

FRANCISCO CARLOS DUARTE

**ORGANIZAÇÃO DAS DECISÕES E ESTRUTURA DA
INFORMALIDADE NO APARATO JUDICIÁRIO**

(Análise funcional da corrupção judiciária no Brasil)

Tese de doutorado apresentada ao programa de Pós
Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina como requisito parcial para obtenção do grau de
doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer

Co-orientador: Prof. Dr. Raffaele De Giorgi

FLORIANÓPOLIS

1996

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

A TESE **ORGANIZAÇÃO DAS DECISÕES E ESTRUTURA DA
INFORMALIDADE NO APARATO JUDICIÁRIO**

Elaborada por: **FRANCISCO CARLOS DUARTE**

E aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a
obtenção do título de **DOUTOR EM DIREITO**

Florianópolis, 27 de Maio de 1996.

BANCA EXAMINADORA


Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer - Presidente

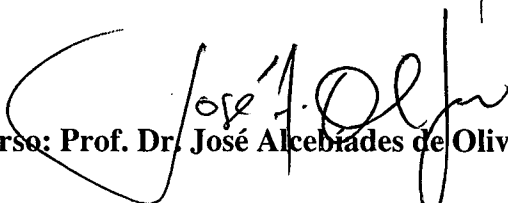

Prof. Dr. Raffaele De Giorgi - Membro

Prof. Dr. Marcelo Neves - Membro


Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho - Membro


Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior - Membro


Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer


Coordenador do Curso: Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior

Agradeço ao Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer que, apesar de não compartilhar da posição teórico-metodológica assumida, aceitou orientar-me, reafirmando a seriedade do seu desempenho acadêmico.

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
RESUMEN	7
SOMMARIO.....	10
1. INTRODUÇÃO.....	12
2. A TEORIA DA SOCIEDADE: BASES EPISTEMOLÓGICAS E FUNÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES.....	29
2.1. A DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL E O ACOPLAMENTO ESTRUTURAL... 29	
2.2. ESPECIFICAÇÃO FUNCIONAL DO SISTEMA DO DIREITO..... 54	
2.3. ESTRUTURA E FUNÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES E ESTRUTURA DA DECISÃO..... 67	
2.4. PREMISSAS E PROGRAMAS DECISIONAIS E CARREIRA..... 81	
3. O PODER JUDICIÁRIO : GÊNESE E PROCESSO EVOLUTIVO ORGANIZACIONAL.....	95
3.1. TEORIA DA DIVISÃO DE PODERES..... 95	
3.2. A EVOLUÇÃO DO APARATO JUDICIÁRIO BRASILEIRO..... 110	
3.3. A ADMINISTRAÇÃO DE JUSTIÇA COMO ORGANIZAÇÃO..... 115	
3.4. INFORMALIZAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES..... 124	
4. A CORRUPÇÃO DO CÓDIGO DO DIREITO.....	134
4.1. ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE POLÍTICA E DIREITO E CORRUPÇÃO POLÍTICA DO CÓDIGO JURÍDICO..... 134	
4.2. ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE ECONOMIA E DIREITO E CORRUPÇÃO ECONÔMICA DO CÓDIGO DO DIREITO..... 151	
4.3. A TRANSVERSALIDADE DOS CÓDIGOS..... 156	
4.4. INVESTIGAÇÃO EMPÍRICA SOBRE OS MECANISMOS DA CORRUPÇÃO DO CÓDIGO DO DIREITO: UM ESTUDO DE CASO..... 162	
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	181
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	197

RESUMO

Esta tese pretende explorar os mecanismos pelos quais se constitui o processo de construção da decisão jurisdicional. Nesse âmbito, postula verificar em que medida a estrutura formal da justiça opera de modo altamente informal, caracterizando a corrupção do Sistema do Direito. Para tanto, partimos de premissas constantes na *Teoria da Sociedade* de matriz sistêmica, formulada por Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi, enfatizando os trabalhos desenvolvidos por esses cientistas sociais no campo da *Teoria das Organizações*. Nesse quadro teórico, o Aparato Judiciário foi caracterizado como estrutura organizativa do sistema jurídico da sociedade contemporânea. Portanto, nesta investigação, o Aparato Judiciário será tomado como estrutura de decisão que opera com base em programas fixados nos diversos ordenamentos jurídicos (legislação). Nosso objetivo sintetiza-se na hipótese de que, no caso brasileiro, essa estrutura vem sofrendo processos de transformação que tornam as decisões cada vez mais informais. Quando, porém, o código é contaminado, estruturam-se expectativas de tipo diverso que tendem a ativar comportamentos de gênero informal, os quais estruturam, por sua vez, redes de pressão contra o próprio código.

O trabalho está organizado em três capítulos. No primeiro, apresentamos premissas teóricas de caráter genérico. Assim, partimos de categorias tais como: sistema, ambiente, código binário, paradoxos teóricos, passando, após, para a estruturação do sistema do direito como num jogo de

xadrez. Uma vez colocadas as peças no tabuleiro, trasladamos os conceitos à Organização Judiciária brasileira. No segundo, tentamos situar o nascimento dessa organização e a sua evolução até a constituição atual. No último, tivemos de recorrer à descrição do funcionamento de outros sistemas para poder contextualizar as operações do judiciário na complexidade em que circulam. No âmbito empírico da pesquisa, selecionamos a decisão sobre o tabelamento de juros, proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 1991, buscando evidenciar as modalidades do acoplamento estrutural entre os diversos sistemas funcionais.

A descrição realizada através de leitura não tradicional constrói um novo conhecimento, podendo colocar o leitor num plano de perplexidade diante dos resultados obtidos e da improbabilidade dos sujeitos intervirem de maneira intencional no curso da evolução social. Por conseguinte, decidimos por incorporar em nossas considerações finais alguns tópicos que nos podem servir, não tanto como “receita para mudar o rumo da complexidade”, mas como reflexão acerca das verdades estáticas das quais nós, operadores jurídicos, somos adeptos.

RESUMEN

Este estudio pretende investigar los mecanismos mediante los cuales se constituye el proceso de construcción de la decisión jurídica. En este ámbito, postula verificar la medida en que la estructura formal de la justicia opera de forma altamente informal, caracterizando la corrupción del sistema del derecho.

Para tales fines, partimos de premisas constantes en la Teoría de la Sociedad de matriz sistémica, formulada por Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi, enfatizando en los trabajos desarrollados por estos científicos sociales en el campo de la Teoría de las Organizaciones. En este contexto teórico, el aparato judicial fue caracterizado como estructura organizativa del sistema jurídico de la sociedad contemporánea. Por lo tanto, en esta investigación, el aparato judicial será tomado como estructura decisional que opera con base en programas pre-fijados en los diversos ordenamientos jurídicos (legislación). Nuestro objetivo se sintetiza en la hipótesis que, en la organización judicial brasileña, esta estructura viene sufriendo procesos de transformación que vuelven las decisiones cada vez más informales. Así, cuando el código es contaminado se estructuran expectativas de clases diferentes que tienden a activar comportamientos de tipo informal, los cuales estructuran, a su vez, redes de presión contra el propio código.

Para la demostración de la hipótesis, decidimos por una sistematización del trabajo de forma creciente. En los primeros capítulos, partimos de premisas abstractas de carácter global como sistemas y ambiente, código binario, paradojos teóricos, llegando a la estructuración del sistema del derecho. Una vez colocadas las piezas en el tablero trasladamos los conceptos a la organización judicial brasileira. Desde allí, tentamos situar el nacimiento de esta organización y la evolução que tuvo hasta la conformación actual. En esta última etapa, devimos recurrir a la descripción del funcionamiento de otros sistemas para poder contextualizar las operaciones en la complejidad en la cual circulan. Ya, en un nivel empírico de esta investigación seleccionamos la decisión sobre o tabelamiento de los intereses establecido por el Supremo Tribunal Federal en 1991, buscando evidenciar modalidades de acoplamiento estructural entre los sistemas.

Los resultados obtenidos pueden colocar al lector, en un plano de perplejidad ante la improbabilidad de lo sucedido y ante el poco margen que la sociedad moderna presenta para determinar de manera consciente algún tipo de cambio. Por tales motivos, decidimos por incorporar en nuestras consideraciones finales algunos ítems para servirnos, no tanto como “catálogo para cambiar el rumbo de la complejidad”, senão para reflexionar acerca de las “estáticas verdades” a las cuales somos tan adeptos, nosotros, operadores jurídicos.

SOMMARIO

Abbiamo scelto di occuparci di un fenomeno che di certo non é nuovo nella storia della società ma che, nella società contemporanea, presenta aspetti di grande complessità. Il nostro tema é: l'organizzazione della Giurisdizione in Brasile.

Nella società moderna, le organizzazioni si differenziano come sistemi sociali di tipo particolare, e rendono possibile ciò che in un'altra società non sarebbe possibile: la chiusura operativa dei sistemi sociali particolari. In altri termini, le organizzazioni permettono che il diritto sia trattato solo attraverso il diritto o, per fare un altro esempio, che la politica si occupi e si preoccupi solo di questioni politiche.

In funzione della realizzazione della nostra indagine ci siamo convinti che la strumentazione teorica sarebbe stata la chiave fondamentale del nostro successo, il nostro viatico attraverso le vie laberintiche della Teoria dei sistemi.

Per tali motivi, in tutte le nostre osservazioni, siamo partiti da premesse che fanno riferimento alla *Teoria della Società* di matrice sistemica, elaborata da Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi, con speciale enfasi sul lavoro sviluppato da questi autori per ciò che concerne la *Teoria delle Organizzazioni*.

Conseguentemente, partendo dai postulati teorici, abbiamo caratterizzato gli apparati giudiziari come strutture organizzative dei sistemi giuridici della società contemporanea. In tal senso, diremmo che essi funzionano come strutture decisionali che operano sulla base di programmi fissati nei diversi ordinamenti giuridici.

In questa prospettiva, abbiamo voluto osservare l'oggetto del nostro lavoro nella seguente ipotesi: la struttura dell'apparato giudiziario brasiliano ha sofferto processi di trasformazione che hanno reso sempre più informali le tipologie di decisione pur continuando a sussistere il carattere formale della struttura organizzativa. Nel corso degli anni tale informalità si è sempre più sviluppata e ha esercitato pressioni tanto forti sull'organizzazione delle decisioni che lo stesso codice del diritto ne è stato corrotto.

Questa situazione ha prodotto trasformazioni nella struttura delle aspettative rivolte al diritto. Il diritto, di fatto, processualizza le aspettative, nel senso che le orienta in direzione della disponibilità delle parti a partecipare della produzione di diritto attraverso decisioni giuridiche. Tuttavia, quando il codice è contaminato, si strutturano aspettative di tipo diverso, che tendono ad attivare comportamenti di tipo informale, i quali a loro volta strutturano reti di pressione contro lo stesso codice.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho⁽¹⁾ é o resultado de uma profunda inquietação sobre a complexidade social em que vivemos. Tal complexidade apresentou-se como um enigma, na medida que as descrições com as quais trabalhávamos normalmente eram muito simplificadoras ou rudimentares com respeito à diversidade de fenômenos que atualmente permeiam a sociedade contemporânea. Nessas circunstâncias, resulta iniludível aceitar que, enquanto esses fenômenos representam hoje níveis evolutivos novos, os esquemas com os quais nós conseguimos observá-los são antiquados e, portanto, precários no que diz respeito às aquisições da evolução do sistema social. Isto nos levou a questionar nossas tradicionais bases de abordagem epistemológicas.

É claro, portanto, que as análises de qualquer fenômeno jurídico não estarão à margem da complexidade que abarca todo fenômeno social. Para um pesquisador do direito, a complexidade se apresenta como um obstáculo insanável quando se adota os métodos jurídicos tradicionais ou,

¹Este trabalho foi escrito em Lecce, no âmbito do *Centro di Studi Sul Rischio*. Durante a nossa estadia em Lecce freqüentamos os seguintes cursos do Professor Raffaele De Giorgi: *Teoria Generale del Diritto, Sociologia e Metodologia delle Scienze Sociali*. Também freqüentamos o seminário do Professor Niklas Luhmann sobre “*Organizzazione e decisione*” oferecido no período de abril e maio de 1994 e que foi desenvolvido no âmbito do curso do Professor De Giorgi. Durante toda a nossa estadia tivemos a oportunidade de conversar diversas vezes com os Professores Luhmann e De Giorgi; e, com este último, pudemos discutir e trabalhar juntos a maior parte do tempo. Em particular, tivemos a sorte de ler o manuscrito de um trabalho que os dois autores publicarão em 1996 e que terá como título “*Organizzazione e decisione*”. Em razão de tratar-se de um manuscrito não finalizado, muitos conceitos referem-se em geral à *Teoria dos Sistemas* e à *Teoria da Sociedade*, sem citações pontuais. Pudemos também consultar outros trabalhos ainda não publicados dos dois autores.

um verdadeiro desafio, quando se tenta procurar pelos interstícios das mais avançadas correntes epistemológicas.

Consideramos que o primeiro caminho nos levaria, sem nenhuma dúvida, a um porto seguro de pequenos objetivos, baseados, talvez, em interpretações semânticas de reduzido alcance. Porém, a segunda escolha nos deixará diante de um abismo se estivermos desprovidos de instrumentos gnoseológicos adequados.

De todo modo, essas duas opções não se excluem. Significam diferentes pontos de construção de um mesmo fenômeno. Optamos por aventurar-nos na incerteza do novo, sem desmerecer com tal escolha as opções diferentes de abordagens tradicionais ou alternativas, já que todas as vias dirigidas ao conhecimento e à compreensão do mundo jurídico formam parte da construção e evolução da cultura jurídica.

Decidimos, assim, ocuparmo-nos de uma temática que na sociedade contemporânea se apresenta como inevitável, mas, contraditoriamente, pouco estudada como fenômeno social. Trata-se do Poder Judiciário enquanto estrutura operativa do discurso jurídico. Para tanto, nossas pesquisas se concentraram na *Organização da Jurisdição no Brasil*.

Basta percorrer as páginas que Max Weber dedica ao fenômeno da administração da justiça para verificar que o problema dessa organização não é recente⁽²⁾. Por isso, decidimos pesquisar a dinâmica da organização

²Cf. WEBER, Max. *Economia e Società*. Milano: Comunità, 1980, vol. I, p. 31 e seguintes.

judiciária no Brasil, a estruturação de suas decisões, e o exercício efetivo da função jurisdicional.

Devemos destacar que esta escolha não foi feita por acaso; é a consequência de nosso trânsito pelos labirintos desafiantes da *Teoria da Sociedade*, de matriz sistêmica, elaborada por Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi⁽³⁾, com especial ênfase nos trabalhos desenvolvidos por esses autores no que tange à teoria das organizações.

Esta arquitetura conceptual constitui o fundamento de uma hipótese de pesquisa inovadora, que pretende propor um outro modo de observar o aparato judiciário.

Esse referencial teórico nos abriu novos horizontes na medida que nos permitiu pesquisar arestas inimagináveis sobre o objeto da nossa pesquisa numa ótica diferenciada.

Assim, em contraposição a perspectiva tradicional que postula que a função do Poder Judiciário é simplesmente a de aplicar o direito preexistente, trabalhamos numa visão sistêmica, segundo a qual o aparato judiciário é uma estrutura seletiva do sistema do direito, que se constituiu mediante contínuos e contingentes processos de diferenciação específicos na evolução do sistema social global.

³A obra *Teoria da Sociedade* de Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi constitui, na nossa opinião, uma das maiores aquisições do pensamento contemporâneo. A grandiosidade da estrutura conceitual da teoria dos sistemas, as aquisições cognitivas e analíticas que ela tornou possível nos permitem considerar esses dois cientistas sociais como expressões máximas da cultura universal contemporânea.

Perspectiva teórica que nos permitiu considerar não somente os mecanismos mediante os quais opera o Aparato Jurisdicional, como também como se estrutura e evolui a sociedade moderna.

Pretendemos observar o objeto do nosso trabalho à luz da seguinte hipótese: a estrutura do aparato judiciário brasileiro sofreu processos de transformação que tornaram cada vez mais informais as decisões, mesmo quando o caráter formal da estrutura organizativa continuava a subsistir, e esta situação, no decorrer dos anos, reforçou-se cada vez mais.

A reiteração conseqüente dessas práticas informais provocou a ruptura da auto-referencialidade jurídica nos processos decisoriais da organização e este fato identificamos aqui como corrupção do código do direito⁽⁴⁾. Isso significa, em outros termos, que hoje as decisões do aparato judiciário brasileiro são tomadas com base em um contínuo desvirtuamento ou corrupção do código do direito⁽⁵⁾.

⁴O que nós identificamos como corrupção, Marcelo Neves define como crise, ou seja, a quebra da auto-referência consistente. Cf. Crise do Estado. Da Modernidade Central à Modernidade Periférica. Anotações a partir do Pensamento Filosófico e Sociológico Alemão. In: Revista Trimestral de Direito Político, n.º 5, 1994, p.49.

⁵Recentemente, por exemplo, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Sidney Sanches, para negar pedido de liminar no caso da ação de inconstitucionalidade da Medida Provisória 168, transformada na lei 8.241/90, que bloqueou os cruzados, sustentou que a concessão da liminar “resultaria em enormes transtornos para a economia, com a injeção de trilhões, o que pode trazer o retorno de uma ameaçadora hiperinflação”. Cf. Folha de São Paulo de 28-06-91. De igual modo, no caso da proibição de concessão de liminares contra o Plano Collor, entendeu o STF que a proibição de concessão de liminares não era inconstitucional, negando, assim, a garantia constitucional da tutela cautelar. Cf. JSTF., Lex 143, p. 52. Como se vê, esses casos foram decididos com base exclusivamente em premissas político-econômicas e não propriamente jurídicas.

Para abordar nossa hipótese recorreremos a todos os conceitos-chaves da *Teoria da Sociedade*. Começamos por assinalar que o programa teórico da Teoria da Sociedade funda-se na lógica da diferença. Partindo dessa premissa vimos que a primeira distinção se centra na diferença sistema/ambiente. O sistema é distinguido, como estrutura seletiva que torna possível a comunicação social.

Nessa perspectiva, a análise social se ocupa unicamente da comunicação. É um contexto de seletividade dos acontecimentos. Comunicação, e não outra coisa, é a operação com que a sociedade como sistema social se produz e reproduz autopoieticamente.

Como consequência dessa primeira distinção, realizamos ulteriores distinções. Por exemplo, observamos vários tipos de sistemas especificados cada um num âmbito comunicacional que o distingue na sua função. Cada sistema satisfaz sua própria função e não pode ser substituído por outro sistema. Assim, o direito pode ser observado não como uma estrutura que regula a distribuição de privilégios e dinheiro, e sim como uma estrutura seletiva que produz direito. Dentro dessa categoria, todo e qualquer tema pode ser objeto de comunicação jurídica. Então, o conflito de interesse é transformado também em tema da comunicação jurídica.

Com base nessa observação, assinalamos que a função do sistema jurídico não é a de resolver conflitos, mas a de reproduzir a diferença entre o que é direito e o que não é. Esta operação é realizada mediante o esquematismo binário que a *Teoria da Sociedade* denomina de código. O

código, então, é uma forma, é a unidade de uma diferença. É a operação que permite a autonomia operacional e a abertura cognitiva através da distinção de dois valores que se concebem somente juntos. Porém, para cada operação, para cada comunicação, só será aplicado um valor; por exemplo: é direito ou não direito. Assim, exclui-se a possibilidade de qualquer terceiro valor e evita-se dessa maneira a policontextualidade.

A descrição dessas operações nos remete ao conceito de autopoiese. Para a *Teoria da Sociedade* os sistemas operam autopoieticamente, quer dizer, o próprio sistema é capaz de produzir os elementos dos quais se compõe, definindo desta maneira a sua autonomia, ou seja, sua diferença em relação ao ambiente.

O conflito como conflito não entra no sistema, porque não existe nem *out-put* nem *in-put* comunicacional entre sistema e ambiente. O conflito será representado no interior do sistema somente se é transformado em elemento do próprio sistema. Significando que para o sistema inexistente conflito. O que existe são operações comunicacionais auto-referentes que se realizam no seu interior. E entendemos por referência a operação que designa qualquer coisa no contexto de uma distinção de outra coisa. A operação de auto-referência é realizada, então, quando a operação da referência resulta incluída naquilo que designa. Isto é, ela designa qualquer coisa da qual faz parte, com a qual se identifica.

Falar do sistema do direito é falar de operações jurídicas recursivas e autopoieticas. Nessa perspectiva, o denominado conflito jurídico

não é nem tão conflito nem tão jurídico. O sistema não observa o que acontece no ambiente. Quando muito o sistema se auto-irrita com as representações que sua estrutura seleciona dos eventos conflitivos. Porém, quando tais eventos são incorporados no sistema, são transformados em operações jurídicas, portanto, deixam de ser conflitos. Por tais motivos, se diz que o sistema controla o ambiente controlando a si mesmo. O direito é absolutamente indiferente a tudo aquilo que não seja direito.

Por outro lado, o direito é sociedade no sentido que é o resultado da diferenciação entre sistema e ambiente. Os sistemas se diferenciam com base na função que desempenham. E é o esquematismo binário que permite a sua estruturação, de modo que direito produz direito, política produz política e economia produz economia.

As relações entre os sistemas são reguladas pelo modo do acoplamento estrutural. Isto significa que os sistemas co-evoluem, no sentido de que um é pressuposto de outro e vice-versa. Para exemplificar esta distinção poderíamos dizer que se no contexto da política acontece um determinado evento o sistema econômico poderá reagir, porém só o fará com operações de natureza estritamente econômica. Dessa maneira, diante de uma evolução do sistema político, o sistema econômico reage e evolue.

Por outro lado, as relações entre os sistemas são operadas por organizações, que assumem o primado funcional do correspondente sistema parcial. Distinguem-se organizações da economia (empresas, indústrias, etc.), organizações da política (partidos políticos, administração pública,

sindicatos, legislativo, etc.), organizações do direito (tribunais, juizados especiais, etc), entre outras. Elas se constituem nos sistemas funcionais para a realização de suas operações e para a execução de sua função primária. As organizações são estruturas decisórias que permitem a comunicação entre os sistemas funcionais.

Porém, na sociedade moderna as organizações operam com um alto grau de informalidade. No interior das organizações formais se constituem redes informais que transcendem os limites das próprias organizações, conformando estruturas parasitárias que estabilizam, por sua vez, as organizações.

Estas redes informais se constituem de forma transversal com respeito aos códigos funcionais de cada organização, corrompendo dessa maneira os limites da diferenciação funcional de cada sistema. Quanto mais as organizações funcionam de modo informal, tanto mais se rompem as barreiras que a moderna sociedade burguesa tinha construído contra o direito ao privilégio e tanto mais a inclusão nas organizações funcionais se estabilizam como o privilégio de poucos.

Porém, se esta transversalidade parasitária de contatos não corrompe os códigos de funcionamento dos sistemas sociais, ao menos os corrói, estabilizando uma ordem parasitária como processo estrutural necessário para a organização das decisões. Isto é, cada coligação entre os códigos produz curto-circuito, qualificando a ruptura da organização da decisão em cada sistema como verdadeiras formas de corrupção.

Resumindo, quando os sistemas não estão regulados pelo fechamento comunicacional, eles se corrompem. Assim, as operações do direito se tornam operações da economia ou da política. A corrupção de um sistema pelo deslocamento do uso de seu código específico corrompe o funcionamento do outro sistema, que corrompe, por sua vez, o funcionamento de outro sistema, e assim por diante. Esse processo demonstra a hiperintegração do sistema social global, no seu processo evolutivo de diferenciação funcional. Dessa modo, tem-se uma sociedade hiperintegrada e hiperdiferenciada simultaneamente.

Quando as organizações não funcionam senão através de sua estrutura informal, a corrupção se torna normalidade construindo uma semântica própria. O mecanismo das sanções não está mais nas consequências da violação do direito, mas consiste no mecanismo da inclusão e da exclusão, em relação a possibilidade de obter qualquer coisa ou ser qualquer um.

Nas organizações funcionais existe uma tensão paradoxal a respeito da necessidade de decidir. Elas devem decidir, ao mesmo tempo, que falta uma motivação para decidir, já que a decisão expõe à organização ao risco da exclusão. Esse risco pode ser contornado por processos informais de interação, de contatos pessoais, transformando a organização numa estrutura seletiva de interações.

A inclusão, exclusão, corrupção e integração são processos que intervêm na estrutura da sociedade e os problemas que elas colocam não

podem ser tratados pela moral nem por outros valores que distinguem entre comportamento correto ou não correto. Se se quer dar conta das relações que existem nas periferias da modernidade e de seu desvio é inevitável a referência a estruturas sistêmicas que estabilizam situações e reagem à modernidade sem corresponder a essa.

O aparato jurisdicional enquanto organização estrutura os processos decisórios através dos programas condicionais. Nela entram somente operações de condicionamento baseado no esquema “se.....então”. A operação jurídica liga, assim, uma condição a uma consequência. E é essa conexão que confere o caráter normativo do direito. Nesse sentido, percebe-se como as operações jurisdicionais são limitadíssimas, ao contrário do que pensa a sociologia tradicional. Sob outro aspecto, para a *Teoria da Sociedade* o direito positivo é o resultado de uma decisão. Uma decisão contingente, à medida que pode ser mudada a qualquer momento por outra decisão. O direito positivo representa, então, uma improvável aquisição evolutiva.

Quando por pressões ou injunções de malhas de interações e de contatos, a aplicação do programa condicional se vê comprometida; quando a organização da decisão jurisdicional é condicionada pelo resultado de redes de pressão contra o código do direito, estamos diante da presença de um deslocamento. Estamos diante de processos decisórios corruptos.

A corrupção do código produz transformações na estrutura das expectativas sociais dirigidas ao direito ativando, mais e mais,

comportamentos de tipo informal e modelando redes de pressão contra o próprio código. Isto desmotiva o recurso ao direito e produz novas formas de seletividade no acesso a ele.

Se antes a seletividade do acesso ao direito era regulada por diferenças de caráter econômico ou pela distribuição do poder nas práticas sociais próprias da sociedade estratificada, atualmente ativou-se uma auto-imunização em relação ao direito, que é paralela à consolidação de novos acessos às decisões. Os potenciais consumidores jurídicos já não têm expectativas na solução judicial dos conflitos, salvo quando, mediante o processo informal de redes de contato, possam assegurar num grau potencial o resultado satisfatório da decisão.

Porém, na complexidade social, a corrupção do código do direito não emergiu como um fato isolado. Este processo correspondeu, no ambiente, a um processo de corrupção dos demais códigos que operam em cada sistema social.

Entendemos também que a preocupação pela expansão da corrupção na administração da justiça tornou-se tema difundido da comunicação social⁶). É comum encontrar notícias sobre a corrupção dos

⁶Já em 1961, por exemplo, por ocasião da filmagem do "Julgamento em Nuremberg," seu diretor Stanley Kramer comentou na revista brasileira Manchete que seu filme significava sua acusação "aos juizes venais, aos magistrados corruptos, aos que se dobram aos tiranos e ditam sentenças iníquas, de fundo meramente político, numa completa subversão dos princípios jurídicos e dos direitos fundamentais do homem. Essa acusação veemente, mostra, de forma clara, que onde a Justiça falha a sua missão e deixa de proteger cada indivíduo, de *per si*, a catástrofe coletiva é inevitável.(...) A Justiça alemã estava fundada em bons princípios, os da República de Weimar, mas pela ação dos juizes complacentes foi sendo desvirtuada e, por fim, desapareceu como magistratura para ser apenas um instrumento de conveniências e ódios partidários. (...) Houve juizes dignos que se demitiram. Outros, porém, fizeram a princípio pequenas transigências, para, depois, sob pressão do Estado, aceitar todos

juizes, sobre a corrupção dos advogados, dos funcionários da justiça, e, do mesmo modo, não é difícil constatar a expansão dos fenômenos de corrupção entre políticos, industriais e militares⁽⁷⁾.

Diante do quadro descrito é mister destacar que os fatos podem ser observados de diferentes níveis de observação. Porém, tanto os meios de difusão quanto a sociologia tradicional tentam descrever estes processos também como corrupção, mas desde uma ótica circunstancial como resultado da conduta desviada dos homens. Neste nível de observação, que chamamos de primeiro nível, sem dúvida é possível tratar os homens como corruptos e tentar elaborar um tratamento moral para esses comportamentos desviantes.

De acordo com a *Teoria da Sociedade*, essa perspectiva é conceituada como observação de primeira ordem ou de primeiro nível, que descrevem tais operações ao nível do (sujeito) operador que desenvolve a sua função e que define tal conduta como a violentação dos princípios da

os desvios e deformações. De Justiça mesmo não sobrou mais nada. Não havia a quem recorrer contra quaisquer abusos ou prepotências, pois os magistrados faziam parte do sistema que praticava tais delitos, associando-se a todos esses atos condenáveis. (...) um dos magistrados alemães, o Juiz Janning. Este era, outrora, um jurista ilustre e respeitado, mas começou a transigir, gradualmente, e acabou de todo envolvido pelo nazismo, que o elevou a Ministro de Justiça. Ouso dizer, que este meu novo trabalho colocará cada juiz, em todas as partes do mundo, diante de sua própria consciência, para um reexame de suas responsabilidades perante a coletividade e seu próprio ser." Com essa nota, destacamos que há mais de trinta anos, a avaliação das funções dos juizes já era tema da comunicação, destacando ainda que, como nesse caso, não é um jurista quem realiza estrategicamente a auto-avaliação da sua organização. Cf. *Revista Manchete*. Rio de Janeiro: 1961, p. 70.

⁷Nesse sentido, basta lembrar o caso "Watergate", onde os meios de comunicação denunciaram ao mundo a corrupção do presidente dos EEUU, Richard Nixon, obrigando esse a renunciar. A corrupção massiva das cúpulas políticas na Itália que originou o conceito de "Tagentópolis". O "impeachment" do presidente Collor, motivado por graves denúncias sobre desvio de dinheiro público, pela existência de contas bancárias "fantasmas" e pela utilização indevida de dinheiro da campanha eleitoral, sendo que tais acontecimentos emergiram a conhecimento público em 1992, originando um processo judicial

moral pública ou privada. Por conseguinte, é lógico que essa ótica apele para a moralização da justiça e de outros sistemas sociais. Porém, é um dado o fato que a labilidade psíquica dos valores não pode dar estabilidade ao funcionamento dos códigos nem interferir nesse funcionamento.

Noutra perspectiva, tais processos podem ser descritos desde um nível de observação de grau superior e notando-se aquilo que ocorre como operações de um sistema. A corrupção pode ser observada não ao nível de sujeitos e sim na estrutura de operação do código do sistema referido. Assim, conceituando o aparato judiciário como uma organização, vimos que a corrupção do código de funcionamento do sistema funcional do direito produz, como consequência, o fato de que as organizações formais funcionam quase exclusivamente de modo informal e isto bloqueia cada possibilidade evolutiva do sistema funcional do direito.

Nesse nível se vê decisões e estruturas decisórias, programas, modalidades de elaborações das informações, estruturas de expectativas e seu tratamento através de fórmulas da reflexividade que revelam o deslocamento que existe na utilização dos códigos específicos em cada organização. E é sob esse ponto de vista específico que analisamos neste trabalho o aparato judiciário brasileiro como organização.

Para proceder a constatação empírica do funcionamento da corrupção dos códigos, à luz da Teoria da Sociedade, elaboramos uma pesquisa aplicada, como recurso metodológico, para analisar a decisão do

que culminou em dezembro de 1994 com a incrível absolvição do imputado pelo Supremo Tribunal

Supremo Tribunal Federal , que em 1989 decidiu pela inaplicabilidade do tabelamento constitucional de juros contemplado na Carta Magna de 1988.

Para concluir, especificamos que o nosso trabalho perseguiu os seguintes objetivos:

- identificar as transformações dos acoplamentos estruturais entre os sistemas da sociedade através da descrição dos processos de informalização de uma organização específica, qual seja, a Organização Judiciária;
- discutir a função das organizações para a manutenção de sua forma de diferenciação na sociedade contemporânea;
- descrever a relação entre um nível mais alto de amoralidade⁽⁸⁾ e a garantia de autonomia dos códigos⁽⁹⁾.

Com respeito à organização deste trabalho, apresentamos no primeiro capítulo as bases epistemológicas da *Teoria da Sociedade* e algumas das distinções fundamentais com que opera. Nessa fase se individualiza o sistema do direito em si e seu mecanismo operativo. É finalizado com a conceitualidade da estrutura e da função das organizações. Esse capítulo constitui uma premissa introdutória do trabalho e se apresenta de modo particularmente teórico.

Federal, por faltas de provas e por irregularidades processuais.

⁸ Os professores Luhmann e De Giorgi consideram que a forma da moral deve ser abandonada como forma determinante do funcionamento das organizações. Isto não significa, porém, que a moral não tenha alguma relevância na sociedade; só significa que os códigos devem ser fixados em um nível de uma “superior amoralidade”. Nesse sentido referem-se ao conceito de superior amoralidade renunciando a unidade. Cf. LUHMANN, Niklas e DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*. Milano: Franco Angeli, 1994, p. 307.

⁹ Isto é, aquisição daqueles níveis de justiça e de liberdade dos quais a sociedade moderna é capaz.

No capítulo segundo, descrevemos em termos gerais a constituição e a especificação da organização jurisdicional na sociedade moderna. Apresentamos a teoria da divisão de poderes numa perspectiva basicamente sociológica. Observamos a estruturação do aparelho judiciário brasileiro numa ótica externa, ou seja, na condição de observador de segunda ordem.⁽¹⁰⁾ E terminamos essa fase com a distinção dos mecanismos específicos com os quais operam a administração de justiça em termos formais, e com a constatação daqueles mecanismos informais que se ocultam e se silenciam sob a dogmática jurídica.

No capítulo terceiro, apresentamos as interferências que obstaculizam a diferenciação funcional do direito como emergentes da complexidade da evolução da sociedade moderna. Descrevemos os diversos mecanismos, tanto do Sistema Político como do Sistema Econômico, que operam atravessando suas específicas funções e produzindo um curto-circuito na diferenciação funcional da sociedade. Finalmente, reconstituímos, já num âmbito empírico, o percurso de uma decisão jurisdicional, a título demonstrativo, onde se pode constatar as premissas teóricas descritas em todo este trabalho. Como corolário dessa fase, comprovamos os mecanismos da corrupção dos códigos através do acompanhamento dos efeitos de uma decisão específica, qual seja a decisão acerca do tabelamento dos juros proferida pelo STF.

¹⁰ Sobre o conceito de observador de segunda ordem, consultar LUHMANN, N. *Sociología del Riesgo*; Guadalajara: Universidade Iberoamericana. 1992, págs .57 e seguintes.

Cabe assinalar que as considerações tecidas acerca da Organização Judiciária estão baseadas, no plano empírico, na atual Constituição de 1988. Assim, embora o modelo teórico utilizado tenha o poder de generalização devido a seu alto nível de abstração, mudanças nesta Constituição - tais como aquelas hoje em curso na Reforma Constitucional - merecerão novos estudos avaliativos, pois certamente apontarão novas dinâmicas de evolução deste sistema social.

No decorrer da elaboração desta pesquisa, que teve início em março de 1994 e foi concluída em fevereiro de 1996, nos demos conta de que era necessário desenvolver uma descrição analítica da carreira da magistratura, como foi feito na Itália e na Alemanha¹¹. De qualquer maneira, acreditamos signifique nosso trabalho um ponto de partida para a análise e a reflexão dos mecanismos de corrupção da Organização Judiciária, até agora ocultos. Estamos convictos de que as considerações apresentadas nesta tese não estão inseridas num referencial teórico-metodológico predominante no campo de estudo do direito no nosso país. Porém, o nosso objetivo acadêmico dirige-se à contribuição que podemos oferecer ao debate que está começando entre nós, produtores de direito, sobre o lado obscuro do Poder Judiciário. Nossa opção epistemológica se distancia das tentativas de

¹¹Estas pesquisas evidenciaram o fato de que a origem social dos juizes está predominantemente incrita nas camadas sócio-econômicas mais privilegiadas da sociedade, com exclusão ou pouca representação dos demais segmentos sociais que conformam a totalidade social. Cf. BERGALLI, Roberto. *El controle formal: Policia y Justicia*. In *El Pensamiento Criminológico II*. Bogotá: Editorial Temis, 1983, p. 82.. Para uma visão panorâmica sobre as ideologias dos magistrados italianos, consultar TREVES, Renato. *Giustizia e Giudici nella Società Italiana*. 9a. ed. Bari: Laterza, 1975.

produção de verdades categóricas tão comuns ao caráter normativo das argumentações judiciais.

2. A TEORIA DA SOCIEDADE: BASES EPISTEMOLÓGICAS E FUNÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES

2.1. A DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL E O ACOPLAMENTO ESTRUTURAL.

Os recursos conceituais utilizados por Luhmann⁽¹²⁾ e De Giorgi na construção da Teoria da Sociedade representam os mais recentes avanços da Teoria dos Sistemas⁽¹³⁾, bem como os avanços produzidos em

¹² Niklas Luhmann nasceu em Luneburg (RFA) em 1927. Estudou direito na Faculdade de Friburgo e ciências administrativas junto à Universidade de Harvard, onde manteve contatos estreitos com Talcott Parsons. Formou-se em sociologia em Munster; em 1968 lhe foi concedida a respectiva cátedra junto à Universidade de Bielefeld, onde é professor emérito. Ministrou seminários entre 1968 e 1981 em Frankfurt, Viena e New York. Embora membro da Comissão para a reforma das bases jurídicas relativas ao serviço público e assessor junto ao Ministério da Educação do Lander, Baixa Saxônica, decidiu abandonar o seu engajamento no campo da política de reformas para dedicar-se, com exclusividade, a problemas de natureza teórica no âmbito das ciências sociais. Desde 1974 é membro da Academia das Ciências da Renânia Westfalia, em Dusseldorf. Em 1984 a Universidade de Gent (Bélgica) confere-lhe o título *Honoris Causa* em direito; títulos *honoris causa* lhe são conferidos em 1988 pela Universidades de Macerata, Bologna, Recife e Lecce. Nos últimos anos ministrou cursos e seminários em Harvard, Columbia University, Instituto Universitário Europeu de Florença, Tokio, Kioto, Nova Degli, Universidad de Chile, Dubrovnik, etc. Autor de numerosas obras, Luhmann, nos últimos trinta anos, vem trabalhando na formulação de uma teoria dos sistemas que, difundida em todo o mundo, constitui uma das construções teóricas mais importantes para a epistemologia contemporânea. A teoria desenvolvida por Luhmann encontra aplicação nas ciências jurídicas e econômicas, na pedagogia, na análise da religião, na ecologia, nas ciências da administração e das organizações complexas. Numerosos são os Congressos internacionais organizados sobre o pensamento de Luhmann em diversos países. Há diversos anos, o Prof. Luhmann construiu com o Prof. Raffaele De Giorgi uma profunda relação de trabalho e amizade. Fruto dessa cooperação é o Centro di Studio Sul Rischio, com sede em Lecce, que se ocupa de temas problemáticos que adquiriram grande relevância na opinião pública e que alcançaram níveis de crescente significado político, como, por exemplo, as conseqüências ecológicas das novas tecnologias.

¹³ Com o termo sistema se faz, freqüentemente, referência a uma vasta gama de fenômenos: por exemplo, fala-se de sistemas filosóficos, sistemas numéricos, sistemas de comunicação, sistemas de

diversas teorias, como a cibernética, a teoria da evolução, a teoria da comunicação, entre outras. Essa nova postura epistemológica provoca desafios interessantíssimos, tais como a tentativa de superar a velha dicotomia entre as ciências naturais e as ciências humanas em relação à abordagem do objeto correspondente a cada uma. Em outros termos, o que é apresentado como inovação diz respeito ao abandono do conceito “objeto”. Assim, estamos nos referindo à utilização de um método de produção de conhecimento que se vale do recurso epistemológico da busca da distinção, ao invés da caracterização baseada em propriedades essenciais daquilo que é observado⁽¹⁴⁾. Neste ponto é indispensável, então, explicitar como primeiro passo o que significa tal inovação e como se produz esse abandono do conceito “objeto”.

Para tanto, devemos valer-nos das categorias elaboradas por George Spencer Brown em sua obra *Laws of Form*⁽¹⁵⁾. Para esse autor, o “objeto” nada representa; é sobre o conceito de “forma” que se baseia o início

controle, sistemas educativos, etc. A primeira perspectiva sistêmica, individualizada da tradicional teoria dos sistemas abertos, define sistema como qualquer entidade, abstrata ou concreta, constituída por partes interdependentes. Cf. Ackoff, R. L. *La teoria dei sistemi*, a cura di F.E. Emrey. Chicago: Aldine, 1972, p. 369. Nesse sistema, de qualquer modo, o que assume relevância não é o conjunto de elementos ou partes que o constituem, mas a organização que se realiza entre elas; isto é, o modo em que são dispostas as partes. Cf. Luhmann, Niklas. *Sistemi...* Op. Cit. Para uma concepção completamente diversa do conceito de sistema, também se utilizam fórmulas lingüísticas análogas. Cf. Frank Benseler, Peter M. Hejl, Wolfram K. Koch (editores). *Autopoiesis, communication and society. The Theory of Autopoiesis Systems in the Social Sciences*. New York/Frankfurt: Campus Verlag, 1980.

¹⁴ Quando Luhmann afirma isto, na linha de Von Foerster, retoma sem saber, por uma convergência involuntária, uma proposta já esboçada por Chang Tung-Sun, em seu ensaio *A Teoria do conhecimento de um filósofo chinês*: “Os objetos geralmente percebidos como mesas, cadeiras, casas, amigos, etc., são ‘construções’. Essas construções são com frequência e ingenuamente consideradas como coisas que têm uma existência própria e independente. São, porém, na verdade, coisas construídas através das percepções do observador.” (apud: CAMPOS, Haroldo de. *Ideograma*. São Paulo: Edusp, 1994, p. 199).

de qualquer observação. A forma não é, porém, um parâmetro estético: é forma de uma distinção, de uma diferença. Noutras palavras, opera-se uma distinção traçando uma marca que separa duas partes. Assim, a forma se (de)compõe em dois lados, marca uma diferença estabelecendo um limite e uma distinção. Quando observamos e vemos uma forma, estamos ao mesmo tempo observando uma distinção de duas partes. Isso significa que, quando distinguimos um lado da forma, estamos ao mesmo tempo indicando o outro lado; isto é, cada parte se distingue e se indica simultaneamente.

Cada parte da forma é sempre a outra parte da forma. Portanto, nenhuma parte é algo em si mesma. Quando se indica uma parte significa que se está em um plano temporal de atualização dessa parte e não da outra. Nesse sentido a forma é autoreferência desenvolvida no tempo. Na operação de distinguir não é possível observar a unidade (da distinção); no distinguir, a distinção não comparece como unidade, mas sempre como um e outro lado. Portanto, cada vez que se distingue uma forma, sabemos que há outra forma que está indicada simultaneamente; ou seja, há também uma supraforma: a forma da distinção da forma a respeito de qualquer outra coisa.

Essa nova perspectiva nos situa em uma posição diversa das tradicionais posturas das correntes sociológicas. A sociedade, por exemplo, pode deixar de ser considerada como um objeto (amorfo) com tal ou qual essência ou tais ou quais caracterizações para passar a ser tratada como

¹⁵BROWN, George Spencer. *Laws of Form*. London: Allen & Unwin, 1969. De acordo com a sua lógica, qualquer operação tem início com a seguinte premissa: “draw a distinction”.

uma distinção. A sociedade seria um lado da forma que estamos distinguindo, a qual por sua vez, nos indica que há um outro lado que não pode ser incluído na distinção de sociedade, mas que faz com que a sociedade seja sociedade e o outro lado da forma seja outra coisa, por exemplo, ambiente dessa sociedade.

Uma vez traçada uma distinção, que seja construída uma forma, não é mais possível voltar atrás: é só possível efetuar operações a partir de um lado da forma ou de outro. Por isso, é importante estabelecer qual é a forma com que se começa⁽¹⁶⁾.

Esta conceitualidade utilizada pela Teoria da Sociedade permite interpretar a distinção sistema/ambiente. No plano metodológico, essa distinção ocupa uma posição central somente no sentido que possibilita a distinção da forma sistema, na qual se organiza a consistência da teoria, como um contexto de multiplicidade de distinções. Nesta perspectiva, a Teoria da Sociedade utiliza o procedimento indutivo para tentar estabelecer o que significam as generalizações de uma forma para as outras formas.

Neste ponto, cremos oportuno retornar ao ponto zero e esclarecer aquilo a que nos referimos quando falamos de sistema e de ambiente, e por que este binômio constitui uma distinção central para a Teoria da Sociedade.

O conceito de sistema se incorporou na linguagem comum para indicar todo conjunto que, composto por diversos elementos, consegue

funcionar como uma unidade diferente de seus elementos em função de complexas operações no seu interior.

Ao contrário, aqui pretendemos trabalhar com um conceito que nasceu a partir da Teoria dos Sistemas à qual incorporaremos algumas particularidades específicas. Assim, quando falamos de sistemas, nos referimos aos sistemas autopoieticos. O conceito de autopoiesis é uma construção teórica elaborada por dois biólogos chilenos, Francisco Varela e Humberto Maturana⁽¹⁷⁾. Os sistemas autopoieticos são aqueles que produzem por si mesmos não só as suas estruturas, senão também os elementos de que são compostos precisamente na trama destes elementos. Os elementos que constituem os sistemas autopoieticos não têm uma existência independente, são produzidos pelo sistema e é por este fato que são utilizados como distinções.

Para entender o conceito de autopoiesis deve considerar-se que não existe nem *input* nem *output* de elementos no sistema ou desde o sistema. Assim, o sistema é autonomo não só no plano estrutural senão também no plano operativo. Trata-se de sistemas fechados que se reproduzem a partir das operações que se geraram, antes, no próprio sistema.

¹⁶ Cf. DE GIORGI, Raffaele. *Modelli giuridici dell'uguaglianza e dell'iquita*, p. 373, In: *Disuguaglianza ed Equità in Europa*. Bari: Laterza, 1993, (359-378), p. 373.

¹⁷Cf. MATURANA, H. e VARELA, F. *De máquinas y seres vivos*. Santiago: Editorial Universitária, 1973; *Autopoietic Systems*. Illinois: Urbana, 1975; *Autopoiesis and Cognition: The Realization of Life*. Dordret, Boston: Reidel, 1980.

Tudo o que não pertence ao sistema é ambiente; ou seja, aqueles elementos que não formam parte do sistema conformam o ambiente desse sistema. E isso é uma distinção.

Este dispositivo teórico proveniente da teoria dos sistemas nos permite isolar o "social" de tal maneira que a "sociedade" aparece como um sistema e o ser humano como ambiente desse sistema. Nesta perspectiva o social não surge do homem. Para a Teoria da Sociedade o social consiste numa solução emergente de tipo evolutivo que precede aos sujeitos e se encaminha a prover estruturas de sentido numa dinâmica autoreferida. Assim, o social não seria então, aquela construção feita a imagem e semelhança do homem, e sim o resultado de uma prática evolutiva.

Estas disposições teóricas da Teoria da Sociedade nos conduzem a postular que sociedade e comunicação significam a mesma coisa. Para Luhmann, a comunicação é genuinamente social. Ao contrário as teorias tradicionais que tratam a comunicação como uma operação entre sujeitos, para esse autor a comunicação se situa por cima dos estados psíquicos divergentes. Nesse sentido, a comunicação constitui um sistema emergente no processo evolutivo social. Esse sistema de ordem superior é o sistema de comunicação que aqui denominamos de sociedade.

Pois bem, se o sistema "sociedade" é composto de comunicações e tudo aquilo que não é, ou que não é selecionado pelo sistema, é ambiente, o homem, então, é concebido, nesse caso, enquanto ambiente do sistema

social⁽¹⁸⁾. Neste contexto teórico, os indivíduos dão por suposto um sistema de comunicação em curso. Assim a comunicação reduz e distribui as possibilidades reais que possam apresentar-se aos indivíduos considerados isoladamente. Por isso a sociedade consistiria fundamentalmente de processos de redução de possibilidades abertas, à medida que limita o processo de informação já que impõe um modelo condensado de coordenação de motivações que não são relacionáveis entre si. Assim, podemos dizer que a comunicação individual é possível se existe previamente um sistema comunicacional.

Um sistema social nasce, então, como resultado da produção de uma diferença entre sistema e ambiente. A diferenciação dos sistemas é uma formação recursiva de um sistema. Um sistema no qual se formam outros sistemas se reconstrói através de uma posterior distinção entre sistema e ambiente. Se observamos desde o sistema parcial, o restante do sistema onicompreensivo se apresenta agora, como ambiente. Portanto, o sistema total se constitui ante o sistema parcial como a unidade da diferença entre sistema parcial e ambiente do sistema parcial.⁽¹⁹⁾

A sociedade como sistema da comunicação se apresenta como o sistema onibarcador no qual podem observar-se diferentes sistemas funcionais. A tais efeitos, diferenciação funcional significa do ponto de vista

¹⁸Como sintetiza Ardigó, não se reconhece ao ambiente, humano ou físico, alguma capacidade de comunicação recíproca direta com o sistema social. Cf. ARDIGÓ, Achiles. *Per una sociologia oltre il post moderno*. Roma: Laterza, 1988, p. 139-140.

¹⁹ Luhmann, N.; De Giorgi, R. *Teoria de la.... op.cit.*, p.281.

da unidade, conforme à qual se diferencia uma diferença entre sistema e ambiente se encontra na função que o sistema que se há diferenciado desempenha para o sistema completo⁽²⁰⁾. Por função deve-se entender a referência a um problema da sociedade, porém esta função só se realizará no sistema diferenciado por tal função e não no ambiente.

Cada sistema parcial satisfaz sua própria função (significa que tal função goza de prioridade com respeito às demais funções) e não pode ser substituído por outro, já que se tratam de comunicações específicas. A partir daí surgem alguns questionamentos fundamentais: como se produz essa especificação na comunicação, qual é o mecanismo mediante o qual um sistema funcional se produz e se autoproduz? Neste ponto, devemos remeter-nos aos modos operativos dos sistemas.

Em primeiro lugar, um sistema para poder existir como tal, precisa ser fechado. A clausura do sistema significa que para poder operar precisa fechar-se entrando em contato consigo mesmo e ativando operações internas que provêm dos mesmos elementos dos quais é constituído. Por um lado, o sistema opera, no seu interior, de forma independente do ambiente. Mas, por outro, os sistemas (normativamente) fechados são também sistemas (cognitivamente) abertos, pois se reproduzem a partir das representações que eles mesmos constróem do ambiente. Os sistemas são normativamente fechados em relação às operações que realizam no seu interior (autopoiesis) , mas cognitivamente abertos em razão das representações e da seleção que

²⁰ Luhmann,N; De Giorgi,R. *Teoria de la....op.cit.*, p.339.

elaboram a respeito do ambiente (concordância com o processo evolutivo social). Portanto, sem o ambiente os sistemas não poderiam existir nem auto-reproduzir-se.

Em razão da autopoiesis, os sistemas se caracterizam por sua autonomia. Eles auto-regulam sua própria forma de dependência e independência, ou seja, devem determinar-se e auto-identificar-se; devem observar a sua própria identidade. E essa operação se produz com base na diferença que os sistemas mesmos fazem entre eles e o ambiente. Desse modo, dizemos que eles observam a própria identidade (autodistinção) como tautologia.

Ora, se um sistema se auto-observa, não vê a si mesmo como algo fixo, ou melhor, como algo que tem uma propriedade que pode ser reconhecida pela auto-observação. É mediante a reprodução da sua diferença a respeito do ambiente que ele está sempre estabelecendo novas delimitações. Essa reprodução acontece em virtude da recursividade das operações que são efetuadas na estrutura (auto-referencialidade). Para cada operação, a estrutura entra em contato consigo mesma porque dela saem as informações úteis como pressuposto da ativação das operações.

A respeito dessas distinções, podemos dizer que são as informações que produzem diferenças, são diferenças que formam diferenças, como dizia Batenson⁽²¹⁾. Uma diferença é sempre resultado de uma observação.

²¹Cf. BATENSON, G. *Verso un'ecologia della mente*. Milano: Adelphi, 1972, p. 56.

Por isso, é mediante sua identidade que o sistema está sempre estabelecendo novas delimitações.

É possível tecer ainda uma outra consideração a partir do fato de que o conceito de autopoiesis pressupõe operações que somente são realizadas dentro do sistema. Mas isso não significa que o sistema se produz do nada. As condições de que precisam para a sua produção devem estar em seu ambiente. O que possibilita a existência do sistema deve estar disponível no seu ambiente, e, somente em tais circunstâncias, dizemos que o sistema depende do ambiente.

A partir dessa observação, conclui-se que um sistema não pode ser mais ou menos autopoietico⁽²²⁾. As suas variações podem estar, por exemplo, na complexidade, ou seja, pode ser mais ou menos complexo. Nesse sentido, clausura operacional significa que o sistema só pode operar no contexto de suas próprias operações. Assim, é necessária a formação de uma estrutura que se estabelecerá com base nas próprias operações.

Portanto, o que torna possível as ligações entre as comunicações são as estruturas. Desse modo, quando uma operação se liga a uma outra, o faz dentro de um contexto determinado. Para que possa existir, porém, essa ligação, o contexto precisa estar fechado em relação a outros contextos e a outras operações que não tenham sido consideradas. Por conseguinte, podemos dizer que, quando uma operação se incorpora a esse processo de

²² Afastando-se da *Teoria da Sociedade*, Teubner distingue entre Direito Autopoietico, Direito Parcialmente Autônomo e Direito Socialmente Difuso.

ligação num contexto fechado (fechamento operacional), é possível se determinar a realização da autopoiesis.

De qualquer maneira, essa circunstância não implica que os sistemas sejam isolados completamente uns dos outros e que não mantenham relações causais com o ambiente; senão que, em razão de uma diferença temporal, o sistema precisa primeiro reproduzir-se para logo poder agir sobre o ambiente e ser ao mesmo tempo influenciado por esse. Então, um sistema precisa ser operacionalmente fechado para ter abertura. Obviamente, à primeira vista essa afirmação pode resultar contraditória ou paradoxal. Para oferecer uma resposta a isso devemos, antes de mais nada, realizar uma distinção entre operação e observação⁽²³⁾.

Para que um sistema seja operativamente fechado, requer-se que dentro de suas operações exista aquela mediante a qual ele possa observar a si mesmo e diferenciar-se dos outros sistemas e do ambiente. Ou seja, para que esse processo aconteça é necessário que dentro de suas operações exista aquela que lhe dirá o que faz parte do sistema e o que não faz.

A observação da diferença, ou melhor, a comunicação da diferença entre sistema e ambiente opera somente dentro do sistema e não no ambiente. Isso equivale a dizer que se opera um retorno, ou seja, a reintrodução da distinção na distinção mesma.

²³ Cf. ESPOSITO, Elena. op. cit., p. 68.

Nesse processo operativo, o sistema deve estar continuamente atualizado a respeito do estado em que se encontra, já que, dessa maneira, pode saber qual é o ponto ao qual se deve ligar. Em razão desse processo dizemos que a memória dentro do sistema não serve para recordar eventos já acontecidos, mas para determinar qual é o ponto de partida de ulteriores observações⁽²⁴⁾.

Partindo dessas considerações, destacamos que os processos dentro do sistema cumprem uma rigorosa temporalidade linear; o que equivale a dizer que o sistema realiza um passo depois do outro. Assim, o paradoxo colocado anteriormente do “re-entry”, ou a distinção que reintroduz em si mesma, se resolve mediante a temporalização.

Neste ponto se faz necessário abrir espaço a outra questão fundamental da arquitetura da *Teoria da Sociedade*. Como demonstram Glanville e Varela, a introdução de uma distinção é ela mesma uma distinção: a distinção que sobressai de todo o resto. Se então é verdade, como diz Spencer Brown, que tudo deve começar com uma distinção, é também verdadeiro que de fato qualquer início inicia com um ter já iniciado; isto é, com um paradoxo⁽²⁵⁾. Nesse caso específico, também devemos considerar que a *Teoria da Sociedade* reconhece o paradoxo como a instância que

²⁴ Isso significa que o conceito de memória, dentro da *Teoria da Sociedade*, não tem o sentido de ligação dos eventos do passado aos do presente.

²⁵ Cf. GRANVILLE, R e VARELA, F. “*Your Inside is Out and Your Outside is In*”, in GE Lasker, *Applied Systems and Cybernetics*, vol. 6. New York, 1981, p. 638-641; Zeleny, Milan. *Autopoiesis, Dissipative Structures, and Spontaneous Social Orders*. Colorado: Westview Press, 1980; *Autopoiesis. A Theory of Living Organization*. New York: Elsevier, 1981. Para um aprofundamento das

possibilita a compreensão integral de sua arquitetura gnoseológica⁽²⁶⁾. A *Teoria dos Sistemas* reconhece que por detrás de cada descrição (e, portanto, de cada distinção) se manifesta sempre um paradoxo. Portanto, todas as observações e descrições são obrigadas a distinguir, ou seja, devem indicar já que não podem figurar na distinção⁽²⁷⁾.

Quando um observador⁽²⁸⁾ quer indicar um dos valores da sua distinção, imediatamente se defronta com o fato de que é impossível indicar um dos valores sem indicar ao mesmo tempo o outro. Os paradoxos representam um problema para o observador, mas não para os sistemas que operam com base neles. Por isso, para poder realizar a sua auto-observação constitutiva (a sua diferenciação com o ambiente que os provê de identidade), os sistemas sociais utilizam as vias da desparadoxização da própria observação, introduzindo condições específicas que impedem o curto circuito do retorno do paradoxo no interior da distinção utilizada⁽²⁹⁾.

Se levamos em conta que a descrição tanto do mundo como da sociedade é feita dentro da sociedade, e só nesta, necessariamente, essas descrições devem servir-se daquilo de que dispõem dentro da sociedade; isto

implicações lógicas de uma impostação construtivista desse tipo, ver ESPOSITO, E. *L'operazione di osservazione*. op. cit.

²⁶ Sobre esse tema, com maior profundidade ver MAGALHÃES, Juliana N. *O Uso Criativo dos Paradoxos do Direito pela Corte de Justiça Européia*. Florianópolis: UFSC, 1994. (Dissertação de Mestrado).

²⁷ Baseado em George Spencer Brown, Luhmann pressupõe que a diferenciação e a descrição formam uma unidade indivisível já que só é possível usar diferenciações para as descrições. Observar é então uma operação da diferença. Caso se pretenda observar observações, deve-se saber diferenciar as diferenças. Cf. LUHMANN, N. *Sociologia del...* op. cit. p. 277.

²⁸ Cabe assinalar que o observador é considerado também como sistema; outro sistema.

é, de comunicação. Considerando que a comunicação é uma síntese de informação que comunica a nova informação e, ao mesmo tempo, comunica que está comunicando, diremos, então, que a comunicação produz um paradoxo⁽³⁰⁾.

Se aceitamos essa linha de argumentação, estamos obrigados a concluir que todas as descrições e portanto, todas as teorias científicas pressupõem um paradoxo que elas mesmas devem ocultar, porque elas não podem incluí-lo na descrição sem bloquear a operação do descrever.

No plano metodológico deve-se esquecer a pergunta que indaga sobre a essência, ou seja, “que coisa é”, e demandar-se pelo procedimento: “como”; porque só assim se pode saber qual é o paradoxo que virá desenrolado. Uma vez dado esse primeiro passo, podemos trabalhar a distinção, esquecendo-se o paradoxo; porém, isso não significa, obviamente, que desapareça a instância paradoxal, já que os fundamentos das análises podem ser reparadoxados, e se deverá trabalhar então com outra distinção, que se deverá designar, por sua vez, como a necessidade de indivisibilidade do paradoxo da unidade da distinção.

Como estratégia metodológica, a *Teoria da Sociedade* evita incluir os paradoxos dentro dela partindo da distinção e não da unidade, partindo da instância paradoxal e não da ilusão da assepsia da descrição. E isso se deve

²⁹ BARALDI, C; CORSI, G e ESPOSITO, E. *GLU, Glossario dei termini della teoria dei sistemi di Niklas Luhmann*. Urbino: Montefeltro, 1989, p. 130.

a que os paradoxos, como figura dentro da teoria, produziram um bloqueio nas observações e descrições. Em outras palavras, a *Teoria dos Sistemas* estabelece uma relação paradoxal com os paradoxos que constituem o seu fundamento, o que significa, em última instância, que trabalha com a exclusão da inclusão do paradoxo⁽³¹⁾.

Assim, os paradoxos podem ser observados nos sistemas que se auto observam. Esses sistemas são constituídos de um paradoxo: ter que observar a sua própria distinção e seu ambiente como seu produto. Essa condição paradoxal dos sistemas permanece latente, já que aparecerá cada vez que se observarem a si mesmos ⁽³²⁾.

³⁰ Assinalamos ainda que Luhmann coloca com especial atenção o “paradoxo” como o ponto central dos processos dos sistemas sociais. A respectiva solução deriva, então, da contínua alternância entre os dois pólos do próprio paradoxo.

³¹ Essa posição epistemológica a respeito dos paradoxos revela um salto qualitativo na construção de novos paradigmas, sobretudo se levamos em conta que a história do conhecimento desenvolveu-se até agora pelo silêncio em relação aos paradoxos, pelo seu ostensivo ocultamento.

³² A partir disso, teremos como base uma das modificações fundamentais a respeito da sociologia tradicional que se refere à relação entre conhecimento e realidade. Enquanto para a epistemologia tradicional essa relação é sempre entendida como uma sorte de relação figurativa (icônica) de correspondência e de representação, o construtivismo radical a entende como uma adaptação, no sentido funcional. Isso quer dizer que, para a *Teoria da Sociedade*, o mundo não se apresenta dividido ordenadamente em sistemas, subsistemas, códigos, organizações, etc; senão que tal divisão funciona como operações que podem ser utilizadas para construir um certo sistema de idéias que pretende dar conta da complexidade que circula na sociedade. Em outras palavras, os conceitos construídos nos servem para realizar uma descrição funcional da realidade, e, portanto, não se deve buscar a correspondência com a realidade, porque essa não existe. E acrescentamos, ainda, que esse tipo de construção, por sua vez, tampouco pertence a um campo objetivo de elaboração discursiva, onde todos podem realizar a partir de certas bases a mesma descrição. Cada descrição, cada análise funcional depende em última instância do observador que a realiza, de sua estratégia, de seu projeto e dos fins que persegue. Dessa perspectiva podemos citar dois postulados de Maturana, onde se categoriza radicalmente o papel do observador: “tudo o que é dito, é dito por um observador. Tudo deve ser dito (por um observador) para existir. E a observação é a operação do observador. O observador constrói a existência quando realiza a sua operação de distinção”. (Cf. Maturana, H e Varela, F. op. cit., p. 35). A observação, então, é a operação que está na base do conhecimento, porque constrói formas. Portanto, para adquirir-se conhecimento é sempre necessário indicar uma coisa, distinguindo-a de outra. Assim, a realidade é construída comunicativamente através de distinções que realiza o observador, com o qual essas operações podem variar e, como consequência dessas variações, a

Passemos agora a outra distinção fundamental dessa arquitetura gnoseológica. Trata-se de uma observação interna e outra externa a respeito do sistema. Por exemplo, do ponto de vista interno do sistema, da operação que o mesmo realiza, não podemos nos referir a sua relação com o ambiente. Numa perspectiva externa, porém, é pertinente estabelecer relações entre o que o observador individualizou como sistema e o que é caracterizado através da distinção como ambiente. Existem duas lógicas diversas que correspondem a dois tipos diferentes de observação (externa e interna). E essa dualidade é irreduzível, já que não podemos, de maneira alguma, estabelecer relações de correlatividade entre âmbitos diferentes de observação.

A clausura operacional, porém, não atomiza o sistema. Este recria a sua estrutura através das representações que faz dos eventos que acontecem no ambiente em que opera no seu interior, como permanentes atualizadores da adequação da estrutura à complexidade do ambiente. Nesse sentido, a comunicação construída no interior do sistema constitui um sistema cognitivo estruturalmente determinado. Como consequência, a informação que se produz a partir de suas operações é sempre auto-organização.

Partindo do já exposto sobre os sistemas funcionais, julgamos necessário agora referir-nos à modalidade que eles utilizam no seu interior

unidade (entendida essa como complementariedade e não como síntese) pode ser vista em termos diferentes.

para processar a sua comunicação. Cabe discutir qual é o mecanismo que o sistema utiliza para selecionar a comunicação.

O dispositivo que permite ao sistema operar - isto é, processar suas operações interrompendo a interdependência da recursividade do que é igual a si mesmo - é constituído de um esquematismo binário. O código, então, é uma forma, é a unidade de uma diferença. Nele existem dois valores que se excluem na simultaneidade. Um valor do código é sempre uma parte de uma outra parte. Os dois valores não existem simultaneamente, porém não existe um sem o outro: um é sempre o outro do outro⁽³³⁾. O código é a garantia do sistema funcional, pois lhe permite ocupar-se de todos os problemas que acontecem em seu âmbito funcional, mas somente desses e não de outros. Ele provoca uma drástica redução das infinitas possibilidades a apenas duas opções.

Os vários códigos, com os quais operam os diversos sistemas funcionais, devem poder ser universalmente utilizáveis e ao mesmo tempo exclusivos, e, portanto, seletivos. Devem ser universalmente utilizáveis, porque através do seu esquematismo binário precisam garantir abertura e não somente competência para um certo gênero de coisas; exclusivos, porque cada sistema opera com base num código, e esse código funciona só no sistema em que vem ativado; seletivos, porque devem evitar qualquer contaminação com valores de diversas proveniências funcionais. Dessa forma, generaliza-se a capacidade de obter informações⁽³⁴⁾. A informação vem gerada internamente no sistema como

³³Cf. LUHMANN, Niklas. *La codificazione del Sistema Giuridico*, In: "Paradigmi", VI, 16, 1988.

³⁴Cf. BATESON, G. "A informação é uma diferença que faz diferença". Cf. *Verso un'ecologia della mente*. Milano: Adelphi, 1976.

uma distinção que produz outras distinções. Se cada comunicação tem a forma de uma distinção (entre negativa e positiva), o código consente ao sistema que se oriente para elaborar cada comunicação como distinção e, portanto, como informação⁽³⁵⁾.

O código realiza o fechamento de um sistema autopoietico na medida em que seleciona, entre as infinitas possibilidades de comunicações, só aquelas que se referem à própria identidade. Assim, caso se trate do código do sistema da ciência, por exemplo, ele distinguirá nas suas comunicações entre verdade ou falsidade, e todas as outras características das comunicações (tais como a sua estética ou a sua qualificação moral) serão irrelevantes para esse sistema⁽³⁶⁾. Por outro lado, o fechamento de um sistema é resultado da evolução, portanto, manifesta-se como forma da diferenciação. Particularmente, na sociedade moderna, essa forma assume as características da diferenciação funcional.

A diferenciação funcional pode ser observada como o resultado de uma constante seleção que opera mediante o esquematismo binário. Logo, a diferenciação de um sistema funcional, como o do Direito, por exemplo, se produz sobre a base de um código binário na qual se orientam todas as operações do sistema e organizam, portanto, a autopoiesis do próprio sistema. No caso do Sistema Jurídico, o código binário é lícito/ilícito. Quando para o uso do código se aplica o código, isto é, quando se produz a combinação da auto-

³⁵ BARALDI, C.; Corsi, G. e Esposito, E. op. cit. p. 46.

³⁶ BARALDI, C.; CORSI, G. e Esposito, E. op. cit. p. 47.

referência e o uso da negação, pode-se dizer que se estabelece um paradoxo⁽³⁷⁾.

Com a afirmação da diferenciação funcional, surge uma nova semântica⁽³⁸⁾ da binariedade, da distinção de dois valores diversos que se concebem somente juntos. Essa nova construção vem a substituir, por exemplo, os princípios unitários e totalitários (moral, comunidade, etc.), as escalas de valores e as oposições hierárquicas. Noutras palavras, a diferenciação funcional provocou no campo semântico uma reformulação de conceitos que até agora tinham estruturado as observações teóricas. De qualquer maneira, isso não significa que essas categorias desaparecem do patrimônio conceitual, mas essa semântica, que dogmaticamente reproduz conceitos de hierarquia e de totalidade, não consegue regular mais a complexidade do sistema. Significa, em particular, que a sociedade moderna não se representa a si mesma como unidade.

Colocando esse argumento em outros termos, podemos dizer que na sociedade não existe mais um ponto a partir do qual é possível observá-la como um todo; existem diversos pontos, diversos centros e, portanto, diversas periferias. Não existe um sistema-guia da sociedade, e isso significa que a sociedade é heterárquica. Só essa heterarquia, esse deslocamento dos

³⁷ DE GIORGI, R. In: Introduzione all'edizione italiana de: *La differenziazione del diritto*, di Niklas Luhmann. Bologna: Il Mulino, 1990, p. 23/26.

³⁸ Não me refiro aqui ao conceito tradicional de semântica lingüística como disciplina que trata em geral das relações entre os signos e seus referentes, senão a uma semântica entendida como o conjunto das formas que uma sociedade pode utilizar para tipificar o sentido (Cf. LUHMANN, Niklas. *Struttura della società e semântica*. Bari: Laterza, 1983. p. 18-19). Para a definição conceitual da semântica

centros permite o pleno desenvolvimento da diferenciação funcional, isto é, a plena estabilização dos sistemas sociais diferenciados⁽³⁹⁾.

Não é possível, na sociedade moderna, pensar em uma semântica unitária sem concorrência. O ponto de partida para a formação de um âmbito de comunicação vêm simbolizado já na distinção interna de um código binário, e não numa hierarquia ou numa unidade pressuposta.

Como consequência disso, dizemos que a esquematização binária exclui o terceiro valor. Nesse sentido, o código lícito/ilícito do sistema do direito não pode afirmar, mantendo a própria binariedade, que a proposição “Collor cometeu um ilícito” é verdadeira, porque, em tal caso, a categorização de “verdadeira” seria o terceiro valor, que seria excluído na aplicação da bipolaridade esquemática do particular sistema do direito. A verdade ou falsidade corresponde, neste caso, à esquematização binária da ciência e como tal não forma parte da bipolaridade do sistema do direito. Por isso, a forma intratável do paradoxo depende do princípio do terceiro excluído⁽⁴⁰⁾.

Tendo explicado o mecanismo seletivo mediante o qual operam os sistemas, passemos agora às considerações relativas ao acoplamento estrutural, ao modo através do qual os sistemas se adaptam ao ambiente e

histórica e para a idéia da semântica da sociedade moderna, ver KOSSELECK, R. *Futuro passato*. Genova: Marietti, 1986.

³⁹Essas considerações são fundamentais para a nossa pesquisa.

⁴⁰BARALDI, C.; CORSI, G. e ESPOSITO, E. op. cit. p.p. 145-146.

sobrevivem. Para podermos compreender esse conceito, cremos necessário referirmo-nos primeiramente ao conceito de estrutura⁽⁴¹⁾.

Conforme já mencionado anteriormente, para a *Teoria dos Sistemas* o conceito de estrutura está focalizado na criação de relações entre os elementos, superando as diferenças temporais⁽⁴²⁾. Essas relações entre os elementos se estabelecem não por acaso, mas mediante a limitação pela qual o próprio sistema admite esses elementos. Isso significa, na linguagem Luhmanniana, que só com uma estruturação limitativa um sistema adquire uma espécie de "guia interno", que torna possível a sua auto-reprodução⁽⁴³⁾. Resumindo, a estrutura é aquela instância pela qual se possibilita a coligação dos elementos (comunicações) do sistema, independentemente da sua diferenciação temporal. Não se trata de qualquer elemento, senão daquele que é admitido pela limitação que impõe à própria estrutura. Portanto, não significa que a estrutura seja uma condição anterior que estabeleça uma relação de causalidade com os elementos; ela não é uma condição prévia, esta surge da coligação dos elementos singulares.

Por sua vez, a seleção de limitação atua limitando as seleções, e tal fato consolida, ao mesmo tempo, a estrutura. Para a *Teoria da Sociedade*, é a função de cada sistema que produz e determina a estrutura que, por sua

⁴¹ LUHMANN, Niklas. *Illuminismo sociológico*. Milano: Il Saggiatore. Ver também, KOSELLECK, R. *Futuro passato. in capitolo* "Evento e Struttura". Genova: Marietti, 1986.

⁴² LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali*. Bologna: Il Mulino, 1984, p. 450.

⁴³ LUHMANN, N. *Sistemi...* op. cit., p. 451.

vez, limita as seleções dos elementos. A estrutura limita os elementos e os elementos determinam a estrutura numa circularidade auto-referencial.

Com efeito, para a *Teoria da Sociedade*, a função determina a estrutura. E é o resultado da pré-seleção de possibilidades de seleções. Então, a estrutura é a pré-seleção de possibilidades de seleções; serve para reduzir a complexidade do mundo e é essa a função essencial dos sistemas sociais. As estruturas são condições que delimitam o âmbito das operações que são capazes de reunir-se. Essas não existem em abstrato, não existem independentes do tempo. Através da repetição em situações diversas, a estrutura condensa e confirma a riqueza de sentido que subjaz a ela e que, ao mesmo tempo, pode ser esquecida.

Porém, neste ponto se faz necessário indicar o que significa complexidade neste quadro teórico. O conceito de complexidade alude aqui à relação formal entre sistema e ambiente. Quando um sistema precisa para operar realizar uma seleção, o distinguimos como um sistema complexo. Esta seleção que o sistema se vê forçado a realizar significa que um sistema complexo não pode operar com todos seus elementos ao mesmo tempo. É evidente, que desde o ambiente, éste se apresenta quantitativamente mas complexo que o sistema. Porém, do ponto de vista da ordem qualitativa, um sistema pode ser mais complexo que seu ambiente. Assim, devido a sua complexidade qualitativa o sistema pode responder às ameaças permanentes a seu patrimônio. Noutras palavras, as operações seletivas do sistema têm como função dar uma solução autoreferida às mudanças que se efetuém no

ambiente. O sistema afirma sua própria consistência à medida que domina operativamente o fragmento do ambiente que é efetivamente relevante para a conservação de seu patrimônio sistêmico⁽⁴⁴⁾.

Até aqui afirmamos que a sociedade só é possível como sistema autopoietico. Porém a construção e manutenção dos limites de um sistema pressupõe um *continuum* de materialidade que não respeita os limites. Então, como se constitui um sistema social; ou melhor como configura suas relações com o ambiente se não pode manter nenhum contato com este?

Para responder a esta pergunta devemos recorrer ao conceito de acoplamento estrutural. Conforme Maturana e Varela ⁽⁴⁵⁾ o acoplamento estrutural exclui que dados existentes no ambiente possam especificar o que sucede no sistema. Porém, se estes dados não determinam o que sucede no ambiente, devem estar pressupostos, doutra maneira a autopoiesis se deteria e o sistema deixaria de existir. Logo, todos os sistemas estão adaptados a seu ambiente, do contrário não existiriam.

Isso significa que cada sistema está em um processo de contínua adaptação aos eventos produzidos no seu ambiente. Essa adaptação se traduz a partir de uma transformação dos rumores produzidos por seu ambiente em elementos do próprio sistema (mediante a utilização de seu

⁴⁴ Luhmann, N.; De Giorgi, R. *Teoria de la...* op. cit., p. 19.

⁴⁵ MATURANA, H. e VARELA, F. *Autopoiesis...* op. cit., p. 34.

código) a ponto de estar em uma contínua mudança estrutural que lhe possibilitará a sua sobrevivência como sistema⁽⁴⁶⁾ num ambiente caótico.

Então, cada sistema é sempre adaptado a seu ambiente; porém, no interior da sua esfera de ação, tem todas as possibilidades de não comportar-se de maneira adaptada⁽⁴⁷⁾. Nos processos decisórios internos, e só nesses, um sistema pode não comportar-se de maneira adaptada ao grau evolutivo que determina a complexidade no interior do sistema social e do ambiente, ou pode elaborar informações internas que sejam correspondentes ao seu próprio grau evolutivo. Essa particular característica pode ser observada no interior do sistema do direito, o que será explicitado nas páginas posteriores.

Observemos, agora, o acoplamento estrutural a partir de outra ótica. Toda a comunicação está estruturalmente acoplada à consciência. Isto é, sem consciência a comunicação não existiria. porém a consciência não é nem o sujeito da comunicação nem seu substrato. Os sistemas de consciência também são sistemas operativamente fechados. Um sistema de consciência não pode ter contato com outra consciência. Desta maneira concluímos que se a consciência é um sistema que funciona mediante clausura operacional, e a sociedade é um outro sistema operativamente fechado, não existe possibilidade de comunicação entre estes sistemas. Porém, para poder entender a conexão

⁴⁶Para FLICKINGER, Hans Georg e WOLFGANG, E. Neuser o acoplamento estrutural pode ser entendido como a inclusão do ambiente no sistema. Cf. *Teoria de auto-organização*. Porto Alegre, Epicurus, 1994, p. 78.

⁴⁷ LUHMANN, N e DE GIORGI, R. *Teoria della Società*. Milano: Franco Angeli, 1994, p. 33

que de todas as formas subsiste entre consciência e comunicação devemos recorrer ao conceito de acoplamento estrutural.

O acoplamento estrutural entre o sistema da comunicação e da consciência atua sempre, porém sem que seja notado. Noutras palavras, poderíamos dizer que estes sistemas estão previamente combinados um com outro para poder funcionar coordenadamente sem que isto seja visível. A possibilidade que torna viável o acoplamento estrutural entre consciência e comunicação é dada pela linguagem. Porém, esta não constitui um sistema próprio, como postula a linguística tradicional. A linguagem depende de que tanto os sistemas de consciência como os sistemas da comunicação prossigam com a própria autopoiesis, porque se isto não acontecesse cessaria imediatamente toda linguagem e toda a possibilidade de pensar-se linguisticamente.

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.

O ambiente consegue exercer um influxo sobre o desenvolvimento estrutural dos sistemas desde que opere acoplamentos estruturais e só no quadro de possibilidades de autoirritação canalizadas e acumuladas através dos próprios sistemas⁽⁴⁸⁾.

2.2. ESPECIFICAÇÃO FUNCIONAL DO SISTEMA DO DIREITO

Como especificamos no ponto anterior (Cap. II.1) a diferenciação de um sistema não é outra coisa que a formação recursiva de um sistema. Assim a diferenciação não pode ser entendida como a decomposição do todo em partes. Cada sistema parcial reconstrói o sistema onicompreensivo à qual pertence e de cuja autopoiesis participa mediante a constituição de uma própria diferença específica (do sistema parcial) entre sistema e ambiente⁽⁴⁹⁾

Diferenciação funcional significa então, que cada sistema parcial prioriza um problema de referência. Por exemplo, para o sistema político o êxito político é mais importante que o resto; e o fato de que a economia prospere só será relevante para o sistema político em relação ao êxito político que esse fato poderá condicionar.

⁴⁸ Luhmann, N.; De Giorgi, R. *Teoria de la...* op.cit., p.58.

Porém, a orientação a uma função, por si mesma, não diferencia um sistema; ela deve operar no âmbito de uma codificação binária. Cada sistema parcial refere toda operação a uma distinção entre dois valores e com isto assegura que sempre seja possível uma comunicação de ligação que de um valor passa ao oposto (⁵⁰).

Partindo dessas distinções, diremos que o Sistema do Direito de uma sociedade é constituído por todas as comunicações sociais que se processam a respeito do direito. Esta definição inclui não somente os processos de aplicação do direito em sentido estrito, mas também, aquelas comunicações que se dão na vida quotidiana, desde que se realizem com referência ao direito(⁵¹). Ou seja, o Sistema do Direito não se esgota no processo jurídico específico de aplicação do direito; e compreende tanto o comportamento em conformidade com o direito como o comportamento ilícito; tanto a atividade do jurista como a composição amigável para não instaurar-se um processo judicial ou para evitar-se a aplicação da lei. Portanto, não se pode responder ao problema da diferenciação do Sistema Jurídico com a simples determinação da instituição particular para tal fim ou organizações específicas. Do ponto de vista da *Teoria da Sociedade*, o conceito de sistema jurídico precisa ser desenvolvido de uma forma mais ampla, no qual a formação da organização seja apenas um fator entre outros.

⁴⁹ LUHMANN,N; DE GIORGI,R. *Teoria de la...* op.cit., p.281.

⁵⁰ LUHMANN,N; DE GIORGI,R. *Teoria de la...* op.cit., p.342.

⁵¹ LUHMANN, Niklas. *L' differenziazione...* op. cit., p. 363 e s.

O processo de diferenciação de um particular sistema social, especializado pelo direito, pressupõe restrições já disponíveis em forma de direito⁽⁵²⁾. Assim, essas restrições permitirão diversos usos e é mediante o processo de separação e de recombinação que, em definitivo, se ativa o processo de diferenciação.

Nesta perspectiva, o fato de que um conflito ou uma expectativa possa ser tematizada em relação ao direito significa uma questão em aberto. Uma margem de liberdade que nos leva a considerar o direito como produto da contingência.

Sob esse aspecto, a validade do direito⁽⁵³⁾ depende de como se inscreve o próprio direito no processo de interação social; ou melhor, no âmbito da vida social. Essa referência é de tal maneira importante que sem ela o direito não existiria.

A definição que realizamos do direito diz respeito a uma conceitualidade que abrange tudo o que engloba um sistema social jurídico. Porém, devemos distinguir nessa globalização o Direito Positivo como aquele lado do direito que é posto por decisões, mas permanentemente alterável e

⁵² LUHMANN, Niklas. *L'differenziazione...* op. cit., p. 64.

⁵³Já Tércio Sampaio Ferraz Jr. faz uma distinção entre validade condicional e validade finalística. “A validade condicional exige uma técnica retrospectiva, isto é, para saber se uma norma vale condicionalmente, deve-se remontar à sua norma imunizante e à norma imunizante desta, até chegar à primeira norma ou norma origem. Já a validade finalística é prospectiva: para saber se uma norma vale, finalisticamente, é preciso verificar se os fins foram atingidos conforme os meios prescritos.(...) No direito contemporâneo, prepondera a validade condicional embora ocorram também casos de validade finalística. Na medida, porém, em que se reconheçam íntimas relações entre direito e moral, deve-se reconhecer também que as duas formas de validade, na prática, ocorrem simultaneamente”.

que opera de maneira autodeterminada. Digamos que é permanentemente alterável, já que nele também opera a restrição a respeito do construído em razão da abertura cognitiva do sistema. Obviamente, nesta altura se coloca a questão da interpretação, modificação e mutação ou, por exemplo, o da criação de um maior número de normas. Essas restrições podem tornar dinâmico o direito à medida que estas interpretações ou modificações possam operar como correção ou como crítica do direito mesmo. Ao mudar-se as bases das premissas das decisões jurídicas, obviamente mudará o rumo destas decisões.

Partindo desse duplo aspecto do direito, vimos que o direito pode ser entendido, por um lado, como produto da contingência social sempre aberta e, por outro lado, como produto da contingência decisional que opera nas organizações especificamente jurídicas.

Assim, mediante o processo de diferenciação do Sistema do Direito, a função jurídica, que deve ser satisfeita na sociedade (em toda sua extensão), reconstrói-se em relação a uma diferença entre sistema do direito e ambiente no interior da sociedade. Pois a sua função e o problema de sua referência tornam-se relevantes para a sociedade como um todo.

Deve-se destacar que a diferenciação do sistema do direito, como produto da evolução gerou consequências relevantes não só para o próprio direito como também para os outros sistemas funcionais. Sistemas funcionais

como a economia ou a política podem utilizar meios especificamente jurídicos sem incorrer em uma difusa dependência. Um exemplo disso pode ser observado no direito de propriedade. A propriedade serve de base para os cálculos econômicos porém, a sua forma é dada pelo direito.

Neste ponto, perguntamos então o que é o direito positivo (⁵⁴)? O direito positivo é produto de uma decisão(⁵⁵). O direito é aquilo que se decide que é nas instâncias judiciais. Esta afirmação contém em si um paradoxo. O direito vale porque pode ser mudado; o direito é como é porque pode ser diverso

Mas, por outro lado, o direito enquanto norma tende à estabilização; ou seja, é resistente à desilusão de eventuais confrontos com a expectativa do comportamento. Essa situação de imunização contra a realidade é ainda um fato pouco estudado(⁵⁶). De qualquer modo, poder-se-ia supor que esse tipo de estabilização da expectativa (a qual ignora completamente a desilusão) significa um mínimo de generalização material, enquanto conteúdo concreto da norma, que se consolida na validade de aplicação para uma quantidade suficiente de casos.

Florianópolis: Editora UFSC, 1994, p. 77.

⁵⁴LUHMANN, Niklas. *Differenziazione...* Op. cit., p. 103 e s; e “Diritto positivo e ideologia”, In: *Illuminismo sociológico*, vol. I. Milano: Il Saggiatore, 1983.

⁵⁵O direito não tem história; o direito não se desenvolve. O direito é a estrutura de um sistema social que na evolução social se diferencia e se especifica funcionalmente. Cf. DE GIORGI, R. *Scienza del Diritto e Legittimazione*. Bari: De Donato, 1979. p. 225.

⁵⁶Completamente diversa é a perspectiva da sociologia do direito que parte do pressuposto de que na sociedade se estabilizam normas de comportamentos que depois o direito recepciona. Sobre essa estabilização, consideram a sociabilidade do direito. Veja-se sobre esses postulados EHRLICH, Eugen. *I Fondamenti della Sociologia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1976; diversa é a posição de Weber, Max. *Economia...* Op. cit. (a parte inicial sobre os ordenamentos legítimos); enquanto KELSEN, Hans.

Isso nos revela que deve existir conjuntamente uma espécie de institucionalização da expectativa de tratamento da desilusão que possa controlar as conseqüências dos comportamentos não esperados. Nesse caso, referimo-nos particularmente ao conceito de sanção. É necessário mostrar que existe um controle sobre a violação da expectativa (do que se espera do direito) porque, do contrário, não se poderia enfrentar a desilusão.

Podemos então definir o direito positivo como o sistema social que possibilita, mediante a produção de decisões, os pressupostos para a realização da expectativa; ou melhor, como o sistema que assegura um certo nível de tranqüilidade em relação ao que se espera do direito. Ou seja, o direito pode ser entendido como mecanismo de controle da contingência.

Julgamos necessário explicitar o que se entende por decisão. No quadro da ciência jurídica tradicional, a decisão constitui o fundamento da sua teoria; ou seja, ela funda a sua criação em uma decisão. Nesse caso, não podemos desconhecer que operou-se uma troca semântica entre o mero fato da produção do direito e o seu processo de validade. Para o positivismo jurídico, tanto a vontade como a decisão do legislador e/ou mesmo a lei foram consideradas como os elementos integrais de sua fonte. Mas resulta impossível considerar o processo de formação do direito como critério válido para a operação de distinção do sistema funcional do direito⁵⁷). Se assim

Teoria generale delle Norme. Torino: Einaudi, 1985, reivindica a autonomia da normatividade do direito, mas interpreta a sociabilidade no sentido de “eficácia” do direito.

⁵⁷Sobre esse problema: LUHMANN, Niklas. Artigo “La dottrina giuridica delle fonti del diritto nella prospettiva della sociologia”. In: *La differenziazione...* op. cit., p. 243.

fosse, deveríamos admitir que o direito é o produto da mão do legislador⁵⁸) e que, por esta razão, se converteria simplesmente em uma declaração de bons princípios; como poderia ser o caso das leis que tutelam o meio ambiente.

Diante do legislador, na realidade, se encontra uma grande quantidade de expectativas que já sofreram uma filtragem na sociedade e, por isso, converteram-se em vinculantes⁵⁹). O que nos leva a concluir que a decisão não é o produto extraordinário do legislador⁶⁰), mas sim o processo de experiência(interna) pelo qual essa atravessa. Em outros termos, o direito adquire validade quando, no processo decisional que se desenvolve no seu interior, a decisão vem escolhida (mediante um processo de seleção e de premissas da decisão) com respeito a outras alternativas. Isso evidencia que o direito tem a cada momento e em cada decisão uma possibilidade de mutação, incorporando ao mesmo tempo todas aquelas alternativas não escolhidas como futuros temas jurídicos.

Assim, à medida que se apresentem possibilidades de mudança no processo de formação do direito vigente, esse assume a forma de uma

⁵⁸Essa metáfora foi largamente criticada por Kelsen e depois pelo realismo escandinavo. Cf. CASTIGNONE, Silvano *La macchina del diritto*. Milano: Comunità, 1974.

⁵⁹ “Não se diz mais nada sobre os motivos da decisão. Todavia esses motivos são necessários e estão sujeitos a controle social. O direito positivo não pode, de forma alguma, ser compreendido como um regulamento arbitrário. O estabelecimento do direito está muito mais dependente, como toda a decisão, por exemplo, de premissas de decisão, de acordo com um valor, premissas que se presumem que já existam socialmente. A particularidade do direito positivo consiste apenas em que também estas premissas de estabelecimento do direito só podem ser pressupostas como direito válido, quando se tiver tomado uma decisão sobre elas. A positivização do direito significa, portanto, que todos os valores sociais, normas e expectativas de comportamento têm de ser filtrados através de processos de decisão, antes de poderem conseguir validade”. LUHMANN, Niklas. *Legitimação...* op. cit., p. 119.

decisão⁽⁶¹⁾. A positividade do direito não é outra coisa que seletividade intensificada do direito⁽⁶²⁾. O que antes era ordem, comenta Luhmann, o que era concebido como constante no mundo passa a ser reconhecido como escolha e deve ser assumido como tal, independentemente da modificação ou da manutenção da norma em cada caso. “Essa mudança estrutural (e não uma decisão do legislador) torna a decisão, enquanto escolha, o princípio do direito”. Prossegue Luhmann, “a positividade não resulta de uma referência lógica a uma norma básica, por exemplo, como referência ao desenvolvimento social, e está correlacionada com uma estrutura social que gera uma superabundância de possibilidades através da diferenciação funcional, apresentando o direito como contingente ou como o produto de uma contingência”⁽⁶³⁾.

Quando mencionamos anteriormente a participação do legislador na sanção da lei, a relacionamos com o ato particular da decisão. Na sociedade atual, a relação entre direito e política considera-se através da ótica da construção do conceito de “estado de direito”. Observamos, por exemplo, que o direito depende da decisão política para a sanção da lei, mas a política depende do direito para a sua constituição. Esse problema de dupla dependência podemos elucidá-lo mediante o conceito de “double

⁶⁰ Sobre esse tema, ver LA SPINA, Antônio. *La decisione legislativa*. Milano: Giuffrè Editore, 1989.

⁶¹ Cada decisão aplica uma norma, a qual só existe enquanto pode ser aplicada por uma decisão.

⁶² Cf. Luhmann, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p 238.

⁶³ Cf. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do...* op.cit., p. 238. Ver também pp. 225 a 238.

interchanges” desenvolvido por Parson⁽⁶⁴⁾. Através desse conceito se explica a dupla via de troca que se manifesta entre os sistemas, pela elevada diferenciação e pela maior generalização do modo de comunicação entre os sistemas e entre estes e seus ambientes. Ou seja, cada sistema que participa das relações de dupla troca regula no seu interior as relações entre as correspondentes possibilidades segundo critérios próprios; dessa maneira se permite continuar com um procedimento autônomo sem que por isso, e do ponto de vista da sua relação com seu ambiente, provoque a eliminação da sua dependência. O que significa que a relação entre dependência e independência vem disposta em um nível combinatório muito elevado.

E com referência a esse princípio, diremos que os sistemas funcionais autônomos caracterizam-se pela auto-referencialidade de suas operações, portanto, estruturam-se circularmente. Eles podem decidir somente através de outras decisões do mesmo sistema, criando-se assim uma semântica específica que os ajuda a encontrar as posteriores decisões que são relevantes.

Por outro lado, os sistemas, no decorrer do tempo, devem sempre abrir-se ao novo; o que significa que não seria possível a sua continuidade e muito menos a sua evolução se assim não fosse. O fato de serem dependentes de sua própria história, conjuntamente com a dependência que têm com o ambiente, provoca a interrupção da interdependência circular,

⁶⁴ LUHMANN, Niklas. *La differenziazione...* op. cit., p 159. Em tal texto, se faz referência à nota que especifica que o conceito de “double interchange” era orientado para o modelo de economia

convertendo a dependência simétrica em dependência assimétrica. E é a partir dessa necessidade de assimetria que se produz a dupla troca.

Mediante esse processo de dupla troca, o Sistema Político⁶⁵) provê o Sistema do Direito de assimetria, isto é, de premissas decisórias na forma de direito positivamente estatuído. Este, por sua vez, recebe do Sistema Jurídico a realização do poder político que passa através do direito. Outrossim, e na outra via de troca, o Sistema Jurídico provê de assimetria o Sistema Político na forma de premissa do uso da força física. Conseqüentemente, este sistema vê quebrado o círculo de vontade e força. Ou seja, a forma jurídica se interpõe sem que por isso se duvide da autonomia e do caráter democrático da formação da vontade política. Como contraprestação, o Sistema Jurídico recebe a possibilidade de coerção, que pode utilizar quando há necessidade. Caso contrário, as sentenças judiciais seriam simples declarações de boa vontade e o Sistema Jurídico como tal não existiria na sociedade.

É necessário responder à indagação: como é esse direito que existe na sociedade? O direito só pode produzir a qualidade do direito com base na própria qualidade do direito; normas só com base em outras normas. Além disso, a função do aparato judiciário é vigiar para que essa condição da

doméstica em relação ao sistema econômico.

⁶⁵Sobre o sistema político e suas funções, Luhmann dedicou múltiplas e relevantes contribuições. Basta recordar algumas: *Potere e Codice Politico*. Milano: Feltrinelli, 1982, sobre as funções da política e sobre as modalidades de seleção e dos temas objetos de decisão do Estado de Direito democrático, e *Teoria politica nello stato del benessere*, op. cit., sobre o aumento no número e na qualidade da demanda de decisões políticas e sua correspondente inadequação em face do instrumento jurídico e do financeiro.

própria autopoiesis venha a ser respeitada⁽⁶⁶⁾. Portanto, o sistema funcional do direito obtém o próprio fechamento operativo enquanto é codificado através da diferença lícito e ilícito.

Através dessa codificação binária do Sistema Jurídico se produz a segurança do que seja o direito. Essa segurança, todavia, é alcançada no interior da sociedade somente se o Sistema Jurídico decide sobre o que é lícito ou ilícito, e isso não pode ser condicionado por outros valores como, por exemplo, o fator riqueza ou prestígio dos envolvidos⁽⁶⁷⁾. Isso significa que existe exclusividade na utilização do código por parte de cada sistema.

Como nenhum outro sistema utiliza seu código, o Sistema Jurídico não pode nem importar nem exportar o que é considerado lícito ou ilícito. Ele não diz aos outros sistemas o que é *Recht* ou *Unrecht*⁽⁶⁸⁾, mas só a si mesmo o que é lícito ou ilícito. E como explicitamos no começo deste ponto, para o Sistema Jurídico, entendido como qualquer comunicação que se ocupa dessa diferença, qualquer outra possibilidade de comunicação além dessa não é relevante. Logo, para operar, para reproduzir a qualidade jurídica das

⁶⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del ...* op. cit., p. 228.

⁶⁷ Para Marcelo Neves, “é intransponível o modelo luhmanniano da autopoiese à realidade jurídica da modernidade periférica latino-americana. As sobreposições particulares dos códigos políticos e econômicos às questões jurídicas impossibilitam a construção da identidade de um sistema jurídico. Em lugar da autopoiese, está a alopoiese do Direito.” Cf. NEVES, Marcelo. *Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: o Problema da Falta de Identidade das Esferas de Juricidade na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina*. In: Anuário do Mestrado em Direito n. 6. Recife: Editora UFPE, 1993, (313-357), p. 329.

⁶⁸ Não é fácil alcançar, com uma só expressão portuguesa, a polissemia que tal esquematismo possui no discurso de Luhmann. A melhor aproximação parece ser constituída do binómio “conforme o direito/desconforme ao direito”, visto que Luhmann usa “*rechtmassig/rechtswidrig*” de modo aparentemente intercambiável com “*recht/unrecht*”. Quando escreve em inglês, porém, ele usa “*right/wrong*”.

normas, o direito deve poder determinar cada vez que é demandado, se se trata de direito ou não-direito. Para isso, deve contar com programas de direito normativo (constituição, leis, decretos, jurisprudência, contratos) que fixem as condições de decisões corretas.

Nesse nível da programação, o Sistema Jurídico é simultaneamente fechado e aberto: é fechado enquanto a qualidade das normas pode ser obtida somente através de outras normas e é aberto enquanto, não obstante isso, os pontos de vista e a expectativa que circulam na sociedade jogam um importante papel. Esses últimos funcionam como fonte de autoirritação do sistema e, portanto, como referência para a sua abertura cognitiva na recriação ou mutação do direito em cada decisão.

No curso do processo de formação do direito, a autopoiesis deve sempre servir ao sistema; isto é, deve proceder segundo a diferença : lícito/ilícito e em coligação com o programa do direito. Do contrário, ninguém reconheceria que se trata de uma comunicação jurídica. O código, então, é o fator que impulsiona o sistema à construção de estruturas altamente complexas. E esses programas valem só como estruturas internas para processos internos do sistema. Logo, só com esses programas o sistema pode reconhecer o próprio ambiente. Ou seja, assume a função do direito, de canalizar juridicamente os conflitos e também de estabilizar expectativas em caso de desilusão.

Face a complexidade da sociedade moderna, o direito só reage de modo próprio, especificamente sistêmico, às ameaças que o ambiente produz e ninguém pode garantir uma resposta adequada ou proporcional à ameaça. Desse fator deriva que a forma fundamental do direito é o programa condicional, porque o direito não pode se ocupar dos fatores causais ou deixar de determinar legislativamente o desenvolvimento futuro.

Assim sendo, do ponto de vista jurídico, trata-se só de esclarecer e de evidenciar a resposta à questão do que é que surge em caso de conflito, e da possibilidade de criarem expectativas em relação a isso. Pode-se qualificar essa forma de regulação jurídica como tutela e promessa de liberdade através dos vínculos constituídos do programa condicional que define a estrutura do direito. Essa técnica exige sempre uma circular e infinita reprodução do direito.

Note-se que o desenvolvimento acelerado do sistema social provocou no Sistema Jurídico uma crise de adaptação, que não pode ser localizada no âmbito de uma norma particular ou da instituição jurídica. A questão que se coloca é como pode ser controlado normativamente o futuro. Nesse caso, as condições, tanto de segurança da expectativa como a de guia do comportamento que caracterizam o sistema, se transformaram em um problema⁶⁹.

⁶⁹Cf. LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*, - ensaio "La funzione del diritto, sicurezza delle aspettative o guida del comportamento?" .Bologna: Il Mulino, 1990, p. 81.

O mesmo Sistema Jurídico deve afrontar a responsabilidade sobre a distinção do que é lícito e ilícito, e, nesse âmbito, existem sintomas significativos sobre a banalização dessa diferença. Como consequência, tal sistema de diferenciação, altamente especializado, corre o risco de ser suprimido⁽⁷⁰⁾. A interdependência aberta entre futuras concatenações de conseqüências e de possibilidades parecem cancelar todas as diferenciações atuais.

2.3. ESTRUTURA E FUNÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES E ESTRUTURA DA DECISÃO

No primeiro ponto deste capítulo tentamos descrever as categorias gerais da Teoria da Sociedade que nos servirão como guia referencial para todo o trabalho. No segundo ponto distinguimos a especificidade do sistema funcional do direito da sociedade moderna. A questão que colocaremos a seguir diz respeito ao conceito de organização; distinguindo que lugar

⁷⁰ Para Marcelo Neves, no caso do sistema jurídico, a injunção bloqueante e destrutiva do poder, dinheiro, meio familiar, amizade, "boas relações", etc. - tudo isso vinculado a relações de subintegração e sobreintegração -, ao obstaculizar a construção consistente da identidade da(s) esferas(s) de juridicidade, impede, por conseguinte, que esta(s) desempenhe(m) satisfatoriamente sua

ocupam as organizações na sociedade moderna e como podem ser observadas mediante o instrumental teórico sistêmico.

O conceito de organização não é novo. Na descrição da sociedade ocidental, as organizações foram representadas como estruturas de controle e de limitação da liberdade dos sistemas particulares e foram vistas como o resultado da racionalização da sociedade moderna. Mas se é verdade que nessa sociedade as organizações têm uma função de particular relevo⁽⁷¹⁾, sobre a qual nos devemos deter mais amplamente, não é de fato verdadeiro que o processo de racionalização formal⁽⁷²⁾ caracterize a sociedade moderna como postulou Weber, nem que essa sociedade possa ser identificada como uma organização.

O nascimento do conceito de organização⁽⁷³⁾ se localiza na segunda metade do século XVIII. Nesse período, entendia-se a organização como um todo composto por partes, claramente delimitadas, que encontrava

função de congruência generalizada ou tópica de expectativas normativas. Cf. *Do Pluralismo.. op. cit.*, pp. 341-342.

⁷¹Já foi dito que sociedade ocidental é uma sociedade de organizações. Cf. PRESTHEUS, R. *The organizational society*. New York. ST: Martins Press, 1978.

⁷²Para Weber. “a racionalidade formal é sinônimo de calculabilidade tout court.” Como racionalidade formal de um agir econômico se deve designar a medida do cálculo tecnicamente possível e realmente aplicado a ele. Cf.: *Economia...* op. cit., p. 80.

⁷³ Segundo Barnard, C.I. “A organização formal é aquele tipo de cooperação entre homens, que é solidário, deliberado, finalizado.” Cf. *Le funzione del dirigente*. Torino: UTET, 1970, p. 16. Para March e Simon, as organizações são como reagrupamentos de seres humanos interagentes, as maiores agrupações presentes na nossa sociedade, que têm qualquer coisa de análogo a um sistema central de coordenamento. Todavia, a notável especificidade da estrutura e o sensível coordenamento no interior da organização, no controle das relações variáveis e difusas existentes entre organizações diversas ou entre indivíduos não organizados, fazem da organização uma unidade sociológica comparável, em importância, ao organismo individual da biologia. Cf. *Teoria della Organizzazione*. Milano: Comunità, 1971, p. 13. Conforme Blau e Scott, “Já a característica distintiva destas organizações é que elas são constituídas formalmente para o escopo explícito de alcançar fins determinados.” Cf. *Le Organizzazione Formali*. Milano: Franco Angeli, 1972, p. 16. Enfim, para Etzioni, “as organizações

seu sentido no sistema de ordem que criava. Agora a pergunta que surge é: por que se correlacionava ordem com organização? A resposta pode ser encontrada no fato de que a representação do sentido de organização se liga, invariavelmente, a qualquer coisa de dinâmico; a algo que pode ser feito, produzido e controlado.

Podemos também assinalar que a idéia de organização se liga, por sua vez, a outros dois conceitos: de processualidade e de sequencialidade. Isso significa que, uma vez construído o conceito de organização, esse permanece e se aprofunda por meio de processos e seqüências previamente delineadas e estabelecidas.

Já quase no início deste século construiu-se um novo modelo que vem novamente associado à idéia de organização. E essa nova formulação é devida ao sociólogo alemão Max Weber, que elaborou uma teoria sistemática da organização burocrática⁽⁷⁴⁾. A partir das reflexões de Weber⁽⁷⁵⁾ sobre a burocracia, se esboça um novo sistema de idéias na medida em que se considerava a evolução da forma organizativa com base no tipo de relação com a autoridade que se podia encontrar no interior da organização. Weber considerava que a sociedade progredia continuamente com base numa racionalidade cada vez mais elevada. Isso provocava, supostamente, uma

são unidades sociais, ou agrupamentos sociais, deliberadamente constituídos e reconstruídos para a realização de fins específicos. *Sociologia dell'organizzazione*. Bologna: Il Mulino, 1967, p. 11.

⁷⁴Cf. RUSONI, G. E. *Ragionalità, regionalizzazione e burocratizzazione*. In: *Max Weber e l'analisi del mondo moderno*. Veca, Salvatore e outros, Torino: Einaudi, 1981, pp. 189-214.

⁷⁵WEBER, Max. *op. cit.*, 1961.

desmistificação acentuada das relações, e dessa maneira era inevitável a mudança da forma organizativa.

A burocracia Weberiana parte do conceito de igualdade. E isso significa, por exemplo, que quem propõe uma demanda é exatamente igual a qualquer um outro, ainda que este outro não proponha alguma demanda; quem tem dinheiro para comprar qualquer coisa é igual a qualquer outro que não o tenha; ou quem lê o jornal é igual a qualquer outro que não o lê e assim por diante⁽⁷⁶⁾.

Transpondo essa idéia para o interior de uma organização, a teoria weberiana postulava que ali funcionava um mecanismo regido pelo conceito de igualdade. Isto é, cada empregado é igual a outro, independentemente da função que exerça. Mas essa idéia construída a partir de uma visão de dentro da organização deve ser considerada como uma decisão construída na própria organização.

Nesse modelo de burocracia Weberiana⁽⁷⁷⁾, o ambiente, isto é, tudo o que seja externo à organização, não tem qualquer relevância. Para Weber, o princípio da igualdade é o que possibilita a autonomia da organização e é somente a partir dele que se podem produzir distinções de

⁷⁶Críticas ao modelo weberiano de organização burocrática foram feitas pela escola da "Public Choice" que colocou em evidência o comportamento utilitarístico dos burocratas. Cf. REGONINI, G. "Public Choice", *una teoria per l'analisi delle politiche pubbliche*. In: Stato e Mercato, n°11.

⁷⁷Sobre a atualidade do modelo weberiano, ver PAGE, E. C. *Burocrazia, amministrazione, politica, Un'analisi comparata*. Bologna: Il Mulino, 1990. O autor utiliza esse modelo de burocracia para realizar um exame comparativo dos sistemas político-administrativos dos Estados Unidos, França, Grã-Bretanha e Alemanha. Analisa em particular a profissão do funcionário, a estrutura hierárquica, a relação entre parlamento, governo, burocracia e grupo de interesse, referindo-lhe modificações e

tratamento, engendrando, assim, de forma inevitável, a desmistificação das relações estratificadas.

Naturalmente, esse modelo particular não responde à questão da possibilidade da materialização empírica dessa igualdade. Nos anos 50, as escolas sociológicas americanas deram conta das variações imprevisíveis que a aplicação desse modelo produzia na prática⁽⁷⁸⁾. Ante a inexistência em todo o mundo de um modelo weberiano de burocracia, constataram que era impossível sua realização na prática⁽⁷⁹⁾.

Continuando com o percurso histórico do conceito de organização, é necessário destacar o trabalho elaborado por Simon. Ele publicou dois artigos (1955 e 1956) que gestaram as bases para o desenvolvimento da teoria da organização nos anos que se sucederam. No primeiro ensaio, considera a limitada capacidade humana (racionalidade limitada) para a informação e o cálculo. No segundo, explora as conseqüências de algumas funções de “play-off” e de regras de pesquisas em ambientes diferentes.

integrações. Em particular, a pesquisa é endereçada a estabelecer quais são as limitações à supremacia dos funcionários na tomada de decisão.

⁷⁸No campo funcionalístico, as estruturas burocráticas são representadas como sistemas sociais. Parson analisou as organizações com base nos pressupostos fundamentais da teoria funcional, a qual, como se sabe, interessa-se em explicar mais os aspectos estáticos do que os dinâmicos dos sistemas sociais. Nessa ótica, Parson indicou como as organizações têm necessidade de legitimar-se desenvolvendo funções fundamentais para a sociedade, mas devem antes satisfazer necessidades internas, como as de alocação de recursos, de resolução de conflitos internos, de socialização, mobilização, motivação dos membros para perseguir os objetivos organizativos. Enfim, o objeto de análise não é mais a burocracia, mas qualquer tipo de organização formal considerada nas suas relações institucionais com o resto da sociedade. Cf. BONAZZI, G. *Storia del pensiero organizzativo*. Milano: Franco Angeli, 1989.

⁷⁹A distinção entre o tipo ideal weberiano de burocracia e a realidade das organizações administrativas públicas contemporâneas é evidente aos olhos de todos aqueles que se ocupam dos sistemas políticos e administrativos a partir dos próprios atores políticos e sindicais. A vasta área de informalidade que na vida das organizações administrativas consegue abrir espaços até nas malhas da rede normativa é a

Basicamente, a tese defendida sustentava que cada comportamento intencional racional é um comportamento, de qualquer modo, vinculado. Entre os vínculos, considerava as características próprias dos seres humanos como processadores de informação e solucionadores de problemas.

Em 1958, publica-se a *Teoria da Organização*, de March e Simon. Nessa obra os autores fazem referência à racionalidade da organização. Ou seja, referem-se à possibilidade de os seres humanos elaborarem e seguirem programas relativamente bem definidos, mas somente de complexidade limitada. Para eles, o limite da racionalidade forma o núcleo estável da estrutura organizativa. Nesse sentido, o fato de que o comportamento na organização seja intencionalmente racional faz presumir que também sejam relativamente estáveis os aspectos do comportamento que representam a adaptação a elementos relativamente estáveis do ambiente ou que constituem programas de aprendizagem reguladores do processo de adaptação. Assim, para esses autores, se não existissem os limites da racionalidade, não existiria seguramente uma estrutura organizativa estável⁽⁸⁰⁾.

Depois, em contraposição à *Teoria da Organização*, surge a Teoria das Relações Humanas, que dá particular relevância ao aspecto emotivo, imprevisível e irracional do comportamento organizativo. Também, dentro dessa teoria, se destaca o plano emotivo da participação, à luz da

manifestação mais evidente disso. Cf. DUPUY, F. e THOENING J. C. *Sociologia dell'azione burocratico*. Bologna: Il Mulino, 1986.

“leadership” organizativa da comunicação. Mas é casualmente, a partir do conjunto dessas observações, que surge o conceito de organização formal e informal. Essa última é considerada como um conceito residual que abarca tudo o que existe por baixo da organização formal, e que às vezes é considerada como o verdadeiro aspecto da organização⁽⁸¹⁾.

Podemos citar também F.W.Taylor⁽⁸²⁾, que construiu um sistema de idéias a partir da divisão do trabalho. Segundo esse autor, a divisão do trabalho era entendida como uma estrutura composta por partes. Cada uma dessas partes devia desenvolver determinadas tarefas, e dessa forma se poderia otimizar o resultado final do todo, ou seja, da estrutura.

Resumindo, já no século XIX, a *Teoria da Organização* se isola das discussões gerais sobre a idéia de ordem e desenvolve um modelo normativo que caracteriza-se como evolutivo. Partindo dessa base, considerava-se que uma organização deveria trabalhar de maneira eficiente e racional ao mesmo tempo deveria poder decidir como um indivíduo. Essa construção evidencia o fato de que somente se a organização se estruturasse de modo hierárquico, partindo de um vértice, seria possível que tivesse chances na luta pela sobrevivência. De qualquer modo, é necessário destacar que essa espécie de transformação da condição de evolução em um modelo normativo, baseado na

⁸⁰ MARCH e SIMON. op. cit., p. 213.

⁸¹ GROSS, E e ETZIONE, A. *Organizzazione e società*. Bologna: Il Mulino, 1987, p. 59.

⁸² TAYLOR, F.W. *L'Organizzazione scientifica del lavoro*. Milano: Etas Compass. 1967.

racionalidade, não encontra qualquer confirmação no plano das operações reais.

A questão que surge neste ponto é como compreender, então, o conceito de organização. Qual é a distinção que devemos utilizar para caracterizar a diferença que nos indique o que é organização.

Para o desenvolvimento destas questões utilizaremos a idéia geral de autopoiesis. Com base no descrito no primeiro ponto do presente capítulo, diremos que um sistema é autopoietico quando é constituído de uma rede de operações que reproduzem operações da mesma espécie. Porém, porque nos referimos a sistemas autopoieticos se se trata de distinguir aquilo que vem diferenciado como organização?. Pois bem, para a Teoria da Sociedade as organizações são sistemas operativamente fechados. Partindo de uma definição circular podemos dizer que a organização é um sistema que se produz a si mesmo como organização.

Com a aplicação do conceito de autopoiesis, deve-se determinar não como é possível a manutenção do estado do sistema, mas a manutenção da diferença. Isso significa que não se elabora uma definição sobre quais são as condições pelas quais uma organização pode existir sem que se saiba quais são as condições que possibilitam a observação da organização. Pois, se uma organização não pode ser distinguida, ela não pode existir. Em suma, quando nos referirmos à organização como sistema autopoietico, tratar-se-á sempre da produção da reprodução de uma diferença e, transpondo esse

conceito à Teoria dos Sistemas, dirá respeito à diferença entre sistema e ambiente.

Nesse ponto, surge a pergunta: como se chega à distinção entre as diversas organizações? Para dar resposta a esta questão deveríamos primeiro distinguir a operação que essa produz. Na organização, tal operação é a decisão⁽⁸³⁾.

Entretanto, com essa afirmação, não nos referimos a um ato de consciência, porque a *Teoria dos Sistemas* prescinde dos fatos psíquicos e dirige sua atenção para a comunicação. Neste caso, podemos afirmar que todas as atividades são qualificadas como decisões. Assim, o fato de alguém se tornar membro de uma organização, por exemplo, constitui uma decisão; mas para que seja qualificada como tal, essa decisão precisa ser comunicada, porque, senão, significaria somente um ato psíquico sem nenhuma relevância para a organização.

Determinada a operação que distingue uma organização de outra, devemos referir-nos ao processo em que se inscreve essa operação; como se produz e determina a decisão.

Para o desenvolvimento desse tema, salientamos que no estudo da decisão muitas coisas mudaram nos últimos trinta anos: do predomínio da teoria prescritiva, que tentava encontrar o melhoramento da tecnologia da decisão ante a limitação da racionalidade humana, às teorias descritivas que

estudaram a razão das ações humanas. Já na *Teoria dos Sistemas*, a decisão não é vislumbrada como um processo psíquico, porque, como advertimos, esta teoria descentra a consciência humana dos processos sociais. Nesse caso, devemos explicitar não o que é a decisão (para não entrar em confusões a respeito do que seja a sua essência), senão como essa se produz (⁸⁴).

As teorias clássicas entendem como decisão a escolha entre diversas possibilidades. À primeira vista esta definição constituiria uma simples tautologia: a decisão é uma escolha e a escolha é uma decisão. Precisa-se, então, determinar como é possível escolher para desfazer a tautologia. A circularidade da identidade pode ser dada caso se defina a decisão como uma ação.

Ora, se consideramos a decisão como uma ação, o problema que se coloca é: quem atuou? ou quem decidiu? Mas, se respondemos a essas duas perguntas, se estabelecerá uma imputação de causa e consequência. Porém, a questão que se coloca neste ponto é saber quem imputa a ação e a quem. Para solucionar esse problema o observador será então, quem constrói a ligação entre a decisão e aquele que decidiu.

Nesta altura é necessário salientar que esses postulados se inscrevem em uma clara posição metodológica. Na medida em que seja necessária a figura do observador para a construção de uma teoria, não existe segurança a respeito daquilo que supostamente nos circunda. Assim,

⁸³ Cf. LUHMANN, N. *Teoria...* op. cit., p. 240.

perdemos a certeza de que algo seja ou não seja de um determinado modo definitivamente. Como consequência, a representação do mundo deixa de ser verificável empiricamente. Nessas circunstâncias, tudo depende da descrição do observador, de seu método, de seu particular ponto de vista.

O passo correto seria, então, estudar os observadores para saber o que é que fazem ao acaso. Porém, se existe o paradoxo de que o observador não é observável, devemos concluir que qualquer distinção que ele faça não está nem dentro nem fora da distinção.

Conclui-se que a decisão é o processo que assume tal paradoxo e que, por sua vez, o desdobra em dois níveis: a) paradoxo de decidir e b) modalidade disciplinar de compreensão do próprio paradoxo.

Isto nos leva a colocar duas considerações: como funciona a decisão e como a decisão exclui o paradoxo do observar. A primeira questão se liga ao conceito de alternativa. A alternativa em si mesma é uma construção. E como é que se produzem as alternativas? Ou o que é que se considera dentro de uma alternativa e o que é que fica excluído dela? Dentro da organização, a luta consiste propriamente nisso. Os comportamentos, as táticas ou as estratégias atuam na organização; mesmo se ainda não se elaboram sobre o plano lógico e essas escolhas são apresentadas sempre como se fossem as preferidas. Nesse processo, o tempo atua como fator

⁸⁴Cf. LUHMANN, N. *Sociologia del ...* op. cit., p. 241.

fundamental. Primeiro se constrói a alternativa e depois, num segundo momento, se escolhe a alternativa⁽⁸⁵⁾.

Porém, a alternativa não se refere à decisão já que a decisão é uma parte da alternativa; porque se pode decidir ou não decidir, decidir decidir ou decidir não decidir. Em todo o caso, quem determina o processo é o observador, e esse constrói a sua descrição mediante uma interpretação ativa.

Se localizamos uma decisão em um tempo determinado, isso se deve a que o processo de comunicação não deixa lugar a espaços nebulosos. Uma decisão comunicada produz uma série de comunicações ou de decisões derivadas, que afastam a dúvida sobre o momento da decisão. Ou seja, se dissermos que uma decisão requer sempre uma outra decisão, estamos querendo dizer que sempre haverá uma primeira decisão que se localiza num momento determinado, do qual derivam o resto das decisões que essa primeira haja suscitado, ainda que essa primeira decisão se inscreva, por sua vez, na cadeia de decisões derivadas de uma outra primeira decisão. Portanto, toda decisão é sempre primeira e sempre derivada e, nessa cadeia, cada uma tem seu próprio lugar determinado no tempo. Por esse motivo, uma decisão deveria ser sempre documentada, assim como um sistema jamais deixa de decidir, porque, do contrário, deixaria de existir.

⁸⁵Cf. LUHMANN, N. *Sociologia del ...* op. cit., p. 241.

Podemos observar que a decisão anterior está unida por uma relação de causalidade, construída pelo observador no futuro, e esse futuro é a decisão escolhida; portanto a contingência da escolha é aberta. E se determinamos a decisão posterior, qualquer alternativa é possível e ao mesmo tempo é contingente para ulteriores decisões⁽⁸⁶⁾.

A memória de um sistema está sempre presente, em cada decisão, já que é a partir dela que se pode aprender, e isso significa que se torna criativa. Daquilo que não se escolheu não se aprende. Porém, as possibilidades não realizadas tornam mais forte o sistema já que, em última instância, significa que as alternativas escolhidas foram aptas para a perpetuação do sistema. Igualmente, é possível aprender com as alternativas não escolhidas, caso exista um conhecimento acerca das possíveis conseqüências destas alternativas.

Diante das considerações expostas, pode-se colocar que quanto mais a conexão passado/futuro é incerta, mais a decisão é importante, já que a coligação entre um e outro momento é um risco que pode significar, por exemplo, o desaparecimento da organização. O presente é determinado pelo passado e, ao mesmo tempo, o futuro é uma questão aberta. Porém, cada decisão fecha sempre um pouco o futuro, na medida que lhe determina as decisões ulteriores.

⁸⁶Cf. LUHMANN, N. *Sociologia del ...* op. cit., p. 243.

A partir dessas bases metodológicas, a imagem da vida organizativa, que gira em torno das instáveis condições dos atores e formas de alianças que implicam em intercâmbios e promessas de reciprocidade no tempo, conduz o pesquisador a representar a decisão mais como o produto de um processo que como o produto de uma suposta racionalidade, ainda que essa seja limitada.

A questão que surge neste ponto é como processa a organização a contingência do futuro, na medida que cada decisão a expõe a um certo grau de risco.

Na perspectiva do risco, é possível observar como o sistema constrói uma imagem falsa do mundo. Isto é, necessita produzir certeza para poder operar⁽⁸⁷⁾. Assim, as organizações produzem, no seu interior, mecanismos de segurança, aos quais se vinculam a ponto de não poderem escapar deles. Figurativamente, edificam sua própria fortaleza em razão de sua sobrevivência, porém sem poder sair dela.

Em síntese, as organizações se diferenciam entre si como sistemas autopoieticos e auto-referenciais mediante o processo decisório que opera em seu interior. Salientamos como se estrutura esse processo, identificando quais são as possibilidades que cada organização seleciona para si a fim de estruturar suas operações.

⁸⁷Cf. LUHMANN, Niklas, *Sociologia del...* op. cit., p. 58 e seg.

Essas considerações de Luhmann, conjuntamente com o exposto anteriormente sobre a decisão, nos situam no quadro que servirá como ponto de partida para a análise do que denominaremos de premissas da decisão.

2.4. PREMISSAS E PROGRAMAS DECISIONAIS E CARREIRA

Em decorrência do exposto no ponto anterior (cap.II ponto nº 3) podemos dizer que o modo de operação de uma organização, é definido como o percurso mediante o qual uma decisão segue uma outra decisão. Partindo dessa afirmação resta saber como se desenvolve tal percurso. É necessário observar em que condições se produz o entrelaçamento de decisões no interior de uma organização.

Em primeiro lugar, pode-se assinalar que o processo de ligação entre decisões se desenvolve com escassos níveis de liberdade. Nessa ótica, definimos a escassa liberdade do sistema com a antinomia segurança/insegurança. Assim, se por um lado, o processo de entrelaçamento se vê determinado na sua liberdade, por outro, permite que esse mecanismo de oscilação viabilize uma maior possibilidade de

movimento no interior do sistema. Esse processo nos mostra, especificamente, a distinção entre premissas da decisão e decisão.

Na realidade, o conceito de premissa da decisão⁽⁸⁸⁾ foi elaborado para superar a antiga concepção clássica segundo a qual seria possível calcular as condições ótimas no que se refere à relação meio-fim.

Porém, cabe destacar neste ponto que a premissa da decisão não determina o modo pelo qual a decisão deva ser tomada, mas representa o espaço que não deve ser superado; porém, no interior desse espaço é possível tomar decisões, como afirmou Simon⁽⁸⁹⁾.

Nesse caso, devemos recordar que existem diversos tipos de premissas da decisão, os quais não vêm derivados teoricamente ou logicamente, mas constituídos de maneira indutiva. Assim, abordaremos: a) os programas da decisão⁽⁹⁰⁾, nos quais se tratará de ver as condições pelas quais se pode saber se uma decisão é correta, justa e utilizável; b) a dimensão na qual se parte da idéia de que a própria pessoa é uma premissa para sua própria decisão; e c) a organização, onde teremos, de uma parte, determinação de competência (pressuposto para a formação de uma

⁸⁸Segundo Simon, a premissa da decisão é uma unidade de análise suficientemente menor e mais sutil do que a de papel, porque cada decisão depende de muitas premissas, e numerosas são as premissas na definição de um papel, Cf. *II Comportamento Administrativo*. Bologna: Il Mulino, 1958, p. 34.

⁸⁹Simon analisa com profundidade as causas e as condições que limitam a racionalidade das decisões humanas. Um fator que limita a racionalidade humana resguarda a escolha dos meios: "o que uma pessoa quer e ama influencia aquilo que a pessoa vê; isto que vê, influencia o que quer e ama". Cf. *II comportamento... op. cit.*, p. 189.

⁹⁰Os programas vêm definidos, portanto, como uma espécie de catálogo das condições de correção das operações, estabelecendo quais os comportamentos corretos, um programa estabelece também quais são os comportamentos esperados. LUHMANN, N. e DE GIORGI, R. Cf. *Teoria... op. cit.*, p. 306.

hierarquia ou para a divisão do trabalho) e, de outra, determinação dos canais de comunicação que serão utilizados.

Mas é necessário esclarecer que essas premissas se delimitam reciprocamente⁽⁹¹⁾.

Passemos, então, a análise de um tipo de premissa de decisão: o programa decisional. Em geral, quando nos referimos a “programas decisoriais”, o fazemos em função daqueles que foram elaborados com o objetivo particular de garantir a correção da decisão no interior da organização para a qual é destinada⁽⁹²⁾. Este dado nos leva a considerar que a elaboração desse tipo de programas é especificada no interior de cada organização.

O conceito clássico de programa decisional considerava que através de um programa se podiam otimizar as decisões. Para este fim era necessário dispor somente de uma quantidade suficiente de informações a ponto de otimizar a relação meio/fim. Mas esse esquema é modificado pela própria teoria da decisão a partir dos anos 50. Ao esquema anterior se

⁹¹ Nessa perspectiva, por exemplo, o cérebro produz uma ligação com o ambiente mediante uma rede diversa de circuitos. Tendo em conta, de qualquer forma, que o cérebro opera dentro de um espaço determinado e fechado (fechamento operacional), os circuitos que lhes possibilitam a ligação com o ambiente (o circuito dos olhos, das orelhas, etc.) operam de maneira conjunta, sobrepondo-se e permitindo assim que o cérebro adquira a capacidade de aprender. Mas estas funções não se realizam sob os parâmetros de qualquer tipo de hierarquia, operam simultaneamente. Existem muitos estudos ou pesquisas sobre as organizações que colocam esse modelo, que podemos classificar como neurológico. Em tal sentido, postulamos que dentro de uma empresa, por exemplo, operam diversos circuitos que viabilizam e determinam diversas possibilidades, formando um conjunto, sem que qualquer uma determine a outra.

⁹² Em conexão com os códigos binários, os programas estruturam a autopoiesis dos sistemas funcionais de maneira inconfundível, e a semântica que disso resulta se distingue fundamentalmente das teleologias, das representações da perfeição, dos ideais ou das referências de valores da tradição. LUHMANN e DE GIORGI, Cf. *Teoria...* op. cit., p. 306.

adiciona agora um procedimento de duplo nível. Por um lado, se estabelece como condição fundamental a fixação das premissas da decisão. E como segunda instância, se sustenta que só depois das premissas da decisão serem explicitadas é que se pode escolher uma solução adequada. Isto significa que existe um processo de duplo fechamento, um ao nível das premissas e o outro ao nível da decisão.

O conceito de programa (proveniente da informática) implica que diante de cada decisão existe anteriormente um procedimento que constitui a sua história. Tal conceito é utilizado pela *Teoria da Organização* ao incorporar como condição fundamental as premissas da decisão.

A base fundamental daquilo que interessa aos programas decisoriais se encontra na distinção entre programas condicionais e programas de escopo⁽⁹³⁾. Os denominados programas condicionais se estruturam sobre a base de uma orientação que se dirige ao passado. Trata-se de uma relação que se pode referir com uma expressão condicional: se/então. Por exemplo, tratando-se de programas condicionais, vale o princípio: se qualquer coisa não é permitida, é proibida. A elaboração das informações aproveita as determinações que aconteceram no passado. O passado não se constitui ainda como um saber, mas a partir dele se pode planificar uma série de elaborações informativas que, possivelmente, determinaram que coisa aconteceu efetivamente no passado.

⁹³ Cf. LUHMANN, N. *La differenziazione...* op. cit., p. 208.

De outra parte, o carácter explícito da programação condicional se apóia sobre a distinção entre determinação e indeterminação. Os programas constituem o meio pelo qual se pode chegar à identificação do que é, ou melhor, do que consideramos como determinado e aquilo que não o é. O programa estabelece a diferença, isto é, se afirmamos que tudo é determinado, então não seria necessário tomar qualquer decisão; e, se tudo fosse indeterminado, não seria então possível orientarmo-nos sobre as conseqüências⁹⁴).

Assim, um programa pode se desenvolver somente em dois sentidos; ou se direciona para a determinação ou para a indeterminação. E essa caracterização dependerá dos princípios que são elaborados no interior da própria organização.

O problema que se liga à questão da determinação e da indeterminação é o fato do reconhecimento das possibilidades de erro. Sendo assim, se os programas devem garantir a correção da decisão a ser tomada, qualquer desvio, então, em relação a tal correção constitui um erro.

Nessa perspectiva, a práxis segundo a qual se opera é aquela mediante a qual se elaboram programas de acordo com parâmetros muito restritos, de modo a evitar ao máximo a constituição de erros. Isso, por sua vez, comporta como conseqüência uma redução do grau de liberdade que uma organização pode operar.

O problema do erro envolve sempre as instâncias ou os graus mais altos da organização, assim o erro pode ser considerado uma espécie

⁹⁴ Cf. LUHMANN, N. *La differenziazione...* op. cit., p. 208.

de descoberta, que diz como se poderia agir melhor do que se agiu. O que de uma certa perspectiva pode ser considerado como erro, de outra pode ser considerado como inovação.

Assim sendo, para o juiz, por exemplo, o problema não está no cálculo ou na justificação dos efeitos da sua conduta. O problema do juiz será a interpretação que ele fará da norma jurídica previamente instituída. Na medida em que o direito não defina, de maneira unívoca, quais são as condições para chegar-se a determinadas decisões, o juiz deverá buscar auxílio em outros referenciais para tomar a decisão, porém sempre, e em última instância, tais referências deverão estar inscritas nos fins funcionais da norma⁽⁹⁵⁾.

Podemos observar os programas de metas ou escopos, como aqueles programas que são orientados para o futuro; aqueles que incluem uma previsão futura para alcançar os fins ou a meta proposta. Nesse caso, os programas relativos a fins se diferenciam dos condicionais em virtude de que toda meta pode ser alcançada; ou melhor, pode-se estabelecer qualquer caminho para alcançar um fim desde que não se viole as normas jurídicas; ou seja, tudo o que não for proibido é permitido.

Sempre que se considera os programas finalísticos, se deve destacar a distinção entre o fim principal e os fins secundários. Pode-se dizer

⁹⁵Sobre esse tema, ver mais especificamente LUHMANN, Niklas. *La differenziazione...* op. cit., p. 206 a 212.

que, muito freqüentemente, os escopos fundamentais são aparentes, enquanto os secundários são os verdadeiros motivos.

Como último ponto, consideraremos o problema do risco (⁹⁶). Isto é, como o risco é trabalhado pelos programas. No caso dos condicionais não há qualquer consideração a respeito do futuro, em razão do que se constituem e se orientam para o passado. Por esta razão, qualquer consideração sobre o risco é muito limitada. O contrário sucede com os programas finalísticos, na medida em que estes se orientam absolutamente para o futuro, a colocação do risco é um problema relevante. Nestes programas, por exemplo, espera-se que o risco que se pode correr (em razão do fim que se quer alcançar) não ocorra, ou que o fato de se alcançar um escopo diverso daquele estabelecido possa, de algum modo, ser considerado a tempo de evitar danos irreparáveis.

Neste ponto surge o problema: como calcular o risco e se isso, na realidade, é possível. Ou seja, o problema de se poder, por exemplo, multiplicar as probabilidades que existem de produzir-se efetivamente um dano, ou a possibilidade de avaliação do custo que esse dano poderia produzir. No entanto, se consideramos a racionalidade limitada, é verdadeiramente impossível estabelecer uma probabilidade correta, pelo menos num sentido racional. Portanto, achamos que a avaliação do risco pode-se realizar somente através de hipóteses precárias.

⁹⁶Cf. LUHMANN, N. *Sociologia del...* op. cit., p. 249.

Isto nos leva a concluir que, sejam os programas condicionais, sejam de escopos, eles servem para marcar as decisões num quadro mínimo de controle do erro, mesmo que não permitam absorver, em tudo, as variáveis do risco. Porém, os margens de imprevisibilidade que se constituem provocam âmbitos de liberdade e mudanças (espaços de manobra) que possibilitam a adaptação evolutiva de cada organização à complexidade que a circunda.

Pois bem, até este ponto aludimos somente aos processos que operam na sociedade como sistema, nos sistemas funcionais e nas organizações. Na seqüência nos referiremos à forma pela qual os homens se inscrevem dentro das organizações, ou melhor, qual o papel que eles exercem em tais processos.

No referencial teórico da *Teoria da Sociedade* encontramos o conceito de pessoa como aquele que indica a participação dos homens no processo de comunicação.

Partindo dessa premissa, tentaremos descrever como se localizam as pessoas enquanto membros das organizações em relação à prestação de trabalho. Nesse aspecto, referiremos a concepção clássica do “management” do pessoal. Cabe ressaltar que não existem estudos específicos sobre o pessoal de organizações de fins públicos, como a Organização Judiciária. Por isso, referimo-nos só ao existente sobre a *Teoria Geral de Organizações*.

De acordo com essa teoria, o pessoal constitui o meio pelo qual uma organização pode atingir o fim estabelecido. A respeito disso, podemos citar uma frase que sintetiza essa perspectiva: “O homem justo no lugar justo”.

Porém, essa concepção sofreu um processo de transformação com base em diversos aspectos. Uma primeira questão diz respeito ao conceito de relações humanas. A premissa do enfoque é de que um homem que se sente bem trabalha bem. Um segundo aspecto refere-se a uma visão mais teórica. Nesse ponto se alude à relação substitutiva que existiria entre os programas e o pessoal. Se uma empresa dispõe de pessoas capazes, habilidades, não teria a necessidade de elaborar ou adquirir programas. Se, ao contrário, ela dispõe de pessoas pouco capazes, deve-se incrementar os programas para corrigir os erros e para vigiar a aplicação e realização desses mesmos programas.

Esses argumentos se entrelaçam com a idéia da eficácia dos programas sobre o pessoal. Na presença de programas condicionais, a atenção sobre o pessoal é dirigida à pesquisa dos fatos e à interpretação das regras. Ao contrário, quando se trata de programas de escopo, há necessidade de criatividade para poder alcançar os fins propostos.

Cabe agora referirmo-nos à situação que emerge em razão das decisões que se aplicam sobre o pessoal. Sobre esse ponto é necessário

realizar uma distinção entre o que se considera como recrutamento⁽⁹⁷⁾ e o que significa deslocamento de pessoal no interior de uma organização. Na realidade, quando nos referimos a recrutamento o fazemos em função de uma certa idéia do desconhecido. Basicamente alude-se a uma pessoa que não se conhece. Em compensação, quando falamos de deslocamento de pessoal, na medida em que estamos dizendo que ele ocorre no interior de uma organização, significa que há um conhecimento desse pessoal; logo, pode-se dispor de seu trabalho em outra área.

No caso particular de recrutamento, surge o problema do desequilíbrio da ou na informação. Aquele que se candidata tem em geral mais conhecimento de si mesmo, tanto em quantidade como em qualidade, que aquele que deve decidir.

Em um determinado momento, as grandes empresas incorporaram à metodologia de recrutamento testes psicológicos, a partir dos quais avaliava-se a estabilidade emotivo-racional que poderiam apresentar os candidatos, assim também o nível cultural geral que estes possuíam, quantidade de filhos, etc. Esses últimos pontos eram utilizados para aqueles cargos ou para aquelas empresas de serviços que se orientassem para o exterior da organização⁽⁹⁸⁾.

⁹⁷Sobre o tema do recrutamento de juizes, ver ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder Judiciário. Crises Acertos e Desacertos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 141 e NALINI, José Renato. *Recrutamento e Preparo dos Juizes*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 84.

⁹⁸Para certos cargos onde seria necessário cooptar novos clientes, era exigido, no caso de mulheres candidatas, que essas tivessem conhecimento de futebol, esperando-se que, com isso, conseguissem

Seguindo essa idéia, citamos também como exemplo o modo de recrutamento que se opera para se entrar nas denominadas organizações “mafiosas”. Em tais sistemas, o critério de avaliação passa fundamentalmente pela recomendação e pela confiança que dela se deriva, assim como pelas relações de parentesco, já que o que está em jogo é a conservação da própria organização⁹⁹).

A questão subsequente diz respeito aos deslocamentos e às promoções. Estas promoções como metodologia aplicada sobre o reconhecimento não funcionam como plano que leva à maximização do sistema, ou seja, que leva a colocar as pessoas certas nos justos lugares. Funcionam somente como um sistema de prêmios (e de punição) em razão de que a proposta de maximização do sistema se coloca na dificuldade de encontrar o meio, mediante o qual se poderia valorizar as idoneidades a ponto de poder categorizar uma pessoa “apta”, por exemplo, para o cargo de juiz, o que em tais circunstâncias resulta impossível.

manter com o cliente em potencial um clima propício para a efetivação do negócio. Esses conhecimentos eram avaliados em testes de recrutamento.

⁹⁹GAMBETTA. *La Mafia Siciliana*. Torino: Einaudi, 1993. Na mafia siciliana a seleção do “pessoal” acontece de modo muito escrupuloso. Os mafiosos de grau alto observam os comportamentos de jovens delinquentes comuns dotados de violência, inteligência, mau caráter e os convidam a integrar a organização. Desse modo, a seleção não é feita somente com candidatos provindos das famílias mafiosas, mas também com outros do ambiente, objetivando-se recuperar a “competência específica”. Existem mecanismos de exclusão em todas as organizações mafiosas no recrutamento de pessoal. Não são admitidos ex-policiais, guardas de presídio ou tóxico-dependentes. Esses mecanismos de exclusão são, mais ou menos, estruturados segundo a organização. Na Mafia siciliana, para resguardar-se a moral pessoal, não se aceitam divorciados. É interessante notar como numa organização de recente instituição, esses mecanismos são mais flexíveis. Na Sacra Corona Unità, no Salento (Puglia), foram aceitos tóxico-dependentes, embora sem função de relevo. Depois do processo criminal que se realizou em Lecce, houve esse mecanismo de seleção. A organização no seu estruturar-se apresentava uma necessidade vital: o alargamento da sua base operativa. Tal alargamento se demonstrou, porém, frustrante. (Depoimento concedido por Mariano Longo, bolsista do CNR, que realiza uma pesquisa sobre a Sacra Corona Unità).

Vemos que tanto no âmbito do recrutamento quanto no do movimento do pessoal, está sempre presente um momento de arbitrariedade que se reconhece na decisão.

Por outro lado, esse postulado demonstra que a organização tem um papel e uma função particular numa carreira⁽¹⁰⁰⁾. O que poderíamos exemplificar mediante a observação do modelo escolástico⁽¹⁰¹⁾. Quando se ingressa numa escola, nem sempre o objetivo principal é simplesmente o de aprender, mas o de ser promovido ano após ano e receber, ao término, um diploma. Depois se entrará, seguramente, em alguma organização laboral e também aqui será julgado, promovido de grau, etc. Tudo se parece com um *continuum* de carreira⁽¹⁰²⁾. Levando-nos a considerar que para cada nível que se atinge no interior da carreira, deve-se passar por duas formas de seleção: a) a primeira diz respeito à auto-seleção, o que significa que aquele que quer fazer carreira deve candidatar-se, mostrar-se, evidenciar interesse; b) a segunda consideração alude ao fato da hetero-seleção, o que se pode explicar como a capacidade, ou melhor, que o candidato está de posse de certos requisitos que o tornam necessário. Portanto, pode-se dizer que há uma dupla seleção contingente através das quais oscila a carreira.

¹⁰⁰Sobre a carreira como processo psicossocial, ver DEPOLO, Marco. *La carriera lavorativa nella organizzazione*. In: *Psicologia dell'organizzazione*. (Org.) DEPOLO, Marco e SARCHIARELLI, G. Bologna: Il Mulino, 1994.

¹⁰¹Sobre isso, LUHMANN, N. e Schorr, Karl-Eberhard. *Il Sistema Educativo*. Roma: Armando Editore. 1988, p. 290

¹⁰²Cf. LUHMANN, N. e SCHORR, K-Eberhard. *op. cit.*, p. 293.

Outro aspecto importante a ser destacado no sistema de carreiras é que a possibilidade de atingir o nível mais alto depende, em tese do desempenho pessoal no nível mais baixo. No sistema ocupacional, quando se vai em direção ao alto, o número de cargos se torna cada vez menor. Por exemplo, no nível de primeiro grau de jurisdição, existe uma grande disponibilidade de cargos para juizes⁽¹⁰³⁾; no nível de segundo grau, existem os Tribunais de Justiça e de Alçada, com um número limitado de cargos para juizes e desembargadores; no nível de terceiro grau, existe o Superior Tribunal de Justiça, com 33 cargos de ministros e, por último, existe o Supremo Tribunal Federal, onde existem 11 cargos de ministros. Mas aqui estamos nos referindo aos denominados cargos públicos, ou seja, ao aparato judiciário como prestador de um serviço público e organizado com um programa decisional que estabelece com anterioridade a quantidade de cargos disponíveis de maneira fixa. No caso de reformas nesta organização, será necessário todo um processo burocrático para a criação de novos cargos. Necessitar-se-á de uma lei que se ajuste aos princípios constitucionais (programa condicional) para a criação de novos cargos de magistrados⁽¹⁰⁴⁾. Destacamos, pois, o nível decrescente de mobilidade que têm os cargos públicos com respeito a cargos das organizações privadas.

¹⁰³Como observa NALINI, José Renato, a justiça comum de São Paulo é o repertório do maior número de juizes no Brasil. São Paulo dispõe hoje de 1.793 cargos na magistratura, sendo 273 na segunda instância e 1.526 no primeiro grau. (op. cit., p. 88).

¹⁰⁴Segundo Zaffaroni “o modelo brasileiro de Poder Judiciário apresenta uma longa tradição de ingresso e promoção por concurso, estabelecido na época do Estado Novo, correspondendo à coerência política deste quanto à criação de uma burocracia judiciária de corte bonapartista, mas que, definitivamente, tem tido como resultado um judiciário semelhante aos modelos europeus da segunda metade do século passado e primeiras décadas do presente. O sistema seleção “forte”(concurso) está

Por outro lado, se em relação ao setor de pessoal do serviço público pode-se aplicar todas as características citadas anteriormente a respeito das carreiras, deve-se destacar, que existem variáveis dentro desse setor que podem mudar as perspectivas em comparação. Se tivermos em conta que em quase todas as sociedades modernas existe uma garantia particular com respeito ao funcionalismo público, que consiste na estabilidade do servidor, veremos que tais circunstâncias podem fazer variar o tipo de relacionamento que a pessoa tem com relação ao seu posto de trabalho, e isto repercutirá na estimulação da sua carreira.

constitucionalmente consagrado, enquanto que a carreirização se encontra apenas atenuada mediante a incorporação lateral de um quinto dos juizes que devem provir, nos tribunais colegiados, do ministério público ou dos advogados. A designação política é limitada aos juizes do Supremo Tribunal Federal, embora não faltem delimitações impostas pela tradição. Como se pode ver, trata-se de um critério em que a qualidade técnica de seus membros é assegurada por concurso, cujo governo é vertical, exercido por um corpo ao qual dois terços de seus integrantes chegam por promoção e cuja principal função técnica é a unificação jurisprudencial, com amplas garantias de mais mobilidade” (op. cit., p. 125).

3. O PODER JUDICIÁRIO : GÊNESE E PROCESSO EVOLUTIVO ORGANIZACIONAL

3.1. TEORIA DA DIVISÃO DE PODERES

É inegável que a teoria da tripartição de poderes é o resultado de um pensamento iluminístico que provocou um corte radical na formação dos estados dos séculos XVIII e XIX. Poder-se-ia dizer que, desde sua formulação, a teoria foi e é, ainda, dogmaticamente entendida como a perspectiva única sobre a qual pode-se fundar a garantia da autonomia e independência de órgãos normativamente diferenciados por funções⁽¹⁰⁵⁾. Os fundamentos desta teoria constituíram os pilares básicos da denominada revolução burguesa. E, de fato, a nova ordem da sociedade se constituiu sem que se pusesse fim à hierarquia do trono e sem que se desconsiderasse o reconhecimento da diferença natural na qual se fundava o privilégio.

Sobre o plano da organização surge a necessidade de encontrar modelos de equilíbrio que impeçam o reconhecimento da diferença de tipo hierárquico. E essa idéia se justificava no fato de que quem detém o poder é levado sempre a abusar dele, e o único modo de evitar esse abuso é dividi-lo de modo tal que aquele que formula as normas jamais seja o seu executor. Só assim é possível que o poder controle o poder. Não é suficiente que cada

¹⁰⁵Para Neumann, F. a separação de poderes era um instrumento para assegurar a liberdade política. Cf. *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*. Bologna: Il Mulino. 1973. p. 203.

poder tenha uma função determinada; é necessário também que se mantenha um equilíbrio entre essas funções, e, para que isso seja operativo, deve-se equilibrar a hierarquia entre os poderes.

Obviamente, essa justificação nasceu num contexto histórico que legitima as premissas do postulado em razão da verticalidade em que o poder se apresentava até então e do acúmulo de funções que exercia o soberano. Esta transformação, porém, levou à diferenciação de um Sistema Político particular em direção a uma maior autonomia funcional isenta do controle de certa elite superior ou da religião organizada⁽¹⁰⁶⁾.

Além disso, a divisão dos poderes estabilizou a diferenciação não só da política propriamente dita, senão também do direito, e permitiu a estruturação da forma de auto-observação da sociedade moderna que se estruturou na formação da opinião pública. A Constituição se apresenta como a estrutura da decisão, portanto se constitui como a instância que permite o acoplamento estrutural entre política e direito. O direito, através da seletividade da estrutura da Constituição, se funda sobre si mesmo, assim como a política, através da seletividade do consenso que permite distinguir entre governo e oposição, também se funda sobre si mesma.

Entretanto, devemos perguntar: qual é a posição do poder judiciário no âmbito do direito? Para Montesquieu (1689-1755), o Judiciário era um poder "invisível" e, de certa forma, "nulo". Assim, o princípio não era de separação de poderes, mas de inibição de um pelo outro, de forma

¹⁰⁶LUHMANN, Niklas. *Teoria politica nello stato del benessere*. Milano: Franco Angeli, 1987, p. 49.

recíproca; no exercício dessa função, o Judiciário, dos três poderes, era politicamente neutro. Por isso dizia Montesquieu: “dos três poderes mencionados, o de julgar, é em certo modo nulo. Não restam senão dois”⁽¹⁰⁷⁾. Então, propomos observar o percurso do Judiciário, porque hoje ele é o resultado de sua própria evolução. Assim, podemos questionar como é que um poder, definido por Montesquieu como “invisível e nulo”⁽¹⁰⁸⁾, é considerado hoje como um poder forte, quase um super-poder

Deve-se lembrar que a teoria da separação dos poderes se enquadra no que se poderia chamar de doutrina da sociedade do iluminismo, que surge da “crise da consciência européia”⁽¹⁰⁹⁾. O iluminismo não é um movimento da população em geral; é o produto das motivações e ideais de um grupo de intelectuais com certo poder social, que discute a integração social como um problema moral, e não prático; que discute a igualdade, sem que por isso se anulem as hierarquias “naturais”. Em definitivo, é um movimento que responde às expectativas de ideais burgueses que proclamam segurança e estabilidade como princípios universais. Dentro desse quadro, o postulado da divisão do poder (por funções) em Legislativo, Executivo e Judiciário surge como um limite frente aos poderes absolutos dos

¹⁰⁷ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?* São Paulo: Rev. USP, Março/Abril/Maio, 1994, p. 14.

¹⁰⁸ Cf. Montesquieu. *Antologia degli scritti politici*. Apud Nicola Matteucci. Bologna: Il Mulino. 1973. p. 155. Sobre esse tema ver ainda Marongiu. *Il posto del potere giudiziario nella dottrina settecentesca della divisione dei poteri*, in *Studi in memoria di C. Sposito*. Padova: Cedam. 1972. p. 685 e seguintes.

¹⁰⁹ JONAS. Friedrich. *Storia della sociologia*. Bari: Biblioteca Universale Laterza. 1989, p. 11.

soberanos⁽¹¹⁰⁾, postulando a tutela da lei como princípio diretor da organização dos estados.

O primeiro a colocar essa questão como problema sociológico foi Montesquieu. Fundamentalmente, ele reconhece a sociedade como uma instância de regras próprias que não precisa de justificativas políticas, morais ou religiosas para sua constituição e existência. Em relação à doutrina da divisão de poderes é atribuída a ele a recopilação das idéias que até então se teriam formulado em razão do tema. Foram muitas as polêmicas e as críticas que suscitou a sua obra *L'Esprit des Lois* (1748). Basta lembrar que: “ela foi condenada por jesuitas, pela Sorbonne e foi proibida pelo governo, não obstante as vinte e duas edições que se fizeram em dois anos”⁽¹¹¹⁾. O sucesso na opinião pública foi determinado pela sua definição de monarquia como domínio de um particular, segundo a lei, pela união que ele faz da virtude e da República e a sua condenação ao despotismo.

Mas é de destacar-se a particular leitura que ele realiza da sociedade e do homem. Ele sustenta que a ordem social é o produto de um conjunto de fatores diversos, o que significa que a existência de uma sociedade não responde à vontade de um rei, do Estado, etc. Sendo assim, nem todas as sociedades devem ser necessariamente iguais. Para

¹¹⁰No século XVII, o jurista francês Loyseau (*Des Seigneuries*, III, 12; mencionado por Gillissen: “*Les Problèmes des Lacunes du Droit dans l'Evolution du Droit Médiéval et Moderne*”. In: *Les Problèmes des Lacunes en Droit*. (Org) Perelman. Bruxelles, 1968, p. 230) escrevia, à sua época, que o rei, não podendo saber tudo nem estar presente em toda parte e, em consequência, não lhe sendo possível prover a todas as mesmas situações que ocorrem em todos os lugares de seu reino e que requerem ser regulamentadas prontamente, permitia às cortes soberanas fazer os regulamentos. Esses, porém, eram provisórios e feitos sob sua condescendência. Ora, isso foi a substituição do rei pela nação. Cf. FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Op. cit., n. 21. p. 14.

Montesquieu, a teoria da divisão de poderes e da forma de Estado não é o produto de ideais utópicos, senão de diferenças dos fatores que interferiram na época e que independem de razões ontológicas que estejam além das condições históricas, sejam essas de origem material ou ideal.

Montesquieu estabelece que ao rei corresponde o Poder Executivo, à elite aristocrática do reino, o Poder Legislativo e à nobreza, o Poder Judiciário⁽¹¹²⁾. Isso significa que houve uma repartição ou uma redistribuição do poder entre aqueles que de alguma forma já antes o detinham. A doutrina da divisão de poderes não significou para esse pensador a elaboração de um conceito de validade universal, e sim uma estratégia teórica que podia ajudar a impedir o desvio do espírito das leis, e é nesse sentido que ele acreditava que a lei deveria ser normalmente geral⁽¹¹³⁾. A generalidade da lei, além de constituir o fundamento teórico para a realização da certeza do direito, é imprescindível para a mesma afirmação da legalidade nas relações concretas. “Os dogmas mais verdadeiros e mais santos podem ter péssimas consequências quando não são coligados com os princípios da sociedade”⁽¹¹⁴⁾.

Por sua vez, o Poder Judiciário é descrito pelo autor de *L'Esprit des Loix* como poder não político, destinado, por sua específica natureza, a melhor garantir a legalidade. A tutela da independência subjetiva do juiz e sua subordinação funcional são concebidas, ao lado da posição do

¹¹¹JONAS. Friedrich. op. cit. p. 20.

¹¹²JONAS. Friedrich. op. cit. p. 29.

¹¹³Cf. MONTESQUIEU. *Lo spirito delle leggi* rist. 2 Torino: 1973, livro II, cap. I, p. 66.

Executivo, como instrumentos político-institucionais em grau de realizar o mínimo possível de distorções na tradução da lei em ato concreto incidente na esfera jurídica do indivíduo. A neutralidade política do juiz fundamenta a sua autoridade, a qual retira da sua imparcialidade, nas disputas políticas imediatas, toda sua força⁽¹¹⁵⁾.

Como exemplo citamos a primeira realização prática do princípio da separação dos poderes, que aconteceu com a Constituição Americana de 1787. Nela, o Poder Legislativo era atribuído a um Congresso bicameral; o Poder Executivo materializado num presidente eleito, embora indiretamente, pelo povo, e um sistema de Cortes independentes e constituídas por juizes com cargo "during good behavior" formava o Poder Judiciário. A Corte Suprema e os juizes inferiores impediam que as leis contrastassem com uma constituição escrita e rígida. ⁽¹¹⁶⁾.

Se nos detivermos um pouco nessas regras básicas desse constitucionalismo incipiente, poderemos perceber a particular insistência de detalhes sobre os mecanismos de controle do poder. Obviamente que a primeira justificação que se nos apresenta é a forte resistência que, no momento da sua instauração, existia a respeito dos abusos dos poderes monárquicos e de suas cortes. Precedentemente a essa doutrina da tripartição de poderes, a função de julgar era considerada um componente da soberania. Formava parte da atribuição de poderes que competiam ao

¹¹⁴Cf. JONAS, Friedrich. *op. cit.* p. 29.

¹¹⁵Cf. SILVESTRI, Gaetano. *Poteri dello Stato* (divisione dei); in *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè. XXXIV. p. 672.

soberano ou ao órgão no qual essa função residia. A partir dessa nova postulação, evidenciou-se a diferença qualitativa existente entre a função jurisdicional e as outras funções públicas, a ponto de criar-se a organização estrutural específica que tornou independente a atividade jurisdicional do exercício das funções administrativas e legislativas⁽¹¹⁷⁾.

Isso não significou que os mecanismos de estruturação social mudaram no momento da sanção das novas constituições. Porém, é indiscutível que a transformação da estrutura levou a uma diferenciação maior das funções e a uma evolução própria de cada um desses segmentos.

Em relação à materialização da doutrina da tripartição de poderes, poder-se-ia dizer então que, se bem constituiu-se num princípio de organização das funções públicas para quase todos os estados ocidentais, nunca foi aplicada de forma ortodoxa. E como exemplificação desse fato, basta considerar as funções do Poder Judiciário.

Observemos os mecanismos da função jurisdicional. Trata-se de uma instância onde se decide sobre a aplicabilidade das normas jurídicas ao caso concreto; a função executiva (administração) pode ser definida, ao contrário, por um critério negativo (residual) como tudo que não pertence à esfera da legislação nem à da jurisdição.

A cada poder é atribuída uma função típica e fragmentos de outras funções. Nesse contexto, função pode ser definida como um peculiar modo

¹¹⁶Cf. SILVESTRI. *op. cit.* p. 673.

¹¹⁷ PIZZORUSSO. Alessandro. *L'organizzazione della giustizia in italia*. Torino: Einaudi, 1994, p. 6.

de atuação de um poder substancialmente unitário, isto é, de um poder soberano. Ou ainda, é um modo tipificado de atuação do poder em forma de procedimento. Enfim, pode-se considerar função só uma série de atividades sem as quais não é pensável a subsistência do ordenamento como um todo entendido como instituição⁽¹¹⁸⁾.

Segundo José Eduardo Faria: “Por causa dos princípios da sujeição do soberano à lei, da divisão tripartida do poder estatal e da racionalização formalizante na produção do direito, condições *sine qua non* para a legitimação de uma ordem institucional capaz de propiciar segurança social e certeza jurídica, as funções judiciais irão tornando-se a um só tempo: a) autônomas com relação às demais funções sociais; e b) padronizadas, impessoalizadas e sistematizadas tendo por objeto um processo”⁽¹¹⁹⁾.

Assim, a evolução da função jurisdicional se resolve na atividade pré-ordenada e dirigida à emissão da sentença; isto é, com a pronúncia da sentença. E a pronúncia da sentença se coloca ou como aplicação do direito, ou como concretização criativa do direito, ou ainda como criação de novas normas conformes ao direito⁽¹²⁰⁾. Portanto, a atividade do juiz se insere na dialética normatividade-atuação⁽¹²¹⁾. O princípio do contraditório, o direito de defesa, o duplo grau de jurisdição, a impugnabilidade das decisões, etc., são elementos constitutivos de um modo que, supostamente, garanta a execução

¹¹⁸Cf. SILVESTRI. *op. cit.* p. 690.

¹¹⁹ Cf. FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 25.

¹²⁰Cf. SILVESTRI. *op. cit.* p. 698.

¹²¹ Cf. SPAGNA MUSSO, Giudice. *Nozione e profili costituzionali*; in *Enciclopedia del Diritto*. XVIII. 934.

das normas, especialmente se existem controvérsias sobre a sua interpretação e, em conseqüência, sobre a consistência de situações jurídicas subjetivas. Aliás, o contraditório e a posição de terceiro do juiz são elementos historicamente ligados à Jurisdição.

Na sociedade contemporânea, porém, a administração pública deve também ser imparcial diante dos vários interesses a garantir, não enquanto já tutelados pela lei, mas enquanto realizáveis, como atividades seletivas, pela sua relevância social⁽¹²²⁾

A garantia de independência do poder político parece ser a característica principal da jurisdição nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Para Luhmann, a função política da Jurisdição consiste, paradoxalmente, na sua neutralidade política, voltada a tutelar um sistema altamente diferenciado de seleção e decisão, imunizando-o das influências diretas e simplificatórias da política partidária⁽¹²³⁾. Esse autor considera a jurisdição como a pedra angular da diferenciação do sistema do direito⁽¹²⁴⁾. Mas é evidente que esta neutralidade é possível enquanto as técnicas decisórias possam ser adaptadas às flutuações de consenso da política. Na sociedade complexa atual, o consenso político é fatigosamente construído, mas sem êxitos evidentes. Nessas circunstâncias, resulta difícil ao Judiciário manter a sua neutralidade política nas decisões, na medida em que para tal

¹²²Cf. SILVESTRI, op. cit. p. 700.

¹²³Cf. LUHMANN, Niklas. *A posição dos Tribunais no Sistema Jurídico*; in *Ajuris* 49. Porto Alegre, julho de 1990 (149-168), p. 149.

consenso o sistema político (incluindo, nessa expressão, a administração e o legislativo) utiliza o Judiciário como instância de re-asseguramento e de legitimação das suas decisões.

Essa dependência entre os sistemas reside no fato de que as decisões judiciais não podem ser revogadas. A sentença - ato típico em que desemboca a atividade jurisdicional - diferencia-se dos provimentos de outras autoridades e dos atos dos particulares porque as determinações nela contidas “não podem ser revogadas, modificadas ou de qualquer modo declaradas ilegítimas, senão mediante outra decisão jurisdicional”⁽¹²⁵⁾. E esse aspecto formal da imutabilidade das decisões judiciais, que no passado não constituía um “plus” em relação aos demais poderes, na sociedade moderna confere-lhe um poder incontrastável, pois lhe possibilita controlar os demais poderes.

Poder-se-ia dizer que existiu uma transformação (evolução) no direito; este deixou de ser um direito a serviço dos privilegiados, para passar a ser um direito baseado na sua diferenciação, e como tal, um sistema que permite o acesso universal de todos à sua função.

Outra mutação pode ser assinalada: enquanto a Jurisdição se ocupava dos conflitos privados, era um poder fraco, pois só era relevante diretamente para as partes envolvidas no conflitos, e o resto da sociedade só tinha um interesse geral ou indireto a respeito da eficiência da função

¹²⁴LUHMANN, Niklas. *Stato di Diritto e Sistema Sociale*. Napoli: Guida, 1978, p. 58.

¹²⁵Cf. SANDULLI A. M. *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*; in *Studio in onore di A. Segni*. IV. Milano: Giuffrè, 1967. p. 257.

jurisdicional¹²⁶). Quando passou, porém, a ocupar-se de questões ético-políticas como, por exemplo, as relações ilícitas entre governo e legislativo e interessou-se em conhecê-las e publicizá-las, tornou-se um poder forte, colocando em risco a fórmula montesquiana da divisão dos poderes.

Assim sendo, podemos destacar que, o impacto social causado pelo controle judicial sobre os atos do executivo e do legislativo atribuiu-lhe uma posição de superioridade social diante dos demais poderes. O que normativamente competia ao Poder Legislativo para o controle que pode exercitar no que tange aos atos do Executivo, e que durante muito tempo configurou uma sorte de megapoder, baseado na legitimidade da pluralidade da sua representação, modificou-se mediante decisões do poder judiciário em matéria de controle das atividades dos demais órgãos da função pública. Em outros termos, a atual atividade do Poder Judiciário é o resultado de sua própria adequação à complexidade dos sistemas sociais.

A passagem do originário constitucionalismo ao moderno pluralismo institucional transformou o velho mecanismo da tripartição dos poderes e das funções num mecanismo muito mais complexo, fundado sobre uma pluralidade de centros de poderes institucionais e não institucionais, os quais colaboram uns com os outros e se contrapõem. Isso se dá não porque a cada um seja atribuída uma função, mas porque eles se encontram num

¹²⁶ “Nas lições mais antigas, repetidas ainda hoje, o poder judiciário é constituído para determinar e assegurar a aplicação das leis que garantem a inviolabilidade dos direitos individuais. No exercício dessa missão, ele é, em face dos outros poderes, autônomo e independente. (...) ele só age se houver litígio. só se pronuncia sobre casos individualizados (...) e, para atuar, tem de ser provocado.” Cf. FERRAZ Jr.... Tércio Sampaio. Op. Cit., nº21. p. 13.

plano de relação de concorrência e complementariedade de competências, de modo que as decisões públicas são produzidas pela cooperação entre sujeitos públicos e privados. Nesse ponto, Luhmann sustenta que o sistema político da sociedade funcionalmente diferenciada pode, por sua vez, diferenciar-se em três subsistemas, isto é, pode ser diferenciado tridimensionalmente: o subsistema da política, o da administração (que inclui o executivo e o legislativo) e o do público politicamente relevante⁽¹²⁷⁾. Desse modo, o poder deixa de ser uma relação de mando e obediência, de alto a baixo, para adquirir a forma de “circularidade dinâmica”. O poder passa do público, mediante o ato eleitoral, à administração, e esta, por sua vez, opera através dos programas estabelecidos pela política (política partidária), produzindo decisões vinculantes coletivamente e, frente a essas decisões, o público declarará sua conformidade ou desaprovação aos programas políticos nas futuras eleições e nas opiniões que possa expressar.

Estas distinções nos levão a questionar o polêmico problema da unidade do Estado ou pluralidade dos centros de poder, que tanto tem estimulado a produção retórica dos juristas⁽¹²⁸⁾. Destacamos que a apresentação do conceito de Estado permanece ainda confinado, de maneira estreita, a uma ótica jurídica; particularmente porque os juristas foram os

¹²⁷ LUHMANN, Niklas. *Teoria Política...* op. cit., p. 75.

¹²⁸ As teorias do Estado mais modernas concordam em sustentar que o poder estatal é único e que, partindo dessa unidade de poder do Estado, o que na realidade se obtém é uma distribuição tripartida de funções.

mais influenciados pela concepção monárquico-centralizada do Estado, uma herança francesa do século XVII.

Poderíamos considerar que o Estado é só uma idéia similar ao conceito medieval da totalidade composta de partes, que serve aos teóricos para assinalar o conjunto das funções administrativas que são exercidas num sistema social. Mas esses argumentos não bastam para fundamentar o fato de que o Estado, como conjunto de órgãos prestadores de serviços públicos e determinados juridicamente, tem uma identidade específica (e como tal uma essência!), ignorando os diversos códigos (no sentido comunicacional), atividades e funções que circulam de modo e com interesses independentes⁽¹²⁹⁾.

O binômio público/privado já não produz operações seletivas de sentido. As organizações estatais operam, por exemplo, com base no sistema político, econômico ou jurídico. Se os recursos que as sustentam provêm de contribuições, impostos, taxas, ou preço privado, em nada modifica o sistema operacional e o sistema de seleção da decisão da organização, já que será o programa com que opera que determinará, a cada passo, a sua função. Este

¹²⁹De qualquer forma, neste ponto poderíamos colocar a nova dimensão que o conceito de Estado está adquirindo em alguns países latino-americanos, em razão da situação de extrema precariedade econômica em que se encontram. Quer dizer, se o Estado surgiu como uma instância de garantia para a efetivação de certos direitos que foram adquirindo espaços nos discursos de constituições de status sociais, como é que responde hoje um estado falido (entre outras coisas, pelo pagamento dos juros da dívida externa) que aliena todos seus bens e que privatiza os serviços denominados públicos, sendo que esses eram considerados como os pilares fundamentais da função estatal? Qual seria a essência de um Estado que perdeu a função que o caracterizava como indispensável para a conformação de uma ordem social moderna e se reduz a uma minimização de funções administrativas determinadas pelas conjunturas políticas? É evidente que tais questões traçam novos rumos na conceituação do Estado

dado é facilmente constatável nas organizações estatais que foram privatizadas. Assim, quando se discute a questão do Estado, dever-se-ia antes ter em conta de que organização se trata e, posteriormente, distinguir o programa com o qual ela opera, porque só assim poder-se-á ter uma dimensão funcional das operações a nível organizacional.

Isso demonstra que já não há separação entre sociedade e Estado, ou seja, não existe um macro-poder no alto (Estado como entidade suprema) que impõe suas decisões aos súditos que se encontram em uma instância inferior (sociedade). Aliás, por esta razão, a teoria tradicional da separação dos poderes é insuficiente, não tanto pela sua impossibilidade prática, *stricto sensu*, senão porque ela mostra só uma parte da realidade política; só a parte dos processos que selecionam decisões⁽¹³⁰⁾.

Atualmente a idéia de separação de poderes foi superada pela diferenciação funcional da sociedade, que dá conta da complexidade e multiplicidade dos centros de decisões na sociedade moderna. Cada sistema funcional produz decisões diferenciadas, o que equivale a dizer forças paralelas juridicamente equivalentes.

Finalmente, referir-nos-emos à categorização da idéia de poder no quadro da posição adotada como referencial teórico para este trabalho. Assim, pode-se afirmar que a função não está referida ao poder, mas à estrutura e ao sistema. Partindo de tais bases, toda uma nova perspectiva

como organização do sistema político e, portanto, como instância necessária ou desejável da sociedade moderna.

conceitual se abre a respeito do significado do poder como atribuição por delegação de soberania. Se aceitarmos o enfoque sistêmico que nos oferece a *Teoria da Sociedade* e observarmos a sociedade como um sistema autopoietico que opera em função da reprodução de seus próprios elementos, ou seja, que opera através de comunicações, dentro desse sistema encontraremos subsistemas que se diferenciam pela sua função. Sendo que essa diferenciação é possível mediante a contínua evolução de suas estruturas, devemos considerar, então, que a diversidade de poderes (enquanto produto da diferenciação funcional) e a distinta gradação pelas quais estes operam na sociedade não se devem a nenhum tipo de estratégia teórica ou de raciocínio metodológico. É somente o resultado que pode ser observado a partir da evolução particular de cada um dos sistemas e das organizações que operam na sociedade. De alguma maneira, isso significa também que não existem causas determinantes das transformações dos sistemas. Será uma soma de fatores, os quais podem ser identificados por um observador, que construirá uma ligação entre eles e as supostas mudanças. A evolução de cada subsistema e do sistema social é regulada paradoxalmente pela probabilidade do improvável; fazendo crescer o número dos pressupostos sob os quais uma certa ordem pode reger-se⁽¹³¹⁾.

¹³⁰ LUHMANN, Niklas. *Stato di Diritto...* op. cit., p. 57.

¹³¹ LUHMANN, Niklas e De Giorgi, Raffaele. *Teoria della Societa*. Milano: Franco Angeli, 1994, p.170.

3.2.A EVOLUÇÃO DO APARATO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Para o desenvolvimento deste tema, devemos referir-nos necessariamente ao processo de colonização do império lusitano. Quando Portugal toma posse do Brasil translada suas instituições e conjuntamente a sua cultura da contra-reforma. Este dado tem uma importância peculiar na medida que os novos territórios colonizados compartilharam, à sua imagem e semelhança, do grau de evolução institucional do império português.

Os historiadores, em geral, distinguem três diferentes períodos⁽¹³²⁾ de acordos com às instituições estabelecidas pela coroa no período colonial. Porém, na nossa perspectiva de observação não interessa a denominação ou a composição das organizações e sim o conceito funcional de justiça que constituía o sistema social da época.

Desde finais da idade média, a Coroa Portuguesa tinha utilizado a jurisdição para estender e solidificar a autoridade real. Existia, portanto, uma identidade deliberada entre a administração e o Poder Judiciário. Essa relação desfrutou de uma justificação filosófica do conceito ibérico de

analogia entre o monarca e o magistrado¹³³). Essa formulação sustentou a crença entre os magistrados de serem os substitutos do monarca, consolidando-se dessa maneira uma burocracia do sistema legal baseada num mutualismo pessoal.

Numa primeira fase e como consequência do modelo português continental, a administração da Justiça era de característica feudal e podia ser feita tanto por juízes ordinários como por outros funcionários nomeados pelo capitão donatário. Nesta primeira fase, a administração de justiça era quase inexistente, na medida que o Brasil não tinha ainda despertado tanto interesse para a coroa como o ouro da colônia de Góia.

Quando os negócios da coroa começaram adquirir certa relevância, em razão do descobrimento da cana de açúcar, a Jurisdição ergueu-se como uma peça chave para o domínio português. Assim, os juízes constituíram-se no eixo central da política do reino na colônia. As suas funções destinavam-se à custódia dos bens e dos negócios do rei nos novos territórios. Desde essa perspectiva, poderíamos assinalar que os magistrados constituíam, em definitivo, o grupo de “burocratas profissionais” ligado de

¹³² O das capitanias hereditárias, a dos governadores gerais e a da transmigração da Corte de D. João VI, em 1808. Cf. PINTO DE ALMEIDA, José Mauricio. *O Poder Judiciário Brasileiro e sua Organização*. Curitiba: Juruá Editora, 1993, p. 11

¹³³ FLORY, Thomas. *El Juez de Paz y el Jurado en el Brasil Imperial, 1807-1871*. México:Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 59.

forma quase exclusiva aos interesse da coroa, uma vez que “cada aumento do poder real criava novos deveres e poderes para a magistratura”⁽¹³⁴⁾.

Na medida que a sociedade colonial adquiria novos graus de complexidade, a organização de justiça funcionava ao inverso, quer dizer, baseada numa legislação obsoleta e com uma infra-estrutura precária que não conseguia atender os povoados mais afastados. A Jurisdição, segundo o pesquisador Stuart Schwartz, começou a ser uma constante preocupação para a coroa.

Essa preocupação pode ser compreendida na medida em que no Brasil colonial a jurisdição estava, exclusivamente, a serviço do domínio colonial. Assim, quando um monarca português desejava regulamentar algum aspecto crucial da vida colonial, não enviava tropas nem intendentess reais; enviava juizes dotados de amplos poderes de administração. Esta mimetização contribuiu para que o aparelho judiciário colonial tivesse o mesmo respeito que a administração real. Porém, quando os brasileiros preparavam-se para a independência, o sistema legal foi atacado da mesma maneira e com o mesmo rigor que a Coroa.

Desde o aspecto da formação dos recursos humanos do sistema legal colonial, deve-se destacar que não havendo universidade no Brasil, os magistrados era formados na Universidade de Coimbra. Para os brasilianistas Flory e Schwartz tal instância de formação propiciava a

¹³⁴ Cf. SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979, p. 59.

conformação de elites burocráticas que, trasladadas para a colônia brasileira, mantinham verdadeiras redes de contatos informais que operavam no desempenho dos cargos judiciais. E é, particularmente, esse ponto que os partidários liberais da independência brasileira utilizaram como alvo preferido para assinalar a corrupção do regime colonial.

Casualmente, como produto de uma crise do poder português é que se materializa a transmigração da Corte de D. João VI para o Brasil. Essa vinda determinou o início da última fase colonial. A partir de então o Brasil passou à categoria de Reino Unido ao de Portugal.

Quando a Coroa Portuguesa sancionou a Constituição Política do Império, em 1824, adotando o princípio da divisão de poderes, consagrou a independência do Poder Judicial. Essa Constituição estabeleceu certas garantias e vedações à magistratura para que esta pudesse desempenhar as suas funções com independência. Entre as vedações destaca-se a proibição de comerciar e, entre as garantias, os princípios da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos.

Apesar das garantias constitucionais do Império, que declaravam independente o Poder Judicial, poderia entender-se que tal independência era relativa. O art. 154 de tal Constituição estabelecia que o Imperador podia suspender os juizes por queixas contra eles feitas mediante uma audiência dos mesmos juizes, com base em mera denúncia, e ouvido o Conselho de Estado.

Porém, o dado mais relevante desde a sanção da Constituição do Império de 1824, até a Declaração de Independência em 1891, é que a função jurisdicional atravessou um período caótico. As denúncias e reclamações sobre a corrupção da magistratura eram tema da comunicação em nível nacional; uma preocupação para a Coroa e o cavalo de batalha dos intelectuais liberais para colocar em crise o sistema monárquico.

Quando se anunciavam os albores da República e em plena efervescência política, os magistrados adiantaram-se ao que seria um final desolador. Assim, alguns magistrados renunciaram a seus cargos e voltaram para a Europa; outros abandonaram seus postos no interior para buscar padrinhos políticos na ciranda política do Rio de Janeiro. Esse quadro de incertezas sobre o futuro destino dos magistrados “reais” agravou ainda mais a crise da Justiça.

A falta de juízes em seus cargos agudizou os conflitos sociais, que emergiam de maneira caótica num panorama de convulsão política. Esse processo determinou uma reação social contra o modelo de sistema legal imposto pela Coroa portuguesa. Isto porque acreditava-se que o funcionamento cabal da República dependeria em grande parte, não só da independência, senão da instauração de um novo sistema legal que desse conta do incipiente equilíbrio das instituições políticas e das novas regras de convivência social. Isso nos leva a concluir que das instituições políticas do

século passado, a magistratura foi o centro principal e preferido dos debates políticos.

Sancionada a Constituição da república em 1891 e em pleno auge da era das codificações, construiu-se um Poder Judiciário fundado sobre a ficção da independência e no rigor legalista. Porém, contrariamente ao período colonial e a fase imperial, onde o judiciário era um tema central na comunicação social, na República o aparato judiciário, fiel a seu próprio discurso sobre sua independência e assepsia política, deixa de colocar-se como centro do tema da comunicação.

3.3. A ADMINISTRAÇÃO DE JUSTIÇA COMO ORGANIZAÇÃO.

No capítulo precedente (Cap.II ponto 3) conceituamos e descrevemos as organizações como sistemas autopoieticos de um tipo especial; como sistemas nos quais suas operações elementares consistem na toma de decisões e que têm a propriedade de converter em decisões tudo aquilo com o que mantêm contato mediante decisões. Partindo deste

pressuposto, definimos a organização jurisdicional como uma organização que opera de maneira recursiva produzindo decisões jurídicas.

Deve-se assinalar que no interior da organização nem todas as decisões são decisões jurídicas. Existem decisões meramente administrativas (como compra de material de escritório, contratação de pessoal de limpeza,etc), que estão direcionadas à existência e funcionamento material da organização. Porém, a funcionalidade da organização está dirigida a tomada de decisões jurídicas. Pode-se afirmar que o código comunicacional que é priorizado por esta organização e que lhe permite e possibilita a sua diferenciação e distinção de outras organizações é o código do sistema do direito.

Assim, as decisões produzidas por esta organização se estruturam sobre a base do código binário lícito e ilícito. Desta maneira, em cada decisão se determina o que corresponde à expectativa do sistema jurídico.

Mas para que a jurisdição se mantenha como estrutura organizacional recursiva, deve sempre decidir. Decidir se é ou não conforme o direito, mas nunca deixar de decidir; pois é a decisão a operação que a distingue de outros sistemas.

Como já foi colocado(Cap.II ponto nº3), a decisão não é um instrumento para alcançar um fim desejado pela organização, mas uma comunicação a respeito de outra decisão. Na Organização Judiciária, as decisões (tanto as que admitem as causas dos eventos, como conflitos

jurídicos, quanto as que se tomam no desenvolvimento do processo e das próprias sentenças), são comunicações a respeito de outras decisões que atuam como premissas no âmbito da jurisdição, que são as normas .

Esse processo decisional opera, no interior do aparato judiciário, mediante um programa decisional, e esse programa é determinado pelos códigos e pelas leis. Lembrando o exposto no Cap.II ponto nº 3 onde foi considerado o conceito geral de programa condicional, pode-se dizer que no âmbito específico da jurisdição, programa significa que os problemas podem ser definidos especificando-se as condições restritivas de suas soluções e que a solução se constrói através de decisões baseadas nessa definição⁽¹³⁵⁾.

A forma básica do programa condicional é : se foram preenchidas determinadas condições, deve-se adotar uma determinada decisão. Essa coligação entre premissas significa que o direito estabelece uma expectativa condicional entre conjuntos de fatos e consequências jurídicas, "...cuja execução pressupõe o exame e a seleção, ou seja um ato decisório"⁽¹³⁶⁾

O juiz decide de acordo com as formas tipicamente condicionais. O seu programa tem a forma "se/então", e a sua função é a de descobrir se são realizadas as condições descritas pelo "se", às quais coligar-se-á o "então"⁽¹³⁷⁾. Frente a essas circunstâncias, o juiz deverá realizar uma interpretação, ou seja, deverá estabelecer, a partir de condições formuladas

¹³⁵LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p.27.

¹³⁶LUHMANN, Niklas. *Sociologia do...op.*, cit., p. 28.

¹³⁷LUHMANN, Niklas. *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*. Bologna: Il Molino, 1978, p. 208.

num alto grau de abstração, primeiro, se as informações que lhe foram apresentadas encontram-se nas condições descritas e, depois, qual é a decisão que se aplica ao caso particular.

É importante destacar que nos programas condicionais o fim está na produção da decisão predeterminada e não nas conseqüências que ela produz fora do âmbito da organização. Isso significa que não se persegue o escopo nos efeitos que produz a decisão, senão que o escopo está em produzir a decisão de acordo com o programa condicional.

A tarefa do juiz consiste em confrontar situações repetidas, tendo que decidir de maneira repetidamente igual quando se apresentam premissas idênticas. O juiz compromete-se com suas decisões e as premissas a elas vinculadas. E é este aspecto que diferencia substancialmente o processo decisional jurisdicional do processo decisional legislativo. O legislador não atua sobre a forma de programas condicionais, mas através de programas finalísticos, que podem ser mas ou menos determinados ou indeterminados⁽¹³⁸⁾.

Nessa ótica, pode-se falar de decisões programadoras (legislativo) e decisões programadas (judiciário). Assim, diz Luhmann, “por trás da separação entre legislativo e judiciário existe uma considerável diferença na complexidade a ser dominada”⁽¹³⁹⁾

¹³⁸O escopo da produção de uma lei pode ser enquadrado em conceitos indeterminados como bem comum, bem-estar, etc.

¹³⁹LUHMANN, Niklas. *Sociologia do...* op.cit., p.40.

Partindo de tais distinções, pode-se sublinhar que a diferenciação funcional do processo de decisão jurídica é muito mais complexa e ampla que a designada pela teoria tradicional da divisão de poderes.

Pois bem, resta agora a determinação dos recursos humanos nessa organização, isto é, falta esclarecer como se desenvolvem as carreiras judiciárias no Brasil.

A Constituição Federal e as Constituições estaduais determinam o modo como se organizam as justiças⁽¹⁴⁰⁾. Em ambas, está inscrito que o acesso à organização se realiza mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases. No âmbito estadual, o concurso é estabelecido, no que tange aos requisitos e às datas, pelo Tribunal de Justiça do próprio Estado.

Cabe notar que os Estados dividem-se, para efeitos de Organização Judiciária, em comarcas e a carreira é estruturada em entrâncias⁽¹⁴¹⁾. A cada comarca corresponde um juiz de determinada entrância. A primeira investidura é como juiz substituto; depois do estágio probatório de dois anos, passa-se a juiz de primeira entrância. A terceira entrância corresponde às capitais e principais comarcas. Depois, para o Tribunal se ascende por mérito ou por tempo de serviço. As nomeações são feitas pelo Governador do Estado, de acordo com a lista tríplice de

¹⁴⁰Segundo o texto constitucional, são órgãos do Poder Judiciário brasileiro aqueles especificados em seu artigo 92, I a VII.

¹⁴¹Cada Estado possui uma lei de organização judiciária, que estabelece como o Poder Judiciário é estruturado em seu território.

candidatos apresentada pelo Tribunal de Justiça. Portanto, no âmbito estadual, o Tribunal de Justiça é o último grau da carreira judiciária estadual.

No aparato jurisdicional federal, ingressa-se na carreira através de concurso nacional convocado pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Nesse âmbito, há uma justiça federal, do trabalho, militar e eleitoral. Ao primeiro grau da carreira de Juiz Federal, ingressa-se mediante concurso público, e a ascensão funcional é por tempo de serviço ou por merecimento. Para o Tribunal Regional Federal, porém existe uma outra forma de acesso ao cargo. A Constituição Federal prevê que 1/5 desses cargos sejam ocupados por advogados recomendados pela Ordem de Advogados e outros 1/5 sejam reservados para membros do Ministério Público. As nomeações desses cargos são feitas pelo presidente da nação.

Os cargos mais altos do aparato judiciário são os do Superior Tribunal de Justiça, que prevê organizativamente 33 postos e na cúpula da jurisdição se encontra o Supremo Tribunal Federal (STF) com onze membros. Neste último caso é de se destacar que os cargos são preenchidos por candidatos que o presidente da República propõe e que para a sua nomeação definitiva se precisa da homologação do Senado (por maioria absoluta).

Se distinguirmos os diferentes percursos da carreira judiciária, podemos observar que no acesso ao grau mais baixo se estabeleceu um procedimento geral indeterminado onde a organização avalia candidatos desconhecidos, mas para os restantes graus o acesso é determinado pela

política organizacional construída na jurisdição. Independentemente das avaliações que se possam fazer a respeito da transparência dos concursos públicos⁽¹⁴²⁾, os graus mais altos da carreira judiciária são determinados pela política organizacional. A prova mais relevante está nas designações para os cargos para o Supremo Tribunal Federal. Se nos referirmos as organizações políticas, veremos que não só é público e notório, senão até aceito como uma condição lógica o fato de que, nas repúblicas presidencialistas, a Administração e o Legislativo devem utilizar as mesmas premissas decisórias (143). Do mesmo modo se aceita o argumento de que as premissas decisórias utilizadas pelo Supremo Tribunal devem ser concordantes com as premissas utilizadas pela Administração (144).

Nesse mesmo sentido, orienta-se o acesso para os tribunais federais ou estaduais, onde a política organizacional da jurisdição determina

¹⁴²Por razões da qualidade do desenvolvimento do tema central desta pesquisa, não nos deteremos aqui para citar os diversos problemas que suscitam os concursos mencionados, como as impugnações apresentadas, seja por outros órgãos, seja pelos próprios candidatos.

¹⁴³Sobre esse tema, consultar a tese de doutorado de Celso Fernandes Campilongo, intitulada *Direito e Democracia: A regra da maioria como critério de legitimação política*. São Paulo, 1991. (obra não publicada).

¹⁴⁴A título folclórico, poder-se-ia citar um exemplo que aconteceu na Argentina. Na ocasião da mudança de governo em 1989, o novo presidente, Carlos Menem, que é do partido opositor ao anterior presidente, Raul Alfonsín, assume o poder com uma Corte Suprema, composta de cinco membros, sendo que três deles são publicamente declarados simpatizantes do anterior presidente, outro simpatiza (com algumas objeções) com o novo presidente e o último é declaradamente apartidário. Frente a tal quadro, o novo presidente ameaça “renunciar”, com um processo de insanidade contra um dos membros (simpatizante da oposição) e publiciza a vida particular de outro (também simpatizante da oposição) em razão de que este último estava supostamente envolvido no suicídio de uma advogada argentina na França. Em nenhum dos dois casos o Presidente Menem teve êxito e, por tais motivos, trocou de tática e entrou com uma árdua batalha no Congresso para aprovação da lei que aumentasse o número de membros da Corte Suprema. De cinco, o número elevou-se a oito, e nem sequer foi necessário uma forte argumentação sobre os motivos, como muitas causas para poucos juizes, ou ainda especialidades temáticas no interior do tribunal.

os cargos em concordância com estratégias políticas de outras organizações⁽¹⁴⁵⁾.

O breve resumo que desenvolvemos permite-nos observar com clareza alguns aspectos típicos da estrutura da carreira judiciária no Brasil, seja na esfera estadual, seja na federal. Acreditamos existir duas modalidades de seleção: uma de tipo corporativo, isto é, interno à profissão; a outra, de tipo político. Se nos níveis mais baixos opera o primeiro, no nível mais alto opera o segundo, o qual desenvolve assim, para usar um conceito parsonsiano, uma função integrativa. Toda a pirâmide da carreira judiciária é sustentada pela integração política do vértice, porque só essa condição mantém firme a coesão corporativa dos níveis mais baixos.

A integração, então, se torna premissa da decisão. E, de fato, as burocracias onde os vértices são de designação política apresentam uma forma típica de divisão do trabalho: no vértice se tomam decisões políticas; na base, aquelas decisões são tratadas como programas. Porém, os vértices não duram além do mandato, não sobrevivem a ele.

No caso do aparato judiciário, ao contrário, a referência da decisão é sempre a lei. O programa da decisão é o próprio texto da lei. E, por isso, não há diferença na divisão do trabalho entre nível baixo e nível alto da carreira. A única diferença é esta: que a decisão tomada nos níveis mais altos deve ser mantida nos níveis mais baixos e, em alguns casos, é

¹⁴⁵ Sobre o tema das relações de amizade no poder público ver: BEZERRA, Marcos Otávio. *Corrupção. Um estudo sobre o poder público e relações pessoais*. Rio de Janeiro: Relume Dumará. ANPOCS. 1995.

vinculante, em particular quando a decisão é relativa ao modo pelo qual outros devem decidir. E porque a diferença no âmbito da carreira não tem sentido de dar estabilidade ou, como se diz, certeza do direito, a sua função consiste no fato de que nos níveis altos da carreira aumenta a auto-irritabilidade da organização.

Estes dados nos conduzem a analisar a política organizacional da jurisdição como o fator que possibilita a auto-irritabilidade da organização. Ela permite a construção de redes de integração política entre diversas organizações detonando dessa maneira fatores de pressão que terão incidência no processo decisório da organização.

Vê-se, então, como se delinea uma rede de relações que tende a apertar sempre mais nas suas malhas o espaço de funcionamento do código do direito. Este espaço, que é dado pelas premissas decisórias das condições de operatividade, exerce sobre o código uma pressão tão forte que o código se esvazia dos seus valores: o código, por assim dizer, corre o risco de girar no vazio.

3.4. INFORMALIZAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES

Antes de considerarmos, de forma específica, o que se relaciona com a informalização das organizações, cremos oportuno deter-nos previamente em dois temas que nos introduzirão de maneira mais completa ao assunto em questão. Primeiro nos indagaremos a respeito da autonomia e logo nos referiremos às diferentes modalidades de “sentencing”.

O termo autonomia deriva do grego *auto-nomia* e significa independência, autodeterminação. Nas ciências sociais em geral, o conceito de autonomia é designado conforme a construção kantiana do princípio categórico. Crê-se que tal conceito foi introduzido por Kant para designar a independência de vontade em relação a todo desejo ou objeto de desejo e a sua capacidade de determinar-se em conformidade com uma lei própria, que é a da razão⁽¹⁴⁶⁾. Segundo Kant, a razão é a lei própria da autonomia.

Luhmann considera, por sua vez, que é necessário distinguir o conceito de autonomia de autarquia⁽¹⁴⁷⁾. Ele acha que o conceito de autarquia se aplica para os processos de intercâmbio entre o sistema e o ambiente, uma vez que “um sistema é autárquico ou independente na medida em que pode reduzir essas relações de intercâmbio, na medida em que se pode tornar independente do meio ambiente e existir por conta própria”⁽¹⁴⁸⁾. Em compensação, o conceito de autonomia se aplica à orientação destes processos

¹⁴⁶Cf. ABBAGNANO, Nicola *op. cit.*

¹⁴⁷Cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 61.

¹⁴⁸Cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimação...* *op. cit.* p. 61.

de intercâmbio, mediante estruturas e métodos próprios do sistema. Isso significa que se parte do princípio de que o sistema não é independente. Já “a autonomia não exclui, porém, do seu meio ambiente uma grande dependência dum sistema de relações”⁽¹⁴⁹⁾.

Partindo dessas distinções, podemos analisar o conceito de “autonomia” da Organização Judiciária através de uma ótica interna.

Segundo Parsons, o aparato judiciário é um subsistema do sistema social dotado de especificidade funcional e de autonomia. As autoridades jurídicas de qualquer modo definidas não podem ser “criaturas” totalmente dependentes dos interesses que se espera que eles regulem⁽¹⁵⁰⁾. A ação de tais autoridades é explicada fazendo-se apelo a critérios, códigos, fatores internos ao subsistema. São os processos de auto-reprodução deste último que tornam, nas versões modernas de tal concepção, a chave de leitura decisiva e unívoca da vida do direito. Autonomia significa neste contexto somente, que a reprodução dos elementos do sistema é garantida, de modo recursivo e fechado, através dos elementos dos sistemas.

Nesse sentido, a Organização Judiciária como sistema auto-referencial depende somente da sua reprodução específica para constituir-se como organização. Por isso, definimos a autonomia como a materialização da autopoiesidade da organização. A organização, contudo, se apresenta ao exterior como uma unidade autônoma, isto é, não dependente de nenhuma outra instância para a execução de sua função. Sob esse aspecto, a tradição

¹⁴⁹Cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimação...* op. cit. p. 61.

jurídica constrói o “mito da autonomia” da Organização Judiciária. As doutrinas jurídicas observam nela não a materialização da autopoiesis, mas a realização da sua neutralidade política.

Uma vez constituído o Poder Judiciário como organização autônoma do poder político, a neutralidade da magistratura erigiu-se como o símbolo e a garantia de sua autonomia. Partindo dessa consideração, poder-se-ia dizer que as decisões jurídicas são concebidas como politicamente neutras e, portanto, distintas do resto das decisões vinculantes de todo o sistema político. Como sistema auto-referencial, a Organização Judiciária decide com base na estruturação interna do sistema de seus pressupostos. Tal neutralidade não vem determinada de fora, provém das premissas que determinam a sua estrutura.

É claro que, como organização autopoietica, evoluiu entre as possibilidades que ela mesma construiu para si, o que significa que conseguiu sobreviver aos diferentes cambios evolutivos de seu ambiente. Nesses termos, falar de processo evolutivo significa que os sistemas não são estáticos e que no contínuo processo de re-criação e modificação da sua estrutura transforma-se também o sentido da função da organização.

Segundo Luhmann, “deve evitar-se aqui não só uma interpretação ritual defeituosa, como também um ponto de vista histórico que considera o processo jurídico como uma cadeia de atuações objetivas e ao mesmo tempo já passadas, ignorando com essa atitude que, senão a maior parte, pelo menos as

¹⁵⁰Cf. MANGABEIRA Unger, R. *Law in Modern Society*; in L.E. S. Rev. Nº 1, 1977, p. 147.

atuações mais importantes que conferem uma nota especial ao processo isolado são escolhidas num horizonte de incertezas e doutras possibilidades de contornos mais ou menos rigorosos”⁽¹⁵¹⁾. Nessa seleção, onde se produz a absorção da incerteza, se constitui o sentido do processo jurídico; e, para que essa seleção opere, é necessário que simultaneamente exista uma restrição das informações provenientes do ambiente que não pertençam ao processo, produzindo, dessa forma, uma autonomia no processo de decisão. Por isso, para Luhmann, a autonomia do processo jurídico é a visível seletividade das comunicações que levam à decisão.

Passemos agora a ocupar-nos da função que caracteriza a Organização Judiciária, isto é, o construir de decisões jurídicas. Em termos dogmáticos, a sentença constitui ato de positivação do poder por conter a afirmação formal, pelo seu titular, de uma valoração feita em torno de fatos apreciados, com a subsequente decisão a respeito disso⁽¹⁵²⁾.

A sentença é implementada através de um procedimento, que é uma seqüência formalizada de ações seletivas dos que dele participam. Ou seja, é a forma mediante a qual o código do direito se atualiza a respeito das expectativas e materializa seu grau evolutivo.

¹⁵¹Cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimação...* op. cit., p. 43.

¹⁵²Segundo Dinamarco, falar em decisão evoca desde logo, na mente do processualista, a função jurisdicional e especificamente o processo de conhecimento. Na verdade, o Estado decide em todos os setores de suas atividades, combinando decisão e ação pelo modo que seja operacionalmente adequado para a consecução dos objetivos programados. Realizações sem prévia decisão careceriam de significado teleológico, na mesma medida em que decisões sem condições de efetividade não são aptas a alterar a realidade (e, portanto, não revelam a presença de poder). Cf. DINAMARCO. C. R. A *Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 124.

O procedimento jurídico pode ser caracterizado, então, como um sistema de atuação relativamente autônomo, que se conforma mediante a seletividade das comunicações que levam à decisão. A Organização Judiciária deve sempre decidir; deve sempre elaborar uma decisão referida a uma situação⁽¹⁵³⁾. Isso, porém, não significa que o processo judiciário deva alcançar a verdade. Uma vez que “um sistema que tenha que assegurar a possibilidade de decisão de todos os problemas levantados não pode, simultaneamente, garantir a justiça da decisão”. Como assinalamos no Cap. II ponto nº2, “a especificação de funções de uma orientação exclui as doutra orientação”⁽¹⁵⁴⁾.

Luhmann pontua que o objetivo do procedimento juridicamente organizado consiste, em definitivo, em tornar “intersubjetivamente transmissível a redução de complexidade, quer com ajuda da verdade, quer através da criação do poder legítimo de decisão”⁽¹⁵⁵⁾.

Em decorrência do exposto, argumentamos que organização jurisdicional como sistema, opera com um número limitado de possibilidades, do contrário teria na sua frente todas as possibilidades que se encontram no mundo para decidir. Portanto, a complexidade da organização reside na estruturação de um conjunto de possibilidades que permitem ao sistema

¹⁵³ Do ponto de vista formal, o fato que nos chama atenção, num primeiro momento, está em que a norma que proíbe a recusa da Justiça é estatuída como uma dupla negação sem conteúdo; a não-decisão não é permitida. Cf. LUHMANN, Niklas. *A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico*. op. cit., p. 160

¹⁵⁴ Cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimação...* op. cit., p. 24.

¹⁵⁵ Cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimação...* op. cit., p. 27.

operar, sem ser paralizado pela infinidade de opções. E é casualmente, a partir dessa redução, que o sistema judiciário pode decidir.

A estrutura do sistema, como analisamos no capítulo II ponto nº 1, é a instância que possibilita a redução da complexidade. Mediante a criação da estrutura, se estabelecem expectativas de comportamento que serão válidas por um tempo mais ou menos duradouro possibilitando, dessa forma, a identidade do sistema que não exclui futuras possibilidades de variação.

A estrutura específica de um sistema de procedimentos está conformada, primeiramente, por normas jurídicas que são válidas para os diversos procedimentos. Estas normas constituem a primeira redução de complexidade do sistema, mas não constituem legitimação pelo procedimento. Além dessas normas gerais de procedimento, é necessário que exista uma diferenciação, ou seja, que o procedimento judiciário se constitua mediante a consolidação dos limites frente ao meio ambiente. Isso significa que o próprio procedimento constitui uma espécie de filtro, que traduz os acontecimentos em dados jurídicos com expectativa de decisão.

A diferenciação do procedimento jurídico não significa falta de consideração ou indutibilidade dos procedimentos. O procedimento jurídico não pode ser criticado de insensível, porque ele deve reduzir a complexidade dos conflitos a regras gerais que lhe permitam abranger todas as possibilidades concernentes a todos os tipos de casos. Por tais motivos, em

cada caso, só certos sujeitos estão autorizados a falar e, por sua vez, cada um tem seu próprio tempo para realizá-lo.

A positivação do direito constitui, então, a condição prévia que determina a autonomia do procedimento jurídico. Assim, a positivação do direito pode ser entendida como instância que otorga as premissas decisórias mediante decisões programantes para a construção da decisão jurídica no âmbito do processo judiciário.

Pois bem, as considerações expostas até aqui nos indicam que o aparato judiciário, como organização, se distingue e diferencia de outras organizações, em cada decisão que produz, mediante um processo autônomo de construção da decisão jurídica. Porém, através do instrumental da Teoria da Sociedade, é possível observar como esse processo é alterado pela incidência de estruturas informais que operam no interior das organizações formais.

Para analisar esse último argumento, devemos considerar, em primeiro lugar, o que significa a distinção entre formalidade e informalidade, para logo poder determinar qual é o conceito de estrutura informal. Referimo-nos a formalidade de uma organização, no presente trabalho, como a regularidade normativa na qual esta inscreve a suas operações. O procedimento da construção da decisão ao interno da organização deve poder determinar-se mediante regras precisas que orientem a seqüencialidade da conexão entre as decisões. No aparato jurisdicional, a formalidade determina-se

pela sequencialidade da construção da decisão que é dada pelas premissas programantes e pela recursividade que cria a própria estrutura do sistema.

Nesse quadro determinamos a informalidade de uma organização, quando o processo de construção se vê alterado por injunções alheias à sequencialidade normativa. Assim, partindo das descrições feitas neste trabalho sobre o aparato jurisdicional as quais aludem ao processo formal de estrutura e produção da decisão jurídica; denominaremos de informal aquelas estruturas que se constituem, no âmbito das organizações formais, mas que transcendem aos confins destas.

Ao lado das estruturas formais organizacionais, surgiram canais informais que se constituíram como organizações informais parasitárias das estruturas formais. Essas conformaram-se através da estruturação de sistemas de contatos. Entendendo-se por sistemas de contato as redes interpessoais que se ativam para o intercâmbio de interesse não contemplados nas organizações formais.

A informalidade dessas estruturas reside na criação de canais de comunicação não contemplados na organização formal que interferem no processo de organização das decisões das organizações formais. Dessa maneira, o processo se ve alterado na sua sequencialidade a ponto de ver comprometida a estruturação recursiva da decisão que, afinal é a instância que permite a diferenciação da organização como tal.

Deve-se assinalar que em todas as organizações formais existem canais informais que incidem nos processos de operações das organizações. A

questão que se levanta nesta pesquisa reside no grau de estruturação desses processos informais e como eles alteram a sequencialidade regular da construção da decisão.

Falar de sistema de contatos significa aludir a relações de intercâmbio de interesses particulares que se articulam entre os membros das organizações formais constituindo, no interior destas, organizações informais de escopos particulares.

A respeito do sistema de contatos, Luhmann afirma que é o conjunto dos contatos e não apenas o episódio isolado que adquire o caráter de um sistema social que orienta a respectiva atuação através de uma organização normativa própria⁽¹⁵⁶⁾.

Outros sistemas sociais que se articulam em volta das organizações são as interações. A característica principal desses sistemas é que a comunicação se ativa somente entre presentes. Eles podem operar unicamente em situações ou eventos que se produzem entre presentes. As organizações, ao contrário, operam com base nos programas decisoriais⁽¹⁵⁷⁾. Já nas interações tem particular importância, por exemplo, o caráter dos presentes; em contrapartida, nas organizações tais particularidades se tornam irrelevantes.

Agora, a informalização da estrutura formal da organização da justiça manifesta sempre de modo excessivo o peso que na organização adquire

¹⁵⁶Cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimação ... op. cit.*, p. 66.

¹⁵⁷É claro que a “organização” das organizações é o resultado da evolução social, que torna possível uma forma de comunicação mais complexa e duradoura no tempo.

a interação. No sistema do direito, a interação tinha um papel somente de aspecto exterior do processo: fazia parte do processo mais como resíduo de velhas formulas de administração da justiça do que como pré-requisito do funcionamento da estrutura da organização. À proporção que na organização se afirma a informalidade, o caráter da interação invade, envolve e, por isto, caracteriza todas as operações possíveis. As pressões que se exercem sobre o aparato judiciário são o resultado da incidência substancial das funções interativas na organização.

Ao afirmar-se o peso da interação na organização da justiça, a mesma situação despotencializa a capacidade evolutiva contida nessa organização e age contra a diferenciação funcional que, ao revés, mesmo na sua estrutura formal, dispõe de um pré-requisito fundamental.

Para concluir, enfatizamos que mediante uma observação de segunda ordem, é possível observar aquilo que está por trás do processo sequencial da construção da decisão. É possível evidenciar as características de estruturas informais que de forma parasitária, se constituem no interior das organizações formais produzindo mudanças na ordem evolutiva dos processo decisórios. Estes canais informais atravessam os confins das organizações podendo ser observados em todas as organizações formais. No capítulo seguinte tentaremos descrever de que forma tais estruturas informais condicionam os processos decisórios e de que maneira se vê comprometida a construção da decisão no aparato jurisdicional.

4. A CORRUPÇÃO DO CÓDIGO DO DIREITO

4.1. ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE POLÍTICA E DIREITO E CORRUPÇÃO POLÍTICA DO CÓDIGO JURÍDICO.

O sistema funcional da política¹⁵⁸ é um sistema parcial, que realiza a sociedade sob uma perspectiva específica, partindo de uma diferenciação particular entre sistema e ambiente. Entretanto, para entender a diferenciação do sistema político, devemos partir do princípio que uma sociedade, diferenciada em sistemas específicos com base em funções, e que não dispõe de qualquer sistema central, é uma sociedade sem vértice e sem centro¹⁵⁹.

Diante dessa distinção, devemos, primeiramente, destacar a distância que separa a *Teoria da Sociedade* das teorias clássicas da ciência política. Com muito poucas variáveis, o poder político sempre foi considerado como o centro responsável pela dinâmica social, e assim sendo, só ele detinha o saber sobre o destino da sociedade. Essa afirmação, por sua vez, já é o resultado de um processo de alteração anterior pelo qual o conceito de política tinha passado. A política teve que desembaraçar-se previamente dos

¹⁵⁸Sobre este tema consultar: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

fundamentos teológicos que sempre a dominaram, para poder assumir a responsabilidade do controle da sociedade.

Nesse quadro de assepsia teológica teve um papel fundamental a já mencionada doutrina da divisão de poderes. Diante do surgimento dessas novas idéias, as teorias políticas reforçaram-se na convicção de que se deve controlar o poder, mas, ao mesmo tempo, de que só o poder político determina o futuro da sociedade, na medida em que seria a única instância capaz de expressar a vontade geral (teoria da representação) em relação à organização da convivência social.

Creemos necessário destacar que uma nova reconstrução de alguns conceitos da teoria política poderiam redimensionar os discursos sobre as condições para uma política que seja capaz de realizar a democracia. Assim mesmo, o que é certo é que não se pode centrar sobre a política uma sociedade funcionalmente diferenciada sem destruí-la⁽¹⁶⁰⁾.

Esta breve introdução nos leva a considerar como se configura atualmente o sistema político e quais são as formas de coexistência com seu ambiente, especificamente com o Sistema do Direito.

Sendo o Sistema Político um sistema parcial do sistema social, suas operações são auto-referenciais. Assim, a auto-referencialidade política é o resultado da diferenciação social de um sistema político específico⁽¹⁶¹⁾. Trata-se então de uma aquisição evolutiva e, portanto, particular da

¹⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *Teoria Política nello Stato del Benessere*. Milano: Franco Angeli, 1987, p. 54..

¹⁶⁰ Cf. LUHMANN, Niklas. *Teoria Política...* op. cit., p. 56.

¹⁶¹ Cf. LUHMANN, Niklas. *Teoria Política...* op. cit. p. 68.

sociedade moderna. Por sua vez, essa auto-referencialidade é mantida constantemente por organizações que, fundamentadas em uma diversidade de temas políticos, atuam em razão do sistema político (sindicatos, partidos políticos, etc.).

A diferenciação do sistema político é devida a recursividade de comunicações seletivas que operam no interior do sistema. A binariedade poder/não poder distingue as comunicações e as seleciona reduzindo a complexidade de possibilidades de temas de comunicação.

Porém, contrariamente ao que sustentam as teorias clássicas, na moderna (complexa) sociedade o poder político não se reduz a simples relação de mando e obediência. A evolução do sistema social, devido a uma considerável ampliação do espectro comunicativo, favoreceu a conformação de uma diversidade de subsistemas do Sistema Político. Esses, por sua vez, alcançaram uma notável interdependência recíproca, tratando-se entre si cada um como ambiente do outro.

Nessa diversificação de subsistemas, o poder adquiriu forma de “circularidade dinâmica”⁽¹⁶²⁾. Essa circularidade estruturou-se com a passagem de uma diferenciação bidimensional a uma tridimensional. A distinção entre estas indica, em última instância, os destinatários da comunicação no interior do sistema.

Se com o antigo esquema tínhamos somente quem mandava (o titular do poder) e quem obedecia (os súditos), e entre esses a comunicação

¹⁶²Cf. LUHMANN, Niklas. *Teoria Política...* op. cit. p. 77.

era de cima para baixo, agora, na sociedade funcionalmente diferenciada, são três os destinatários da comunicação política, e é circularmente entre esses três, sem hierarquia, que se desenvolve a comunicação. O público (politicamente relevante) é o destinatário número um, o qual expressa suas decisões nas eleições políticas. A política e as correntes ideológicas se materializam nas organizações de partidos políticos e competem pela assunção do poder e se estruturam no Parlamento que, por sua vez, põe os limites e as prioridades nas decisões da administração¹⁶³. Assim, a administração estabelece uma relação com o público vinculado pelas decisões. E, por último, (novamente) o público reage a essas decisões não somente no ato eleitoral, mas também através de manifestações de opinião, sejam estas vinculadas (manifestações na esfera pública ou meios de comunicação) ou mediadas pela atividade em organizações vinculadas ao Sistema Político (associações profissionais, sindicatos, clubes, etc).

Ora, se caracterizamos metaforicamente a circularidade descrita como uma circularidade em sentido horário, podemos também observar uma circularidade que se desencadeia em sentido oposto, a qual Luhmann denomina de “contracircularidade”. Ela é facilmente reconhecida na atividade lobística e poderíamos dizer que surge em relação à sobrecarga do sistema pelo grau evolutivo atual. Porém, esta contracircularidade não é, necessariamente, sempre negativa para o sistema. Nesse caso, podemos denominá-la de “contracircularidade funcional”.

¹⁶³Entenda-se por administração tanto a atividade do legislativo como do executivo. Veja-se a respeito

Digamos que essa duplicidade de circulação do poder possa, em última instância, estabelecer um equilíbrio entre o poder formal e o poder informal. Que sucede, porém, quando extrapola o âmbito específico do sistema político? Como é que reagem os outros sistemas para os quais essa contracircularidade se apresenta com graus cada vez maiores de complexidade?

Em razão do objetivo proposto nesta pesquisa, não cabe realizar uma descrição analítica da estrutura dos sistemas políticos. Sendo assim, nos limitaremos a estabelecer como se estruturam os pontos de contato entre o Sistema Político e o Sistema do Direito.

Em primeiro lugar, devemos distinguir qual é a função do Sistema Político e qual a sua prestação para fixar os pontos de interdependência entre estes sistemas.

A função deste sistema consiste na “capacidade” de impor decisões vinculantes⁽¹⁶⁴⁾. É evidente que, como último recurso para essa imposição, o sistema político dispõe de meios que lhe permitem utilizar a sua faculdade do exercício da força física, da violência nos corpos. A idéia de último recurso está ligada a suposição de que a comunicação se vale de métodos simbólicos para materializar a capacidade de imposição do sistema político⁽¹⁶⁵⁾.

LUHMANN, Niklas. *Teoria Política...* op. cit., p. 74.

¹⁶⁴Tal definição é acolhida por Luhmann, que se refere ao conceito de “effectiveness” de Parsons a respeito da capacidade de imposição. CF. *Teoria Política...* op. cit., p. 112.

¹⁶⁵De qualquer forma, nos países do terceiro mundo é muito comum que, pela sua instabilidade democrática, grupos que assumem, em ato de força, a administração do país utilizem a violência física como instrumento de imposição do seu poder em razão da sua falta de legitimidade. Quando o poder deixa de ser mediatizado

Em contrapartida, a prestação política significa que outros subsistemas podem dispor dessa no momento em que precisem de decisões vinculantes. Um exemplo disso seria a obrigatoriedade de cumprimento das sentenças judiciais. Para que esse cumprimento seja efetivo, o Sistema do Direito necessita da prestação do Sistema Político a fim de converter essa decisão em vinculante e tramitar os procedimentos legais necessários.

A mesma circunstância se dá com a obrigatoriedade do ensino de primeiro grau. O Sistema de Educação deverá acudir à prestação do Sistema Político para transformar essa condição em vinculante.

Passemos agora a individualizar as interdependências existentes entre direito e política. Podemos recorrer, como já foi descrito no Cap. II ponto 2, ao conceito de “double interchanges” de Talcott Parsons que Luhmann desenvolve para explicar a interdependência entre o Sistema Político e o do Direito (¹⁶⁶). De acordo com essa dupla troca, o Sistema Político provê o direito de assimetrias na forma de premissas decisórias positivamente estabelecidas (normas), e por outro lado, recebe do direito o poder político legitimado juridicamente. Na outra via da troca, o Sistema Jurídico provê o Político de assimetria como premissas para o emprego do uso da força e recebe deste a prerrogativa de utilizar a força quando precisa.

Cabe salientar ainda duas distinções: (a) na sociedade moderna, sendo o Sistema Jurídico o intermediário que legitima as condições nas quais

pelo símbolo, se desestrutura a concepção tridimensional do poder e se assumem as velhas formas de mando e obediência. Para ilustrar esse argumento, basta lembrar só os “desaparecidos” na Argentina, ou em menor escala, o ocorrido na última ditadura do Brasil.

o sistema político pode fazer uso da força, já não existe uma relação direta entre o poder e a força¹⁶⁷); (b), a respeito da faculdade de utilização da força por parte do Sistema Jurídico, as suas decisões (sentenças) não correrão o risco de converter-se em meras declarações sem eficácia. Assim, o direito tem a possibilidade de ser acatado por ser vinculante, e essa vinculação é obtida mediante a prestação política que o Sistema Político lhe oferece.

Feitas as elucidações necessárias sobre as interdependências entre as prestações desses dois sistemas, passemos então ao acoplamento estrutural. Como definimos no Cap.II ponto nº 1, acoplamento estrutural significa que independentemente da autoderminação dos sistemas, estes tendem a evoluir numa direção que é, sempre adaptada ao ambiente, isto é, a complexidade do ambiente não determina o que sucede no sistema, porém, deve estar pressuposta.

O crescimento da complexidade do Sistema Jurídico está ligado ao modo pelo qual se realiza o acoplamento estrutural entre esse e o Sistema Político. Em compensação, os dois sistemas são determinados pela sua estrutura e se estabilizam em virtude de um dispositivo que acrescenta

¹⁶⁶Cf. LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1990, p. 159 e s.

¹⁶⁷Desse tema ocupou-se sempre a literatura jurídica e política. A teoria da legitimação, largamente difundida até alguns anos atrás, tratava na realidade da legitimação dos limites do uso da força. É claro que a “força” não tem força, ainda que a força do direito seja inversamente proporcional à taxa de recurso da força por parte do direito. Fica claro, porém, que o direito é um meio simbolicamente generalizado da autocondicionalização da força. Cf. LUHMANN, Niklas e DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*. Milano: Franco Angeli, 1994, p. 120 e ss.

respectivamente a dependência e a independência. Este dispositivo é constituído, na sociedade moderna, sob o signo da “Constituição”¹⁶⁸).

Quando se quebra a unidade política direito e sociedade, o estado constitucional se transforma no portador do acoplamento estrutural entre política e direito. O Estado promulga a Constituição que dá ao direito positivo a prerrogativa de ser meio de estruturação da política, e ao direito constitucional, a de instrumento jurídico para a regulação da política. Isso permite, de um lado, atingir altos graus de liberdade na troca entre os sistemas; de outro, possibilita acelerar notavelmente a autodinâmica própria de qualquer sistema. Assim, excluem-se outras possibilidades de acoplamento estrutural. Por exemplo, exclui-se a possibilidade de se utilizarem posições jurídicas de natureza econômica, como a propriedade, ou ainda o controle jurídico de possibilidades politicamente importantes para se obter poder político. É excluído também o terrorismo político e a corrupção política. E de fato, mesmo quando os sistemas Político e Jurídico são acoplados através do poder de pressão “privada”, do terror e da corrupção, por exemplo, nem um nem outro sistema, na medida em que possam ser distintos, alcançam alta complexidade.

Através da Constituição, escreve Luhmann, em virtude de uma delimitação recíproca da zona de contato, se alcança, em ambas as partes, um imenso crescimento da recíproca irritabilidade; isto é, quanto maior a

¹⁶⁸Segundo Marcelo Neves, “a Constituição determina como e até que ponto o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder a autonomia operacional.”. NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 67.

possibilidade do Sistema Jurídico registrar decisões políticas em forma jurídica, maior a possibilidade do Sistema Político utilizar o direito para a realização de determinadas políticas. A questão que se coloca para as duas partes é a seguinte: através de que formas estruturais pode ser tratado um tão elevado crescimento da variedade? A resposta de Luhmann é esta: o sistema democrático de governo é possível devido à positivização do direito e à possibilidade que com ela é dada de mudar-se continuamente o próprio direito. A Constituição fornece soluções políticas para a interpretação do direito e soluções jurídicas para o problema da interpretação política. Ela adquire assim um sentido diverso em qualquer um dos dois sistemas. Para o Sistema do Direito se trata da lei suprema, da lei fundamental. Para o Sistema Político, ela é um instrumento da política que tem um duplo significado: de política instrumental, destinada a transformar determinadas situações, e de política simbólica, determinada a conservá-la. É possível que os dois sentidos da Constituição permaneçam compatíveis, mas é também possível que eles, nos dois sistemas, Jurídico e Político, se diversifiquem e se separem. Isso leva a um crescimento da recíproca irritabilidade.

Pode, entretanto, verificar-se uma outra situação, que Luhmann identifica como típica dos países em vias de desenvolvimento: é possível que a Constituição sirva só como instrumento da política simbólica, porque ainda não conseguiu fechar-se operativamente o Sistema do Direito (¹⁶⁹) e, dessa

¹⁶⁹Para Marcelo Neves, “a constitucionalização simbólica de orientação social-democrática é estabelecida e fortificada com o texto constitucional de 1988. A falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional está associada à uma função simbólica. A identificação retórica do Estado e do governo com o

maneira, torná-lo acessível às pressões imediatas que são exercidas pela política e por forças sociais. Nesse caso, o acoplamento estrutural, no seu modelo constitucional moderno, é ainda reconhecível, mas, como pura aparência. O uso exclusivamente simbólico da Constituição serve para fazer funcionar a política como se o direito a limitasse e a irritasse continuamente. Foi o que aconteceu no período de 1994 na Itália e que, de modo estrutural, acontece no Brasil⁽¹⁷⁰⁾.

Partindo dessas premissas, poderíamos afirmar então que todas as pressões deformam o direito. Isto é, as pressões tornam vulnerável o sistema, seja através da reafirmação das suas decisões, seja por meio da incitação à declaração de direito daquilo que é ilícito ou para declarar ilícito aquilo que até então era entendido como direito.

As pressões podem ser generalizadas e exercerem-se sobre todo o aparato, de modo simbólico, mediante formas abertas ou mascaradas de cooptação; ou ainda, podem ser específicas; exercidas de tempo em tempo, caso por caso.

Através desses conceitos é que devemos considerar agora como funcionam as organizações políticas no que tange a Jurisdição.

modelo democrático ocidental encontra respaldo no documento constitucional. Em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como alibi: transfere-se a culpa para a sociedade desorganizada, descarregando-se da responsabilidade o Estado ou o governo constitucional. No mínimo transfere-se a realização da Constituição para um futuro remoto e incerto. Cf. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, pp. 160-161

¹⁷⁰ Nesse sentido, a Constituição simbólica como alopoiese do sistema jurídico é um problema fundamentalmente da modernidade periférica. Cf. NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização...* op. cit., p. 147.

Em países periféricos como o nosso, as organizações do sistema político operam com uma permanente sobrecarga de complexidade política. A Administração não consegue determinar programas duradouros, em termos estruturais, que assegurem o seu consenso e a sua legitimidade. O pluripartidarismo reduz-se a uma competição entre grupos e não entre propostas. E, a essa inércia sem saída soma-se a absoluta incapacidade das sucessivas administrações em resolver problemas de base. Nesse contexto, é óbvio que existe uma grande desilusão em relação às expectativas por parte do público a respeito da política. Por isso, a política precisa de todas as vias possíveis para obter consenso na execução de cada decisão.

É comum que a Administração, na falta de consenso, utilize as vias jurisdicionais para vincular as decisões. Por exemplo, a Administração pode pressionar o Supremo Tribunal para que este se oriente de uma maneira determinada a respeito de uma decisão administrativa que provocou uma reação judicial do público. O Tribunal, mediante jurisprudência, vincula as interpretações dos Tribunais e juízes inferiores ⁽¹⁷¹⁾. Assim, os cidadãos devem acatar a decisão administrativa ainda que lhes cause prejuízo, ou se vejam afetados nos seus direitos.

Ilustrando o argumento, exemplificamos com a decisão administrativa que optou pelo bloqueio das poupanças no governo Collor. Os cidadãos recorreram em massa aos tribunais para pedir a declaração de inconstitucionalidade de tal decisão; porém o Judiciário declarou que ela era

constitucional, apesar da notória violação de direitos fundamentais que a decisão implicava.⁽¹⁷²⁾

Em decorrência podemos assinalar que: “Se o estado do Sistema Jurídico desestimula o uso do direito, é evidente que todos aqueles que disponham da possibilidade de usá-lo recorrerão ao uso da força”⁽¹⁷³⁾.

Creemos oportuno deter-nos agora no conceito de corrupção, na tentativa de vincular os processos informais das organizações aos processo de produção de decisões do aparato Jurisdicional.

Como introdução a este tema seria importante referir-nos ao conceito de corrupção como tema atual da comunicação para especificar depois o tipo de corrupção peculiar que será objeto desta pesquisa.

Seguramente, desde que as comunidades se articularam social e politicamente, configurou-se na comunicação algum tipo de conceito de corrupção. Mas nunca como agora o tema deixou de ser secreto ou de pertencer só a certas esferas comunicativas, para fazer parte da

¹⁷¹De qualquer forma, sempre que estejam afetados os direitos constitucionais, é o Supremo Tribunal Federal quem decide em última instância.

¹⁷²Neste ponto, podemos citar outro exemplo de consenso jurisdicional: as políticas governativas sem legitimidade política. O caso se refere, porém, a uma situação similar à relatada, mas que ocorreu na Argentina. Como já foi mencionado, “o atual presidente argentino (Carlos Menem), com vistas a uma execução de políticas sem oposição, depois de inúmeras tentativas falidas, ampliou de cinco para nove o número de juizes na Corte Suprema. Dessa forma se assegurou a maioria política dentro desta organização. Assim, quando chegaram à Corte os processos sobre o Plano Bonex (o governo tinha decidido em finais de 1989 pelo congelamento e pela conversão em bônus externos de todos os depósitos superiores a US\$ 610 dólares), ela já sabia como deliberar. Em 27 de dezembro de 1990, quando recebeu o primeiro daqueles processos (Peralta, Luis Arcênio e outro contra o Estado Nacional), a Corte entregou um esplêndido presente de Natal a Menem, com uma decisão pela constitucionalidade do decreto 36/90, pelo qual se tinham convertido os depósitos no interesse dos Bancos por bônus do Estado, sem intervenção do Poder Legislativo, sustentando que esse não se tinha pronunciado contrário ao mesmo. Estabeleceu assim, a aprovação tácita, que não forma parte do ordenamento positivo.(...) Para essa Corte, a transparência republicana das decisões se opõe à necessidade de preservação da vida da Nação e do Estado”. Cf. VERBITSKY, Horácio; *Hacer la Corte*, Buenos Aires: Planeta, 1993, p.161 e s.

comunicação social. Poderíamos dizer também que aquilo que anos atrás era considerado como os interstícios ocultos do poder político, hoje transformou-se não só em tema da comunicação, mas difundiu-se como operação habitual de todos os níveis organizacionais.

Apesar de ser um assunto de extrema atualidade para as ciências sociais, destacamos aqui que não existe uma definição unívoca de corrupção. Por isso, destacaremos alguns critérios com os quais o conceito de corrupção é comumente avaliado (¹⁷⁴).

Esses critérios podem ser divididos em três grandes categorias: o critério legalista, o critério do interesse público e o critério da opinião pública.

O critério legalista estabelece que corrupção é um comportamento desconforme à lei pelo qual uma pessoa, em seu papel de agente público (em geral), obtém vantagens privadas, seja de *status* seja monetária(¹⁷⁵). A crítica que se faz a este critério baseia-se em que nem todas as condutas ilícitas são necessariamente corruptas, que nem todos os atos de corrupção são ilegais e que, existindo no âmbito burocrático oficial uma quantidade quase exorbitante de normas que regulam o comportamento dos funcionários,

¹⁷³Cf. LUHMANN, Niklas. *La differenziazione...* op. cit., p. 167.

¹⁷⁴Cf. CAZZOLA, Franco. *Della Corruzione. Fisiologia e patologia di un sistema politico*. Bologna: Il Mulino/Contemporanea 24, 1988, p. 12-13.

¹⁷⁵O Código Penal define os crimes praticados por funcionário público contra a Administração Pública, nos arts. 312 a 326. No entanto, a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública, indireta ou fundacional, é mais ampla que o Código Penal, pois se refere a atos de improbidade, ainda que não estejam definidos na lei penal, e procurou guardar os cofres públicos de qualquer tipo de lesão. Tal lei, que foi editada no governo Collor, paradoxalmente, não contempla nenhuma pena para o corrupto, além da obrigação de reparar o dano, da perda da função pública e dos direitos políticos.

é difícil determinar, em linhas gerais, quando um ato é ilegal ou não para caracterizar a corrupção da conduta.

Já o critério do interesse público baseia-se no controle da transgressão de normas de interesse comum com fins estritamente particulares. Esse critério apresenta o problema da conceituação do que seja o interesse público e quais sejam as normas que se destinam a resguardá-lo.

Por último, temos o critério da opinião pública. Este critério pressupõe que um ato é corrupto quando a sociedade o condena como tal. Entretanto, ele peca pela mesma razão que o critério do interesse público, porque pressupõe que se saiba definir concretamente quem é a opinião pública, como essa se conforma, etc.

Geralmente o termo corrupção está associado às instâncias político-partidárias ou a grupos de interesses econômicos, englobando nesse conceito todo tipo de relação em que uma das partes ocupa um cargo ou posto público, e que, valendo-se disso, obtém uma vantagem pessoal. Na maioria dos casos esses critérios descrevem a corrupção, em termos sócio-psicológicos, como o produto de uma conduta desviada de circunstâncias sociais desfavoráveis sob o ponto de vista de parâmetros morais ou éticos.

Por outro lado, também se elaboraram critérios econômicos a respeito da corrupção, os quais distinguem dois tipos diferentes de transações ilegais que comportam vantagens financeiras para aqueles que intervêm no ato: 1) aquelas de pura transferência; e 2) aquelas parcialmente

funcionais¹⁷⁶). As primeiras compreendem uma variedade de transferências forçadas e não retornáveis, em que uma parte deve dar uma soma determinada em dinheiro sem receber nada em troca (identificam-se essas com as extorsões de organizações criminosas). A segunda categoria consiste em um intercâmbio que, em certo sentido, pode ser entendido como uma troca de mercado; isto é, as partes envolvidas no ato corrupto se favorecem reciprocamente mediante esse intercâmbio. A ilegalidade, nesse caso, nasce do fato de que o serviço fornecido é proibido. A ilegalidade desses atos, porém, não implica necessariamente que eles sejam contra o interesse social.

Ainda podemos identificar outra variável, a distinção entre micro e macrocorrupção. A microcorrupção poderia ser entendida como o espectro de atos que leva-se a cabo nas microesferas e que, em termos gerais, não comportam danos ao interesse social. Esses atos podem ser identificados como aqueles que comete o homem comum em seu raio de ação e que atualmente converteram-se em prática habitual (¹⁷⁷). Apesar desses atos envolverem o funcionalismo público (em geral de níveis hierárquicos

¹⁷⁶Cf. SEN, Amartyr. *Corruzione e crimine organizzato*; in *Política ed Economia*. N°1. Roma: Donzelli, 1993, p. 7.

¹⁷⁷Para José Carlos Guedes "o sujeito se constitui a partir do outro e qualquer discussão em torno do tema não pode deixar de levar em conta que não existe corrupto sem corruptores." E contextualiza: "No Brasil, nestes últimos trinta anos, desenvolveu-se a cultura do econômico. A economia foi imposta como a solução para todos os nossos males, contrapondo-se a outros valores, despotencializando-os. Como se qualquer valor perdesse o sentido em função do fato econômico. Em um país marcado por injustiças, o comportamento social adquire conotações perversas. O dinheiro cresce em importância para que o sujeito seja reconhecido no seu lugar simbólico. Ele sai de sua função básica - a de troca para o preenchimento satisfatório da qualidade de vida - e transforma-se em fetiche para a satisfação de desejos". De uma forma menos explícita, para Guedes, "as relações de interesse e compra de favores são detectadas na essência familiar". "Se você passar

inferiores na escala da carreira) e em si comportarem uma manifesta ilegalidade (dificilmente descoberta), seria absurdo considerar que possam ser perseguidos nos âmbitos organizacionais e erradicados a partir daí. Parece, porém, que não se pode pensar o mesmo a respeito daqueles atos que entram na categoria da macrocorrupção⁽¹⁷⁸⁾. Esses distinguem-se, segundo seus postuladores, pelos notórios danos que provocam ao interesse social. Um exemplo, como tema da atualidade, o componente do ato que emerge como ilegal é o desvio de dinheiro público, ou seja, a transação ilícita.

Note-se que vários conceitos de corrupção compartilham um traço comum: todos os critérios aludem a um conceito de corrupção centrado na conduta dos sujeitos. Dessa maneira, constroi-se uma determinação conceitual a partir da qual o problema que desencadeia a operatividade da corrupção, no plano concreto, acredita-se possa ser evitado, contornado ou modificado, através de parâmetros simbólicos moralizantes. Ressaltamos que estas avaliações efetuadas baseiam-se numa observação de primeiro grau.

Porém, o conceito de corrupção no qual centraremos a análise desta pesquisa configura-se mediante uma observação de segunda ordem, onde é possível distinguir o que é considerado como corrupção, ao nível de operações dos sistemas sociais.

de ano, ganha um 'skate' ", ilustra. A grosso modo, estabelece-se uma troca que banaliza valores mínimos. Cf. *Corrupção é o Tema da Vez*. In: *Jornal do Brasil*, 10/11/96, p. 8.

¹⁷⁸Normalmente, os casos de macrocorrupção são qualificados de escândalos pela imprensa. Sobre esse tema, ver OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 160.

No Cap. II ponto nº 4, descrevemos como no interior das organizações formais surgiram canais informais que se constituíram como organizações atravessando, porém, os limites dos sistemas formais. Pode-se observar que a trama dessas estruturas informais parasitárias interfere na seletividade das comunicações que realizam os códigos de cada sistema parcial de função. Dessa maneira, quando o código é contaminado geram-se expectativas diferentes à respeito de cada sistema à medida que se opera uma mudança na estruturação do sentido.

Esse processo de corrupção, por sua vez, altera os processos de construção de decisões. Assim, quando as pressões desbordam dos limites de possibilidades da utilização do código diz-se que este sofreu um processo de corrupção que se reverterá na conformação da estrutura do sistema e, como resultado, na construção do processo decisório das organizações. Dessa maneira, vê-se comprometida a funcionalidade do sistema parcial.

Mas, doutra parte, a pressão das estruturas informais pode ser observada desde a perspectiva do processo de construção da decisão. Nesse nível de observação pode-se constatar como as redes de contato operarão no âmbito do processo decisório das organizações. Assim, é possível distinguir, então, dois níveis diferentes onde as injunções das organizações informais provocam mudanças; uma ao nível da seletividade operativa do código do sistema, uma mudança de sentido e, a outra, ao nível do processo de construção das decisões dos âmbitos organizativos. Porém, essas duas distinções operam simultaneamente.

No aparato jurisdicional, pressões exercidas por estruturas informais que privilegiam posições políticas, provocam mudanças na operatividade do código do sistema do direito e no processo de construção da decisão ao nível organizacional. Assim, posições políticas vêm sendo tratadas como jurídicas, contaminando o código e estruturando expectativas de tipos diversos. Dessa forma, se produz uma autoreprodução do direito através de condicionamentos políticos. Quando o código é contaminado, se desmotiva o recurso ao direito produzindo novas formas de acesso a ele.

Quanto mais as organizações funcionam de modo informal, tanto mais se rompem as barreiras que a moderna sociedade burguesa tinha construído contra o direito ao privilégio e tanto mais a inclusão nas organizações funcionais se estabilizam como privilégio de poucos.

4.2. ACOPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE ECONOMIA E DIREITO E CORRUPÇÃO ECONÔMICA DO CÓDIGO DO DIREITO.

Como já vimos, cada sistema parcial do sistema social global tem sua própria evolução, que, em princípio, é absolutamente específica em cada um deles. Essa evolução particular resulta da auto-referencialidade que cada código determina para o seu sistema. Assim, cada sistema parcial se

encontra em um grau evolutivo, que é independente - e diverso - da evolução dos outros sistemas. De qualquer maneira, os outros sistemas são para cada sistema específico o seu ambiente e, se estabelecermos que existe uma correlação entre o grau evolutivo do sistema e do ambiente, e que este é dado mediante o acoplamento estrutural, diremos que os sistemas se ajustam uns aos outros e ao ambiente, caso contrário, não sobreviveriam.

No Cap. IV ponto nº 1, assinalamos que não existe qualquer centro ou vértice do sistema social, mas isso não significa que de acordo com o grau evolutivo do sistema da sociedade global, do sistema social específico e da própria evolução de cada um dos sistemas parciais, um deles não seja dominante em razão de um maior grau evolutivo e da imposição contingente da comunicação específica de um sistema no seu ambiente.

A sociedade moderna passou por uma transformação estrutural decisiva: o sistema da economia diferenciou-se enormemente, conseqüentemente, transformou-se em mais eficiente e complexo⁽¹⁷⁹⁾. Isso significa que a sociedade como um todo, no seu processo comunicativo, vem determinada pela esquematização binária do sistema econômico. Esse estado do sistema social provoca uma determinação econômica no desenvolvimento dos restantes sistemas. Em face das contingências suscitadas pela complexidade do Sistema Econômico, todo o ambiente desse sistema (a sociedade em termos gerais e os outros sistemas) está determinado pelas variações do lucro. Assim, o direito, por exemplo, deve

¹⁷⁹Cf. LUHMANN, Niklas. *La differenziazione...* op. cit., p. 324.

provocar contínuas modificações na sua estrutura para conseguir uma adequação funcional a seu ambiente ou ,em outras palavras, para tentar absorver as contingências que se apresentam nesse seu ambiente em razão da complexidade nele determinada pelo sistema econômico.⁽¹⁸⁰⁾

Temos então, por um lado, um sistema econômico que em razão da sua evolução persegue a otimização de si mesmo impulsionando toda a sociedade a agir em função da relação de otimização custo-benefício. As contingências derivadas dessa situação se traduzem em uma crescente desigualdade social e, portanto, de conflitos e injustiças. Mas, dentro da lógica operante no Sistema Econômico, não existem valores como justiça ou moral ou ainda, direito; sua eficiência e complexidade é determinada unicamente pela seletividade que a aplicação do seu código binário impõe de maneira rigorosa.

De outra parte, o direito como subsistema do sistema social evolui em razão de sua esquematização binária lícito/ilícito. Como reage, porém, diante dos ruídos provocados no seu ambiente pelos acontecimentos derivados da complexidade econômica? Como é que o direito absorve a contingência para subsistir como sistema?

Evidentemente, nesse processo de transformação estrutural do sistema social como um todo, o Direito, também como sistema receptivo do acoplamento, modificou a sua estrutura. Luhmann questiona em que limite o sistema jurídico absorveu e em que grau está absorvendo as contingências

¹⁸⁰No caso de que a adequação se estabeleça de maneira paulatina, poderíamos mencionar o fato de que

derivadas do ambiente; o que significa: como o direito transforma a indeterminabilidade da contingência em contingência juridicamente determinada?

Nesse caso, tem papel principal a dogmática jurídica que, com a sua excessiva lógica positivista, não consegue criar uma instância reflexiva que produza uma comunicação adequada destes problemas do direito diante da complexidade atual. Desse modo, a Justiça, por exemplo, como valor referente, mudou de significado na sociedade, uma vez que o direito não tem satisfeito as expectativas que os indivíduos têm sobre a resolução de conflitos. Igualmente, para o próprio direito isso mudou de significado se consideramos que, frente a seu esquematismo binário - lícito e ilícito -, não existe um valor de justiça como determinação dessa diferença. O que é direito e o que não é direito é absolutamente contingente. Porém, a semântica jurídica tradicional não conseguiu acompanhar a complexa evolução do ambiente recriando um conceito que funcionasse como um limite no processo decisional jurídico.

Não se trata da recriação de um conceito que atue como um guia "abstrato" no processo decisional. O ponto de vista da complexidade adequada se refere às modificações na estrutura do próprio sistema, a fim de que esta adequação opere na construção do processo decisório. Isso significa que a complexidade adequada não se refere à seleção de decisões,

mas à seletividade do sistema¹⁸¹). Logo, para que o direito consiga adequar-se às expectativas do ambiente em relação a sua função, não basta que nas suas decisões ele estabeleça supostos padrões de justiça para compensar as desigualdades produzidas pelos acontecimentos econômicos complexos. O Sistema do Direito necessita reconstruir um conceito de justiça “adequado” que determine a sua estrutura e não só as suas decisões. Tal conceito deve ser inserido na comunicação jurídica, e deve ser, ao mesmo tempo, um instrumento de análise e de autocrítica suficientemente aberto às imprevisíveis mudanças que a estrutura deve realizar em função da adequação à complexidade desses acontecimentos econômicos.

Uma vez descritas as interdependências existentes entre o sistema de direito e o sistema econômico, traçaremos os parâmetros gerais que indicam a existência de vias de corrupção intersistêmica.

Como vimos no Cap. III ponto nº4, no interior das estruturas formais se constituem redes informais parasitárias que atentam contra a seletividade binária do sistema comprometido. A interferência, como já assinalamos, pode ser observada em dois níveis diferentes. Em primeiro lugar, existe um nível de pressão que pode ser identificado no âmbito da seletividade do código. Assim, condicionamentos econômicos incidem na seletividade binária do código do sistema do direito. Tal injunção pode ser identificada ao nível da estruturação do sentido no sistema contaminado. Por outro lado, as redes de pressão atingem também, de maneira direta, o

¹⁸¹Cf. LUHMANN, Niklas. *La differenziazione...* op. cit., p. 332.

processo de construção da decisão do aparato judiciário. Neste nível, pode-se observar injunções que incidem na construção e eleição das premissas decisórias, sendo que o processo de reverterá na construção da decisão como será demonstrado na pesquisa empírica proposta neste trabalho.

Assim, quando se compromete a seletividade do sistema, se agudizam também os níveis de irritação em relação às contingências. O código contaminado não consegue estabelecer uma seletividade autorecursiva, constituindo, dessa maneira, um sistema de direito que não responde às expectativas sociais.

Ao nível organizacional, a operatividade do código contaminado, transforma a estrutura de sua prestação. A seletividade interna do sistema organizacional responde aos valores do código substituto. Logo, a binariedade lícito/ ilícito é continuamente transformada pelo código econômico. Porém, o direito não deixa de ser direito, o que vem transformada é a operação de seletividade das comunicações que o conformam.

4.3. A TRANSVERSALIDADE DOS CÓDIGOS.

Como reiteramos em diversos momentos deste trabalho, a sociedade moderna pode ser observada como um sistema de comunicações. Por sua vez, nesse sistema podem distinguir-se sistemas parciais

autopoiéticos que operam de maneira independente do ambiente. Cada um desses sistemas opera com um código específico de comunicação, e tudo aquilo que não seja distinguido pelo sistema dentro de seu esquema binário conforma o ambiente dele. Isso significa que os sistemas coevoluem em isolamento recíproco, o que Gunther Teubner denominou de coevolução cega.⁽¹⁸²⁾ Assim, temos o sistema funcional do direito, da economia, da política, da educação, etc. E cada um tem sua própria evolução, o que constitui complexidade. O sistema social em seu conjunto compreende, então, todas as comunicações que operam na sociedade.

Cada sistema diferenciado exerce uma função, determinada pela especificidade de seu código. O Sistema Político distingue as comunicações de acordo a binaridade poder/não poder ⁽¹⁸³⁾; o Sistema do Direito, o que é lícito ou ilícito; o Sistema Econômico, entre ter e não ter, e assim por diante. As organizações que operam com esses códigos como sistemas autopoiéticos atuam do mesmo modo, mas possibilitam o contato entre os diversos sistemas.

¹⁸²TEUBNER, Gunther. op. cit. , p. 161.

¹⁸³Segundo Luhmann, os códigos de poder devem ser distinguidos entre formais e informais. Tais códigos paralelos se formam quando os meios de comunicação devem satisfazer às exigências crescentes de resultados seletivos em sociedades de maior complexidade. Ao lado dos códigos de comunicação propriamente ditos, surgem códigos paralelos, formados por oposição, com propriedades opostas que podem preencher as mesmas funções. O poder informal pode e deve suportar sempre uma parte das funções do código. Com esse fundamento, ele pode assumir, em casos excepcionais, mais funções até o caso limite, no qual o poder formal só serve de fachada, para justificar as decisões diante do ambiente. Enfim, a distinção entre código principal e código paralelo e o emprego simultâneo de ambos pressupõem uma diferenciação suficiente do sistema e uma distinção entre emprego interno e externo do poder. Cf. *Poder*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 35.

Se levarmos em conta o exposto sobre as organizações (em termos formais) e considerarmos a diferenciação funcional que os sistemas produzem na sociedade, concluiremos que as organizações são estruturas que mantêm e reproduzem as comunicações dos sistemas. Se no interior das organizações surgiram redes informais que transcendem os limites das próprias organizações, conformando estruturas parasitárias que estabilizam, por sua vez, as organizações, precisa-se saber então como operam os códigos nos programas dentro das organizações.

Neste ponto, referimo-nos à transversalidade dos códigos comunicacionais. Por transversalidade, entendemos algo que atravessa, algo que é oblíquo, que diz respeito a algo que está em uma determinada posição: ultrapassar os confins.

Se anteriormente explicitamos que os códigos de cada sistema só operam no âmbito do sistema específico e que esse fato constitui a distinção pela qual cada sistema estabelece a sua diferenciação funcional, transversalidade dos códigos significa que esses atravessam os limites, os confins de seus sistemas provocando mudanças estruturais de sentido.

Nessa perspectiva, se a transversalidade provoca mudanças de sentido, tais cambios se reverterão na estruturação da seletividades das operações no interior dos sistemas. Dessa maneira, se conformam níveis de operações comunicacionais hiperintegrados.

O deslocamento da operatividade dos códigos incidiram por sua vez, nos processos estruturais das organizações. Assim, se as organizações operam sobre a base de um código de preferência e esse, ao nível da conformação do sistema, foi deslocado dando lugar a uma transversalidade de operações binárias, as estruturas organizacionais funcionaram sobre o eixo dessa transversalidade.

A hiperintegração da operatividade binária incide, então, na diferenciação funcional. Quando os sistemas parciais de função operam sobre a base de uma transversalidade os confins da sua prestação se dilui, constituindo sistemas não diferenciados.

Este tipo de operatividade é típica de países menos desenvolvidos, com grandes problemas estruturais que hipertrofiaram a seletividade das operações ao nível operativo da diferenciação funcional. A disfuncionalidade de um sistema de função se reverte por um lado nas organizações que operam com seu código de preferência e, por outro provoca alterações na operatividade dos restantes sistemas parciais de funções.

Vemos, então, que a transversalidade da operatividade binária é o resultado de contínuas injunções provocadas por redes parasitárias informais que operam ao nível organizacional e que repercutem nas instâncias de produção de sentido.

Os efeitos desse processo se traduz no desencadear de outro processo que se constitui como reflexo evolutivo. Assim, a disfuncionalidade de uma organização provoca a disfuncionalidade das demais organizações que operam no mesmo sistema social. A corrupção de um código específico provocará o deslocamento de seletividades binárias contaminadas para outras organizações que, por sua vez, verteram tais processos na construção de suas decisões e na transformação de suas estruturas.

As alterações produzidas no campo das premissas da decisão modificaram as estruturas dos sistemas que se conformam pela recursividade da função. Então, na medida em que a função deixe de responder a um só código e seja corrompida com a utilização de seletividade binária de outros universos simbólicos, as estruturas de cada sistema sofrerão mutações e adaptações que alterarão as funções específicas dos sistemas.

Nessas circunstâncias, ao nível organizacional, as decisões surgem não como o produto de programas que contornam a expectativa social, mas como o resultado de combinações contingentes entre uma variedade de códigos imprevisíveis.

O fato de se realizarem distinções não significa que a dinâmica social se desenvolva como uma seqüencialidade de compartimentos separados. Entretanto, na medida em que se atenuem os limites das funções específicas de cada organização, será difícil estabelecer o grau de inclusão e exclusão que têm as pessoas nas funções pertinentes. Estas circunstâncias

modificam substancialmente o equilíbrio do sistema social como um todo. Com maior exclusão, maior instabilidade; as instabilidades aumentam cada vez mais as contingências que incidem nos processos decisórios das organizações; com maiores contingências, as organizações procuram sobreviver mediante decisões adequadas a elas, de maneira tal que utilizam o código que naquele momento dê conta da complexidade. Assim, a imprevisibilidade da decisão produz desilusão em relação às expectativas sociais existentes, e a organização se auto-exclui das intâncias legitimadas para uso das funções sociais.

Esta circularidade e contracircularidade de contingências fragiliza as organizações, que se tornam mais dependentes umas das outras. Não existe, porém, qualquer hierarquia entre elas que seja capaz de dirimir ou interromper esta dinâmica circular. Neste caso, a colocação da circularidade como um modo de pensamento poderia abrir novos caminhos na estruturação dos espaços simbólicos da sociologia contemporânea.

Como veremos, as organizações do sistema social brasileiro desenvolveram um modo particular para suas operações. Proporcionalmente ao grau de complexidade do sistema social, cada organização reage elaborando um conjunto de premissas decisórias provenientes de diversos sistemas. Como consequência, as decisões, mesmo se respeitando as formalidades que os programas lhes determinam, são produzidas sobre a base de uma variedade de contingências imprevisíveis.

Confirmando esses argumentos, apresentaremos a seguir uma pesquisa empírica que busca revelar tanto a informalidade com que atuam as organizações quanto a corrupção do código do direito no sistema social brasileiro. Descreveremos como se estrutura uma decisão jurídica e como incide nela o aparato informal do Judiciário.

4.4. INVESTIGAÇÃO EMPÍRICA SOBRE OS MECANISMOS DA CORRUPÇÃO DO CÓDIGO DO DIREITO: UM ESTUDO DE CASO.

No quadro teórico apresentado ao longo deste trabalho, exploramos todos os argumentos que acreditamos serem relevantes em relação à tese de nossa pesquisa

Antes de passarmos ao desenvolvimento do tema, queremos elucidar que nossa escolha foi motivada pelas características paradigmáticas que o caso apresenta. Mesmo assim advertimos que este não é um caso excepcional, já que exemplos como o que será desenvolvido nas presentes páginas abundam na jurisprudência dos tribunais brasileiros.

A luz que se coloca sobre este delicado (¹⁸⁴) tema persegue unicamente o escopo de uma análise sistêmica sobre as variáveis evolutivas do sistema social brasileiro.

O caso do qual nos ocupamos diz respeito à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre a aplicabilidade do parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição Federal (¹⁸⁵), que trata da limitação constitucional dos juros reais (¹⁸⁶).

No texto constitucional, estabeleceu-se no referido artigo 192, parágrafo 3º, que a taxa de juros reais permitida seria de doze por cento ao ano. Como era de se esperar, a aprovação do texto foi objeto de muitas polêmicas no seio de diversas organizações.

Essa norma foi avaliada e discutida a partir de diversos contextos discursivos. Em relação ao seu conteúdo, os argumentos eram expostos a partir da conveniência da alteração que a norma produziria na economia total

¹⁸⁴Nós nos referimos a esse tema com o adjetivo “delicado” em razão de que, apesar de serem temas tratados, de alguma forma pela imprensa, em geral não são expostas todas as suas variáveis no jogo político que está por trás; o que revela o silêncio frente às pressões que exercem as organizações políticas, criando desta forma ficções sobre a verdadeira dinâmica do sistema e a conceituação de temas “tabu”, dos quais ninguém fala publicamente, mas todos conhecem.

¹⁸⁵Entende-se usualmente por Constituição a lei fundamental de um país, que contém normas respeitantes à organização básica do Estado, no reconhecimento e na garantia dos direitos fundamentais do ser humano e do cidadão, às formas, aos limites e às competências do exercício do poder Público (legislar, julgar, governar). Cf. FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do direito, Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 228. Consultar ainda do mesmo autor: *Constituinte-Assembléia, Processo, Poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985; *Constituição de 1988. Legitimidade, vigência e Eficácia, Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989, e *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990. Para Marcelo Neves, a Constituição é fator e produto da diferenciação funcional entre sistemas político e jurídico. Nessa perspectiva, a constitucionalização apresenta-se como o processo através do qual se realiza essa diferenciação. Cf. *A Constitucionalização...* op. cit., p. 61.

¹⁸⁶Essa é uma norma constitucional, não pela sua matéria, mas pela sua forma. A matéria é de direito econômico, mas por estar ela inserida na Constituição, só pode ser alterada segundo certas normas da própria Constituição. Cf. FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. op. cit. p.229.

do país. Assim, de um lado, estavam os ideólogos do texto, que acreditavam que a modificação que se produziria no sistema financeiro beneficiaria a todos os cidadãos e terminaria com os lucros improdutivos da “ciranda financeira”⁽¹⁸⁷⁾. Prevenindo a futura oposição, sustentaram que essa norma constitucional era auto-aplicável, o que significa que para ser eficaz não precisaria de uma lei especial.

Do outro lado, encontravam-se aqueles que se posicionaram pela negativa da vigência imediata de tal norma. Entre eles, as organizações financeiras, especialmente a Federação Brasileira das Associações de Bancos⁽¹⁸⁸⁾, o Banco Central e o Executivo. Os argumentos expostos consideravam que o aludido parágrafo 3º do artigo 192 não era auto-aplicável, em virtude do que não poderia ser isolado do resto da normativa constitucional referida ao sistema financeiro e, que a norma deveria ser incluída em uma lei especial que tratasse de todo o sistema financeiro.

Se analisarmos esse acontecimento do ponto de vista das organizações, observaremos que cada qual agiu conforme a sua lógica particular. Cada organização tinha uma história, uma identidade dada pela sua estrutura, um procedimento decisório; ou seja, uma auto-referencialidade que lhe determina os possíveis riscos a correr se a decisão de outra

¹⁸⁷Para ilustrar esse fato, basta citar a seguinte notícia publicada na Revista Veja de 9 de fevereiro de 1994: “Definitivamente, banco é o melhor negócio do Brasil. O lucro acumulado do Banco Itaú nos últimos cinco anos ultrapassa a casa de 1 bilhão de dólares. Só no ano passado foram 261,6 milhões”. São Paulo: Editora Abril, 1994, p. 29.

¹⁸⁸Citamos a Federação Brasileira das Associações de Bancos como exemplo, porém outras organizações do setor se articularam para impedir a eficácia do tabelamento dos juros; entre elas a Confederação das Associações Comerciais, a Federação das Indústrias, a Associação Brasileira dos Bancos Comerciais, etc.

organização (Assembléia Constituinte) se incorporasse a seus programas condicionais. Essas circunstâncias provocaram um “aparente” conflito intersistêmico⁽¹⁸⁹⁾ que teve origem numa organização do sistema político e que, portanto, colocou em crise o resto das organizações desse sistema.

Partindo dessas considerações, cremos necessário analisar o processo decisório de cada uma destas organizações em relação ao mesmo acontecimento para depois observarmos quais foram as premissas utilizadas pelo aparato judiciário no momento da interpretação da norma controvertida⁽¹⁹⁰⁾.

I. A primeira organização à qual nos referiremos é a Assembléia Constituinte. Essa organização, que opera no contexto do sistema político, conforma-se por representantes dos Estados e por representantes dos cidadãos.

¹⁸⁹Cf. TEUBNER, Gunther. op. cit., p. 201 e s.

¹⁹⁰ Essa decisão do Supremo Tribunal Federal foi provocada por uma Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (P.D.T.) e subscrita pelo advogado Paulo Matta Machado, contra ato normativo do Presidente da República, que aprovou parecer da lavra do Consultor Geral da República, no sentido de que o parágrafo 3º do artigo 192, da Constituição Federal, não seria auto-aplicável. No corpo da petição inicial, o advogado que a subscreveu consignou que: “Ao aprovar o texto que veio a ser promulgado o plenário da Assembléia Nacional Constituinte o fez consciente e certo de que votava uma norma para ter aplicação e vigência imediata, com a repercussão instantânea na ordem econômica que se procurava atingir. Diante de uma questão de ordem levantada no momento das votações das emendas retro referidas pelo constituinte Francisco Dornelles acerca da não auto-aplicabilidade do dispositivo em tela, o Deputado Vivaldo Barbosa sustentou em plenário a sua auto-aplicação, verbis: ‘Sr. Presidente, está cristalino, no parágrafo 3º, que as taxas de juros reais não poderão ser superiores a 12% ao ano. Qualquer cobrança superior a 12% será contra o texto constitucional (...) o parágrafo 3º tem redação cristalina, límpida e autônoma dos incisos e do caput do artigo.’ Elucidando ainda mais o debate para a votação do plenário, o eminente Relator, Deputado Bernardo Cabral, aduziu: ‘A remissão nos termos da lei (Nota da edição: no texto original as palavras “nos termos da lei” estão entre aspas) é feita quanto ao crime de usura. O que se estabelece no texto permanente é que as taxas de juros reais não poderão ser superiores a 12% ao ano. Isto é auto-aplicável, evidentemente’. Verifica-se, com efeito, que a historicidade legislativa do dogma da limitação dos juros reais enaltece a sua auto-aplicabilidade,

Na perspectiva da *Teoria da Sociedade*, o que se destaca nessa organização é que as suas decisões não são o resultado do processo legal estabelecido formalmente, como diz teoricamente a dogmática constitucional, mas de pactos entre as forças políticas relevantes. O processo jurídico dessa organização não constitui, portanto, o próprio processo de decisão⁽¹⁹¹⁾. Cada processo legislativo constitui um sistema em si. Ou seja, cada vez que uma nova matéria é tratada, os pactos adquirem consensos diferentes, e são diversos os relatores e as pressões exercidas pelos grupos de interesses.

Na diversidade de assuntos que tratou a Constituinte, aquele relativo ao setor financeiro foi um dos temas mais delicados. Dentro da complexidade temática, porém, a questão financeira foi tratada de modo sorrateiro, como pontua René Dreyfuss⁽¹⁹²⁾, “própria do sigilo bancário”. O que não impediu que os grupos de interesses se mobilizassem com o objetivo da supressão do tabelamento dos juros, entre outras coisas⁽¹⁹³⁾. Assim, o empresariado, aliado com o governo, decidiu estabelecer um acordo de

imprimindo-lhe a natureza de genuína “self-executing rule”, como, aliás, é da essência das normas constitucionais de índole proibitiva.”

¹⁹¹ Cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimação...* op. cit., p. 145.

¹⁹² Cf. DREYFUSS, René *O jogo da Direita*. Petrópolis: Editora Vozes, 1989, p. 221.

¹⁹³ Segundo René Dreyfuss: “O conselho Diretor da UB-que incluía Oliveira Santos (comércio), Albano Franco (indústria), Camilo Cola (transporte terrestre), Alysson Paulinelli (agricultura) e Amaury Temporal (associações comerciais) -decidiu em meados de maio, juntamente com o secretário geral Sylvio Pedroza e o presidente da Federação das Indústrias do Rio de Janeiro, Arthur João Donato, mobilizar a entidade em apoio à supressão do texto da Constituinte do limite para taxas de juros de 12% ao ano. Nessa questão, a UB contou, inicialmente, com o apoio de Eduardo da Rocha Azevedo, presidente da Bolsa de Valores de São Paulo e do MDU, o braço urbano da UDR. Mas quando os uderistas, pensando nas suas bases de produtores rurais dependentes de crédito bancário, começaram a encontrar motivos para não se opor ao tabelamento, o MDU se retraiu.” Cf. DREYFUSS, René. op. cit., p.221.

lideranças para a retirada de certos temas polêmicos do projeto da Constituição.

Porém, esse acordo não alcançou o peso necessário para vetar a maioria dos textos polêmicos antes da aprovação do texto constitucional definitivo. Mas ^é sirviu no momento posterior à sanção para suspender a eficácia da norma.

Assim, o parágrafo 3º do artigo 192 do texto constitucional, depois de ser discutido, trabalhado e aprovado nas respectivas comissões, foi aprovado pela maioria legal requerida pela Assembléia Constituinte.

II. Como segunda organização, observaremos a Federação Brasileira das Associações de Bancos, que, entre as organizações privadas de ordem financeira, foi a que mais se destacou na estratégia para a defesa de seus interesses. Esta federação pode ser considerada como uma organização do Sistema Econômico e como tal, opera preferencialmente com a binariedade desse sistema.

Podemos considerar que a Federação Brasileira das Associações de Bancos decidiu de acordo com as premissas dadas pela sua própria estrutura. Manifestou-se contrária à aplicabilidade do parágrafo 3º do artigo 192 da CF, já que tal texto obstaculizaria seu principal objetivo, isto é, a obtenção de lucro.

O campo de atuação decisória dessa organização, entretanto, não inclui instâncias de decisões políticas nem jurídicas. Por tais motivos, além

das manifestações de repúdio ao texto constitucional que realizara por intermédio da imprensa⁽¹⁹⁴⁾, exerceu pressões indiretas através da contratação de pareceres jurídicos de renomados profissionais do Direito⁽¹⁹⁵⁾. Esses pareceres foram encomendados através de seus “marchands du droit”⁽¹⁹⁶⁾, Doutores Gerardo de Camargo Vidal e Gabriel Ferreira. A solicitação se justificava pela necessidade da produção de doutrina favorável à tese da não aplicação imediata do disposto no art. 192, parágrafo 3º, da nova Constituição a respeito das taxas de juros reais⁽¹⁹⁷⁾.

¹⁹⁴Basta ver os exemplares da Revista Veja de setembro, outubro e novembro de 1988, onde se alude em diversos artigos ao efeito negativo do tabelamento dos juros na economia brasileira e, especialmente, a desestimulação que tal situação provocaria para os futuros (incertos) investidores estrangeiros. Destaque-se também as declarações de José Carlos Jacintho de Campos, presidente da Associação Brasileira dos Bancos Comerciais, que advertiu a opinião pública no sentido de que o tabelamento dos juros sacrificaria a “liberdade de ação do governo, ao eliminar um indispensável instrumento da administração da política monetária”. Cf. Jornal O Globo. 20-07-88.

¹⁹⁵Esses pareceres são o resultado do uso estratégico da argumentação supostamente imparcial, isto é, de como a argumentação pode agir como “equivalente funcional” por trás do qual são perseguidos interesses egoísticos. Em outras palavras, são o resultado da contaminação entre os modelos da argumentação e da negociação. Cf. Elster, J. *Argumentare e Negoziare*. Milano: Anabasi, 1993, p. 126. Esses pareceres jurídicos foram subscritos pelos seguintes juristas: Doutor José Frederico Marques, Professor aposentado das Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo e Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Doutor Ives Gandra da Silva Martins, Professor de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, São Paulo; Doutor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Doutor José Alfredo de Oliveira Baracho, Professor da Universidade Federal de Minas Gerais; Doutor Caio Tácito, Professor Titular da Universidade do Rio de Janeiro; Doutor Celso Bastos, Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Doutora Rosa Russomano, Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, Rio Grande do Sul. Neste ponto deve-se destacar o fato de que todos esses pareceres solicitados foram coincidentemente elaborados no período de outubro a novembro de 1988, portanto, imediatamente após a promulgação do novo texto constitucional. E também, coincidentemente, foram todos publicados nos números 88, 89 e 91 da Revista de Direito Público.

¹⁹⁶Os “Marchands du Droit” revezam-se na dupla qualidade de produtores do direito e de mediadores entre a esfera econômica e a do direito puro. Cf. Bordieu, P. *Le Juristes, Gardiens de L'hyprocrisie collective*” in F. CHAGEL, J. Commaille (eds). *Normes juridiques et régulation sociale*. L.G.D.Paris, 1991, p. 95-99 (em particular p.97).

¹⁹⁷Sobre a idéia de um modelo de “justiça sob medida” para os detentores do poder econômico e um outro de justiça de massa para os consumidores ordinários, ver: GALGANO, F. “*Le istituzioni nella società post-industriale*”; in GALGANO, F e outros. *Nazioni senza ricchezza, Ricchezza senza nazione*. Bologna: Il Mulino, 1992, p. 22-23. Ver ainda o belo livro de DEZALAY, Yves. *La restructuration de l'ordre juridique internationale par les multinationales du droit*. Paris: Fayard, 1992. O objetivo desse livro é demonstrar que as instituições econômicas não são, necessariamente, o produto de uma lógica

III. Analisemos, agora, outra organização do Sistema Político: o Executivo (Administração Pública Federal). Diante da norma em questão, o Executivo posicionou-se pela negativa da auto-aplicabilidade da lei. O Consultor Geral da República, advogado Saulo Ramos (¹⁹⁸), mediante um parecer que foi aprovado pelo então Presidente da República, José Sarney, sustentou a tese “da impossibilidade de vigência imediata de uma única diretriz, destacada do conjunto, pelo que o tabelamento de juros, previsto em parágrafo, sujeita-se à regra principal do artigo e não pode dela apartar-se para aplicação imediata no sistema ainda não submetido à reforma determinada pela Constituinte”(¹⁹⁹). A tese desse parecer baseou-se no fato de que o artigo citado não podia ser aplicado de maneira isolada nas condições em que se encontrava o mercado e ressaltou a necessidade de uma reforma financeira total. Em relação aos juros o parecer oficial declarou: “Não há conceito constitucional que permita a imediata apreensão do conceito material do que é juro real”(²⁰⁰).

de mercado, mas são também o êxito de uma história específica na qual o que está em jogo é o resultado de lutas econômicas e de esquemas conceituais. O interesse do autor é dirigido aos processos de renovação das instituições jurídicas que contribuem para a regulamentação da atividade de produção e de troca e que fornecem legitimação e visibilidade às ações dos sujeitos econômicos.

¹⁹⁸Gilberto Dimenstein denunciou que o ex-Ministro da Previdência e Assistência Social, Raphael Magalhães Teixeira referiu-se a Saulo Ramos e Jorge Murad como “homens clandestinos, secretos, que operam dentro da alma do poder e com os quais os setores privados se entendem. É através deles que entram determinados negócios no Palácio. Eles são nobres intermediários.” Cf. DIMENSTEIN, Gilberto. *A República dos Padrinhos*. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 86.

¹⁹⁹Cf. D.O.U. de 7/10/88, pp. 19.675 e 19.683. Segundo a Revista Veja do 12/10/88, a tese do advogado Saulo Ramos baseou-se num exame jurídico do texto do artigo dos 12% e, principalmente, num relatório “dramático” do Banco Central, segundo o qual a aplicação imediata do tabelamento de juros traria consequências desastrosas para a economia. Pela totalidade do artigo dessa revista, que não foi subscrito, evidencia-se a clara posição contrária ao texto constitucional.

²⁰⁰Contrário a esse parecer, o jurista Miguel Reale Júnior declarou: “Esse jogo todo é apenas para impedir que a Constituição vigore (...). Assim como o Banco Central divulgou uma portaria mandando

Nessa cadeia de polêmicas e pressões entre as organizações do sistema político, o Executivo, em razão de seu compromisso ante a estrutura informal criada como consequência do “lobby” exercido no período da Constituinte, decidiu através de uma circular do Banco Central. Com a portaria nº1.365, que foi editada no dia seguinte à promulgação da Constituição, fundamentada em nove considerandos, transmitiu-se às instituições financeiras que, enquanto não existisse lei complementar de reforma do sistema nacional financeiro, continuariam em vigor as leis que até então regiam o setor ⁽²⁰¹⁾. Isso significava, em outras palavras, que tudo ficava como antes.

IV. Observemos agora como é que se posicionou a Organização Judiciária em relação ao mesmo acontecimento. Para isso mencionaremos três decisões tomadas em diferentes instâncias da mesma organização.

a) - O Superior Tribunal de Justiça no Resp.5-MT, relator Dr. Sálvio Figueiredo, entendeu que o disposto no artigo 192, parágrafo 3º, era absolutamente concordante com a filosofia da Constituição vigente e que, portanto: “(...)as taxas de juros reais, incluídas comissões e quaisquer remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não

relator

tudo ficar como está. poderia mandar outra definindo o que é juro real.” Cf. *Revista Veja*. São Paulo: Editora Abril, 12/10/88, p. 109.

²⁰¹“Enquanto não for editada a Lei complementar reguladora do sistema financeiro nacional, previsto no art. 192 da Constituição da República Federativa do Brasil, as operações ativas, passivas e acessórias das instituições financeiras e demais entidades sujeitas à autorização por parte do Banco Central do Brasil, permanecerão sujeitas ao regime das Leis n. 4.595, de 31/12/64; 4.728, de 14/7/65; 6.385, de 7/12/76 e demais disposições legais e regulamentações vigentes aplicáveis ao Sistema Financeiro Nacional.” Cf. D.O.U. de 7/10/88, p. 19.614.

poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”⁽²⁰²⁾.

b) - A segunda decisão da organização judiciária que analisamos é a tese hegemônica que o Congresso dos Tribunais de Alçada, realizado no Rio Grande do Sul, aprovou com respeito à aludida norma constitucional. No citado congresso deliberou-se pela auto-aplicabilidade do texto constitucional⁽²⁰³⁾, considerando-se que não era necessária, para esse fim, a regulamentação de uma lei complementar⁽²⁰⁴⁾.

c) - Como última instância e em razão da sua competência constitucional, a Suprema Corte firmou o entendimento de que o aludido parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição não era auto-aplicável, ao julgar a Ação Direta da inconstitucionalidade Nº 4-7-DF, em que funcionou como Relator o Ministro Sydney Sanches (ex-Professor de Direito Civil e Processual Civil da Faculdade de São Bernardo do Campo). Destaque-se,

²⁰²Cf. R.S.T.J-Brasília, 1(4):1451-1633, dezembro 1989.

²⁰³Seria interessante controlar empiricamente a origem da decisão constitucional para verificar se é o resultado de uma argumentação fundada em princípios ou de uma negociação baseada em interesses e força contratual. Sobre esse tema: Cf. ELSTER, J. *Argumentare e Negoziare*. Milano:Anabasi, 1983.

²⁰⁴Eis a ementa da tese: 1. A limitação constitucional da taxa de juros é aplicável de imediato. 2. Entende-se por juro real o juro nominal deflacionado, ou seja, o juro excedente à taxa inflacionária. A OTN é o índice a ser utilizado para medir a inflação. No juro real incluem-se os custos administrativos ou operacionais, as contribuições sociais (Finsocial, PIS e Pasep) e outros tributos devidos pela instituição financeira. Está proibido o juro composto. O IOF está excluído do juro real. ” Cf. Anais - VIII Enta-RJ-TJ-RS- p. 95.

ainda, que tal argumentação foi reiterada pela mesma Corte em inúmeras decisões posteriores⁽²⁰⁵⁾.

Claro está que a justiça, como o resultado de uma decisão, é uma elaboração incerta; é a possibilidade dentre as impossibilidades de um complexo de premissas e acontecimentos que se configuram só numa situação específica.

Entretanto, pode-se questionar, nesse caso particular (o do parágrafo 3º do art. 192 da CF), se todas essas decisões de âmbito jurisdicional foram o resultado de escolhas entre alternativas de premissas jurídicas ou se foram outras premissas as que prevaleceram e condicionaram a decisão.

Para poder verificar uma relação entre os acontecimentos nós devemos, como observadores, reconstruir a cadeia de decisões e verificar as premissas utilizadas.

Diante dos dados encontrados, observamos que: o público (politicamente relevante) escolheu os representantes para ^{que} estes, entre outras coisas, procedessem à elaboração da nova Lei Suprema do país⁽²⁰⁶⁾ acreditando que estes responderiam às expectativas da sociedade. No momento da promulgação da nova Constituição, os “lobbies” que nela

²⁰⁵ Cf. A.I: 134.849-6-RS; relator Ministro Marco Aurélio, in DJ de 13-5-91.p. 6043; AI: 138.698-3-SP, in DJ de 5-9-1991. p. 11988; RE 134.039-8-MT, in DJ de 22-11-91. p. 16860 e RE 154.238-SP, in RTJ 145. p. 656 a 661.

²⁰⁶ Segundo Ferreira Pinto “...pela Emenda Constitucional nº 26, de 28 de novembro de 1985, promulgada pela Mesa da Câmara dos Deputados e pela Mesa do Senado Federal, foi adotada a seguinte emenda ao texto constitucional: art. 1º - Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia

atuaram não impediram, pelo menos em termos aparentes, que tal norma fosse promulgada. A partir deste momento (5 de outubro de 1988) começaram as manifestações de descontentamento das organizações econômicas. Por seu lado, o Executivo armou um jogo de desvio de responsabilidade sustentando que tal norma não poderia vigorar enquanto o Legislativo não elaborasse outras decisões (determinasse o alcance do conceito “juro real” e sancionasse uma nova lei financeira) e, por isso, decidiu deixar em suspenso a vigência da norma. De sua parte, o STF decidiu em relação ao tema no mesmo sentido que o Executivo: negou a eficácia da norma. Podemos dizer que a Corte Suprema da Nação desconsiderou a força legal de uma norma legitimamente instituída. E por último, diversos meios de difusão serviram como porta-vozes das organizações financeiras e do Executivo, elaborando estratégias comunicacionais sobre o risco dessa norma para a vida econômica do país, omitindo informações a respeito de como as decisões eram realmente organizadas.

Em relação ao quadro descrito, são várias as observações que podem ser colocadas.

Em primeiro lugar, podemos elaborar um análise partindo da perspectiva organizacional. Os sistemas organizacionais formais se constituem num quadro jurídico ao qual estão condicionados. A decisão da Assembléia Constituinte, construída segundo o procedimento formal que a legitima, constituiria um programa condicional tanto para o Executivo como

1º de Fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional...” (Manual de Direito Constitucional. Rio de

para os Bancos e o Judiciário. Porém, no interior de cada organização, estruturas informais pressionaram os processos de construção de decisões e estabeleceram redes de pressão contra os códigos comunicacionais dos diversos sistemas. Dessa maneira, a decisão da Assembléia Constituinte desencadeou uma serie de decisões contrárias nos diversos sistemas comprometidos, finalizando no âmbito jurisdicional onde foi invalidada sua força operativa.

Como segunda observação poderia ser colocado o caráter simbólico no qual gira o conceito de Constituição no Brasil. O insucesso do lobby político-econômico no momento da aprovação da Constituição nada significa frente ao sucesso que tais pressões adquirem na ineficácia operativa dos direitos nela plasmados. Mesmo sendo normativizados certos princípios e direitos, não significa que esses serão reconhecidos pelas instâncias executivas quanto a seus efeitos na vida da comunidade. Assim, a Lei Fundamental atua como uma declaração utópica do que “deveria ser” no interior do sistema e funciona frente à comunidade internacional como um programa de reconhecimento pleno dos direitos dos sujeitos aos quais se vincula.

Em todo o caso, assinala-se que a Constituição brasileira é considerada uma das mais progressistas e democráticas do mundo. Mas não se inclui em tal categorização a sua aplicação pelas organizações correspondentes.

Como terceiro ponto de análise poderíamos referir-nos de modo particular à figura dos “marchands du droit”; isto é, daqueles que comercializam nas instâncias produtoras de direito. Sobre esse aspecto, a quantidade e a complexidade dos ordenamentos jurídicos modernos permitem sustentar diversas posições, inclusive diametralmente opostas, sem comprometer a suposta seriedade e coerência dos argumentos. Salvo em casos de extrema condicionalidade do programa, como pode dar-se no âmbito do direito criminal, os programas que atualmente condicionam os ordenamentos jurídicos são tão vagos e difusos que se perderam os confins das premissas determinantes: “se se conforma tal figura jurídica, tal será a norma aplicável”. Dentro dessa perspectiva, os profissionais liberais utilizam estas prerrogativas dadas pelo próprio ordenamento para comercializar seu conhecimento técnico. E, proporcionalmente ao prestígio, quanto mais arriscada seja a postura jurídica que deverá ser assumida em um parecer jurídico⁽²⁰⁷⁾, mais altos serão os honorários auferidos pelo profissional.

Destaca-se ainda que o prestígio profissional de um jurista tem um caráter relevante nas comunicações do sistema social⁽²⁰⁸⁾. Assim, na prática cotidiana do trabalho jurídico, os advogados habitualmente contratam

²⁰⁷Esses discursos baseados supostamente em argumentos técnico-jurídicos e retóricos foram produzidos num contexto privado, quase secreto, longe do público. Sobre esse tema: Cf. ELSTER, J. *Argumentare e Negoziare*. Milano: Anabasi, 1983, p. 126.

²⁰⁸Sobre esse tema cabe lembrar as declarações efetuadas pelo jurista Norberto Bobbio a respeito da guerra do Golfo. Independentemente do processo que levou esse jurista, de alto prestígio internacional, a sustentar a tese da legitimidade jurídica desse conflito bélico, a síntese que foi amplamente difundida pelos meios de comunicação instantânea (que comandaram essa guerra) foi a justificação jurídica racional da motivação do conflito.

pareceres jurídicos, em casos difíceis, de especialistas na matéria jurídica controvertida a fim de influenciar o discurso decisório.

Noutra ótica, os magistrados estão proibidos de exercer conjuntamente outras atividades, senão a de professor. Em razão disso, a maioria deles se dedica à atividade acadêmica. Essa circunstância favorece a constituição de estruturas informais que se organizam sobre a base de sistemas de contatos entre professores de prestígio profissional e magistrados, o que facilita o acesso diferenciado dos primeiros ao aparato judiciário⁽²⁰⁹⁾. Isso nos leva a concluir que a decisão é organizada sobre a pressão dessas estruturas informais que operam ao nível do processo de construção da decisão provocando injunções na seletividade operativa da binariedade do sistema do direito.

Por outro lado, todos os que participam da vida judiciária brasileira conhecem o funcionamento dessa estrutura informal que provoca injunções no processo de construção da decisão judiciária. E esse comportamento dos magistrados não escandaliza ninguém. Ao contrário, na percepção dos próprios advogados, esse comportamento faz parte da cultura jurídica interna da nossa profissão⁽²¹⁰⁾.

²⁰⁹Essa situação de privilégio não se estende obviamente àqueles que exercem simplesmente a profissão de advogados.

²¹⁰Para Giovanni Tarello, cultura jurídica significa o conjunto de técnicas expositivas e das técnicas interpretativas utilizadas pelos operadores do direito, sejam práticos ou teóricos, e o conjunto de ideologias relativas às funções do direito que tais técnicas sustentam. Cf. TARELLO, Giovanni. *Cultura giuridica e politica del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1988, p. 24.

Em nosso caso particular é fácil deduzir que, para usar a terminologia de Giovanni Tarello⁽²¹¹⁾, os discursos prescritivos dos eminentes pareceristas, encomendados pela Federação Brasileira de Associações de Bancos, tiveram como função provocar efeitos na seletividade comunicacional da organização jurisdicional e exercer pressão através da opinião pública. Assim, nem mesmo os meios de difusão de massa transformaram esse acontecimento em tema da comunicação social no sentido de provocar uma discussão social que revelasse as expectativas da população. Por esse motivo, não houve publicização dos interesses em jogo já que o tema foi apresentado na mídia meramente como um conflito das organizações do sistema político. Cabe salientar ainda que as informações fornecidas pelos meios de difusão revelavam a sua clara cooptação, constituindo-se quase numa comercialização de espaços publicitários; as organizações financeiras os instrumentalizaram a seu favor.

Como quarta e última observação, referiremo-n^õs à análise funcional do conceito de corrupção aplicado ao caso pesquisado. Como foi descrito nos capítulos precedentes, no interior das organizações formais estruturam-se redes informais parasitárias que se constituem sobre a base de sistemas de contatos que atravessam os diferentes sistemas organizacionais. A pressão exercida corrompe, de um lado, a seletividade de sentido ao nível

²¹¹ Conforme Tarello, o discurso de quem se propõe adotar uma certa interpretação é característico, por exemplo, do advogado que se dirige ao juiz; de um jurista que elabora uma política de sentença (o que habitualmente os juristas fazem nas suas obras doutrinárias). Ao contrário, o discurso de quem decide, quer dizer, de atribuir um dado significado a um certo significante, é característico dos órgãos de

operativo do código do sistema comprometido dando como resultado um deslocamento da binariedade que provocara mudanças na estruturação da funcionalidade do sistema; de outro, fazendo uma observação ao nível organizacional, essas estruturas parasitárias criam canais informais de acesso à decisão promovendo injunções com o fim de alterar o processo de construção da decisão no interior da organização. O resultado desse duplo processo que opera simultaneamente, corrõe os confins da seletividade autônoma dos sistemas provocando uma hiperintegração das funções desses.

Quando um sistema pressionado por injunções provenientes de estruturas informais altera a construção da sua seletividade binária identificamos o processo, na presente pesquisa, com o conceito de corrupção. Porém, a disfuncionalidade provocada pela corrupção do código em um sistema gera níveis de deslocamento na operatividade binária dos outros sistemas, como resultado, os restantes códigos sofrem contaminação a ponto de operarem também, com níveis de corrupção.

Pelos dados expostos na nossa pesquisa empírica observar-se que as injunções provocadas pelas estruturas informais constituídas pelo sistema de contato gerou um processo de pressão contra a seletividade binária na estruturação do sentido do sistema de direito e constituiu, ao mesmo tempo, canais de acesso à decisão no aparato jurisdicional, que

aplicação da lei. Cf. Tarello, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Bologna: Zanichelli, 1974, p. 64--67.

culminou num processo de construção de decisões jurisdicionais claramente corrompidas.

O resultado desse processo não significa que as decisões jurisdicionais construídas não sejam direito, já que são o produto de um processo de co-ligações de decisões no interior da organização. O que se identifica aqui, mediante uma de observação de segunda ordem, é como operam as injunções provenientes de estruturas informais ao nível do processamento de sentido no interior da binariedade do sistema e na construção da decisão ao nível organizacional.

A contínua pressão no processamento do sentido nas operações comunicacionais dos sistemas produz uma alteração na funcionalidade de de destes, o que dá como resultado um processo de hiperintegração dos sistemas parciais de função localizado ao nível do sistema social. Esse resultado, por sua vez, gera expectativas de ordens diversas provocando acessos diferenciados às prestações dos sistemas. Se antes a seletividade do acesso ao direito era regulada por diferenças de tipo econômico, agora estruturam-se expectativas de tipos diversos que tendem a contornar o código provocando uma consolidação de novos acessos a decisões. O resultado desse processo é a desmotivação ao recurso do direito.

Concluindo, destacamos que a observação dos dados pelos quais construímos esta pesquisa nos leva a considerar como se estruturam redes informais que se estendem transversalmente pressionando a seletividade dos códigos dos sistemas funcionais e corrompendo os processos de construção

de decisões. Esta análise, que se desenvolve a partir de graus elevados de observação, não permite colocar soluções ou indicar perspectivas de mudanças à respeito das corrupções que operam no âmbito comunicacional. Porém, acreditamos que o novo olhar que se constrói a partir de referenciais sistêmicos como os aportados pela *Teoria da Sociedade*, nos coloca num grau de conhecimento diferente diante da complexidade evolutiva da sociedade moderna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se assume o compromisso de elaborar um trabalho acadêmico deenfrentamo-nos com um caminho bifurcado. De um lado, o mundo se apresenta misterioso e cheio de possibilidades, de outro, existe um rigor acadêmico metodológico que nos limita a escolha a poucas opções.

No decorrer da investigação e da elaboração deste trabalho muitas coisas mudaram. Certas “verdades” se relativizaram, novas arestas surgiram e quase sem nos dar conta, o rumo de nossa pesquisa mudava radicalmente passo a passo. A á escolha de um específico referencial teórico-sociológico já significou uma troca de parâmetros a respeito da nossa visão dogmático-legalista de jurista. Assim, na “era” das micro-sociologias, optamos pelo desafio de uma proposta sociológica de caráter geral, que é o mesmo desafio que enfrenta a *Teoria da Sociedade* diante das correntes epistemológicas contemporâneas.

Essa experiência fez com que nos deparássemos com muitas surpresas e alguns obstáculos. As surpresas se apresentavam a cada novo texto lido. Os obstáculos mais recorrentes relacionaram-se com a necessidade de aplicar construções gnoseológicas de alto nível de abstração às dimensões empíricas por nós escolhidas.

Até que decidíssemos pesquisar sobre organização da Justiça, acreditávamos que se tratava simplesmente de uma instituição⁽²¹²⁾ a mais; de uma engrenagem do poder que se diversificava na sua função. No entanto, ao abordar esse tema com base no instrumental disposto pela *Teoria da Sociedade* deparamo-nos com outro olhar, com outra conceitualidade que nos permitiu avançar até pontos inimagináveis sob uma perspectiva jurídica-sociológica.

Assim, julgamos necessário elaborar uma ampla apresentação do referencial teórico adotado. Isso se justifica, em primeiro lugar, pelo fato de considerarmos que a arquitetura conceitual da *Teoria da Sociedade* se apresenta como uma sucessão de observações derivadas de um sistema teórico complexo. Portanto, tentar compatibilizar esse instrumental teórico com outros sistemas gnoseológicos iría além dos limites da nossa pesquisa. Em segundo lugar, porque as diferentes correntes teóricas do pensamento jurídico contemporâneo circunscrevem-se, geralmente, ao campo exclusivo da elaboração jurídica lógica ou da sua justificativa ou referência política. Então, desafiamo-nos e decidimos transitar pelas vias labirínticas da *Teoria da Sociedade*.

Como resultado desse esforço devemos reconhecer que a perspectiva adquirida subverteu o modo de olhar inicial e nessa direção

²¹²É curioso como até o pensamento jurídico crítico não conseguiu superar ainda a idéia secular de instituição, que só serve para ocultar o que poderia ser observado. Na nomenclatura luhmanniana, instituições são expectativas de comportamento generalizados socialmente, e constituem, enquanto tais, a estrutura de sistemas sociais. LUHMANN, N. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980, p. 2.

parece não mais haver retorno. Depois da elaboração deste trabalho, não poderemos deixar de observar a sociedade moderna como um sistema de complexidade inigualável: uma sociedade que é composta só de comunicação e uma comunicação que se reproduz a si mesma de maneira recursiva. Não existe mais controle das situações; não existem determinações *a priori* do futuro. A complexidade não pode ser simplificada; a complexidade é só evolução da própria evolução e a evolução é paradoxalmente tautológica.

Pensar o direito numa perspectiva sistêmica implica saltar além dos obstáculos dogmáticos; virar o direito pelo avesso para observar seu grau de complexidade no qual se auto-reproduz. Basicamente, supõe-se entender o direito como o conjunto de comunicações jurídicas que circulam pela sociedade e que emergem de atos decisórios.

Essa concepção sistêmica sobre o direito (como produto de uma decisão) não deixa de ser uma concepção alternativa. Isto é, uma alternativa à dogmática jurídica; uma alternativa ao que o próprio direito diz a respeito de si mesmo.

Tratar o direito como o resultado de uma decisão pressupõe que esta seja o produto de um processo evolutivo sem controle. Assim, caminhamos num sentido contrário às fundamentações teleológicas, lógico-dogmáticas ou marxistas a respeito da gênese do direito.

Porém, não se trata de desconsiderar algumas posições pela sua ideologia, senão de trabalhar com certos conceitos que se inscrevem num

grau elevado de abstração e que não envolvem justificativas ao nível da subjetividade dos sujeitos envolvidos.

Então, o direito é o que é porque pode ser diferente. E, esta afirmação é irredutível, como também é irredutível a possibilidade de mutação do direito que existe em cada decisão jurídica. Esta idéia é a chave pela qual as categorias fundamentalistas do direito se reduzem a meras improbabilidades.

Neste trabalho, referimo-nos à Organização Judiciária como uma das instâncias de produção e reprodução do direito: ou seja, uma das instâncias, não a única. Trata-se do sistema social (enquanto organização) responsável pela efetivação da função do Sistema do Direito na sociedade. Logo, o Judiciário é a organização que postula a definição do que é entendido como direito num momento bem específico frente a um conflito jurídico concreto.

Essa definição, porém, não pressupõe uma construção causalista. Trata-se do produto de seleções entre premissas determinadas pela codificação binária específica do Sistema do Direito. Em uma sociedade moderna (funcionalmente diferenciada) tal processo opera, em maior ou menor grau, de acordo com a seletividade especificada. A diferenciação aparece, em definitivo, como uma defesa frente à ameaça de desintegração já que permite localizar os conflitos sem que se trasladem a outros setores.

Na sociedade brasileira, entretanto, a seletividade binária é altamente improvável. Esta circunstância levou Marcelo Neves a sustentar a hipótese segundo a qual, em sociedades periféricas⁽²¹³⁾ como a brasileira, o Sistema Jurídico funciona de forma alopoiética. Isto significa que a referência recursiva deste sistema não opera com a binariedade lícito/ilícito. Porém, o que ele generaliza como um mecanismo do Sistema do Direito brasileiro, nós o identificamos como corrupção dos códigos. Corrupção que opera de forma alternada e não permanente, referida sempre aos limites da autopoiese necessária ao sistema para sobreviver sem desintegrar-se. Essa situação determina certas derivações pouco assinaladas ainda pela *Teoria dos Sistemas sociais*. Em outros termos, na sociedade brasileira os subsistemas atuam alternativamente com uma capacidade limitada de diferenciação enquanto desenvolvem formas que tendem paralelamente à desintegração social. Em síntese, a sociedade brasileira funciona em uma contínua tensão paradoxal.

Os sistemas sociais operam e se reproduzem mediante mecanismos autopoéticos. Eles se acoplam estruturalmente, porém não se comunicam; não existem vias de comunicação com o exterior, ou seja, com outro sistema ou com o ambiente. Os sistemas conhecem o mundo mediante

²¹³Para este autor, a distinção entre modernidade central e periférica é analiticamente frutífera, na medida em que, definindo-se a complexificação social e o desaparecimento de uma moral material globalizante como característica da modernidade, constata-se que, em determinadas regiões estatalmente delimitadas (países periféricos) não houve de maneira nenhuma a efetivação adequada da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional, nem mesmo a criação de uma esfera intersubjetiva autônoma fundada numa generalização institucional da cidadania, característica ao menos aparente de outras regiões estatalmente organizadas. “

as representações que eles mesmos elaboram em seu interior (“black box”); isso significa que cada sistema constrói a sua própria imagem do que seja a complexidade ambiental.

Por algumas razões, que poderíamos identificar como de ordem dogmática ou de recursividade semântica, o Sistema do Direito age com uma representação do mundo pouco adaptada à complexidade moderna. Essa circunstância gera inúmeras derivações para as organizações que funcionam com o código do direito. Nesse sentido, o Poder Judiciário não foge à condição. Como assinalamos, existe uma brecha reveladora entre o que o direito considera a respeito das relações e dos conflitos sociais e a representação que, por exemplo, as organizações que operam com a binariedade do Sistema Econômico têm destes mesmos conflitos e relações.

As circunstâncias descritas fragilizam de maneira considerável o sistema do direito, colocando-o numa posição de passividade no que tange à interdependência sistêmico-social.

Doutra parte, como foi descrito ao longo do presente trabalho no interior das organizações formais estruturam-se redes informais que se constituem sobre a base do sistema de contatos. Essa estruturas informais provocam injunções em diversos níveis: de um lado as pressões exercidas alteram a conformação do sentido na recursividade do sistema; doutro, interferem no processo de construção da decisão no âmbito organizacional. Noutras palavras, o resultado do processo da constituição de estruturas informais pode ser observado desde dois níveis diversos, um de segunda

ordem que atinge a construção do sentido no sistema funcional comprometido e outro, ao nível do observador de primeiro grau nas instâncias organizacionais de produção de decisões. Assim, o quadro descrito na sua dupla dimensão é conceitualizado nesta pesquisa como um processo de corrupção.

Note-se, que a perspectiva proposta coloca um novo olhar e uma nova semântica à respeito do conceito de corrupção. Essa construção pode nos situar diante de parâmetros diferentes que sem dúvida nós levarão a reflexões mais ousadas que permitam elaborar construções sobre uma realidade que seja capaz de conter os graus de complexidade que atravessam hoje a moderna sociedade.

As conclusões às quais chegamos nos revelam que a sociedade brasileira opera numa constante hiperintegração de comunicações, e a Organização Judiciária surge, nesta pesquisa, só como um caso emergente dessa evolução particular.

O relato do caso empírico mostra-nos claramente esse processo de injunções que interferem na conformação da recursividade seletiva da organização judiciária.

Da perspectiva de uma observação externa, a decisão constitucional limitando a especulação financeira, representaria uma intervenção indevida no sistema econômico. Para as outras organizações funcionais da política, tal decisão significava também um evento que deveria ser decifrado. O Banco Central e o Conselho Monetário Nacional, que são

organizações funcionais da política, deveriam agir conforme o novo direito. Para isto, teriam que se adequar ao ambiente; isto é, tornando esse evento tema da sua comunicação, o que não aconteceu. Noutras palavras, não se adaptaram em termos evolutivos a complexidade do sistema global. De fato, tanto o Banco Central como o Conselho Monetário Nacional editaram atos negando a aplicação direta do texto constitucional. Contra estes atos foi ajuizada uma ação declaratória de inconstitucionalidade pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), que também se constitui numa organização funcional da política. Porém, o Supremo Tribunal Federal entendeu que esses atos administrativos eram válidos em razão de que a decisão programante (a norma constitucional) não era uma decisão programante. A nossa tese pretendeu demonstrar que no momento da organização da decisão do STF existiram pressões ou injunções de organizações funcionais da economia e da política (Federação Nacional das Associações de Banco, Banco Central, Banco do Brasil, Conselho Monetário Nacional, bancos estaduais, etc.) para a não aplicação do código binário jurídico. O que era direito, isto é, uma decisão programante que assumiu a forma de programa condicionante, foi categorizado como não direito mediante o argumento da não auto-aplicabilidade da norma constitucional. Dessa maneira, se essa norma não era direito, não constituía então um programa condicionante. E se não existia programa condicional que determinasse os limites do sistema do direito nesse caso, os atos do Banco Central e da Consultoria Geral da República não eram violatórios da decisão constitucional. Uma decisão

constitucional que era direito, foi virada pelo avesso e reconhecida ou desconhecida como não direito.

Para dar consistência jurídica a sua decisão, o STF referiu-se a um princípio geral do direito, a saber: “ a distinção de categorização entre normas jurídicas auto-aplicáveis e normas programáticas, ou norma *não exequível*, ou *non self-executing*, ou *não auto-executável*, ou *normas não bastante em si*” . Esse princípio não está escrito em norma alguma. Forma parte do sistema ao mesmo tempo que não forma parte. Porém, na atividade decisória, o juiz deve considerá-lo como ínsito ao sistema, porque só assim pode aplicá-lo. De qualquer forma, o que é certo é que os princípios gerais do direito conformam uma categoria ambígua e controvertida na medida em que atuam como estruturas desparadoxantes da auto-recursividade do direito. Como não apresentam um conteúdo semântico, não podem ser reportados a teleologia alguma. São simplesmente estruturas autológicas à medida que se produzem e se reproduzem dentro do sistema. O que significa porém, o caráter programático de uma norma ? . Que a norma é norma ao mesmo tempo que não o é. O que demonstra um belo paradoxo.

No caso, houve a substituição da decisão programante por um princípio que operou, funcionalmente, como programa condicionante. Claro que para uma observação tradicional, o direito produzido pelo Supremo Tribunal mantinha a consistência interna do sistema, pois era coerente com o direito anterior. No entanto, para uma observação científica, o que houve foi uma substituição da decisão programante por outra funcionalmente

equivalente, mas que resultou, em última análise, na substituição do uso do código comunicacional do direito motivado por pressões derivadas de redes de pressão contra o uso ortodoxo do próprio código.

Diante das considerações expostas, surge para nós, operadores do direito, a pergunta: como contornar as mudanças e as alterações que emergem do processo de estruturação de redes informais?

Para elaborar uma resposta, entretanto, teríamos que saber: se é possível construir alternativas que tenham alguma incidência no processo evolutivo social; se existem possibilidades para operar mudanças no “establishment” jurídico⁽²¹⁴⁾ e se tais mudanças poderiam criar processos de reversão ao nível de operações sistêmicas.

O certo é que no grau evolutivo em que se encontra a sociedade moderna (hipercomplexidade), seria difícil apostar em políticas de reformas capazes de absorver, totalmente, as incertezas do risco que geram as

²¹⁴Basta lembrar que, “paradoxalmente”, a Comissão Especial de Inquérito (CEI), uma instância civil, criada pelo Decreto n. 1.001, de 6 de dezembro de 1993, com representantes da sociedade civil, que sempre se destacaram em suas lutas, para realizar um diagnóstico sobre a extensão e a gravidade da corrupção sistêmica que praticamente domina todos os contratos, concessões e autorizações do Governo Federal, não apontou, em seu relatório, no campo das medidas preventivas, qualquer política de reforma do Judiciário. Apesar disso, Márcio Moreira Alves, comentando os resultados da investigação, escreve que “o sistema de corrupção organizado no país só poderá ter fim com reformas concomitantes de algumas estruturas brasileiras. É preciso, com urgência urgentíssima, mudar o código de processo penal já velho, de mais de meio século, e modernizar o próximo código penal. A legislação que permite a quebra do sigilo bancário e o seqüestro de bens criminosamente obtidos tem de tornar-se mais rigorosa. As polícias precisam ser reformuladas os mecanismos de punição dos criminosos que nelas se abrigam devem ser agilizados... É possível que a participação de juizes de instrução no acompanhamento dos inquéritos criminais possa evitar erros elementares, como os que inocentaram P. C. Farias.” Cf. CARVALHOSO, Modesto. O livro negro da corrupção. São paulo: Paz e terra, 1995, pp. 33-34. Como se demonstrou na presente pesquisa, o núcleo do problema não está na legislação. Não se trata de modificação dos códigos, de editar-se mais leis. A corrupção corresponde a mecanismos evolutivos, os quais, em princípio, só podem ser observados, sem que necessariamente possamos determinar sua genealogia ou seu estado atual.

decisões. De qualquer modo, essas mudanças, mesmo não sendo impossíveis, podem ser imprevisíveis.

Como exemplo disso, podemos nos referir à nova Lei de Mediação e Conciliação⁽²¹⁵⁾, que foi recentemente sancionada pelo Congresso Federal da República Argentina. Através desse novo texto normativo, instaurou-se a obrigatoriedade de uma instância prévia de mediação em qualquer processo de natureza civil⁽²¹⁶⁾. Isso significa a promoção de solução das controvérsias de forma extrajudicial, em que os protagonistas de um conflito se auto-administram justiça, de comum acordo, coordenados por um terceiro imparcial, que é o mediador⁽²¹⁷⁾. Deixando de lado as características específicas da organização desse novo instituto jurídico argentino, o que poderia ser sublinhado é a mudança que essa instância vai produzir, o que é imprevisível hoje para seus mentores. Podemos já destacar que num primeiro momento operou-se uma mudança sustancial a respeito da qualificação profissional que deviam ter os mediadores. A primeira lei de mediação qualificava os advogados como os únicos profissionais capazes para a tarefa.

²¹⁵ A lei 24.573 de 27 de outubro de 1995 instituiu, com caráter obrigatório, a mediação prévia em todas as causas cíveis. Segundo o artigo 16 da referida lei, para ser mediador era necessário possuir título de advogado e adquirir a capacitação que se estabelecerá por regulamento. Porém, mediante uma lei posterior, tal artigo foi ampliado, habilitando também a psicólogos e assistentes sociais. Além disso, a lei instituiu o Registro de Mediadores, cuja constituição, organização, atualização e administração será de responsabilidade do Ministério da Justiça da Nação.

²¹⁶ Trata-se, por assim dizer, nos termos da dogmática processual, de uma verdadeira condição de procedibilidade da ação, cuja inexistência pode levar a extinção do processo, sem julgamento de mérito. O contrário se dá em relação aos juizados especiais estabelecidos pelo artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, que faculta à parte optar por esse tipo de justiça, quando se tratar de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

²¹⁷ Sobre o tema da mediação jurídica, ver DEZALAY, Y. *De la médiation au droit pur: pratiques et représentations savantes dans le champ du droit*, in: Annales de Vaucresson, n 21. Vaucresson: Centre de Recherche Interdisciplinaire. 1984 e Vers une sociologie de la production de droit par et pour les professionnels de la médiation juridique in: Annales de Vaucresson n° 85/2. 1985, p. 7 a 14.

Porém, existem atualmente pressões (“lobby”) de outras organizações de profissionais afins, como psicólogos e assistentes sociais para obter também a habilitação para officiar como mediadores. A Organização Judiciária deixaria de ser um âmbito exclusivo de juristas para transformar-se numa organização interdisciplinar, e tal circunstância provocará, seguramente, mudanças substanciais na conformação do “establishment” jurídico. Se o mediador tem a capacidade de dizer o que é ou não é direito para as partes, não sendo ele um advogado, e sim um psicólogo, resulta que as premissas que forem utilizadas para a construção da decisão terão partido de um ponto de observação diferente e, como tal, serão novas e imprevisíveis as derivações que se operarão na comunicação do Sistema do Direito.

O exemplo transcrito serve para identificar a complexidade do contexto de onde surgem as decisões. A mediação, como instituto jurídico, não é nova. Nos sistemas jurídicos de origem anglo-americanos ela é um instituto antigo. Nossa Constituição também a prevê, enquanto a recente lei argentina a estabelece como obrigatória e isso constitui a sua inovação.

Quando retomamos a pergunta acerca das alternativas que nós, juristas, podemos vislumbrar na tentativa de contribuir para a evolução do Sistema do Direito, deparamo-nos com um quadro por demais desolador. No entanto, em razão do raciocínio desenvolvido em todo o presente trabalho, devemos deduzir que, apesar de não existirem pré-determinações mágicas para resolver esse impasse da Justiça, tampouco significa que seja impossível que este estado de coisas mude.

A assim denominada “crise do Judiciário” não é só brasileira. Como ilustra o Professor Eugenio Raul Zaffaroni⁽²¹⁸⁾, a “questão judiciária” tem sido colocada nos debates políticos de todos os países latino-americanos. Independentemente das razões que sejam apresentadas, é óbvio que os modelos com os quais se administrou justiça até agora não correspondem atualmente ao consumo de justiça dos demandantes.

De acordo com as conclusões a que chegamos nesta pesquisa, não se trata de modelos de organização ou de problemas atinentes à idoneidade dos magistrados. Se trata do alto grau de complexidade organizacional que circula numa hiperintegração de sistemas.

Poderíamos correr o risco de expor algumas reflexões sobre outras formas ou modelos de administração de justiça que talvez pudessem servir como instrumentos de reforma do “establishment” jurídico. Poderíamos, então, sublinhar que é preciso, que a própria cúpula da organização, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, deixe de se pautar em critérios eminentemente políticos, que impõem a seus membros dependência ao aval partidário, e que eles passem a decidir mediante critérios de qualificação e competência profissional na esfera jurídica. Essa alternativa obstaculizaria de certa maneira, a ingerência política e partidária que hoje envolve a nomeação de tais magistrados e, como consequência, poderia evitar a pressão que de modo direto e manifesto as organizações políticas exercem sobre este Tribunal.

²¹⁸Cf. ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário. Crise, Acertos e Desacertos*. São Paulo:

Uma outra questão que pode ser colocada é referente ao assim denominado controle externo da magistratura. Com a nomenclatura de Conselho da Magistratura, idealizaram um órgão extra-poder oficial que administra e governa o Poder Judiciário. Com diferentes matizes no direito comparado, o estabelecimento dessa organização tem dois objetivos gerais: por um lado, exerce o controle qualitativo sobre a atividade jurisdicional e, na maioria dos casos, tem faculdades disciplinares; por outro lado, fiscaliza e determina, segundo o sistema adotado, a carreira dos magistrados. Em geral, a composição deste sistema é variada já que é composto por juízes, advogados de carreira, professores de direito e, em alguns casos, por membros do Poder Executivo e parlamentares.

Claro está que a simples instauração deste dispositivo de controle não modifica significativamente as coisas, mas sendo uma nova decisão permite a abertura de outras alternativas, possibilitando gerar novas distinções.

Nas sociedades onde existem Conselhos da Magistratura como organizações extrapoder (Itália, Espanha e França), mesmo naquelas onde o Conselho forma parte do aparato Judiciário (Grécia, Turquia e Colômbia), podem não ter realizado as expectativas que os geraram; porém, não obstaculizaram o processo de construção de decisões organizacional.

Em outra perspectiva, poderíamos também aludir a que, sendo o aparato jurisdicional uma organização, e sendo nós juristas conscientes

desse fato, deveríamos pensar na construção de uma figura que desse conta da especificidade que essa característica representa. Referimo-nos ao cargo do Administrador Judiciário. Quando analisamos a Jurisdição como instância em que se produz e se reproduz o direito, pensamos só na figura do juiz. Porém, a decisão é o resultado de um procedimento em que interagem diversas instâncias organizacionais nas quais são tomadas outras decisões que podem ser ou não definitivas.

O Administrador Judiciário poderia gerenciar tudo o que é relativo ao aspecto interno da organização; o equacionamento de tempo e recursos financeiros, as diferentes formas de viabilizar os recursos humanos e as disponibilidades materiais, tendo como função primordial a agilização qualitativa da atividade jurisdicional. Trata-se de uma atividade específica que deve ser levada em conta, caso se queira adequar a organização interna da Jurisdição à complexidade que a função requer na atualidade.

De qualquer modo, a *Teoria da Sociedade* nos alerta que a evolução é imune às formulações dogmáticas de carácter prescritivo. Não podemos esquecer que, na atualidade, cada organização forma parte de um sistema social de alta complexidade. A complexidade representa, então, o problema fundamental da atual análise sociológica. O mundo é complexo, enquanto a capacidade cognitiva e de atenção na experiência e na ação é reduzida. A imensa multiplicidade de possibilidades deve se tornar acessível, para que possa ser vivida como expressão de um determinado sentido. Desde essa ótica acreditamos que a teoria funcional-estruturalista pode tratar

o problema da função da diferenciação dos sistemas. Ou noutras palavras, explicar a probabilidade do improvável de todas as coisas.

Emfim, se da ciência se espera a produção de um conhecimento novo, esperamos que esta pesquisa tenha satisfeito essa demanda.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola.** Dicionário De Filosofia. São Paulo: Mestre Jou, 1962.
- ACKOFF, R. L. e F.E. Emery.** On Purposeful Systems. Chicago: Aldine, 1972.
- ARDIGÓ, A.** Per Una Sociologia Oltre Il Post-Moderno. Bari: Laterza, 1980.
 _____, Crisi Di Governabilità E Mondi Vitali. Bologna: Vappelli, 1980.
- ATLAN, Henri.** Entre o Cristal e a Fumaça. Ensaio sobre a Organização do Ser Vivo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992.
- BACHELAR, G.** La Formación del Espíritu Científico. Buenos Aires: Siglo Veintiuno SA, 1972.
- BARALDI, C.; CORSI, G.; ESPOSITO, E., GLU.** Glossario Dei Termini Della Teoria Dei Sistemi Di Niklas Luhmann. Urbino: Montefeltro, 1989.
- BAREL, Yves.** Le Paradoxe et le Systeme. Paris: Presses Universitaires de Grenoble, 1979.
- BARNARD, C.I.** Le Funzione Del Dirigente. Torino: UTET, 1970.
- BASTOS, Aurélio W. Chaves.** Conflitos Sociais, Limites Do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Eldorado, 1975.
- BATESON, G.** Verso Un'Ecologia Della Mente. Milano: Adelphi, 1976.
- BENSELER, Frank. PETER, M. Hejl. WOLFRAM, K. Koch** (editores). Autopoiesis, Comunication And Society. The Theory of Autopoiesie Systems In The Social Sciencies. Frankfurt, New York: Campus Verlag, 1980.
- BERGALLI, Roberto.** El control formal: Policia y Justicia; in El pensamiento criminológico II. Bogotá: Temis, 1983.
- BERGER, P. LUCKMANN, T.** La Realtà come Costruzione Sociale. Bologna: Il Mulino, 1969.

- BERTI, Giorgi.** Il Principio Organizzativo del Diritto Pubblico. Padova: Cedam, S/D
- BLAU, P. M. E. Scott; W.R.** Le Organizzazione Formali. Milano: Franco Angeli, 1972.
- BEZERRA, Marcos Otávio.** Corrupção. Um estudo sobre o poder público e relações pessoais no Brasil. Rio de Janeiro: Relume Dumará, ANPOCS, 1995.
- BOBBIO, Noberto.** Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico. Milano: Comunità, 1972.
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N. e PASQUINO, G.** Dizionario Di Politica. Torino: Tea, 1990.
- BONAZZI, G.** Storia del Pensiero Organizzativo. Milano: Franco Angeli, 1989.
- BORDIEU, P.** Les Juristes, Gardiens de l'Hyprocrisie Collective. In: F, Chagel, J, Commaille (eds). Normes juridiques et régulation sociale. Paris: L.G.D., 1991.
- BROWN, George Spencer.** Laws of Form. London: Allen & Unwin, 1969.
- CAFERRA, Vito Marino.** Il Sistema della Corruzione, le Ragione, i Soggetti, i Luoghi. Bari: Laterza & Figli, 1992.
- CAMPOS, Haroldo de.** Ideograma. São Paulo: Edusp, 1994.
- CAMUS, Albert.** O Estrangeiro. Lisboa: Livros do Brasil, s/d.
- CARVALHOSA, Modesto.** O Livro Negro da Corrupção. São Paulo: Paz e Terra, 1995.
- CASTIGNONE, Silvano.** La maquina del diritto. Milano: Comunità, 1974.
- CAZZOLA, F.** Della Corruzione - Fisiologia e Patologia di un Sistema Politico. Bologna: Il Mulino/Contemporanea 24, 1988.
- CERUTI, M.** Il Vincolo e la Possibilità. Milano: Feltrinelli, 1986.
- CROZIER, M.** Stato Modesto, Stato Moderno. Roma: Ed Lavoro, 1992.
- _____. Le Phénomène Burocratique. Paris: Seuil, 1964.
- _____. La Société Bloquée. Paris: Seuil, 1970.

_____. On ne Change pas la Société par Droit. Paris: Grassét, 1979.

_____. Le Monde des Employés de Bureau. Paris: Seuil, 1965.

DAMASKA, Mr. Il Volti della Giustizia e del Potere. Analisi comparatistica del processo. Bologna: Il Mulino, 1991.

DE GIORGI, Raffaele. Azione e Imputazione. Semantica e Critica di un Principio nel Diritto Penale. Lecce: Milella, 1984

_____. e LUHMANN, N. Teoria della Società. Milano: Franco Angeli, 1994.

_____. Il disagio dell'inclusione. Lecce: Conto Editore, 1992.

_____. Materiali per una Teoria Sociologica del Diritto. Bologna: Università di Bologna, 1981.

_____. Scienza del Diritto e Legittimazione. Critica dell'Epistemologia Giuridica Tedesca. Bari: De Donato, 1979.

_____. Riflessioni sulla Semantica di Razionalità. Bari: Esperienza Giuridica, 1989.

_____. Modelli Giuridici dell'Uguaglianza e dell'Iniquità. In: Disuguaglianza ed Equità in Europa. Bari: Laterza, 1993.

DELLA PORTA, Donatella. Scambio Oscuro, Casi de Corruzione Politica in Italia. Bologna: Il Mulino, 1992.

DENTI, V. Processo Civile e Giustizia Sociale. Milano: Edizioni di Comunità, 1971.

DEPOLO, Marco. La Carriera Lavorativa nella Organizzazione. In: Psicologia dell'organizzazione (Org.) Depolo, M. e Sarchiarelli, G. Bologna: Il Mulino, 1994.

DEZA LAY, Yves. La Restructuration de l'Ordre Juridique Internationale par les Multinationales du Droit. Paris: Fayard, 1992.

DIMENSTEIN, GILBERTO. A República dos Padrinhos. São Paulo: Brasiliense, 5ª ed., 1981.

- DINAMARCO, C. R.** A instrumentalidade do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- DOWNS, Anthony.** Teoria Economica della Democrazia. Bologna: Il Mulino, 1988.
- DREYFUS, René.** O Jogo da Direita. São Paulo: Vozes, 1993.
- DUPUY, F.; E. THOENING, J.C.** Sociologia dell’Azione Burocratica. Bologna: Il Mulino, 1986.
- DWORKIN, R.** Taking Rights Seriously. London, 1978.
- ELSTER, J.** Argumentare e Negoziare. Milano: Anabasi, 1983.
- ENCICLOPEDIA SARAIVA DO DIREITO.** São Paulo: Ed. Saraiva, vol. 9, 1978.
- ESPOSITO, Elena.** L’Operazione di Osservazione. Milano: Franco Angeli, 1992.
- ETZIONI, A.** Sociologia dell’organizzazione. Bologna: Il Mulino, 1967.
- EUGEN, Ehrlich.** Il Fondamenti della Sociologia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1976.
- F. CHAGEL, J. Commaille.** Normes Juridiques et Regulation Sociale. Paris: L.G.D., 1991.
- FAORO, Raymundo.** Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro. Rio de Janeiro: Globo, 7a. ed., vol. II, 1987.
- FARIA, José Eduardo.** Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. Justiça e Conflito. São Paulo: RT, 1991.
- _____. Direito e Justiça. São Paulo: Ática, 1989.
- _____. (org). Direito e Justiça, Função Social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989.
- FERNANDES CAMPILONGO, Celso.** Direito e Democracia. A Regra da Maioria como Critério de Legitimação Política. São Paulo, 1991 (obra não publicada).

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Constituição de 1988. Legitimidade, Vigência e Eficácia. São Paulo: Atlas, 1989.

_____. Interpretação e Estudos da Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1990.

_____. Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. Constituinte, Assembléia, Processo, Poder. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1985.

_____. "O Judiciário Frente à Divisão dos Poderes: um Princípio em Decadência?" São Paulo: Rev. USP, Março/Abril/Maio, 1994.

_____. A validade das normas jurídicas. Rev. Sequência, nº 28. Florianópolis: UFSC, 1994.

FERREIRA PINTO. Manual de Direito Constitucional. Rio de Janeiro. Forense, 1992.

FLICKINGER, Hans Georg; E. Neuser WOLFGANG. Teoria de Auto-organização. Porto Alegre: Epicurs, 1994.

FLORY, Thomas. El Juez De Paz Y El Jurado En El Brasil Imperial, 1807-1871. Mexico: Fondo De Cultura Econômica, 1983.

FORESTA, Francesco. Isola del Tesoro. Tangenti in Sicilia. Roma: Arbor, 1993.

FORNI, Enrico M. Teoria dei Sistemi e Razionalità Sociale. Bologna: Nuova Universale Cappelli, 1986.

GALGANO, F. et alli, Nazinoni senza ricchezza. Ricchezza senza nazione. Bologna: Il Mulino, 1992.

GAMBETTA. La Mafia Siciliana. Torino: Einaudi, 1994.

GHERARDI, S. Mortara V. "Può il Concetto di Cultura Organizzativa Contribuire allo Studio della Pubblica Amministrazione ed al suo Mutamento?" In: Revista Trimestrale di Scienza dell'amministrazione, nº 1, 1987.

GILLISSEN. Les Problemes Des Lacunes Du Droit Dans L'evolution Du Droit Mediéval Et Moderne. In: Les Problemes Des Lacunes En Droit. Bruxelles, 1968.

GRANVILLE, R.; VARELA, F. "Your Inside is Out and Your Outside is In". In GE Lasker, Applied Systems and Cybernetics, New York, 1981.

GROSS E.; ETZIONE, A. Organizzazione e Società. Bologna: Il Mulino, 1987.

GUATTARI, Félix e ROLNIK, Suely. Micropolítica, Cartografia do Desejo. Petrópolis, 1986.

HABERMAS, J.; LUHMANN, N. Teoria della Società o Tecnologia Sociale. Milano: Etas Kompass, 1973.

HEAPHEY, J. J. Legislative Staffing: Organizational and Philosophical considerations. In: Legislative Staffing: A comparative Perspective, apud Balutis, Ap New York: Sage, 1973.

HERMAN, V. Parliaments of the Word. Aldershot: Gower, 1986 (vol.II).

HOGARTH, J. Sentencing as a Human Process. Toronto: University of Toronto Press, 1971.

JONAS, Friedrich. Storia della Sociologia. Biblioteca Universale, Bari: Laterza, 1989.

KANT DE LIMA, Roberto. A Polícia do Rio de Janeiro. Seus Dilemas e Paradoxos. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

KELSEN, HANS. Teoria Generale Delle Norme. Torino: Giuffrè, 1976.

KOSELLECK. Futuro Passato. Genova: Marietti, 1986.

KUHN, T. La Struttura delle Rivoluzioni Scientifica. Torino: Einaudi, 1969.

LA SPINA, Antônio. La Decisione Legislativa. Milano: Giuffrè, 1989.

LEGENDRE, Pierre. El Amor del censor. Barcelona: Anagrama, 1979.

LOMBARDI, Francesca. Forme di Governo Spontaneo nelle Aree Marginali del Terzo Mondo. In sociologia del diritto, Milano: Franco Angeli, 1993.

LUHMANN, Niklas. Sociologia del Diritto. Bari: Laterza, 1977.

- _____. La Comunicazione Ecologica. Milano: Angeli, 1989.
- _____. La Codificazione del Sistema Giuridico, In: Paradigmi,VI, 16,1988.
- _____. A posição dos Tribunais no Sistema Jurídico; in Ajuris 49,Porto Alegre, julho de 1990.
- _____. Potere e Complessità Sociale. Milano: Il Saggiatore, 1979.
- _____. Come è Possibile l'Ordine Sociale. Bari: Laterza, 1985.
- _____. **SCHORR, Karl-Eberhard**. Il Sistema Educativo. Roma: Armando Editores, 1988.
- _____. Struttura della Società e Semantica. Bari: Laterza, 1983.
- _____. Potere e Codice Politico. Milano: Feltrinelli, 1982.
- _____. La Differenziazione del Diritto. Bologna: Il Mulino, 1990.
- _____. Sistemi Sociali. Bologna: Il Mulino, 1984.
- _____. Teoria Politica nello Stato del Benessere. Milano: Franco Angeli, 1987.
- _____. Stato de Diritto e Sistema Sociale. Napoli: Guida Editores, 1978.
- _____. Legitimação pelo Procedimento. Brasilia: Ed. Universidade de Brasilia, 1980.
- _____. L'Amore como passione. Bari: Laterza. 1987
- _____. Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica. Bologna: Il Molino, 1978.
- _____. Iluminismo Sociológico. Milano: Il Saggiatore, 1983.
- _____. Essays on Self-Reference. New York: Columbia University Press, 1990.
- _____. Poder. Brasília: ed. UNB, 1992.
- _____. Sociología del Riesgo. Guadalajara: Universidad Ibero-Americana, 1992.

- MAC CORMICK, N.** La Morale Istituzionali e la Costituzione. In: Il Diritto come istituzione, a cura de Massimo La Torre. Milano: Giuffrè, 1990.
- MAGALHÃES, Juliana N.** O Uso Criativo dos Paradoxos do Direito: a Aplicação dos Princípios Gerais do Direito pela Corte de Justiça Européia. Florianópolis: UFSC, 1994. (Dissertação ainda não publicada).
- MANGABEIRA, Unger R.** Law in Modern Society. In: L.E.S. Rev. V.12, 1, 1977.
- MARCH E SIMON.** Teoria della Organizzazione. Bologna: Il Mulino, 1958.
- MARCH, G JAMES.** Decisioni e Organizzazioni. Bologna: Il Mulino, 1993.
- _____ . Decisions and Organizations. Cambridge: Basil Blackwell, 1989.
- MARINELLI, Alberto.** "Strutura dell'Ordine e Funzione del Diritto". Milano: Franco Angelli, 1988.
- MARONGIU.** Il Posto del Potere Giudiziario nella Dottrina Settecentesca della Divisione dei Poteri. In Studi in memoria di C. Sposito, Marongiu Padova: Cedam, 1977.
- MATURANA, H.; VARELA, F.** Autopoiesi e Cognizione. Padova: Marzilio, 1980.
- _____ . De Maquinas y Seres Vivos. Santiago:Editorial universitaria, 1973.
- _____ . L'Albero della Conoscenza. Milano: Garzanti, 1987.
- MERRYMAN, J. M.; CLARK D. S.; FREDMAN, L. M.** Law and Social Change in Mediterranean Europe and Latin América. Stanford: Slade, 1971.
- MONGINI, Roberto.** Impuniti. Milano: Sperling & Kupfer, 1992.
- MONTESQUIEU.** Lo Spirito delle Leggi. (S. Cotta), Torino, 1973.
- MORGAN, Gareth Images.** Le Metafore dell'Organizzazione. Milano: Franco Angeli, 1993.
- NALINI, José Renato.** Recrutamento e Preparo dos Juizes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NEUMANN, F. Lo Stato Democratico e lo Stato Autoritario. Bologna: Il Mulino, 1973.

NEVES, Marcelo. A Crise do Estado: Da Modernidade Central à Modernidade Periférica. Anotações a partir do Pensamento Filosófico e Sociológico Alemão. In Revista de Direito Alternativo no. 3, São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____. Da Autopoiese à Alopoeise do Direito. Anuário do mestrado em Direito, no. 5. Recife: Editora da UFPE, 1992.

_____. A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____. Do Pluralismo jurídico à Miscelânea Social: O problema da Falta de identidade das Esferas de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas Implicações em América Latina. In: Anuário do Mestrado em Direito nº 6. Recife: UFPE, 1993.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade. Florianópolis: UFSC, (Dissertação Inédita), 1994.

NICOLA, Matteucci. Montesquieu. Antologia degli Scritti Politici. Bologna: Il Mulino, 1973.

OLIVEIRA, Edmundo. Crimes de Corrupção. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

OLSON, Mancus. La Lógica dell'Azione Colettiva. Beni Pubblici e la Teoria dei Gruppi. Milano: Feltrinelli, 1993.

PAGE, E. C. Burocrazia, Amministrazione, Politica. Un Analise Comparata. Bologna: Il Mulino, 1990.

PANEBIANCO, Angelo. Toghe e Política. In: Corriere della Sera de 7 de julho de 1994.

PARSONS, Talcott. Il Sistema Sociale. Milano: Comunità, 1965.

_____. The Presente Status of Structural-Functional Theory in Sociolgy, in The Idea of Social Structure: Papers in the Honour of Robert K. Merton, apud de Lewis A. Coser, New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1975.

_____. Societies: Evolutionary and Comparative Perspectives.

In: American Sociological Review, 29, 1964.

PERELMAN, CH. La giustizia, Torino: Laterza, 1959.

PERROW, Charles. Le Organizzazione Complesse. Colana de Sociologia.

Milano: Franco Angeli..

PINTO, FERREIRA. Manual de Direito Constitucional. Rio de Janeiro:

Forense, 1992.

PINTO DE ALMEIDA, José Maurício. O Poder Judiciário Brasileiro e sua Organização. Curitiba: Juruá, 1993.

PIZZORUSSO, Alessandro. L'Organizzazione della Giustizia. Italia. Torino:

Enaudi, 1994.

PREDIERI, A. Aspetti del Processo Legislativo in Italia. In: Studio in memoria

di C. Espósito. Padova: Cedam, 1974.

PRESSBURGER, Miguel. Direitos Humanos e Serviços Legais Alternativos,

In: Lições de Direito Alternativo 2. São Paulo: Acadêmica, 1992.

PRESTHEUS, R. The Organizational Society. New York: STMartins Press,

1978.

RAITERI, Mónica. Mercanti e Architetti del Diritto. L'Influenza delle Profizioni

nella Costruzione delle Regole Giuridiche. In: Sociologia dei Diritto: XXI.

1994/2. Milano: Franco Angeli, 1979.

REGONINI, G. "Public Choise", Una Teoria per l'analisi delli politiche

pubbliche. In: Stato e Mercato, n. 11.

RESTA, E. Conflitti Sociali e Giustizia. Bari: De Donato, 1977.

ROCHA, Leonel Severo. Matrizes Teórico-Políticas da Teoria Jurídica

Contemporânea. In: "Sequência", número 24. Florianópolis: Editora UFSC,

1992.

_____. Da Teoria do Direito à Teoria da Sociedade. In:

Teoria do Direito e Estado. Porto Alegre: S.A.Fabris, 1994. p.65-80.

ROSA, Alberto Asor. L'Ultimo Paradosso. Torino: Enaudi, 1985.

RUSONI, G. E. Razionalità, Regionalizzazione e Burocratizzazione. In: Max Weber e l'analisi del mondo moderno, Veca, Salvatore e Rusoni Zoutros. Torino: Einaudi, 1981.

SABATIER, P.; WHITEMAN, D. Legislative Decision Making and Substantive Police Information, Models of Informations Flow. Los Angeles, 1988.

SADEK, Maria Tereza; BASTOS ARANTES, Rogério. A Crise do Judiciário e a Visão dos Juizes. In: Revista da USP, Dossiê Jurídico, São Paulo: Universidade de São Paulo, 1994, N°21.

SANDULLI, A. M. Funzioni Pubbliche Neutrali e Giurisdizione. In: Studio in onore di A. Segni, IV Milano: Giuffrè, 1967

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In Direito e Justiça, a função social do judiciário. José Eduardo Farias (org.). São Paulo: Ática, 1989.

_____. O Discurso e o Poder. (Ensaio sobre sociologia da retórica Jurídica). Coimbra, Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1980.

SAPELLI, Giulio. Cleptocrazia. Il "Meccanismo Unico" della Corruzione tra Politica e Economia. Milano: Feltrinelli, 1994.

SEN, Amartyr. Corruzione e Crimine Organizzato nella Politica. Ed. Economia, no.1. Roma: Donzelli, 1993.

SILVANA, Castiglione. La macchina del diritto. Milano: Comunità.

SILVESTRI, Gaetano. Poteri dello Stato (divisione dei). In: Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, XXXIV

SIMON, H. A. "Il comportamento amministrativo". Bologna: Il Mulino, 1958.

_____; **Thompson e Smithburg.** Public Administration. New Brunswick(USA), Transaction Publisher, 1991.

_____. La Ragione nelle vicende umane. Bologna: Il Mulino, 1984.

SPAGNA MUSSO, Giudice. Nozione e profili costituzionali. In: Enciclopedia dei Diritto, XVIII, p. 934.

- SCHWARTZ, Stuart B.** Burocracia E Sociedade No Brasil Colocial. São Paulo: Perspectiva, 1979.
- TARELLO, Giovanni.** L'interpretazione della legge. Bologna: Zanichelli, 1974.
_____. Cultura giuridica e politica del diritto. Bologna: Il Mulino, 1988.
- TAYLOR, F.W.** L'Organizzazione scientifica del lavoro. Milano: Etas Kompass, 1967.
- TEUBNER, Gunter.** O Direito Como Sistema Autopoiético. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 1989.
- TREVES, R.** Giustizia e giudici nella società italiana. Bari: Laterza, 1975.
_____. Introduzione alla sociologia del diritto. Milão: Einaudi, 1980.
- TRUMAN, David.** The governamental Process. New York: Alfred A Knopf, 1958.
- TURONE, Sergio.** Politica Ladra. Storia della corruzione in Italia (1861-1992). Bari: Laterza, 1993.
- VARELA, F.** Scienza e tecnologia della cognizione. Firenze: Hopeful Monster, 1987.
- VERBITSKY, Horácio.** Hacer La Corte. Buenos Aires: Planeta, 1993.
- VIEIRA, Oscar V.** Supremo Tribunal federal - Jurisprudência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- VIEIRA, José Ribas.** O Judiciário e a Democratização Adiada. In Lições de Direito Alternativo n° 2. São Paulo: Acadêmica, 1992, pp. 115-125.
_____. O Poder Judiciário e a República: a Democratização Adiada. In: Revista de Ciência Política n° 2, vol. 33, fev/abr 1990, pp. 101-107.
- WATZLAVICK, P.** La realtà inventata. Milano: Feltrinelli, 1988.
- WEBER, Max.** Economia e società. Vol. III. Milano: Comunità, 1974.
- WEHLING, Arno e WEHLING, M. J.C.** Formação do Brasil Colonial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

WERNER, Krawietz. El Concepto Sociologico del Derecho. México: Distribuciones Fontamara, S.A., 1993.

WOLKMER, Antonio Carlos. Instituições e pluralismo na formação do direito brasileiro. In: Teoria do Direito e do Estado, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994.

_____. Pluralismo Jurídico, Fundamentos De Uma Nova Cultura Do Direito. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. Poder Judiciário. Crise, Acertos e Desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZELENY, Milan. Autopoiesis. A Theory of Living Organization. New York:, North Holland, Elsevier, 1981.

_____. Autopoiesis, Dissipative Structures and spontaneous social orders. Colorado: Westviw Press, 1980.