvard entre 1927 e 1973 e desenvolveu uma teoria geral com o escopo de compreender a relação entre atividade humana e estrutura, que foi denominada de *Funcionalismo Estrutural* (cf. http://pt.wikipedia.org/wiki/Talcott_Parsons. Acesso em: 28/12/2007).
- 19 A expressão foi formulada na década de 1970 por Maturana e por Varela a partir do grego *auto* (próprio) e *poiesis* (criação), para referir-se à complementariedade fundamental que existe entre estrutura e função.
- 20 A doutrina costuma distinguir a diferenciação social do seguinte modo: (i) **diferenciação social segmentária**, que prevalecia no passado (apesar de ainda existente, não mais prevalece) em que a sociedade é dividida por segmentos (jovem/velho, alto/baixo, pai/filho); (ii) **diferenciação social por critérios geográficos**, em que as competências comunicativas ocorrem em razão do *local* (centro/periferia, ateniense/espartano); (iii) **diferenciação social por estratos**, em que o critério prevalecente não é o natural (homem/mulher) nem o geográfico, mas o *econômico* (senhor/servo), decorrente da hierarquia social (nobre/burguês); (iv) **diferenciação social funcional**, em que a sociedade encontra-se dividida em sub-sistemas com funções específicas e infungíveis (o direito tem a função de criar condições para a ação, a economia tem a função econômica etc.).
- 21 Luhmann explica o significado de *complexidade* (o que diminui a complexidade da própria complexidade, no que poderíamos identificar como uma circularidade contextual), do seguinte modo: “O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através do seu organismo. Desta forma, o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos” (cf. *Sociologia do Direito*, v. I, pp. 45-46).
- 22 Caos não significa ausência de ordem. Bastante interessante é a abordagem do tema feita por Kunzler: “Complexidade, do latim *complexus*, significa aquilo que é tecido junto. ‘Corresponde à multiplicidade, ao entrelaçamento e à contínua interação da infinidade de sistemas e fenômenos que compõem o mundo natural (MARIOTTI, 2000). A sociedade complexa tem como características o indeterminismo, a entropia, a imprevisibilidade, a incerteza e as possibilidades, tendo como resultado o caos. Para autores como Prigogine (1996) e Lipovetsky (1996), o caos produz a ordem. O primeiro afirma que a complexidade é evidenciada por uma teia de bifurcações formando um caos que desempenha um papel construtivo, que Lipovetsky vai chamar de ‘caos organizador’. Luhmann preocupou-se com a complexidade do mundo e a teoria sistêmica propõe sua redução, ao tentar explicar de que forma é possível nascer a ordem do caos” (in *A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*).
- 23 Segundo se extrai da teoria de Luhmann, o sistema social é formado por *comunicação*, sendo esta a característica que permite diferenciar entre sistema (social) e ambiente. A comunicação existe apenas no sistema (social) e não no ambiente. Por sua vez, o aumento da complexidade significa a multiplicação de possibilidade de comunicação. Assim, considerando que a comunicação social é *ação*, então a complexidade multiplica as possibilidades de *ação*.
- 24 Celso Campilongo demonstra esse aumento da complexidade interna com o seguinte exemplo: imaginemos que um casal queira se separar mas não existe uma regra (lei) possibilitando a expectativa. O direito então cria o divórcio e reduz a complexidade através da seletividade (opção

- forçada). Entretanto, simultaneamente cria novos conflitos sobre a guarda de filhos, pensão etc. Assim, paradoxalmente aumenta a complexidade ampliando as possibilidades de escolha.
- 24 Nessa linha, o direito posto é a *seleção* de uma possibilidade, reduzindo a complexidade. Porém, a seleção exclui, até certo ponto, as outras possibilidades, pois a lei não permite que o juiz decida *contra legem*. Apesar de contingente, o direito posto é o direito vigente. O cuidado que se deve ter é o de manter a unidade do sistema jurídico sem eliminar completamente as demais possibilidades de escolha, para que não haja um “totalitarismo legislativo”, a impedir a evolução e a mutação do direito posto.
- 25 A contingência é, para Luhmann, o “perigo de desapontamento e necessidade de assumir riscos” (cf. *Sociologia do Direito*. V. I. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 46).
- 26 Mathis comenta essa característica do seguinte modo: “Luhmann define comunicação como a síntese de três seleções: mensagem, informação e compreensão da diferença entre mensagem e informação. Comunicação é o fato que *Ego* compreende que *Alter* transmitiu uma informação, e que essa informação pode ser atribuída ao *Alter*. Vamos ilustrar isso através de um exemplo (BARALDI/CORSI/ESPOSITO (1997: 89ss)). *Alter* diz: Está chovendo. Isto é a mensagem, que é resultado de uma seleção. Ele poderia ter dito outro coisa, ou poderia ter ficado calado. Está chovendo, a informação, é “também uma seleção, porque divide o mundo entre aquilo que foi dito, e aquilo que está excluído (está fazendo sol). Essa informação não é resultado de uma transmissão - como no entendimento comum da comunicação - que passou de um (que deixou de tê-la) para outro (que passou a tê-la), mas sim, produto da construção de uma seleção específica. A compreensão da diferença entre mensagem (*Alter* diz) e a informação (está chovendo) realiza a comunicação, que se torna um acontecimento de curto duração. Tudo o que aconteça em seguida, já não faz parte da unidade da seleção do ato comunicativo. A comunicação sobre a comunicação (uma pergunta de esclarecimento por exemplo) já é outra comunicação. No processo de comunicação, comunicação produz constantemente comunicação e mantém assim o sistema social. No mesmo lado, comunicação é sempre comunicação dentro do sistema social. Ela é operação interna e, por isso, não há comunicação entre sistemas sociais e o meio, assim como o sistema não recebe informação do meio. O que existe é comunicação do sistema, tendo como referência o seu meio. Nesse caso, o sistema constrói internamente - através da observação - a sua informação sobre o seu meio”. (cf. http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf. Acesso em: 28/12/2007).
- 27 Há uma aguda crítica do código binário do sistema jurídico (“lícito/ilícito”), ao argumento de que o exercício que o juiz faz entre os dois elementos do código é o de interpretação. A observação é interessante, porém remete o problema para o campo da comunicação (mensagem, informação e compreensão da diferença entre mensagem e informação). Uma vez estabelecida a mensagem, torna-se sedutora a tese de que há, sim, apenas um código binário para cada sistema, a exemplo do que encontramos na ciência, com a regra do terceiro excluído (apenas verdadeiro/falso). Não obstante isso, entendemos que seria algo digno de uma investigação a identificação do código binário em expressões normativas com alto grau de ambiguidade e vagueza, como encontramos nos princípios jurídicos. Alguns autores têm demonstrado, corretamente a nosso sentir, que a concreção dos princípios ocorre em *graus* (Aulis Aarnio, Aleksander Peczenik). Logo, é essencial investigarmos se haveria, em alguns programas (que implementam os códigos) com elevado grau de vagueza, outras instâncias entre o “lícito/ilícito” ocorridas em graus. A regra lógica do terceiro excluído não nos parece óbice ao nosso raciocínio, conforme demonstrou Kurt Gödel ao provar que existem assertivas verdadeiras em um sistema lógico formal que não podem ser provadas. Do mesmo modo, existem expectativas normativas que não podem ser demonstradas com o código “*recht/unrecht*”, por mais preciso que seja. Não se trata, aqui, de um problema de interpretação, conforme denunciado pela doutrina, mas da **incompletude** dos sistemas, na linha demonstrada por Gödel.
- 28 Anotações da aula de pós-graduação na FDU SP, inédito, 2007.
- 29 Celso Campilongo, anotações das aulas de pós-graduação da FDU SP, 2007.
- 30 Cf. *Sociologia do Risco*, ed.
- 31 Segundo Luhmann, o acoplamento estrutural somente ocorre nas relações entre sistemas, e não entre sistema e ambiente (Luhmann 1990a:41)

- 32 Luhmann, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, pp. 443 ss.
- 33 Há quem sustente que o próprio conceito de paradoxo em Luhmann é ambíguo: "Luhmann uses the concept of paradox in a rather loose way: sometimes it denotes a more classical logical paradox, and sometimes it is used more rhetorically as a way to increase attention. When it comes to decisions the inherent paradox has much to do with contingency in the Aristotelian sense" (cf. Knudsen, p. 7).
- 34 Entendemos que, apesar de indeterminada, a linha de ação de um princípio é determinável em um caso específico. Nessa hipótese, parece-nos imprescindível que a escolha da linha de ação seja *justificada*. A justificação (argumentação) é prova da correção do raciocínio (lógico) e o elemento que legitima *aquela* possibilidade (seleção) e não outra.
- 35 Essa substituição de uma escolha por outra opera-se internamente ao sistema, fundada em seus próprios elementos (fechamento operativo). Mesmo que ocorra em reação à irritação verificada em um sistema através do acoplamento estrutural, a operação é interna e a substituição ainda funda-se no código do referido sistema. Nada há de extraordinário nisso e a nova seleção (contingência) pode levar em consideração, por exemplo, a *necessidade*, a *adequação* e a *proporcionalidade* da seleção anterior, quando comparada à atual.
- 36 Não queremos minimizar a importância das demais questões, todas relevantes, como a educação, a proteção ambiental etc. Destacamos apenas a questão da saúde e o fornecimento dos medicamentos excepcionais em razão de a questão predominar atualmente nos tribunais (quantitativamente) e por influir diretamente na decisão *política* de destinação de recursos públicos. Mas o raciocínio permanece válido para as demais situações.
- 37 Foram denunciados como integrantes do esquema "mensalão" um número grande de políticos, servidores públicos, agentes do governo e sócios e funcionários de empresas privadas. Ligados ao núcleo político-partidário do governo, foram denunciados: José Dirceu (quando Ministro da Casa Civil), José Genoíno (ex-presidente do PT, partido do Presidente da República), Sílvio Pereira (ex-secretário-geral do PT), Delúbio Soares (ex-tesoureiro do PT), Luiz Gushiken (ex-Ministro da Secretaria de Comunicação), Anderson Adauto (ex-Ministro dos Transportes), Henrique Pizzolato (ex-diretor de marketing do Banco do Brasil) e José Luiz Alves (ex-assessor do ex-Ministro Anderson Adauto); ligados ao poder legislativo, foram denunciados: Roberto Jefferson (ex-deputado do PTB), José Borba (ex-Deputado do PMDB), Romeu Queiroz (ex-Deputado do PTB), Carlos Rodrigues (ex-Deputado do PL), José Janene (ex-Deputado do PP), João Magno (ex-Deputado do PT), Valdemar Costa Neto (Deputado do PR), João Paulo Cunha (Deputado do PT), Paulo Rocha (Deputado do PT), Professor Luizinho (ex-Deputado do PT), Pedro Henry (ex-líder do PP), Pedro Corrêa (ex-Presidente do PP), João Cláudio Genu (ex-Assessor do PP), Anita Leocádia (ex-assessora de Paulo Rocha), Jacinto Lamas (ex-tesoureiro do PL), Antônio Lamas (irmão de Jacinto Lamas), Emersos Palmieri (ex-tesoureiro do PTB). Por fim, foram denunciados diversos integrantes de empresas privadas, titulares de contas no governo: Duda Mendonça (ex-marqueteiro do PT), Marcos Valério (dono das agências SMPB e DNA), Kátia Rabello (presidente do Banco Rural), Ayanara Tenório (vice-presidente do Banco Rural), José Roberto Salgado (vice-presidente do Banco Rural), Vinícius Samarane (diretor do Banco Rural) e muitos outros.
- 38 O Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva não foi incluído nas denúncias do "mensalão". A referência feita foi em decorrência dos denunciados que mantêm relação direta com o governo e com o próprio presidente.
- 39 Lei 429/92, Art. 20. A perda de função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.
- 40 Lei 8.429/92, Art. 20. *Omissis*. Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.
- 41 Nesse sentido: "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA. PRERROGATIVA DE FORO. ART. 84 DO CPP (ALTERADO PELA LEI 10.628/02). DEPUTADO ESTADUAL. AFASTAMENTO DO CARGO (ART. 20 DA LEI 8.429/92. PROVIMENTO PARCIAL

- DO RECURSO ESPECIAL. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797, “para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acresceu os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal” (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26.9.2005, p. 36). 2. Portanto, em face do efeito vinculante da referida decisão, não há falar em negativa de vigência do art. 84 e parágrafos do Código de Processo Penal, tampouco da incompetência do juízo de primeiro grau de jurisdição para processar e julgar ação de improbidade administrativa ajuizada contra os ora recorrentes. 3. O afastamento da função pública é medida excepcional, e que apenas se justifica quando haja efetivamente riscos de que a permanência no cargo da autoridade submetida à investigação implique obstrução da instrução processual. Excepcionalidade não-configurada. 4. Recurso especial parcialmente provido” (REsp 604832/ES, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, DJ 21.11.2005 p. 128).
- 42 Nesse sentido, dentre outros, veja o excelente acórdão do Ministro Teori Zavascki: “PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO DO CARGO. INTELIGÊNCIA DO ART. 20 DA LEI 8.429/92. 1. Segundo o art. 20, caput, da Lei 8.429/92, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, como sanção por improbidade administrativa, só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, o afastamento cautelar do agente de seu cargo, previsto no parágrafo único, somente se legitima como medida excepcional, quando for manifesta sua indispensabilidade. A observância dessas exigências se mostra ainda mais pertinente em casos de mandato eletivo, cuja suspensão, considerada a temporariedade do cargo e a natural demora na instrução de ações de improbidade, pode, na prática, acarretar a própria perda definitiva. 2. A situação de excepcionalidade não se configura sem a demonstração de um comportamento do agente público que importe efetiva ameaça à instrução do processo. Não basta, para tal, a mera cogitação teórica da possibilidade da sua ocorrência. 3. Para configuração da indispensabilidade da medida é necessário que o resultado a que visa não possa ser obtido por outros meios que não comprometam o bem jurídico protegido pela norma, ou seja, o exercício do cargo. Assim, não é cabível a medida cautelar de suspensão se destinada a evitar que o agente promova a alteração de local a ser periciado, pois tal perigo pode ser contornado por simples medida cautelar de produção antecipada de prova pericial, nos exatos termos dos arts. 849 a 851 do CPC, meio muito mais eficiente que a medida drástica postulada. 4. Recurso especial provido (RECURSO ESPECIAL n. 550.135/MG, Relator Ministro Teori Albino Zavascki).
- 43 A Corte Especial do STJ decidiu nesse sentido, no AgRg na SS 1331/BA, Relator Ministro EDSON VIDIGAL, DJ 03.10.2005 p. 112.
- 44 Nesse sentido: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO DO CARGO. INTELIGÊNCIA DO ART. 20 DA LEI 8.429/92. 1. Em situações excepcionais, presentes o forte risco de dano irreparável e a relevância do direito alegado, mostra-se cabível a medida cautelar para conferir efeito suspensivo a recurso especial cuja admissibilidade não foi apreciada na instância de origem. Precedentes: AGMC 9823/MA, 1ª T. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 30.05.2005; AGMC 8499/MG, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJ de 14.03.2005. 2. Segundo o art. 20, caput, da Lei 8.429/92, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, como sanção por improbidade administrativa, só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, o afastamento cautelar do agente de seu cargo, previsto no parágrafo único, somente se legitima como medida excepcional, quando for manifesta sua indispensabilidade. A observância dessas exigências se mostra ainda mais pertinente em casos de mandato eletivo, cuja suspensão, considerada a temporariedade do cargo e a natural demora na instrução de ações de improbidade, pode, na prática, acarretar a própria perda definitiva. Nesta hipótese, aquela situação de excepcionalidade se configura tão-somente com a demonstração de um comportamento do agente público que, no exercício de suas funções públicas e em virtude dele, importe efetiva ameaça à instrução do processo. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg na MC 10155/SP, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 24.10.2005 p. 171).

- 45 “Pertencem a uma geração cujos horizontes foram destroçados por decisões unilaterais que fizeram tábula rasa de mandatos populares e instalaram ditadura trintenária. As decisões que mutilaram a democracia brasileira, a partir de 1964, tiveram como fundamento a moralidade pública e o demônio vermelho do comunismo. Cassações de mandatos, com desprezo ao devido processo legal, podem gerar ditadura-judicial (MC 6239/ES, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros).
- 46 Quem não se lembra da gravação em vídeo exibido em cadeia nacional em que um funcionário dos Correios, ligado ao presidente do PTB Roberto Jefferson, aparece recebendo propina em um esquema de corrupção? Nesse caso, não haveria a necessidade de afastamento para que o funcionário não obstrua a instrução processual, mas na seleção das possibilidades comunicativas (ponderação dos valores em confronto), entendemos justificado um eventual afastamento do cargo público.
- 47 Na jurisprudência, já ocorreu o afastamento *das funções* de magistrado em razão de eventual envolvimento em ilícitos criminais. Assim como ocorre com a previsão da Lei 8.429/92, a *perda* definitiva do cargo depende de sentença transitada em julgado. Mas o afastamento *das funções* é admitido, apesar dos predicamentos da magistratura (inamovibilidade e vitaliciedade).
- 48 cf <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=hc300>>. Acesso em: 28/11/2007.
- 49 cf <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=hc415>>. Acesso em: 28/11/2007.
- 50 Os pacientes foram “presos por crime militar por ocasião da captura do navio a vapor “Júpiter”, e retidos nas Fortalezas de Santa Cruz, Lage e Villegaignon. Wandenkolk teria assumido o comando do navio, no litoral ao sul do Brasil, com a conivência de oficiais e tripulantes, em tentativa de conspiração contra o governo, reforçando objetivos da Revolução Federalista, iniciada no Rio Grande do Sul”.
- 51 Independentemente do resultado do julgamento do HC 415, o STF já havia denegado outro HC com o mesmo relator (Ministro Barradas) em favor do mesmo paciente (Senador Wandenkolk). Uma questão que merece investigação própria é a da necessidade ou não da eventual ameaça. De qualquer modo, para o escopo do presente trabalho, o fato é relevante, pois demonstra a possibilidade de o presidente tentar influir nas decisões do STF por intermédio de mecanismos ilegítimos.
- 52 Observem que apesar de o número de membros do Supremo Tribunal Federal haver sido fixado pela Constituição Federal de 1891 em quinze membros, a redução ocorreu por decreto (Decreto n. 19.656, de 1931). A Constituição Federal de 1934, quando outorgada, manteve o número de onze ministros.
- 53 O Ministro Victor Nunes Leal foi nomeado pelo Presidente Juscelino Kubitschek e os Ministros Hermes Lima e Evandro Lins e Silva foram nomeados pelo Presidente João Goulart, que havia sido deposto pelo regime militar.
- 54 O vocábulo “função” usado neste expressão não tem a conotação que a teoria sistêmica atribui à função (infungível) de cada sistema. Talvez o mais apropriado fosse utilizar a expressão “atuação intervencionista”, para não gerar ambiguidade com os conceitos luhmannianos. Entretanto, optamos por manter a expressão, com a advertência da diferença conotativa, para permitir ao leitor relacionar a expressão ao fenômeno descrito na literatura jurídica.
- 55 Luhmann. Risk: a sociological theory. Communication and social order. New York: A. de Gruyter, 1993, p. 16.
- 56 O intervencionismo estatal na economia já se demonstrou problemático, acarretando diversas consequências negativas. Somente deve ocorrer nas hipóteses de externalidades do mercado e, mesmo assim, com muita cautela.

Artigo recebido em: 20/01/2010

Aprovado para publicação em: 10/02/2010