

**UNIVERSIDADE TECNOLÓGICA FEDERAL DO PARANÁ
PROGRAMA DE MESTRADO PROFISSIONAL EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

CARLOS EDUARDO SOARES VAZ

**O TRIBUNAL E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTATAL: UMA
VERIFICAÇÃO A PARTIR DA TEORIA POLÍTICA
CONTRATUALISTA E DA TEORIA SOCIAL LUHMANNIANA**

DISSERTAÇÃO

CURITIBA

2019

CARLOS EDUARDO SOARES VAZ

**O TRIBUNAL E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTATAL: UMA
VERIFICAÇÃO A PARTIR DA TEORIA POLÍTICA
CONTRATUALISTA E DA TEORIA SOCIAL LUHMANNIANA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Administração Pública, do Programa de Mestrado Profissional em Administração Pública em Rede Nacional – PROFIAP da Universidade Tecnológica Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Abel Dionizio Azeredo

CURITIBA

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Vaz, Carlos Eduardo Soares

O tribunal e a administração pública estatal: uma verificação a partir da teoria política contratualista e da teoria social Luhmanniana / Carlos Eduardo Soares Vaz – 2019.

1 arquivo texto (145 f.) : PDF ; 1,28 MB

Modo de acesso: World Wide Web

Título extraído da tela de título (visualizado em 30 set. 2019)

Texto em português com resumo em inglês

Dissertação (Mestrado) - Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Programa de Mestrado Profissional em Administração Pública em Rede Nacional, Curitiba, 2019

Bibliografia: f. 128-137

1. Administração pública - Dissertações. 2. Questões políticas e poder judiciário. 3. Direito e política. 4. Jurisdição. 5. Luhmann, Niklas - Crítica e interpretação. 6. Cidadania. 7. Direito público. 8. Organização judiciária. 9. Tribunais. 10. Contratos - Teoria, etc. I. Azeredo, Abel Dionizio. II. Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Programa de Mestrado Profissional em Administração Pública em Rede Nacional. III. Título.

CDD: Ed. 23 – 352

Biblioteca Central da UTFPR, Câmpus Curitiba

Bibliotecário: Adriano Lopes CRB-9/1429



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO

Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Diretoria de Pesquisa e Pós-Graduação
Mestrado Profissional em Administração Pública



TERMO DE APROVAÇÃO DE DISSERTAÇÃO Nº

35

A Dissertação de Mestrado intitulada:

O TRIBUNAL E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTATAL: UMA VERIFICAÇÃO A PARTIR DA TEORIA POLÍTICA CONTRATUALISTA E DA TEORIA SOCIAL LUHMANIANA

defendida em sessão pública pelo candidato:

Nome do Candidato: Carlos Eduardo Soares Vaz
Instituição / Campus: UTFPR-Curitiba

no dia 10 de Setembro De 2019, foi julgada para a obtenção do título de Mestre em Administração Pública, eixo de pesquisa Transformação e Inovação Organizacional, e aprovada em sua forma final.

Banca Examinadora:

Componentes da Banca (Nomes)			Instituição / Campus
Prof(a). Dr(a).	Abel Dionizio Azeredo	Presidente	UTFPR-PG
Prof(a). Dr(a).	Fabrcio Bittencourt da Cruz	Membro 1	UEPG
Prof(a). Dr(a).	Erivaldo Moreira Barbosa	Membro 2	UFCG

A via original assinada deste documento encontra-se arquivada no Departamento de Registros Acadêmicos da UTFPR-Câmpus Ponta Grossa.

Ponta Grossa, 10 de Setembro de 2019.

Prof. Dr. Abel Dionizio Azeredo
Nome do Coordenador do PROFIAP-UTFPR

Assinatura e Carimbo



Coordenação UTFPR - PROFIAP Av. Monteiro Lobato, Km 04, Bloco E, Piso Superior, Ponta Grossa PR Brasil
<http://www.utfpr.edu.br/cursos/mestrado-e-doutorado/administracao-publica-em-rede-nacional>

Fone: +55 (42) 3235-7042

Dedico este trabalho a Deus,
à minha esposa Franciele,
aos meus filhos Arthur e Mariana,
à minha mãe Elizabet
e ao meu pai João Altair (*in memoriam*),
que tanto me incentivaram
e trabalharam para essa vitória.

RESUMO

VAZ, Carlos Eduardo Soares. **O Tribunal e a Administração Pública Estatal: uma verificação a partir da teoria política contratualista e da teoria social Luhmanniana**. 2019. 145 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração Pública) - Programa de Mestrado Profissional em Administração Pública em Rede Nacional – PROFIAP, Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Curitiba (PR), 2019.

Este estudo tem como tema central o Tribunal e a Administração Pública no Estado e na Sociedade – aspectos de interferência entre Direito, Política e os Poderes Estatais. Seu objetivo geral é compreender teoricamente a inter-relação entre a Sociedade e o Estado, considerando a prestação jurisdicional e a interferência entre os poderes estatais, propondo um plano de verificação do grau de confiança no Estado e da repercussão na legitimidade do pacto social. A pesquisa é constituída pelo exame e investigação bibliográfica conforme obras pré-selecionadas, em literatura nacional e estrangeira, adequadas à teoria política clássica contratualista, bem como à teoria sistêmica e à teoria social sobre a confiança, ambas de Niklas Luhmann. Para tanto, como metodologia, emprega um estudo exploratório sob enfoque qualitativo, utilizando do método dedutivo para proporcionar as bases lógicas da investigação, através da abordagem observacional e comparativa como meios técnicos da investigação. Descreve a Sociedade, o Estado, a Cidadania e o estabelecimento do pacto social. Analisa a teoria sistêmica de Luhmann e os aspectos aplicáveis ao Direito e à Política. Identifica a confiança em Luhmann e sua aplicação ao Direito, ao Estado e à Administração Pública. Desenvolve uma política de verificação do grau de confiança no Estado e da repercussão na legitimidade do pacto social, a partir do ambiente de prestação jurisdicional. Analisa a confusão de competências entre os poderes estatais e as sobreposições entre Direito e Política, concluindo que tais defeitos sistêmicos geram desconfiança. A partir disso, verifica que, para reverter esse quadro, é necessário que se reforce o fechamento operacional dos subsistemas Direito e Política e/ou que se estabeleça uma nova conduta do Poder Judiciário e da Administração Pública perante os administrados, numa atuação mais planejada e comedida, com respeito à expectativa dos particulares.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Direito. Política. Confiança. Legitimidade do pacto social.

ABSTRACT

VAZ, Carlos Eduardo Soares. **Court and Public Administration in the State: a verification from contractualist political theory and Luhmannian social theory.** 2019. 145 p. Dissertation (Professional Master Degree in Public Administration) Professional Master's Program in Public Administration in National Network - PROFIAP - Federal University of Technology - Paraná. Curitiba (PR), 2019.

This study has as its central theme the Court and the Public Administration in the State and Society - aspects of interference between Law, Politics and the State Powers. Its general objective is to theoretically understand the interrelationship between Society and the State, considering the judicial provision and the interference between state powers, proposing a plan to verify the degree of trust in the State and the impact on the legitimacy of the social pact. The research is constituted by the bibliographic examination and investigation according to pre-selected works, in national and foreign literature, adequate to the classic contractualist political theory, as well as to the systemic theory and the social theory on trust, both of Niklas Luhmann. Therefore, as a methodology, it employs an exploratory study under a qualitative approach, using the deductive method to provide the logical basis of research, through the observational and comparative approach as technical means of research. It describes society, the state, citizenship and the establishment of the social pact. It analyzes Luhmann's systemic theory and the aspects applicable to law and politics. It identifies trust in Luhmann and its application to law, the state and public administration. It develops a policy of verifying the degree of trust in the State and the repercussion on the legitimacy of the social pact, based on the judicial environment. It analyzes the confusion of competences between state powers and the overlaps between law and politics, concluding that such systemic defects generate distrust. From this, it is verified that, to reverse this situation, it is necessary to reinforce the operational closure of the Law and Politics subsystems and/or to establish a new conduct of the Judiciary and Public Administration towards the administrated, in a more planned and measured action, with respect to the expectation of the particulars.

Keywords: Judiciary. Law. Politics. Confidence. Legitimacy of the social pact.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figuras

Figura 1 – Representação esquemática da abordagem sobre a teoria sistêmica de Niklas Luhmann.....	21
Figura 2 – Representação esquemática dos sistemas de primeiro grau conforme proposta de Teubner.....	35
Figura 3 – Representação esquemática dos sistemas de primeiro grau conforme proposta de Marcelo Neves.....	36
Figura 4 – Representação esquemática do sistema social e os grupos comunicativos.....	37
Figura 5 – Representação esquemática do sistema e o ambiente e suas características recíprocas.....	37
Figura 6 – Representação esquemática do sistema social (ou sistema de primeiro grau) e os subsistemas (ou sistemas de segundo grau).....	42
Figura 7 – Representação esquemática do acoplamento estrutural entre os subsistemas Direito, Política e Economia.....	51
Figura 8 – Representação esquemática do fechamento operacional do sistema jurídico.....	54
Figura 9 – Representação esquemática da abertura do sistema jurídico às irritações externas.....	62
Figura 10 – Representação esquemática da abordagem sobre direito, política e desconfiança em Luhmann.....	106

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
abr.	abril
ABRASD	Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito
AC	Acre
ACP	Ação Civil Pública
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Ag	Agravo
ago.	agosto
AgR	Agravo Regimental
AL	Alagoas
AM	Amazonas
AP	Amapá
art.	artigo
BA	Bahia
BR	Brasil
Bras.	Brasileira
c.c.	combinado com
c/c	combinado com
cap.	capítulo
CE	Ceará
CC	Código Civil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CF	Constituição Federal
Ci.	Ciências
Coord.	coordenador
Coords.	coordenadores
CR	Constituição da República
CPC	Código de Processo Civil
dez.	dezembro
DF	Distrito Federal
DJ	Diário de Justiça
DPC	Direito Processual Civil
Dr.	Doutor
EC	Emenda Constitucional
Ed.	editora
ed.	edição
Emerj	Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
ES	Espírito Santo
Esmafe	Escola da Magistratura Federal
fev.	fevereiro
GO	Goiás
HC	<i>Habeas Corpus</i>
HD	<i>Habeas Data</i>
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICBA	Instituto Cultural Brasil Alemanha

INMETRO	Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial
IUPERJ	Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro
j.	juízo ou julgado em
jan.	janeiro
jul.	julho
jun.	junho
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LO	Lei Ordinária
MA	Maranhão
mar.	março
mai.	maio
MG	Minas Gerais
Min.	Ministro
MS	Mandado de Segurança
MS	Mato Grosso do Sul
MT	Mato Grosso
n.	número
nº	número
nov.	novembro
Obs.	Observação
Op. cit.	Obra Citada (<i>Opus Citatum</i>)
Org.	organizador
Orgs.	organizadores
out.	outubro
p.	página ou páginas
p/	para
PA	Pará
passim	aqui e ali, em diversas passagens
PB	Paraíba
PE	Pernambuco
pet.	petição
PI	Piauí
PR	Paraná
Prof.	Professor
PUC	Pontifícia Universidade Católica
QO	Questão de Ordem
RAE	Revista de Administração de Empresas
RE	Recurso Extraordinário
REDE	Revista Eletrônica de Direito do Estado
reimpr.	reimpressão
Rel.	Relator
rel.	relativo
REsp	Recurso Especial
Rev.	Revista
RIL	Revista de Informação Legislativa
RJ	Rio de Janeiro
RN	Rio Grande do Norte
RO	Rondônia
RR	Roraima
RS	Rio Grande do Sul

s.d.	sem data
s.l.	sem local
s.n.	sem editora (<i>sine nomine</i>)
SC	Santa Catarina
SE	Sergipe
set.	setembro
Soc.	Sociais
SP	São Paulo
ss.	seguintes
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
tir.	tiragem
TO	Tocantins
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TRT4	Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul
UFSC	Universidade Federal de Santa Catarina
UNICERP	Centro Universitário do Cerrado Patrocínio
USP	Universidade de São Paulo
UTFPR	Universidade Tecnológica Federal do Paraná
v.	volume
vol.	volume
Vol.	volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
1.1 DELIMITAÇÃO E MOTIVAÇÃO DO PROBLEMA DE PESQUISA.....	14
1.2 OBJETIVOS.....	17
1.2.1 Objetivo Geral	17
1.2.2 Objetivos Específicos	17
1.3 JUSTIFICATIVA	17
1.4 ESTRUTURA DO TRABALHO	19
2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICO-NORMATIVA.....	21
2.1 A SOCIEDADE, O HOMEM E AS REGRAS DE CONVIVÊNCIA (O DIREITO E O ESTADO).....	23
2.2 A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA.....	27
2.3 A SOCIOLOGIA DE LUHMANN	32
2.3.1 Teoria dos sistemas: (Sub) Sistema <i>versus</i> Ambiente (Diferenciação Funcional).....	35
2.3.2 Autopoiese	45
2.3.3 Acoplamento Estrutural, interpenetração e interferência sistêmica – a abertura do sistema fechado.....	46
2.4 DIREITO E POLÍTICA COMO SISTEMAS SOCIAIS.....	52
2.4.1 Direito e os Tribunais	53
2.4.2 Política e Estado	57
2.4.3 O Sistema Social e as interações entre Direito e Política.....	60
2.5 A CONFIANÇA EM LUHMANN E A EVOLUÇÃO DO ESTADO CONFORME O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA.....	64
2.5.1 Proteção à Confiança e o Estado	67
2.5.2 Proteção à Confiança, Direitos Fundamentais e Direito à propriedade – segurança jurídica e vedação ao retrocesso	71
3 CLASSIFICAÇÃO METODOLÓGICA E PROCEDIMENTOS DE PESQUISA.....	75
4 ANÁLISE DOS OBJETIVOS E DO PROBLEMA: DISCUSSÃO E RESULTADOS	79
4.1 OS SISTEMAS SOCIAIS DIREITO E POLÍTICA (COM TRIBUNAL E ESTADO) NA FUNÇÃO JURISDICIONAL.....	81
4.2 INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO EM OUTROS PODERES ESTATAIS ..	86
4.2.1 Políticas Públicas – reflexões sobre a titularidade.....	92
4.2.2 O Tribunal Político, a Jurisdição Constitucional e o Neoconstitucionalismo	95
4.3 CONFIANÇA, DESCONFIANÇA E PROTEÇÃO À CONFIANÇA	102
4.3.1 Direito e Confiança em Luhmann	102
4.3.2 Proteção à Confiança como dogma fundamental, estruturante e implícito da ordem jurídica e do Estado de Direito	106

4.3.3 Confiança, Desconfiança e o Pacto Social	113
4.4 LEGITIMIDADE DO PACTO SOCIAL	114
5 PLANO DE AÇÃO – PROPOSTA DE INTERVENÇÃO	118
5.1 JUSTIFICATIVA PARA A ORGANIZAÇÃO PÚBLICA ESCOLHIDA	119
5.2 POLÍTICA DE VERIFICAÇÃO DO GRAU DE CONFIANÇA E DE LEGITIMIDADE DO PACTO SOCIAL.....	121
5.3 PROPOSTA DE INTERVENÇÃO	122
6 SUGESTÕES PARA TRABALHOS FUTUROS.....	123
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	124
REFERÊNCIAS	128
APÊNDICE I.....	138

1 INTRODUÇÃO

1.1 DELIMITAÇÃO E MOTIVAÇÃO DO PROBLEMA DE PESQUISA

As relações estabelecidas entre a Sociedade e o Estado gozam de uma complexidade ímpar e, por vezes, de difícil compreensão.

A Sociedade é um ente coletivo, composto por pessoas que podem ser individualizadas, ou seja, seus componentes (cidadãos) são perceptíveis.

Já o Estado é uma organização fictícia que está instalado na Sociedade Moderna, à qual convencionou-se ser benéfica e necessária a esta última. Os componentes do Estado são órgãos, também fictícios, somente materializados na Administração Pública, em seu aspecto objetivo (patrimônio) e subjetivo (pessoas, agentes públicos).

A Sociedade existe onde existem regras de convivência entre as pessoas. Por isso, como se verá adiante, fácil concluir que onde há Sociedade, há Direito.

O Estado, para existir como tal, como também se verá adiante, necessita da composição de elementos como soberania, território, povo e finalidade. Mais recentemente, entendeu-se pelo imperativo de uma carta fundante: uma Constituição. Por isso, não é possível concluir que, atualmente, o Estado se afaste do Direito.

A Sociedade se guia por decisões que vinculam a coletividade. O Estado é a organização a quem incumbe tomar decisões que vinculam a coletividade na Sociedade. Por isso, tanto a Sociedade, quanto o Estado, estão sujeitos à Política.

Logo, ao se mencionar a interação entre Sociedade e Estado, afloram as relações entre Direito e Política.

E, ao se mencionar as relações entre Direito e Política, fácil vir a mente alguns aspectos desse relacionamento que não têm sido analisados de forma positiva, especialmente a judicialização da política e a politização do direito.

Por exemplo, ainda se pode verificar hoje uma ampla judicialização das questões políticas (principalmente na área da educação e da saúde, mas, inclusive no âmbito criminal – política criminal, dentre outros), transferindo ao Poder Judiciário (Tribunais e prestação jurisdicional) o controle das atividades dos gestores públicos.

Nesse sentido, enriquece ainda mais o estudo o fato de que o conceito de Administração Pública, como se conhece hoje, não se limita ao Poder Executivo, posto que os

demais Poderes do Estado (tripartição) exercem como função-meio, ou atípica, a administração pública.

Este modelo tripartite de divisão de poderes estabelecido no Estado moderno, de profundo viés contratualista, tem origem difusa. Costuma-se atribuir a Montesquieu que, embora tenha sofrido influência da teoria contratualista, é justo mencionar que não seguiu a mesma metodologia e, embora indique em sua obra, de forma subalterna, as funções administrar/legislar/julgar dentre outras análises, sequer determina em seu “Espírito das Leis” a adoção do modelo tripartite em um Estado, conforme consagrado pelos adeptos do contratualismo, especialmente Hobbes e Locke, seguindo o modelo aristotélico.

Estabelecidas estas premissas, apontando discussões quanto à consciência da Sociedade e as funções estatais e suas origens, importante registrar que, no quadro gerado pela interferência entre essas divisões do poder no modelo de governo estatal vigente, segundo as relações entre Direito e Política e a tripartição do poder mencionada (Executivo, Legislativo e Judiciário), pelas suas complexidades, cria-se um ambiente favorável a muita desconfiança, desacreditando instituições públicas e privadas, criando-se um círculo vicioso de descrédito que impede ou dificulta a evolução social.

A confiança, oportuno adiantar, baseia-se na experiência de que os atos sejam realizados de acordo com as expectativas¹. Num viés sistemático, que os sistemas funcionem conforme as expectativas da sociedade. Mas a crise institucional ocorre quando as organizações e sistemas (e poderes) estatais padecem na desconfiança, conforme modelo previamente citado, e como tem ocorrido hodiernamente.

Surge, então, instabilidade no próprio pacto ou contrato social: o Estado sofre (deve sofrer) um ataque na sua legitimidade como tal. Há, com isso, uma corrosão do Estado e da sociedade, pela instabilidade causada pelo desmoronamento da legitimidade das estruturas jurídicas e políticas.

Neste sentido, urge examinar qual o foco de mudança necessário.

E, na busca pelo agente transformador, reflete-se quanto a qual teoria social adotar para tanto.

Na presente pesquisa, numa primeira etapa, decide-se quanto à teoria política clássica contratualista já que explica direta e objetivamente a formação do Estado e sua relação com a Sociedade, com a formação da cidadania e com o estabelecimento do pacto social.

No entanto, a mesma teoria não é suficiente a explicar as interações complexas que se

¹ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 1996a, p. 5.

estabelecem na sociedade, especialmente entre Direito e Política, com os Tribunais ou com o Estado, ou ainda, as interações entre os três poderes.

Em relação a esses pontos, parece adequado adotar as teorias sociais de Niklas Luhmann. A teoria sistêmica em que a separação entre sistema e ambiente propicia uma sofisticada alternativa de observação para tratar dos elementos acima expostos, mormente a complexidade social. E somada à teoria sistêmica, entende-se por analisar, também, a teoria de Luhmann quanto aos conceitos de confiança e desconfiança, pois alcançam ao estudo melhores interpretações para o comportamento da sociedade e, por fim, a explicação para a situação atual da legitimidade do pacto social.

Assim, após adotadas as teorias sociais, diante dos problemas apresentados verificam-se diversos elementos a serem estudados: o Direito, a Política, os Tribunais, o Estado, os três poderes, a confiança/desconfiança da população e a legitimidade do pacto social. E estes são assuntos diretamente associados à linha do programa do Mestrado Profissional em Administração Pública “Atuação do Estado e sua Relação com Mercado e Sociedade”, pois consistem na mais absoluta relação entre Sociedade e Estado.

Também já é possível verificar que, embora não seja a intenção primeva, e ainda que a pesquisa se limite à prestação jurisdicional, eventual solução dos problemas expostos parecem fortalecer as bases do modelo estatal.

Luhmann chama de Sistema Complexo o mecanismo social constituído de vários sistemas independentes, mas, que geram perturbação, quando um adentra a esfera do outro². São muitos os exemplos de avanço de um sistema sobre o outro, poder-se-ia fazer menção às perturbações entre o subsistema Política e o subsistema Economia, ou entre o subsistema Ciência e o subsistema Religião. Contudo, o presente estudo tratará especificamente das implicações entre os subsistemas Direito e Política.

Neste contexto, com o intuito (leia-se esperança) deste trabalho contribuir com a teoria política e social, à luz dos conceitos de Niklas Luhmann e, na prática, contribuir com a manutenção da confiança e da legitimidade do pacto social, propondo um produto que possa ser aplicado aos órgãos estatais de função jurisdicional, surgem as seguintes indagações:

1. Como se comportam os sistemas sociais Direito e Política entre si?
2. Direito e Política são mecanismos de estruturação do Estado?

² CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 19 e 77.

3. O Poder Judiciário interfere na Administração Pública de outros poderes?

4. Considerando a resposta da questão anterior, essa relação de interferência ou não interferência gera confiança ou desconfiança? Quais as consequências?

5. Considerando a resposta da questão anterior, quais as implicações na legitimidade do pacto social dessa interferência/não interferência e dessa confiança/desconfiança?

Todos estes questionamentos constituem o problema de pesquisa.

1.2 OBJETIVOS

1.2.1 Objetivo Geral

Compreender teoricamente a inter-relação entre a Sociedade e o Estado, considerando o Direito, a Política, a prestação jurisdicional e a interferência entre os poderes estatais e, a partir daí, propor um plano de verificação do grau da confiança no Estado e da repercussão na legitimidade do pacto social.

1.2.2 Objetivos Específicos

A) Descrever a formação da sociedade, do Estado e da Cidadania, com o estabelecimento do pacto social na teoria política contratualista e na teoria social de Niklas Luhmann;

B) Analisar a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e os aspectos aplicáveis aos Direito e à Política;

C) Identificar a confiança na teoria social de Niklas Luhmann e sua aplicação ao Direito, ao Estado e à Administração Pública;

D) Desenvolver uma política de verificação do grau de confiança no Estado e da repercussão na legitimidade do pacto social, a partir do ambiente de prestação jurisdicional.

1.3 JUSTIFICATIVA

Além das justificativas já presentes nas seções anteriores desta introdução, especialmente na delimitação e motivação do problema, há outros motivos para a realização da pesquisa, ora apresentados em complementação.

Boaventura de Souza Santos ao mencionar a evolução da organização social passando

do Princípio de Mercado, para o Princípio de Estado e, então, para o Princípio da Comunidade (processo que seria atual)³, faz pensar quanto à manutenção contratualista e da legitimidade do pacto social de aceitação do Estado e do Governo vigente.

Por isso, repisa-se, neste estudo, com o intuito de conhecer mais da relação entre Sociedade e Estado e a confiança no Estado, bem como a condição da legitimidade do pacto social, buscou-se respaldo na teoria política clássica contratualista e na teoria social da complexidade de Niklas Luhmann.

Ou seja, fez-se uso das teorias políticas contratualistas e das teorias sociais de Niklas Luhmann, neste último caso, especialmente a teoria sistêmica e a teoria da confiança.

Saliento que estas últimas duas teorias, ainda que não tenham sido elaboradas concomitantemente, mas num espaço de décadas, não são contraditórias, mas, pelo contrário, complementares. A teoria da confiança é anterior à teoria sistêmica, mas esta última é mais abrangente e complexa do que a primeira.

Soma-se a isso a teoria política contratualista que dispõe de arcabouço teórico já largamente utilizado nos trabalhos da mesma natureza e que tem peso específico no presente estudo e auxilia na compreensão da pesquisa exposta.

A escolha pela teoria política contratualista quanto à legitimidade do pacto social se dá, especialmente, em relação às lacunas apontadas por Habermas na teoria sistêmica de Luhmann quanto à legitimidade do Direito, principalmente ao criticar a “função legitimadora da ‘processualização’ do direito” proposta por Luhmann, por impor uma ilusão, criar uma propensão de assimilação das decisões pelos seus destinatários (“autoengano estabilizador do sistema”), entendendo que a “ ‘procedimentalização’ deve ser dotada de atributos que permitam a atuação administrativa num contexto de plena participação comunicativa dos cidadãos e imune à intervenção dos subsistemas”⁴.

A crítica de Habermas não é explorada no presente trabalho mas, apresenta uma falha, suprida pela escolha da teoria política clássica contratualista.

Dentre as teorias sociológicas, optou-se por discutir a teoria sistêmica de Niklas Luhmann tendo em vista que esta traz conceitos específicos importantes que podem ajudar a compreender a sociedade atual, o direito como um sistema social, a política como um sistema social e a perda de confiança dos administrados na administração pública. E, ainda que sofra

³ SANTOS apud ZYMLER, Benjamin. **Política & Direito: uma visão autopoietica**. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2005a, p. 23.

⁴ ZYMLER, Benjamin. **Política & Direito: uma visão autopoietica**. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá. 2005, p. 109, 115, 116, 117 e 118.

críticas de alguns autores, parece oferecer soluções simples para as complexidades sociais atuais.

Além disso, o interesse por esta abordagem surgiu, pois, ainda são poucos os trabalhos publicados sobre a interação de política, direito e administração pública sob o viés de Niklas Luhmann. Em exame bibliométrico, na base de dados *Scopus*, este pesquisador constatou apenas uma publicação no Brasil sobre Direito e Política no prisma Luhmanniano, em 2016, demonstrando o baixo grau de pesquisa (ou de publicação) do tema no Brasil.

Ademais, muito embora seja frequente o estudo da moral política sob a ótica da filosofia, com vistas a relacionar, ética, moral, política e direito, entende-se que essas relações podem ser debatidas também pelo prisma sociológico. Desta forma, com fundamento na Teoria Sociológica do sociólogo Niklas Luhmann, que entende os sistemas sociais como sistemas autorreferenciais ou autopoieticos de comunicação, nesse estudo apropria-se da teoria de Luhmann para analisar as relações entre os sistemas Direito e Política, bem como a confiança, no intuito de buscar por caminhos que sejam eficazes para se compreender a confiança e a legitimidade do pacto social na Sociedade, no Estado e na Administração Pública como um todo e, mais especificamente, nos poderes estatais e, estreitando ainda mais, no Poder Judiciário.

1.4 ESTRUTURA DO TRABALHO

Esta dissertação encontra-se estruturada em nove capítulos, a saber:

O primeiro capítulo é o que ora se apresenta, refere-se à introdução da pesquisa, momento em que se apresenta: a delimitação e motivação do problema de pesquisa; os objetivos; justificativa para a abordagem do tema; e estrutura da dissertação.

O segundo capítulo aborda o referencial teórico, do qual consta a sociedade, o homem, as regras de convivência, o Direito, o Estado, o conceito de cidadania e a teoria social de Luhmann, incluída a teoria sistêmica e a teoria social sobre a confiança. A partir da identificação do que é (ou de que se pensa ser) a Sociedade, compreende-se o papel do Estado na construção da cidadania e, simultaneamente, apresenta-se a teoria sistêmica de Niklas Luhmann, com vistas a explicar a Sociedade e o próprio Estado, num movimento cíclico de retorno, considerando os subsistemas Direito e Política.

Na sequência, no terceiro capítulo, descreve-se a metodologia e os caminhos da pesquisa.

No quarto capítulo passa-se à análise em si do tema proposto, com apresentação de

discussões e resultados, realizando uma associação entre direito e política sob a perspectiva de Luhmann, discutindo o ativismo e politização dos tribunais; a competência para a implementação de políticas públicas; a confiança, a desconfiança e a proteção à confiança; e a legitimidade do pacto social.

Então, no quinto capítulo, num plano de ação, há uma proposta de intervenção sugerindo a formação de uma Política de verificação do grau de confiança e de legitimidade do pacto social no Poder Judiciário.

Antes do encerramento, no sexto capítulo, sugere-se, brevemente, algumas pesquisas futuras.

Por fim, no sétimo capítulo, nas considerações finais, fica estabelecida uma síntese da pesquisa, respondendo e explicando os problemas da pesquisa e os objetivos propostos.

Ainda, constam as referências com a bibliografia utilizada na presente pesquisa e o apêndice I com a minuta da Política de verificação do grau de confiança e de legitimidade do pacto social no Poder Judiciário.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICO-NORMATIVA

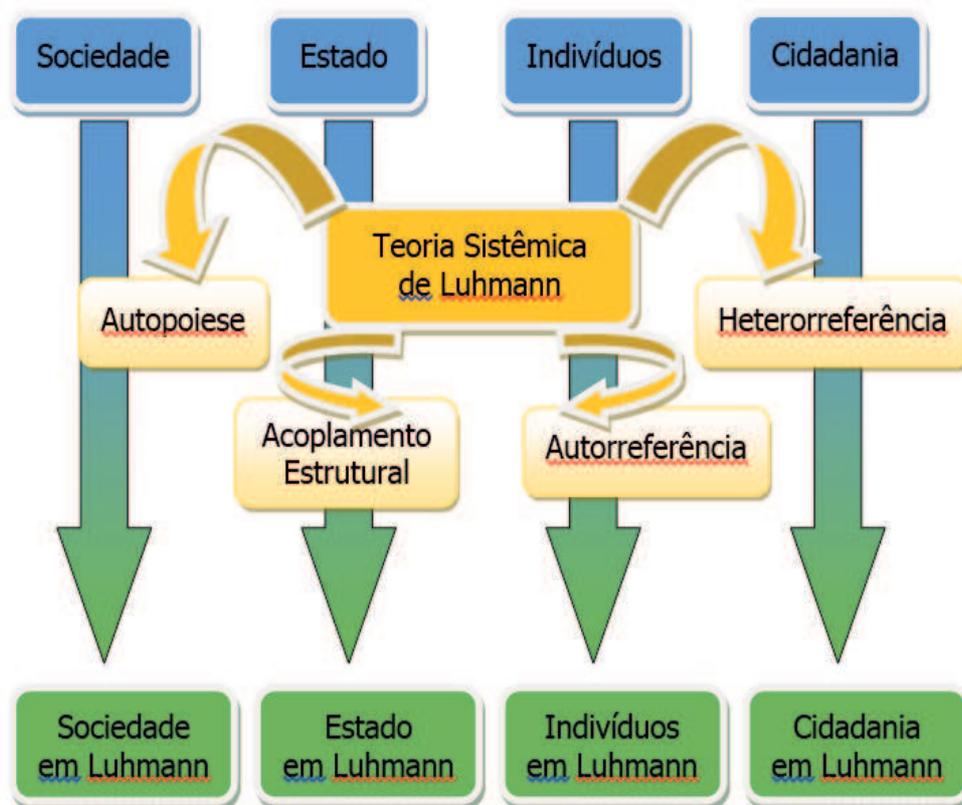
A fundamentação teórico-normativa segue a matriz sociológica de Niklas Luhmann em sua Teoria dos Sistemas Sociais, no enfoque sistêmico e da confiança, como uma ferramenta singular para o exame da sociedade atual, suas dificuldades e implicações.

E, na busca pela resolução do problema apresentado neste trabalho, na compreensão do comportamento dos sistemas sociais entre si e com o Estado (especialmente Direito e Política), diante da confiança ou desconfiança no Poder Público e da legitimidade do pacto social, pensa-se na Sociedade, no Estado e nos indivíduos que os compõem, procurando-se entender e comparar esses elementos, sob a égide da teoria política tradicional contratualista e da teoria sistêmica Luhmanniana.

Nesse sentido, as três primeiras seções deste capítulo abordam a Sociedade, a Cidadania e a Teoria Social de Luhmann. Para tanto, inicialmente discorre-se sobre o significado em si de Sociedade e, em seguida, sobre o papel do Estado na construção da Cidadania, estes dois primeiros itens a considerar a teoria política tradicional contratualista, passando, na sequência à análise da proposição base ora escolhida na interpretação do Estado e da Sociedade e seus componentes (sistemas): a teoria sistêmica de Niklas Luhmann, que traz conceitos importantes e sofisticados, como o de “sistema x ambiente”, diferenciação funcional, autopoiese, acoplamento estrutural, autorreferência e heterorreferência, os quais auxiliam na compreensão das relações estabelecidas pelos cidadãos na própria Sociedade, o que é essencial para o tema, os objetivos e problemas do presente estudo, nas relações sociais da administração pública, do direito e da política com a sociedade e os indivíduos que a compõem, conforme vêm sintetizados na figura 1, de forma muito simples, mas, mesmo assim, muito eficaz.

Figura 1 – Representação esquemática da abordagem sobre a Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann⁵

⁵ Fonte: elaborada pelo autor



É necessário, inicialmente, compreender aspectos da Sociedade com os Indivíduos e do Estado com a Cidadania, estabelecendo-se os fundamentos da legitimidade do pacto social para, adentrando na teoria social de Luhmann, conceber, sob outro ângulo, a conformação da sociedade. O comparativo é riquíssimo e não se anula, pelo contrário, complementa-se, tornando a pesquisa mais sólida e propiciando ao leitor uma base para assimilar a inteligência exposta na teoria Luhmanniana.

Ou seja, essa compreensão é importante para, posteriormente, ao analisar a Política, o Direito e a Confiança, também se entender o papel da Sociedade e do Estado nessas relações, sendo estes últimos definidos como os destinatários finais da produção acadêmica ora estabelecida.

O presente capítulo também se aperfeiçoa ao auxiliar no cumprimento dos objetivos propostos nesta dissertação, posto que apresenta, ainda que de forma resumida, a teoria sistêmica de Luhmann e seus conceitos mais importantes para, em um segundo momento, poder verificar as potencialidades dessas teorias aplicadas ao contexto estatal atual.

Assim, inicia-se este capítulo empreendendo-se uma discussão sobre a Sociedade e os Indivíduos e, em seguida, o Estado e a construção da Cidadania, parâmetros imprescindíveis

para a compreensão da legitimidade do pacto social.

2.1 A SOCIEDADE, O HOMEM E AS REGRAS DE CONVIVÊNCIA (O DIREITO E O ESTADO)

Ao que se sabe, não há registro histórico capaz de demonstrar que, em alguma época, o homem tenha vivido socialmente sem o Direito. Daí a razão do brocardo latino *ubi jus ibi societas; ubi societas, ibi jus*.⁶

Robinson Crusoé, enquanto se imaginava sozinho na ilha à qual chegara como naufrago, não se submetia à qualquer norma ou regra. Limitava-se ele a ditar a sua própria conduta, fazendo o que lhe interessava fazer, ou deixando de fazer o que não lhe despertava interesse. Enquanto só, nada havia que pudesse compeli-lo em termos de relacionamento intersubjetivo, exatamente porque não havia ninguém com quem pudesse partilhar direitos e obrigações.⁷

Com o surgimento do nativo Sexta-Feira e passando ambos a relacionarem-se, motivados pela existência de interesses comuns (como a sobrevivência, por exemplo), entenderam de juntar esforços com vistas ao atendimento desses interesses que, como não poderia deixar de ser, dada a natureza humana, muitas vezes conflitavam com os interesses individuais de cada qual. E para evitar esses conflitos, concluíram por ser indispensável estabelecer algumas regras de comportamento que se caracterizavam pela necessidade de ambos cederem parte dos seus interesses individuais e egoísticos em favor do atendimento do interesse maior da convivência e da sobrevivência.⁸

Muito embora o cenário acima tenha sido extraído da obra de ficção Robinson Crusoé, escrita em 1719 pelo inglês Daniel Defoe, ilustra, de forma rebuscada e detalhada, o que se entende pelas origens de nossa sociedade.

Jean Jacques Rousseau formulou em 1762 seu O Contrato Social, obra mais científica que a mencionada anteriormente, mas de ideias similares, partindo do pressuposto segundo o qual o Estado se justifica pela necessidade de convivência social; e este, portanto, só é possível quando todos os indivíduos entregam e cedem a totalidade de suas liberdades materiais em favor da coletividade a que pertencem, no pressuposto ou confiança de que venham a tê-las em

⁶ Onde há Direito, existe Sociedade; onde existe Sociedade, há Direito. A frase é atribuída a Ulpiano no Corpus Iuris Civilis. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 285.

⁷ SCHWARTZ, Norberto. **Noções de Direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 15.

⁸ *Ibidem*.

parte devolvidas.⁹

Nessas condições, cada indivíduo receberia em retorno um conjunto de direitos mínimos capazes de não desfigurar a dignidade humana, abrindo mão de interesses individuais e egoísticos incompatíveis com a convivência social. E a parcela de direitos não devolvida, constituiria idealmente a “força comum” que agiria no comando da coletividade, de sorte que, ao final, todos os indivíduos passariam à condição de súditos de uma “vontade geral” que, por sua vez, pode estabelecer que esta se manifeste por uma “vontade da maioria”.¹⁰

John Locke em 1681 afirmava algo parecido:

[...] todo homem, ao consentir com outros em formar um único corpo político sob um governo único, assume a obrigação, perante todos os membros dessa sociedade, de submeter-se à determinação da *maioria* e acatar a decisão desta. Do contrário, esse *pacto original*, pelo qual ele, juntamente com os outros, se incorpora a *uma sociedade*, não teria nenhum significado e não seria pacto algum, caso ele fosse deixado livre e sob nenhum outro vínculo além dos que tinha antes no estado de natureza.¹¹

Verifica-se do que até aqui foi mencionado, pelos autores citados, que não há quem possa validamente negar que, entre os traços característicos do homem, encontra-se um desejo irresistível de se estabelecer em Sociedade¹². E quando se faz afirmação dessa ordem, resulta claro que o homem não deseja apenas uma vida social qualquer, mas sim uma vida social que lhe assegure um conviver organizado com seus semelhantes.

Lado outro, não se desconhece que o homem, por vezes, inclina-se no atendimento de seus próprios e egoísticos interesses, como também já mencionado. Ainda assim, é dotado de racionalidade que lhe permite, diferentemente dos demais seres vivos, equacionar conceitos ideais para deles extrair conclusões lógicas. É essa “razão” que faz com que o homem entenda ser impossível uma vida social duradoura, pacífica e ordenada, enquanto se mantiver decidido a fazer valer, a qualquer custo e a despeito de tudo, os seus próprios interesses individuais e naturais, enfrentando, é claro, idênticos comportamentos de seus semelhantes. Nesse sentido, como lembra Edgar Bodenheimer, pronunciou-se Samuel Puffendorf, jurista alemão do século XVII, ao afirmar:

[...] que o homem é fortemente motivado por amor próprio e pelo egoísmo e que certa dose de malícia e agressividade é inerente à sua natureza. Mas há também, no homem, acentuada inclinação para procurar associar-se a outros homens e viver uma vida

⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 32.

¹⁰ SCHWARTZ, Norberto. **Noções de Direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 16.

¹¹ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o Governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 470, item 97.

¹² GRÓCIO apud GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do Direito: Kant e Kelsen**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamento, 2004, p. 81.

agradável e pacífica em Sociedade. Essas inclinações coexistem na alma humana e foram ambas implantadas no homem pela própria natureza.¹³

Resta, então, em suma, ao homem, a alternativa racional de compor-se com os demais, mediante o estabelecimento de regras de conduta a que todos devem compulsória obediência e reverência, renunciando cada um deles ao seu natural egoísmo, na perspectiva de que, em assim fazendo, possam todos, em condições de igualdade, ver atendidos os interesses socialmente possíveis.

Hugo Grócio, notável jurista e pensador holandês do século XVIII, anota que dentre as regras mais elementares autorizadas de um mínimo razoável de convivência social, devem ser destacadas as que determinam abster-se do alheio, restituir os bens alheios, cumprir pactos e promessas, reparar danos causados e punir quem mereça ser castigado.¹⁴

Pela influência que os seus pensamentos exerceram – e ainda exercem – não se pode deixar de aludir aos preceitos estabelecidos por outros juristas e filósofos, cujas conclusões são eternas para o mundo jurídico. Dentre eles, destaca-se, mais uma vez, Thomas Hobbes, pensador do século XVII que, partindo de presunções psicológicas, também acreditava que o homem é portador de dupla característica: de um lado, qualifica-o como ser essencialmente gregário e social; e, de outro, como um ser intrinsecamente mau, egoísta, brutal e agressivo.¹⁵

Cada homem em estado natural, segundo Hobbes, seria um “lobo de outro homem”, vivendo em ambiente de constantes ódios, temores e desconfianças, em recíproco estado de manifesta animosidade. Nesse ambiente não existiria o bem e o mal, no sentido ético dos termos, já que nele todos teriam direito a tudo, sem restrições, cada qual buscando o proveito dos seus desejos.¹⁶

Não obstante, dizia Hobbes que os homens seriam dotados de outros e igualmente relevantes interesses, como, por exemplo, o de ter coisas (sentimento de propriedade) e o de ter medo da morte, interesses esses que não seriam de atendimento possível num estágio natural.¹⁷

Em vista disso, fazia-se necessária a fixação de um conjunto de preceitos mínimos que lhes desse ensejo ao convívio social, tais como: todos devem despojar-se do direito de fazer tudo o que lhes permite a natureza; todo homem deve respeitar e cumprir aquilo a que se obrigou; todos devem ajudar-se uns aos outros, até onde isso seja possível sem perigo para as

¹³ PUFFENDORF apud BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 51

¹⁴ SCHWARTZ, Norberto. **Noções de Direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 17.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, Livro I, Cap. XIV e ss.

¹⁷ SCHWARTZ, Norberto. **Noções de Direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 18.

suas pessoas; ninguém deve culpar, injuriar ou matar o seu semelhante; o homem deve ser imparcial nas suas disputas; e, acima de tudo, não se deve fazer aos outros aquilo que não se deseja que seja feito a si próprio¹⁸. Descreve bases que se confundem com os princípios gerais do Direito formadores do Estado.

Para assegurar o cumprimento dessas regras de convivência social, entende Hobbes ser preciso que os homens firmem um pacto, um contrato ideal, pelo qual todos transferem seus poderes e suas forças para um só homem ou para uma assembleia, criando-se, assim, o poder soberano (Leviatã) que, em nome dessas forças e desses poderes, age com o fim de promover a paz, a segurança e a conveniência de todos¹⁹. Como já mencionado acima, Rousseau também traz aferição muito semelhante mas não atribui a legitimidade da autoridade a um Leviatã, mas à “Vontade Geral”.

Há muita semelhança entre as ideias de Hobbes e Rousseau, bem como aquelas lançadas, também no século XVII, por Baruch de Spinoza²⁰. Contudo, não obstante essa semelhança, convém reproduzir interessante síntese que, a respeito, faz Edgar Bodenheimer:

Não existe pecado, nem justiça ou injustiça enquanto o homem vive apenas sob o domínio da natureza. Porém, tal situação conduz necessariamente à luta e à desordem, pois os homens, no desejo de aumentarem o seu poder individual e de satisfazerem as suas paixões, entrarão inevitavelmente em choque, uns com os outros. No estado natural, existirão sempre o ódio, o crime e a belicosidade. Os homens não de tentar libertar-se dessa lastimável condição. E descobrirão que, juntos, terão muito mais poder, mesmo como indivíduos, porque já não precisarão viver em constante receio do vizinho ou permanentemente em guarda contra os inimigos. Assim é que o poder da razão inerente aos homens os impele a renunciar ao estado natural e a ordenar suas vidas de modo pacífico e racional. Eles se agruparão no Estado e estabelecerão um governo cuja função primordial consistirá na preservação da paz e na segurança da vida daqueles que se submeterem à sua autoridade.²¹

Ao iniciar-se este capítulo, fez-se afirmação no sentido de não haver registro histórico capaz de demonstrar tivesse o homem, em qualquer quadrante temporal, vivido em Sociedade sem Direito. À vista das ponderações até aqui feitas – e para que não parem dúvidas a respeito – é preciso que se compreenda o devido alcance da expressão “viverem em Sociedade”.

Por ela, evidentemente, enfoca-se o homem social, ou seja, o homem que busca se

¹⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, Livro I, Cap. XIV e ss.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Os dois têm como fundamento de suas ideias o Direito Natural, especialmente na determinação de regimes de governo. Para eles Direito Natural é autopreservação o que legitima aos homens todo o possível para preservar a sua vida e dos seus, bem como exigir tudo que estiver a seu alcance. No entanto, a diferença nas demais ideias, especialmente no ângulo de visão sobre a ciência distancia Spinoza dos contratualistas. (BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 58.)

²¹ *Ibidem*.

inter-relacionar com os demais, de modo a permitir que todos extraíam desse propósito a possibilidade de convivência (“viver com”) pacífica e harmoniosa. São Tomás de Aquino já afirmara que há no homem um desejo de viver em Sociedade, sendo, pois, natural que procure não ser nocivo àqueles com os quais tem que conviver.²²

O “viver em Sociedade”, então, supõe o interesse de cada um e de todos de adequarem-se a uma conduta que só pode desenvolver-se a partir do momento em que são abandonados os interesses exclusivamente individualistas, passando o homem, no desejo de “conviver” com os demais, a reconhecer ser imperioso submeter-se a um mínimo de limitações indispensáveis, sem as quais não há Sociedade. E só então, compreendido esse pressuposto, é que se pode aceitar como correta a afirmação de que onde houver Sociedade aí também haverá, indiscutivelmente, o Direito.²³

Esses, os primeiros passos para se compreender a legitimidade do pacto social: a vontade de viver em sociedade, o que importa em regras de convivência que, por sua vez, implicam no estabelecimento do Direito e do Estado.

Agora, porém, adentra-se na verificação da relação dos indivíduos, componentes da sociedade até agora apresentada, mas em sua relação específica com o Estado (cidadania).

2.2 A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA

A ideia de cidadania tal qual como é conhecida hoje decorre de um processo histórico de séculos ocorrido às margens do Mar Mediterrâneo a partir dos séculos IX e VII a.C., razão pela qual os historiadores contemporâneos destacam que se trata de um acontecimento localizado naquela porção territorial: Grécia.²⁴

É primordial, portanto, compreender que esses dois fatores, quais sejam, o temporal e o geográfico, ajudam à compreensão de que a cidadania não surgiu de um momento definitivo e nem uma hora para a outra, tampouco que foi um evento generalizado, mas, ao revés, um processo histórico ocidental, especificamente daquela porção da Europa.²⁵

O estabelecimento da propriedade privada e a necessidade de proteção contra os estrangeiros e invasores foram as causas iniciais para a criação de vínculos entre aqueles que

²² CHEVALLIER, Jean-Jacques. **História do Pensamento Político**. Tomo 1. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 216.

²³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Viver em sociedade. Frutal-MG: Prospectiva, 2014, p. 13-14.

²⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Democracia Deliberativa: Deliberação pública, Constitucionalismo e Cooperação democrática. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro, 2007, p. 43-82.

²⁵ Ibidem.

habitavam aquelas regiões, de modo que as pequenas propriedades rurais formadas pelas famílias que trabalhavam as terras passaram a se relacionar e a estabelecer regras de convivência e de mútua proteção.²⁶

Essa ideia inicial foi aos poucos se tornando complexa à medida que as relações comerciais e as conquistas de novos territórios se davam, tornando as pessoas daquelas famílias originárias membros de um grupo fechado que passava a decidir os destinos de sua cidade. Estrangeiros, mulheres, exilados e escravos estavam excluídos de qualquer participação.²⁷

Desse modo, a cidadania grega era uma condição de poucos, já que a grande maioria das pessoas estava fora da sua zona de proteção. Ou seja, desde a sua origem, a cidadania esteve relacionada à ideia de inclusão e exclusão, situação que até hoje está longe de ser superada.²⁸

De todo modo, o símbolo fundamental da cidadania, pelo menos para os que ostentavam a condição de cidadãos, era a noção de pertencimento à Sociedade Política e a possibilidade de participação direta nos destinos da *polis*²⁹, entendimento que é o cerne da sua compreensão.

Essa ideia de integração total dos direitos decorrente do pertencimento a uma dada nação e um dado território, se opõe à ideia de exclusão pelo não gozo de uma cidadania, o que configura a sua negação e o seu contrário. Esta exclusão, por sua vez, sempre originou conflitos e lutas dos despossuídos, que buscaram a conquista dos direitos sonegados. O reconhecimento da existência de direitos fundamentais decorre dessa luta incessante que ainda se encontra distante de terminar.

E essa ideia central da cidadania grega foi posteriormente apropriada pelos filósofos iluministas do século XVII e XVIII, com o objetivo de legitimar a ascensão da burguesia ao poder. Os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade fundamentaram as revoluções realizadas pela classe social que ascendia naquele período histórico e acabaram por moldar a noção contemporânea de cidadania.³⁰

Muito mais tempo depois, em 1950, o sociólogo inglês Thomas Humphrey Marshall apresentou uma análise/retrato histórico do desenvolvimento da cidadania na Grã-Bretanha segundo o qual haveria três dimensões distintas e sequenciais, iniciando-se com a cidadania

²⁶ KROHLING, Aloísio. **Dialética e direitos humanos**: múltiplo dialético – Da Grécia à contemporaneidade. Curitiba: Juruá: 2014, p. 85.

²⁷ Ibidem.

²⁸ CASTORIADIS, Cornelius. A polis grega e a criação da democracia. In: **As Encruzilhadas do Labirinto. Os Domínios do Homem**. Vol. II. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, passim.

²⁹ Ibidem.

³⁰ KROHLING, Aloísio. **Dialética e direitos humanos**: múltiplo dialético – Da Grécia à contemporaneidade. Curitiba: Juruá: 2014, p. 87.

civil, evoluindo-se para a cidadania política e culminando com a cidadania social. Essas dimensões da cidadania seriam fatos históricos que se desenvolveram paralelamente, umas avançando mais rapidamente do que as outras, de modo que se estabeleceram em uma sequência histórica, mas não surgiram necessariamente pela ocorrência da anterior.³¹

Assim sendo, no caso inglês, as liberdades civis relacionadas aos direitos de manifestação, reunião e propriedade, o direito de ir e vir e a inviolabilidade do pensamento se consolidaram para permitir o florescimento dos direitos políticos e, estes, por sua vez, abriram caminho para a consolidação dos direitos sociais. A sequência da consolidação das dimensões da cidadania teria ocorrido na seguinte ordem: direitos civis no século XVIII; direitos políticos no século XIX e direitos sociais no século XX.³²

Além disso, destaca-se do estudo de T. H. Marshall o reconhecimento de que o sistema capitalista é efetivamente gerador de desigualdades econômicas entre as pessoas, devendo-se impedir, contudo, que se estabeleça o que denomina de diferença de *status* entre elas. Vale dizer, não se pode admitir que uns poucos privilegiados sejam cidadãos na plenitude, ao passo que outros não gozem de seus direitos integralmente, constituindo uma verdadeira massa de não cidadãos.³³

No Brasil, alguns historiadores tomam o estudo de T.H. Marshall como parâmetro para compreender o nosso fenômeno histórico com a clara inversão da sequência lógico-histórica preconizada pelo estudioso inglês, de modo que, aqui, os direitos sociais teriam se consolidado antes dos direitos políticos, ao passo que os direitos civis estariam se robustecendo somente agora. Como exemplo dessa compreensão, José Murilo de Carvalho vaticina:

Aqui não se aplica o modelo inglês. Ele nos serve apenas para comparar por contraste. Para dizer logo, houve no Brasil pelo menos duas diferenças importantes. A primeira refere-se à maior ênfase em um dos direitos, o social, em relação aos outros. A segunda refere-se à alteração na sequência em que os direitos foram adquiridos: entre nós o social precedeu os outros. Como havia lógica na sequência inglesa, uma alteração dessa lógica afeta a natureza da cidadania. Quando falamos de um cidadão inglês, ou norte-americano, e de um cidadão brasileiro, não estamos falando exatamente da mesma coisa.³⁴

Com efeito, a história brasileira demonstra de forma evidente que certos fatos e

³¹ MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 55.

³² GUARINELLO, Norberto Luiz. Cidades-estado na Antiguidade Clássica. In: PINSKY, Jaime; PINSKEY, Carla Bassanezi (Orgs.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003, p. 29-35.

³³ MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 56.

³⁴ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. O longo Caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 11-12.

acontecimentos históricos tornaram inviável o desenvolvimento da cidadania naqueles moldes. De fato, basta lembrar que em 1822, período da independência de Portugal, o Brasil era uma Sociedade Escravocrata. A economia não era a industrial da Inglaterra, mas, sim, a grande propriedade rural e a mão de obra era quase totalmente formada por escravos, cujos membros não eram detentores de qualquer direito: destituídos de direitos.³⁵

Pela sequência Marshalliana, o florescimento e consolidação dos direitos civis estiveram relacionados, pois, com as liberdades públicas, a defesa do cidadão frente à opressão do poder estatal, estabelecendo-se um feixe de direitos de cunho negativo, a exigir uma abstenção do Estado em face das prerrogativas da cidadania civil, pressuposto para a compreensão e a evolução da plenitude política e social.

No Brasil, ao contrário do exemplo inglês, o que se verificou foi uma intensa atuação do Estado na concessão de direitos sociais quando os direitos civis e políticos se encontravam fragilizados ou simplesmente suprimidos. Desse modo, o poder estatal muitas vezes encarnou a figura do benfeitor da população carente, angariando-lhe a simpatia e a fidelidade ao lhes conceder benefícios sociais como verdadeiros favores entregues como dádivas e, não, como políticas públicas para propiciar o nascimento do verdadeiro cidadão.³⁶

Como se percebe, as dimensões da cidadania estão intrinsecamente relacionadas aos direitos fundamentais, também analisados sob a ótica de uma sequência temporal. De fato, nota-se que o estudo de T.H. Marshall foi publicado apenas dois anos após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, dentro do contexto histórico do pós-guerra, o que pode ter influenciado sua análise neste aspecto, ainda assim, mantido o fundamento e raciocínio exposto.

Logo, a concepção de cidadania é muito mais ampla do que aquela que a limita ao mero exercício dos direitos políticos e relaciona-se, pois, com o gozo integral dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões, de tal modo, que ser cidadão não é apenas exercer o direito de votar e de ser votado, mas é, sobretudo, o de atuar diretamente no espaço público, de ter proteção total contra as arbitrariedades estatais, mas, também ver promovidas as condições sociais não só para o seu desenvolvimento como pessoa, mas também como membro da Sociedade.^{37 38}

³⁵ MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 12.

³⁶ Ibidem.

³⁷ KROHLING, Aloísio. **Dialética e direitos humanos**: múltiplo dialético – Da Grécia à contemporaneidade. Curitiba: Juruá: 2014, p. 87.

³⁸ MADRIGAL, Alexis. O exercício da cidadania no desenvolvimento da sociedade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4673, 17 abr. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48124>. Acesso em: 6 ago. 2019.

Nesse sentido, existe uma intensa relação entre a cidadania e os direitos fundamentais a ponto de, em certo modo, expressarem exatamente a mesma ideia. Por isso, a cidadania poderia ser definida como sendo o feixe de direitos fundamentais de que é dotado qualquer ser humano. Ser cidadão, portanto, é gozar plenamente dos direitos fundamentais, sejam eles civis, políticos e sociais.³⁹

Como se sabe, os direitos fundamentais têm como características a indivisibilidade, o inter-relacionamento e a interdependência, de modo que só se pode falar em plenitude dos direitos fundamentais e, via de consequência, em cidadania plena, quando todos esses feixes de direitos integram o patrimônio jurídico do indivíduo e da Sociedade em que vive.⁴⁰

Assim, por exemplo, não é cidadão aquele que, embora gozando plenamente de direitos políticos tenha que se submeter a condições indignas de moradia, de modo que, segundo Piovesan, não há cidadania quando não se tem uma vida digna, considerados os direitos fundamentais em todas as dimensões.⁴¹

Aqui, então, passa-se a compreender a legitimidade do pacto social com a condição de cidadão, ou seja, a manutenção do contrato com a plenitude do indivíduo no Estado, traduzida na capacidade de usufruir de direitos políticos (votar e ser votado) e o respeito a sua dignidade. Este último, conceito amplo, que inclui diversos aspectos da vida civil, resumida no respeito à sua condição de ser humano, mas que inclui: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social (artigo 7º, IV, da Constituição da República)⁴² e, ainda, acesso livre e gratuito à informação e à Justiça e/ou ao Poder Judiciário (artigo 5º, V, XIV, XXXIII, XXXIV, XXXV, XXXVI, XXXVII, LV, LXVIII, LXIX, LXXII, LXXIII, LXXIV e LXXVII, da Constituição da República)⁴³, dentre outros.

Compreendida a Sociedade e as interações humanas, com suas regras, culminando na confirmação do Direito e na formação do Estado, com seu arcabouço político, a condição do cidadão e as bases da legitimidade do pacto social, adentra-se, então, no estudo desses aspectos mais estreito ao enfoque da sociologia de Luhmann.

As teorias sociológicas desenvolvidas por Luhmann procuram descrever a sociedade como um sistema *autopoietico* baseado na comunicação. Assim, auxiliam na compreensão do

³⁹ KROHLING, Aloísio. **Dialética e direitos humanos**: múltiplo dialético – Da Grécia à contemporaneidade. Curitiba: Juruá: 2014, p. 87.

⁴⁰ PIOVESAN, Flavia. **Temas de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 95.

⁴¹ Ibidem, p. 95.

⁴² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019, n.p. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 ago. 2019.

⁴³ Ibidem.

processo de construção da cidadania. Aliás, para Luhmann, a cidadania, como processo de combate à exclusão, seria uma "conquista evolutiva" baseada em sistemas distintos como o Direito e a Política.⁴⁴

Rudolf Stichweh estuda sobre as consequências da globalização dos sistemas sociais na sociedade em todo o mundo e, em contrapartida, o fato da exclusão ter sua compreensão limitada à regionalidade, conforme as particularidades dos *sistemas funcionais e acoplamentos estruturais*⁴⁵, conceitos Luhmannianos.

Para melhor se compreender essas definições, apontados acima, conforme Luhmann, Stichweh e outros autores, que servirão de base para alguns aspectos do presente estudo, o próximo subcapítulo tem a intenção – sem pretensão, sequer qualquer esgotamento – de descrevê-los.

2.3 A SOCIOLOGIA DE LUHMANN

Importante ressaltar que a Sociologia não é uma obra de poucos, mas uma edificação de muitos. Em sua extensa galeria, figuram nomes da expressão de August Comte, Karl Marx, Herbert Spencer, Émile Durkheim, W. Pareto, Ferdinand Tönnies, G. Tarde, George Simmel, Max Weber, Alfred Schütz, Paul Lazarsfeld, Talcott Parsons, Harold Garfinkel, Erving Goffman e Aaron Cicourel, entre muitos outros.

Niklas Luhmann, sociólogo nascido em Lüneburg em 1927, é mais uma estrela desta constelação, detentor de brilho próprio e duradouro, cuja teoria social, inspirada em Talcott Parsons, seu professor em Harvard, constitui um marco da Sociologia Jurídica, destinada a fazer permanecer uma obra, sem seu hábil construtor, desde 1998, ano de sua morte.

Na introdução da obra de Luhmann, intitulada *Introducción a la teoría de sistemas*, Torres Nafarrate assim destaca a importância da construção teórica do mestre de Lüneburg:

La peculiaridad teórica de Luhmann ofrece una de las arquitecturas conceptuales más sorprendentes en la sociología contemporánea. La ventaja de esa construcción es la creación de un modelo que se pone a prueba en la observación de la sociedad

⁴⁴ LUHMANN, Niklas. Sobre os fundamentos teórico-sistêmicos da teoria da sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMKIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs.). **A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora da UFRGS/Goethe-Institut/ICBA, 2007c.

⁴⁵ STICHWEH, Rudolf. Inklusion und Exklusion: Studien zur Gesellschaftstheorie. In: RIBEIRO, Pedro Henrique. Luhmann "fora do lugar"? Como a "condição periférica" da América Latina impulsionou deslocamentos na teoria dos sistemas. **Rev. bras. Ci. Soc.**, vol. 28, n. 83, p. 120 (nota 20), out. 2013.

*y, justo por eso, se obliga a sí mismo a hacer ajustes persistentes.*⁴⁶

Não menos generoso é Losano:

*Infatti ogni studioso di scienze sociali deve oggi misurarsi con le teorie di Luhmann, anche se – come nel mio caso – i suoi interessi non lo portano a fare delle teorie di Luhmann il centro del suo interesse, ad essere cioè un “Luhmannologo”: rischio quest'ultimo che quasi inevitabilmente corre chi si occupa a fondo di Luhmann, a causa della vastità e della complessità della sua opera.*⁴⁷

Sua teoria, de elevados níveis de abstração, construída sobre sólidas bases lógicas, provoca a reflexão sobre temas de grande atualidade como, por exemplo, a *confiança* ou a questão da evolução do *Direito* e da *Política*, de sua importância social, da sua relação com a Sociedade e com os sistemas e *sistemas sociais*, da sua função em um contexto de *diferenciação funcional*, entre outros aspectos.

Inclusive, para o sociólogo alemão, a principal questão da sociologia, que talvez seja o principal problema da existência humana, é a complexidade e as inúmeras tentativas dos homens em minimizá-la. Luhmann, inclusive, verificou num elemento corriqueiro das relações humanas, a ser tratado em momento posterior (confiança), um instrumento de redução de complexidade.^{48 49}

Luhmann, deu grandes colaborações à inovação epistemológica no estudo da *Sociedade* moderna. Como visto, erige como ponto fundamental de sua teoria dos sistemas a noção de *complexidade*, a qual corresponde a uma indeterminada gama de possibilidades existentes no ambiente mundial, realizáveis ou não em consonância com as *expectativas* selecionadas pelas estruturas do *sistema social*, dentre elas o *Direito* e a *Política*.⁵⁰

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**: Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. México, D.F.: Universidad Iberoamericana/Iteso/Anthropos Editorial del Hombre, 1996b, p. 19. “A peculiaridade teórica de Luhmann oferece uma das arquiteturas conceituais mais surpreendentes na sociologia contemporânea. A vantagem dessa construção é a criação de um modelo que se põe à prova na observação da sociedade e, justo por isso, se obriga a si mesmo a fazer ajustes persistentes.” (Tradução do autor).

⁴⁷ LOSANO, Mario Giuseppe. I modelli sistemici dalle scienze biologiche alle teorie di Luhmann. **Sociologia del diritto**. 1999. v. 26, n. 1, p. 7. “De fato, todo estudioso de ciências sociais deve hoje medir-se com as teorias de Luhmann, mesmo que – como no meu caso – os seus interesses não o levem a fazer das teorias de Luhmann o centro do seu interesse, a ser, isto é, um ‘Luhmannólogo’: risco este que quase inevitavelmente corre quem se ocupa a fundo de Luhmann, por causa da magnitude e da complexidade da sua obra.” (Tradução do autor).

⁴⁸ MOTA, Rodrigo. As diferenças finas: de Simmel a Luhmann. **PLURAL**, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v.23.2, 2016, p. 182, 187 e 195.

⁴⁹ LUHMANN, Niklas. *Confiança e complexidade social em Niklas Luhmann*. In: Santos, José Manuel (org). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Universidade da Beira Interior, 2005, p. 102 e 105.

⁵⁰ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 43-45.

Mas, consoante adverte Luhmann, a Sociedade, campo de estudo em relação à complexidade, engendra não somente novas chances, mas também perigos até então desconhecidos.⁵¹

O sociólogo constata que, diante do progressivo incremento das experiências possíveis, a Sociedade tem se tornado cada vez mais complexa e *contingente*, seja comportando novas chances ou perigos. Assim, em face do aumento da complexidade da Sociedade contemporânea, surge a necessidade de criação de sistemas (ou optar pela existência deles) para a redução dessa complexidade⁵², conceitos que serão explorados neste subcapítulo.

Nesse contexto, ao mencionar a teoria sistêmica Luhmanniana surgem, dentre outros, conceitos como autopoiese e acoplamento estrutural, que parecem nascer de outro mundo para descreverem fenômenos bem reais deste mundo. O primeiro, particularmente, gera muita polêmica, por ser egresso da Biologia. Não é uma teoria especificamente sobre o Direito e Política ou Estado e Administração Pública, mas tem muito a dizer sobre estes assuntos. Inovadora em muitos sentidos, ela rompe com antigas tradições da Sociologia, por meio de conceitos como os de *forma e diferença* (diferença entre sistema e ambiente, por exemplo), *circularidade e clausura operacional* (fechamento operacional) e da consideração do *paradoxo* como constitutivo da realidade, identificando o ponto cego de outras teorias.⁵³

Daí a importância de revisitar Luhmann e sua teoria, cada vez mais atual. Por isso a relevância do estudo de alguns de seus principais pontos, de maneira inter-relacionada.

Por ora, pretende-se oferecer um modesto trabalho de análise de alguns aspectos específicos da teoria Luhmanniana, sem esgotar ou querer apresentar a teoria de forma integral, mas simplesmente indicar, num recorte metodológico, os pontos mais importantes para a presente pesquisa. A intenção é de que estes apontamentos possam ser visualizados de maneira integrada, como um rico mar, convidando à exploração, e não como riachos isolados que não correm para o mar, antes dele se afastam, sem que o navegador possa jamais formar a noção do todo.

⁵¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. 2. v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 172.

⁵² LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Edición y traducción de Jostxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 25-67.

⁵³ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 31-34.

2.3.1 Teoria dos sistemas: (Sub) Sistema⁵⁴ versus Ambiente (Diferenciação Funcional)

Passo a discriminar esses aspectos da teoria sistêmica, sem esgotar, devendo-se considerar que outros pontos também serão tratados e desenvolvidos nos capítulos subsequentes deste trabalho.

Para Luhmann há o mundo com toda a sua complexidade e, nesse mundo 3 ou 4 sistemas principais ou sistemas de primeira ordem (ou ainda sistemas de primeiro grau). Sistema orgânico, sistema psíquico e sistema social conforme Teubner. Ou sistema orgânico, sistema neurofisiológico, sistema psíquico e sistema social conforme Marcelo Neves. Vê-se, desde já uma divergência doutrinária quanto à existência do grande sistema neurofisiológico que, para o nosso estudo, não tem importância.

Na figura 2, está o modelo de grandes sistemas propostos por Teubner.

Figura 2 – Representação esquemática dos sistemas de primeiro grau conforme proposta de Teubner⁵⁵



⁵⁴ Inicialmente, para uma melhor compreensão, registro que ambiente e entorno são sinônimos, ou seja, o local que circunda os sistemas ou no qual os sistemas estão inseridos. Assim como são sinônimos subsistemas, sistemas parciais, sistemas de segunda ordem e sistemas de segundo grau. Além disso, Niklas Luhmann estabeleceu uma hierarquia entre sistemas e subsistemas.

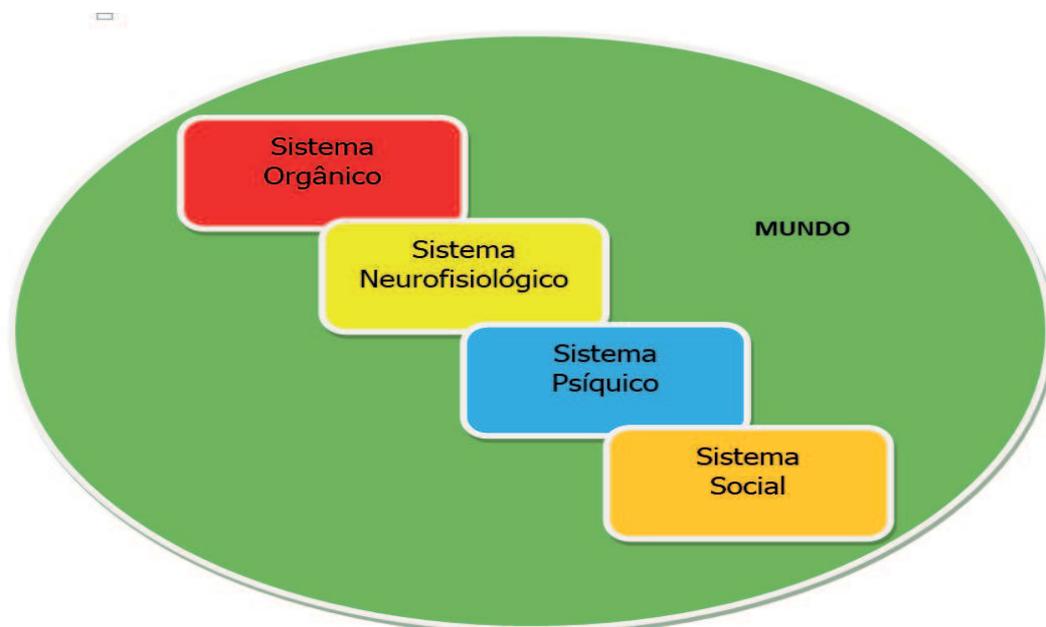
Entende Direito e Política como **subsistemas** (ou sistemas parciais, ou sistemas de segunda ordem, ou sistemas de segundo grau) por estarem insertos no grande sistema “sistemas sociais” (de quatro possíveis: psíquicos, sociais, orgânicos e neurofisiológicos – conforme Marcelo Neves).

A par disso, Luhmann traz **outra definição para subsistema**. Quando os sistemas, que estão dentro da sociedade (como Direito e Política), especializam-se demais, criando espécies de departamentos, Luhmann entende que são criados subsistemas dentro dos próprios sistemas, os quais são tratados por subsistemas ou sistemas parciais (Nota do autor).

⁵⁵ Fonte: elaborada pelo autor, com base em TEUBNER apud ZYMLER, Benjamin. **Política & Direito: uma visão autopoietica**. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá. 2005, p. 172-173.

Na figura 3 os sistemas de primeira ordem conforme proposta de Marcelo Neves:

Figura 3 – Representação esquemática dos sistemas de primeiro grau conforme proposta de Marcelo Neves⁵⁶



É interessante a conclusão da simples observação desses quadros, melhor realizada no modelo de Marcelo Neves do que naquele de Teubner, quanto à comparação da teoria social de Luhmann com a biologia (aliás uma constante na teoria Luhmanniana). Verifica-se que os grandes sistemas, em verdade, constituem a evolução dos organismos vivos: o indivíduo de simples massa com vida (orgânico), passa a ter cérebro funcional (neurofisiologia), o que lhe permite pensar e ter pensamentos (psíquico) e, a partir das formulações do pensamento, passa a ser capaz de se comunicar (social).

Luhmann parece apenas ter separado esses estágios da vida para fins de fixação de sua teoria. Ademais, na definição dos sistemas, o autor distinguiu os sistemas psíquicos e sociais (constituintes de sentido) dos sistemas orgânicos e neurofisiológicos (não constituintes de sentido).⁵⁷

Dessas modalidades, o sistema no qual Luhmann empenha sua pesquisa e que tem importância e significado para o presente estudo é o sistema social⁵⁸, ou seja, a sociedade, na

⁵⁶ Fonte: elaborada pelo autor, com base em NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 128.

⁵⁷ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, passim.

⁵⁸ Ver nota de rodapé anterior.

qual insertos os subsistemas (ou sistemas de segundo grau) Política e Direito.

O Sistema Social, ainda, divide-se em três grupos principais que viabilizam a sua comunicação, conforme sintetizado na figura 4.

Figura 4 – Representação esquemática do sistema social e os grupos comunicativos⁵⁹

SISTEMA SOCIAL		
INTERAÇÕES	ORGANIZAÇÕES	SOCIEDADE
Duas ou mais pessoas que percebam a presença do outro Duração: curta Comunicação predominante: percepção	Estabelecimento de regras, competências e seleção de pessoas em um grupo Duração: maior que a interação Comunicação predominante: decisão	Abrange todas as comunicações produzidas no sistema social, incluindo as organizações e as interações

Definida a organização-base dos sistemas, incumbe compreender a diferença entre sistema e ambiente.

A diferença entre sistema e ambiente é o ponto de partida da teoria sistêmica de Luhmann. Primeiro deve-se considerar que um ambiente pode ter um ou mais sistemas, que se especializam e se fecham como tal, sendo que um sistema é diferente de seu ambiente e é diferente dos outros sistemas que estão insertos naquele ambiente.⁶⁰

Importante destacar que sistema e ambiente são diferentes, mas não quer dizer que um seja mais importante que o outro, até porque um não existe sem o outro. Assim, a figura 5.

Figura 5 – Representação esquemática do sistema e o ambiente e suas características recíprocas⁶¹

⁵⁹ Fonte: elaborada pelo autor.

⁶⁰ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 148-50.

⁶¹ Fonte: elaborada pelo autor.

SISTEMA E AMBIENTE	
Um não é mais importante do que o outro	Mas um não existe sem o outro

A diferença entre sistema e ambiente é, portanto, sempre baseada num vão de complexidade: um sistema é, à primeira vista, sempre menos complexo que o seu ambiente (na medida em que os elementos e processos internos respeitam alguma ordem específica, em contraposição ao ruído do ambiente)⁶². Ruído, por sua vez, é o influxo de informações do ambiente que se choca com o sistema estabelecido (sistema autorreferencial⁶³ e autopoiético⁶⁴) e o irrita⁶⁵ ou “estimula” (numa tradução que vem sendo pensada atualmente).

Mas assim que esta distinção é estabelecida (diferença entre sistema e ambiente), os sistemas desenvolvem diferenciações internas de uma maneira autorreferencial. Por exemplo, diálogo jurídico cria diálogos jurídicos cada vez mais complexos (Direito), assim como operações econômicas criam operações econômicas cada vez mais complexas (Economia), etc. Por meio desse processo autorreferencial, os sistemas sociais substituem a complexidade desestruturada externa por uma complexidade estruturada, criada pelos seus próprios mecanismos reprodutivos de comunicação. O vão de complexidade se torna, assim, um vão entre diferentes formas (e não apenas diferentes níveis) de complexidade. Isso demonstra que todos os sistemas sociais desenvolvem mecanismos para, concomitantemente, (1) reduzir a complexidade por meio da *seletividade*, isto é, limitação do influxo de informações do ambiente (ruído); e (2) aumentar, autorreferencialmente, a complexidade de suas estruturas internas

⁶² CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 95.

⁶³ **Autorreferência** indica o fato de que há sistemas que se referem a si mesmos mediante cada uma de suas operações (estabelece relações entre si), observam a realidade somente mediante o autocontato. Consiste num processo para formar, reformar ou resolver os problemas do sistema baseado apenas na percepção do que observa dentro do sistema (olhar para dentro). (CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. Op. cit., p. 35-38)

⁶⁴ **Autopoiése** é, a grosso modo, a capacidade do sistema se autorreproduzir, vista melhor no seguimento do trabalho (Nota do autor).

⁶⁵ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. Op. cit., p. 77.

(*ordem*).⁶⁶

O reconhecimento desta diferença entre sistema e ambiente permite o *fechamento operacional* do sistema, ao mesmo tempo em que este se abre ao ambiente: um fechamento com abertura, um paradoxo melhor compreendido adiante. Nas palavras de Marcelo Neves, “[e]m relação ao sistema, atuam as mais diversas determinações do ambiente, mas elas só são inseridas no sistema quando este, de acordo com os seus próprios critérios e código-diferença, atribui-lhes sua forma”.⁶⁷

Ou seja, só recebe do ambiente aquilo que aceita receber conforme os padrões que estabeleceu como sistema. Importante notar que o fechamento operacional dos sistemas refere-se à sua autonomia em relação ao ambiente, obviamente não se confundindo com o insulamento daqueles⁶⁸. O fechamento operacional do sistema não deixa de ser a perfectibilização do sistema como tal, viabilizando sua posterior abertura ao próprio ambiente, mas como sistema especializado.

De modo um pouco mais específico, a teoria dos sistemas pode ser definida como uma teoria sobre complexidade e conhecimento, cuja principal preocupação é a criação de ordem a partir do ruído⁶⁹ nas interações entre os sistemas sociais e seu ambiente. Moritz Renner explica a complexidade em questão através da seguinte proposição: quanto maior o número de elementos em uma estrutura e o volume de relações entre tais elementos, maior se torna a complexidade da referida estrutura.⁷⁰

Por isso, a sociedade é mais complexa das estruturas. Pois o ambiente é mais complexo do que o sistema, sempre. E cada tentativa do sistema em controlar seu ambiente importa na transformação do ambiente de outros sistemas, os quais tornam o ambiente ainda mais

⁶⁶ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 129.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ “A sociedade moderna multicêntrica, formada de uma pluralidade de esferas de comunicação com pretensão de autonomia e conflitantes entre si, estaria condenada à própria autodestruição, caso não desenvolvesse mecanismos que possibilitassem vínculos construtivos de aprendizado e influência recíproca entre as diversas esferas sociais”. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 24-25.

⁶⁹ Como os sistemas são autorreferenciais (processo operativo em que se olha apenas para si na construção de solução de problemas – ver nota de rodapé 63) e autopoieticos (autorreproduzem), têm comunicação própria e específica deles, não compreendem ou não querem compreender outras comunicações. No entanto, os sistemas podem ser irritados pela comunicação do ambiente, o que é chamado de ruído. E, ainda que possam se alterar por isso, não podem ser constrangidos pelo ambiente à essa adaptação (CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 77).

⁷⁰ RENNER, Moritz. Death by Complexity: The Financial Crisis and the Crisis of Law in World Society. In: KJAER, Poul; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (Coord.). **The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation**. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 94.

complexo, desuniformizando a complexidade.⁷¹

As relações entre estes elementos são limitadas pelo processo de diferenciação funcional (especialização dos sistemas como tal, com o próprio código, com a própria comunicação), de forma a se permitir o estabelecimento de certas formas de comunicação estáveis, o que explica o surgimento dos sistemas sociais dentro da sociedade, na medida em que é estabelecida a diferença entre o conjunto de elementos pertencentes a um sistema (por exemplo, Política) e não pertencentes a um outro sistema (por exemplo, o restante da Sociedade), isto é, entre sistema e ambiente.⁷²

Conjuntamente ao entendimento da base da teoria, a comparação “sistema x ambiente”, bem como da diferenciação funcional que é a especialização do sistema como tal, passa-se a estreitar os conceitos de autopoiese e de heterorreferência. A autorreferência também é mencionada, mas já foi tratada acima (explicada na nota de rodapé 63 e não no texto principal, para se manter o raciocínio).

Luhmann desenvolveu sua teoria dos sistemas a partir da teoria biológica dos sistemas autopoieticos, desenvolvida pelos neurocientistas chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela. Para eles a diferenciação entre os sistemas orgânicos dos não orgânicos é a capacidade de autorreprodução de seus elementos enquanto mantida a sua organização interna – autopoiese⁷³, do grego *poiesis* (criação) –, o conhecimento sobre tais sistemas autopoieticos depende da compreensão destes fenômenos de autorreprodução e auto-organização: cada elemento e processo interno desses sistemas é intimamente relacionado com sua autorreprodução, o que ressalta a centralidade do conceito de autorreferência para a teoria.⁷⁴

Luhmann aplicou o conceito de autopoiese às ciências sociais e, com base nisso, como já mencionado, distinguiu os sistemas psíquicos e sociais dos sistemas orgânicos e neurofisiológicos: enquanto os últimos são caracterizados por um radical fechamento (na medida em que as relações entre o sistema e o ambiente exigem um ponto de observação externo, ou seja, um outro sistema – heterorreferência⁷⁵), Luhmann afirma que os sistemas

⁷¹ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 150.

⁷² RENNER, Moritz. Death by Complexity: The Financial Crisis and the Crisis of Law in World Society. In: KJAER, Poul; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (Coord.). **The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation**. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 94.

⁷³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 130.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ **Heterorreferência** consiste no olhar para o ambiente, na referência ao exterior em suas operações, na utilização da percepção de mecanismos do ambiente, para formar, reformar ou resolver os problemas do sistema baseado apenas na percepção do que observa fora do sistema (olhar para fora).

psíquicos e sociais (constituintes de sentido) realizam sua reprodução autopoietica com base na auto-observação de seus próprios elementos e processos (autorreferência – ver nota de rodapé 63).⁷⁶

Como, para Luhmann, todos os sistemas sociais são *autopoieticos*, eles devem, por definição, reproduzir constantemente seus próprios elementos, quais sejam, sua linguagem/comunicação. Tomando-se a *Sociedade* como o sistema social mais abrangente e a *comunicação* como sua unidade, verifica-se a existência de um subsistema fechado em cada sistema social especializado inserido na sociedade e que realizou sua diferenciação funcional, no qual, em regra, não há comunicação com o ambiente⁷⁷. A abertura com o ambiente, acima mencionada, dá-se de outra forma, mais relacionada à observação, não através da comunicação, pois esta é estrita do sistema.

Ainda assim, a evolução dos sistemas sociais, de acordo com Luhmann, decorre da transformação do improvável em provável, isto é, da incorporação, pela estrutura do sistema, daquilo que é desviante.⁷⁸

Como a unidade elementar da Sociedade e dos sistemas é a comunicação, quando na comunicação surge ou ocorre um padrão desviante do modelo estrutural de reprodução do sistema, tem-se uma variação, que pode ser rejeitada ou assimilada. Sua assimilação depende de um processo de *seleção* (contingência), realizado com vistas à “condensação de expectativas que sejam aptas a atuar como diretivas das comunicações anteriores”⁷⁹ o que pode ocasionar a evolução do sistema⁸⁰. Por isso, é fácil comparar esse padrão desviante a uma mutação, da biologia.

Essa assimilação estrutural (*seleção*) da comunicação desviante (*variação*) é necessária, mas não suficiente para explicar a evolução dos sistemas sociais: ainda é necessário que as estruturas inovadoras sejam inseridas no complexo de estruturas existentes (*estabilização*), no qual elas somente terão capacidade de resistência se incorporadas como parte de uma unidade de produção autorreferencial de comunicações – um sistema social.⁸¹

(CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 35-38)

⁷⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, passim. (Ver nota de rodapé 68)

⁷⁷ *Ibidem*, p. 128 e 134.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 6.

⁸⁰ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 77-79.

⁸¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 6-7.

Quanto aos sistema social, verifica-se um contínuo processo de evolução dos sistemas nele insertos – diferenciação funcional – que cria sistemas sociais altamente especializados e os leva a desenvolver racionalidades próprias⁸² – daí falar-se em hipercomplexidade do mundo atual⁸³, sendo hoje possível identificar pelo menos onze desses sistemas autopoieticos: Política, Economia, Direito, Religião, Educação, Relações Pessoais e Relações Familiares, Artes, Esportes, Comunicações de Massa, e Saúde, cada qual com um código comunicativo próprio e pretensão de primazia em seus próprios domínios.⁸⁴

Na figura 6 o grande sistema social (sociedade) com os sistemas de segundo grau:

Figura 6 – Representação esquemática do sistema social (ou sistema de primeiro grau) e os subsistemas (ou sistemas de segundo grau)⁸⁵



Na ausência de embargo, cada sistema mencionado é conhecido igualmente como sistema funcionalmente diferenciado, possuidor de função específica para agir no sistema social global, influenciado pelo primado da diferenciação funcional.

⁸² TEUBNER, Gunther. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. **Law & Society Review**, v. 17, n.2, 1983, p. 270.

⁸³ “Um dos oponentes mais proeminentes da teoria do discurso é Niklas Luhmann. Luhmann defende a tese de que tentativas como a de Habermas estão fadadas ao fracasso ‘sob as condições prevaletentes de um mundo cada vez mais cheio de possibilidades’. O problema atual não é mais o da correção substantiva das normas ou decisões, mas sim o de lidar com a complexidade. Portanto, o problema da justiça deve ser separado de sua antiga conexão com a verdade e a justificação e reformulado como uma questão de ‘adequada complexidade do sistema jurídico’.” (ALEXY, Robert. **A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**. Trad. para o inglês de R. Adler e N. MacCormick. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 124.)

⁸⁴ STICHWEH, Rudolf. Toward a General Theory of Function System Crises. In: KJAER, Poul; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (Coord.). **The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation**. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 43.

⁸⁵ Fonte: elaborada pelo autor. Obs: O sistema com reticências (...) aponta que outros sistemas podem se especializar diferenciando-se do ambiente e constituindo código, estrutura e programa próprios.

Foi o aumento da complexidade e contingência do mundo que impulsionaram os subsistemas sociais (política, direito, ciência, religião etc.) a optarem (no sentido figurado pois não se trata de uma escolha racional) pela radical clausura operativa.

E em cada caso sua identificação é a sua comunicação diferenciada, a materializar-se em seu código binário (por exemplo, lícito/ilícito no Direito) que referencia as operações comunicativas do referido sistema.

Em vista dessa hipercomplexidade característica da contemporaneidade, demonstrada, também pela especialização dos sistemas sociais, Neves afirma que:

Somente quando um sistema social dispõe de um específico código-diferença binário é que ele pode ser caracterizado como autorreferencialmente fechado (e, portanto, aberto ao ambiente). Por meio de código sistêmico próprio, estruturado binariamente entre um valor negativo e um valor positivo específico, as unidades elementares do sistema são reproduzidas internamente e distinguidas claramente das comunicações exteriores. No entanto, os códigos seriam formas vazias se não estivessem associados a programas e critérios. Assim sendo, a autopoiese importa uma combinação entre “codificação” e “programação”, o que possibilita a simultaneidade de fechamento e abertura.⁸⁶

Considerando o que Neves menciona acima, oportuno descrever que programas e suas relações com o código e a abertura do sistema.

Nesse aspecto, programas são conjuntos de condições para corrigir algo. Como cada sistema possui um código binário, simples, com a definição de uma atividade positiva e outra negativa (por exemplo, no Direito o legal/ilegal; na Política o poder/não poder; na Economia o com dinheiro/sem dinheiro, na Ciência o verdadeiro/não verdadeiro etc.), por vezes são insuficientes a solucionar determinados problemas ou teorias mais complexas. Por isso, os programas determinam “os critérios para a correta atribuição dos valores de tais códigos”.⁸⁷

Corsi, Esposito e Baraldi, ao citar Luhmann, fazem, ainda uma melhor exposição, na conceituação de programas e diferenciação com o código:

En un sistema autopoietico diferenciado con base en un código binario, el código dirige las operaciones que reproducen la unidad del sistema: regula la producción de diferencias y con ello la elaboración de información por parte del sistema. Las operaciones proceden siempre ciegamente y en su nivel no existe ninguna forma de control del sistema sobre su proceder: el código, en efecto, no aporta directivas para la acción, sino que se limita a orientar las operaciones asegurando que se relacionen con las subsecuentes. La autorregulación y el autocontrol del sistema se desarrollan en cambio en el ámbito de los programas, que dirige la observación de las

⁸⁶ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 119 e 134.

⁸⁷ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 131.

operaciones por parte del sistema mismo, con base en distinciones distintas de aquella a la que tales operaciones se orienta. Los programas fijan las condiciones que deben darse para que una determinada operación pueda acontecer: por ejemplo, establecen que la atribución del valor positivo del código es correcta sólo en circunstancias específicas. Así, los programas del sistema jurídico (las leyes y los reglamentos) establecen por ejemplo a cuál de los dos contendientes en caso de litigio se ha de dar la razón y a cuál se le ha de considerar en error, y de qué cosas es necesario tener en cuenta para esa decisión. Los programas de la ciencia (teorías y métodos) fijan las condiciones que deben satisfacerse para que se pueda sostener una verdad, los programas del sistema educativo, los criterios para la valoración de los alumnos, etcétera.⁸⁸

Veja-se que os programas acabam, em verdade, compensando a simplicidade e rigidez do código binário, criando o “terceiro elemento excluído”. Mesmo que se oriente pelo código, o sistema admite, através dos programas, critérios de outras áreas sociais (uma abertura indireta do sistema pelos programas; já a abertura direta e principal se dá através das expectativas cognitivas como se verá adiante), tornando o código compatível com tais novos valores, direcionando a conduta e estruturando a complexidade. Ainda assim, os critérios estranhos trazidos pelos programas devem respeitar a diferenciação e a operação do código, pois os programas estão submetidos aos códigos. Neste sentido, salienta-se que o código não pode ser alterado, mas os programas sim. Por exemplo, na ciência, algumas teorias e métodos podem mudar (programas), mas o código verdadeiro/não verdadeiro permanece o mesmo. Em suma, caso a atribuição dos valores dados pelos códigos seja insuficiente para a correção dos comportamentos, os programas definem os comportamentos que devem ser tidos como corretos, ou seja, que devem ser esperados (expectativa).⁸⁹

Mas nada disso impede, entretanto, que o sistema continue a se autorreproduzir, naquilo que Luhmann explicou como autopoiese, emprestando da biologia seu conceito, como

⁸⁸ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 132. “Em um sistema autopoietico diferenciado com base em um código binário, o código dirige as operações que reproduzem a unidade do sistema: regula a produção de diferenças e, assim, a elaboração de informações pelo sistema. As operações prosseguem sempre cegamente e, ao seu nível, não existe nenhuma forma de controle do sistema sobre suas ações: o código, de fato, não fornece diretivas para a ação, mas apenas se limita a orientar as operações, assegurando que elas se relacionem com as subsequentes. A autorregulação e o autocontrole do sistema são desenvolvidos, por sua vez, no campo dos programas, que direciona a observação das operações pelo próprio sistema, com base em distinções que não sejam aquelas às quais essas operações se orientam (ou seja, diferente mas complementar ao código – nota do tradutor). Os programas fixam as condições para que uma determinada operação ocorra: por exemplo, estabelecem que a atribuição do valor positivo do código está correta, mas somente em circunstâncias específicas. Assim, os programas do sistema jurídico (leis e regulamentos) estabelecem, por exemplo, qual dos litigantes tem razão e qual se deve considerar em erro (não tem razão – nota do tradutor), e quais coisas são necessárias ter em conta para essa decisão. Por exemplo, os programas da ciência (teorias e métodos) estabelecem as condições que devem ser satisfeitas para que uma verdade possa ser sustentada, os programas do sistema educacional, os critérios para a avaliação dos alunos, etc.” (Tradução do autor).

⁸⁹ Ibidem, p. 132-133.

já dito, e aprofundado a seguir.

2.3.2 Autopoiese

O conceito de autopoiese surgiu, como mencionado, no campo das Ciências Naturais, mais especificamente na Biologia, tendo sido formulado pelo biólogo chileno Humberto Maturana, quando este buscou explicar a reprodução celular e definir a constituição dos organismos vivos.

Poiesis, em sentido restrito, traduz a produção de uma obra; auto, por sua vez, indica que a obra é o sistema mesmo. *Poiesis* é um termo que se contrapõe a *praxis*, cuja significação aponta para a virtude de toda ocupação que não adquire sentido no efeito ou no êxito obtido, mas pelo só fato de realizar-se, de maneira que, neste contexto, já está contido o momento da autorreferência. *Poiesis*, por outro lado, diz respeito a algo que se produz desde fora de si mesmo: faz-se isto ou aquilo não para executar uma ação que tem sentido pelo só fato de fazê-la, mas porque se quer produzir alguma coisa.⁹⁰

O termo *poiesis* foi escolhido a partir de uma conversa com um amigo filósofo do biólogo, versando sobre a diferença entre *praxis* e *poiesis*, temas de uma aula do primeiro sobre Aristóteles. Maturana adotou o segundo termo, conjugado com auto, para exprimir que a produção, entendida como um efeito perseguido expressamente e não como uma *praxis*, implica produzir-se a si mesmo. Já *autopraxis* não seria um conceito adequado para descrever a operação visada, posto que haveria uma reduplicação do que a *praxis* já faz por si mesma. Há que se salientar também que, no conceito de *poiesis*, no sentido de fazer/produzir, não é possível o controle total do processo de produção, sendo tão somente uma parte do âmbito da causalidade controlada.⁹¹

Destarte, para Maturana, um sistema vivo ostenta como traço característico a capacidade de produzir e reproduzir por si mesmo os elementos que o constituem, “*y así define su propia unidad: cada célula es el producto de un retículo de operaciones [...] internas al sistema del cual ella misma es un elemento; e no de una acción externa*”.⁹²

⁹⁰ LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**: Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. México, D.F.: Universidad Iberoamericana/Iteso/Anthropos Editorial del Hombre, 1996b, p. 91-122.

⁹¹ Ibidem.

⁹² CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 31-32. “[...] e assim define sua própria unidade: cada célula é o produto de um retículo de operações [...] internas ao sistema do qual ela mesma é um elemento; e não de uma ação externa.” (Tradução do autor).

Indo mais além, pela concepção de Maturana, a *autopoiesis* quer dizer que um sistema somente pode produzir operações na rede de suas próprias operações, rede essa produzida por essas mesmas operações. Como sistema autopoietico, este produz as operações necessárias para a produção de mais operações. Se é empregada a noção de “clausura operacional” (fechamento operacional) como ponto de partida para a compreensão do conceito de autopoiese, o resultado é o entendimento de que o sistema se produz a si mesmo, além, é claro, de produzir as suas estruturas. Tal conduz à noção de autonomia, pois os sistemas são autônomos ao nível das operações:

La categorización de la autopoiesis asume como punto de partida la cuestión radical de la autonomía, ya que define al sistema desde sus propios elementos. Autonomía significa que sólo desde la operación del sistema se puede determinar lo que le es relevante y, sobre todo, lo que le es indiferente.⁹³

Já Renner considera que, para além da autopoiese, quanto maior o vão de complexidade entre um sistema e seu ambiente, maior a necessidade de que tal sistema processe e selecione o influxo de informações desse ambiente (ruídos) por meio de seu próprio código-diferença. Portanto, o preço do processo de especialização com a diferenciação funcional entre os sistemas sociais e com a autopoiese é a sempre crescente interdependência dos sistemas, o que explica a necessidade dos chamados acoplamentos estruturais com o ambiente ou, excepcionalmente, com outros sistemas.⁹⁴

É o que será visto a seguir.

2.3.3 Acoplamento Estrutural, interpenetração e interferência sistêmica – a abertura do sistema fechado

O conceito de acoplamento estrutural está relacionado ao fechamento autopoietico,

⁹³ LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**: Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. México, D.F.: Universidad Iberoamericana/Iteso/Anthropos Editorial del Hombre, 1996b, p. 90 e 118. “A categorização da autopoiesis assume como ponto de partida a questão radical da autonomia, já que define o sistema a partir de seus próprios elementos. Autonomia significa que somente a partir da operação do sistema se pode determinar o que lhe é relevante e, sobretudo, o que lhe é indiferente.” (Tradução do autor). A autonomia significa, em síntese, como o próprio nome indica, que o sistema opera de modo autônomo. A autorreferência apresenta um algo a mais: o sistema opera de modo autônomo, ou seja, olhando para si, em referência a si mesmo. E a autopoiese, por sua vez, também acrescenta um dado novo: a produção de elementos, de modo que o sistema produz a si mesmo (Nota do autor).

⁹⁴ RENNER, Moritz. Death by Complexity: The Financial Crisis and the Crisis of Law in World Society. In: KJAER, Poul; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (Coord.). **The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation**. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 95.

segundo cada unidade utilizada pelo sistema em suas operações e comunicações está constituída dentro do próprio sistema, ou seja, somente a própria estrutura do sistema pode estabelecer as operações que efetua. Assim, acoplamento estrutural vem a ser uma relação entre o sistema e as condições do ambiente apresentadas de forma a manter a própria autopoiese do sistema. A intervenção ocorre apenas a nível das estruturas e não da autopoiese. Mas, por meio de abertura cognitiva, uma vez percebidos os ruídos e internalizados, reorientam as operações internas.

O ambiente somente afeta o sistema na produção de irritações que serão sentidas e interpretadas pelo sistema em seu interior a partir de seus próprio código, estrutura e programas. O acoplamento estrutural ocorre em correspondência com um evento, momentaneamente, não consistindo em fusão. Isto é, quando acontece um acoplamento estrutural entre dois sistemas não significa que exista uma fusão entre eles ou que haja uma coordenação estável das operações respectivas.⁹⁵

Já nos casos em que o acoplamento estrutural se realiza dentro de uma comunicação de dependência recíproca entre os sistemas (um sistema não existe sem o outro) Luhmann convencionou chamar de interpenetração. Nesse caso, o acoplamento ocorre da mesma forma (momentaneamente e por irritações), mas os sistemas desenvolverão uma coevolução recíproca⁹⁶, já que põem, à disposição do outro, sua própria complexidade. Exemplos temos em Luhmann como consciência e cérebro ou, que importa mais para nosso estudo, a interpenetração entre os sistemas psíquicos e sistemas sociais.⁹⁷

Para melhor ilustrar o acoplamento estrutural, primeiro deve-se considerar como funcionam as expectativas.

Voltando à temática das expectativas como aquilo que se espera que ocorra no futuro, Luhmann distingue-as em cognitivas e normativas: as primeiras são aquelas que, quando frustradas, sofrem alterações, gerando um processo de aprendizado (conhecimento); já as normativas são contrafactuais, isto é, permanecem inalteradas mesmo em caso de sua frustração, e por isso são definidas como normas.⁹⁸

E esta distinção entre os dois modos de expectativas retoma, por sua vez, o ideal de diferenciação funcional acima exposto. Para Luhmann, por exemplo, o processo histórico de

⁹⁵ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 19-21.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Ibidem, p. 99-100.

⁹⁸ RENNER, Moritz. *Death by Complexity: The Financial Crisis and the Crisis of Law in World Society*. In: KJAER, Poul; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (Coord.). **The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation**. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 95.

divisão do trabalho gerou estruturas especializadas para o processamento de expectativas cognitivas e normativas nos sistemas Ciência e Direito, respectivamente. Essa distinção entre Ciência e Direito permite que os sistemas Economia e Política (assim como outros) pressuponham algumas estruturas cognitivas e normativas cruciais para o seu funcionamento, mas que não podem ser produzidas dentro de seus sistemas isoladamente diante de seu fechamento operacional.⁹⁹

Conforme a comunicação endógena dos sistemas se sofisticava, aumentando sua complexidade interna através do desenvolvimento de uma racionalidade própria, tais sistemas tornam-se cada vez menos aptos a processar eventos que ocorrem em seu ambiente (ruído). Nesta situação, os acoplamentos estruturais permitem que um sistema pressuponha certas estruturas no ambiente e as tome como dadas por meio de sua formulação no código-diferença deste sistema, de modo a reconstruir o conhecimento (expectativas cognitivas) e as normas (expectativas normativas) gerados em outros sistemas.¹⁰⁰

Na Sociedade moderna, o código-diferença binário do sistema Direito é representado pela classificação entre lícito e ilícito (direito/ não direito; legal/ilegal). De acordo com Neves, o processo de diferenciação funcional e o consequente fechamento operacional do Direito requerem que esse código-diferença binário seja controlado exclusivamente pelo sistema Direito, e não pelos sistemas Política, Economia etc.¹⁰¹

Neste sentido é que Luhmann fala no Direito como “um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto. A qualidade normativa serve à auto-poiese do sistema e à sua autocontinuação diferenciada do ambiente”. A qualidade cognitiva é a sua principal abertura com o ambiente e os outros sistemas. O mesmo pode ser dito em relação aos demais subsistemas, inclusive a Política, em que o código-diferença binário pode ser descrito como poder e não poder (ou poder superior/poder inferior; ou governo/oposição), e ao sistema Economia, em que o código-diferença é o ter e não-ter ou com dinheiro/sem dinheiro¹⁰², fechados na qualidade normativa, mas servem ao ambiente com sua qualidade cognitiva.

De todo o exposto até aqui, como é possível supor, as Sociedades modernas são

⁹⁹ RENNER, Moritz. Death by Complexity: The Financial Crisis and the Crisis of Law in World Society. In: KJAER, Poul; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (Coord.). **The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation**. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 96.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 135.

¹⁰² Ibidem, p. 119-124 e 146; NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 79-81.

caracterizadas por uma estreita relação entre os sistemas Economia, Direito e Política. Direito e Política serão tratados especificamente adiante. Mas no que se refere ao sistema Economia, é importante reconhecer que ele não é estruturado apenas a partir de expectativas cognitivas, mas também – e em larga medida – a partir de expectativas normativas¹⁰³: a efetividade dos contratos, dos direitos de propriedade, das regras básicas de livre concorrência são pressupostos tidos como contrafactualmente válidos em qualquer operação econômica, muito embora o sistema Economia não possa, por si só, produzir ou garantir a satisfação de tais expectativas.¹⁰⁴

É nesse ponto que ocorre o acoplamento estrutural entre o sistema Economia e o sistema Direito, por meio do qual este último desempenha a função de estabilizar as expectativas normativas daquele. A autopoiese reflexiva do sistema Direito, desenvolvida por intermédio da linguagem de licitude/ilicitude, é apenas um sofisticado mecanismo para determinar quais expectativas sociais devem ser contrafactualmente mantidas, ou seja, elevadas à condição de expectativas normativas. Desta forma, o sistema Economia pode delegar o processamento de expectativas normativas ao sistema Direito, ao mesmo tempo em que se especializa em suas próprias estruturas internas para o processamento de expectativas cognitivas.¹⁰⁵

Duarte explica que:

O acoplamento estrutural permite então, que um sistema possa ligar-se a sistemas de alto grau de complexidade do ambiente sem alcançar ou reconstruir a complexidade daquele. A parte do acoplamento estrutural que é interna ao sistema pode ser indicada com o conceito de irritação. As irritações ou perturbações não são o produto de uma transferência do ambiente ao sistema. A irritação é sempre autoirritação, o que significa que é sempre uma construção interna do próprio sistema, porém posterior a influxos provenientes do ambiente. Assim o sistema tem a possibilidade de encontrar em si mesmo as causas da irritação e aprender delas.¹⁰⁶

Na verdade, neste trecho, com outras palavras, Duarte repete e aperfeiçoa a ideia de

¹⁰³ “Na economia clássica ou ortodoxa, a despeito de quão simples ou complexa, a análise é concentrada nas escolhas realizadas sob determinadas restrições que são, elas próprias, impostas externamente à pessoa ou às pessoas a quem cabe a decisão. Estas restrições reduzem o espectro de escolhas possíveis, e podem ser impostas pela natureza, pela história, por uma sequência de decisões anteriores, por outras pessoas, pelas leis e arranjos institucionais, ou mesmo pelos costumes e convenções sociais.” BUCHANAN, James McGill. *The Domain of Constitutional Economics*. **Constitutional Political Economy**, v. 1, n. 1, 1990.

¹⁰⁴ RENNER, Moritz. *Death by Complexity: The Financial Crisis and the Crisis of Law in World Society*. In: KJAER, Poul; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (Coord.). **The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation**. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 98.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ DUARTE, Francisco Carlos. **Organização das decisões e estrutura da informalidade no aparato judiciário: análise funcional da corrupção judiciária no Brasil**. 208 f. Tese (Doutorado em Direito). Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 1996, p. 53.

Álvarez, conforme citado por Pedron em seu artigo “A função do Tribunais Constitucionais para a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann”:

As irritações, por sua vez, surgem como uma confrontação na ordem interna do sistema com os eventos externos. Dessa forma, pode-se afirmar que se trata sempre de uma autoirritação, pois o sistema encontra em si mesmo as causas da irritação e aprende com isso, quer para imputar a irritação ao ambiente e, com isso, tratá-la como casual, quer para buscar sua origem e eliminá-la.¹⁰⁷

Quanto às irritações, incumbe mencionar que consiste na formulação de uma imagem no sistema autoirritado (com seu código, sua estrutura e seus programas) a partir da manifestação/irritação que veio do ambiente, ou seja, de outro sistema que está no ambiente. Por exemplo, no ambiente tem-se o subsistema Política que está a emanar sua comunicação por via cognitiva a qual, por estar no ambiente do Direito, acaba por irritá-lo. O Direito, então, recree, dentro de si, a Política, conforme o tom da irritação, mas conforme o código do Direito, a estrutura do Direito e os programas do Direito.

Prosseguindo nas inferências do acoplamento estrutural quanto ao papel do sistema Política em relação ao sistema Direito vê-se que, como o sistema Direito processa, de forma autorreferencial, expectativas normativas que influenciam outros sistemas, levanta-se a questão de sua legitimidade e justificação. Portanto, o sistema Direito também se apoia em acoplamentos estruturais com o sistema Política: a criação das normas constitucionais e legais é delegada ao sistema Política, externalizando a questão da legitimidade do sistema Direito para o processo político, mediante a pressuposição de validade das decisões coletivas alcançadas sob certas precondições procedimentais.¹⁰⁸

Já quanto às regras do sistema Economia, isoladamente consideradas, inevitavelmente tendem a destruir as precondições de sua própria existência, na medida em que a lógica liberal de mercado (a racionalidade interna do sistema Economia) leva à formação de monopólios e cartéis, ao abuso do poder econômico, etc. Para evitar estas externalidades negativas¹⁰⁹, os elementos e processos do sistema Economia devem ser avaliados de um ponto de vista externo,

¹⁰⁷ ÁLVAREZ apud PEDRON, Flávio Quinaud. A função dos Tribunais Constitucionais para a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann (Trabalho originalmente apresentado como conclusão da disciplina Sociologia Jurídica no Programa de Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado - da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.). **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 4, 17 dez. 2004, p. 19. (ÁLVAREZ, Emilio Geraldo Arringa. La Teoria de Niklas Luhmann. In: **Convergência**. México. n. 32, mai.-ago./2003, p. 294.)

¹⁰⁸ DUARTE, Francisco Carlos. **Organização das decisões e estrutura da informalidade no aparato judiciário: análise funcional da corrupção judiciária no Brasil**. 208 f. Tese (Doutorado em Direito). Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 1996, p. 97.

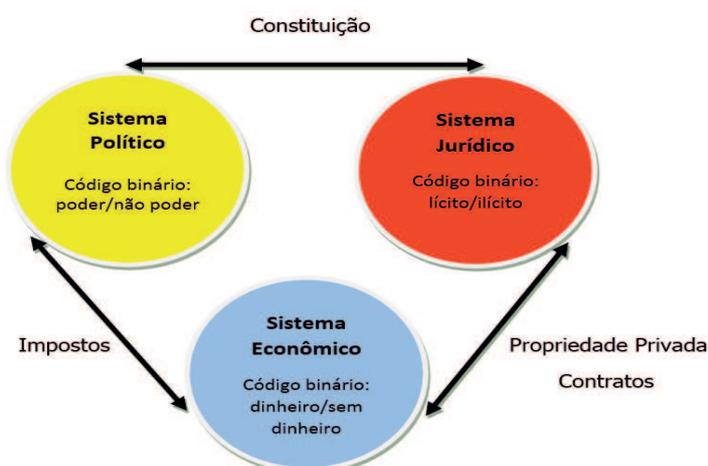
¹⁰⁹ Ibidem.

o que é feito dentro dos limites do sistema Direito, com a sua comunicação própria (lícito/ilícito). As expectativas normativas do sistema Direito, por sua vez, precisam ser adotadas através de consenso, o que ocorre dentro das fronteiras do sistema Política, por meio de sua comunicação própria (poder superior/poder inferior; poder/não poder; governo/oposição).¹¹⁰

Em suma, a racionalidade e a comunicação interna (autorreferencial) do sistema Economia têm – assim como as de qualquer outro sistema social – uma tendência expansionista que pode causar externalidades negativas para a Sociedade. Tais externalidades requerem o estabelecimento de critérios exógenos para sua solução, quais sejam, as expectativas normativas desenvolvidas no sistema Direito, as quais somente podem ser vistas como legítimas se originadas no sistema Política, o que é indissociável da ideia de acoplamento estrutural.

A figura 7 ilustra o acoplamento estrutural entre os subsistemas Economia, Política e Direito.

Figura 7 – Representação esquemática do acoplamento estrutural entre os subsistemas Direito, Política e Economia¹¹¹



Mas, para além da teoria acima descrita quanto ao acoplamento estrutural e interpenetração, Teubner, ao interpretar Luhmann, tem classificação própria das espécies de conexão possíveis de serem estabelecidas entre os sistemas autopoieticos e seus respectivos entornos, levando em consideração o critério da abertura sistêmica.

Expõe algumas outras formas de abertura dos subsistemas, considerando o que chama

¹¹⁰ DUARTE, Francisco Carlos. **Organização das decisões e estrutura da informalidade no aparato judiciário**: análise funcional da corrupção judiciária no Brasil. 208 f. Tese (Doutorado em Direito). Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 1996, p. 97.

¹¹¹ Fonte: elaborada pelo autor.

de intervenção intersistêmica¹¹², subdividida em observação intersistêmica, interferência intersistêmica e comunicação pela organização.¹¹³

A observação intersistêmica resulta das observações recíprocas entre os sistemas conforme abertura cognitiva¹¹⁴; a interferência intersistêmica quando dois subsistemas partilham o mesmo evento comunicativo¹¹⁵; a comunicação pela organização considera as organizações que atuam nos subsistemas (por exemplo, os tribunais no Direito ou o Estado na Política) as quais têm decisões que acabam refletindo em mais de um subsistema. Algumas organizações, inclusive, atuam na fronteira de um determinado subsistema com outro.¹¹⁶

Quanto ao Direito e Política, embora toda a exposição acima, suas premissas serão aprofundadas a seguir.

2.4 DIREITO E POLÍTICA COMO SISTEMAS SOCIAIS

Inicialmente, tem-se em Kelsen, Direito como uma ordem de conduta humana, constituído de normas jurídicas. E, para isso, ordem é um sistema de normas com o mesmo fundamento de validade¹¹⁷. Constituindo o Direito, uma ordem jurídica.

Mas o Direito, além de ordem e de “sistema em si”, também é sistema em Luhmann, arranjando e rearranjando as normas jurídicas dentro dos limites que lhe dão sentido (autopoiese no sistema funcional) e da comunicação através de seu código e programas, para se organizar e, então, numa abertura para o ambiente aplicar as normas ao caso concreto, por intermédio de seus agentes ou profissionais do Direito, no enfrentamento à complexidade social, criando, na verdade, uma expectativa de conduta¹¹⁸ (expectativa normativa). Ou seja, vai além de simples compêndio (conjunto) de normas, supera um mero repositório de frases, artigos, leis ou outras normas, mas não obriga a conduta, ainda que sugira a sanção.

Quanto à Política, assim como quando se falou acima em cidadania, mais uma vez recorre-se aos gregos, pois o próprio termo tem origem naquela porção do Mediterrâneo

¹¹² TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 155-156 e 178.

¹¹³ Ibidem, p. 155-181 e 191-192.

¹¹⁴ Ibidem, p. 155-156.

¹¹⁵ ZYMLER, Benjamin. **Política & Direito: uma visão autopoietica**. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá. 2005, p. 175.

¹¹⁶ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 192.

¹¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 5.

¹¹⁸ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 31-34 e 54-56.

(*politikos*) assim como outros derivados da política, como monarquia, oligarquia, aristocracia, plutocracia, democracia etc.

Nesse sentido, Wolff, com base em Aristóteles, entende política como a “prática da *polis* que se tornou consciente de si própria” ou, ainda, a “investigação sistemática aplicada à *polis*”, e, finalmente, a define como um “conjunto de práticas às quais os homens se dedicam para coexistir, e também o estudo objetivo dessas mesmas práticas”¹¹⁹. Paralelamente a isso, a Política também pode ser analisada, conforme Bobbio, como “as escolhas realizadas por determinado governo na condução da atividade estatal e a relação entre esse governo e os cidadãos”.¹²⁰

Assim como o Direito, a Política possui todas as características de sistema, detectadas por Luhmann, diferenciando-se do primeiro em relação às normas jurídicas, pois se além às práticas políticas. E, em vez de aplicar normas ao caso concreto, determina práticas de coexistência, as quais, caso emanadas por autoridade estatal, são conhecidas como políticas públicas.

Dito isto, inicia-se esta discussão abordando o papel do Direito e da Política sob a perspectiva da complexidade social descrita por Niklas Luhmann, pois, após apresentar a sociedade (que é o entorno dos sistemas), a construção da cidadania (que é a relação estabelecida entre os indivíduos com o Estado, assumindo os primeiros o *status* de cidadãos, o que lhes viabiliza atuar ativa e passivamente no Estado de forma integral), bem como apontar os aspectos mais importantes da teoria social de Luhmann, para construir uma base para compreensão da Sociedade, do Estado e do Pacto Social, bem como da teoria sistêmica de Luhmann, diante do objeto do estudo, em busca da resolução do problema e atingir os objetivos da presente pesquisa, deve-se situar Direito e Política, inclusive sob o viés Luhmanniano.

2.4.1 Direito e os Tribunais

Para Luhmann, Direito é um sistema funcional, orientado pelo código legal/ilegal. Consiste num sistema que tem a função de conservar a estabilidade das expectativas normativas e, ao mesmo tempo que resolve conflitos, gera outros, pois o sistema admite “resistir às pressões ou rejeitar ordens expressas” e, simultaneamente, não tem controle sobre a produção de

¹¹⁹ WOLFF, Francis. **Aristóteles e a política**. Tradução de Thereza Christina Ferreira Strummer e Lygua Araujo Watanabe. São Paulo: Discurso Editorial, 1999, p. 7.

¹²⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 11. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004, p. 63.

controvérsias, as quais podem se multiplicar a cada ato. Mas tem a comunicação jurídica baseada na decisão de quem está com a razão em litígios (quem tem o direito/quem não tem o direito), fundamentada em regulamentos programáticos condicionais (na fórmula: se ocorrer determinado fato, então agir-se-á de tal modo), numa sequência de atos que seja repetível e reutilizável, invariável para diversas situações, e que torne o Direito claro e óbvio.¹²¹

[...] la programación de tipo condicional permite al sistema del derecho distinguir claramente entre autorreferencia (concesión de las condiciones formales de relevancia jurídica) y heterorreferencia (argumentaciones sustanciales en caso de intereses ofendidos) y por lo tanto también entre lo que es relevante jurídicamente y lo que no lo es. Los programas de objetivos no permiten una separación de este género ya que están demasiado ligados a los casos específicos: ¿una vez logrado el fin qué otra norma debe tener validez? Entonces, el derecho combina entonces normatividad y conocimiento de tal manera que garantiza tanto la estabilidad propia (las normas continúan vigentes aunque se vuelvan vanas), así como la propia capacidad de aprender (en caso de controversias de un nuevo tipo pueden elaborarse nuevas normas).¹²²

O sistema direito tem seu fechamento operacional ocasionado pela diferenciação funcional do sistema jurídico em relação ao grande sistema social.

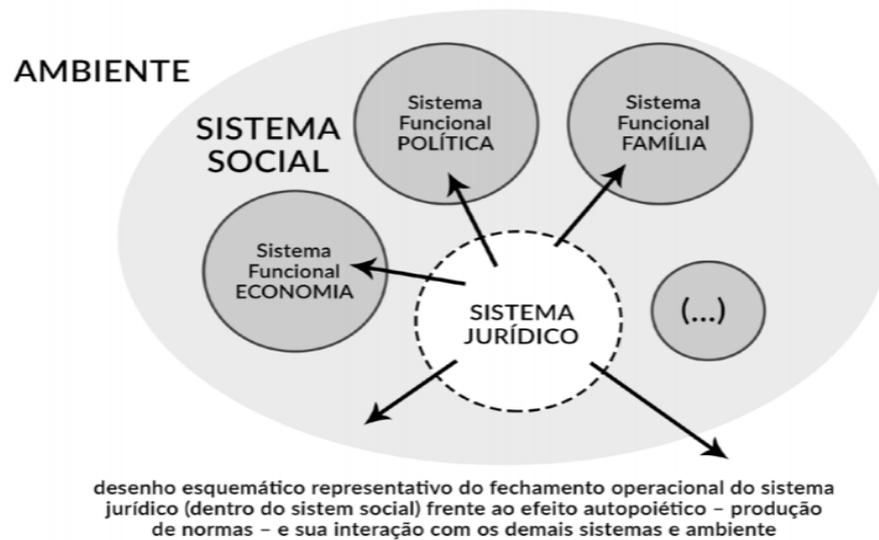
A figura 8 ilustra este fechamento do subsistema Direito, diferenciando-o dos demais subsistemas dentro do sistema social, produzindo ruídos no ambiente dos demais subsistemas.

Figura 8 – Representação esquemática do fechamento operacional do sistema jurídico¹²³

¹²¹ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 54-56.

¹²² Ibidem, p. 55. “[...] a programação de tipo condicional permite ao sistema do Direito distinguir claramente entre autorreferência (concessão das condições formais de relevância jurídica) e a heterorreferência (argumentações substanciais em caso de interesses ofendidos) e, portanto, também entre o que é relevante juridicamente e o que não é. Os objetivos dos programas não permitem uma separação deste gênero, já que eles estão muito ligados aos casos específicos: uma vez alcançada a finalidade, qual outra norma/regra deve ter validade? O Direito, então, combina regulamentação (normatividade) e conhecimento, de tal modo que garante tanto a estabilidade própria (as regras permanecem em vigor, mesmo que se tornem vãs), assim como a própria capacidade de aprender (em caso de disputas/controvérsias de um novo tipo, novas regras/padrões podem ser desenvolvidas) (Tradução do autor). Quando se fala em autorreferência e concessão das condições formais de relevância jurídica está-se a olhar dentro do sistema e quando se trata de heterorreferência e argumentações substanciais em caso de interesses ofendidos passa-se a olhar para fora do sistema, no ambiente (Nota do autor).

¹²³ Fonte: ALFERES, Eduardo Henrique. Autopoiese do Direito. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7780>. Acesso em: 16 jun 2019.



Considerando o conteúdo acima, verifica-se que o Direito tem evolução própria “constituída pela comunicação de expectativas normativas desatendidas”, ou seja, havia previsão quanto às expectativas quanto a um comportamento que, realizado no futuro, revelou-se uma decepção das expectativas, sendo necessária uma reflexão quanto ao fato, já que foi transformada a “segurança dada por esperar algo como provável, na insegurança causada pelas possíveis decepções da norma”. Neste aspecto, a estabilização do conhecimento jurídico também estará relacionada à inclusão do fato na norma existente ou à necessidade de criar nova regra:

La estabilización al interior del saber jurídico se realiza a partir de las experiencias de los casos individuales, comparando los casos antiguos con los nuevos con base en clasificaciones conceptuales, a reglas decisionales anteriormente utilizadas, etcétera. Sin embargo, es necesario ver si el nuevo caso es similar a otros o no; en caso positivo, el caso puede ser subsumido, por el contrario se necesita crear una nueva regla.¹²⁴

Verifica-se por este caminho que o Direito não faz a integração dos indivíduos, tampouco o controle social de seus comportamentos, por isso, está afeito “à dimensão temporal da comunicação e não à dimensão social”. Delimita o que se pode esperar no tempo, restringindo a liberdade e separando o que é admissível e o que é inadmissível. E são os

¹²⁴ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 55. “A estabilização dentro do conhecimento jurídico se realiza a partir das experiências de casos individuais, comparando casos antigos com novos com base em classificações conceituais, a regras de tomada de decisões anteriormente utilizadas, etc. Porém, é necessário ver se o novo caso é semelhante a outros ou não; se positivo, o caso pode ser incluído à norma geral (subsumido), caso contrário, será necessário criar uma nova regra.” (Tradução do autor).

programas vêm antecipar condições a serem satisfeitas no futuro para dirimir eventual controvérsia.¹²⁵

Através da norma/regra, que situam o valor do código legal/ilegal, a Sociedade pretende fazer possível um futuro que é incerto. Ou seja, “[o] Direito discrimina e decide em favor de uns contra outros e se realiza para um futuro que ainda não pode ser previsto”. Mas essa proposta de restrição de comportamento no tempo, para o futuro, sem conhecer as intenções e/ou motivações dos indivíduos, traz ao Direito o risco de cometer erros contra eles.¹²⁶

Logo, o Direito passa a ser um agente de imunização da sociedade, agindo em situações imprevistas, desconhecendo a totalidade do problema.¹²⁷

É um sistema paradoxal, pois não se estabelece em pressupostos externos e necessários, mas em si mesmo, sem qualquer referencial irrenunciável, sustentando que a determinação do direito que autoriza o Sistema Direito a determinar o legal/ilegal seja realizada pela razão, numa visão positivista.¹²⁸

La estructura paradójica del derecho, así como la de cualquier sistema, es sin embargo lo que le permite permanecer sensible a la realidad y por lo tanto le permite desarrollar su función; si fuera posible dar fundamentos definitivos al derecho, se perdería el sentido mismo de la normatividad y de cualquier modo sería necesario explicar por qué la naturaleza o Dios han otorgado a los hombres la facultad de trasgredir normas universales y la paradoja podría variar tan sólo un poco.¹²⁹

Poder-se-ia pensar na Justiça como esse referencial irrenunciável. E a Justiça tem valor supremo dentro do conhecimento jurídico. Mas, para o sistema Direito na teoria de Luhmann, é uma referência sem valor operacional pois se todas as normas e decisões fossem justas o sistema cessaria a sua capacidade de reprodução e autorreprodução. Pela mesma razão o Direito não está adstrito ao consenso (como está a Política), já que se todos estivessem de acordo com as normas, a evolução do sistema seria retardada.¹³⁰

Los procedimientos requieren que algunos (por ejemplo los jueces) vean la validez

¹²⁵ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 54.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ Ibidem, p. 56.

¹²⁸ Ibidem, p. 55-56.

¹²⁹ Ibidem, p. 56. “A estrutura paradoxal do direito, assim como de qualquer sistema, é o que lhe permite permanecer sensível à realidade e, portanto, permite-lhe desenvolver sua função; se fosse possível dar fundamentos/bases definitivas ao direito, perder-se-ia o próprio sentido de regulamentação/normatividade e, em qualquer caso, seria necessário explicar por que a natureza ou Deus deram aos homens o poder de transgredir normas universais e o paradoxo poderia variar tão somente um pouco.” (Tradução do autor).

¹³⁰ Ibidem.

*de la norma como vínculo para todos y que decidan de manera consecuyente. El valor de la justicia se difunde al interior del sistema bajo la forma de igualdad y no se requieren fundamentos ulteriores de la actividad jurídica.*¹³¹

Por outro lado, para Luhmann, os tribunais ocupam como posição o centro do sistema Direito, ao passo que a legislação e os contratos encontram-se na periferia.¹³²

2.4.2 Política e Estado

Assim como o Direito, a Política é um sistema inserto na sociedade, a qual, como se viu, é diferenciada por funções. Nesse aspecto, a função específica da Política é “proporcionar à sociedade a capacidade de decidir de um modo coletivamente vinculante”.¹³³

Na política, o que lhe permite a reprodução de sua comunicação é o código poder/não poder (ou poderes superiores/poderes inferiores; ou governo/oposição), razão pela qual o sistema Política se perfectibiliza ao identificar um poder que motive a aceitação de decisões vinculantes. Ainda assim, poder e política não são a mesma coisa, embora haja reciprocidade, já que a política necessita do poder e o poder somente se estabiliza no sistema Política, o que é possível de verificar melhor com o estabelecimento dos cargos estatais.

El poder se diferencia y se fija através de las cargas estatales: la distinción entre superiores e inferiores es, en efecto, la distinción entre detentadores de los cargos (los que gobiernan) y los que están sometidos a los cargos (los gobernados). La detención formal del poder através de cargos garantiza que su ejercicio se desarrolle de manera controlada (a tal punto que la confusión entre cargo y persona, se considera una desviación: en grado máximo, corrupción).

Ya que la detentación de un cargo por parte de alguien significa la no detentación por parte de otros, la estructura de los cargos estatales determina el código político gobierno/oposición: quien detenta cargos y poder gobierna y quien no detenta cargos ni poder es la oposición. La distinción gobierno/oposición constituye una recodificación del poder político que vuelve posible la tecnificación [véase código]: con base en ella se puede pasar directamente de ser inferiores a ser superiores y viceversa. Se trata de un código de preferencia: gobierno y oposición tienen la misma importancia, pero el gobierno tiene valor positivo (de enlace) mientras que la oposición tiene el valor negativo (de reflexión). Cada decisión política remite tanto al gobierno como a la oposición. El sistema político puede autoobservarse con base

¹³¹ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 56. “Os procedimentos exigem que alguns (por exemplo, juízes) vejam a validade da regra como um vínculo para todos e que decidam de modo consecuyente (em conformidade – nota do tradutor). O valor da justiça é disseminado no interior do sistema sob a forma de igualdade e não se exige nenhum outro fundamento da atividade jurídica.” (Tradução do autor).

¹³² LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción Javier Nafarrate Torres. 2. ed. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2005b, p. 359 e ss.

¹³³ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. Op. Cit., p. 128.

en este código, y con esto alcanzar una imputación de todas las decisiones (al gobierno o a la oposición).¹³⁴

Nesse sentido, o Estado tem sido pouco a pouco modificado consoante a própria complexidade social.¹³⁵

E a importância desse código na Política, por suas características, pode ser conduzida tranquilamente ao campo da Democracia, a qual pode ser definida como a divisão em dois do vértice da política, razão de que distinguir governo e oposição é um de seus fundamentos. Inclusive, a possibilidade de alternância no poder (substituir o governante) torna a posse de cargos estatais imprevisíveis e multiplicam as possibilidades. Enquanto isto, a ausência de oposição é ausência de democracia e anula o código político, limitando a diferenciação do Sistema Política, como uma ditadura¹³⁶. Em regra, o sistema Política domina o Estado, mas não havendo código governo/oposição, como mencionado, em substituição ao código ter-se-á a mera organização: “o Estado, o partido único”.¹³⁷

Já o Estado constitucional é resultado da diferenciação do sistema Política como reação interna, frente à hipercomplexidade, como uma forma de uma ordem política. Assim, faz uso do direito, através da sua positivação, como autolimitação do abuso do poder.¹³⁸

Importante ressaltar, porém, que o sistema Política não é o mesmo que Estado, mas, independentemente da teoria que se esteja avaliando, este último assume papel de relevo no sistema Política. O Estado tem sua definição esmiuçada em manuais de Ciência Política ou de

¹³⁴ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 128-129. “O poder se diferencia e se fixa nos cargos estatais: a distinção entre superiores e inferiores é, com efeito, a distinção entre os titulares de cargos (aqueles que governam) e aqueles que estão sujeitos aos cargos (os governados). A posse formal do poder através de cargos garante que o seu exercício seja realizado de maneira controlada (ao ponto que a confusão entre o cargo e a pessoa, é considerado um desvio: em grau máximo, corrupção).

Já que a posse de um cargo por parte de alguém significa que não há posse por parte de outros, a estrutura dos cargos estatais determina o código político governo/oposição: quem detém cargos e poder governa e quem não detém cargos nem é a oposição. A distinção governo/oposição constitui uma recodificação do poder político que possibilita a tecnificação: com base nela se pode passar diretamente de ser inferiores a ser superiores e vice-versa. Trata-se de um código de preferência: governo e oposição têm a mesma importância, mas o governo tem um valor positivo (de ligação) enquanto a oposição tem o valor negativo (de reflexão). Cada decisão política remete tanto ao governo quanto à oposição. O sistema política pode auto-observar-se com base neste código, e com isso descobrir a quem pertencem todas as decisões (ao governo ou à oposição).” (Tradução do autor).

¹³⁵ KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann’s theory of politics and law**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2003, p. 69 e ss.

¹³⁶ O Estado, embora inserto no sistema Política, passa a dominar o sistema quando anulado o código governo/oposição (Nota do autor).

¹³⁷ KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann’s theory of politics and law**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2003, p. 129.

¹³⁸ *Ibidem*.

Direito Constitucional que, no presente caso, optou-se por Dallari, que o conceitua como “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”. O próprio Dallari explica que neste conceito estão presentes os elementos que compõem o Estado: poder ou soberania, finalidade como bem comum, povo ao qual se vinculada a finalidade e a limitação da atuação jurídica e política do Estado num território¹³⁹. Lenza, por sua vez, discrimina que a Constituição de determinado Estado deve trazer todos esses elementos de conformação do Estado¹⁴⁰, o que vem ao encontro do que já se falou sobre Política, Direito e acoplamento estrutural.

Para Luhmann, todos os territórios mundiais comportam a constituição de Estados, pois tem-se o Estado como sistema de decisões organizadas, um subsistema do sistema Política e, num entendimento semelhante aos cientistas políticos, define-o como uma “organização delimitada por limites territoriais”. E, continua Luhmann, este fracionamento, por um lado, promove a função política pois viabiliza a democracia no âmbito local, o alcance de fins políticos específicos e a proteção da realização de outras funções. Por outro lado, a depender da localização territorial, a política pode se submeter a determinadas situações locais, étnicas ou religiosas não tão adequadas às demandas atuais de uma sociedade globalizada.¹⁴¹

La organización del Estado comporta la responsabilidad política para el territorio y es el centro de orientación de todas las demás organizaciones políticas, que resultan periféricas con respecto a sí (partidos políticos, organizaciones de interés). El centro (Estado) y la periferia (las demás organizaciones políticas) son igualmente importantes: su distinción crea simultáneamente unidad y complejidad en el sistema. En el Centro se constituye una jerarquía (superiores/inferiores), mientras que en la periferia existen complejidades más elevadas y mayor sensibilidad para las irritaciones ambientales. La periferia se caracteriza por una diferenciación por los segmentos no coordinados, como los partidos políticos, que tienen la función de preparar de manera no vinculante las decisiones colectivamente vinculantes (relativas al gobierno, o a la oposición).¹⁴²

¹³⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 122.

¹⁴⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 30.

¹⁴¹ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 130.

¹⁴² Ibidem. “A organização do Estado implica responsabilidade política para o território e é o centro de orientação de todas as demais organizações políticas, que lhe são periféricas (partidos políticos, organizações de interesse). O centro (Estado) e a periferia (as outras organizações políticas) são igualmente importantes: sua distinção cria, simultaneamente, unidade e complexidade no sistema. No centro é constituída uma hierarquia (superiores/inferiores), enquanto que na periferia existem complexidades mais elevadas e maior sensibilidade às irritações ambientais. A periferia é caracterizada por uma diferenciação pelos segmentos não coordenados, como os partidos políticos, que têm a função de preparar, de modo não vinculante, as decisões coletivamente vinculantes (em relação ao governo, ou à oposição).” (Tradução do autor).

Ainda assim, o Estado, embora centro da diferenciação das organizações dentro do Sistema Política, não é o centro em si do sistema Política (diferente dos tribunais que são o centro do sistema Direito). O sistema Política vai além disto. Consiste, de fato, na unidade de uma trindade (aspecto tridimensional): política, administração e público (cidadãos). Esses três elementos não se tratam de subsistemas mas deles decorre a relação entre: a distinção dos cargos entre políticos e administrativos e a distinção desses cargos e os cidadãos (público), gerando uma interdependência entre os três que não possibilita a identificação de um centro ou vértice, razão pela qual a política, continuamente, “não pode se limitar a observar o público (cidadãos), mas também deve ser direcionada a observar como o público (cidadãos) observa a política, e assim por diante”.¹⁴³

Essa observação contínua refere-se às questões relacionadas às expectativas e à confiança gerada por elas, conforme se verá mais adiante.

2.4.3 O Sistema Social e as interações entre Direito e Política

Segundo a teoria sistêmica de Luhmann, o jurista possui, nas promessas que norteiam a comunicação e o pensamento, elementos fundamentais para o entendimento do Direito, tendo em vista que o que não é passível de previsão ou determinação fora desse sistema se torna compreensível pelo próprio sistema.¹⁴⁴

Para o sistema Direito, como já referido, são as expectativas normativas que realmente importam, ou seja, interessa observar se consoante a norma jurídica um determinado comportamento se mostrou aceitável ou não no código direito ou não-direito.

Mas o que se questiona é como esse código binário (legal/ilegal) poderia ser usado em decisões políticas ou mesmo quando se faz necessária a modificação do próprio Direito. Para Cademartori a Constituição tem uma função principalíssima neste contexto, pois atua como uma “espécie de interface entre os sistemas Política e Direito”. É o acoplamento estrutural entre os dois sistemas.¹⁴⁵

¹⁴³ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 130-131.

¹⁴⁴ BARCELLOS, Logan Caldas. Uma Breve Introdução ao Pensamento Jurídico de Niklas Luhmann. **Revista Sociologia Jurídica**, n. 12, Jul./Dez., 2011, n.p.

¹⁴⁵ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Direito, moral e política: o debate entre as correntes procedimentalista e sistêmica. In: RODRIGUES, H.W; MEIRA, D.C.A; BECHARA, G.N. et al. (Coords.) **Conhecer direito III: Anais do I Encontro Brasileiro de Pesquisa e Epistemologia Jurídica**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2015, p. 946.

Luhmann entende que os sistemas Política e Direito, embora distintos, às vezes precisam se religar, pois, o Direito passou a executar operações autorreferenciais, tornou-se um subsistema do sistema social, um sistema autopoietico, autoproduzido e positivado¹⁴⁶. Assim, se o sistema social inclui comunicações, o Direito guia estas comunicações utilizando-se do código binário Direito/Não-Direito:

Os sistemas do Direito e da Política, os quais, quando situados no ambiente social maior, são chamados de subsistemas do sistema social, já que se encontram adaptados, considerando a existência de uma Constituição e, a partir dessa base comum, procedem de forma análoga.¹⁴⁷

Consoante Barcellos, “o Direito não tem por função certos valores ético-morais, motivo pelo qual a teoria do Direito de Luhmann não é axiológica (estudo da hierarquia dos valores conforme a moral). Sua função é estabelecer a previsibilidade e diminuir a complexidade/risco inerentes à Sociedade”.¹⁴⁸

Importante ressaltar que não é o aumento da complexidade do sistema que vai diminuir a complexidade do ambiente¹⁴⁹, mas a operação funcional do sistema que pode diminuir a complexidade do ambiente que, no caso do Direito, dá-se através da previsibilidade, como mencionado no parágrafo anterior.

Voltando às primeiras apresentações da teoria sistêmica, acima, é preciso entender que, para se protegerem, os sistemas precisam se isolar. O isolamento é necessário também para facilitar a análise daquilo que se deseja operacionalizar. A abertura se dá apenas no que tange à absorção dos impactos que ocorrem no ambiente (ruídos), a fim de que ocorra evolução ou mudança que solucione ou reduza os conflitos inerentes aos próprios sistemas e quanto às expectativas cognitivas.

A título de exemplificação, caso se deseje falar em “povo”, ou se é necessário reavaliar este conceito devido a uma reação no sistema social, que “irrita” o Direito e a Política, o estímulo a esta reavaliação vem de fora e abre a cognitividade do sistema, o qual, por sua vez,

¹⁴⁶ LUHMANN, Niklas. A Constituição como Aquisição Evolutiva. Tradução realizada a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”). **Rechtshistorisches Journal**. v. IX, 1990.

¹⁴⁷ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Direito, moral e política: o debate entre as correntes procedimentalista e sistêmica. In: RODRIGUES, H.W; MEIRA, D.C.A; BECHARA, G.N. et al. (Coords.) **Conhecer direito III: Anais do I Encontro Brasileiro de Pesquisa e Epistemologia Jurídica**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2015, p. 234.

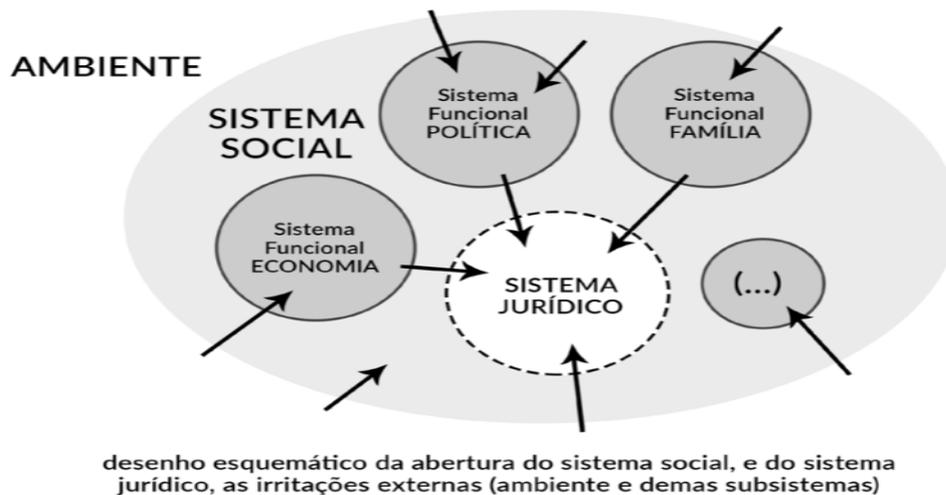
¹⁴⁸ BARCELLOS, Logan Caldas. Uma Breve Introdução ao Pensamento Jurídico de Niklas Luhmann. **Revista Sociologia Jurídica**, n. 12, Jul./Dez., 2011, n.p.

¹⁴⁹ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 43-45.

permanece fechado e responde ao estímulo também de uma forma fechada. O conceito de “povo” seria alterado em um sentido político e jurídico e a Constituição serviria como interface, um mecanismo de acoplamento entre ambos os sistemas.

A figura 9 ilustra esta abertura do sistema Direito às irritações externas.

Figura 9 – Representação esquemática da abertura do sistema jurídico às irritações externas¹⁵⁰



Nos dizeres de Kunzler:

O governo representa quem detém cargos políticos e governa, quem exerce o poder e, através dele, emite decisões coletivamente vinculantes. A oposição representa quem não detém, mas almeja, cargos políticos e o poder, e para isso estabelece estratégias diversas das implementadas pelo governo. [...] Por um lado a oposição aponta alternativas ao programa do governo, tentando substituí-lo, por ocasião das eleições, e por outro, o governo empenha esforços para manter-se no poder. Reduzir a complexidade do ambiente é a função dos sistemas sociais.¹⁵¹

Dentro dessa bipolaridade (não patológica) proposta por Luhmann, o sistema Política seleciona apenas as informações capazes de preservar o governo no poder, satisfazendo o povo, ou lhe envia uma mensagem com o intuito de eliminar os ruídos do sistema, preservando, assim, sua legitimidade¹⁵². Caso esta mensagem não atinja o objetivo a que se propôs, o Judiciário é

¹⁵⁰ Fonte: ALFERES, Eduardo Henrique. Autopoiése do Direito. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7780>. Acesso em: 16 jun 2019.

¹⁵¹ KUNZLER, Caroline de Moraes. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, n.16, 2004, p. 133.

¹⁵² Ibidem, p. 134.

chamado a atuar, a modelar os sistemas complexos a fim de que estes se mantenham harmônicos.

A separação dos poderes surgiu para limitar a força física do poder¹⁵³; resultou da comunicação do processo reflexivo do sistema Política, ocasionado pela fragilização do sistema em razão do abuso de poder, especialmente o poder do Estado Absoluto, resultado da positividade jurídica.¹⁵⁴

Nessa perspectiva, a evolução da Sociedade é fomentada pela própria Sociedade quando esta implementa sua complexidade¹⁵⁵. Na correta proporção do aumento da complexidade, os problemas surgem e, juntamente com eles, novas operações sociais são intrínsecas ao próprio ambiente. Como ressalta Luhmann, trata-se de uma relação dúplice: solucionam-se os problemas pelas novas comunicações e, ao mesmo tempo, emergem novos problemas que delas decorrem, o que motiva a diferenciação comunicacional. Tudo isso acontece devido à complexidade social. Desse processo, decorre a evolução, que não significa necessariamente uma coisa boa, mas apenas que existe um novo sentido atribuído à comunicação, pelo menos se comparada à anterior.¹⁵⁶

Cresce, conforme Luhmann, também a interdependência recíproca entre os subsistemas sociais. Como exemplo, menciona-se como as decisões políticas passam a depender enormemente da conjuntura econômica; a economia, da regulação política efetivada por órgãos governamentais; a ciência, dos financiamentos e do planejamento político; a economia, da pesquisa científica etc. Daí, para Teubner, resulta a necessidade de uma regulação de expectativas mais intensa, função esta que é exercida pelo sistema jurídico, que estabelece um mecanismo social para o alívio de frustrações humanas decorrentes da não-concretização de expectativas, por meio da generalização congruente das expectativas de comportamento.¹⁵⁷

Neste ponto, a lembrança dos pressupostos da autopoiesis do sistema jurídico permite recordar que o controle político da legislação é apenas uma fonte de “ruídos” para o sistema jurídico, porque o dogma autopoietico assevera que apenas o direito pode alterar o direito. Apenas dentro do sistema jurídico pode a mudança de normas ser percebida como mudança do direito. Como acentua Luhmann, não é uma questão de poder ou influência, e não impede que

¹⁵³ LUHMANN, Niklas. *Metamorfosi dello Stato*. In: CEVOLINI, Alberto (Coord.). **Potere e modernità**. Stato, diritto, costituzione. Milano: Franco Angeli, 2007, p. 18-19.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 32.

¹⁵⁵ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2006, p. 100 e ss.; 325 e ss.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ ZYMLER, Benjamin. **Política & Direito: uma visão autopoietica**. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá. 2005, p. 86-87.

o sistema político influencie o sistema jurídico. Viu-se na interferência intersistêmica que, eventos políticos (como eleições) podem ser eventos jurídicos concomitantemente. Entretanto, cada subsistema criará diferentes conexões, relações e exclusões em relação ao mesmo fato, conforme seu próprio código, estrutura e programa.¹⁵⁸

Ocorre, porém, que essas importunações da Política, da Economia e de outros subsistemas sobrecarrega o Direito.

Teubner questiona como este direito sobrecarregado e indeterminado pode exercer a regulação social da sociedade, se, além de tudo, está preso dentro de seu próprio circuito comunicativo. A resposta a tal questionamento deve ponderar a coevolução recíproca de subsistemas sociais autopoieticos de segunda ordem.

2.5 A CONFIANÇA EM LUHMANN E A EVOLUÇÃO DO ESTADO CONFORME O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Como visto acima, Jean Jacques Rousseau ao falar sobre a convivência social no Estado, descreve a necessidade dos indivíduos entregarem a totalidade de suas liberdades em favor da coletividade, no pressuposto de sua devolução¹⁵⁹. Nessa pressuposição, descreve a confiança de que algumas liberdades possam ser devolvidas. O indivíduo assume o risco de não tê-las devolvidas e viver num Estado Absolutista. Ou seja, o próprio contrato social é um exercício de confiança (presença de risco).

Luhmann, também, como já mencionado, diante da complexidade social e as diversas tentativas em minimizá-las, verificou na confiança uma possibilidade de efetivar tal redução¹⁶⁰¹⁶¹, em razão da confiança ter seu fundamento no fato de que os sistemas funcionem conforme as expectativas (generalização das expectativas).

Logo, a confiança, em Luhmann, é um instrumento de redução da complexidade, fazendo agir a partir de um conhecimento, ainda que básico, que cada indivíduo tem. Kohn explicita o alcance dessa confiança, para além das relações íntimas, o que é de fundamental importância para nosso estudo: “[a] confiança se manifesta sob diversas formas na vida humana: ela pode estar presente tanto nas nossas relações mais íntimas quanto nas nossas

¹⁵⁸ ZYMLER, Benjamin. **Política & Direito: uma visão autopoietica**. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá. 2005, p. 101-102.

¹⁵⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 32.

¹⁶⁰ MOTA, Rodrigo. As diferenças finas: de Simmel a Luhmann. **PLURAL**, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v. 23, n. 2, p.182-197, 2016, p. 182, 187 e 195.

¹⁶¹ LUHMANN, Niklas. Confiança e complexidade social em Niklas Luhmann. In: Santos, José Manuel (org). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Universidade da Beira Interior, 2005a, p. 102 e 105.

relações com figuras abstratas como as instituições e organizações sociais”.¹⁶²

Já a generalização das expectativas pode ser reputada como uma das principais características da confiança, consistindo na diferenciação do comportamento normal e do comportamento anormal no interior do sistema: uma escolha prévia do que é possível (plano da expectativa).¹⁶³

Essa generalização pode partir da história recordada e/ou da organização. **Na história:** o passado, com complexidade reduzida pois não tem mais possibilidades, assume um valor simbólico do que se entende por correto. **Na organização:** há o reconhecimento de padrões e formulação de expectativas para o pertencimento num dado sistema.¹⁶⁴

Em verdade, na sociedade há uma necessidade na existência da confiança diante da imprevisibilidade do comportamento das pessoas¹⁶⁵, pois quem age com confiança, age como se o futuro fosse mais seguro.^{166 167}

Aquele indivíduo ou sistema que age conforme as expectativas (consoante os comportamentos que são esperados) passa a ser previsível e, assim, mais seguro aos observadores¹⁶⁸, tornando o processo mais transparente.

Há na confiança uma certa indiferença (ou ignorância) quanto à complexidade e a possíveis frustrações das expectativas, para um agir como se a complexidade não existisse, o que pressupõe a aceitação de um risco, não havendo decisões livres de risco.^{169 170}

Expondo dessa forma pode parecer que Confiança, para Luhmann, seja quase um desejo, uma esperança. Mas não é assim, confiança está um degrau acima do desejo ou da esperança, porque no desejo ou na esperança não há risco.

Na confiança, assume-se o risco, como se deixou claro desde o início desta seção.

O aumento da complexidade (diversas possibilidades) e contingência (imprevisibilidade) do mundo, gera, respectivamente, obrigação de selecionar no primeiro caso e perigo de decepção e necessidade de aceitar riscos no segundo caso.¹⁷¹

¹⁶² MOTA, Rodrigo. As diferenças finas: de Simmel a Luhmann. **PLURAL**, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v. 23, n. 2, p.182-197, 2016, p. 182 e 196.

¹⁶³ Ibidem, p. 182 e 187.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 187-188.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 188.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 189.

¹⁶⁷ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 1996a, p. 15.

¹⁶⁸ MOTA, Rodrigo. As diferenças finas: de Simmel a Luhmann. **PLURAL**, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v. 23, n. 2, p.182-197, 2016, p. 190.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 190-192.

¹⁷⁰ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 1996a, p. 124.

¹⁷¹ LUHMANN apud RUIZ, Pablo Garcia. Los medios simbólicos, ¿de comunicación o de intercambio?; el legado parsoniano em Luhmann. **Revista Anthropos** – Huellas del Conocimiento, Barcelona, n. 173/174, julio-octubre 1997, p. 103.

E, enquanto a confiança está estritamente ligada à ideia de escolha e de contingência (a imprevisibilidade na seleção dentre as escolhas possíveis, em desprestígio de outras escolhas que ficam abertas)^{172 173}, no desejo ou na esperança não há tal ligação.

Todavia, mantém-se uma relação entre a confiança, o desejo e/ou a esperança, pois a confiança entre duas partes que detenham uma relação conjunta, somente se mantém pelo desejo ou pela esperança de ambos em continuar naquela relação¹⁷⁴, devendo acrescer a esses elementos o critério de familiaridade.

Para se manter a confiança e não gerar desconfiança, um indivíduo ou o sistema deve ser familiar, isto é, deve ter seus atos aceitos como tendo sentido. E permanece familiar através da autorrepresentação como familiar, que pode até ser falsa, mas que mantém a familiaridade enquanto mantiver a representação.¹⁷⁵

Outro aspecto a ser mencionado é o fato de que a confiança e seu oposto, a desconfiança, estão intrinsecamente ligadas e, tanto uma quanto a outra, reduzem a complexidade social¹⁷⁶, mas somente a confiança “aumenta o potencial de ação de um sistema social”, pois, com a desconfiança, entre os indivíduos somente formas reduzidas de cooperação seriam possíveis. Com a confiança, o sistema ganha tempo viabilizando a construção de estruturas mais complexas.^{177 178}

Luhmann, porém, não abandonava a ideia de desconfiança como equivalente funcional da confiança e entendia que a confiança estava mais próxima da insegurança, enquanto que a desconfiança é uma proteção contra a insegurança, razão pela qual chegou a mencionar que a confiança e a desconfiança podem ter atributos positivos, muito embora entenda a confiança como mais salutar para as relações entre indivíduos e para os sistemas.^{179 180}

Sem afastar as verificações de Luhmann na teoria sistêmica quanto à confiança, mas a complementando, na pesquisa realizada constatou-se a existência de um princípio da proteção à confiança, relacionada à evolução do Estado e com conotações de segurança jurídica.

¹⁷² MOTA, Rodrigo. As diferenças finas: de Simmel a Luhmann. **PLURAL**, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v. 23, n. 2, p.182-197, 2016, p. 189 e 191.

¹⁷³ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 1996a, p. 40-41.

¹⁷⁴ MOTA, Rodrigo. As diferenças finas: de Simmel a Luhmann. **PLURAL**, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v. 23, n. 2, p.182-197, 2016, p. 191-192.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 193.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 194.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 195.

¹⁷⁸ MANSILLA, Darío Rodríguez. Nota a la versión em español. In: LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 1996a, p. XXIV.

¹⁷⁹ MOTA, Rodrigo. As diferenças finas: de Simmel a Luhmann. **PLURAL**, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v. 23, n. 2, p.182-197, 2016, p. 195.

¹⁸⁰ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 1996a, p. 123-125, 138.

2.5.1 Proteção à Confiança e o Estado

Conforme observa a doutrina especializada¹⁸¹, o princípio da proteção à confiança emergiu, de forma significativa, na Alemanha e Suíça do pós-guerra, no contexto do chamado Estado social, intervencionista.¹⁸²

O alargamento das tarefas estatais nesse paradigma, identificado a partir da segunda metade do século passado, pode ser explicado por fatores como a industrialização, o progresso técnico, o empobrecimento dos grandes centros urbanos e as duas grandes guerras. Com efeito, a necessidade de um Poder Público dispensador de prestações fundiu as esferas do Estado e da Sociedade, criando uma relação de dependência entre esta e aquele, o que não ocorria no modelo liberal, o qual primava por evitar tal interpenetração.¹⁸³

Nesse ponto, não se pode deixar de lado a ideia de que o conceito de segurança jurídica, sempre presente na proteção à confiança, sofreu mutações significativas nessa passagem do chamado Estado liberal para o Estado social, intervencionista. No primeiro, a noção de segurança jurídica como previsibilidade e certeza dos atos jurídicos estatais prendia-se ao dogma da legalidade estrita e estava fundada na radical separação entre a Sociedade e o Estado. Identificava-se, nesse contexto, uma relativa estreiteza das funções administrativas, determinada estabilidade da produção normativa e a noção de que a relação entre Estado e administrado seria, essencialmente, uma relação de poder, de sujeição, de subordinação.¹⁸⁴

Nessa conjuntura liberal, pois, a noção de legalidade estrita, segundo a qual a lei geral e abstrata fixava os comportamentos devidos, de forma detalhada, encerrava em si a aspiração de segurança, certeza e previsibilidade dos cidadãos. Por outro lado, a noção de liberdade identificava-se com a possibilidade dos indivíduos fazerem tudo aquilo que a lei não proíbe, ou

¹⁸¹ COVIELO, Pedro José Jorge. **La protección de la confianza del administrado**: derecho comparado y derecho argentino. Buenos Aires: Abellido-Perrot, 2004, p. 36.

¹⁸² Como bem observa Odete Medauar, para denominar o paradigma de Estado inaugurado a partir da segunda metade do século XX, os estudiosos utilizam nomenclaturas diversas, a saber: Estado-intervencionista, Estado providência, Estado de bem-estar, Estado assistencial, Estado pluriclasse, Estado social, Estado social-democrata, Estado de associações, Estado distribuidor, Estado nutriz, Estado empresário, Welfare State, Estado manager, Estado de Prestações, Estado de organizações, Estado neocorporativo, Estado neocapitalista, Estado promocional, Estado responsável, Estado protetor, Estado pós-liberal e Estado telocrático (MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 84 e ss.).

¹⁸³ CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance legitime em droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 6-8.

¹⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 133.

seja, o significado da liberdade individual estava no silêncio da lei. Segundo Judith Martins-Costa, nesse paradigma:

[...] a ação da Administração Pública para realizar ou resguardar o valor “segurança jurídica” e proteger a confiança é quase uma não-ação, constituindo, a rigor, um dever de abstenção: não atingir o direito adquirido ou o ato jurídico perfeito; não bulir com situações abrangidas pelo manto protetor da prescrição, decadência ou preclusão; não modificar a prática há longo tempo seguida em prejuízo do administrado; não mudar bruscamente as formas jurídicas, que são a garantia da estabilidade; não revogar ou anular, em certas situações, atos administrativos que tenham produzido efeitos na esfera jurídica de terceiros; não invadir, enfim, o campo da liberdade privada, regulado pela mão invisível de um demiurgo (mas também previsível) mercado.¹⁸⁵

A esta postura abstencionista estatal se seguiu o intervencionismo da segunda metade do Século XX, à vista dos fatos já enumerados, com o exercício pelo Estado de uma função modeladora da Sociedade, o que ocasionou um alargamento sem precedentes nos serviços por ele prestados, que passaram a abranger a intervenção no domínio econômico e as demandas sociais.¹⁸⁶

Pode-se afirmar, assim, que o aumento da participação do Estado na vida do cidadão, verificado a partir do advento do Estado social, acentuou a necessidade de uma ordem jurídica previsível e estável. Este, portanto, o contexto do surgimento das primeiras discussões sobre a proteção à confiança do administrado frente às constantes e inarredáveis alterações das normas jurídicas emanadas no decorrer do tempo.¹⁸⁷

Foi no seio da jurisprudência das, já mencionadas, Alemanha e Suíça, que se começou a tecer a ideia de proteção à confiança no âmbito do exercício do poder normativo da Administração. Em seguida, com a formação da Comunidade Europeia o princípio ganhou a atenção do seu Tribunal de Justiça, bem assim do Poder Judiciário de diversos países dela integrantes, para somente depois vir a ser consagrado pelo Poder Legislativo.¹⁸⁸

Não se deve esquecer que as mutações na estrutura do Estado e da Administração Pública continuaram a ocorrer e em ritmo cada vez mais acelerado após a segunda metade do Século XX, o que levou muitos autores a falar em superação do modelo do Estado social, com a crise que se seguiu neste modelo, decorrente do agigantamento das estruturas estatais,

¹⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 134.

¹⁸⁶ Ibidem.

¹⁸⁷ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 92-94.

¹⁸⁸ Ibidem.

engessamento da atividade econômica e encarecimento dos custos dos serviços públicos. Todavia, tem-se que as grandes mudanças operadas na estrutura do Estado no final do Século XX e primórdios do Século XXI não levaram ao fim brusco de todas as características e elementos do Estado da segunda metade do Século XX.¹⁸⁹

Com efeito, o que houve foi o aumento da complexidade das estruturas sociais, por movimentos como o chamado neoliberalismo, que exigiu a redução da atuação do Estado, do déficit público e das despesas sociais, bem como a desregulamentação da economia e liberalização dos mercados. Além disso, operou-se uma mutação no sentido da dicotomia público/privado, com a transferência para o setor privado de tarefas reputadas públicas pelo modelo de Estado intervencionista, daí decorrendo uma perda de nitidez da distinção entre esfera pública e privada.¹⁹⁰

Nesse ponto, não se pode falar em uma nova separação entre o Estado e a Sociedade, mas sim numa complexificação desta relação, pois as mutações mencionadas não ocorreram de modo linear, mas sobreposto, confuso e transversalizado. Sucederam-se, desse modo, um

Estado-providência (gerador de um Direito da atividade prestacional), um Estado-propulsivo (correspondente a um Direito planejado); um Estado-reflexivo (no qual se desenvolve o Direito dos programas relacionais) e finalmente um Estado-incidentador (cujo direito é fundado na persuasão e na influência).^{191 192}

No Estado-incidentador são propostas políticas públicas, diretrizes a serem alcançadas pela ação pública ou privada numa relação que não é mais de subordinação, mas de coordenação e de cooperação, falando-se, então, em consensualidade das decisões administrativas. Assim,

[...] Ao invés da plana e linear legalidade que levava, quase que automaticamente, à cadeia dedutiva entre: Estado de Direito/princípio da legalidade/princípio da segurança jurídica/princípio da confiança na estabilidade ou na regularidade dos comportamentos e ações estatais o cidadão (o administrado, a pessoa) tem hoje pela frente uma hipercomplexa teia de interlegalidades, de internormatividades, cruzadas entre valores e interesses públicos e privados, estatais e sociais, corporativos e gerais, nacionais e internacionais, dignos e espúrios. Essa teia de interlegalidade, esse

¹⁸⁹ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 93.

¹⁹⁰ RAMOS, Daniel Castelo Branco. **Tutela do Cidadão Frente à Administração Pública**. Curitiba: Juruá Editora, 2019, p. 19, ID:27554

¹⁹¹ FILHO, Luis Arlindo Feriani. **Processo e Segurança Jurídica**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 08 Set. 2015. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/processocivil/332362-processo-e-seguranca-juridica. Acesso em 01 jul. 2019. Nessa passagem, o autor se vale do quadro proposto por MORAND, Charles-Albert. **Le droit neo-moderne des politiques publiques**. Paris: LGDJ, 1999, p. 16 e 138.

¹⁹² MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 137-138. Nessa passagem, a autora se vale do quadro proposto por MORAND, Charles-Albert. **Le droit neo-moderne des politiques publiques**. Paris: LGDJ, 1999, p. 16 e 138.

entrecruzar de princípios que regem políticas públicas diversas, essa diversidade valorativa a reger comportamentos na arena social perturbam a linearidade daquela cadeia dedutiva, de modo que a segurança não está, sempre e exclusivamente, na legalidade; o princípio da segurança jurídica (como estabilidade) e o princípio da confiança do cidadão (como expectativa legítima a certo comportamento estatal que viabilize o livre desenvolvimento da personalidade, ou a expansão de um direito fundamental) podem agir e reagir sobre campos semânticos diversos.¹⁹³

Convém lembrar que a ideia sempre presente quando se menciona as variações histórico-filosóficas do ente estatal é a de Estado de Direito. Ele é fundamento comum do Estado Liberal de Direito, do Estado Social de Direito e do Estado Democrático de Direito. Em sua formulação originária, significou uma reação ao Estado Absolutista, visando, em sua essência, a limitação do poder do Estado pelo Direito como garantia aos indivíduos contra o arbítrio.^{194 195}

Conforme observa Odete Medauar, a partir da Lei Fundamental de Bonn de 1949, consagrou-se a ideia do Estado de Direito numa dimensão formal, que prevê a submissão à lei e ao direito, sobretudo à Constituição, pelos três poderes, a separação de poderes e a submissão da Administração à lei. Sob o aspecto material, o Estado de Direito abrange o respeito aos direitos fundamentais e institui o Estado Social, com todos os direitos dele decorrentes. Com o passar dos anos, a Corte Constitucional Alemã extraiu da ideia de Estado de Direito os dogmas da segurança jurídica, da proteção à confiança, do princípio da proporcionalidade e da proibição de retrocesso no que toca aos direitos fundamentais.¹⁹⁶

Tais noções, desenvolvidas pela ordem jurídica germânica, influenciaram os textos constitucionais de diversos países e são cruciais para o desenvolvimento do tema da proteção à confiança do administrado.

A questão do Estado de Direito e suas variações histórico-filosóficas desafiam maior aprofundamento, o que não constitui objeto deste trabalho. A referência aqui, se faz necessária para demonstração do contexto em que floresceu a ideia de proteção à confiança, o que se deu quando, sob a égide do Estado de Direito, as conjunturas históricas exigiram do Estado uma participação mais efetiva na vida social, o que estreitou as relações entre o poder público e os cidadãos, exigindo o desenvolvimento de vetores jurídicos específicos para orientarem tais

¹⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 137-138.

¹⁹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sociedade, estado e administração pública: perspectivas visando ao realinhamento constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996.

¹⁹⁵ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 95.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 103.

relações.

2.5.2 Proteção à Confiança, Direitos Fundamentais e Direito à propriedade – segurança jurídica e vedação ao retrocesso

Relata Sylvia Calmes diz que para muitos juristas alemães o conceito de proteção à confiança seria uma fórmula vazia (*leere formel*) a demandar um conteúdo concreto, constituindo apenas um reforço a uma proteção mais direta de um bem jurídico consagrado pela Lei Fundamental.¹⁹⁷

Assim, segundo a autora, alinham-se dois pensamentos sobre a relação entre a proteção à confiança e os direitos fundamentais: a) o primeiro defende que os direitos fundamentais constituem uma expressão do princípio do Estado de Direito e visam a determinar os limites e intervenções na esfera individual; em decorrência, cria-se a cadeia dedutiva: Estado de Direito – direitos fundamentais – proteção à confiança; assim, os direitos fundamentais acabariam substituindo a referência à segurança jurídica como fonte constitucional direta da proteção à confiança; b) para a segunda concepção, a segurança jurídica, considerada como fonte do princípio em estudo, não teria como base os direitos fundamentais, que aparecem apenas como retransmissores do princípio do Estado de Direito; em decorrência, cria-se a linha de dedução: direitos fundamentais – segurança jurídica – proteção à confiança.

Para autores como Grabitz, as fontes da proteção à confiança não se constituiriam em fundamentos abstratos, mas em direitos fundamentais individualizados e concretos.^{198 199}

Mas foi o específico direito de propriedade a principal noção fundamental desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão para dar concretude à proteção da confiança dos cidadãos frente às modificações impostas pelo Estado, especialmente em relação aos direitos sociais.

¹⁹⁷ CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance legitime em droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 196-199.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 197.

¹⁹⁹ Merece referência na definição dos direitos fundamentais, apenas a título ilustrativo, o célebre acórdão da Corte Constitucional Federal alemã, proferido no julgamento do caso Luth (BVerGE 7, 198-204), no qual se pontuou que os direitos fundamentais são, sem sombra, de dúvida, todos aqueles destinados à salvaguarda da esfera de liberdade dos indivíduos contra as ingerências do poder público; são direitos defensivos (*abwehrrechte*) do cidadão contra o Estado e correspondem às grandes liberdades clássicas como a liberdade de opinião, de circulação e estabelecimento, ao princípio da inviolabilidade do domicílio e ao princípio da legalidade. Segundo o mencionado Tribunal, os direitos fundamentais possuem tradicionalmente a função de defender o indivíduo contra as ingerências inconstitucionais do Poder Público, seu efeito é fundamentar um direito subjetivo contraposto a uma obrigação de não fazer por do Estado. (CALMES, Sylvia. Op. cit., p. 189, nota 390).

Explica Ingo Sarlet, num primeiro momento, que “a Lei Fundamental da Alemanha não consagrou, como regra geral, direitos fundamentais sociais em seu texto, limitando-se a agasalhar o princípio fundamental do Estado Social e Democrático de Direito”. Em outros momentos diz que o Tribunal Federal tem contribuição decisiva no respeito ao direito da propriedade e para definições no âmbito da seguridade social. Ou seja, a mencionada ausência de previsão constitucional levou o Tribunal Constitucional a construir a concepção de que a garantia de propriedade (e seguridade social) alcança também a proteção das situações jurídicas subjetivas de natureza pública.²⁰⁰

Nesse contexto, é de se mencionar a relação entre a proteção da propriedade e a segurança jurídica:

a garantia de propriedade não protege apenas a propriedade no âmbito dos direitos reais, mas alcança uma função conservadora de direitos, no sentido de que ela tem igualmente por escopo oferecer ao indivíduo segurança jurídica relativamente aos direitos patrimoniais reconhecidos pela ordem jurídica, além de proteger a confiança depositada no conteúdo de seus direitos.²⁰¹

Todavia, não são todos os direitos subjetivos patrimoniais de natureza pública protegidos pela garantia da propriedade, mas somente aqueles que satisfizessem, conforme o Tribunal Federal Constitucional, os seguintes requisitos:

a) à posição jurídica individual (isto é, ao direito subjetivo a prestação social) deve corresponder uma contraprestação pessoal de seu titular; b) deve tratar-se de uma posição jurídica de natureza patrimonial, que possa ser tida como de fruição privada para o seu titular; c) ela deve servir à garantia da existência de seu titular.²⁰²

Para o resguardo das situações “jurídico-subjetivas **prestacionais** de direito público” não protegidas pela garantia da propriedade (direito fundamental), a doutrina e jurisprudência alemãs costumam se referir à aplicação dos mecanismos autônomos e constitucionalmente embasados da proteção à confiança, da dignidade da pessoa humana, do Estado Social e da igualdade.²⁰³

Em que pese a inegável relação estabelecida pelo direito de propriedade e pela proteção à confiança, notadamente no aspecto da garantia de estabilidade das posições “jurídico-subjetivas **patrimoniais** de direito público”, o recurso utilizado pela jurisprudência

²⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental de propriedade. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio 2007, p. 6, 7 e 18.

²⁰¹ Ibidem, p. 5.

²⁰² Ibidem, p. 6.

²⁰³ Ibidem, p. 14.

alemã revela-se desnecessário na ordem jurídica brasileira, já que esta, diferentemente da alemã, estabelece “o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada”: norma constitucional expressa (art. 5º, XXXVI), resguardando, assim, grande parte das posições jurídico-subjetivas em face de modificações restritivas de direito.²⁰⁴

Ocorre que para as situações não abrangidas pelo direito adquirido, pelo ato jurídico perfeito e pela coisa julgada, principalmente em razão das restrições impostas à aplicação destes institutos pela jurisprudência, a proteção à confiança mostra-se presente no direito como uma dimensão subjetiva da segurança jurídica e com contornos próprios.

Portanto, para a compreensão da relação entre a proteção à confiança e os direitos fundamentais no contexto jurídico alemão deve-se ter em mente o fato da Lei Fundamental não arrolar, de forma detalhada, como fez a Constituição Brasileira, os direitos fundamentais, individuais e sociais objeto de proteção. Isso gerou a necessidade de extenso desenvolvimento pela jurisprudência alemã do conceito desses direitos, do âmbito de incidência e do mecanismo de proteção e de sua relação com o princípio da proteção à confiança.

No caso brasileiro, tem-se um considerável rol de direitos e garantias fundamentais e não há, por conseguinte, uma necessidade premente de delimitação do conteúdo e do raio de proteção dos direitos fundamentais para se dar concretude ao princípio da proteção à confiança. Ele funciona, assim, mais como um aspecto subjetivo do direito fundamental à segurança jurídica, em face das medidas estatais que tenham por escopo a redução e/ou supressão de posições jurídicas já implementadas.

Em outro interessante trabalho, ao abordar a eficácia do direito fundamental à segurança jurídica, Ingo Sarlet projeta o princípio da proteção à confiança à condição de critério material para aferição dos padrões de segurança jurídica e social, ao lado dos princípios da dignidade da pessoa e do mínimo existencial, no âmbito da proibição do retrocesso.²⁰⁵

Para tanto, entende este autor que a proibição do retrocesso constitui princípio constitucional implícito, deduzido do Estado de Direito e do Estado Social, significando, numa acepção ampla, a proteção dos direitos fundamentais contra medidas não necessariamente retroativas que venham a aniquilar ou reduzir, de modo desproporcional e/ou ofensivo à dignidade da pessoa, os níveis já concretizados pela ordem jurídica. Nesse diapasão, a proibição

²⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantida fundamental de propriedade. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio 2007, p. 8.

²⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 28, 1º sem. 2005, p. 89-148.

do retrocesso resulta:

[...] diretamente do princípio da maximização da eficácia de (todas) as normas de direitos fundamentais. Por via de consequência, o artigo 5º, parágrafo 1º, da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o artigo 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais (já que medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança), que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais (inclusive e, no âmbito da temática versada, de modo particular os direitos sociais) não pode – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade.²⁰⁶

A segurança jurídica e a proteção à confiança ligam-se, pois, à ideia de proibição de retrocesso, na medida em que ambas representam a otimização da eficácia e efetividade da proteção dos direitos fundamentais contra as medidas do Poder Público que importem eliminação ou diminuição de posições jurídicas estabelecidas pela concreção de direitos fundamentais.

Na esteira de Ingo Sarlet, segurança jurídica, proteção à confiança e proibição ao retrocesso podem ser englobadas num conceito mais amplo de segurança social, funcionando como elementos de concretização dessa noção.

Verifica-se, portanto, que a fundamentação da proteção à confiança pelos direitos fundamentais tem uma conotação específica na ordem jurídica germânica.

No Brasil, a proteção à confiança possui um enfoque peculiar e multifuncional de fator de correção e eficácia da segurança jurídica, em sua dimensão subjetiva, e também dos direitos fundamentais que estejam em jogo na mudança de uma conduta estatal, seja retroativa ou não.

Lado outro, a aferição da legitimidade da restrição aos direitos fundamentais por ato estatal, terá como critério o postulado da proporcionalidade, que permitirá avaliar se a medida é necessária, adequada e razoável²⁰⁷ e pela ponderação de interesses em cada hipótese concreta.

²⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 420.

²⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental de propriedade. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio 2007, p. 19.

3 CLASSIFICAÇÃO METODOLÓGICA E PROCEDIMENTOS DE PESQUISA

Neste capítulo apresentam-se as escolhas, a metodologia utilizada na pesquisa e os caminhos a partir do qual se encontraram os respectivos resultados.

Inicialmente, deve-se mencionar que, quanto à apresentação da dissertação, seguiram-se as regras da ABNT. E, especialmente quanto às notas de rodapé (explicativas e referenciais) deve-se mencionar que foi aplicada e respeitada a NBR 10520, itens 3.6, 4, 5.5, 5.6, 6.1 e 7 (7.1, 7.1.1, 7.1.2, 7.1.3, 7.1.4 e 7.2), com suas determinações, autorizações e facultatividades. Neste particular, foi reduzido o tamanho conforme determina a norma e, não havendo qualquer proibição, foi escolhida outra fonte, para criar um ambiente mais dinâmico e atraente, de maior tenacidade ao leitor e, assim, propiciar uma melhor leitura.

Já a construção da pesquisa, na prática, consistiu em definir o objetivo geral e os objetivos específicos, sendo que, após, foi esquematizado um sumário provisório cuja finalidade era direcionar o estudo. Na sequência, foram selecionadas as obras que compuseram a revisão de literatura desta pesquisa.

Estruturalmente, a presente dissertação divide-se em introdução, referencial teórico, metodologia, discussão e resultados, proposta de intervenção, sugestões para trabalhos futuros, considerações finais, referências e apêndice I.

Considerando que o objetivo geral deste trabalho é compreender teoricamente a inter-relação entre a Sociedade e o Estado, considerando a prestação jurisdicional e a interferência entre os poderes estatais e, a partir daí, propor um plano de verificação do grau de confiança no Estado e da repercussão na legitimidade do pacto social, pode-se classificar a pesquisa, no tocante aos seus objetivos, como **exploratória**, considerando que procurou aprimorar as ideias por meio de informações sobre o tema abordado.^{208 209}

Como o referencial teórico consiste no núcleo duro da presente pesquisa, estabelecendo a base sobre a qual a análise empreendeu seu movimento, compreende-se melhor o estudo como **exploratório** pois, desde esse marco, buscou-se apresentar uma pesquisa bibliográfica com vistas a compreender o que é a sociedade, o homem que a compõe, juntamente com as regras de convivência estabelecidas, conformando-se no Estado, consistindo essa primeira pesquisa, constante do primeiro tópico do capítulo 2, no estabelecimento das relações e interações que originam o pacto social e sua legitimidade, ou seja, o fundamento ou substrato inicial para a compreensão das exposições que se sucedem.

²⁰⁸ GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 27.

²⁰⁹ Gil, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 41.

Explorando ainda mais a relação entre Estado e indivíduo, no tópico 2 do capítulo 2 tratou-se da construção da cidadania que, por sua importância em relação ao tópico anterior, consistiu em tópico autônomo. Trata-se o estabelecimento da condição do indivíduo frente ao Estado e as vias estabelecidas nessa relação.

Com isto, no tópico 3 do capítulo 2 passou-se a conhecer aspectos importantes da teoria sistêmica de Niklas Luhmann que, num recorte metodológico, considerando os problemas e objetivos da presente pesquisa, e a necessidade de compreensão das particularidade do sistema social em si, limitaram-se ao “sistema x ambiente”, à diferenciação funcional, à autopoiese e ao acoplamento estrutural, com algumas indicações subalternas sobre autorreferência, heterorreferência, código, comunicação e programas, dentre outros conceitos.

Assim, nos três primeiros subcapítulos intitulados “A sociedade, o homem e as regras de convivência”, “A construção da cidadania” e “A sociologia de Luhmann”, os principais autores revisados foram (em ordem alfabética): Bodenheiner (1966), Duarte (1996), Corsi, Esposito e Baraldi (1996), Hobbes (2003), Krohling (2014), Luhmann (1985, 1996 e 1998), Luhmann apud Santos (2005), Marshall (1967), Neves (2009 e 2011), Renner apud Kjaer, Teubner e Febbrajo (2011), Schwartz (2009).

Já no tópico 4 do capítulo 2 constam as ideias e os pensamentos de Luhmann quanto ao Direito e à Política, as quais optou-se em colocar em tópico autônomo em relação ao tópico 3 pois consistem em elementos complexos de atuação na Sociedade e no Estado, e, também, sistemas sociais dentro do grande sistema social e da sociedade, conforme teoria Luhmanniana, de crescente importância para o estudo proposto e para os resultados alcançados.

No subcapítulo “Direito e Política como sistemas sociais”, os autores que se destacaram foram: Barcellos (2011), Bobbio (2004), Corsi, Esposito e Baraldi (1996), Dallari (2011), Kelsen (1994), King e Thornhill (2003), Kunzler (2004), Luhmann (1990, 2005 e 2006) e Luhmann apud Cevoloni (2007).

Finalmente, considerando a interação entre os sistemas como o Direito e a Política, necessário oferecer ao leitor as definições de Luhmann e outros autores correlatos para a confiança (tópico 5 do capítulo 2), que, em sua forma positiva, estabelece relações de certeza, crédito e legitimidade, com vistas a preservar a segurança jurídica (ou desconfiança em sua forma negativa). Neste último tópico, ainda, refletiu-se quanto à evolução do Estado Moderno, dialogando com a confiança e o início do capítulo.

Referente ao subcapítulo “Confiança e a evolução do Estado”, os autores que subsidiaram a discussão foram: Almes (2001), Coviello (2004), Luhmann (1996^a), Luhmann apud Santos (2005), Martins-Costa (2005), Mansilla apud Luhmann (1996^a), Medauar (1992),

Moreira Neto (1996), Mota (2016), Ramos (2019) e Rousseau (2002).

Como brevemente mencionado, os objetivos propostos foram cumpridos por meio de pesquisa bibliográfica, desenvolvida em literatura nacional e estrangeira: predominantemente obras de Niklas Luhmann e de outros autores que discutem sua teoria, ou se relacionam a ela, ainda que não mencionem expressamente.

A pesquisa, no capítulo 2, detalhou, embora sem esgotar, os itens acima expostos e, a partir do capítulo 4, mantendo a **pesquisa exploratória**, procura responder, na tentativa de esclarecer, o problema apresentado, analisando os fenômenos em debate e estabelecendo relação entre os diversos pontos verificados.

Ainda, a pesquisa seguiu o enfoque **qualitativo**, visto que aprecia a realidade através de intuição, exploração e subjetivismo, visando ao aprofundamento e abrangência do tema dando significado às ações e relações humanas^{210 211 212} a partir do comparativo de obras literárias e notícias recentes quanto à atuação da Administração Pública de qualquer dos poderes (Legislativo, Executivo ou Judiciário, com ênfase a estes dois últimos) com a presença da comunicação interna e externa entre Direito e Política.

O método escolhido para proporcionar as bases lógicas da investigação foi o **dedutivo**, pois partiu-se de aspectos gerais para a análise específica do tema proposto, através do raciocínio por silogismo (lógica), já que, conforme Descartes, Spinoza e Leibniz, somente “a razão é capaz de levar ao conhecimento verdadeiro”.²¹³

Assim, os capítulos foram estruturados com base na literatura mencionada acima e nas referências, atendendo aos objetivos delineados, mesclando-se a teoria a casos práticos ocorridos recentemente e que serviram para ilustrar as teorias esposadas, especialmente na discussão e na apresentação dos resultados, culminando nas respostas para os questionamentos propostos.

Portanto, quanto ao método que indica os meios técnicos da investigação, a abordagem foi **observacional** e **comparativa**, a partir de fenômenos socialmente construídos, com a atribuição de significados ao raciocínio criado a partir da análise da leitura do referencial em comparação a outras obras e a casos reais e adequados ao tema, ao problema e aos objetivos da

²¹⁰ GODOY, A. S. **Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades**. Revista de Administração de Empresas, v. 35, n. 2, 1995, p. 62-63, mar./abr. 1995.

²¹¹ MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 21-25.

²¹² CRESWEL, John W. **Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto**. 3. ed. Porto Alegre: ARTMED, 2010, p. 26.

²¹³ GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 9-10.

pesquisa.²¹⁴

A discussão aqui realizada gravitou entre o Estado e a Sociedade e sua vinculação com a Política e o Direito. Ademais, buscou-se, em suma, valer-se da teoria da complexidade de Luhmann para verificar os sistemas sociais, suas relações entre si e outros entes, bem como suas implicações com a confiança/desconfiança e com a legitimidade do pacto social.

Por fim, com base nessa discussão, foi elaborada uma proposta de intervenção para compreender, corrigir ou aperfeiçoar a relação entre a Sociedade e o Estado, no sentido de, por fim, auxiliar na apuração da confiança dos cidadãos, a fim de gerar um produto adaptado ao objetivo do presente estudo.

Partindo da premissa mais moderna de que todos os poderes estatais realizam todas as funções, algumas de forma típica e outras de forma atípica, escolheu-se como alvo da proposta o Poder Judiciário e, especificamente, a Justiça do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, órgão ao qual o presente pesquisador está atualmente vinculado. No entanto, a proposta pode, com alguma adaptação, ser sugerida ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ou ao Supremo Tribunal Federal (STF).

²¹⁴ GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 16-17.

4 ANÁLISE DOS OBJETIVOS E DO PROBLEMA: DISCUSSÃO E RESULTADOS

Ao observar e comparar a teoria política tradicional contratualista e a teoria social Luhmanniana, acima expostas, com a sociedade e a construção da cidadania, na formação do Estado e na configuração da legitimidade do pacto social, bem como o estabelecimento e separação dos 3 (três) poderes estatais, percebe-se, na prática estatal atual, uma relativa confusão entre os poderes, o que pode ser avaliado a partir das teorias quanto à confiança e do enfoque sistêmico, ao se considerar a existência de sistemas sociais operacionalmente fechados e autopoieticos, mas que até podem se comunicar, ainda que de modo *sui generis*.

Inicialmente, importante esclarecer que poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário) e sistemas sociais não são a mesma coisa. Os primeiros fazem parte da organização do Estado. Os segundos da organização do grande sistema social, ou seja, da organização da própria sociedade, conforme a teoria sistêmica de Luhmann.

Ainda assim, como componentes da mesma Sociedade, estão interligados.

Ademais, como as teorias não são estanques, não deixam de ter suas interrelações, e essas últimas podem trazer explicações convincentes a tratar do fenômeno social, respeitado o ângulo de visão de cada teoria.

A partir da Constituição da República que, em seu artigo 2º, dita que são poderes independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo, e o Judiciário²¹⁵ tem-se a base jurídico-normativa quanto à conformação dos poderes estatais.

O Poder Legislativo, que, em função típica cria normas para todo o Estado e indivíduos nele insertos (e em funções atípicas/limitadas julga casos específicos – como CPI's e processo de *impeachment*; e administra câmaras, assembleias, senado e/ou congresso).

O Poder Executivo que tem como função típica administrar todo o Estado (e funções atípicas de criar normas específicas – como decretos, portarias etc.; e julgar em casos específicos – processos administrativos disciplinares etc.).

E o Poder Judiciário que tem como função típica julgar (e funções atípicas de criar normas específicas – como portarias, provimentos etc.; e administrar seus tribunais e foros).

Para fins desse estudo, considera-se apenas as funções típicas e abrangentes, pois as atividades atípicas, salvo exceções²¹⁶, dizem respeito a funções internas e específicas, que,

²¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019, n.p. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 ago. 2019.

²¹⁶ Apenas para confirmar a regra e a presente escolha metodológica, não se nega a existência de função **atípica** importante. Ilustra-se, como exemplo das exceções mencionadas (atividade **atípica** de

embora também estejam sujeitas à interferência recíproca, não trazem à sociedade o mesmo impacto das funções típicas.

Em tese, poder-se-ia dizer que uma sociedade coesa seria aquela em que cada um dos três poderes, exercesse suas competências, conforme disposições constitucionais, dentro dos respectivos sistemas sociais, respeitadas as comunicações que lhe são peculiares, sem que um adentre às competências de outro poder para suprir as deficiências deixadas.

Na prática, porém, outra realidade. As competências parecem estar constantemente trocadas, surgem indagações quanto a haver ou não interferência entre poderes, na definição e aplicação de políticas públicas para o Estado, que sabidamente é de competência da Administração Pública do Poder Executivo, a qual está inserta no sistema Política, mas que, não raro, o Poder Judiciário (inserto nos sistemas Política e Direito: sendo que, como já dito, para Luhmann os tribunais ocupam o centro do sistema Direito²¹⁷) precisa intervir para que realmente as políticas públicas sejam implementadas e cumpram as funções que possuem.

São duas premissas básicas e um possível resultado. Considera-se que a implementação das políticas públicas é atribuição da Administração Pública. Ocorre que, quando esta não as implementa, o Judiciário é chamado a atuar. E esta confusão de competências – recorrer-se a um poder para fazer cumprir o que era de competência de outro – pode elevar a desconfiança dos administrados na Administração Pública, lesando a legitimidade do pacto social.

É o Poder Judiciário interferindo na Administração Pública de outros poderes, o que, entretanto, em tese, não poderia sugerir que os sistemas autopoieticos passam a interferir entre si, o que, inclusive, poderia significar os esvaziamento e destruição desses sistemas.

Conforme teoria sistêmica, na ausência da realização de suas funções operacionais específicas, os sistemas extinguem-se, aumentando a complexidade da sociedade e do mundo, dificultando as relações da Sociedade e do Estado, num círculo vicioso.

Por outro lado, a mesma teoria pode apresentar soluções interessantes, mais associativas e integrantes, para a evolução da Sociedade e do Estado, mesmo considerando as interações entre o Direito e a Política (a partir do acoplamento estrutural de Luhmann ou a intervenção sistêmica de Teubner interpretando Luhmann) ou, ainda, entre os poderes estatais.

alto impacto na sociedade), as normas regulamentadoras de saúde, medicina e segurança do trabalho, que são editadas pelo Poder Executivo, mas aplicáveis à sociedade como um todo (Normas regulamentadoras – NR's) (Nota do autor).

²¹⁷ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción Javier Nafarrate Torres. 2. ed. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2005b, p. 359 e ss.

4.1 OS SISTEMAS SOCIAIS DIREITO E POLÍTICA (COM TRIBUNAL E ESTADO) NA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Conforme a teoria sistêmica, a correlação entre os subsistemas Política e Direito ocorre a partir de suas imagens. O subsistema jurídico faz uma imagem do subsistema político dentro de seu sistema e cria sua própria realidade política a partir de seus critérios e elementos para, então, exercer a regulação sobre a matéria. E vice-versa: o subsistema político também faz uma imagem do subsistema jurídico, para criar sua própria realidade jurídica. Enfim, os elementos não são retirados do outro sistema mas entendidos dentro do próprio sistema a partir de aferições em relação ao outro.

Zymler, ao tratar da teoria de Luhmann, indica que “[c]onvém ressaltar que o subsistema político é estruturado de forma tridimensional, incluindo a Política, a Administração e o Público²¹⁸. Dessa forma, internamente ao subsistema político, o direito é também reconstruído pelos três sistemas mencionados”.²¹⁹

E, a partir dessa reconstrução, é possível a violação das regras constitucionais quanto à divisão do poder ou quanto à divisão orgânica:

Nas relações estabelecidas entre a Política e a Administração, Luhmann sublinhou que a externalização se dá mediante referência a pessoas que ocupam ou têm potencial para ocupar os cargos políticos e os principais cargos da Administração. A conexão entre esses sistemas é também regulada pelo direito, principalmente a partir do Direito Constitucional, que define as competências dos cargos políticos e os princípios jurídicos norteadores da Administração Pública. Aqui, o relacionamento Política/Administração está ainda pautado em comunicações que enfatizam as pessoas e que se estabelecem na direção do fluxo comunicativo institucionalizado – atos políticos impondo e determinando os atos administrativos. Neste aspecto, o Direito Constitucional é reconstruído no interior do subsistema político e serve como elemento de regulação de controle do poder político. Claro está que as violações das regras constitucionais sobre a divisão do poder podem existir a partir da reconstrução desta seara jurídica pela política. Não são incomuns as discussões estabelecidas entre os poderes ou entre órgãos do mesmo poder a respeito da invasão de competências constitucionais.²²⁰

Neste aspecto, considerando que mais de um poder ou mais de um órgão pode se manifestar quanto a um mesmo assunto, importante frisar que um mesmo ato pode gerar comunicação em diversos sistemas. Exemplo são as leis votadas pelo Congresso Nacional, as quais geram norma jurídica no sistema jurídico e decisão coletivamente vinculante no sistema político.²²¹

²¹⁸ Público = indivíduos (Nota do autor).

²¹⁹ ZYMLER, Benjamin. **Política & Direito: uma visão autopoietica**. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá. 2005, p. 172-173.

²²⁰ Ibidem, p. 173-174.

²²¹ Ibidem, p. 190-191.

A par disso, nesses sistemas sociais também há organizações, com interações próprias e que podem dar tratamento diferente a cada assunto. Os sistemas sociais, tanto Direito como Política, possuem, em seu interior, organizações importantes que não chegam a se estruturar como sistemas. Nesse sentido, o sistema social jurídico tem no centro a organização tribunal²²² e o sistema político tem como principal organização (embora não o centro) o Estado^{223 224}. Por isso, verifica-se que, na teoria sistêmica, diferente da teoria contratualista, Direito e Política não são mecanismos de estruturação do Estado, mas o Estado, por sua vez, é uma organização integrante do sistema Política.

Retomados estes dados, passa-se a refletir quanto à interação entre esses grupos (sistemas sociais, especialmente o Direito e Política) na função jurisdicional, comparando as teorias antes esposadas no referencial e diferenciando o “poder político” do “poder em si”, o primeiro representado uma das divisões do poder estatal (Executivo, Legislativo ou Judiciário) e o segundo o aspecto mais comum do poder, nas acepções de força, capacidade ou domínio. Em suma, parte-se de “poder político” (poder estatal/governo) e “poder em si” (força/capacidade/domínio).²²⁵

Assim, constatou-se que, após as grandes guerras e as experiências de regimes totalitários, recrudesceram as agendas de direitos e garantias fundamentais para a defesa do indivíduo frente ao Estado e/ou aqueles que possuem o poder (político, econômico, intelectual etc.) e, conjuntamente, o controle judicial do próprio ordenamento que definia tais prerrogativas (jurisdição constitucional).

E, para além de entender o Judiciário como um “poder político”, que de fato é, não são necessárias maiores elucubrações a fazer possível concluir, também, quanto à presença de

²²² Exemplos de organizações formais tradicionais do subsistema jurídico: tribunais e parlamentos (ZYMLER, Benjamin. **Política & Direito: uma visão autopoietica**. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá. 2005, p. 190).

²²³ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996, p. 128-131.

²²⁴ Ou seja, na lente da supercomplexidade que se erige da sociedade, pode-se cogitar que o Estado, em comparação, seria uma complexidade de grandeza recortada e com especificidades, instâncias de redução da complexidade, mediante seleções e escolhas. (CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. Op. cit., p. 128-131.)

²²⁵ Nessa senda, uma relevante contribuição de Bordieu quando trata do poder simbólico ou cultural, lembrando que poder, também, é fenômeno social que pode ser analisado de diversas formas (político, econômico, coercitivo). O poder simbólico ou cultural está inserido em toda a atividade de produção, transmissão e recepção do significado das formas simbólicas. Bordieu preleciona: “o poder simbólico é um poder que aquele que lhe está sujeito dá aquele que o exerce, um crédito com que ele o credita, uma *fides*, uma *auctoritas*, que lhe confia pondo nele a sua confiança”. Conforme salienta Bordieu, há uma logística simbólica como instrumento de poder de impor a recepção de forma a ser aceita sem objeções ou questionamentos. (BORDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989, p. 185-188.)

“poder em si” nessa relação jurisdicional estabelecida, pois interpretar uma lei (fixar o sentido e alcance) não parece “poder em si” menor que o ato de legislar.²²⁶

Com isso, veio a ideia de que o Direito devesse ser compreendido dentro das relações de “poder em si”²²⁷ para além da lei (a lei, por exemplo, já foi utilizada para justificar o nazismo ou o fascismo), estreitando os vínculos Direito/Política em noções de razoabilidade, senso comum e interesse público, tendo como núcleo a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, para Luhmann, a partir da ideia dos sistemas funcionais autopoieticos, não cabe averiguar tais relações, tampouco ideologias, sistemas de dominação ou regimes totalitários; os quais também não são justificados pela teoria sistêmica. Para o sociólogo, cujas ideias estão em debate, o “poder em si” até pode influenciar o Direito, mas como meio de comunicação simbolicamente generalizado²²⁸, importante propulsor, mas que tem função subalterna diante do código, do programa e da função do sistema autopoietico.

Viável, entretanto, admitir-se ao Direito uma função política, como reflexo da sociedade e, simultaneamente, como um projeto de atuar sobre a sociedade (indivíduos e grupos), desde que respeitado o seu fechamento operacional. Por isso, o Direito adere à sociedade mas dela se distingue para poder cumprir seu papel organizacional e normativo.

Na prática, como organização do Direito, os Tribunais (e, por consequência, o Judiciário) enfrentam diariamente o dilema de aplicar um sistema jurídico-positivo a uma realidade que afeta e é afetada por muito mais que o aspecto jurídico e sim pelo sistema social, político e econômico na sua totalidade: a miséria e a pobreza humana. Há normas programáticas na área social a serem cumpridas que não têm o seu respaldo na norma infraconstitucional, muitas vezes sequer na norma infralegal, na administração da justiça ou na própria sustentação material do Estado, impossibilitando o cumprimento das decisões e deteriorando a racionalidade do próprio Direito, o que a teoria sistêmica procura evitar, fazendo com que o subsistema Direito encontre formas alternativas em processo de autorreferência.

²²⁶ FARIA, José Eduardo. Os desafios do Judiciário. **Revista USP**, São Paulo, n. 21, 1994, p. 46-57.

²²⁷ Godoy cita Nietzsche e Foucault que contrapõem o contratualismo e o fundacionalismo de Hobbes, Locke, Rousseau e Kant. Foucault com a ideia de que o poder está em todos os lugares (capilaridades). Nietzsche com a ideia de que o Estado nasceu da violência, do poder, da força; com o estado de natureza sendo o resultado do direito, e não sua ausência; e que nossos conceitos de legalidade e justiça estariam em mudança permanente, pois determinados por relações de poder. (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O pós-modernismo jurídico**. [s.l.; s.n.; s.d.], p. 79, 80 e 85. Disponível em <https://www.academia.edu/35700810/O_POS_MODERNISMO_JURIDICO>. Acesso em 01 jul. 2019)

²²⁸ “A solução evolutiva apontou a utilização dos meios de comunicação simbolicamente generalizados, como a verdade, o dinheiro, o poder, o direito, a propriedade, o valor, a arte e o amor. [...] estes meios permitem incrementar o sucesso da comunicação em ambientes complexos como o das sociedades modernas [...]” (ZYMLER, Benjamin. **Política & Direito: uma visão autopoietica**. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá. 2005, p. 43)

[...] no que concerne à fraca presença do Estado junto à parcela da população mais carente, que, em consequência, não se submete plenamente às regras jurídicas positivadas, percebe-se que o direito supera criativamente esta questão. Ora amplia os lindes do subsistema jurídico, que passa a abarcar formas alternativas de direito, ora o restringe, ao afastar de sua “autodescrição” as mesmas formas alternativas. Nesse segundo caso, o direito, ao se “auto-observar”, exclui do próprio subsistema as comunicações derivadas de formas de direito desvinculadas das regras jurídicas positivadas, porque não são imputadas ao próprio subsistema jurídico.²²⁹

Resta ao Judiciário, através do Direito, então, conformar as possibilidades para alcançar aos parias da Sociedade o mínimo de cidadania e justiça social.

Pode-se pensar, portanto, no surgimento de uma atuação política paralela à atuação jurídica, especialmente considerando que o Poder Judiciário está inserto tanto no subsistema Política quanto no subsistema Direito.

E, no sentido do surgimento de um novo intérprete na atuação política do Poder Judiciário e de um novo Direito (evolução do Direito), Vianna aponta aspecto positivo e aspecto negativo:

[...] as novas relações entre direito e política, muito particularmente por meio da criação jurisprudencial do direito seriam tomadas como, além de inevitáveis – diagnóstico mais forte em Cappelletti do que em Dworkin –, favoráveis ao enriquecimento das realizações da agenda igualitária sem prejuízo da liberdade. Especialmente nesse eixo, valoriza-se o juiz como personagem de uma **intelligentsia** especializada em declarar como direito princípios já admitidos socialmente – vale dizer, não arbitrários – e como intérprete do justo na prática social. Esse caminho, porém ‘de confiar ao ‘terceiro poder’, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela evolução do direito’, longe de significar uma indicação ingênua de seus autores, é visto como ‘arriscado e aventureiro’, na medida em que, embora pleno de promessas, pode importar ameaças a uma cidadania ativa.²³⁰

Ao mesmo tempo em que valoriza-se a busca política pela igualdade social por intermédio de agente tecnicamente especializado, abdica-se de uma posição que poderia ser ocupada pelo cidadão.

Por isso, mesmo no âmbito jurisdicional, é preciso sopesar quanto a esses conflitos serem decididos politicamente ou juridicamente, ou de forma mista. Não parece salutar uma judicialização da política, tampouco uma politização jurídica. Por outro lado, o profissional do direito não deve descuidar da condição política que a atividade jurisdicional tem e que sobressaiu com o Estado Social, para não ser consumido por ela, em todos os seus fatores,

²²⁹ ZYMLER, Benjamin. **Política & Direito: uma visão autopoietica**. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá. 2005, p. 70.

²³⁰ MELO, VIANNA e CARVALHO apud ZYMLER, Benjamin. **Política & Direito: uma visão autopoietica**. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá. 2005, p. 172. (MELO, Manuel Palacios Cunha. VIANNA, Luiz Weneck. CARVALHO, Alice Rezende de. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 24)

especialmente quanto à exposição.

Com o fenômeno da “judicialização da política” ou da “politização jurídica”, o Judiciário nunca esteve, tanto, na mídia. Os principais acontecimentos do Estado (todos) são decididos pelos juízes. Os temas políticos mais relevantes são tratados pelos magistrados. A notoriedade é grande. Há 15 ou 20 anos, quem não atuava na área, conhecia um ou dois ministros do STF. Hoje, boa parcela da população é capaz de falar o nome dos 11 (onze) ministros, tal o grau de exposição. Esse conhecimento favorece a democracia no aspecto da transparência, mas, por outro lado, transforma em superestrelas alguns juízes, com seus defeitos humanos e naturais, os quais passam a ser associados pela população ao Poder Judiciário e à função jurisdicional.

Ainda assim, parece que “o cidadão deposita no Poder Judiciário, a confiança que perdeu nos outros poderes”.²³¹

Por isso é que, Zymler aponta que, por um lado, “Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin, entendem a invasão do direito sobre a sociedade e, mais particularmente, a atuação política do Poder Judiciário como uma evolução natural da tradição democrática ocidental”²³². Por outro lado, ao mencionar Marcelo Neves, vislumbra caráter destrutivo na interação entre direito e política que não são facilmente explicáveis por raciocínios causais simples, devido à complexidade que a sociedade brasileira pode apresentar. Cita que:

O “*impeachment*” recente de Presidente da República, a cassação e a renúncia de senadores e a aprovação de leis que restringem a liberdade orçamentária e financeira dos governantes, como a lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar nº 101/2000), parecem não obedecer a uma relação de causalidade natural entre as pressões das forças políticas predominantes e as consequências jurídicas naturalmente decorrentes.²³³

Ainda assim, é possível verificar, em Luhmann, a possibilidade de sucesso da regulação da política pelo direito, mesmo na função jurisdicional, a depender da qualidade do modelo de imagem da política reproduzido pelo direito no interior de seu sistema, conforme se mencionou no início desta seção.

Ademais, outras formas integrativas podem ser consideradas como, por exemplo, a participação do cidadão e o direito reflexivo, consoante adiante será analisado.

Após tratar do ângulo de visão sistêmica, dos subsistemas Direito e Política na função

²³¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Judiciário e a democracia no Brasil**. Revista USP, v. 21, 1994, p. 121.

²³² MELO, VIANNA e CARVALHO apud ZYMLER, Benjamin. **Política & Direito: uma visão autopoietica**. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá. 2005, p. 171-172.

²³³ Ibidem, p. 70-71.

jurisdicional, passa-se ao ponto de vista dos poderes estatais, na interferência do poder judiciário sobre a administração pública.

4.2 INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO EM OUTROS PODERES ESTATAIS

Como já retratado, a fim de não concentrar a decisão num único núcleo, o poder estatal, desde o Estado Liberal, é modernamente dividido em três: Executivo, Legislativo e Judiciário. É certo que, por sua força, tais compartimentos acabam por influenciar/regular/determinar os mais variados aspectos da vida em uma sociedade dentro de um Estado, inclusive, por muitas vezes, interferindo entre si, o que é admitido pelo *checks and balances system*.²³⁴

Logo, de plano, inafastável que o Poder Judiciário é um poder político e, para além de sua função jurídica, deve ser também compreendido como tal. Logo, por esse viés, é de se admitir, no Poder Judiciário, tanto a judicialização de conflitos políticos, assim como a politização de conflitos jurídicos. Entretanto, deve-se avaliar as benesses e/ou prejuízos nessas relações.

Ocorre, porém, que a interação entre as divisões de poder tem limites. Conforme determina o Direito Constitucional, os poderes devem ser independentes mais que interferentes. Esta última característica deve ser exceção e não regra.

A casuística, entretanto, revela rotina na interferência do Poder Judiciário na Administração Pública de outros Poderes Estatais. Uma verdadeira sobreposição do Judiciário sobre o Executivo e Legislativo: ao final tudo se decide no Judiciário!

Nesse sentido, diversos temas de grande relevo social, moral, político, econômico ou cultural, têm gradualmente saído da esfera de atuação dos Poderes mais democráticos (eleitos), Executivo e Legislativo, e sendo decididos pelo Supremo Tribunal Federal.

Luís Roberto Barroso cita, como exemplo desses temas, os seguintes: a) a previsão do uso de células-tronco para pesquisas; b) o nepotismo; c) a Lei de Imprensa; d) a quebra de sigilos por Comissões Parlamentares de Inquérito; e) a demarcação de terras indígenas; f) uso de algemas; g) aspectos relativos à reforma previdenciária e à reforma do Judiciário; h) os limites do direito fundamental à liberdade de expressão (caso *Ellwanger*); i) a possibilidade de progressão de regime em crimes hediondos; j) os contornos da aplicação do mandado de

²³⁴ Divisão do poder estatal em “[...] Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em relação aos quais, todavia, foram instituídos mecanismos de mútuo controle, denominados de freios e contrapesos (*checks and balances*), para que não houvesse o risco de qualquer deles perseguir superposição em relação aos demais. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Pacto Federativo: Aspectos Atuais. **Revista da EMERJ**, v.4, n.15, 2001, p. 201)

injunção.²³⁵

Recentemente, viu-se também o Supremo Tribunal Federal se debruçar sobre a união homoafetiva, o aborto de fetos anencéfalos, a possibilidade de um réu em processo criminal ocupar a Presidência da Câmara ou do Senado etc. E muito mais recente ainda, o caso do navio Iraniano parado no porto de Paranaguá (PR), sem receber combustível em razão de embargos econômicos dos Estado Unidos, país com o qual o Brasil politicamente estreitou relacionamento a partir de 2019, em razão da nova política internacional adotada pelo atual Presidente da República Jair Bolsonaro.^{236 237}

Todo este raciocínio nos faz pensar, também, quando à real titularidade das políticas públicas e o papel das Cortes Constitucionais e da própria Constituição da República nesta relação. Desses três temas, aqueles citados previamente (políticas públicas e o papel das Cortes Constitucionais), analisar-se-ão adiante. Já o terceiro tema (Constituição da República), por se tratar do instrumento que, em tese, funda o Estado e define a tripartição de poderes, suas separações e sua independência entre si, merece esclarecimentos desde já, mas considerando a **dimensão da teoria sistêmica** (sistemas autopoieticos).

Nesse sentido, a Constituição proporciona que as estruturas dos sistemas se comuniquem, já que se trata de linguagem (texto escrito) que enuncia tal acoplamento. Vale dizer, “apresenta-se como uma via de ‘prestações’ recíprocas [*inputs/outputs*] e, sobretudo, como mecanismo de interpenetração (ou mesmo de interferência) entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito”.²³⁸

Contudo, muitas vezes, na prática, ao invés de o acoplamento estrutural se apresentar como condição ou garantia para o fechamento operacional do sistema Direito, acaba funcionando como condição ou garantia de imbricação para as interferências intersistêmicas, corrompendo-se os códigos, ainda que se procure preservar, nos discursos, os códigos de comunicação próprios de cada sistema.

De igual modo, a Constituição, por si só, não impede a interpenetração dos sistemas, em que cada sistema recebe do outro alguma complexidade incompreensível ou

²³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 334.

²³⁶ G1. **Navio iraniano deixa o Porto de Paranaguá e segue para Santa Catarina**. Disponível em <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/07/27/navio-iraniano-deixa-o-porto-do-paranagua-e-segue-para-santa-catarina.ghtml>>. Acesso em 27 jul. 2019.

²³⁷ Canal Rural. **Após 50 dias parado, navio do Irã é abastecido e segue para SC**. Disponível em <<https://canalrural.uol.com.br/noticias/agricultura/milho/apos-50-dias-parado-navio-do-ira-e-abastecido-e-segue-para-sc/>>. Acesso em 27 jul. 2019.

²³⁸ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 66.

desordenada. Isso se dá mesmo quando a Constituição se apresenta com força normativa bem consolidada, na concepção tradicional, que se atém apenas ao plano interpretativo dos agentes estatais.

Nessa conjuntura, o sistema Política pode se sobrepôr ao Direito (ou vice-versa), até porque “do texto normativo mesmo – ao contrário da opinião dominante – não resulta nenhuma normatividade”²³⁹. Ou seja, tendo-se em vista que a normatividade precisa ser construída, seja perante os sistemas seja perante o ambiente, não se afigura possível que o sistema Direito esteja imune a uma (re)produção com bases referenciais nos códigos dos outros sistemas, ainda que travestidos do código binário jurídico (lícito/ilícito).

Noutras palavras, quando determinado grupo ou classe não é atendido em seus interesses perante o sistema Política, recorre-se ao sistema Direito, por meio do Judiciário, para que consiga obter o que deixou de ganhar ou o que perdeu. A situação, por conseguinte, é que no âmbito da elaboração legislativa foi negado o interesse, mas, mesmo assim, na via da decisão judicial, ter-se-á uma decisão política para se atender àquele interesse negado, em que o discurso entabulado será eminentemente jurídico, com uso de linguagem técnica. O próprio controle de constitucionalidade é manejado para tanto.

No cenário descrito, consolidam-se distorções, mediante a deturpação dos códigos, que remete à politização do direito e à judicialização da política, ou substituição da política pelo direito, e vice-versa. Daí, colhe-se a relevância do Judiciário para a democracia, pois consiste no principal agente/reagente que pode potencializar as distorções ou evitá-las.

Logo, o Judiciário fica inserido no jogo democrático e de poder.

Quando se produz a politização do direito ou a substituição da política pelo direito, e vice-versa, realiza-se a deturpação dos códigos, desprestigiando-se o fechamento operacional do sistema Direito em face da Política, conforme o código lícito/ilícito – ocorre a alopoiese do sistema Direito (códigos, leis e aspecto social emaranhados, não havendo distinção entre um e outro).²⁴⁰

Enfim, nessa relação entre sistemas (acoplamento estrutural, interpenetração ou intervenção sistêmica) há o risco de que algum sistema deixe de operar conforme seus próprios códigos e programas e passe a atuar como o outro, neutralizando o respectivo sistema e gerando maior complexidade na sociedade e no mundo. Por este prisma é prejudicial ao

²³⁹ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 66.

²⁴⁰ NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. **Dados: revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro: IUPERJ, v. 37, n. 2, 1994, p. 265.

desenvolvimento da Sociedade e do Estado a judicialização da política, caso a política abandone seus elementos e passe a atuar predominantemente com elementos do direito, ou a politização do direito, caso o direito abandone seus elementos e passe a atuar predominantemente com elementos da política.

Além disso, esses “defeitos sistêmicos” podem gerar desconfiança e problemas de legitimação do Estado perante a sociedade e os cidadãos.

Agora, ainda considerando o que acima foi mencionado quanto à Constituição, mas sob outro prisma de reflexão, reservando-se o plano dos sistemas, sem abandonar, e fixando-se no plano dos poderes estatais, toma-se, então, por pertinente, a Administração Pública e, assim o fazendo, pode-se verificar, adentrando na concepção clássica da teoria jurídica da Administração Pública, que a atuação administrativa está sujeita a dois limites: o interesse público e a legalidade (regime jurídico-administrativo).²⁴¹

E, ponderando quanto às políticas públicas selecionadas por essa Administração Pública, constata-se que nos demais âmbitos de escolha a serem realizados, o administrador age com discricionariedade, ou seja, por critérios de conveniência ou mérito, os quais, *a priori*, não estariam sujeitos à avaliação judicial, sendo esta última limitada, em tese, ao respeito à legalidade. Todavia, a mencionada discricionariedade não é absoluta:

[...] em determinadas situações é possível um controle a discricionariedade administrativa, como no caso de implementação de políticas públicas, desde que se tratem de políticas públicas específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas. Neste caso, o Ministério Público possui legitimidade para zelar pelo efetivo respeito aos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados constitucionalmente, devendo promover medidas necessárias para a sua garantia. Assim, é possível uma ação civil pública para que o Estado venha a construir um hospital em determinada localidade, desde que isso fique demonstrado especificamente, que se trate de uma necessidade social para determinada localidade e que a demanda coletiva visa implementar direitos e garantias asseguradas constitucionalmente (art. 129, III c/c art.5 LACP).²⁴²

E é certo que a implementação dos direitos sociais (no Estado Social) está ligada ao cumprimento de políticas públicas, conforme orçamento previsto. Ademais, a depender da natureza dessas políticas públicas, é possível que, pela sistemática atual, Executivo e Legislativo sejam compelidos pelo Judiciário a dar cumprimento a elas.

Contudo, ainda que nada possa ser afastado do controle jurisdicional (artigo 5º, XXXV,

²⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, p. 61.

²⁴² AUTRAN, Marcos Felipe Holmes. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. Disponível em <http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=6441&>. Acesso em: 01 jul. 2019.

da CR), o Judiciário não é o gestor do orçamento público, razão pela qual, não poderia, ao menos sozinho, definir as políticas públicas. Por outro lado, não pode se distanciar dos superiores interesses sociais a deixar em desamparo o cidadão, desde que respeitados alguns limites.

Nesse aspecto, numa prévia ponderação quanto aos elementos envolvidos, não parece razoável que o Poder Judiciário venha a agir em caso de já haver política pública realizada, mas apenas nos casos de omissão total ou, ainda, parcial.

Satisfeito esse requisito mínimo, surge, portanto, nesse ponto, um intermediário poder-dever ao Poder Judiciário na realização do acoplamento estrutural entre os subsistemas Direito e Política, através da Constituição da República²⁴³, traduzido em determinações quanto ao cumprimento ou não da política pública.

Ainda que considerada a existência de acoplamento estrutural, diversas são as indagações quanto à ofensa ao já mencionado princípio da separação dos poderes. Mandamento salutar em qualquer democracia, pois se traduz no controle recíproco do poder estatal.

E, ao mesmo tempo que se percebe, nos moldes acima descritos, a interferência entre os poderes, é possível reconhecê-la, também, e **num primeiro momento**, a partir da teoria sistêmica e dos sistemas Direito e Política. Os três poderes estatais (inclusive o Judiciário) estão contidos na organização Estado que, por sua vez, está contido no sistema Política. Já o Poder Judiciário é efetivado nos tribunais, organizações centrais do sistema Direito. Como se vê, o Poder Judiciário se manifesta (comunica) tanto no sistema Política quanto no sistema Direito, no primeiro como poder político estatal, no segundo como decisor jurídico.

Como se viu na seção anterior deste capítulo Direito e Política podem confundir, a partir da imagem que fazem, as acepções quanto ao Poder Judiciário. Assim, a Política pode confundir o Poder Judiciário: “poder político estatal real” que lhe é ínsito, com a imagem que faz do Poder Judiciário “como tribunal” a partir do subsistema jurídico. O Direito, igualmente, pode confundir o Poder Judiciário: “tribunal real” que lhe é ínsito, com a imagem que faz do Poder Judiciário “como poder político estatal” a partir do subsistema político.

A solução desse problema parece passar, primeiro, pelo fechamento operacional de cada sistema em si com seus códigos, estruturas e programas e a eliminação (ou abstração) do ruído do outro sistema (aquele que gera a imagem). E, a partir daí, construir em cada sistema o conjunto decisório respectivo, mais organizado e mais próximo da realidade do que a imagem

²⁴³ LIMA, Fernando Rister de Sousa. Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas políticos e jurídicos. **Confluências** - Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito, Vol. 11, nº 1, 2010, p. 34-36.

que se faz da realidade.

Simultaneamente, verifica-se não poder afastar a carga política do Poder Judiciário, tampouco sua carga jurídica.

Noutras palavras e por outros caminhos, no Poder Judiciário, tanto a Política quanto o Direito, que se pensa hodiernamente, devem fugir da aplicação dura da letra da lei, devendo o juiz, inclusive, analisar os defeitos da fonte, ou seja, o exercício legislativo e administrativo realizado e se os mesmos conduzem ao resultado desejado pelo bem comum, pelo interesse público e pela legalidade.

Isto, porém, não significa que o Poder Judiciário deva interferir nos demais poderes indiscriminadamente ou que a Política ou o Direito devam nulificar a separação de poderes ou se afastar das regras constitucionais para abdicar de seus códigos e seus programas e se apossar de outros elementos de outra origem sistêmica (econômica, educacional, religiosa etc.), o que acabaria por perverter a lógica do sistema. Muito pelo contrário, devem superar os riscos que se apresentam, de forma satisfatória para a Sociedade e para o Estado, conforme os mecanismos que a própria teoria sistêmica apresenta, acima indicados, no respeito à diferenciação funcional.

Especificamente quanto a interferência entre os poderes, **neste segundo momento**, não se faz conclusão diferente da necessidade de integração entre as atribuições dos poderes estatais, sendo que, nesta peculiar relação, ganha amplitude a questão política, considerando a localização dos poderes estatais na teoria sistêmica (dentro do subsistema político).

Veja-se que a Teoria da Separação dos Poderes e a definição de suas funções típicas e atípicas pode ser retratado num sistema recíproco de verificação para afastar governos absolutistas e evitar a tirania. Neste *checks and balances system*, ou seja, neste sistema dos freios e contrapesos, são definidas a autonomia e os limites de cada poder, devendo, cada poder, ser controlado pelos demais, represando abusos e mantendo o equilíbrio.

Nesse sentido, para o cenário que se descreveu até o momento, em que se verifica uma sobreposição do Poder Judiciário sobre os demais, especificamente na definição das políticas públicas, parece mais adequado vislumbrar um modelo organizado e partilhado de atribuições: “multiatributivo” ou “multifuncional”. Ou seja, uma mesma questão, decidida pelos 3 (três) poderes, cada um com sua abordagem.

Para funcionar, os pontos de vista devem ser complementares e não conflitantes ou contraditórios. Ou seja, devem ser entendidos de forma complementar. A teoria sistêmica de Luhmann, como se viu, viabiliza essa possibilidade a partir dos subsistemas Direito e da Política e a compreensão do seu fechamento operacional.

Entretanto, ainda que se estabeleça esta solução, padece de legitimidade o modelo atual

conferido ao Poder Judiciário. Explica-se.

Ao se cogitar o Poder Judiciário na definição e aplicação de políticas públicas, é possível verificar supressão de critério essencial de legitimidade nas decisões políticas do Poder Judiciário. Enquanto as decisões políticas do Poder Executivo e do Poder Legislativo são submetidas à opinião pública sazonalmente, especialmente no sufrágio universal, a cada 2 ou 4 anos, assim legitimando-se, o Poder Judiciário não tem o respectivo *feedback* já que não possui em sua estrutura cargos eletivos e sim concursados ou indicados. Padece de legitimidade a sua atuação nesse sentido, a medida que, como se viu acima, pode decidir a respeito da aplicação de políticas públicas de relevada monta, sem a respectiva confirmação dos cidadãos que lhe são destinatários.

Rege o pensamento doutrinário jurídico moderno a ideia de que a opinião pública não deva interferir na realização do Direito²⁴⁴. E tal dogma, parece, em regra, justificar-se na tecnicidade do direito e na manutenção das expectativas normativas. Entretanto, quanto à realização das políticas públicas pelo Poder Judiciário, por sua natureza, o pensamento quanto à opinião pública e o Poder Judiciário deveria acompanhar os demais poderes e andar em caminho diverso do que vem seguindo²⁴⁵.

Há, portanto, uma necessidade de aperfeiçoamento entre Direito e Política que corrigisse o desvio de legitimidade da função política realizada pelo Poder Judiciário (tribunais).

4.2.1 Políticas Públicas – reflexões sobre a titularidade

Penna afirma que as primeiras ideias sobre políticas públicas relacionavam-nas com a “sensibilidade”, “espírito público” e “habilidades políticas” do governante benevolente, como se a decisão política que reconhece necessidades possuísse conotação mítica e enquanto a sua execução corresponderia à concessão de benesses ou dádivas, sendo o cidadão o simples destinatário da política pública executada pelo bondoso governante.²⁴⁶

²⁴⁴ “Num Estado Democrático, as decisões do Estado, sejam elas políticas, jurídicas ou administrativas, devem ser necessariamente públicas. Desse modo, pode-se avaliar criticamente a conduta dos agentes públicos e, muitas vezes, pressioná-los a agir de um modo ou de outro.” (SOARES, Astreia; RIBAS, Carolline. Opinião pública versus Poder Judiciário: pressão pela efetivação dos direitos das minorias. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4846, out. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52610>>. Acesso em: 31 mai. 2019.). Nisto traduz-se a opinião pública em relação ao Estado. Todavia, em regra, não é aplicável ao Poder Judiciário e ao Direito que assumem natureza mais técnica e detém normativa processual específica com previsão de revisão, distinta da opinião pública.

²⁴⁵ Aqui a justificativa para o plano de ação proposto adiante.

²⁴⁶ PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 111.

Sob essa concepção, a política pública possuiria sentido positivo, ou seja, as decisões políticas somente se tornariam políticas públicas quando materializadas por meio de prestações positivas de cunho individual ou coletivo.

Porém, certamente a questão em destaque acerca das primeiras concepções sobre políticas públicas, ora tratada, como também nas seções anteriores, é a revelação do governante como elemento principal das políticas públicas, fato este que colocava a política como resultado do desejo do governante, desvinculada, portanto, das demandas sociais e dos direitos fundamentais, estando a sociedade distante da decisão que estrutura a política pública, ou seja, a sociedade estaria afastada das escolhas das opções que resultam na forma de concretização das ações destinadas a resolverem os problemas politicamente reconhecidos.

Entretanto, diante do cenário atual, no qual a Sociedade está inserida em um Estado Democrático de Direito construído sobre o alicerce neoconstitucionalista e pós-positivista, a ideia de política pública não pode se sujeitar aos desejos dos governantes, justamente porque a estrutura de sua validade está condicionada à participação jurídico-democrática na tomada de decisões tanto do objetivo como dos meios de sua execução, retirando o cidadão da condição de destinatário e colocando-o no posto de ator principal da formulação indispensável à materialização das políticas públicas.²⁴⁷

Salienta-se, por oportuno, que a implementação das decisões políticas não produz impactos somente para os destinatários diretos das políticas, mas toda a sociedade, algo que amplia o leque de atores responsáveis por sua construção, justamente por também serem seus destinatários diretos ou indiretos.

Nesse rumo, é importante salientar que, em regra, as políticas públicas são os instrumentos que efetivam os direitos fundamentais. De nada adianta o reconhecimento formal de direitos sem os mecanismos para efetivá-los.²⁴⁸

Logo, a justificativa para as políticas públicas, ou sua base de origem, é o reconhecimento dos direitos sociais. A par disso, a função estatal que coordena as políticas públicas tem sua legitimidade marcada no “convencimento da Sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais”.²⁴⁹

Então, como menciona Barcellos:

²⁴⁷ PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 212.

²⁴⁸ FREIRE JR., Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 48.

²⁴⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo, **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 13, 1996, p. 90.

[...] apenas por meio de políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para a sua promoção.²⁵⁰

Mais especificamente, dentro do Estado é a Administração Pública que deve cumprir as determinações da ordem jurídica em relação às demandas de direitos sociais, projetando e executando ações e programas que viabilizem esses direitos (políticas públicas).²⁵¹

Ocorre que, embora as políticas públicas sejam organicamente de competência da Administração Pública, há indivíduos e organizações que interferem nas sua escolha e implementação. Existe, segundo Dias e Matos²⁵² uma tipologia de atores capaz de influenciar e formular estas políticas, a saber: os representantes políticos eleitos, os partidos políticos, as equipes de governo, o corpo técnico burocrático, os juízes, a mídia, as empresas, os sindicatos e as associações profissionais, as organizações do terceiro setor, os atores do conhecimento, os escritórios de assessoramento do Legislativo, os institutos vinculados a partidos políticos, os organismos internacionais, o centro de pesquisas, a ONG com unidade de pesquisa, as unidades de pesquisa de empresas e as corporações, o grupo de pressão, os movimentos sociais e as associações comunitárias.²⁵³

Ainda que os mais legítimos titulares das políticas públicas sejam o cidadão e a sociedade, com suas demandas sociais e direitos fundamentais, há grupos melhores organizados e influentes nessas decisões, conforme mencionado no parágrafo anterior, dos quais merece melhor atenção, no recorte proposto na presente pesquisa, os Juízes e Tribunais, que provocados pelos cidadãos, organizações, pelo próprio Estado ou pela própria sociedade (Ministério Público²⁵⁴), acabam por dar diretrizes diversas daquela que deveria ser reservada à relação política, administração e público (cidadãos), ou seja, ao sistema Política, ao Estado que nesse sistema se insere, ou à Administração Pública que nessa organização se insere.

E para melhor ilustrar os resultados desse estudo, considerando a influência dos tribunais na definição das políticas públicas, passa-se a delinear as Cortes Constitucionais e

²⁵⁰ GALDINO, Flávio. "O custo dos direitos". In: BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, n. 240, 2005, p. 133.

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² DIAS, Renaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas**: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012, p. 41-44.

²⁵³ *Ibidem*, p. 45-58.

²⁵⁴ O Ministério Público representa a sociedade política organizada no Estado, mas não a pessoa jurídica desse ou de seus governantes. (ESTEVEZ, Allan William Souza. Princípio da Igualdade sob a Ótica de Montesquieu. **Revista Rumos da Pesquisa** em Ciências Empresariais, Ciências do Estado e Tecnologia – Cadernos de Direito, Patrocínio (MG), UNICERP, vol. 1, 2016)

definir o Tribunal Político, com suas características peculiares. Uma explicação quanto à existência de um Tribunal Político, sua competência e ativismo, principalmente nos últimos tempos.

4.2.2 O Tribunal Político, a Jurisdição Constitucional e o Neoconstitucionalismo

Antes de iniciar a reflexão quanto ao tribunal político, necessário um resumo desse detalhamento e compreensão a diferença entre sistemas e poderes estatais até agora exposto.

É pré-requisito recomendado que se delineiem, a partir dessa distinção, quatro pontos a partir do qual a pesquisa passou a caminhar. Primeiro, existe o olhar e a operacionalização do Direito sobre as coisas e como ele deve se comportar como sistema. Segundo, existe o ponto de vista e a operacionalização da Política sobre as coisas e como ela deve se comportar como sistema. Terceiro, existe o prisma dos poderes estatais sobre a Sociedade e o Estado e como eles devem se comportar em relação às políticas públicas. Quarto, esses ângulos de visão são distintos, mas se comunicam entre si, especialmente pelo fato de que os poderes estatais estão insertos na organização Estado pertencente ao subsistema Política; bem como os tribunais, que expressam a atuação principal do Poder Judiciário, consistirem na organização central do subsistema Direito.

Ou seja, o subsistema Direito (assim como o subsistema Política) tem natureza distinta dos poderes estatais, embora suas imbricações.

E não podem os sistemas se comportarem como os três poderes sob pena de perder sua condição de sistema diferenciado funcionalmente e autopoietico, o que cessaria a função final de diminuição da complexidade da Sociedade.

Os três poderes representam apenas parte da operação de uma organização (Estado) que, por sua vez, está dentro do subsistema Política. Reduzir a Política aos três poderes é limitar seu feixe de atuação. E o Direito conta, em tese, apenas com um dos poderes (Poder Judiciário) representado nos tribunais. Por isso, reduzir o Direito aos tribunais também é limitar seu feixe de atuação.

Logo, eventuais exigências quanto à transcendência das decisões, retratadas a seguir, não se dão quanto ao Direito como sistema, o que implicaria sua destruição, mas quanto à satisfação adequada das políticas públicas pelos poderes estatais.

Retomando o raciocínio proposto na presente seção, é de se salientar que a materialização mais contundente da confusão que se faz no Estado quanto ao Direito e Política é revelada no Tribunal Político.

O maior símbolo das implicações entre o Direito e a Política é, de fato, o Supremo Tribunal Federal (STF) que, em diversas ocasiões, declarou se tratar de “tribunal político”²⁵⁵ e que, por ser o guarda da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), detém o “monopólio da última palavra”²⁵⁶, podendo facilmente ser extraído o sentido de que o poder não advém do povo, mas da interpretação que o referido tribunal faz da Constituição.

Existem países que empregam um controle político como forma de garantir a compatibilidade dos atos normativos com a Carta Constitucional, negando ao Judiciário tal prerrogativa. É o caso, por exemplo, da França, que em 1958 instituiu o Conselho Constitucional, composto por nove Conselheiros escolhidos pelo Presidente da República e pelo Parlamento, sem contar as cadeiras ocupadas pelos ex-Presidentes da República, responsável por aferir preventivamente a constitucionalidade dos diplomas legais antes de sua entrada em vigor²⁵⁷. Assim, emprega-se um sistema político de controle de constitucionalidade, já que a guarda da Constituição, por motivos ideológicos e políticos, relacionados à história francesa, resta atribuída a um órgão externo ao Judiciário.

Já em outros países, como é o caso dos Estados Unidos e do Brasil, o controle da constitucionalidade de atos normativos fica, majoritariamente, a cargo de órgãos jurisdicionais, compostos por indivíduos não eleitos pelo povo. A ideia de que cabe ao Judiciário, ou melhor, a todos os juízes e tribunais, afastar a validade de qualquer ato jurídico, seja uma lei ou uma medida administrativa, que atente contra as normas constitucionais, surge nos Estados Unidos durante o julgamento do ilustre caso *Marbury vs Madison* em 1803²⁵⁸. Não cabe aqui adentrar nos pormenores fáticos desse litígio, porém devem ser citadas as teses estabelecidas por esse

²⁵⁵ Por exemplo, em 2004, com a decisão do ADPF nº 45 MC/DF, da lavra do Ministro do STF Celso de Mello. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45 (DF), Brasília, DF, 4 mai. 2004. **Informativo STF**, 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em 23 jul. 2017.)

²⁵⁶ Por exemplo, em 2011, com a decisão do RE 477.554 — AgR, também da lavra do Ministro do STF Celso de Mello (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 477.554, Brasília, DF, 26 ago. 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554ementa.pdf>>. Acesso em 23 jul. 2017)

²⁵⁷ BARROSO, Roberto Luís. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 42.

²⁵⁸ Sobre as influências do sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, Baracho declara: “os fundamentos do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos decorrem de razões que podem ser paradoxalmente evocados, através de uma distante influência judiciária britânica. Surgiram daí antecedentes que vão desde o excesso do parlamento de Londres e da posição das colônias americanas, que estabeleceram aplicação efetiva de uma Constituição que se situam em uma origem primeira, com base no controle de constitucionalidade dos Estados Unidos”. Verifica-se, nesse exame histórico feito pelo autor, como a desconfiança em relação ao parlamento levou à formação de um modelo de sistema jurídico, pautado pelo judicial review. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da justiça constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Org.). **Direito constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 455)

importante julgado do *Chief Justice Marshall*.

Assim, pode se dizer que nessa decisão foram estatuídos os três fundamentos do controle judicial de constitucionalidade: a) A Constituição escrita é encarada como a lei fundamental e suprema de uma nação; b) Qualquer ato do Poder Legislativo que afronte as normas constitucionais é nulo; e c) o Poder Judiciário é responsável por dar a última palavra sobre a Constituição²⁵⁹. Dessa forma, o *judicial review*, estabelecido nesse caso histórico, acabou abrindo as portas para que os juízes e tribunais de todo o país pudessem realizar uma reelaboração ou atualização do conteúdo da Constituição, conferindo-lhe uma maior densidade normativa²⁶⁰. Com isso, também surgiu o conhecido controle difuso de constitucionalidade, realizado a partir de qualquer juiz.

Por sua vez, desenvolveu-se na Europa, nas linhas do pensamento de Hans Kelsen, uma proposta diferente para o controle de constitucionalidade via judicial. Em vez de ser conferida a todos os juízes e tribunais, a prerrogativa de exercer esse controle ficaria atribuído a um ou alguns órgãos específicos. Por conta disso, essa concepção é chamada de controle concentrado de constitucionalidade.

O modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil possui caráter misto, haja vista que combina elementos tanto do controle difuso, em que todos os juízes e tribunais devem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, quanto do controle concentrado, já que o Supremo Tribunal Federal funciona como guardião máximo da Constituição responsável pelo controle abstrato de constitucionalidade. Segundo aponta Barroso, desde a primeira Constituição Republicana, a de 1891, o Brasil tem implementado o controle difuso, o qual vige até hoje de maneira quase idêntica, enquanto que o controle concentrado foi implementado na história jurídica brasileira em 1965, por meio da Emenda Constitucional nº 16, que conferiu ao Procurador Geral da República a prerrogativa de provocar, mediante representação, o Supremo a se manifestar sobre a constitucionalidade de uma lei.²⁶¹

O controle de constitucionalidade manifesta-se como um dos principais instrumentos da jurisdição constitucional no Brasil, sendo operacionalizada frequentemente pelo Supremo Tribunal Federal, muitas vezes de maneira contestável, a fim de declarar a nulidade de atos normativos expedidos pelos outros Poderes. Nesse sentido, Baracho afirma: “de fato o controle de constitucionalidade das leis não é senão as técnicas a disposição da Justiça Constitucional.

²⁵⁹ BARROSO, Roberto Luís. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8.

²⁶⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reiventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 32.

²⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 47-49.

É a mais importante, no que diz respeito a um dos elementos da Teoria da Justiça Constitucional”.²⁶²

Quanto à jurisdição constitucional, esta possui suas próprias características e idiosincrasias, que a diferenciam das outras atividades jurisdicionais executadas pelos juízes e tribunais, havendo duas formas principais de distinguir a jurisdição constitucional das outras espécies de jurisdição, de acordo com a perspectiva adotada: material ou formal.²⁶³

Sob a abordagem material, a jurisdição constitucional seria aquela que reuniria todos os mecanismos envolvidos na formação e execução das questões político-jurídicas relevantes estatuídas pela Constituição, abarcando, dessa maneira, as atividades dos principais atores políticos do Estado. Do ponto de vista formal, compreende-se a jurisdição constitucional como aquela desenvolvida por um órgão especial encarregado de resolver os conflitos de ordem constitucional. A melhor forma de definição seria aquela que conjuga esses dois aspectos. Sobre isso, José Adércio Leite Sampaio declara:

A conciliação de critérios formais e materiais, a nosso ver, pode ser conseguida com a identificação de jurisdição constitucional como uma garantia da Constituição, realizada por meio de um órgão jurisdicional de nível superior, integrante ou não da estrutura do Judiciário comum, e de processos jurisdicionais, orientados à adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais [...].²⁶⁴

João Maurício Adeodato enfatiza a diferença existente entre jurisdição constitucional e concretização das normas constitucionais, explicando, com as seguintes palavras, a forma como aquela é uma parte desta:

Repita-se que os conceitos de jurisdição constitucional e concretização da norma constitucional não se confundem. Por um lado, a jurisdição constitucional diz respeito a todo um conjunto de decisões, que tornam plenos de sentido os textos constitucionais utilizados como base para argumentações dogmáticas em torno de litígios, dúvidas, conflitos de entendimento e de interesses, submetidos à apreciação do judiciário; ela é assim formada a partir de uma gama de concretizações. Por outro lado, enquanto a jurisdição constitucional resulta do trabalho do judiciário, ainda que as partes envolvidas nos litígios sugiram seus argumentos, a concretização provém de toda e qualquer utilização da constituição, independentemente do judiciário, pois todos concretizam as normas, a partir dos textos e da realidade. Neste sentido a jurisdição

²⁶² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da justiça constitucional In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Org.). **Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 454.

²⁶³ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reiventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 22-23.

²⁶⁴ Ibidem, p. 23.

constitucional é uma parte importante da concretização, mas apenas uma parte.²⁶⁵

Diante disso, considera-se que a jurisdição constitucional, no contexto brasileiro, é aquela exercida pelo Supremo Tribunal Federal na resolução de controvérsias que envolvam normas constitucionais, marcadamente pela operacionalização do controle de constitucionalidade. Outra forma de conceituá-la seria afirmar que ela consiste no conjunto de técnicas e instituições pelas quais é assegurada a supremacia da Constituição²⁶⁶. Assim, a jurisdição constitucional engloba uma amplitude de questões de imensa importância política, tais como as relações e limites de atuação dos Poderes, a distribuição de competências entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal, a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, decretação de Estado de Sítio, dentre outros.

Portanto, pode-se concluir que, no sistema jurídico brasileiro, cujos fundamentos atuais foram estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, aponta-se o Supremo Tribunal Federal, o órgão máximo do Judiciário Nacional, como o maior responsável pela sua guarda. Dessa maneira, a última palavra sobre o Direito cabe, segundo o desenho institucional pátrio e o de outros países que adotam um modelo semelhante, à decisão de indivíduos que não foram eleitos democraticamente de forma direta.

Estabelecido o que se entende por jurisdição constitucional, para ilustrar a condição de tribunal político atribuída ao STF, é possível verificar uma interferência intensa do Judiciário Brasileiro no sistema político-partidário. Nesse sentido, após analisar decisões do Supremo Tribunal Federal no tocante à verticalização de coligações e à fidelidade partidária, Rômulo Leitão conclui que há uma tendência da Corte em impor uma moralidade ao cenário político-partidário, proferindo decisões sem qualquer efeito prático²⁶⁷. Prevaleceu, assim, uma autoconcepção messiânica dos membros do Judiciário, que se encaram como capazes e moralmente superiores frente às produções legislativas, supostamente impregnadas de partidarismos e interesses, o que lhes permitiriam garantir a ordem democrática com maior propriedade.

Ao decidir certos casos de grande impacto social ou político, no desempenho da jurisdição constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem utilizado metodologias decisórias de

²⁶⁵ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 202-203.

²⁶⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da justiça constitucional In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Org.). **Direito constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 453.

²⁶⁷ LEITÃO, Rômulo Guilherme. **Partidos políticos e redemocratização brasileira**. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

elevado nível de poderes interpretativos, que lhe permitem desconsiderar textos expressos das normas constitucionais²⁶⁸. Essa atitude da Corte contribui para aprofundar as suspeitas sobre a legitimidade de sua atuação na guarda da Constituição.

E desse exame teórico realizado, sobressai a constatação de que a jurisdição constitucional é atividade que interpela os sistemas Política e Direito como se fossem um único: jurídico-político, e com imensa proeminência na determinação da vida política da nação que a adota, em que pese sua nítida roupagem antidemocrática, desestabilizando a sociedade ao reunir dois sistemas fechados, com código e comunicação diferentes, em desrespeito aos limites do acoplamento estrutural (Constituição da República), o que faz com que os dois sistemas comecem a se anular e aumenta, consideravelmente, a complexidade do grande sistema social e da Sociedade. Esse ato provoca uma desdiferenciação entre os sistemas Direito e Política.

Ademais, embora a Alta Corte se encontre prevista na Constituição Brasileira, sendo, portanto, vontade do Poder Constituinte estabelecer o órgão máximo do Judiciário Nacional como o responsável por dar a última palavra sobre o Direito, não parece, *a priori*, incluir ingerência sobre a Administração Pública do Poder Executivo que, embora harmônico, deveria ser independente do Poder Judiciário, conforme artigo 2º da Constituição da República, esta última com a função de acoplamento estrutural entre a Política e o Direito.

Diante disso, talvez fosse necessário supor uma modificação extrema desse quadro, alterando o órgão ou Poder responsável pela guarda da Constituição, a qual não pode ser aventada senão por uma emenda constitucional que implemente tal mudança.

Noutro caso, mantida a ordem jurídica na sua atual configuração, a própria legitimidade deficiente do Judiciário em sua atuação junto às políticas públicas pode influenciar seu comportamento durante o exercício da interpretação jurídica no contexto da jurisdição constitucional.

É necessário relatar que, ainda que existam ações por parte do Judiciário que geram descontentamento na sociedade, por outro lado, há dentre estas o ativismo interpretativo legítimo e, nesse sentido, dos 3 (três) poderes existentes, o Judiciário ainda é o que, ao menos aparentemente, espelha maior confiança na população, talvez pela expectativa gerada de que as coisas sejam solucionadas de forma positiva, conforme a precípua função do subsistema

²⁶⁸ Por exemplo, negar a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as relações de trabalho dos entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, muito embora o texto constitucional expresse afirmando a competência (artigo 114, I, da CR), conforme decisão do Ministro do STF Cezar Peluso na ADI nº 3.395. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.395 MC, Brasília, DF, 10 nov. 2006. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390700>>. Acesso em 23 jul. 2017)

jurídico em estabilizar as expectativas normativas, o que gera segurança no meio social.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal (STF), no exercício da jurisdição constitucional, e por possuir uma legitimidade relativamente inferior a Poderes Democráticos como o Legislativo ou o próprio Executivo, incorre em ativismo judicial indevido quando adota uma teoria ou metodologia de interpretação que lhe permita desprezar o claro sentido dos textos normativos constitucionais.

Dessa forma, a circunstância de a jurisdição constitucional ser, neste aspecto, uma atividade caracteristicamente não democrática, consiste também em uma razão de peso para que o Supremo Tribunal Federal não adote uma postura de elevados poderes interpretativos, isto é, que lhe permita decidir num sentido além do que é possibilitado pela textualidade da Constituição da República.

Pode-se dizer que qualquer aplicador do Direito incorre em ativismo interpretativo ilegítimo sempre que interpreta desrespeitando a distribuição de confiança do subsistema Direito, isto é, utilizando poderes interpretativos amplos, sem que possua um grau de confiança correspondente, ultrapassando o seu código e seus programas.

Em relação ao Poder Judiciário, os críticos chamam tal atitude de “ativismo judicial”, o qual, por outro lado, tem sido muitas vezes defendido por aqueles que se dizem adeptos do “neoconstitucionalismo”. Nesse sentido, Emerique²⁶⁹ afirma que o neoconstitucionalismo tem sido criticado por exigir que os intérpretes do Direito tenham de ir além das normas estatuídas pelos representantes do povo, ou mesmo contra elas. Trata-se de um movimento difuso, sem uma agenda de ideias unificada.

Nesse ideário, apontando esse “amálgama de teorias destoantes”, Humberto Ávila observa criticamente que o neoconstitucionalismo “está menos para uma teoria jurídica ou método, e mais para uma ideologia ou movimento, defendido com retórica, vagueza e subserviência à doutrina estrangeira”.²⁷⁰

Noutro sentido, é possível, segundo Daniel Sarmiento, citar as seguintes teses como representativas desse movimento teórico no Brasil: a) reconhecimento da normatividade dos princípios e sua implementação na aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e adoção de métodos mais abertos de raciocínio jurídico, como a ponderação, teorias da argumentação etc.;

²⁶⁹ EMERIQUE, Lilian Balmant. Neoconstitucionalismo e alguns elementos das percepções contemporâneas da hermenêutica constitucional. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; e OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 657.

²⁷⁰ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo” – entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 7.

c) irradiação de normas e valores constitucionais, especialmente direitos fundamentais, sob todo o ordenamento; d) reaproximação entre Direito e Moral; e) judicialização da política e das relações sociais, com o Judiciário ganhando cada vez mais protagonismo nas relações institucionais.²⁷¹

Ademais, é possível encontrar autores neoconstitucionalistas defendendo um comportamento ativista do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, Luis Roberto Barroso, um dos defensores do neoconstitucionalismo, afirma que o ativismo representa uma postura proativa e expansiva no interpretar da Constituição, em que se busca potencializar o sentido e alcance das normas, indo além do legislador para compensar por um emperramento, inércia ou incapacidade em gerar um consenso, do processo político majoritário.²⁷²

Em outra passagem, alerta que, em que pese o ativismo ser um remédio, é também um antibiótico poderoso, o qual não deve ser utilizado exageradamente. Com isso em mente, compreende que eventual atuação contramajoritária do Supremo é legítima, desde que se dê para preservar direitos fundamentais ou valores democráticos.²⁷³

No entanto, considerando a teoria sistêmica, tanto a judicialização da política, quanto a politização jurídica, não parecem caminhos adequados para a redução da complexidade social, como se verá mais apuradamente adiante.

4.3 CONFIANÇA, DESCONFIANÇA E PROTEÇÃO À CONFIANÇA

4.3.1 Direito e Confiança em Luhmann

Os pontos de partida para entender a ideia da confiança sistêmica segundo a doutrina de Luhmann são a complexidade e a diferenciação social. As relações entre sociedade e complexidade, em um determinado contexto, levam à evolução dos sistemas sociais e, em consequência, à evolução da própria sociedade.²⁷⁴

A capacidade de relacionar-se com a complexidade surge, desta forma, como diretriz de toda a metodologia da teoria sistêmica de Luhmann. E a confiança resulta de uma

²⁷¹ SARMENTO Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; e OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de.

Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-268.

²⁷² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 344.

²⁷³ Ibidem, p. 346.

²⁷⁴ ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. (Des)confiança sistêmica e o direito como generalizador congruente de expectativas normativas. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 54, n. 213, p. 241-263, jan./mar. 2017, p. 242.

necessidade de redução dessa complexidade da vida moderna, permitindo que as pessoas circulem no mundo.²⁷⁵

Por isso, para Luhmann, a confiança é um eficaz instrumento que atua reduzindo a complexidade da sociedade moderna. A **confiança**, então, traduz-se em segurança dos estados atuais frente a uma diversidade de variação dos eventos possíveis, ficando o futuro constantemente em prospecção.²⁷⁶

Dito de outra forma, a confiança permite que o homem se liberte da ideia de que “tudo poderia variar simultaneamente com tudo, ideia com a qual seria impossível viver”.²⁷⁷

Logo, é possível, por meio da confiança sistêmica, reduzir a complexidade do ambiente, o que viabiliza as ações do indivíduo. Conforme Luhmann: “A confiança faz emergir gradualmente expectativas de continuidade, que se formam como princípios firmes, através dos quais pode-se conduzir nossas vidas cotidianas”.²⁷⁸

Assim, Niklas Luhmann utiliza a confiança como elemento sociológico fundamental²⁷⁹, a partir da qual se formam e realizam expectativas.

Conforme Marins, Luhmann aponta a “confiança como uma garantia para o presente em face de expectativas do futuro”, normalmente são imprevisíveis e variáveis, sendo que aquele que confia age pensando num futuro evidente e determinado. Por isso, a confiança aplicada aos atos e relações “reduzem as possibilidades futuras e tornam mais estáveis e menos incertas as relações sociais”.²⁸⁰

A confiança assume, para Luhmann, quase uma antecipação do futuro, invalidando o tempo ou as diferenças do tempo, já que se compreende o futuro como algo certo.²⁸¹

Consequentemente, com base na confiança, como se viu anteriormente quanto à história e à organização, age-se conforme as experiências do passado ou os padrões da organização, para construir expectativas, o que reduz possibilidades futuras e, portanto, a

²⁷⁵ FLORES, Luis Gustavo Gomes; BARRETO, Ricardo Menna. Sociologia e Direito: um diálogo a partir das teorias de Niklas Luhmann e Anthony Giddens. **Revista da ABRASD – Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito**, Porto Alegre, n. 1, out. 2011, p. 252.

²⁷⁶ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. México: Anthropos, 1996, p. 25.

²⁷⁷ *Ibidem*.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 41.

²⁷⁹ Niklas Luhmann compreende confiança mediante três dimensões: 1) subjetiva, de operação reflexiva, ou seja, de que é preciso ter confiança e confiar nessa confiança; 2) expectativas compartilhadas reciprocamente entre indivíduos; 3) sistêmica, transcendendo aspectos psíquicos e as relações individuais: neste caso a confiança se estrutura em expectativas generalizadas em sistemas e organizações (LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 121).

²⁸⁰ MARINS, Vinicius. Desconfiança sistêmica e praticidade no direito tributário brasileiro. **Libertas - Revista de Ciências Sociais Aplicadas**, n. 2, p. 60-76, jul. 2011, p. 62-63.

²⁸¹ LUHMANN, Niklas. *Op. cit.*, p. 15.

complexidade.²⁸²

A liberdade garante diversa gama de condutas mas é limitada pela ordem social, conforme atuação do indivíduo na preservação e afirmação de sua personalidade. E a confiança compreende a expectativa de que seja mantida essa personalidade. E agindo consoante sua personalidade externa “reduz a possibilidade de mudanças futuras de conduta, cria expectativas previsíveis e produz confiança”.²⁸³

No entanto, a vida moderna, por sua própria complexidade, cria um ambiente favorável à **desconfiança**. Quando não se alcança um grau suficiente de confiança, impera a sociedade da desconfiança.

Com muita propriedade, Alain Peyrefitte retrata a sociedade de desconfiança e a sociedade de confiança:

A sociedade de desconfiança é uma sociedade temerosa, ganha-perde: uma sociedade na qual a vida em comum é um jogo cujo resultado é nulo, ou até negativo (se tu ganhas eu perco); sociedade propícia à luta de classes, ao mal-viver nacional e internacional, à inveja social, ao fechamento, à agressividade da vigilância mútua. A sociedade de confiança é uma sociedade em expansão, ganha-ganha (se tu ganhas, eu ganho); sociedade de solidariedade, de projeto comum, de abertura, de intercâmbio, de comunicação. Naturalmente, nenhuma sociedade é 100% de confiança ou de desconfiança. Do mesmo modo que uma mulher nunca é 100% feminina, nem um homem 100% masculino: este comporta sempre uma parte de feminilidade, aquela sempre um pouco de virilidade. O que dá o tom é o elemento dominante.²⁸⁴

Como se vê, a confiança converte o ambiente em uma aparente segurança, necessária para enfrentar o incerto. É pela confiança que as expectativas de comportamento são generalizadas, reduzindo “a falta de informações sobre condutas futuras e o risco quanto a incertezas”.²⁸⁵

O subsistema Direito por ter como função precípua estabilizar as expectativas normativas, ao cumprir seu papel, gera confiança. E, considerando que a confiança espera que os sistemas funcionem conforme as expectativas, é um agente facilitador do Direito.

Sem confiança no subsistema Direito, como valores que norteiam a vida do cidadão e a atividade estatal, a igualdade e o acesso à justiça também acabariam sendo violados.

Nos dizeres de Luhmann: “Todo o aspecto normativo de uma decisão jurídica tem,

²⁸² MARINS, Vinicius. Op. cit., p. 62-63.

²⁸³ MARINS, Vinicius. Desconfiança sistêmica e praticidade no direito tributário brasileiro. **Libertas - Revista de Ciências Sociais Aplicadas**, n. 2, p. 60-76, jul. 2011, p. 62-64.

²⁸⁴ PEYREFITTE, Alain. **A sociedade de confiança**: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, p. 24.

²⁸⁵ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009, p. 12.

portanto, que pretender sua generalização, implicando que casos iguais serão decididos da mesma forma”²⁸⁶. Esse é o alicerce fundamental de um Estado Democrático de Direito e o ideal de justiça para Luhmann: “justiça como fórmula de contingência”.²⁸⁷

É importante evitar que, a hipercomplexidade interna inerente ao subsistema Direito aliada à adequação social ocasionada por sua abertura, faça distinção quanto à aplicação de normas jurídicas para casos iguais. Efetivada tal distinção, gerar-se-á prejuízo à confiança e à estabilidade na prestação jurisdicional, pois eventual dificuldade ou problema na ausência de confiança no sistema Direito encontra-se estreitamente relacionada à falta de previsibilidade e, por esta razão, leva à violação do princípio da igualdade e do acesso à justiça, como acima mencionado.

Consentir que casos iguais sejam tratados de maneira desigual seria o mesmo que autorizar que uma norma jurídica fosse tratada de forma distinta em casos iguais, o que consubstancia-se em violação ao Estado Democrático de Direito. Mas é característico de todo Estado Democrático de Direito Contemporâneo, o uso de instrumentos que levem à confiança na uniformidade das ações do subsistema Direito. Referida confiança impõe restrições para a discricionariedade quando da aplicação da norma e, concomitantemente, assegura liberdade aos jurisdicionados quando estes ficam cientes sobre o que está ou não se mostra em conformidade com o direito.

Neste ponto os problemas originados pelas decisões das Cortes Constitucionais em discrepância com a expectativa normativa que se tem, conforme tratado na seção anterior deste capítulo. O ambiente que gera é de desconfiança.

E, considerando o que acima se expos e a teoria de Luhmann quanto à confiança, pela qual ela consiste num instrumento de redução da complexidade, tendo seu fundamento no fato de que os sistemas funcionem conforme as expectativas, verifica-se que a influência negativa ou confusões entre os Subsistemas Política e Direito ou entre os poderes estatais não beneficiam a confiança, tampouco a sociedade.

A judicialização da política e/ou a politização do direito geram desconfiança e não confiança.

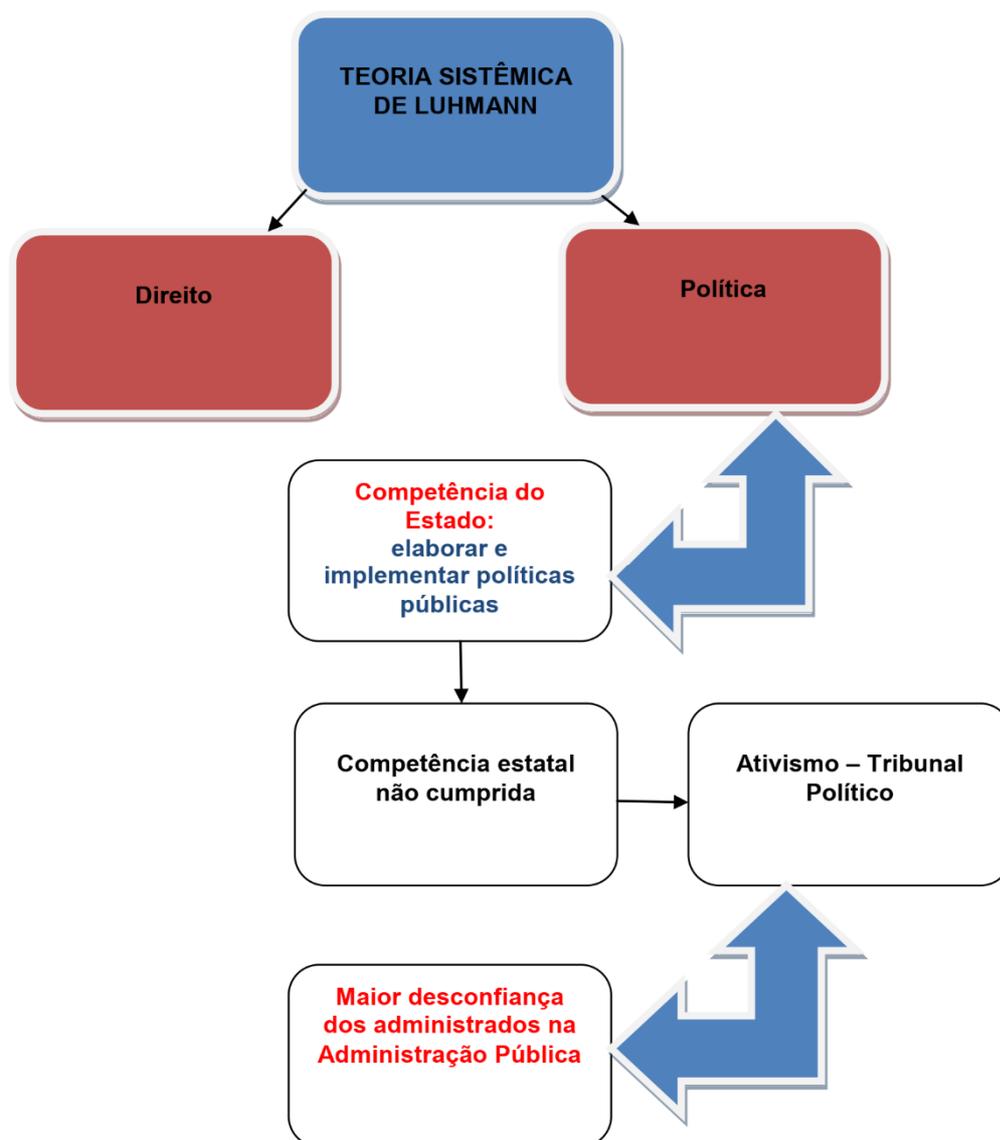
Por consequência, esses mencionados defeitos sistêmicos aumentam o caráter de imprevisibilidade no comportamento das pessoas, diminuindo o potencial de ação do sistema social.

²⁸⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. 2. v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 34.

²⁸⁷ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade** na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 120.

O resultado é a involução social já que, sem confiança, o sistema perde tempo se preocupando com as possibilidades nefastas do futuro, sendo possível apenas formas reduzidas de cooperação.

Figura 10 – Representação esquemática da abordagem sobre Direito, Política e desconfiança em Luhmann²⁸⁸



4.3.2 Proteção à Confiança como dogma fundamental, estruturante e implícito da ordem jurídica e do Estado de Direito

O princípio da proteção à confiança encontra seu fundamento primordial na segurança

²⁸⁸ Fonte: elaborada pelo autor

jurídica e no Estado de Direito.

A partir da Segunda Grande Guerra e dos movimentos sociais do Século XX, o conceito de Estado de Direito foi reinterpretado para incluir em seu cerne o respeito pela democracia e pelos direitos fundamentais. Passou-se, assim, a compreender, além das ideias de justiça e segurança jurídica que são seus elementos estruturantes, os seguintes componentes:

a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; b) a divisão das funções do Estado, de modo que haja razoável equilíbrio e harmonia entre elas, bem como entre os órgãos que as exercitam, a fim de que o poder estatal seja limitado e contido por “freios e contrapesos” (*checks and balances*); c) a legalidade da Administração Pública e, d) a proteção da boa-fé ou da confiança (*Vertrauensschutz*) que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis.²⁸⁹

Maffini, que também sugere a leitura de Achterberger realizada por Couto e Silva²⁹⁰, indica, em contraponto, o prisma de Sylvia Calmes, desassociando o Estado de Direito dos direitos fundamentais e do princípio democrático em contraposição à doutrina germânica²⁹¹. A autora mencionada propõe três rubricas para apreensão do sentido contemporâneo da expressão:

A primeira delas corresponderia aos “elementos constitutivos” (*Konstitutionselemente*) do Estado de Direito, portadores de uma função de determinação (*Massgebung*), dos quais se poderiam destacar: a) a vinculação do Estado à Constituição, à lei e ao Direito; b) a divisão das funções estatais; c) a proteção jurisdicional contra os poderes públicos; d) a paz jurídica; e) a obrigação de motivação das decisões estatais. A segunda categoria das características do Estado de Direito consistiria nos seus “elementos nomocráticos” (*Nomokratie-Elemente*) dotados de uma função de regulação (*Regelmass*), quais sejam: a) a vinculação geral à lei; b) a interdição do arbítrio; c) a restituição da conformidade com o Direito; d) a segurança jurídica; e) a submissão geral às decisões judiciais; f) a imparcialidade, dentre outros. Por fim, Sylvia Calmes cita como terceira categoria de características do Estado de Direito, aqueles denominados “elementos relativizadores” (*Relationselemente*),

²⁸⁹ Sistematização proposta por Couto e Silva (COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, 1987, p. 46; COUTO E SILVA, Almiro do. Cadernos de Direito Público. **Revista da PGE – Procuradoria-Geral do Estado RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, dez./2013, p. 13), baseado na obra de Achterberger. (ACHTERBERG, Norbert. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. Heidelberg: C. F. Müller, 1982 e de HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschlands**. Karlsruhe: C. F. Müller, 1975, p. 79.)

²⁹⁰ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção da confiança legítima**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, [n.p]. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/120/edicao-1/principio-da-protecao-da-confianca-legitima>>. Acesso em 10 mai 2019.

²⁹¹ CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance legitime em droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 83-87.

pertinentes à função de adequação (*Angemessenheit*).²⁹²

Mesmo que se dissocie a noção de Estado de Direito dos direitos fundamentais, como faz Sylvia Calmes, não há como negar que a ideia de proteção à confiança decorreu da releitura do papel do Estado e da sua aproximação às demandas dos cidadãos, acentuadas a partir da segunda metade do Século XX.

E, quando se analisa a construção do conceito de Estado de Direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, identificam-se elementos semelhantes aos apontados pela doutrina alemã e francesa.

Nesse sentido, Maffini, num estudo estruturado dos julgados do STF divide-os em cinco grupos.²⁹³

Num **primeiro grupo de julgados**²⁹⁴, tem-se a utilização da expressão no sentido de que todo o Estado, em qualquer de suas feições ou funções, deve submissão à ordem jurídica – constitucional e infraconstitucional – por ele mesmo criada. Em função disso, num **segundo grupo de julgados**²⁹⁵, pontificou o STF que a noção de Estado de Direito implica a submissão dos órgãos estatais aos modos de controle previstos e à responsabilização por danos causados. Um **terceiro grupo de precedentes**²⁹⁶ atribui ao conceito de Estado de Direito o fundamento para o princípio da separação das funções estatais.

Num **outro grupo de julgados**²⁹⁷, a Corte Constitucional Brasileira relaciona o conceito de Estado de Direito à previsão e efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Por fim, no **quinto grupo de casos**²⁹⁸, encontram-se as decisões que relacionam o Estado de Direito ao princípio da segurança jurídica.

²⁹² MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção da confiança legítima**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, [n.p], nota 24. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/120/edicao-1/principio-da-protecao-da-confianca-legitima>>. Acesso em 10 mai 2019.

²⁹³ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. 253 f. Tese (Doutorado em Direito). Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005, p. 34-36.

²⁹⁴ RE 158.215, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30.04.1996; RE 252.245, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 14.11.2000 e RE 247.262, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13.02.2001. (MAFFINI, Rafael. Op. cit., p. 34-36.)

²⁹⁵ RE 102.413, Rel. Min. Carlos Madeira, j. 20.05.1986 e RE 176.564, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 14. 12. 1988. (MAFFINI, Rafael. Op. cit., p. 34-36.)

²⁹⁶ ADIn 3.046, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.04.2004. (MAFFINI, Rafael. Op. cit., p. 34-36.)

²⁹⁷ HC 82.424, Rel. p/acórdão Min. Maurício Corrêa, j. 17.09.2003. (MAFFINI, Rafael. Op. cit., p. 34-36.)

²⁹⁸ Pet. 2900 QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27.05.2003; RMS 23.383, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.06.2003; MS 24.268, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 05.02.2004, dentre outros. (MAFFINI, Rafael. Op. cit., p. 34-36.)

Essa classificação pode ser resumida em cinco pontos:

- a) legalidade ou juridicidade, no sentido de que o Estado se encontra submetido à ordem jurídica que lhe é inerente; b) submissão do Estado a mecanismos de controle e de responsabilização; c) separação das funções estatais; d) submissão do Estado aos direitos e garantias fundamentais; e) segurança jurídica.²⁹⁹

Percebe-se, pelas acepções apontadas, que o conceito de Estado de Direito hoje possui uma estrutura complexa, abrigando elementos constitutivos, como o estabelecimento dos elementos formativos do Estado, da divisão de funções e do império da legalidade (juridicidade) e, além disso, ostenta a função de garantidor da segurança, justiça e da efetivação dos direitos fundamentais.

Não há dúvida que a noção de segurança jurídica é uma característica constante deste conceito, pois cabe ao Estado de Direito também a garantia da clareza e previsibilidade das normas jurídicas, propiciando aos cidadãos orientar suas ações de acordo com as consequências previamente conhecidas. A ideia de proteção à confiança também nasce daí e se dirige contra as modificações inesperadas e danosas da conduta estatal.

Quando se fala, pois, em um fundamento da proteção à confiança, tem-se a ideia do Estado de Direito como uma referência substancial, mas não direta, eis que, entende-se, será sempre necessária a intermediação do princípio da segurança jurídica, em sentido amplo, para se chegar a essa ideia de preservação das expectativas legitimamente depositadas na estabilidade dos atos estatais. Isso porque a noção de Estado de Direito abriga múltiplos significados, como se asseverou, e tal amplitude semântica exige a adoção de um conceito com delimitação mais aproximada do princípio em estudo.

Nesse particular, há que registrar a corrente doutrinária e jurisprudencial majoritária que deduz o princípio da proteção à confiança da segurança jurídica, esta por sua vez, deduzida do Estado de Direito, como faz Hartmut Maurer³⁰⁰. Porém, Couto e Silva, ao citar Maurer e outros autores, diz que “[p]revalece, no entanto, o entendimento de que o princípio da proteção à confiança tem como matriz constitucional o princípio da segurança jurídica, o qual, por sua vez, é subprincípio não expresso do sobreprincípio Estado de Direito”.³⁰¹

²⁹⁹ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. 253 f. Tese (Doutorado em Direito). Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005, p. 36

³⁰⁰ MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 84-85.

³⁰¹ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **R. Dir.**

Tratam-se, portanto, de princípios independentes, elementares e constitutivos (embora intimamente vinculados) do Estado de Direito.

Ocorre que parte da doutrina vê a proteção da confiança como dimensão subjetiva da segurança jurídica, na linha desenvolvida por Gomes Canotilho:

[...] O homem necessita de segurança jurídica para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da protecção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com os elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos [...]³⁰²

Assim, alinham-se de um lado, os doutrinadores que defendem a existência de dois princípios distintos, protecção à confiança e segurança jurídica. Deduzidos de forma distinta, mas interligados. Outros entendem ser o princípio da protecção à confiança uma dimensão específica da segurança jurídica, que por sua vez constitui subprincípio do Estado de Direito.

Entende-se que a discussão não oferece grande utilidade prática, pois a dedução da protecção à confiança diretamente do Estado de Direito ou da segurança jurídica em sentido amplo não retira do princípio o seu carácter de dogma fundamental, estruturante e implícito da ordem jurídica.

Ao que parece, trata-se apenas de diferentes pontos de vista acerca da noção de segurança jurídica: quando designada em sentido amplo (objetivo e subjetivo) engloba a protecção à confiança; quando utilizada em sentido estrito (objetivo) figura ao lado da protecção à confiança como princípio fundamental deduzido do Estado de Direito.³⁰³

Adm., Rio de Janeiro, n. 237, jul./set. 2004, p. 274 (nota de rodapé 7). Complementando, conforme observa Ávila, “[...] relativamente às normas mais amplas (sobreprincípios), os princípios exercem uma *função definitória*, na medida em que delimitam, com maior especificação, o comando mais amplo estabelecido pelo sobreprincípio axiologicamente superior. Por exemplo, os subprincípios da protecção da confiança e da boa-fé objetiva deverão especificar, para situações mais concretas, a abrangência do sobreprincípio da segurança jurídica”. Ainda, os princípios têm função integrativa e bloqueadora, sendo que os subprincípios exercem também uma função interpretativa e os sobreprincípios uma função rearticuladora. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 79-80.)

³⁰² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 252-256.

³⁰³ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (protecção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 237, jul./set. 2004, p. 273-274

Acredita-se que a segurança jurídica funciona como canal de dedução da proteção à confiança e dela não se desprende. Num outro giro, a ideia de proteção à confiança passa a integrar o conceito de segurança jurídica, redefinindo-a pelo viés subjetivo.

Mesmo quem defende a autonomia dos dois princípios, não nega que ambos estão intimamente ligados, pois se relacionam com a necessidade de manutenção, de permanência de determinadas situações merecedoras de proteção jurídica. Em lição esclarecedora, observa Almiro do Couto e Silva:

[...] A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos frequentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro, tal proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no artigo 5º, inciso XXXVI. A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação³⁰⁴.

Desse modo, pode-se compreender a proteção à confiança como viés subjetivo do princípio da segurança jurídica, cujo conceito abriga em seu núcleo o mecanismo de retenção, de estabilidade, frente às modificações naturais da vida em sociedade.³⁰⁵

Quer seja no sentido objetivo, que abrange os institutos do direito adquirido, da prescrição, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada, ou no âmbito subjetivo da proteção à confiança, a segurança jurídica resguarda aquilo que deva permanecer imutável no tempo; o que deve ser certo, porque de antemão sabido.³⁰⁶

Pontual a sistematização proposta por Sylvia Calmes³⁰⁷, que reconhecendo a grande dificuldade da apreensão do sentido do princípio da segurança jurídica, propõe três aproximações semânticas:

³⁰⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 237, jul./set. 2004, p. 273-274

³⁰⁵ *Ibidem*.

³⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 132. Nessa passagem, a autora extrai o valor de permanência e estabilidade como ínsito ao significado de segurança jurídica, na acepção adotada pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro.

³⁰⁷ CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance legitime em droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 158-161.

Primeiramente, segurança jurídica induz à ideia de “previsibilidade” (*Voraussehbarkeit*) ou, em outros termos, de possibilidade de “cálculo prévio” (*Vorausberechenbarkeit*) acerca das medidas ou comportamentos do Poder Público em qualquer de suas funções (legislação, jurisdição e administração pública).²⁸ [...]

De outro lado, o princípio da segurança jurídica conduziria à noção de “acessibilidade” (*Vermittelbarkeit*), muito mais relacionada com o “saber”³⁰ (conhecer) as ações estatais do que com a sua previsibilidade propriamente dita.

[...]

Numa terceira acepção, a segurança jurídica tem novamente uma feição de previsibilidade, porém agora *ex post*, ou seja, no sentido de “estabilidade” (*Beständigkeit*), de continuidade, permanência, regularidade das situações e relações jurídicas (sejam atos, sejam comportamentos do Poder Público) vigentes.^{308 309}

Esses três aspectos ressaltados revelam o âmbito protetivo da segurança jurídica, o qual faz incidir mecanismos objetivos, como a prescrição, o ato jurídico perfeito e coisa julgada, bem como o mecanismo subjetivo da proteção da previsibilidade, acessibilidade e da estabilidade depositada pelos cidadãos nas ações estatais contra as modificações danosas, inesperadas e injustificáveis do Poder Público.

Por certo, o princípio de proteção à confiança não vincula a ideia de engessamento da ação estatal, ao contrário, pressupõe a mudança ao propor a aplicação de um regime jurídico protetivo que alcance aqueles que foram atingidos pela alteração. Isso porque o princípio

impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou atribui-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.³¹⁰

Em suma, quer se vislumbre a proteção à confiança como decorrência imediata do Estado de Direito ou como dimensão subjetiva da segurança jurídica, verifica-se que o princípio possui campo semântico próprio e confere, numa via de mão dupla, novo significado aos ditos fundamentos ao tutelar a perspectiva dos cidadãos e a confiança digna de proteção em face das

³⁰⁸ CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance legitime em droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 158-161.

³⁰⁹ MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção da confiança legítima**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, [n.p]. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/120/edicao-1/principio-da-protecao-da-confianca-legitima>>. Acesso em 10 mai 2019.

³¹⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 237, jul./set. 2004, p. 272.

modificações de conduta estatais.

Assim, para proteger a confiança, é forçoso concluir que deve também ser estabelecida uma nova forma de conduta do Poder Judiciário e da Administração Pública perante os administrados. Devem atuar de forma mais planejada, comedida, sem risco de cometer exageros ou abuso de poder.

Devem se desvincular de atitudes tipicamente de império, que possam resultar em violação às expectativas dos particulares.

Essa nova perspectiva de atuação da Administração demanda a tutela, nessas relações, da boa-fé e da confiança dos administrados³¹¹, aí incluídas as expectativas geradas, bem como a manutenção das mesmas em respeito à confiança por elas despertada na sociedade.

Essa forma de agir deve condicionar as ações da Administração também nas relações negociais e extranegociais quando o princípio da confiança é especificado “pelos correlatos e conexos princípios da lealdade e da boa-fé objetiva, ambos constituindo a dupla face da confiança”.³¹²

4.3.3 Confiança, Desconfiança e o Pacto Social

Para Dahrendorf as normas sociais têm sua validade avaliada conforme a moralidade e a eficácia³¹³. Para tanto, considera-se a presença ou não de sanções.

Violada a norma e aplicada a sanção, foi cumprida a expectativa. A confiança foi confirmada.

Violada a norma mas não aplicada a sanção, dois cenários são construídos.

³¹¹ Nesse sentido, ressalta Judith Martins-Costa: “A Administração – ainda que atuando como autoridade decisória – está adstrita a conformar a própria conduta a normas de comportamento que, mesmo não expressamente previstas na lei ou em atos administrativos, permitem realizar o interesse público sem o excessivo sacrifício da esfera jurídica dos cidadãos. Daí que, objetivamente gerada a confiança por atos, palavras ou comportamentos concludentes, esta se incorpora ao patrimônio jurídico daqueles a quem são dirigidos esses atos, palavras ou comportamentos: o Ordenamento jurídico tutela os efeitos produzidos pela ação geradora de confiança em quem nela legitimamente confiou, coibindo ou limitando a ação administrativa, ou impondo deveres à Administração” (MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 236).

³¹² MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, vol. 20, out. 2001, p. 133; MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002, p. 237.

³¹³ DAHRENDORF apud FERREIRA, Helder Rogério Sant’Ana. **Classes populares, polícia e punição**. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, 2002, p. 39.

No primeiro, conclui-se que a validade das normas está em perigo e que a sociedade está à beira da anomia (ambiente de máxima incerteza, na qual um indivíduo não pode prever o comportamento do outro), o que se assemelha à desconfiança em Luhmann.

No segundo, significa mudança social que transformou os julgamentos morais sobre certos comportamentos, antes desviantes, mas que passaram a ser tidos por normais.

Para a teoria sistêmica de Luhmann, o julgamento moral não é um elemento a ser considerado. Por isso, por ora, o que importa ao presente estudo é a conclusão de Dahrendorf quanto à anomia, que se aproxima do conceito de desconfiança em Luhmann.

Nesse sentido, Dahrendorf complementa que a previsibilidade do comportamento do outro depende da vigência do contrato social (membros de uma sociedade associados sob determinadas regras e com autoridade capaz de fazer valer as sanções).³¹⁴

Assim, melhor aprofundando a questão, passa-se à análise da legitimidade do pacto social na relação entre Direito e Política.

4.4 LEGITIMIDADE DO PACTO SOCIAL

É necessário que o contrato social seja visto como um processo aberto e permanente de adequação e negociação entre as diferentes forças sociais, com o conteúdo da justiça e da legitimidade do pacto social em contínua renovação.³¹⁵

A partir disso, é possível que as correções na legitimidade do pacto social quanto às deturpações da Política e do Direito passem pela verificação e análise da sistemática em que se inscreve a democracia participativa ou democracia deliberativa³¹⁶.

A democracia participativa, parece ser um instrumento de prevenção quanto à depreciação e definhamento da legitimidade do pacto social pelos exageros do modo como se opera o Direito ou a Política, na atuação de governos e governantes, que manipulam esses sistemas.

Deve-se ter firme que a presente análise ocorre independentemente da vontade de tais

³¹⁴ DAHRENDORF apud FERREIRA, Helder Rogério Sant'Ana. **Classes populares, polícia e punição**. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, 2002, p. 39.

³¹⁵ LERSCH, Thelma Beatriz carvalho Cajueiro. **Cidadania, reconhecimento e justiça: para uma compreensão moral da ação afirmativa racial**. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Programa de Pós-graduação em Ciências sociais da PUC-Rio, Rio de Janeiro, fev. 2014, p. 67.

³¹⁶ Democracia participativa e democracia deliberativa podem ser tratadas como sinônimos e significar a intervenção direta dos cidadãos na tomada de decisão e exercício do poder. Democracia deliberativa é termo cunhado por Jurgen Habermas com relação à participação da sociedade civil na definição de rumos para a vida social coletiva por intermédio de justificativas mútuas entre os cidadãos (Nota do autor).

gestores, considerando que o este estudo não avalia o caráter volitivo, mas sim as consequências dos atos que se realizam na prática hodierna. Ainda assim, é de se registrar que as técnicas corruptoras da legitimidade do pacto social são oriundas de um pensamento arcaico, belicista e revanchista de dominação que não mais se adequa à proposta mais atual de Estado. São deletérias à forma Republicana e Federativa do sistema, bem como ao exercício da cidadania.

A legitimidade do pacto social, em verdade, está apoiada em valores baseados na relação direta entre cidadão e Estado. Pode ser intermediada pela Sociedade, mas em razões de justiça social e não de justiça individual³¹⁷, sob o prisma dos direitos fundamentais, ligado a preceitos constitucionais.

A democracia participativa, inclusive, é capaz de corrigir as deturpações do presidencialismo e do parlamentarismo, ao excluir versões autoritárias de exercício de poder, aprofundando o diálogo e o mútuo respeito às posições de consciência, o que sobreleva o princípio da dignidade da pessoa humana.³¹⁸

Nesse sentido, a divisão de poderes, inclusive, como já mencionado em outras seções antecedentes deste trabalho, deve passar a ser pensada de forma sistemática. Bonavides, porém, chega ao extremo de entender que a divisão rígida e estanque do poder não tem mais sustentabilidade plena:

A separação de poderes é (...) técnica em declínio, sujeita a gradual superação, imposta por requisitos novos de equilíbrio político e acomodação a esquemas constitucionais cujo pensamento já não assenta em razões preponderantes de formalismo na proteção de direitos individuais, conforme o teor clássico de sua elaboração inicial e finalidade precípua do velho liberalismo.³¹⁹

Por outro lado, o mesmo autor, em defesa da Constituição e dos direitos fundamentais, acrescenta que “[s]em o respeito à Constituição, sem o acatamento aos direitos fundamentais, sem a fé nas instituições, não há Direito justo, não há legitimidade, não há ordem constitucional digna desse nome”.³²⁰

Já Habermas, deslocando o ponto de observação, propõe a perspectiva social das três esferas do domínio do poder: Estado, Mercado e Sociedade Civil. Ou seja, respectivamente,

³¹⁷ BONAVIDES, Paulo. A democracia participativa como alternativa constitucional ao presidencialismo e ao parlamentarismo. **Revista Esmafe**: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 3, mar. 2002, p. 103.

³¹⁸ Ibidem, p. 104.

³¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 65.

³²⁰ BONAVIDES, Paulo. A democracia participativa como alternativa constitucional ao presidencialismo e ao parlamentarismo. **Revista Esmafe**: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 3, mar. 2002, p. 105.

poder administrativo da Administração Pública, poder econômico (dinheiro), e poder comunicativo. Para ele a economia não pode ser direcionada pela Administração Pública, assim como a economia não pode direcionar a vida política. E o direito limitaria os ataques do dinheiro e do poder político, confiando o autor no surgimento de uma sociedade de cidadãos (democracia deliberativa) a suplantará a sociedade burguesa.³²¹

Para Habermas a sociedade civil ou de cidadãos está pronta ao consenso, o que garante a legitimidade do pacto social, com o sistema político alcançando essa legitimidade através da opinião pública. Entretanto, essa opinião pública deve ser autêntica, ou seja, refletir o sentimento da maioria.

Ocorre que no Brasil, decisões políticas que ocorrem no âmbito dos poderes estatais por muitas vezes não refletem a posição da maioria. No Poder Judiciário, os Tribunais Constitucionais, inclusive, dizem-se defensores das minorias. No Poder Executivo e Legislativo o que se vê, rotineiramente, são grupos variados procurando vantagem utilizando de diversas manobras e técnicas para que seu projeto prevaleça, não resultando em vontade da maioria mas um compromisso (“acordão”) entre grupos de interesses conflitantes.³²²

A democracia deliberativa, na prática de hoje, está distorcida, já que o Estado domina o mercado para obter ganhos políticos, ou seja, o governo manipula sua representatividade para auferir vantagens de natureza política.

Essa atuação do governo é imoral, mas nem sempre é ilícita, o que dificulta a sua punição. Ainda assim, pode, por vezes, ultrapassar os limites da legalidade e caracterizar crimes, inclusive de corrupção, cujo desfecho segue as mesmas técnicas de domínio e manipulação, política e jurídica, acima mencionadas, a fim desses atores lograrem êxito na impunidade. Mais um ingrediente para corromper o pacto social.

Para Zaluar³²³ “o estado de corrupção vigente e a impunidade de crimes cometidos por pessoas de classes privilegiadas fazem com que a população em geral passe a desconfiar da

³²¹ MORO, Cássio Ariel. **A função criadora do juiz: do implemento dos poderes judiciais ao estabelecimento de uma margem de segurança para as decisões inovatórias.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2011, p. 48.

³²² SAPHIRO, Martin. Freedom of speech: the Supreme Court and judicial review. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1966, p. 24. In: CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores.** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 15.

³²³ “No Brasil, uma das primeiras pesquisas de opinião sobre a violência foi O Rio contra o crime realizada na cidade do Rio de Janeiro, em 1985 e coordenada por Alba Zaluar. Este *survey* contou com a participação espontânea de 228.027 pessoas [...]”. FERREIRA, Helder Rogério Sant’Ana. **Classes populares, polícia e punição.** Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, 2002, p. 40.

justiça e também da ordem social, danificando a legitimidade do pacto social”³²⁴, havendo a necessidade de construção de um novo pacto social, com uma noção de justiça mais democrática.³²⁵

Em sua pesquisa quanto à violência, Zaluar detectou a desconfiança em relação às instituições responsáveis pela segurança da população (60% não confiam na justiça e 2/3 não confiam na polícia) e a preocupação primeira com o combate à corrupção, fazendo concluir que a impunidade das classes privilegiadas e dos governantes gera desconfiança na justiça e na própria legitimidade do pacto social, ocasionando a anomia de Dahrendorf já mencionada anteriormente: desistência sistemática de punições³²⁶, a qual se assemelha ao significado de desconfiança, conforme proposto por Luhmann, como visto, ou seja, máxima incerteza em que não se prevê o comportamento do outro.

Assim, a previsibilidade no comportamento do outro e no comportamento das instituições, ou seja, a confiança de Luhmann, depende, para Dahrendorf, da vigência do contrato social.³²⁷

No Brasil, atualmente, guardados os ângulos de visão das ideologias políticas, ilustra-se uma reversão desse fenômeno da anomia, através da Operação Lava Jato, deflagrada e mantida pela Polícia Federal, que resultou em diversas condenações cíveis e penais de políticos e empresários de alto renome nacional. Tais exemplos auxiliam na expectativa do cumprimento do Direito, ao menos parcialmente, o que já é suficiente para fortalecer a legitimidade do pacto social.

³²⁴ ZALUAR apud BORGES, Luciana Souza. **Moralidade e Homicídio: um estudo sobre a motivação e a ação do transgressor**. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2004, p. 69-70.

³²⁵ ZALUAR apud BORGES, Luciana Souza. **Moralidade e Homicídio: um estudo sobre a motivação e a ação do transgressor**. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2004, p. 69-70.

³²⁶ ZALUAR apud FERREIRA, Helder Rogério Sant’Ana. **Classes populares, polícia e punição**. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, 2002, p. 41.

³²⁷ FERREIRA, Helder Rogério Sant’Ana. **Classes populares, polícia e punição**. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, 2002, p. 39.

5 PLANO DE AÇÃO – PROPOSTA DE INTERVENÇÃO

Há uma preocupação atual na Administração Pública quanto à redução da distância entre gestores públicos e cidadãos, especialmente na busca pelo aumento da eficiência na prestação dos serviços, resultando na satisfação dos usuários, o aumento da confiança e a confirmação e manutenção da legitimidade do pacto social.

É destacada a importância dessa aproximação, contribuindo diretamente no gradativo crescimento da confiança nas instituições públicas, no Estado e, inclusive, na democracia.

Ademais, tanto o Poder Judiciário quanto a Administração Pública devem ter nova postura perante os administrados, devendo buscar mais planejamento antes da execução.

Por isso, já tarda a necessidade de que a interação dos usuários com os órgãos públicos tenha uma melhor avaliação e, quiçá, medição.

Através de indicadores de gestão no setor público podem surgir problemas e desafios a serem sanados, como, por exemplo: 1) reduzir o tempo de espera³²⁸; 2) otimizar a relação custo-benefício³²⁹; 3) aprimorar a comunicação com o usuário³³⁰; 4) rediscutir a gestão de pessoas, com foco em atendimento³³¹; 5) reformular os arranjos da prestação dos serviços, com foco no envolvimento dos usuários³³²; 6) melhorar a eficácia e eficiência na obtenção de resposta do serviço público; 7) melhorar os processos, métodos e procedimentos; 8) procurar a máxima utilidade e oportunidade da informação produzida e utilizada no manejo dos recursos alocados; 9) contribuir com o melhoramento da capacidade administrativas dos entes públicos; etc.

Os indicadores (relevantes, pertinentes, objetivos, sensíveis e precisos) devem ser capazes de medir as atividades realizadas, os resultados obtidos e os recursos utilizados e a sua comparação com os valores-padrão preestabelecidos deve permitir identificar variações importantes.

Igualmente, deve-se avaliar o custo-benefício, ou seja, o “custo para obter o resultado da aplicação do indicador deve ser menor que o benefício da informação que fornece e, ao

³²⁸ GOVERNO federal divulga pesquisa inédita sobre qualidade dos serviços públicos. **PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO**: Ministério da Economia, 2018. Disponível em <<http://www.planejamento.gov.br/noticias/governo-federal-divulga-pesquisa-inedita-sobre-qualidade-dos-servicos-publicos>>. Acesso em 01 jul. 2019.

³²⁹ Ibidem.

³³⁰ Ibidem.

³³¹ Ibidem.

³³² Ibidem.

mesmo tempo, deve ser fácil de calcular e de interpretar”.³³³

Considerando todo o arcabouço teórico dispendido até o momento é pertinente que se pretenda ver na população o grau de confiança que dispensa ao Estado e à sua atuação, bem como o grau de legitimidade do pacto social. Ou ainda, a renovação do pacto social, conforme proposto por Zaluar.³³⁴

Parece, então, aconselhável a realização de Pesquisa de Satisfação e Contrato Social.

A primeira em relação à aplicação de questionário junto aos usuários e prestadores de serviços (efetivos ou não) da organização pública.

O segundo constituído de carta aberta firmada com o compromisso entre a organização pública e a sociedade, declarando padrões de desempenho das atividades e serviços, inclusive atendimento ao público.

Para complementar, uma terceira via. É possível aplicar o *Customer Journey Mapping* (mapeamento do percurso dos usuários/clientes) para ser capaz de descrever os estágios pelos quais o cidadão-usuário passa na organização pública e compreender a melhor forma de guiá-lo para que todos alcancem o resultado desejado.

Na verdade, tais procedimentos consistem em sugestões, as quais, necessitam, porém, da implementação de uma estrutura que lhes dê suporte, a qual pode e deve ser materializada através de uma Política e uma Comissão específica para tratar do assunto.

Considerando que o Poder Judiciário, na condição de poder político estatal, deveria considerar a opinião pública em sua atuação política e, além disso, fortalecer mecanismos de confiança no Estado, auxiliando na legitimidade do pacto social é que se propõe a ação conforme minuta ementada ao final.

5.1 JUSTIFICATIVA PARA A ORGANIZAÇÃO PÚBLICA ESCOLHIDA

A organização pública escolhida para a proposta de intervenção é o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

Inicialmente, considerando toda a exposição teórica, o órgão escolhido deveria estar contido tanto no subsistema Política quando no subsistema Direito, bem como, por suas decisões, pudesse interferir em outra divisão do poder estatal, distinta da sua. É o caso dos

³³³ GRUPO de Estudos Temáticos do Conselho Regional de Administração de Minas Gerais. **Manual de auditoria do Administrador**. [s.l.]: Sistema CFA/CRA's, 2014, p. 20.

³³⁴ ZALUAR apud BORGES, Luciana Souza. **Moralidade e Homicídio: um estudo sobre a motivação e a ação do transgressor**. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2004, p. 69-70.

tribunais do Poder Judiciário e do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

Os tribunais estão presentes na Política como uma das divisões do poder estatal (Poder Judiciário) dentro da organização Estado, inserto no subsistema Política. E estão presentes no Direito como a organização central do subsistema Direito. E suas decisões podem interferir em outras divisões do poder (Executivo ou Legislativo) ou suplantá-los.

O Poder Judiciário tem sua divisão orgânica definida na Constituição da República (artigo 92 e ss.). Seus órgãos estão distribuídos nas esferas federal e estadual, em jurisdição comum ou especializada. Por exemplo, na esfera federal de jurisdição especializada encontram-se os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares e, também, os Tribunais e Juízes do Trabalho.

Quanto à esta última, Justiça do Trabalho, há um caso em especial, que se coaduna ao que foi tratado até o momento na presente dissertação. Ultimamente têm sido propostas naquela Justiça Especializada ações trabalhistas em que aprovados em concurso público postulam a sua nomeação em face da Administração Pública Indireta (Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil, Petrobrás, CONAB etc.).

Em regra, já decidiu o STF, os concursados não têm direito subjetivo à nomeação. No entanto, nos casos que deram origem às ações, os concursos foram realizados, encerrados, mas poucos foram nomeados e, paralelamente, o ente público contratou número excessivo de prestadores de serviços terceirizados para realizarem os mesmos serviços daqueles que seriam concursados.

Para este pesquisador é inafastável o desvirtuamento dos institutos jurídicos, considerando que a Constituição da República prevê que o pessoal será contratado por concurso público, ou seja, essa a forma de ingresso naqueles entes públicos.

No entanto, ao passar a refletir mais sobre o assunto verifica-se uma opção política (e econômica) nas empresas públicas quanto a contratação menos onerosa de pessoal.

E essa decisão que mantém a saúde financeira do ente público, especialmente considerando que concorre na mesma posição (paridade de armas) com empresas privadas do mesmo ramo de atuação, é nulificada pelo Poder Judiciário, inclusive na Justiça do Trabalho.

Assim, confirma-se que a Justiça do Trabalho está contida tanto no subsistema Política quando no subsistema Direito, podendo interferir em outra divisão do poder estatal.

Por fim, outro motivo para a escolha se deu em razão de que se trata do órgão jurisdicional ao qual o pesquisador está vinculado atualmente: Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região e, por isso, tem mais proximidade e afinidade.

No entanto, consoante acima já foi indicado, a proposta pode, com alguma adaptação,

ser sugerida a qualquer outro órgão do Poder Judiciário ou mesmo ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF).

5.2 POLÍTICA DE VERIFICAÇÃO DO GRAU DE CONFIANÇA E DE LEGITIMIDADE DO PACTO SOCIAL

A informação nos tempos atuais tem valor corrente em qualquer mercado. Os órgãos estatais não podem ignorar isso.

Vige nas relações de mercado a ideia de que um novo cliente é mais caro do que manter um cliente antigo, assim como recuperar um cliente perdido custa mais caro do que atrair um novo, razão pela qual se deve cuidar para que os clientes estejam sempre satisfeitos.

Talvez essa lógica de mercado não seja plenamente aplicável aos entes públicos. Não há clientes, e sim usuários, os quais procuram e necessitam dos serviços prestados pelos órgãos estatais.

Ocorre que, ao passar a compreender o usuário como “dono” do serviço, aquela lógica acima mencionada não parece mais tão distante.

O grau de compromisso aumenta ao se pensar na legitimidade do pacto social, já em comento.

É difícil identificarmos se há falhas em qualquer ponto de um serviço que é prestado quase que automaticamente, sem qualquer humildade em perguntar se os usuários estão satisfeitos.

Logo, a definição de uma Política de Verificação do Grau de Confiança e de Legitimidade do Pacto Social a partir da prestação jurisdicional do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, bem como a Comissão de Verificação do Grau de Confiança e de Legitimidade do Pacto Social dos usuários no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, parece acertada.

Óbvio que o sucesso da demanda depende da organização e da definição de objetivos claros, bem como, posteriormente, da capacidade de tomar decisões e realizar ações conforme os resultados obtidos.

Esse projeto vai gerar resultados importantes e abrir caminhos sem precedentes no Poder Judiciário.

Poderão haver surpresas agradáveis e desagradáveis, o que é normal considerando a possibilidade de um retorno considerável, em razão do número de usuários.

Mas, de posse das informações será possível identificar melhorias em potencial e

oportunidades.

5.3 PROPOSTA DE INTERVENÇÃO

Por fim, foi elaborada, pelo autor, uma minuta (constante do APÊNDICE I), utilizando como base a Portaria nº 2.418, de 14 de junho de 2004, do Juiz-presidente do TRT4, que constituiu comissão para melhoria das condições de trabalho e de saúde dos servidores.

A minuta, fruto deste trabalho, porém, apresenta diretrizes para a elaboração da Política de Pesquisa de Satisfação, Contrato Social e Mapeamento do Percorso dos usuários no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, materializada numa “Política de Verificação do Grau de Confiança e de Legitimidade do Pacto Social a partir da prestação jurisdicional do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, bem como a Comissão de Verificação do Grau de Confiança e de Legitimidade do Pacto Social dos usuários no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região”.

6 SUGESTÕES PARA TRABALHOS FUTUROS

Reconhece-se aqui que o tema tangenciado merece melhor aprofundamento e debate pela doutrina política e jurídica e pela jurisprudência brasileiras, mas que um maior detalhamento não se coadunaria com o objeto deste estudo.

Todavia, a referência a tais ideias tem o objetivo de demonstrar a necessidade de pesquisas complementares, para alcançar uma melhoria significativa na confiança e na legitimidade do pacto social.

A par disso, verificaram-se temas paralelos caros à Política e ao Direito e à teoria social, como as críticas de Habermas à teoria sistêmica de Luhmann, a possibilidade de modelos de organização social sem Estado e/ou sem Governo, bem como a existência/necessidade do Direito Reflexivo, conforme postulado por Teubner, e a crítica à crescente fragmentação das áreas jurídicas e à proliferação do casuísmo.

Nesse sentido, Zymler esclarece quanto ao direito reflexivo de Teubner que:

Conclui-se que os mecanismos intersistêmicos da observação e da interferência estabelecidos entre o subsistema jurídico e os demais subsistemas tendem a produzir efeitos regulatórios mais eficientes, a partir da incorporação de um maior grau de reflexividade ao direito. Dessa forma, a reflexão jurídica deve tomar em conta o fato de que o direito constitui um subsistema autopoietico de segundo grau diferenciado funcionalmente e que interage limitadamente com outros subsistemas autopoieticos de segundo grau também diferenciados funcionalmente. Para isso, indispensável que doutrina jurídica passe a formular modelos de interação intersistêmicos mais apropriados e a promover gradativamente os ajustes necessários à otimização da regulação social pelo direito.³³⁵

Por fim, em relação às questões de ordem prática, após a implementação do plano de ação proposto no presente estudo, dever-se-ia coletar e analisar os dados e, a partir daí, reavaliar os tribunais e o Poder Judiciário, considerando a confiança e a legitimidade do pacto social. Ademais, a apuração dos dados poderia suscitar novas descobertas.

³³⁵ ZYMLER, Benjamin. **Política & Direito: uma visão autopoietica**. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá. 2005, p. 215.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os conceitos de autopoiese, diferenciação funcional e fechamento operacional, consoante já ressaltado, foram acolhidos no seio da teoria dos sistemas sociais. Procurou-se demonstrar em momento anterior, com base em observações do próprio Luhmann, que não há nenhum problema nessa abordagem interdisciplinar, da utilização de conceitos egressos das Ciências Naturais para as Ciências Sociais, desde que permitam o estabelecimento de conexões de interesse específico da área do conhecimento em questão, como é indubitavelmente o caso do conceito sob exame.

E, também como visto anteriormente, com o conceito de autopoiese foi possível entender os sistemas sociais operacionalmente fechados (isto é, autônomos) em relação ao ambiente, de modo que seus elementos e processos internos são estruturados e desenvolvidos de forma autorreferencial, de acordo com uma racionalidade própria. Isso não significa, contudo, que os sistemas não possam ser influenciados pelo ambiente: essa influência ocorre através da filtragem do ruído ambiental pelo código-diferença binário próprio de cada sistema e pelos programas.

Chegando-se ao fim desta pesquisa, é importante resgatar os objetivos propostos com vistas a identificar se estes foram cumpridos e os resultados obtidos frente à pesquisa realizada.

Esta dissertação teve como objetivo geral compreender teoricamente a inter-relação entre a Sociedade e o Estado, considerando o Direito, a Política, a prestação jurisdicional e a interferência entre os poderes estatais e, a partir daí, propor um plano de verificação do grau de confiança no Estado e da repercussão na legitimidade do pacto social.

Para cumpri-lo, foram eleitos os seguintes objetivos específicos: (1) descrever a formação da Sociedade, do Estado e da Cidadania, com o estabelecimento do pacto social na teoria política contratualista e na teoria social de Luhmann; (2) analisar a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e os aspectos aplicáveis ao Direito e à Política; (3) identificar a confiança na teoria social de Luhmann e sua aplicação ao Direito, ao Estado e à Administração Pública; (4) desenvolver uma política de verificação do grau de confiança no Estado e da repercussão na legitimidade do pacto social, a partir do ambiente de prestação jurisdicional.

Na primeira seção do capítulo do referencial teórico discorreu-se sobre a Sociedade, o Homem e as Regras de Convivência, abordando a teoria clássica contratualista e alguns trechos da teoria sistêmica de Luhmann, na justificativa da formação e manutenção do modelo estatal e da conformação da legitimidade do pacto social.

Na seção seguinte, ponderou-se quanto ao papel do Estado na construção da cidadania.

Na terceira seção deu-se início ao conhecimento específico da teoria sistêmica de Niklas Luhmann, com conceitos importantes como “sistema x ambiente”, diferenciação funcional, autopoiese e acoplamento estrutural, conceitos estes que ajudam a compreender a sociedade atual e o direito da sociedade (o direito como um sistema social).

Nestas seções acima mencionadas cumpriram-se o primeiro objetivo específico e parte do segundo objetivo específico.

Na quarta seção do referencial teórico cumpriu-se o restante do segundo objetivo específico, pois tratou-se das potencialidades das teorias Luhmannianas aplicadas ao contexto estatal atual, mormente quanto à abordagem do Direito e da Política sob a perspectiva de Niklas Luhmann.

Na quinta e última seção do referencial teórico tratou-se da confiança em Luhmann e do princípio da proteção da confiança, bem como as relações de confiança com o Direito, com o Estado e com a Administração Pública, em cumprimento ao terceiro objetivo específico.

Em suma, buscou-se investigar e compreender a Sociedade e o Estado, a confiança que neles se deposita e a repercussão na legitimidade do pacto social, a partir da prestação jurisdicional e, inclusive, na tomada de decisões e na realização das atividades estatais. Isto porque, como se viu, a competência para a implementação das políticas públicas é da Administração Pública, mas quando esta não as implementa, o Judiciário é chamado a atuar. E esta confusão de competências, recorrendo a outro poder para fazer cumprir o que era de competência do primeiro, eleva a desconfiança dos administrados na Administração Pública.

A partir do cumprimento dos objetivos verificou-se, inicialmente, que a teoria sistêmica não é uma teoria de ações e sim de comunicações. Entretanto, o observador ao direcionar seu olhar para o sistema traz a ação, sendo que ao direcionar seu olhar para o ambiente traz a vivência.

Independentemente disto, a diferenciação funcional, ou seja, a diferenciação entre sistema e ambiente (base da teoria sistêmica), faz com que, a partir da operação do sistema, reduza-se a complexidade do ambiente, isto é, da Sociedade.

Especificamente quanto ao Direito e à Política verificou-se que se tratam de subsistemas (ou sistemas de 2º grau) insertos no grande sistema social que lhes é o ambiente (a sociedade), sendo que o primeiro busca estabilizar congruentemente as expectativas normativas, enquanto a segunda tem por objetivo proporcionar à sociedade a capacidade de decidir de um modo coletivamente vinculante.

Tais subsistemas são operacionalmente fechados mas podem se comunicar indiretamente a partir de ruídos. Os ruídos do ambiente estimulam os subsistemas. Assim, por

exemplo, o Direito poderá formular uma imagem do subsistema Política que será compreendida pelo código, estrutura e programa do Direito. Da mesma forma, a Política poderá formular uma imagem do subsistema Direito que será compreendida pelo código, estrutura e programa da Política.

Ainda, é possível uma comunicação quase direta entre os sistemas e entre os subsistemas, através do acoplamento estrutural proposto por Luhmann e através das interferências sistêmicas propostas por Teubner.

Ocorre que, se por algum desses métodos de comunicação, Direito quiser assumir o espaço reservado à Política podemos ter a judicialização da política. E se a Política quiser assumir o espaço reservado ao Direito podemos ter a politização do direito. São defeitos sistêmicos que comprometem os sistemas e geram maior complexidade no ambiente, na Sociedade e no Mundo.

Nisto, a pesquisa passou a refletir quanto à função jurisdicional, ao Poder Judiciário, ao Estado e à tripartição dos poderes.

Inicialmente pensava-se no Direito e Política como elementos estruturantes do Estado. Entretanto, a partir da teoria sistêmica verificou-se que tal hipótese não se confirmou. Na verdade os três poderes estão dentro da organização Estado que, por sua vez, está inserta no subsistema Política. Logo, o subsistema Política é muito maior do que o Estado e do que os três poderes. Da mesma forma, os Tribunais, que detém a função jurisdicional, são a organização central do subsistema Direito. Assim, o subsistema Direito é muito maior do que os Tribunais.

Percebeu-se também que o Poder Judiciário está presente tanto no subsistema Política como poder político estatal, quanto no subsistema Direito na função jurisdicional dos tribunais.

Ao se analisar os defeitos sistêmicos acima mencionados, nessa realidade de interação entre subsistemas Direito e Política e de interferência entre as divisões do poder estatal, concluiu-se que o Poder Judiciário, ao tratar de políticas públicas, matéria reservada à Administração Pública, além de adentrar naqueles vícios mencionados, padece de legitimidade.

E esses defeitos geram desconfiança e, assim sendo, num círculo vicioso, aumentam a imprevisibilidade no comportamento das pessoas, diminuindo o potencial de ação do sistema social que seria viabilizado pela confiança, sendo possível apenas formas reduzidas de cooperação.

Disso resulta a involução social.

Para reverter esse quadro é possível adotar duas condutas.

Primeira: reforçar o fechamento operacional dos sistemas Direito e Política, fazendo com que cada sistema seja responsável pela operação que se coaduna ao seu código, estrutura

e programa. Direito realiza atividade jurídica e Política realiza atividade política. Evitando os ruídos e a formação de imagens do outro subsistema. Embora retarde a evolução sistêmica e social, evita os defeitos sistêmicos.

Segunda: uma nova conduta do Poder Judiciário e da Administração Pública perante os administrados. Uma atuação mais planejada, comedida, sem risco de cometer exageros ou abuso de poder, desvinculando de atitudes autoritárias, com respeito à expectativa dos particulares, ou seja, protegendo a confiança e mantendo, de forma salutar, a legitimidade do pacto social. Esta solução não retarda a evolução sistêmica e social e, ainda assim, evita os defeitos sistêmicos.

Por isso, a proposta deste pesquisador quanto a viabilização de uma Política de Verificação do Grau de Confiança e de Legitimidade do Pacto Social a partir da Prestação Jurisdicional do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

Portanto, nesse norte, a Administração Pública e o Judiciário devem continuar a buscar uma aproximação da população visto que aproximar a sociedade das instâncias administrativas, torna esta sociedade parte integrante do sistema de tomada de decisões o que significa uma maior participação democrática dos cidadãos.

Ademais, a participação pública aumenta a confiança da população no Estado e (re)estabelece a legitimidade do pacto social.

Vale lembrar que, para Luhmann e a teoria sistêmica, não importa a legitimidade do Direito, a legitimidade da Política, a legitimidade do Estado, a legitimidade da Administração Pública ou a legitimidade do pacto social, apenas analisa friamente a teoria aplicada à sociedade e suas comunicações. Mas por esse mesmo motivo, o grau de cientificidade e imparcialidade da teoria sistêmica diante do resultado, por procurar preceitos isentos, que fica viabilizada a cientificidade do presente exame, ainda que aqui se incluam preocupações com as “legitimidades”, as quais são temperadas com a teoria de Luhmann quanto à confiança. O presente trabalho tomou esse viés na investigação proposta.

Por fim, advirto que, com o presente trabalho, não se pretende defender uma ou outra ideologia, fazer apologia contra lei ou contra o trabalho judicial de magistrados e servidores, tampouco contra decisões jurídicas e/ou políticas. Mais ainda, não se pretende rever casos de corrupção ou condenações recentes de grande repercussão nos últimos anos. Qualquer direcionamento nesse sentido pelo leitor ou outro pesquisador é um desvirtuamento deste trabalho. O que se pretendeu foi o esclarecimento quanto os efeitos das interferências sistêmicas nas legitimidades postas à prova, em especial, aquela do pacto social que forma e mantém o Estado.

REFERÊNCIAS

- ACHTERBERG, Norbert. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. Heidelberg: C. F. Müller, 1982.
- ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ALEXY, Robert. **A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**. Trad. para o inglês de R. Adler e N. MacCormick. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- ALFERES, Eduardo Henrique. Autopoiése do Direito. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7780>. Acesso em 3 jun. 2019.
- ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. (Des)confiança sistêmica e o direito como generalizador congruente de expectativas normativas. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 54, n. 213, p. 241-263, jan./mar. 2017.
- ALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance legitime em droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001.
- ÁLVAREZ, Emilio Geraldo Arringa. La Teoria de Niklas Luhmann. In: PEDRON, Flávio Quinaud. A função dos Tribunais Constitucionais para a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann (Trabalho originalmente apresentado como conclusão da disciplina Sociologia Jurídica no Programa de Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado - da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.). **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 4, p. 19, 17 dez. 2004.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**. Niterói: Impetus, 2009.
- AUTRAN, Marcos Felipe Holmes. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. Disponível em <http://www.escriorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=6441&>. Acesso em: 01 jul. 2019.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da justiça constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Org.). **Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

BARCELLOS, Logan Caldas. Uma Breve Introdução ao Pensamento Jurídico de Niklas Luhmann. **Revista Sociologia Jurídica**, n. 12, jul./dez. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade**: Para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 15. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BONAVIDES, Paulo. A democracia participativa como alternativa constitucional ao presidencialismo e ao parlamentarismo. **Revista Esmafe**: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 3, mar. 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

BORDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.395 MC**, Brasília, DF, 10 nov. 2006. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390700>>. Acesso em 23 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 45 (DF)**, Brasília, DF, 4 mai. 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em 23 jul. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 477.554**, Brasília, DF, 26 ago. 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554ementa.pdf>>. Acesso em 23 jul. 2017

BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo, **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 13, 1996.

BUCHANAN, James McGill. The Domain of Constitutional Economics. **Constitutional Political Economy**, v. 1, n. 1, 1990.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Direito, moral e política: o debate entre as correntes procedimentalista e sistêmica. In: RODRIGUES, H.W; MEIRA, D.C.A; BECHARA, G.N. et al. (Coords.). **Conhecer direito III**: Anais do I Encontro Brasileiro de Pesquisa e Epistemologia Jurídica. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2015.

- CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance legitime em droits allemand, communautaire et français.** Paris: Dalloz, 2001.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Judiciário e a democracia no Brasil.** Revista USP, v. 21, 1994
- CANAL RURAL. **Após 50 dias parado, navio do Irã é abastecido e segue para SC.** Disponível em <<https://canalrural.uol.com.br/noticias/agricultura/milho/apos-50-dias-parado-navio-do-ira-e-abastecido-e-segue-para-sc/>>. Acesso em 27 jul. 2019.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1998.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil.** O longo Caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Pacto Federativo: Aspectos Atuais. **Revista da EMERJ**, v.4, n.15, p. 201, 2001.
- CASTORIADIS, Cornelius. A polis grega e a criação da democracia. In: **As Encruzilhadas do Labirinto. Os Domínios do Homem.** Vol. II. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. **História do Pensamento Político.** Tomo 1. Rio de Janeiro: Zahar, 1982
- CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann.** Tradução de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Cadernos de Direito Público. **Revista da PGE – Procuradoria-Geral do Estado RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, dez./2013
- COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, n. 237, p. 271-315, jul./set. 2004.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, p. 35-60, 1987.
- COVIELO, Pedro José Jorge. **La protección de la confianza del administrado:** derecho comparado y derecho argentino. Buenos Aires: Abellido-Perrot, 2004.
- CRESWEL, John W. **Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto.** 3. ed. Porto Alegre: ARTMED, 2010
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Viver em sociedade.** Frutal-MG: Prospectiva, 2014.

DIAS, Renaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, p. 61

DUARTE, Francisco Carlos. **Organização das decisões e estrutura da informalidade no aparato judiciário: análise funcional da corrupção judiciária no Brasil**. 208 f. Tese (Doutorado em Direito). Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 1996.

EMERIQUE, Lilian Balmant. Neoconstitucionalismo e alguns elementos das percepções contemporâneas da hermenêutica constitucional. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; e OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ESTEVES, Allan William Souza. Princípio da Igualdade sob a Ótica de Montesquieu. **Revista Rumos da Pesquisa** em Ciências Empresariais, Ciências do Estado e Tecnologia – Cadernos de Direito, Patrocínio (MG), UNICERP, vol. 1, 2016

FARIA, José Eduardo. Os desafios do Judiciário. **Revista USP**, São Paulo, n. 21, 1994.

FEBBRAJO, Alberto. **Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann**. Milano: Giuffrè, 1975.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Helder Rogério Sant'Ana. **Classes populares, polícia e punição**. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, 2002.

FLORES, Luis Gustavo Gomes; BARRETO, Ricardo Menna. Sociologia e Direito: um diálogo a partir das teorias de Niklas Luhmann e Anthony Giddens. **Revista da ABRASD – Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito**, Porto Alegre, n. 1, out. 2011.

FREIRE JR., Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

G1. **Navio iraniano deixa o Porto de Paranaguá e segue para Santa Catarina**. Disponível em <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/07/27/navio-iraniano-deixa-o-porto-do-paranagua-e-segue-para-santa-catarina.ghtml>>. Acesso em 27 jul. 2019.

GALDINO, Flávio. “O custo dos direitos”. In: BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, n. 240, 2005

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008

GODOY, Arilda Schmidt. Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades. **Revista de**

Administração de Empresas, v. 35, n. 2, p. 62-63, mar./abr. 1995.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O pós-modernismo jurídico**. [s.l.; s.n.; s.d.], p. 79, 80 e 85. Disponível em <https://www.academia.edu/35700810/O_POS_MODERNISMO_JURIDICO>. Acesso em 01 jul. 2019

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do Direito: Kant e Kelsen**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamento, 2004.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOVERNO federal divulga pesquisa inédita sobre qualidade dos serviços públicos. **PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO: Ministério da Economia**, 2018. Disponível em <<http://www.planejamento.gov.br/noticias/governo-federal-divulga-pesquisa-inedita-sobre-qualidade-dos-servicos-publicos>>. Acesso em 01 jul. 2019.

GRUPO de Estudos Temáticos do Conselho Regional de Administração de Minas Gerais. **Manual de auditoria do Administrador**. [s.l.]: Sistema CFA/CRA's, 2014, p. 20.

GUARINELLO, Norberto Luiz. Cidades-estado na Antiguidade Clássica. In: PINSKY, Jaime; PINSKEY, Carla Bassanezi (Orgs.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**. Cambridge: Polity Press, 2011.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschlands**. Karlsruhe: C. F. Müller, 1975.

HOBBS, T. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, Livro I, Cap. XIV e ss.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 5.

KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2003.

KROHLING, Aloísio. **Dialética e direitos humanos: múltiplo dialético – Da Grécia à contemporaneidade**. Curitiba: Juruá: 2014.

KUNZLER, Caroline de Moraes. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. **Estudos de Sociologia**, Araraquara, n.16, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LERSCH, Thelma Beatriz carvalho Cajueiro. **Cidadania, reconhecimento e justiça: para uma compreensão moral da ação afirmativa racial**. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Programa de Pós-graduação em Ciências sociais da PUC-Rio, Rio de Janeiro, fev.

2014

LEITÃO, Rômulo Guilherme. **Partidos políticos e redemocratização brasileira**. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas políticos e jurídicos. **Confluências** - Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito, Vol. 11, n° 1, 2010, p. 34-36

LIMA, Fernando Rister de Souza; VILAS BÔAS FILHO, Orlando. Separação dos poderes e complexidade social - uma releitura sistêmica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v.5, n.1, p. 189-220, jan./abr., 2018.

LIMA, Francisco Rister de Souza. **Sociologia do direito**. O direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o Governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOSANO, Mario G. I modelli sistemici dalle scienze biologiche alle teorie di Luhmann. **Sociologia del diritto**. 1999. v. 26.

LUHMANN, Niklas. **¿Cómo es posible el orden social?** México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2009.

LUHMANN, Niklas. A Constituição como Aquisição Evolutiva. Tradução realizada a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”). **Rechtshistorisches Journal**, v. IX, 1990.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

LUHMANN, Niklas. Confiança e complexidade social em Niklas Luhmann. In: Santos, José Manuel (org). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Universidade da Beira Interior, 2005a.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 1996a.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción Javier Nafarrate Torres. 2. ed. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2005b.

LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**: Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. México, D.F.: Universidad Iberoamericana/Iteso/Anthropos Editorial del Hombre, 1996b.

LUHMANN, Niklas. **La moral de la sociedad**. Traducción de Iván Ortega Rodríguez. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2007a.

LUHMANN, Niklas. Metamorfosi dello Stato. In: CEVOLINI, Alberto (Coord.). **Potere e modernità**. Stato, diritto, costituzione. Milano: Franco Angeli, 2007b.

LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. (Org.). **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.

LUHMANN, Niklas. Sobre os fundamentos teórico-sistêmicos da teoria da sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMKIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs.). **A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora da UFRGS/Goethe-Institut/ICBA, 2007c.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. 2. v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. Some problems with reflexive law. In: FEBBRAJO, Alberto; NELKEN, David. **The European yearbook of the sociology of law**. Milano: Giuffrè, 1993.

LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Trad. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

MADRIGAL, Alexis. O exercício da cidadania no desenvolvimento da sociedade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4673, 17 abr. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48124>. Acesso em: 6 ago. 2019.

MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção da confiança legítima**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, [n.p].

MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. 253 f. Tese (Doutorado em Direito). Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005

MANSILLA, Darío Rodríguez. Nota a la versión em español. In: LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Barcelona: Anthropos, 1996a.

MARINS, Vinicius. Desconfiança sistêmica e praticidade no direito tributário brasileiro. **Libertas - Revista de Ciências Sociais Aplicadas**, n. 2, p. 61-76, jul. 2011.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, set. 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, vol. 20, out. 2001

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. 4. ed. Trad. Conceição Jardim e Eduardo Lúdo Nogueira. Portugal Brasü, Ed. Presença, 1980.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **El árbol del conocimiento: las bases biológicas del conocimiento humano**. Madrid: Debate, 1996.

MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MELO, Manuel Palacios Cunha. VIANNA, Luiz Weneck. CARVALHO, Alice Rezende de. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 2002

MORAND, Charles-Albert. **Le droit neo-moderne des politiques publiques**. Paris: LGDJ, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sociedade, estado e administração pública: perspectivas visando ao realinhamento constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996.

MORO, Cássio Ariel. **A função criadora do juiz: do implemento dos poderes judiciais ao estabelecimento de uma margem de segurança para as decisões inovatórias**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2011.

MOTA, Rodrigo. As diferenças finas: de Simmel a Luhmann. **PLURAL**, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v. 23, n. 2, p.182-197, 2016. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/plural/article/download/113591/122115/>>. Acesso em 18 ago. 2019.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. **Dados: revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro: IUPERJ, v. 37, n. 2, 1994, p. 265.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle das políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional. **Revista de Doutrina do TRF 4º Região**, 19. ed., 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm>. Acesso em: 25 mai. 2019.

PEDRON, Flávio Quinaud. A função dos Tribunais Constitucionais para a Teoria dos

Sistemas de Niklas Luhmann (Trabalho originalmente apresentado como conclusão da disciplina Sociologia Jurídica no Programa de Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado - da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.). **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 4, p. 19, 17 dez. 2004.

PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEYREFITTE, Alain. **A sociedade de confiança**: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Daniel Castelo Branco. **Tutela do Cidadão Frente à Administração Pública**. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

RENNER, Moritz. Death by Complexity: The Financial Crisis and the Crisis of Law in World Society. In: KJAER, Poul; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (Coord.). **The Financial Crisis in Constitutional Perspective**: The Dark Side of Functional Differentiation. Oxford: Hart Publishing, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

RUIZ, Pablo Garcia. Los medios simbólicos, ¿de comunicación o de intercambio?; el legado parsoniano em Luhmann. **Revista Anthropos – Huellas del Conocimiento**, Barcelona, n. 173/174, p. 103, julio-octubre 1997.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reiventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAPHIRO, Martin. Freedom of speech: the Supreme Court and judicial review. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1966, p. 24. In: CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 28, 1º sem. 2005, p. 89-148.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantida fundamental de propriedade. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio 2007.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; e OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SCHWARTZ, Norberto. **Noções de Direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

SOARES, Astreia; RIBAS, Carolline. Opinião pública versus Poder Judiciário: pressão pela efetivação dos direitos das minorias. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4846, out. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52610>>. Acesso em: 31 mai. 2019.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Teoria da Democracia Deliberativa: Deliberação pública, Constitucionalismo e Cooperação democrática. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

STICHWEH, Rudolf. Inklusion und Exklusion: Studien zur Gesellschaftstheorie. In: RIBEIRO, Pedro Henrique. Luhmann "fora do lugar"? Como a "condição periférica" da América Latina impulsionou deslocamentos na teoria dos sistemas. **Rev. bras. Ci. Soc.**, vol. 28, n. 83, p. 120 (nota 20), out. 2013.

STICHWEH, Rudolf. Toward a General Theory of Function System Crises. In: KJAER, Poul; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (Coord.). **The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation**. Oxford: Hart Publishing, 2011.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Tradução de José Engrácia Antunes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TEUBNER, Gunther. Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. **Law & Society Review**, v. 17, n. 2, 1983.

WOLFF, Francis. **Aristóteles e a política**. Tradução de Thereza Christina Ferreira Strummer e Lygua Araujo Watanabe. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.

ZALUAR apud BORGES, Luciana Souza. **Moralidade e Homicídio: um estudo sobre a motivação e a ação do transgressor**. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2004.

ZALUAR apud FERREIRA, Helder Rogério Sant'Ana. **Classes populares, polícia e punição**. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, 2002.

ZYMLER, Benjamin. **Política & Direito: uma visão autopoiética**. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá. 2005.

APÊNDICE I

PROPOSTA DE INTERVENÇÃO – Minuta da Política de Verificação do Grau de Confiança e de Legitimidade do Pacto Social a partir da Prestação Jurisdicional do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região³³⁶

PORTARIA Nº , DE (data).

Constitui a Política de Verificação do Grau de Confiança e de Legitimidade do Pacto Social a partir da prestação jurisdicional do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, bem como a Comissão de Verificação do Grau de Confiança e de Legitimidade do Pacto Social dos usuários no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, regula seu funcionamento e dá outras providências.

O Juiz-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, no uso das suas atribuições legais e regimentais,

Considerando a necessidade de avaliar o nível de confiança do cidadão no Estado e, por consequência, a manutenção ou não da legitimidade do pacto social;

Considerando as diversas demandas judiciais em que aspectos políticos e jurídicos estão justapostos;

Considerando ser de interesse da Administração, em todos os sentidos, a identificação, a curto prazo, dos pontos críticos atualmente existentes entre a relação cidadão usuário e Estado, estabelecendo prioridades;

Considerando, por fim, a conveniência de criação de Política e Comissão permanente para avaliação e deliberação acerca das referidas matérias,

RESOLVE instituir a Política de Verificação do Grau de Confiança e de Legitimidade do Pacto Social (PVGCLPS) a seguir descrita:

POLÍTICA DE VERIFICAÇÃO DO GRAU DE CONFIANÇA E DE LEGITIMIDADE DO PACTO SOCIAL A PARTIR DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

³³⁶ Tem por base referencial, para sua construção, a Portaria nº 2.418, de 14 de junho de 2004, do Juiz-presidente do TRT4.

Artigo 1º – Constitui-se a Política de Verificação do Grau de Confiança e de Legitimidade do Pacto Social (PVGCLPS) a partir da Prestação Jurisdicional do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (TRT4).

§1º – Esta portaria regulamenta os princípios e as diretrizes de funcionamento da Política de Verificação do Grau de Confiança e de Legitimidade do Pacto Social a partir da Prestação Jurisdicional do TRT4.

§2º – Para fins da presente portaria entende-se por TRT4 os âmbitos judiciais, extrajudiciais e administrativos, na capital e no interior, em qualquer foro ou instância do TRT4.

§3º – Esta política é composta de normas e procedimentos adotados pelo Poder Judiciário do TRT4, para medir, por meio de pesquisa estatística, o grau de confiança percebido pelos jurisdicionados nas decisões proferidas na prestação jurisdicional fornecida, bem como o grau de legitimidade do pacto social, incorporando em seus métodos a teoria clássica contratualista e a teoria sistêmica de Niklas Luhmann.

§4º – A condução desta política ficará a cargo da Comissão Verificação do Grau de Confiança e de Legitimidade do Pacto Social dos usuários no âmbito do TRT4, oportunamente criada.

Artigo 2º – A atividade de verificação do Grau de Confiança e de Legitimidade do Pacto Social será desenvolvida no âmbito do TRT4 com o cumprimento, dentre outros, dos seguintes princípios:

I – Eficiência;

II – Efetividade;

III– Eficácia;

IV– Participação do Usuário na Administração Pública;

V – Segurança Jurídica;

VI– Interesse Público;

VII – Atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; e

VIII – Objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades.

CAPÍTULO II

DA COMISSÃO DE VERIFICAÇÃO DO GRAU DE CONFIANÇA E DE LEGITIMIDADE DO PACTO SOCIAL

Artigo 3º – Cria-se a Comissão para Verificação do Grau de Confiança e de Legitimidade do Pacto Social (CVGCLPS) dos usuários no âmbito do TRT4, por prazo indeterminado, sob a coordenação do Juiz-Corregedor Regional e, em suas ausências, do Juiz Vice-Corregedor, composta, além do coordenador, pelos seguintes membros:

I – Diretor-Geral de Coordenação Administrativa do Tribunal ou servidor do mesmo setor, por ele indicado;

II – Diretor da Secretaria de Comunicação Social do Tribunal ou servidor do mesmo setor, por ele indicado;

III – Presidente do Comitê de Gestão Estratégica e Governança Corporativa do Tribunal ou servidor do mesmo setor, por ele indicado;

IV – Presidente da Escola Judicial ou servidor do mesmo setor, por ele indicado;

V – 3 (três) magistrados dentre desembargadores e juízes de primeiro grau, indicados pelo Presidente do TRT4;

VI – 3 (três) representantes, dentre servidores do TRT4, indicados pela Presidência do Tribunal;

VII – 3 (três) representantes, dentre servidores do TRT4, indicados pelo Sindicato dos servidores;

VIII – 3 (três) representantes indicados pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho.

§1º – A indicação de servidores, quando for o caso, conforme incisos acima, deverá ocorrer no prazo máximo de antecedência de 10 dias à primeira reunião, sendo que, uma vez, indicado, deverá acompanhar as reuniões e eventuais coletas de dados por, no mínimo, até o encerramento do exercício seguinte ao qual foi indicado;

§2º – Os membros acima referidos poderão ser substituídos, temporária ou definitivamente, com a autorização, por escrito, do Coordenador.

§3º – O comparecimento às reuniões é obrigatório, devendo ser justificada eventual ausência perante o coordenador.

§4º – A convite de qualquer dos membros, poderão participar das reuniões da Comissão, como ouvintes ou orientadores, outros servidores ou profissionais usuários do TRT4, desde que assim autorizado pelo Coordenador, com antecedência mínima de três dias.

§5º – As atividades desenvolvidas pelos membros, no âmbito de atuação da Comissão, têm caráter voluntário, não ensejando qualquer espécie de remuneração ou vantagem de natureza econômica de responsabilidade do TRT4.

§6º – Para a realização das atividades de que trata este dispositivo, o Servidor membro

da Comissão terá a destinação de duas horas de trabalho, admitida a compensação de horas.

§7º – A Comissão será instituída anualmente, até o dia 31 (trinta e um) de março, e seus trabalhos serão considerados concluídos com a entrega dos dados estatísticos compilados, e do manual abaixo mencionado, à autoridade que a instituiu, até o dia 30 (trinta) de novembro de cada ano, mantida, porém, após essa data, a disposição dos membros até instituição de nova comissão.

Artigo 4º – A Comissão contará com o apoio das seguintes áreas do Tribunal:

I – Secretaria de Informática, para viabilização da interação dos sistemas e aferição dos dados;

II – Serviço de Licitações e Contratos, para efeito de aquisição de bens e contratação de serviços;

III – Secretaria de Recursos Humanos, para prestação de informações acerca dos servidores e demais contratados.

Parágrafo único. A Comissão terá acesso a todos os foros, secretarias e gabinetes, inclusive saguões públicos, bem como dados de cada departamento.

Artigo 5º – Constitui objetivo da Comissão a aferição da confiança e da legitimidade do pacto social, bem como o aprimoramento das relações do cidadão com o serviço disponibilizado no TRT4, devendo os esforços conjuntos ser direcionados para:

I – a organização interna do trabalho e a intervenção para modificação de tarefas;

II – a busca da excelência do serviço prestado;

III – o auxílio à Presidência do Tribunal na definição de prioridades, visando ao atendimento das necessidades de melhorias por local de trabalho;

IV – a criação de critérios técnicos para atualização, modificação e aquisição de elementos necessários a aumentar a confiança dos cidadãos usuários nos serviços prestados pelo TRT4;

V – a criação de critérios técnicos para atualização, modificação e aquisição de elementos necessários a aumentar a legitimidade do pacto social considerando os cidadãos usuários dos serviços prestados pelo TRT4.

Parágrafo único – Poderão ser realizadas coletas de dados conforme regras definidas pela comissão ou conforme sugestão abaixo discriminada.

Artigo 6º – A Comissão definirá os locais de sua atuação e estabelecerá o método de abordagem no local de trabalho (exemplificativamente: coleta de dados, situação atual, solicitações e análise do serviço prestado e da satisfação do cidadão) ou conforme sugestão abaixo discriminada.

Parágrafo único. As discussões poderão ser de iniciativa de qualquer de seus membros.

Artigo 7º – As deliberações da Comissão serão tomadas pela maioria simples dos membros presentes, não havendo exigência de *quorum*, reservado ao Coordenador o voto de desempate.

Artigo 8º – A Comissão reunir-se-á, ordinariamente, uma vez por mês, podendo ocorrer reuniões extraordinárias por convocação de seu Coordenador, de ofício ou a requerimento de qualquer de seus membros, neste último caso com aval do coordenador.

§1º – As reuniões terão pauta prévia, com pontos específicos, cuja análise poderá ser invertida por deliberação na forma estabelecida no artigo 7º desta Portaria.

§2º – Poderão ser acrescidos pontos na própria reunião, a serem debatidos ao final.

Artigo 9º – A Comissão definirá a data de início e encerramento de suas atividades, bem como seu cronograma anual, observados os prazos do §7º do artigo 3º.

Artigo 10 – As deliberações da Comissão serão comunicadas à Presidência do Tribunal, no prazo de até dez dias, para a adoção das medidas que entender cabíveis.

Parágrafo único. As deliberações da Comissão, de que trata o *caput*, serão lavradas em ata registradas no Sistema Eletrônico de Informações – SEI/TRT4.

CAPÍTULO III **DA INSTRUMENTO DE VERIFICAÇÃO DO GRAU DE CONFIANÇA E DA** **LEGITIMIDADE DO PACTO SOCIAL**

Artigo 11 – Fica sugerida a verificação do Grau de Confiança e Legitimidade do Pacto Social entre os jurisdicionados por meio da aplicação de questionários que poderão ser disponibilizados de forma física ou eletrônica e aplicados por meio de entrevistas ou disponibilizados para serem espontaneamente respondidos e depositados em caixas de coletas estrategicamente distribuídos no interior das instalações do TRT4, a critério da Comissão.

Seção I **Do Objeto a ser Verificado e do Público-alvo**

Artigo 12 – A Comissão delimitará o objeto a ser verificado, bem como o público-alvo que pretende atingir com a realização da pesquisa.

Seção II **Do Procedimento de Verificação**

Artigo 13 – Para a coleta de dados entre os jurisdicionados, o membro da Comissão

seguirá as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e encaminhará todo o procedimento, previamente, ao órgão de ética do TRT4 e, caso necessário, à Comissão de Ética do Ministério da Educação.

§ 1º – Os dados coletados pelo entrevistador, bem como a identidade do entrevistado, deverão ser sigilosos e fidedignamente encaminhados para a compilação, conforme for deliberado pela Comissão.

§ 2º – A Comissão poderá estabelecer metas a cada um de seus membros, bem como quotas por categorias de entrevistados.

Seção III Da Compilação dos Dados Estatísticos

Artigo 14 – Ao final do procedimento de coleta de dados, a Comissão reunir-se-á para compilar estatisticamente os dados coletados e assim poder evidenciar, com o devido grau de confiança e de legitimidade do pacto social, as conclusões a que chegou, onde:

I – Os dados deverão ser reunidos numa série histórica e comparados anualmente;

II – Deverão ser adotados procedimentos de correlação entre resultados diversos;

III – As mutações legislativas poderão ser apontadas como causa de mudança em tendências, desde que estatisticamente significativas; e

IV – Outras práticas adotadas na prestação jurisdicional também poderão ser apontadas como causa de mudança em tendências verificadas nas séries históricas.

§ 1º – Se houver necessidade, poderá a Comissão solicitar a contratação de serviços de um profissional da área de Estatística para a compilação dos dados estatísticos a que se refere este artigo.

§ 2º – Para todos os efeitos, o tempo de trabalho do Servidor na compilação dos dados estatísticos será considerado como parte integrante de sua jornada de trabalho.

Seção IV Do Produto

Artigo 15 – A Comissão de Verificação do Grau de Confiança e da Legitimidade do Pacto Social, elaborará, anualmente, um produto técnico, considerando os dados obtidos, após devido tratamento, o qual será entregue à Presidência do TRT4.

Parágrafo único. O mencionado produto poderá se dar por intermédio de um Manual de Boas Práticas.

Seção V Da Entrega dos Resultados

Artigo 16– A Comissão de Verificação do Grau de Confiança e da Legitimidade do Pacto Social, ao final do trabalho, além do produto mencionado no artigo anterior, elaborará um relatório técnico circunstanciado para apresentar à gestão (Presidência do TRT4).

§ 1º – A Presidência do TRT4, a seu critério, procederá na externalização do posicionamento institucional quanto aos resultados apresentados e na aplicação do produto realizado.

§ 2º – Os dados levantados serão públicos e deverão ter ampla divulgação no portal do TRT4, em consonância com os Princípios da Administração Pública.

CAPÍTULO IV DA UTILIDADE DO ÍNDICE OU GRAU DE CONFIANÇA E LEGITIMIDADE DO PACTO SOCIAL

Artigo 17 – A série temporal, ou série histórica, dos Índices de Confiança e de Legitimidade do Pacto Social do jurisdicionado na prestação jurisdicional prestada pelo TRT4 deverão ser contínuas, isto é, ininterruptas, para, com o tempo, consolidar um índice referência que poderá ser utilizado de forma segura na concepção de Políticas Públicas que tenham, entre outros objetivos, melhorar o próprio índice.

Artigo 18 – Os resultados do trabalho da Comissão deverão ser avaliados e levados em consideração para retroalimentar a próxima pesquisa anual do Grau de Confiança do jurisdicionado na prestação jurisdicional prestada pelo TRT4 e do Grau de Legitimidade do Pacto Social, constituindo-se assim uma autoavaliação.

Parágrafo único. Igualmente, deverá haver um acompanhamento/avaliação, na forma definida pela comissão, das ações que forem tomadas como fruto da(s) avaliação(ões) anteriores, para verificar a evolução do processo.

CAPÍTULO V DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Artigo 19 – Fica instituída a política de premiação de juízes e servidores pela aplicação do produto elaborado pela Comissão de Verificação do Grau de Confiança e da Legitimidade do Pacto Social, conforme definido no artigo 15.

Parágrafo único. A premiação não terá natureza pecuniária devendo, porém, assumir aspectos de reconhecimento público.

Artigo 20 – Casos omissos e não previstos por essa Resolução serão resolvidos pela Comissão de Verificação do Grau de Confiança e Legitimidade do Pacto Social e, se por ela

não puderem ser resolvidos ou com ela ocasionarem conflitos de interesse, serão resolvidos pela autoridade que instituiu a referida Comissão.

Artigo 21 – A presente Portaria entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Registre-se, publique-se e cumpra-se.

Porto Alegre (RS), (data).

(Nome)

Juiz-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.