XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

ELIANA MARIA DE SOUZA FRANCO TEIXEIRA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos; Eliana Maria De Souza Franco Teixeira – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-870-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O presente grupo de trabalho funcionou conjuntamente com o grupo de trabalho Hermenêutica Jurídica. A união das duas áreas revelou-se adequada porquanto os temas tratados não só fizeram referência às questões mais caras do teoria constitucional clássica e moderna, a exemplo da dinâmica da democracia e do controle de constitucionalidade, como também permitiu que novos desafios da teoria constitucional pudessem ser abordados a partir da longa trajetória metodológica da Hermenêutica Jurídica. Esse encontro virtuoso de textos e expositores estimulados e abertos ao debate, materializou o desenvolvimento de um excelente trabalho de reflexão sobre o atual estágio da Teoria Constitucional e da Hermenêutica Jurídica no Brasil, especialmente, propiciando análises oportunas sobre a realidade nacional, notadamente no que se refere aos direitos sociais, direito à informação, ativismo judicial e inteligência judicial. Temos certeza de que as leituras que compõem o presente Grupo de Trabalho, associado ao de Hermenêutica Jurídica, serão muito úteis para todos aqueles interessados em retomar antigos temas e avaliar novas temáticas a partir de reflexões inteligentes e oportunas.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA

Profa. Dra. Eliana Maria de Souza Franco Teixeira - UFPA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS E A TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

THE STATE OF UNCONSTITUTIONAL THINGS AND THE THEORY OF NIKLAS LUHMANN SYSTEMS

Mauro Augusto Ferreira da Fonseca Junior
Carla Noura Teixeira

Resumo

Este trabalho nasceu da falta de concretude entre sistemas jurídicos que possam dialogar com outros elementos externos a sua funcionalidade. Buscou-se a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann em demonstrar como sistema autopoiéticos funcionam. Sendo que em última análise tem-se a efetiva aplicação de seus conceitos na contemporaneidade jurídica. Foi então, que a recente declaração de Estado de coisas inconstitucionais se mostrou um excelente objeto de estudo para aplicação dos conceitos da Teoria dos Sistemas. O presente trabalho, tem pôr objetivo descrever, ainda que sucinto, esses mecanismos e exemplificar a concretude de como eles funcionam, baseando-se no funcionalismo de Luhmann.

Palavras-chave: Teoria dos sistemas, Estado de coisas inconstitucionais, Interferências, Acoplamento estrutural, Omissão

Abstract/Resumen/Résumé

This work was born from the lack of concretization between the legal systems that can dialogue with other elements outside its functionality. Niklas Luhmann's theory of systems was sought to demonstrate how the autopoietic system works. Being that ultimately has an applied application of its concepts in the contemporary legal. It was, therefore, a recent declaration of the unconstitutional state of affairs, an excellent object of study for the application of the concepts of systems theory. The present work aims to describe, although succinct, the mechanisms and exemplify an embodiment of their operation, based without Luhmann's functionalism

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Systems theory, State of unconstitutional things, Interferences, Structural coupling, Omission

1. INTRODUÇÃO

Niklas Luhmann foi sociólogo e viveu nos entre os anos de 1927-1998 na Alemanha, do qual passou grande parte do tempo criando a sua Teoria dos Sistemas Sociais. Seu paralelo da sociedade com a funcionamento biológico e os conceitos por ele desenvolvidos se mostraram de grande relevância para o funcionalismo jurídico de modo a encontrar repercussões até hoje na juridicidade atual.

O seu diferencial não está somente na forma como que ele se preocupou descrever o funcionalismo jurídico no meio social, mas na singularidade do seu pensamento em juntar um análise social com um organograma social jurisdicional.

Para tanto, ele conseguiu elaborar seu pensamento com o intuito de ser uma teoria social a todo um sistema abrangente, em outras palavras, a descrever o funcionalismo de todo e qualquer sistema social, independentemente de formação ou política de Estado. Uma teoria única que contempla todo e qualquer ideia de funcionalismo social.

Em palavras simples, ele interpretou a sociedade como um sistema orgânico, sempre analisada pela distinção entre o meio social e o sistema como um todo, de modo que os conceitos biológicos (ou metáforas biológicas com a sua teoria) vieram das descobertas das ciências exatas e biológicas modernas. (Neves, 1996).

Esse intercâmbio de ideias gerou conceitos que permeiam grande parte de todo o seu pensamento, tais como sistemas auto-poiéticos, auto referências, sistemas operacionalmente fechados e abertos, dentre outros.

De todo modo, o que se quer demonstrar é a contemporaneidade e atualidade de tais conceitos funcionais e autoaplicáveis descritos por Luhmann. Para tanto é possível criar uma relação sistêmica social com o conceito jurisprudencial de Estado de Coisas Inconstitucionais.

Em resumo o Estado de Coisas Inconstitucionais foi trazido para o sistema jurídico brasileiro por meio do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental número 347, cuja a relatoria no Supremo Tribunal Federal foi do Ministro Marco Aurélio. Em seu conceito, o qual será esmiuçado de maneira mais completa nos tópicos a seguir, o Relator se pautou em um quadro insuportável de violações de direitos fundamentais começam a ocorrer de forma massiva ou generalizada, decorrente da omissão ou comissão de diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia reiterada dessas mesmas

autoridades, ou seja, a estrutura da ação estatal está com sérios problemas e não consegue modificar a situação tida como inconstitucional. (Cappelletti, 1971)

Nessa medida, para enfrentar o litígio da espécie, os juízes constitucionais (representados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal) acabam fixando "remédios estruturais", voltados ao redimensionamento dos ciclos de formulação e execução das políticas públicas, o que não seria possível por meio de decisões comuns.

A bem da verdade, a finalidade da adoção dos remédios estruturais é superar os bloqueios políticos e institucionais instalados e aumentar a deliberação e o diálogo sobre causas e soluções do Estado de Coisas Inconstitucional.

Observa-se que este conceito jurisprudencial pode ser trabalhado dentro de uma perspectiva da Teoria Social dos Sistemas, pelos próprios conceitos pensados por Luhmann, sendo este o objetivo do presente trabalho.

Do ponto de vista metodológico esse artigo seguiu o modelo dedutivo, do qual passou para o contexto maior e mais abstrato da teoria dos sistemas e do chamado Estado de Coisas Inconstitucionais, para então se chegar a problemática, qual seja a interlocução entre os dois: a codificação entre sistemas.

Para tanto, este artigo está estruturado em quatro pontos principais: em um primeiro momento será abordado os conceitos introdutórios e mais importantes, ainda que se forma objetiva, da Teoria dos Sistemas Sociais; logo após esses conceitos faz-se necessário a abordagem do que vem a ser o Estado de Coisas Inconstitucionais; em um momento posterior em que nível há a efetiva correlação entre os conceitos de Luhmann e o Estado de Coisas Inconstitucionais; por fim, algumas considerações sobre essa imperiosa relação.

2. UMA BREVE ANÁLISE DOS CONCEITOS DE LUHMANN.

Em verdade, há de se trabalhar alguns conceitos da Teoria do Sistemas Sociais, mas que fique claro o objetivo. Não se quer detalhar a vasta e complexa teoria de Luhmann neste ensaio, o que se quer é trazer os conceitos dos quais ele trabalha e demonstrar a correlação com o sistema jurídico atual.

Para tanto há de se ter em mente de maneira clara seus conceitos básicos para então podê-los problematiza-los, o que será exposto a seguir.

2.1 GRUPOS SOCIAS.

Para começar a entender a teoria de Luhmann se faz necessário que entenda o perfil funcionalista de Luhmann. Ele se preocupa apenas em descrever como funciona a sociedade e de que forma ela se estrutura. Desse modo o ponto inicial de análise para entender o meio social deve-se ter em mente que tudo acontece nele, em outras palavras, todo e qualquer fenômeno social faz parte da sociedade e como tal para se entendê-la, deve se voltar aos seus membros, ou grupos sociais.

Armin Mathis coloca assim esse primeiro momento da Teoria dos Sistemas (2018, p.8):

> O ponto de partida da abordagem de Luhmann sobre a sociedade é a constatação de que cada tentativa de descrever a sociedade acontece dentro da sociedade. Sendo assim, teoria da sociedade como descrição é auto-lógica, isto é, a descrição da sociedade tem que incluir uma descrição da própria teoria, que é a base da descrição da sociedade. A descrição da sociedade é um fenômeno social e sendo assim, faz parte da sociedade. A sociedade é da sociedade. Esse componente auto-lógico em contunjo com a falta de metodologia adequadas para analisar sistema de alta complexidade é, na opinião de Luhmann, a razão da escassez de uma teoria da sociedade na sociologia contemporânea.

Assim, ao entender que a sociedade deve ser descrita por observações contidas nela mesma é que Luhmann se volta a entender os Grupos Sociais, isto porque é na relação entres os Grupos Sociais é que a sociedade tende a se desenvolver e apreender, de modo que a estrutura social vai estar pautada nessas integrações, logo de maneira direta os Grupos Sociais serão um emaranhado de indivíduos dentro de um sociedade que dividiram conceitos morais, culturais e ações sociais comuns se agrupando para o melhor convívio.

André Trindade afirma que: (2008, p. 17)

> Na sua primeira fase, Luhmann apresenta uma teoria que cria um sistema de diferenciação entre as partes do sistema social conforme suas estruturas e função. Ao dividir o meio em sistemas, Luhmann consegue observar cada fração do meio com suas características específicas de forma alheia, as influências dos demais sistemas. A redução da complexidade é para Luhmann a principal característica de um meio que busca o seu desenvolvimento. A busca pela ordem deve ser a pauta de um sistema social. Assim, a doutrina luhmarmiana procurou estabelecer uma teoria geral da sociedade, que pudesse descrevê-la.

Ora essas estruturas isoladas nada mais são que os Grupos Sociais, o qual ditam o funcionamento social. Assim, Luhmann apresenta uma descrição da sociedade não como um fato isolado mais como um sistema social que envolve a totalidade das comunicações entre os indivíduos. De modo que sem a comunicação não há sociedade. Os limites tendem a ser estruturados pelas comunicações entre os Grupos Sociais, ou seja, tudo que não é de fato comunicação não faz parte do sistema social pois passa longe de seus mecanismo de controle, sendo que esses elementos que não são comunicação, são pertencem a sociedade estruturam mais o meio em si. (Mathis, 2018).

Por fim, André Trindade completa: (2008, p. 20):

> Para Luhmann, a sociedade somente poderia ser descrita por uma teoria que parte dos sistemas sociais uma vez que as demais teorias sociológicas não apresentam subsídios para enfrentar os avanços e a complexidade social moderna. Em síntese, cada sistema forma parte do meio dos outros sistemas. Isso quer dizer que cada sistema não percebe aos outros como sistemas, senão como aquela parte da complexidade que não se reduz com ajuste ao código e aos programas próprios? Ao desenvolver uma hipótese que busca descrever a sociedade através de uma teoria geral, Luhmann gera uma transformação epistemológica na teoria jurídica, e, desta forma, contesta a doutrina Analítica e a doutrina Hermenêutica, produzindo uma teoria que, além de apresentar-se como um postulado de cunho inovador, possibilita uma nova metodologia de observação da sociedade. Uma doutrina que observa a complexidade da sociedade contemporânea e procura reduzi-la.

Desta feita, o conceito de Grupo Social é o primeiro passo para entender o funcionalismo proposto por Luhmann, pois é ele que pauta todas as relações comunicativas na estrutura social e por consequências as suas futuras relações jurídicas. Apenas para fins conceituais, a ideia de Grupo Social se assemelha ao ideal de Órgão da biologia, visto que um emaranhado de órgãos formaram um sistema determinado.

A bem da verdade é que Luhmann parte da assunção de uma realidade decomposta em sistemas, entendidos como conjuntos de ações ou dispositivos que se articulam com vista à produção de um efeito, sendo a unidade do seu peculiar sistema, em outras palavras os sistemas interagem tão somente entre si e como ele produzem seus resultados de maneira funcional e orgânica. Essa é uma orientação funcionalista.

Essa dinâmica é bem colocada quando analisado no contexto de grupos sociais pois eles fazem parte de uma matéria ou organismo maior, que coexistem no mesmo ambiente, de modo que o seu conteúdo nunca vai ser fixo ou preestabelecido.

Esta analogia não é apenas didática é conceitual, pois Luhmann se apropriou se vários termos da biológica quando teorizou os sistemas sociais, conceito esses que estão sempre presentes em seus estudos (Mathis, 2018).

2.2 O SISTEMA AUTOPOIÉTICO.

Para iniciar a discussão acerca deste conceito traz-se as palavras de Armin Mathis (2018, p. 7):

> A interpretação de sistemas sociais como sistema constituído por sentido e como algo que ao mesmo tempo constitui, expressa mudança de paradigmática na teoria geral dos sistemas, onde a distinção parte/todo foi substituído pela diferença sistema/meio, e a distinção sistema aberto/sistema fechado cedeu lugar ao modelo da *autopoisesis*. Isso fica claro quando nos enfocamos a operação que usam e produzem sentido. São aquelas que permitem distinguir o sistema do meio ou distinguir entre auto-referência e Hetero-refêrencia. A diferença sistema/meio aparece duplamente; primeiro como diferencia

> produzida pelo sistema, e segundo como diferença observada dentro do sistema.

Observa-se que nas colocações de Armin Mathis é possível identificar já a transformação da teoria sistêmica clássica e a adoção para o chamado sistema Autopoiético. Em tal conceito sistêmico Luhmann entendeu que os sistemas tendem a ser fechados e se comunicam por meio de códigos próprios que apenas tais sistemas tem a capacidade de entender e dialogar, daí autopoiético pois eles mesmos tendem a ser auto suficientes em encontrar soluções a problemas sistêmicos.

Em outras palavras o sistema autopoiético se auto reproduz com base em seus códigos e conceitos com o nítido intuído de resolver demandas e compilações dos grupos sociais. Em teoria sistemas autopoiéticos tendem a resolver a complexidade internas por eles mesmos sem interferências externas.

As complexidades sistêmicas são para Luhmann as várias escolhas para a resolução de conflitos que o sistema pode dar, de modo que a contingência deve dar apenas um caminho para que se possa reduzir essas complexidades.

Leonel Rocha assim coloca: (2005, p. 69):

> A idéia da complexidade traz consigo o ensejo de que o campo ilimitado do mundo do possível (paradoxo) não é um mundo real. Com isso, serão as equivalências funcionais as responsáveis pela possibilidade fática do desvelamento dado pela observação. A complexidade é, então, reconstruida a partir de outro prisma: a de sua redução. É sua redução que, paradoxalmente, permite a evolução social, e mais: é o que permite toda a origem da interação social.59 No entanto, o problema da interação social não pode ser embasado na hipótese de que a complexidade se dá quando dois indivíduos se comunicam. Deve-se entender o problema da contingência não somente como um problema a ser enfrentado, mas como uma questão que gera maiores possibilidades para sua própria resolução.

A sociedade sistêmica em si apresenta diversas possibilidades do que o senso humano pode perceber. Ela é complexa demais para sua capacidade sensitiva. A contingência reside no fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas. Disso se deduz que a contingência possui, intrínseca, a possibilidade de desapontamento.

Leonel Rocha exemplificou dessa forma: (2005, p. 70):

> Exemplificando: duas pessoas estão prestes a se conhecer. Cada um determina suas condutas mediante observações recíprocas. A observa B e resolve comportar-se X. E observa e resolve comportar-se X (mas poderia se comportar Y). Por uma simples suposição, geram certeza de realidade (assim como poderiam ter gerando incerteza). Estabelecem seus limites a partir de si mesmos. É mediante as ações de um e de outro, podem estabelecer ações outras que levarão a ação de ambos (o casamento). A dupla contingência, é, portanto, estabelecimento dos próprios limites em relação ao objeto a partir do próprio

> objeto, conseguindo-se expectativas razoavelmente seguras de um futuro em aberto.

Por um outro lado, Luhmann também reconhece que um sistema tende a ter limites operacionais, entendendo assim que não há como ter um sistema totalmente fechado. Leonel Rocha também assim acentua: (2005, p. 72)

> Como já referido, os sistemas sociais possuem limites, no que se diferenciam radicalmente das estruturas limites de sentido. O sentido pode ser visto como uma pré-categoría língúística que vai dar vazo à linguagem. Não se pode responder à questão do que vem a ser o sentido, uma vez que é necessário usar do sentido para se obter a resposta. Mas se pode dizer que o sentido é o processo originário de comunicação (socialização). É o seu momento fundamental. O sentido é o mundo da operação humana (e não a comunicação) e possui intrínseca a negação, a dicotomia sim/não. Os sistemas vão, resumidamente, dar as ações humanas sentido.

O que se extrai dessa limitação é o reconhecimento de que deve haver a chamada abertura operacional, no qual os sistemas fechados teriam uma abertura, quase que como uma válvula de escape, para operar, de modo que ela seria o nexo de casualidade entre o exterior e o interior, ocorrendo assim uma transição maior entre elementos dentro e fora do sistema, os códigos.

Daí a formação de um sistema ideal de autopoíese, como bem definiu Leonel Rocha: (2005, p. 38)

> O sistema autopoiético é aquele que é simultaneamente fechado e aberto, ou seja, é um sistema que tem repetição e diferença, tendo que equacionar no seu interior esse paradoxo, que o os operadores do Direito vão usar como critérios para tomar decisões. Assim, a ideia de autopoíese surge como necessidade de se pensar aquilo que não poderia ser pensado. É um sistema que não é nem fechado nem aberto. Por quê? Porque um sistema fechado é impossível não pode haver um sistema que se auto-reproduza somente nele mesmo. E um sistema aberto seria só para manter a ideia de sistema. Se falarmos em sistema aberto, já nem falamos mais em sistema, podemos falar de outra coisa. Então, o sistema fechado não é possível, sistema aberto é inútil.

Logo, para Luhmann, o sistema ideal não é um totalmente fechado, mas aquele que possibilite uma margem de abertura a fim de dialogar com códigos que lhe não seriam totalmente comuns ou conhecidos. O único ponto é que tal abertura só poderia acontecer em uma pequena brecha na estrutura do sistema, pois uma abertura total ocasionaria a inclusão de vários elementos estranhos as códigos de comunicação do sistema ruído com a estrutura como um todo.

Na verdade, o que propõe Luhmann é fornecer um modelo teórico analítico dos sistemas de interação, partindo da ideia basilar de redução de complexidade dentro do universo social, levando em consideração que a sociedade exige ou tem a expectativa necessidade de ordem social, o que o faz romper com os conceitos clássicos sociais e

entende o sistema como um organismo uno que deve lidar com as interferências e não ser totalmente fechado.

Sem adentrar em um todo com o conceito de acoplamento estrutural de Luhmann (até porque não é objetivo do presente ensaio), mas deve haver um contato no mínimo com sistemas abertos que tenham o mesmo entendimento ou pontos em comum sob o risco de não conseguir efetivamente chegar a um diálogo entre os sistemas, o principal objetivo de sistemas abertos não será concretizado.

De todo modo, a abertura do sistema, seja no modelo ideal de Luhmann ou não, causará repercussão nos sistemas que fazem tal abertura, as chamadas interferências sistêmicas, conceito este tratado no próximo tópico.

2.3 INTERFERÊNCIAS SISTÊMICAS.

Para entender o que Luhmann vem dizer sobre as interferências, faz-se necessário um retorno ao conceito descrito agora a pouco sobre a auto produção do sistema. O gatilho para uma o sistema se auto reproduzir são as chamadas interferências ou ruídos no sistema autopoiético. (Luhmann, 1997).

Nesse ponto, deve-se lembrar que os sistemas tem uma válvula de operação aberta, funcionando como uma saída operacional para o diálogo com outros sistemas, a essa abertura, Luhmann chamou de acoplamento estrutural, na palavras de André Trindade (2008, p. 89):

> Para que o processo autopiético ocorra, é imprescindível que haja comunicação com outros sistemas. Essa técnica de troca comunicativa é denominada de acoplamento estrutural. O acoplamento estrutural serve para que outros sistemas - que possuam conteúdos pertencentes também ao sistema jurídico - realizem trocas commulcativas.244 Nesse caso, pode-se afirmar que um mesmo fato do mundo da Vida pode ser incluído em mais de um sistema. Isso ocorre devido à possibilidade do conteúdo do fato ser aceito por mais de um código seletor. Como exemplo desse acoplamento estrutural pode-se citar a Constituição. Ela serve de elo entre o sistema jurídico e o político.

A esse estimulo constantes que a válvula aberta de operação darão ao sistema, geram as chamas interferências e por elas ocasional a auto produção do sistema.

O ambiente pode irritar o sistema, levando-o a se auto-produzir. A irritação provocada pelo ambiente é um estímulo à autopoiese do sistema. Mas é importante saber que a própria irritação faz parte do sistema. Luhmann (1997), a esse respeito, afirmou que irritações se dão sempre e inicialmente a partir de diferenciações e comparações com estruturas (expectativas) internas aos sistemas, sendo, portanto, é sem dúvida um produto do sistema.

Algumas possibilidades do ambiente irão chamar a atenção do sistema, ou seja, irão irritá-lo. O passo seguinte será, então, a seleção de elementos, de acordo com o sentido atribuído pelo sistema a tais elementos. Esse sentido depende da função do sistema. Por isso, as informações são sempre construtos internos. Somente os sistemas sociais e psíquicos selecionam através do sentido, em ouras palavras que tenham o mesmo código.

Sobre esse conceito de irritação, Luhmann coloca (1999, p. 42):

> O ambiente não contribui para nenhuma operação do sistema, mas pode irritar ou perturbar (como diz Maturana) as operações do sistema somente quando os efeitos do ambiente aparecem no sistema como informação e podem ser processados nele como tal.

Ao trazer essa perspectiva para uma realidade do sistema jurídico, o Direito visto como um sistema autopoiético teria como a sua válvula de abertura operacional a Constituição, sendo ela o instrumento que proporcionaria um efetivo acoplamento estrutural entre sistemas jurídicos, a fim de resolver os problemas que eventualmente um sistema fechado tenda a não resolver.

Em nível de aprofundamento teórico, quando há um acoplamento estrutural com sistemas que não tenham o mesmo código é inevitável o choque entre sistemas, pois eles não vão conseguir dar vazão ou solução as irritações que lhe serão apresentadas dado a não comunicação entre os códigos. Em última análise não encontrando solução para essas irritações o sistema, operacionalmente, irá travar e com o travamento o bloqueio funcional da sua estrutura. (Luhmann, 1997).

Por um outro lado, há de se compreender que as interferências vem da ideia básica de redução de complexidade que os grupos sociais tendem sempre a procurar. Pois, em um organismos, do qual habitam vários outros grupos, há uma diferenciação basilar entre eles, sendo o conceito social não operando com o objetivo de reduzir tais complexidades, apenas tendo uma maior dificuldade em dialogar como esses grupos.

Ainda sobre essa perspectiva Di Giorgi complementou dessa forma (1994, p. 10):

> O acoplamento estrutural designa quais são e como ocorrem as “dependências” do sistema em relação ao ambiente, ou seja, como essas “dependências” se compatibilizam com a autorreprodução do sistema. Isso não quer dizer que o ambiente determina as operações do sistema, ele apenas produz perturbações ou interferências ou, ainda, ruídos (sem qualquer pressuposto causal) que só são reconhecidas porque o próprio sistema processa essas informações com operações que lhe são próprias.

Em outras palavras, as constantes relações entre ambiente e meio em sistemas operacionalmente abertos e fechados irão gerar tais irritações, elas são inevitáveis e

ocasionalmente boas para o sistema, pois são elas que provocam a auto reprodução do sistema, Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Grazielly Alessandra Baggenstoss colocam assim: (2011, p. 328):

> O ambiente pode interferir no sistema e provocar sua autoprodução, pois se trata de um estímulo à sua autopoiese. A esse respeito, Kunzler explana que as irritações [ou interferências] se dão sempre e inicialmente a partir de diferenciações e comparações com estruturas (expectativas) internas aos sistemas, sendo, portanto, – do mesmo modo que a informação – necessariamente produto do sistema. Algumas possibilidades do ambiente irão chamar a atenção do sistema, nele causando interferências.

Portanto, as interferências são importantes o problema surge com elas ocorrem de acoplamentos estruturais em sistemas não comunicantes dando margem para os bloqueios e travamento operacional do sistema e impedindo o seu funcionamento. Evitar tal travamento tende a ser o maior desafio de sistemas operacionalmente abertos, pois constantemente, ele estará sujeito a códigos e ambientes que não lhe são totalmente comuns, e, por conseguinte, sujeito a esse possível risco de acoplar com códigos desconhecidos originando travamento sistêmicos.

3. O ESTADO DE COISAS INCONTITUCIONAIS.

Antes de iniciar qualquer discussão mais aprofundada sobre o que vem a ser o conceito jurisprudencial do Estado de Coisas Inconstitucionais implementado pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental número 347, é necessário alguns apontamentos teóricos de cunho existencial e basilar.

Em primeira análise de apontamento teórico, deve-se ter em mente que tal conceito advêm de uma omissão por parte do Poderes do Estado Constitucional em dar concretude a Direitos Fundamentais ou Direitos Constitucionais dentro do sistema social. Tal omissão pode ser citada das formas mais diversas possíveis, seja no momento em que o legislador não regulamenta normas para dar essa efetividade desejada ou o executivo, por sua vez, não consegue implementar uma determinada política que venha a garantir tais Direito. (Campos, 2016).

Diante desse quadro, e em busca da efetivação desses Direitos, os atores jurídicos tenderam a buscar o Poder Judiciário a fim de efetivar Direitos Constitucionais com o cunho de determinação judicial de grande intervenção, Carlos Alexandre de Azevedo Campos descreve esse primeiro contato entre o judiciário, no plano internacional, com esse conceito (2016, p.96):

> Para proteger a dimensão objetiva desses direitos, a Corte Constitucional colombiana acabou tomando medida extrema: reconhecer a vigência de um ECI. Trata-se de decisão que busca conduzir o Estado a observar a dignidade

> da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais uma vez que esteja em curso graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos. O juiz constitucional depara-se com uma realidade social necessitada de transformação urgente e, ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasses políticos que implicam além do estado inconstitucional em si mesmo, a improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos fundamentais, sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial.

Observa-se que a omissão e a constitucionalização de direitos fundamentais dá abertura para que os juízes constitucionais possam interferir (em maior ou menor grau) e determinar que a confecção de leis ou elaborações de políticas públicas a fim de sanar essa falta de garantia e efetividade.

A bem da verdade, a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucionais é baseada na omissão das outras funções do Estado em garantir direitos constitucionais, e para tanto a função judiciaria puxa para si o impulso de supervisionar o processo de superação dessa omissão, não deixando mais as outras Funções tão livres no exercício de seu poder originário. (Campos, 2016).

Por óbvio essa assunção de competência por parte das cortes constitucionais tem pontos negativos e positivos dentro de uma lógica de Estado Democrático de Direito. Todavia este não é o objetivo deste ensaio, apenas buscou-se colocar de onde advêm a sua conceituação e a utilização pelo Sistema Jurídico brasileiro. Não se tem a ambição de fazer qualquer juízo de valor sobre o instituto posto e sim (nos moldes funcionais) apenas de descrevê-lo.

Pois bem, como colocado nos parágrafos anteriores a declaração do Estado de Coisas Inconstitucionais é uma afirmação de um modelo de ativismo judicial, com o nítido intuído de superar omissões legislativas e executivas do modelo de Estado, em especial na efetivação de Direitos Sociais e Garantias Individuais devidamente constitucionalizados, em última análise o Estado de Coisas Inconstitucionais funciona como um controle da omissão estatal, seja em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade. (Campos, 2016).

No caso do Supremo Tribunal Federal, o Estado de Coisas Inconstitucionais entrou por força do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio. Entretanto, antes de adentrar efetivamente na ação é necessário entender o que levou tal fato de decretação do Estado de Coisas Inconstitucionais.

Para tanto, Carlos Alexandre de Azevedo Campos coloca (2016, p.258):

> Como toda constituição democrática contemporânea, a nossa de 1988 possui, em seu núcleo, a previsão de um amplo catálogo de direitos fundamentais, veiculados tanto por meio de regras definitivas quanto por enunciados normativos vagos e indeterminados (princípios), e mediante o qual foi versado

> o equilíbrio de poder entre sociedade e Estado. Trata-se de direitos negativos e positivos, de matrizes liberais e social, indivíduos e coletivo exigir do Estado o compromisso com o desenvolvimento da pessoa humana em bases livres e igualitárias. O Estado brasileiro é vinculado à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, incisos III e IV). Possui objetivos fundamentais: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem geral, sem quaisquer preconceitos ou discriminações.

Observa-se que por tal fundamentação, o Supremo Tribunal Federal estaria devidamente autorizado, quando houvesse provocação, a deliberar sobre tais matérias, que ainda não sendo totalmente jurídicas se tornaram constitucionais pela Constituição de 1988, e com isso a possibilidade de ações pelo judiciário a fim de garantir esses Direitos.

Nesse sentido, pode-se citar vários mecanismos, constitucionais, que autorizem o judiciário a garantir a efetividade dessas matérias. É o caso do Mandado de Injunção, com o nítido intuito de suprir omissões legislativas, dando a possibilidade de o judiciário interferir no procedimento legislativo e constranger tal Poder para supri-lo.

Mas o mecanismo que efetivamente interessa, e foi utilizado para a decretação do Estado de Coisas Inconstitucionais, é a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Nesse tocante, Carlos Alexandre de Azevedo Campos afirma (2016, p.259):

> Não obstante, o principal instrumento é, sem dúvida, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. O instrumento possui natureza de processo objetivo e tem aplicação abrangente. Dentro do conceito de "ato do Poder Público" (artigo 1º, *caput*, da Lei 9.982/99), com objetivo de controle pela ADPF, encaixa-se, perfeitamente, a noção de falhas estruturais e de "realidade inconstitucional". Ato do Poder Público não é apenas ato isolado ou comissivo de um poder, mas podem ser atos de diferentes autoridades, órgãos e poderes, e também a missão generalizada e persistente. Ademias, esses atos podem ser da competência das três distintas esferas federativas. Daí por que podem ser incluídas, como objeto da ADPF, falhas estruturais que configuram deficiências de formulação e implementação de políticas públicas. No mais, não há qualquer dúvida que a violação massiva e persistente de direitos fundamentais satisfaz, com sobras, o requisito da "lesão a preceito fundamental".

Por esse instrumento, foi ajuizada a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental número 347 de relatoria do Ministro Marco Aurélio, do qual pediu o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucionais relativo ao sistema carcerário brasileiro e adoção de providências face a massiva violações de preceitos fundamentais pelos sistema brasileiro nacional e a omissão dos outros poderes frente a esse problema.

Na sua ideia inicial, defendeu-se estarem presente todos os Requisitos para a decretação do Estado de Coisas Inconstitucionais, quais sejam a vigência de um quadro massivo de violação de preceitos fundamentais individuais e de garantias sociais aos detentos, seja em saúde, educação e segurança dos internos. A multiplicidade de atos

comissivos e omissivos dos outros Poderes frente as constantes provocações de resolução dessa problemática. E a adoção de medidas pelo Judiciário a fim de garantir a efetividade de tais Direitos Sociais, Individuais e Constitucionais que estão sendo violados, medidas essas que alcançassem todos os Estados da Federação a fim dar resolução ao problema.

Como media o Supremo Tribunal Federal tomou a seguinte decisão:

> CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como "estado de coisas inconstitucional". FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016).

Sob a referida decisão, a maioria dos Ministros entendeu estar presente os requisitos do chamado Estado de Coisas Inconstitucionais, sendo a violação de tais Direitos Constitucionais sendo feita de forma sistemática de reconhecida omissão, decretando a falência estruturais do Poder Executivo e Legislativo em dar garantia esses Direitos, dando falência ainda as ineficazes políticas públicas desses Poderes para se resolver o problema.

De todo modo (como colocado acima), não se pretender discutir críticas ou elogios ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o Estado de Coisas Inconstitucionais, o que se pretender e mostrar como ele foi usado e os motivos que levaram a sua decretação, com o objetivo de um visão de Luhmann e mostrar o funcionalismo de tal Estado de Coisas Inconstitucionais e se ele efetivamente dialoga com o Direito e principalmente com o sistema Jurídico Brasileiro.

Tema do próximo tópico.

4. AS INTERFÊRENCIAS SISTÊMICAS E O ESTADO DE COISAS INCOSTITUCIONAIS: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES.

Como dito, chega-se ao ponto principal deste ensaio, resgatar as ideias de Luhmann nunca de mostrou mais atual. Veja-se que o conceito de sistema autopoiético é

a melhor definição para o Direito, isto porque o Direito trabalha efetivamente dentro de um sistema fechado, com seus códigos e comunicação própria, de modo a sempre reduzir complexidades e contingenciar os grupos sociais. (Luhamm, 1994).

Entretanto por ser um sistema autopoiético, ele também tem uma válvula operacional aberta a fim de solucionar essas possíveis contingências dos grupos sociais, essa abertura ocasiona inevitavelmente o contato com códigos com os quais o Direito não comunica, sendo importante não haver uma abertura total mais somente aquela em que os códigos possam, mesmo que diferentes, dialogar, e haver um efetivo acoplamento estrutural e resolver tais contingências.

Quando o sistema jurídico de abre demais para códigos que eles efetivamente não conversa ou não entende, o acoplamento estrutural não acontece da forma com que deveria e por consequência as irritações, que seriam até normal para o sistema, passam a ser interferências sistêmicas do qual o sistema jurídico não consegue dar vazão ou solucionar a contingência, por simplesmente não compreender os outros códigos trazidos a ele, não sendo, em última análise, mais autorreferente e sim dando um travamento ao sistema, do qual parará de produzir (Costa, 2018).

Ao trazer esses conceitos para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em que criou o Estado de Coisas Inconstitucionais, é possível verificar as interferências sistêmicas de Luhmann.

Observa-se que ao decretar o Estado de Coisas Constitucionais, o Supremo Tribunal Federal comunicou o Direito a códigos que não efetivamente conversa com as suas estruturas. Ao impor, por exemplo, que ele Supremo contingencie orçamento público a fim de resolver a falta de efetividade dos Direitos Sociais e Individuais para o encarcerado, assume políticas públicas de orçamento administrativo da União e retira a discricionariedade do administrador público para deliberar sobre o ato administrativo.

Nesse sentido, endente-se que o limite para a atuação judiciaria é muito tênue, sendo os juízes muito tentados a ultrapassar qualquer que seja o limite determinado. Portanto, o que parece mais factível é a não intervenção do judiciário em Políticas Públicas, ao passo que a legalidade tende sempre a ser respeitada por o administrador atua dentro da discrionariedade que lhe e conferida por lei e da Teoria Geral dos Atos Administrativos. (Omar, 2010)

As limitações institucionais do processo adjudicatório, decorrentes das elevadas restrições à participação, geralmente fazem dos demais processos melhores alternativas institucionais. Mas nem sempre. Nas situações em que a distribuição é invertida (de

homogêneo para heterogêneo), por exemplo, o processo adjudicatório tem significativas vantagens em relação aos demais processos.

A independência do Judiciário, que costuma caracterizar o início e o fim das análises institucionais a respeito dos juízes, tem um preço elevado. Com o objetivo de promover independência e imparcialidade, bem como de mitigar males de um Judiciário sem compromisso com o povo, uma série de regras, procedimentos e práticas aumentam tanto os custos de participação no processo judicante que muitas questões sociais importantes, embora tratadas de forma ruim em outros lugares, não serão judicializadas. As mesmas regras e procedimentos diminuem a capacidade técnica dos juízes em relação aos funcionários das agências especializadas e restringem o acesso dos tribunais a informações importantes. O Judiciário, formal e hierarquizado, tem dificuldade em se expandir e as tensões resultantes da incapacidade de ampliar a oferta de serviços judiciais produz mecanismos de racionamento bastante problemáticos em termos de comparativos com outras instituições. (Omar, 2010)

Onde se quer chegar com essas colocações é que, trazer tais competências para o Poder judiciário, é trazer códigos que não conversam efetivamente com o sistema e códigos do Direito, de modo a criar irritações no sistema e qual seja a falta de efetividade das decisões jurídicas que versem sobre esses assuntos.

Isso porque o Direito não foi pensado para resolver demandas de políticas públicas, logo os códigos não conversam e não interagem. O que se quis efetivamente demonstrar nesse ensaio é que os conceitos de Luhmann são atuais e com repercussões graves ao sistema jurídico do qual se não conversarem podem causar interferências e por fim chegar ao travamento ou falência do sistema jurídico.

REFÊRENCIAS.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Salvador. Jus Podvim, 2016.

COSTA, António Manuel de Almeida. O Funcionalismo Sistémico de N. Luhmann e seus Reflexos no Universo Jurídico. Coimbra. Almedina. 2018.

CAPPELLETTTI, Mauro. Judicial Review in the Contemporary World. Indianapolis: Bobbs-Merril.1971

LUHMANN, Niklas; De Giorgi, Raffaelle. Teoria Della Soietà. 6ª. Ed. Milano: Franco Angeli.1994.

LUHMANN, N. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B. ; SAMIOS, E. M. B. (Org.). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.

MATHIS, Armin. A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Belém. UFPA. 2018.

ROCHA, Leonel Severo Introdução à teoria do sistema autopoiético do Direito/Leonel Severo Rocha, Germano Schwartz, Jean Clam. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

TRINDADE, André. Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2008.