



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
DINTER UFPB-UFPI

MARCOS GONÇALVES NASCIMENTO COSTA

AUTONOMIA E DIFERENCIAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL: análise da sentença de primeiro grau no processo judicial AÇÃO PENAL Nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR a partir da teoria sociológica do direito de Niklas Luhmann.

João Pessoa - Teresina, Maio de 2020

MARCOS GONÇALVES NASCIMENTO COSTA

AUTONOMIA E DIFERENCIAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL: análise da sentença de primeiro grau no processo judicial AÇÃO PENAL Nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR a partir da teoria sociológica do direito de Niklas Luhmann.

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutora em Direitos Humanos e Desenvolvimento.

Área de concentração: Desenvolvimento

Orientador: Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho

João Pessoa - Teresina, Maio de 2020

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

C838a Costa, Marcos Gonçalves Nascimento.

Autonomia e diferenciação do processo judicial: análise da sentença de primeiro grau no processo judicial ação penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR a partir da teoria sociológica do direito de Niklas Luhmann. / Marcos Gonçalves Nascimento Costa. - João Pessoa, 2021. 218 f.

Orientação: Enoque Feitosa Sobreira Filho.
Tese (Doutorado) - UFPB/CCJ.

1. Procedimento Judicial. 2. Teoria Sociológica do Direito. 3. Autonomia. I. Sobreira Filho, Enoque Feitosa. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

MARCOS GONÇALVES NASCIMENTO COSTA

AUTONOMIA E DIFERENCIAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL: análise da sentença de primeiro grau no processo judicial AÇÃO PENAL Nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR a partir da teoria sociológica do direito de Niklas Luhmann.

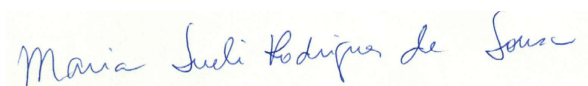
Tese apresentada como requisito parcial para obtenção da titulação de doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas DINTER UFPB/UFPI, e defendida em **28 de agosto de 2020, às 10:00h.**

Área de concentração: Direitos Humanos e Desenvolvimento
Banca Examinadora:

Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho
Orientador/UFPB-PPGCJ

Profa. Dra. Lorena de Melo Freitas
Coorientadora/UFPB-PPGCJ

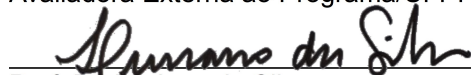
Prof. Dr. Robson Antão de Medeiros
Avaliador interno UFPB-PPGCJ



Profa. Dra. Maria Sueli Rodrigues de Sousa
Avaliadora Externa ao Programa/UFPI



Profa. Dra. Adriana Castelo Branco de Siqueira
Avaliadora Externa ao Programa/UFPI



Prof. Dr. Luciano da Silva
Avaliador Externo ao Programa/UFCG

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr
Avaliador Externo ao Programa/UNICURITIBA

Prof. Dr. Neuro José Zambam
Avaliador Externo ao Programa/IMED-RS

Para as minhas meninas **Ana Clarice e Alina.**

AGRADECIMENTOS

Por várias razões, para agradecer ao Professor Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho, coordenador do Dinter UFPB-UFPI, o professor Enoque elegantemente permitiu que seu nome se tornasse equivalente ao curso de doutoramento interinstitucional realizado entre a Universidade Federal da Paraíba-UFPB e a Universidade Federal do Piauí-UFPI. Isso mostra que, mesmo as instituições tendo uma vida mais longa que a dos indivíduos, são os indivíduos que, por ações como essa do professor Enoque, ajudam a construir as instituições.

O agradecimento ao Professor Enoque decorre também da excelência com que desempenhou todas as atividades em que esteve envolvido no decorrer de todo o Dinter UFPB-UFPI. A presença do professor se fez perceber em tratativas administrativas das instituições, nas atividades de ensino em sala de aula. Foram vários encontros na sede da UFPI com disciplina e seminários de tese também.

Além disso, agradeço ao Professor Enoque pela experiência de ser seu orientando. Com isso, além dos encontros de orientação ocorridos pessoalmente em Teresina, João Pessoa e Recife, sempre se disponibilizou a responder via e-mail, e até em ligações telefônicas, as demandas acadêmicas que este orientando apresentou. Em razão de seu compromisso com a pesquisa do Direito, também tive oportunidade de participar de reuniões do grupo de pesquisa que faz parte. Ali, em reuniões que ocorrem semanalmente, participei e presenciei discussões científicas e metodológicas importantes e decisivas para a elaboração desta pesquisa.

Sob a supervisão e orientação do professor Enoque também cumpri as obrigações de estágio pedagógico. Por tudo isso, agradeço a experiência de ter sido orientado por ele. Agradeço a orientação que recebi, toda ela com a qualidade que a atividade acadêmica mais de obtenção do grau de doutoramento exige.

Assim, agradeço imensamente ao meu orientador por ter contribuído de modo seguro e decisivo para este trabalho, uma experiência acadêmica que certamente estará presente em outras atividades que serão desenvolvidas como desdobramento deste doutorado.

Seguindo nos agradecimentos às instituições gostaria de agradecer à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), fundação

vinculada ao Ministério da Educação (MEC) que também foi determinante para a efetivação deste DINTER.

Não poderia deixar de agradecer expressamente às duas Universidades, a Universidade Federal da Paraíba e a Universidade Federal do Piauí. Agradeço, portanto, aos Magníficos Reitores por terem permitido que um programa tão importante para o aperfeiçoamento da pesquisa nas duas instituições fosse realizado. Certamente, este DINTER frutificará em bons resultados de pesquisa, formação de novos pesquisadores, novas parcerias e novos projetos.

Também se faz necessário o agradecimento formal e sincero a outras grandes responsáveis pelos resultados alcançados com o DINTER/UFPB-UFPI. Entre elas, destaco na UFPI as professoras doutoras Adriana Castelo Branco de Siqueira e Maria Sueli Rodrigues de Sousa, que também estiveram envolvidas com todo o andamento do DINTER-UFPB/UFPI, desde o nascimento do projeto. As duas professoras, além de desempenharem funções administrativas imprescindíveis e importantes para o curso e para nós alunos, também acolheram os capacitados professores que se deslocaram da sede da UFPB para a sede da UFPI com o propósito de compartilharem seus conhecimentos com os doutorandos. Além de tudo isso, as professoras Adriana e Sueli estiveram juntas a todos os alunos e alunas do DINTER, sempre com uma atitude profissional esperada e a atitude fraterna que certamente era esperada, mas não era delas exigida. Por isso, quero agradecer a participação imprescindível das duas.

Assim como agradei às professoras Adriana e Sueli, quero também agradecer intensa e sinceramente aos Coordenadores, Chefes de Departamento, Diretores de Centro e Campus, nos Campi de Teresina e de Parnaíba da UFPI e aos Pró-reitores da UFPI. Todos estes servidores públicos prontamente compreenderam a importância do DINTER para que a UFPI e colaboraram para que a Universidade Federal do Piauí continue firme no caminho de realizar as finalidades. Dentre eles agradeço especialmente ao Professor Doutor Nelson Juliano Cardoso Matos, pela dedicação para a realização do DINTER e também pelos ensinamentos em sala de aula. Agradeço ainda ao Chefe do Departamento, Professor Doutor Raul Lopes de Araújo Neto, e da Coordenadora do Curso Professora Doutora Olívia Brandão Melo em nome de quem estendo o agradecimento a todos os colegas professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Piauí.

Agradeço igualmente ao Professor Doutor Alexandro Marinho Oliveira, à Professora MS. Rossalia Maria de Souza Silva, ao Professor Jonas da Silva Nascimento e ao Professor Emérito Marco Antonio de Sousa Correia em nome de quem agradeço a todos os professores e do Campus Ministro Reis Velloso da UFPI por terem compreendido a importância da capacitação para as atividades acadêmicas.

Agradeço também à Professora Lorena de Melo Freitas, pela oportunidade de compartilhar muitos momentos da vida acadêmica que contribuíram de modo decisivo para a realização do DINTER. Destaco, em forma de agradecimentos, as atividades desempenhadas pela Professora Lorena. Especialmente as atividades em sala de aula, foram vários encontros que permitiram aprofundar conhecimentos sobre metodologia, teoria do direito e produção acadêmica. Preciso lembrar dos encontros em seu grupo de pesquisa, em João Pessoa, nestes momentos se disponibilizou a me ouvir e discutir academicamente a tese. Sua participação foi decisiva para que eu conseguisse realizar o melhor trabalho que consegui. Agradeço à sua importante participação, todas as suas participações foram objetivas e repercutiram em todo o trabalho.

Preciso registrar ainda um agradecimento a todos os professores da Universidade Federal da Paraíba – CCJ que compartilharam com os alunos do DINTER seus conhecimentos e suas experiências de pesquisa em salas de aula, em encontros acadêmicos em Teresina e na sede em João Pessoa, especialmente aos Professor Fredys Orlando Sorto, Professora Maria Áurea Baroni Cecato, Professor Rômulo Rhemo Palitot Braga, Professor Fernando Antônio de Vasconcelos, Professora Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa, Professor Robson Antão de Medeiros, Professor Armando Albuquerque de Oliveira. Agradeço também de forma destacada a Professora Doutora Maria Creusa Borges, Coordenadora do PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS, e toda a sua equipe. Utilizando os nomes desses, eu agradeço a todos os professores do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

Preciso agradecer aos professores que constituíram a banca examinadora desta tese, Professora Maria Sueli Rodrigues de Sousa que, além de participar da qualificação, teve contribuições indispensáveis para a construção do texto em vários momentos de conversas acadêmicas e fraternas, tive oportunidade

de utilizar todos os recursos para conversar, discutir e aprender e aperfeiçoar-me em razão de seu conhecimento. O Professor Luciano da Silva também em várias oportunidades, incluindo a qualificação, fez observações e contribuições decisivas para a construção deste texto, chamando a atenção para pontos essenciais e fazendo críticas que ajudaram a aperfeiçoar a pesquisa. A professora Professora Adriana Castelo Branco de Siqueira pela seriedade acadêmica com que desempenhou todos os papéis de examinadora, tanto neste momento, quanto na qualificação. O Robson Antão de Medeiros com quem, além da experiência de aprendizado em sala de aula em Teresina, também tive a oportunidade de participar de discussões acadêmicas em seu grupo de pesquisa que influenciaram de modo importante a produção do texto acadêmico. Aos professores Fernando Gustavo Knoerr e Neuro José Zambam agradeço pela disponibilidade e contribuições acadêmicas.

Quero agradecer a todos os colegas do DINTER, foram companheiros fiéis durante toda a jornada, estiveram presentes sempre dando apoio, interessados na atividade de pesquisa, compartilhando todas as angústias que envolvem a pesquisa e também compartilhando momentos de muita alegria e amizade. Obrigado a todos e todas, amigos e amigas: Adrianna de Alencar Setúbal dos Santos, Carlos Augusto Pires Brandão, Christiane Matos de Paiva, Delano Carneiro Cunha Câmara, Germana Assunção Trindade, Geny Marques Pinheiro, Nestor Alcebíades Mendes Ximenes e Regina Coelli Batista de Moura Carvalho, levarei comigo todas as alegrias e conhecimento que tive oportunidade de ter com a convivência com cada um de vocês.

A todos os servidores e membros das Instituições Federais Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e Universidade Federal do Piauí (UFPI), sem os quais não seria possível alcançar este, meu muito obrigado.

Por fim, agradeço a minha família e a todos que passaram pela minha vida e contribuíram direta e indiretamente para a minha formação.

Muito obrigado!

Sim. Abraão soubera comunicar sua exaltação de espírito. Recebeu o nome de Abiram, a saber, “meu pai é excelso”, ou ainda, provavelmente com igual justeza, “pai do excelso”. Num certo sentido Abraão era pai de Deus. Dera-lhe ele o ser percebendo-o e pensando-o. As poderosas propriedades que Abraão atribuía a Ele eram provavelmente posse original de Deus, não sendo Abraão o autor delas. Mas não o seria ele afinal, de certo modo, quando as reconheceu, pregou e, pensando, as tornou reais? As poderosas propriedades de Deus eram realmente alguma coisa objetiva, com existência fora de Abraão, mas ao mesmo tempo estavam também nele e eram dele. O poder de sua própria alma era, em certos momentos, pouco distinta delas. Esse poder se entrelaçava e fundia conscientemente numa só coisa com Ele, e esta foi a origem do pacto que o Senhor então instituiu com Abraão. Era aquilo na verdade a confirmação exterior de um fato interior, mas era também a origem do caráter peculiar do temor de Deus que Abraão tinha. Pois, desde que a grandeza de Deus era alguma coisa terrivelmente objetiva fora dele, ao mesmo tempo coincidia, até certo ponto, com a grandeza da sua própria alma e era um produto dela, assim esse temor de Deus era um pouco mais que temor em sentido comum da palavra: era não só temor, mas também e ao mesmo tempo a existência de um laço, uma familiaridade e amizade. (MANN, 2000, p. 408.)

RESUMO

Esta tese analisa a formação de sistemas sociais autônomos nos processos judiciais. Segundo a teoria de Luhmann, essa autonomia é proporcionada por estruturas presentes nos processos dogmáticos, que primeiro serão definidas e depois analisadas por meio da aplicação a um caso concreto, a sentença na AÇÃO PENAL Nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. Serão identificadas as estruturas que contribuem para a formação de um sistema social autônomo no processo dogmático. Para esta pesquisa, a relação entre uma sociedade complexa, o direito positivado e o procedimento condiciona a compreensão da técnica de decisão e de efetivação do direito. Seguindo a fundamentação teórica proposta, admite-se que o direito desempenha uma função específica, nomeadamente uma orientação congruente no processo de criação de sentido por meio do estabelecimento de expectativas normativas, asseguradas de modo contrafático. Para esta tese, a função de estabelecer a congruência entre os âmbitos temporal, social e material de sentido é realizada pela decisão judicial e, portanto, a congruência será confrontada com as construções da dogmática processual, a partir da decisão escolhida. Dessa maneira, delinear-se-á a construção do sistema social no processo analisado como um sistema de comunicação autônomo diante do sistema geral da sociedade, que forma o ambiente do sistema direito. Para investigar a proposta de pesquisa, seguindo a fundamentação indicada, o problema é: que estruturas colaboram com a formação de um sistema social autônomo, um sistema social de comunicação com um tempo próprio, diferente do tempo social; com papéis sociais específicos, diferentes dos papéis sociais desempenhados de forma ampla na sociedade; e uma matéria específica, realidade, selecionada pelo processo dogmático? A hipótese é que existe a formação de um sistema social de comunicação autônomo e específico do direito e que a teoria sociológica apresenta os meios para a compreensão desta formação autônoma e permite, assim, identificar as estruturas que, por meio da técnica dogmática de produção de decisões no processo judicial, formam essa autonomia. A pesquisa foi conduzida por meio de uma metodologia analítica funcional. A tese está dividida em sete capítulos, dos quais o primeiro, consiste em uma apresentação da teoria sociológica e o segundo, focaliza a função do direito, apontada por esta teoria. No terceiro e quarto capítulo, seguem-se as análises do procedimento como sistema social especial e como sistema de produção de sentido respectivamente, seguido por uma breve apresentação dos aspectos da retórica analítica relevantes para este trabalho, no capítulo seis. No capítulo sete, aplicam-se os aspectos teóricos e os resultados intermediários ao caso referido, ilustrando a realização dos processos em questão por meio de exemplos concretos. Isso antes de chegar à conclusão de que existe autonomia do procedimento judicial perante o sistema social amplo, tanto no âmbito temporal, material e social, e que isso é alcançado por meio de estruturas da dogmática processual, como a preclusão, a imparcialidade do juiz, a criação de uma história específica no procedimento e as matérias, fatos jurídicos, selecionados para fundamentar a decisão.

Palavras-chave: Procedimento Judicial. Teoria Sociológica do Direito. Autonomia.

ABSTRACT

The present paper is an analysis of the formation of autonomous social systems in legal proceedings. According to the theory of Luhmann, the autonomous character is caused by structures inherent to procedural dogmatics, which will be firstly defined and then analysed by being applied through a case study of the the process referred to as *AÇÃO PENAL Nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR*. It is intended to identify those structures, that contribute to the formation of an autonomous social system within dogmatic processes. For this purpose, the present research presupposes that the relationship between a complex society, positivized law and the proceedings is analysed as determining for the comprehension of the decision taking techniques and the execution of law. Following the proposed theoretical foundation, it is admitted that law performs a specific function, namely that of supplying a congruent orientation in the course of meaning creating processes, by setting normative expectations confirmed in a counterfactual way. The present paper considers the function of establishing a congruency among the temporal, social and material realms of meaning as being implemented via *júridical* decisions and therefore, the congruency will be confronted with the constructions of a dogmatic process on basis of the aforementioned *júridical* decision. By this means, the construction of the social system will be traced through the process, being analysed as an autonomous system of communication towards the general system of society, which constitutes the environment of the law system. In order to investigate the research proposal and following the aforesaid foundation, the following initial question will be posed: what structures collaborate with the formation of an autonomous social system, a social system of communication with its own time, that differs from social time; with specific social roles, that differ from social roles broadly performed in society; and a specific matter, reality, selected by the dogmatic process? The hypothesis of this work is hence indicating the existence of autonomous social systems, specifically law based, as being formed in legal proceedings. A sociológica theory is taken to provide the means needed in order to comprehend this autonomous formation and thus to allow for identification of those structures that, through the dogmatic technique of decision production in the judicial process, form this autonomy. The research was conducted through an analytic functional methodology. The work is divided in six chapters, of which the first consists in a presentation of the sociológica theory and the second focusses on the function of law, according to this theory. Subsequently, the third and fourth chapter supply analyses of the proceedings as special social systems and as meaning producing system, respectively, followed by the presentation of those aspects of analytic rhetoric, relevant to this research. In chapter six, the theoretical aspects and intermediate results are applied to the aforementioned case, illustrating the taking place of the described processes by concrete examples. This paper draws a conclusion in favour of the existence of autonomy in *júridical* proceedings before the social system in a broader sense, in the temporal as well as in the material and social realms and accounts for this phenomena by pointing out certain structures of dogmatic processes, such as preclusion, the impartiality of the judge, the creation of a specific history in the proceedings and the matters, legal facts, selected in order to substantiate the decision. Finally, it is given an outlook for further research proposals on the matter.

Key words: Law. sociológica Theory. Legal Proceedings. Autonomy.

ZUSAMMENFASSUNG

In der vorliegenden Arbeit soll die Entstehung autonomer sozialer Systeme im Rahmen juristischer Prozesse analysiert werden. In Anlehnung an die Theorie Luhmanns wird davon ausgegangen, dass der autonome Charakter der Systeme durch dogmatischen Prozessen inherente Strukturen hervorgerufen wird. Diese Strukturen sollen daher zunächst definiert und im Anschluss daran durch die Anwendung auf einen Konkreten Fall, nämlich das Gerichtsurteil AÇÃO PENAL Nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, analysiert werden. Wesentlich für die Analyse ist die Identifizierung derjenigen Strukturen, welche zur Entstehung eines autonomen sozialen Systems im dogmatischen Prozess beitragen. Das vorliegende Forschungsvorhaben basiert auf der Annahme, dass die Beziehung zwischen einer komplexen Gesellschaft, dem positivierten Recht und dem Verfahren das Verstehen der Urteilsbildungstechnik sowie der Rechtsanwendung bedingt. Im Einklang mit der genannten theoretischen Grundlage lässt sich auf eine spezifische Funktion des Rechts schließen, nämlich die der kongruenten Orientierung anhand der Etablierung von normativen Erwartungen, welche kontrafaktisch gesichert werden. Für die vorliegende Arbeit erfüllt das juristische Urteil die Funktion der Schaffung jener Kongruenz, welche die Bereiche des zeitlichen, des gesellschaftlichen und des materiellen Sinns umfasst. Entsprechend soll die Kongruenz mit den Konstrukten des dogmatischen Prozesses gegenübergestellt werden, wobei das ausgewählte Urteil als Rahmen dient. Auf diese Weise soll die Entstehung eines gesellschaftlichen Systems innerhalb des analysierten Prozesses nachgezeichnet werden. Das entstehende autonome System der Kommunikation sieht sich im Prozess dem allgemeinen Gesellschaftssystem, repräsentiert im Rechtssystem, gegenübergestellt. Zur Untersuchung des hier verfolgten Forschungsvorhabens im Rahmen der genannten theoretischen Grundlagen soll zunächst folgender Forschungsfrage nachgegangen werden: Welche Strukturen bilden die Grundlage für die Entstehung eines autonomen gesellschaftlichen Systems, einem gesellschaftlichen System der Kommunikation, dessen Zeitlichkeit nicht mit der in der Gesellschaft innewohnenden Zeit übereinstimmt; mit spezifischen sozialen Rollen, welche sich von jenen Rollen unterscheiden, die in der Gesellschaft im Allgemeinen eingenommen werden; und einer spezifischen Materie, einer Realität, welche durch den dogmatischen Prozess determiniert wird? Diese Arbeit geht somit davon aus, dass im Rahmen juristischer Prozesse und speziell für diesen Kontext autonome soziale Systeme der Kommunikation entstehen und dass ein gesellschaftstheoretischer Ansatz die adäquaten Mittel für deren Analyse bereitstellt. Mithilfe einer derartigen Analyse können jene Strukturen ausgemacht werden, welche innerhalb juristischer Prozesse mittels dogmatischer Urteilsbildungstechniken den autonomen Charakter bilden. Die gewählte Forschungsmethode ist eine analytisch funktionelle. Die Arbeit ist in sechs Kapitel gegliedert, von denen das erste Kapitel eine Einführung in die soziologische Theorie darstellt, während sich das zweite Kapitel auf die Funktion des Recht innerhalb der dargelegten Theorie fokussiert. Anschließend soll das Verfahren in Kapitel drei und vier zunächst als spezielles gesellschaftliches System und im Anschluss als sinnstiftendes System dargestellt werden. Im Folgenden widmet sich das Kapitel fünf denjenigen Aspekten der analytischen Rhetorik, welche sich für die vorliegende Arbeit als relevante erweisen. In Kapitel sechs werden die theoretischen Aspekte und die Zwischenergebnisse auf den Referenzfall angewandt und somit die beschriebenen Prozesse anhand konkreter Beispiele veranschaulicht. In einer abschließenden Betrachtung kann festgehalten werden, dass die hier dargelegte Datenlage die Existenz einer Autonomie juristischer Verfahren gegenüber sozialer Systeme im weiteren Sinne nahelegt und diese die temporale, materielle und soziale Ebene einschließt. Als ausschlaggebend für die Entstehung der Autonomie können dogmatischen Prozessen inherente Strukturen, wie der Ausschluss, die Unvoreingenommenheit des Richters, eine spezifische Geschichtsschreibung im Rahmen des Verfahrens und des Falls, juristische Fakten, zur Untermauerung des Urteilspruchs, angenommen werden. Inhalte und Forschungsfragen für weitere Forschungsarbeiten zum Thema sind gegeben.

Key words: Recht. Soziologische Theorie. Rechtsverfahren. Autonomie.

Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	16
1.1 O caso a ser estudado.....	16
1.2 As justificativas para a fundamentação teórica.....	19
1.3 Aspectos metodológicos.....	28
PRIMEIRA PARTE – FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA.....	32
2. FUNDAMENTOS DA TEORIA SOCIOLÓGICA DO DIREITO.....	32
2.1 Teoria sociológica do direito para a sociedade complexa.....	33
2.2 Conceitos da teoria dos sistemas utilizados na compreensão do direito positivado.....	41
2.3 Indiferenciação e heterorreferência no direito.....	45
2.4 Espécies de expectativas: desenvolvimento e diferenciação	50
2.5 Redução da complexidade: a decisão como elemento de fundamentação do direito positivado.....	59
3. UMA FUNÇÃO PARA O DIREITO.....	63
3.1 Redução da complexidade.....	66
3.2 A orientação das decisões jurídicas na sociedade complexa.....	70
3.2.1 Direito como orientação para o futuro.....	75
3.2.2 Orientação social: a pulverização da moral e da subjetividade.....	76
3.2.3 Orientação material.....	77
3.3 Decisão no direito positivado contra a heterorreferência.....	79
3.4 Função do direito: a congruência dos âmbitos de sentido.....	86
4. O PROCEDIMENTO JUDICIAL COMO SISTEMA SOCIAL ESPECIAL.....	92
4.1 Autonomia e diferenciação do procedimento	115
4.1.1 Autonomia do sistema processual.....	118
4.1.2 Diferenciação do sistema social: temporal, social e material.....	123
4.2 O procedimento judicial como procedimento de comunicação.....	132
4.3 Certeza da decisão.....	134
5. FECHAMENTO OPERATIVO E PRODUÇÃO DE SENTIDO NO DIREITO... 	137
5.1 Sistema de sentido: o fechamento operativo.....	137
5.2 Comunicação	151
6. A RETÓRICA ANALÍTICA COMO METÓDICA.....	158
6.1 A tradicional retórica persuasiva.....	158
6.2 A retórica metódica.....	161
6.3 O direito como objeto de análise.....	163
SEGUNDA PARTE – ANÁLISE DA DECISÃO.....	168
7. ANÁLISE DA SENTENÇA NA AÇÃO Nº 5046512-694.2016.4.04.7000/PR. 	168
7.1 Síntese da decisão.....	168
7.2 Diferenciação e autonomia do sistema social no procedimento judicial na decisão analisada.....	177
7.3 Institutos que contribuem para a autonomia e a diferenciação do procedimento	193
8. CONCLUSÕES.....	196
REFERÊNCIAS	203
APÊNDICE – Declaração de autenticidade e originalidade	209
ANEXO I – Extrato da decisão.....	210

1. INTRODUÇÃO

1.1 O caso a ser estudado

O objeto de estudo desta tese é a decisão de primeiro grau proferida no processo AÇÃO PENAL Nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR. Este ato jurisdicional será estudado a partir da teoria sociológica do direito e o propósito é identificar quais elementos colaboram com formação de uma efetivação da função do direito defendida pela teoria sociológica¹ especialmente atentado para a tese de formação de um sistema social especial de comunicação autônomo no procedimento judicial.

Isso quer dizer também que não serão analisadas as informações que não entraram no procedimento por meios de atos formais. Aquelas espécie de informações será deixadas para outros estudos, que analisem as influências de outros sistemas sociais no sistema do direito, por exemplo o sistema de comunicação da mídia. Nesse contexto, há diversas informações, que não compõem o procedimento e a decisão analisada. Essa espécie de informação, que estão relacionadas à força-tarefa da Lava Jato, muitas delas críticas e que podem ainda interferir no procedimento em andamento no Supremo Tribunal Federal que irá se pronunciar sobre o pedido de suspeição do autor da decisão aqui analisada. Algumas dessas informação estão sintetizadas no caso da Vaza Jato do site The Intercept (GREENWALD, 2019).

Antes de apresentar a fundamentação teórica da pesquisa, é preciso indicar a decisão que será analisada. Trata-se da decisão de primeiro grau proferida na AÇÃO PENAL Nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR que condenou o ex-presidente Luís Inácio da Silva em decorrência da prática do crime de corrupção. Este processo envolve outros réus, como serão identificados adiante.

A escolha desta decisão se justifica em razão do amplo debate que todas as etapas do processo judicial suscitaram, desde a instauração, que envolve o uso do instituto da delação premiada, passando por conduções coercitivas, até a condenação em segunda instância e a imposição da prisão do condenado. Todas as

¹Esta abordagem funcionalista do direito não é nada pioneiro, vários autores já se dedicaram a essa espécie de pesquisa, podemos citar a título de exemplo Bobbio e Friedman, ver Renato Treves (2004).

fases desse processo, que é parte da denominada operação Lava Jato, provocaram discussões nos mais diversos aspectos, envolveu tanto o debate político, quanto o social e obviamente o jurídico. Isso, as críticas e apoios sociais, coloca a decisão como um paradigma para a testar hipótese da teoria sociológica do direito aqui estudada.

Os fatores que despertam o interesse em torno do objeto desta pesquisa, portanto, podem ser identificados em vários âmbitos. Em primeiro lugar, parece ser importante a proposta de mudança de atuação da justiça criminal em torno dos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro. Historicamente os processos judiciais, juízes e tribunais, foram acionados em situações de pouco destaque ou raras vezes contra a corrupção ou não chegaram ao julgamento condenatório desses crimes, talvez por um movimento de tolerância com as distorções do funcionamento do direito nas sociedades ditas em desenvolvimento como a nossa.

Com a decisão que se quer analisar parece haver uma tentativa de utilização efetiva do Poder Judiciário contra aqueles tipos de crimes. Alguns acreditam que as condenações e as prisões ocorridas nesse processo são a efetivação do estado de direito e uma mudança que ajudará no desenvolvimento de nossa sociedade. Essa é uma das faces argumentativas daqueles que debatem o tema no meio social. Desse modo, existe um aspecto de política judiciária envolvido na discussão que ocorre em torno da Força-tarefa Lava Jato, o que também é mais uma justificativa, tal como será demonstrado no próximo item, para a escolha do objeto estudado nesta tese e demonstra a adequação da fundamentação teórica aplicada para fundamentar os resultados da pesquisa, já que muitos sistemas sociais estão tratando do mesmo tema e, desse modo, que a função do direito emerge como necessidade mediante as diferentes produções de sentido realizadas no sistema social geral.

Por outro lado, a história do condenado também influenciou no amplo debate no meio social. Ela faz perceber, junto com a condenação, a correlação dos aspectos sociais e do direito, tal como se pretende realizar no presente trabalho, verificar de que modo o direito positivado dá tratamento aos papéis sociais no procedimento.

Além disso, essa decisão foi debatida amplamente em vários meios de comunicação, jornais, televisão livros etc. Exemplo de uma compilação destas publicações e da repercussão deste processo é o livro “Comentários a Uma Sentença Anunciada: o processo Lula” (PRONER, 2017). Nele estão reunidos comentários de vários especialistas em direito penal e processo penal, cento e vinte e dois autores que produziram mais de quinhentas páginas e cento e três artigos. Neste livro destaca-se também que a defesa de que a decisão estudada pode ser considerada uma das causas do impedimento da Presidente Dilma Rousseff (2017, p. 02), o que envolve mais implicações políticas e sociais relacionadas à decisão estudada e justificam a fundamentação teórica escolhida.

Embora algumas ações da vida do ex-presidente fazem com que se queira compreender de um modo mais específico as justificativas jurídicas procedimentais da condenação. Seja em razão dos mandatos que cumpriu, ou mesmo pela sua prisão. Em um país que sempre teve chefes de estado e de governo pertencentes a um grupo privilegiado, o fato de o condenado ser oriundo de uma família de deslocados e, ainda assim, ter chegado a chefiar o Estado brasileiro numa espécie de exceção às regras sociais vigentes são fatores sociais que também justificam tanto o debate nos mais variados setores da sociedade como também o interesse nesta pesquisa.

Um outro fator provocador de interesse por essa decisão pode ser indicado. Os defensores, especialistas em direito, do ex-presidente e os seus aliados políticos argumentam que houve o uso do direito como forma de perseguição política, o chamado “*lawfare*” (FELIPPE, 2017), (RIBEIRO, 2017):

A Defesa de Luiz Inácio Lula da Silva, em alegações finais (evento 937), argumenta: a) que o ex-Presidente sofre perseguição política e é vítima de uma “guerra jurídica” ou de “*lawfare*”, “com apoio de setores da mídia tradicional (item 39 da decisão)².

Essa discussão perpassa e confronta um dos fundamentos do direito positivado, a separação das funções dos poderes estatais. E essa, a imparcialidade,

² A expressão “guerra jurídica” aparece dez vezes na decisão. Isso também foi notado por (BRANDÃO, 2016)

é uma das condições da diferenciação do processo jurídico que será pesquisada, a figura do juiz, o seu papel como terceiro imparcial.

Para aquele grupo, as medidas judiciais que incluem a condução coercitiva e as próprias provas reconhecidas na decisão feriram as garantias constitucionais do devido processo legal.

O devido processo é um princípio jurídico e garantia fundamental reconhecido como direito humano. Trata-se de um conjunto de garantias judiciais ou administrativas mínimas, de caráter processual, que incluem, entre outros, o direito a juiz ou tribunal “competente, independente e imparcial” (art. 8.1 Da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – CADH), a um processo simples e rápido (art. 25. 1 da CADH) e, a ampla defesa (CALDAS, 2017)

Nesse sentido, o estado de direito foi ferido e o processo serviu como meio de interferência política, contrariando assim as regras básicas da própria institucionalização da separação de poderes, fazendo com que o direito realizasse também uma interferência indevida na política, interferência esta contrária ao senso comum jurídico e as condições da fundamentação teórica aqui utilizada.

Pretende-se, então, diante de tal contexto, identificar como a decisão judicial que será estudada isola dos elementos políticos e sociais, quais elementos/estruturas são considerados para que o direito desempenhe a função de estabelecer expectativas congruentes, que estruturas/elementos demonstram um julgamento que segue os preceitos do direito positivado das sociedades complexas. Todos esses aspectos parecem justificar um confronto da decisão com a concepção funcionalista do direito proposta por Niklas Luhmann, tal como se pretende mostrar a seguir.

1.2 As justificativas para a fundamentação teórica

A teoria sociológica do direito defende, e neste trabalho será admitida esta postura, que o direito se especifica pela efetivação de uma função própria, ele

tem a função de produzir um sentido que seja congruente³ em três dimensões básicas de sentido: a dimensão social, a dimensão temporal e a dimensão material. A existência de sentidos diversos aparece evidente na decisão estudada, tal como foi apontado, até mesmo por outras áreas do conhecimento:

Já o “delírio” do juiz Moro lhe tem valido um enorme reconhecimento social, a ponto de ser erigido, no entendimento de muitos, à condição de herói nacional, salvador da pátria e exemplo a ser seguido por outros Magistrados (RAMALHO NETO, 2016)

Trata-se, portanto, de uma teoria que admite ser o direito um sistema de produção de sentido e que, nas sociedades complexas em razão da diferenciação, esses sentidos se tornam igualmente complexos por fatores como a diferenciação de sistemas psíquicos, a relação eu-alter. Essa diferenciação faz com que o direito seja o instrumento responsável pela institucionalização capaz de apontar um sentido que seja aceito de modo geral, ainda que essa aceitação não esteja embasada em um consenso real, pode ser um consenso aceito de modo não questionado, até mesmo pressuposto. Isso é realizado pelo recurso à instituição, um terceiro considerado como responsável pela produção do sentido. O legislador ideal, por exemplo, ou o julgador.

Por outro lado, nas mesmas sociedades complexas, o sentido material, temas com que as sociedades precisam tratar se tornaram mais amplos e diferenciados. Neste caso, a teoria sociológica parte da diferença entre interno/externo como forma de produção de sentido. Neste caso, a teoria sociológica traz a fenomenologia e a ideia de “horizonte de sentido”. Assim, o mundo, a matéria e os temas, são tratados. Neste caso, o direito das sociedades complexas passa a tratar igualmente de matérias, as mais amplas possíveis, desde o direito econômico até a repercussão das chamadas “*fake news*” ou desinformações em matéria eleitoral.

De acordo com a abordagem sociológica aqui utilizada, a compreensão de sentido produzida por esses signos, ou realidade, parte da diferença básica referida acima. Parte, portanto, da consciência da realidade inabarcável “o mundo”,

³ Não se deve confundir, portanto, a congruência de sentido produzida pelo direito enquanto sistema social e o princípio da congruência estudado no processo civil. CARACIOLA, Andre Boari. **Princípio da congruência no código de processo civil**. São Paulo: Ltr, 2010.

com as múltiplas diferenciações, o mundo é pressuposto em toda experiência de sentido.

Assim, a importância da observação dos meios que o procedimento produz o sentido, tal como será tratado em um tópico posterior deste trabalho, toda descrição do mundo pressupõe que esta descrição do mundo tem que ser feita no mundo. E o mundo das sociedades complexas tem matérias diversas reguladas pelo direito.

Parte, conseqüentemente, da produção de sentido pelo procedimento no mundo considerado o horizonte⁴ de sentido que circunda toda compreensão material. De toda forma, a produção do sentido em se tratando desse aspecto material parte de uma diferença básica, interno/externo, que orienta a produção do sentido de um modo geral, e o direito se torna responsável pela função de tornar congruente este sentido com o sentido social antes referido.

Por fim, a teoria sociológica considera que outro âmbito de sentido básico é o temporal. Na modernidade, o tempo passa por modificações que precisam ser enfrentadas. Neste caso, o direito também experimenta essas modificações. O tempo determinante para o direito não é mais o passado. O direito imemorial, tradicional. O direito não se legitima pelo aspecto temporal de ter sido sempre direito. Na sociedade complexa e contemporânea, o tempo presente passa desempenhar um papel decisivo na produção do direito. O direito passa a considerar o tempo futuro para a sua determinação que ocorre no presente, não mais estando voltado para o passado, para a tradição, para aquilo que sempre foi direito.

O presente das sociedades complexas admite os mais variados conteúdos para o direito, desde que o futuro deste presente da decisão seja um futuro elegível, capaz de justificar a decisão que cria o direito. Assim, é o presente que passa a ter um papel importante na criação do direito, não mais o passado. E o procedimento é um dos meios que o direito se serve para “produzir” a decisão no presente. Nesse sentido, aumenta a importância do procedimento.

Neste contexto, o direito válido é o direito posto. O direito resultado de

4 “Essa propriedade do *mundo* (humano) em apontar para o infinito, o que Husserl tentou captar com a imagem do 'horizonte', leva-nos a vê-lo como uma palavra *sui generis* (nem nome próprio, nem predicador) que aprendemos “sinsemanticamente”. Todo homem, nesse sentido, procura ajeitar-se no *mundo*, tentando adaptar-se às suas articulações, na medida, porém, em que dá ao mundo uma articulação” (FERRAZ JÚNIOR, 2015)

uma decisão. Com isso, não se quer retornar à ideia de que “a vontade do legislador”, ou a do juiz, deve prevalecer ou ser o único critério considerado. Estão presentes vários fatores que interferem e determinam a produção legislativa, não apenas uma vontade abstrata, de um legislador ideal. As decisões são afetadas pela relação entre política e direito e também por relações econômicas, elementos psicológicos, morais, religiosas interferem na aplicação do direito e logicamente na decisão do direito no processo judicial. A questão relevante é que todos os outros elementos que influenciam a decisão não são apresentados, ou considerados, após a produção da decisão, nessa aparece a cadeia argumentativa, o dogma, o ponto de partida inegável, a decisão.

É de se ressaltar, por outro lado, que Luhmann aponta uma função específica ao direito de toda e qualquer sociedade, incluindo, portanto, a sociedade complexa em que vivemos, sem padrões únicos de comportamentos, valores homogêneos e caracterizada por uma múltipla diferenciação funcional. A sociedade complexa contém variados sistemas funcionais, mas o direito exerce uma função específica.

Tudo isso exige, porém, um modelo de direito mais abstrato que o direito encontrado em sociedades arcaicas ou antigas, exige um direito marcado pelo que ele denomina de positivação do direito, mas em todas existe a efetivação de uma única função, segundo este autor.

O tempo mais relevante da sociedade complexa, portanto, é o presente. O momento em que se considera, avalia, um futuro específico para a sociedade. A racionalidade das sociedades contemporâneas tenta ganhar tempo no presente rumo a um futuro proposto por uma racionalidade. Essa mudança temporal tem também repercussão no procedimento e, acredita-se, que interfere nos elementos e estruturas que se pretende identificar na decisão judicial estudada.

Diante deste cenário, a teoria sociológica do direito considera que a principal função do direito é estabelecer a congruência entre esses diferentes âmbitos de sentido que, de modo geral, nas sociedades complexas atuam de modo diferente pelos diversos sistemas sociais, as temporalidades, as diversas matérias das disciplinas especializadas ou as diferenças subjetivas. Cabendo assim ao direito a função de determinar um sentido que seja coerente com estes três âmbitos de

sentido: temporal, social e material. E o cerne desta teoria é que apenas o direito é capaz de desempenhar a função de estabelecer esta congruência de sentido.

As expectativas comportamentais generalizadas congruentemente, nesse sentido acima descrito, identificaremos como o direito de um sistema social. O direito produz congruência seletiva e constitui, assim, uma estrutura dos sistemas sociais.

Definido nesses termos, o direito é concebido funcional e seletivamente – ou seja não através da constância de uma dada qualidade do “dever ser”, nem através de um determinado mecanismo fático, por exemplo, “a sanção estatal”. O direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas, significando um eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática. (LUHMANN, 1983, p. 115)

É de se perceber que o propósito do trabalho é identificar os meios que o procedimento judicial utiliza, caso utilize os apontados pela teoria sociológica do direito, para efetivar esta função. O que acreditamos ser realizado por meio da criação de um procedimento especial de comunicação autônomo e diferenciado, tal como será visto no capítulo à frente.

Neste momento se adverte, porém, que não será estabelecido neste trabalho um compromisso irrestrito com a proposta de “legitimação da decisão pelo procedimento” de Luhmann. As propostas de Luhmann já receberam críticas procedentes, especialmente no que diz respeito à transformação da legitimidade, tema tradicional do debate jurídico, em um procedimento, legitimação⁵. Porém, para este trabalho não se admite, como consequência lógica, que os debates propostos pelo autor devam ser desconsiderados. Partindo da proposta teórica, admite-se que o direito tem uma função e será feita uma tentativa de identificar os elementos (estruturas) que estão presentes na decisão que colaboram com a efetivação desta função do direito defendida pela teoria sociológica que será apresentada.

A escolha pela teoria do sociológica do direito também pode sofrer críticas que são dirigidas para a teoria dos sistemas do mesmo autor. Luhmann é acusado de ser um autor hermético, o que não se admite, mas é patente que a teoria dos sistemas ou a teoria sociológica inauguram uma terminologia incomum, pouco tradicional e isso exige do leitor mais atenção e mais cuidado com os conceitos,

5 (ADEODATO, 1989)

instrumentos utilizados por ele.

A construção teórica de Luhmann impõe algumas barreiras que serão aceitas aqui como cortes metodológicos. A primeira grande barreira diz respeito à linguagem utilizada por ele. A sua linguagem se distancia da linguagem utilizada pela tradição do conhecimento jurídico. Isso parece estar relacionado ao que se denomina “sua epistemologia” que envolve institutos, conceitos, que são utilizados para construir e fundamentar a teoria. Porém é de se destacar que nem a crítica de obscuridade é um consenso fático:

[...] muitas críticas têm sido dirigidas a seus textos em geral no sentido de imputar-lhes um caráter obscuro.

Sobre essa questão, comungamos com Losano da opinião no sentido de que os textos luhmannianos não são de fato obscuros, mas que, na verdade, colocam o leitor diante de um desafio, pois o expõem a uma terminologia difícil, inovadora e de início não cativante, mas cujo enfrentamento se impõe para ter acesso ao instigante pensamento de Luhmann e sua escola, sendo que o mesmo Losano conclui dizendo: *‘una sfida però irrinunciabile perchè risponde a un’ esigenza epistemologica della teoria generale dei sistemi’* (VIANA, 2015, p. 121)

Assim, a proposta de Luhmann traz uma terminologia específica, o que não significa hermetismo, mas essa terminologia demanda a indentificação do papel que desempenha para a teoria. Isso por que não existe, na teoria de Luhmann, por exemplo, a preocupação em manter a separação entre sujeito e objeto como base para as relações de cognição. As informações que são trazidas ao sistema sociais do seu ambiente não são tratadas a partir da ideia de sujeito cognoscente, mas são tratadas como operações de sentido do próprio sistema. Assim, a separação entre sujeito e objeto, condição para a teoria tradicionais que tratam da cognição⁶, seja na filosofia ou na ciência, epistemologia, não é utilizada pela teoria sociológica do direito, pela teoria dos sistemas de Luhmann, o que causa resistência e críticas.

Deste modo, a pesquisa não quer defender, portanto, nenhum conteúdo ou descrição com ontologismos⁷ do fenômeno jurídico, do procedimento judicial. Essa é uma postura que é incompatível com a teoria sociológica. Contenta-se, como

6 Ver ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**: uma crítica à verdade na Ética e na Ciência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

7 Doutrina segundo a qual “o trabalho filosófico não começa no homem, mas em Deus; não sobre do espírito ao Ente, mas desce do Ente ao espírito.” (ABBAGNANO, 2007, p. 848)

foi dito, com uma descrição dos elementos (estruturas) que, segundo a teoria indicada, ajudam a efetivação da função do direito. A pesquisa quer observar, portanto, exclusivamente o aspecto funcional do direito, por isso, pode ser classificada como funcionalista, assim admite-se que o direito efetiva uma função e a pesquisa busca identificar quais estruturas do direito colaboram com essa função no procedimento e o modo de observar isso será por meio da análise da decisão escolhida.

A pesquisa pretende, deste modo, apontar os argumentos, institutos jurídicos que contribuem para a efetivação da função do direito indicada pela teoria sociológica, especificamente, aqueles apontado que realizam um procedimento social autônomo e específico no processo judicial.

Como se pode perceber, a proposta é identificar os elementos/estruturas presentes na decisão judicial que ajudam o direito a realizar uma função. Não se pode, porém, esquecer, que a teoria sociológica não se limita às questões que se apresentam na decisão final, engloba o estudo do procedimento em seus aspectos mais amplos, mas isso, no decorrer do presente estudo, será observado a partir das especificações apresentadas na decisão.

O direito processual terá portanto, junto a apontada teoria sociológica do direito, destaque neste estudo. O direito processual em regra é estudado de forma abstrata, sem maiores preocupações com as referências sociais que pretendem ser feitas neste trabalho. Por isso, em algumas situações de elaborações do pensamento processual, destacaram-se a “ação” como elemento central de suas preocupações, em outros, a “jurisdição” ou a própria ideia de “processo”, mas também já se destacou como tema de preocupação da processualística o conceito de “relação processual”⁸.

⁸ “A relação jurídica processual se distingue das demais relações de direito por outra característica singular, que pode ter contribuído, em grande parte, ao desconhecimento da sua natureza de relação jurídica contínua. O processo forma uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas provadas que constituem a matéria do debate judicial, apresentam-se como totalmente concluídas; a relação jurídica processual se apresenta como embrião. Esta se prepara por meio de atos particulares. Somente se aperfeiçoa com a litiscontestação, o contrato de direito público, pelo qual, de um lado, o tribunal assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo, e de outro, as partes ficam obrigadas, para isso, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum. (BÜLOW, 2005, p. 06)

Até meados do século passado, o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos (daí, direito adjetivo, expressão incompatível com a hoje reconhecida independência do direito processual). A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio direito processual como ramo autônomo do direito e, muito menos, elementos para a sua autonomia científica. Foi o longo período de sincretismo, que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo (CINTRA, 1999, p. 44)

O conceito de “relação processual” despontou como elemento de marca da autonomia para a dogmática processual enquanto ramo de conhecimento especializado do direito. O objeto relação processual também faz possível identificar a aproximação do estudo do processo com elementos que ajudam na compreensão da sociedade. A própria sociologia já escolheu como objetos vários elementos, a ação, o fato social e a relação social. Assim é que este aspecto do presente estudo não pode ser considerado completamente inovador para o processo ou o procedimento, já que a preocupação com a relação entre processo e sociedade é identificada em outros estudos.

Outras produções da dogmática processual, mais especificamente no processo civil, fazem também uma aproximação deste estudo com o processo. Hoje muito da preocupação da dogmática processual é com a função instrumental do processo (DINAMARCO, 2002), uma busca pela efetivação do direito, a aceitação da instrumentalidade das formas. Isso então ajuda a legitimar esta pesquisa que tenta observar elementos/estruturas que, segundo a teoria sociológica do direito, ajudam o direito a desempenhar sua função perante a própria sociedade.

Essa preocupação com a instrumentalidade do processo decorre de um debate sobre o acesso à justiça, na terminologia de Mauro Cappelletti, considerado o pioneiro com esta preocupação, que também está positivada na constituição brasileira de 1988, em seu art. 5º, por meio da garantia ao amplo acesso ao

judiciário, exemplificativamente, “assistência jurídica integral e gratuita”⁹ às “defensorias públicas”¹⁰ dentre outras que têm repercussões na atuação do próprio juiz.¹¹

Atualmente, porém, com o Código de Processo Civil recente, a doutrina processual entra no debate sobre o “processo estruturante” ou “processos estruturais” com um pouco mais de intensidade (JOBIM e ARENHART, 2019). É preciso diferenciar que este trabalho não pode ser compreendido como parte direta do debate sobre os processos estruturantes. Neste a proposta parece, em nossa leitura, uma tentativa de adequar os procedimentos, exemplos dos participantes no processo civil, *amicus curiae*, audiências públicas aos denominados “problemas estruturantes”.

Ao que tudo indica, um litígio estruturante inicial ocorreu em 1954, com o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*. A Suprema Corte norte-americana entendeu que era inconstitucional a admissão de estudantes em escolas públicas americanas com base num sistema de segregação racial. Ao determinar a aceitação da matrícula de estudantes negros numa escola pública até então dedicada à educação de pessoas brancas, a Suprema Corte deu início a um processo amplo de mudança do sistema público de educação naquele país, fazendo surgir o que se chamou de *structural reform*. Isso foi apenas o início. Segundo Owen Fiss, “O Sistema de escolas públicas foi o sujeito do caso *Brown*, mas em tempo a reforma estrutural foi alargada para incluir a polícia, prisões, hospitais de saúde mental, instituições para pessoas com retardo mental, abrigos públicos e agências de serviço social. Reformas estruturais alcançaram tão longe quanto o moderno Estado Burocrático. Ou seja: o modelo de decisão proferida no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* expandiu-se e foi adotado em outros casos, de modo que o Poder Judiciário dos Estados Unidos, por meio de suas decisões, passou a impor amplas reformas estruturais em determinadas instituições burocráticas, com o objetivo de ver atendidas determinadas diretrizes constitucionais (DIDIER, 2019).

Ainda que entre a discussão dogmática do processo civil e esta pesquisa

9 CF, art. 5º, LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

10 Constituição Federal, art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

11 Essa discussão sobre as ondas renovatórias no processo está presente em várias obras sobre a dogmática processual, entre elas citam-se Mauro Cappelletti (1988), MANCUSO (1994), MARINONI (1998), MOREIRA (1984).

exista uma consciência da complexidade social em que estamos, acreditamos que aquela assume uma postura mais prescritiva do que a adotada neste trabalho.

Então esta tese está alinhada com a ideia de que, na dogmática processual, um estudo do processo despreocupado com a eficácia tornou-se inaceitável. Com isso se quer também justificar o estudo da decisão aqui escolhida a partir da teoria sociológica do direito.

É a abordagem teórica e o próprio objeto de análise que torna a tese específica, pode ser percebida como a análise de uma decisão em processo penal que utiliza a teoria sociológica do direito de Niklas Luhmann como fundamentação e tem o propósito de identificar as estruturas que colaboram para a efetivação da função básica do direito.

1.3 Aspectos metodológicos

A escolha da decisão tem também razões metodológicas, afinal a busca pela identificação dos instrumentos (estruturas/elementos) funcionais na decisão a ser analisada acredita estudar o objeto direito e não apenas o texto da lei. Tal como preconizado pelas concepções positivistas mais radicais. Sabe-se que o texto da lei pode ser considerado a porta de entrada para a norma jurídica, porém, tais concepções da exegese jurídica mais diretas que consideravam, inocentemente e exemplificativamente, desnecessária a interpretação em casos em que “a lei é clara”, estão suficientemente criticadas. Por isso, parte-se da posição de que a decisão estudada é um caso de concretização do direito, que envolve a interpretação, mas essa não será o único foco do estudo.

Propõe-se, assim, seguir a problematização que Luhmann realiza para justificar a teoria sistemática, desse modo se mostra “como” o direito foi efetivado na decisão analisada a partir da análise das estruturas de autonomia do procedimento. Questiona-se “como foi possível” essa decisão? Essa questão problematiza a realidade, mas não se duvida que a ordem social e o direito, por consequência, são

possíveis e de fato existem. A questão apresenta, portanto, um problema que já está resolvido com a decisão estudada, para Luhmann essa questão

[...] formula, ao mesmo tempo, e isso deve parecer de início paradoxal, um problema *insolúvel*. Pois ela não formula uma tarefa para a formação científica da teoria e para a pesquisa a ser solucionada metodológica e praticamente, mas um problema que mesmo em suas soluções ainda permanece um problema, ou seja, que transpõe a problemática e a possibilidade de re-problematização a todo modelo de resposta solidificado. (LUHMANN, 2016)

Além disso, posturas gnosiológicas de aproximação do objeto direito reconhecem que a norma é apenas um aspecto da realidade jurídica, existem os fatos considerados juridicamente relevantes, que são marcados pela unicidade e irrepetibilidade. Deixando perceber, portanto, as dificuldades de uma postura exclusivamente epistemológica para a apreciação dos aspectos envolvidos na decisão. Seja no âmbito da hermenêutica jurídica, seja no âmbito da epistemologia.

Epistemologicamente, não se pretende apontar os meios cognitivos utilizados pelo julgador ou por peritos na identificação dos fatos considerados juridicamente relevantes, selecionados e destacados dos eventos mais amplos pertencentes ao passado e demonstrados no processo.

A pesquisa não defende, por outro lado, nenhum conteúdo para o fenômeno jurídico analisado. Não se trata de uma proposta de modificações do direito efetivado. A análise é feita a partir do reconhecimento de que o fenômeno jurídico é prescritivo, axiológico, exige uma escolha valorativa, mas essa não é a postura desta tese. A tese contenta-se com uma postura, dentro do possível, descritiva. Assim, ela indica os elementos que ajudam a efetivação da função do direito. Não entra no debate sobre valores presentes na efetivação do direito. A atitude de é de analisar o modo “como” o procedimento judicial efetiva a função do direito de produzir congruência. A tese quer observar, portanto, exclusivamente o aspecto funcional do direito e, dentro do possível, com uma postura descritiva, analítica.

Por outro lado, não se defende que toda e qualquer decisão proferida nos processos judiciais são legitimadas. A pesquisa não quer concluir que todas as

decisões estão plenamente legitimadas apenas por serem consideradas ou apresentadas como resultados de um procedimento. Se quer trazer as ideias defendidas pela teoria sociológica do direito para uma identificação de tais ideias na decisão estudada e como essas ideias podem servir para a efetivação da função do direito indicada na teoria sociológica. Então, a pesquisa não quer problematizar a justiça ou injustiça da decisão. Embora isso seja plenamente possível a partir também da teoria de Luhmann.

O tema da justiça se dissemina nos sistema sociais e não constituem um **problema de reflexão** somente do sistema jurídico.

Mas, ao observarmos a justiça também como elemento externo ao sistema jurídico podemos ter dimensão da complexidade da questão e dos elementos contingentes a ela ligados. Essa complexidade e contingências das variegadas dimensões do problema da justiça, por conseguinte, não podem constituir 'elemento' de um único subsistema social por representar uma carga operacional insuportável (VIANA, 2015, p. 168)

As pesquisas sociológicas apresentam resultados que não contribuem de modo direto e necessário para o pensamento técnico da dogmática da decisão. Por exemplo, pesquisar quais as camadas sociais com mais representação nas carreiras jurídicas. Essas pesquisas trazem conhecimento sobre a realidade jurídica, ajudam a compreender porque determinadas prisões são mais facilmente decretadas e outras mais facilmente revogadas, mas as informações são utilizadas de modo indireto pela técnica dogmática. Tais conhecimentos são necessários e importantes, porém aqui não se reconhece que eles contribuam diretamente para o conhecimento técnico do direito positivado, tal como esta pesquisa quer realizar.

O presente estudo quer sim contribuir com a compreensão das tecnologias utilizadas pela dogmática jurídica para a efetivação, realização, da função do direito, sem se preocupar com uma pesquisa de fatos “brutos”, não filtrados por essas tecnologias¹², não serão pesquisados, portanto, os fatos descontextualizados do processo jurídico, nem se admite uma postura epistemológica nos moldes da ciência moderna, mas uma pesquisa, como já foi dito,

12 Ver RABENHORST, Eduardo. **A normatividade dos fatos**. João Pessoa: Vieira Livros, 2003. **A interpretação dos fatos no direito**. In: *Revista Prima F@cie*, ano 2, nº 02. Joao Pessoa: PPGCJ-UFPB, 2003.

funcional.

O trabalho realiza uma pesquisa bibliográfica, especialmente no que diz respeito à sua fundamentação teórica. Utiliza uma decisão judicial específica para testar a aplicação da teoria funcional do direito. Ele está dividido em seis capítulos. O primeiro, logo a seguir, apresenta a sua fundamentação teórica, a teoria sociológica do direito. Aí será destacada a relação entre direito e sociedade, indispensável para a teoria estudada, além disso, são tratados dos conceitos básicos da fundamentação teórica, tais como expectativas, heterorreferência e expectativas.

No segundo capítulo, o trabalho traz a especificação da função do direito indicada pela teoria sociológica do direito. No capítulo terceiro, serão discutidas as características básicas do procedimento judicial como um sistema social especial de comunicação e autônomo. No capítulo quarto será feita uma discussão do modo de produção de sentido no procedimento judicial, especificamente por meio do conceito de fechamento operativo da teoria dos sistemas. O trabalho continua trazendo no capítulo quinto a retórica analítica, como metódica, uma proposta de análise adequada ao estudo do direito e às condições de possibilidade de produção do conhecimento a partir da teoria dos sistemas (e ou da teoria sociológica do direito). No capítulo sétimo será feita a análise da sentença e na sequência são apresentadas as ideias conclusivas do trabalho.

PRIMEIRA PARTE – FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2. FUNDAMENTOS DA TEORIA SOCIOLÓGICA DO DIREITO

O propósito deste capítulo é apresentar especificidades da teoria sociológica do direito de Luhmann. Isso será útil para compreender tanto a função do direito como as características do procedimento judicial do direito positivado, como um procedimento autônomo e diferenciado, um sistema especial de comunicação, base para a realização da análise da sentença escolhida pelo trabalho, pois é a partir dos aspectos que serão apresentados que poderemos perceber a íntima relação entre sistema social e sistema do procedimento.

Será destacado nesta parte, por conseguinte, o tema mais diretamente ligado à teoria sociológica do direito, o reconhecimento da implicação mútua entre direito e sociedade. Essa implicação se relaciona com o desenvolvimento e a efetivação do modelo de direito positivado que é tratado aqui.

Nesse contexto, serão indicadas as justificativas por que se considera adequada a teoria sociológica do direito para a compreensão do direito positivado nas sociedades complexas. Já que os dois, direito e sociedade, se implicam influenciando, assim, o desenvolvimento de ambos, o que é tratado no ítem 2.1. Ainda naquele propósito, segue o item 2.2 onde são evidenciados os conceitos básicos da teoria sociológica do direito. Entre eles a “diferença” considerado o meio para superar a oposição entre sujeito e objeto na sociologia, o que também ocorre tradicionalmente na ciência e na própria filosofia, em suas preocupações ligadas à cognição.

Nos itens seguintes, ainda com o propósito de evidenciar a adequação da teoria sociológica para os objetivos desta tese são abordadas as condições da positivação do direito, no item 2.3 apresenta-se a situação prévias de indiferenciação do direito das demais ordens normativas e a utilização de referências, por exemplo a teológica ou mágica, para a efetivação do direito em sociedades que não podem ser consideradas complexas. Nas subdivisões seguintes, falam-se das espécies de expectativas, diferenciação social como causa da complexidade social; e do direito como meio de redução dessa complexidade e a utilização da decisão como meio de estabelecimento do direito.

2.1 Teoria sociológica do direito para a sociedade complexa

Toda a teoria sociológica do direito de Luhmann parte daquele pressuposto, direito e sociedade se implicam e a compreensão dessa relação é imprescindível para a compreensão do procedimento, tal como está proposto.

A teoria sociológica, por isso, se apresenta como capaz de compreender a complexidade social e, igualmente, de compreender o direito complexo que existe nesta sociedade de forma adequada.

Para a compreensão da relação entre direito e sociedade, apresentado no Livro Sociologia do Direito I e II de Luhmann, é preciso reconhecer que o direito está presente em todas as sociedades. Portanto, o direito positivado que será especificamente mais à frente é um tipo de direito que foi desenvolvido por um tipo específico de sociedade.

Isso obriga a reconhecer que existe uma variação do conteúdo e da forma do direito em razão do tempo e do lugar, algo reconhecido por toda a sociologia do direito, essa variação é considerada o ponto de origem da sociologia jurídica. Contudo, Luhmann admite que o direito mantém, mesmo nas sociedades arcaicas, das altas culturas ou nas sociedades complexas que estamos, uma mesma função.

Essa proposição de Luhmann faz como que ele aponte alguns conhecimentos de base do direito, “processos elementares na formação do direito” na terminologia de Luhmann, dos quais ele parte para chegar em suas conclusões sobre a positivação do direito e da função do direito. Esses mecanismos são temas fundamentais e que podem explicar o desenvolvimento do direito e da sociedade. Luhmann trata, desde as experiências concretas do direito, tal como ocorre com o “escândalo”, “vendeta”, a “reciprocidade”, até as construções abstratas da dogmática, do direito dos juízes e do direito dos professores considerando aquelas elementos básicos¹³.

13 A Escola Histórica marca o aparecimento daquilo que Koschaker denomina “o Direito dos professores”. Direito dos professores” aparece quando, sob certas condições, a tônica na ocupação com o Direito passa para as Faculdades de Direito e para seus mestres. Isso não quer dizer que o Direito passasse a ser criado e construído pelos professores, mas sim que a doutrina passava a

E nesse percurso, explica a indiferenciação das expectativas, os instrumentos de diferenciação entre expectativas normativas e cognitivas, a necessidade de um especialista em decidir e a formação dos procedimentos judiciais como marcas principais do direito positivado.

Daí conclui-se existir um campo de pesquisa ao mesmo tempo pré-psicológico e pré-sociológico, no qual têm que ser esclarecidos certos conceitos e mecanismos básicos que são importantes tanto para a teoria da personalidade quanto para a teoria dos sistemas sociais. Nesse campo de pesquisa, para cujo esclarecimento contribuíram cientistas das mais diferentes áreas – fenomenólogos e psicanalistas, psicólogos sociais e teóricos do aprendizado, sociólogos e teóricos da cibernética – devem ser descobertas as origens da singular necessidade de ordenamento que é satisfeita pelo direito; ao mesmo tempo é aqui que encontram-se as bases das estruturas e dos **processos elementares na formação do direito**. Tanto a problemática desse campo quanto os mecanismos para sua superação têm a ver com o fato de que a relação do homem com o mundo é constituída de *forma sensitiva*. Os mecanismos desse campo de pesquisa, que podem ser caracterizados sem o recurso a construções sistêmicas, especificamente psíquicas ou sociais, chamaremos “elementares”. (LUHMANN, 1983, p. 44)

Entender essa correção entre os processos elementares de formação do direito são necessárias para compreender o procedimento judicial como um sistema autônomo e diferenciado de comunicação do sistema social.

Portanto, trata-se de uma teoria que é aplicada em seus aspectos básicos tanto ao direito, quanto à própria sociedade e que o direito se organiza e se apresenta com características específicas que podem ser correlacionadas à organização social.

Não se circunscreve o direito em um âmbito normativo, uma ciência pura do direito, nem também utiliza um arcabouço teórico da sociologia que foca em um objeto fático, mais aceito como centro de preocupação da sociologia jurídica.

A proposta da teoria sociológica quer superar a compreensão da sociologia do direito criada a partir de elementos básicos como “a ação” ou o “fato social”. O autor apresenta uma proposta de compreensão da sociedade por meio do conceito básico de “diferença”, também utilizada em sua teoria dos sistemas.

ocupar um lugar mais importante do que a práxis e os doutrinadores a terem uma precedência sobre os práticos. (FERRAZ JÚNIOR, 2015)

O direito e a sociedade não trazem como pontos de partida um “objeto” como tema central de preocupação teórica ou cognitiva. Daí a não utilização da ação ou do fato social. Dispensa também a utilização de uma concepção subjetiva, que coloca o sujeito, como condição básica do conhecimento. Esta relação entre direito e sociedade também está permeada pelo ponto de partida da teoria, “diferença”.

A sociedade é o ambiente do sistema direto. Mais uma vez o uso da diferença. Trata-se de uma tentativa de evitar uma filosofia da consciência. Para Luhmann, a diferença básica entre sistema e ambiente, é condição de possibilidade da construção teórica. “Se define o sistema como a *diferença*, entre sistema e meio” (LUHMANN, 2009, p. 81). O fundamento da teoria dos sistemas, não é, portanto, uma unidade, uma cosmogonia, mas é a diferença que serve de base. Isso não é algo absolutamente novo, a linguística¹⁴ também chega a colocar como menos importante a relação da linguagem com o mundo, dando ênfase às distinções e regras de uso dos signos e da própria linguagem e também o âmbito das matemáticas.

O sistema é uma diferença que se produz constantemente, a partir de um único tipo de operação. A operação realiza o fato de reproduzir a diferença *sistema/meio*, na medida em que produz comunicação somente mediante comunicação (LUHMANN, 2009, p 91)

Como se percebe a compreensão da relação entre direito e sociedade é algo insupereável para a teoria dos sistemas, que observa aquela relação por meio da diferenciação entre sistema e ambiente. Já a tradicional expressão “*ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*” mostra a impossibilidade de desconsiderar a relação entre sociedade e direito por quem pretenda contribuir com a teoria do direito. É preciso que ela seja reconhecida, admita, de modo explícito ou não. Aliás, essa relação estará presente nas elaborações teóricas sobre o direito, caso se admita ou não, ainda que não se explicita, para Luhmann a relação é de implicação:

O direito surge então como elemento codeterminante e codeterminado desse processo de desenvolvimento. Ele fomenta ao adaptar-se a suas necessidades. Essas necessidades, porém, apontam para uma maior complexidade e variabilidade social: a sociedade torna-se mais rica em possibilidades; com isso seu direito

14 (SAUSSERE, 2006)

tem que ser estruturalmente compatível com um número maior de possíveis situações e eventos (LUHMANN, 1983, I, 34)

Admitindo essa implicação entre direito e sociedade é preciso deixar exposto também que a relação do homem com a sociedade é algo que precisa ser enfrentado e também está presente no estudo proposto. A teoria sociológica não coloca o indivíduo como centro ou mesmo é admitido na teoria. A justificativa para isso é compreensível. Ao contrário do que se diz, trata-se de uma elevação da importância do indivíduo, não o inverso. Tanto a teoria sociológica, quanto a teoria dos sistemas, não admite a possibilidade de uma teoria ser capaz de abarcar o indivíduo, que nunca é geral, como são a teoria e seus conceitos. O indivíduo é sempre único e irrepetível. A solução dada para essa impossibilidade de a teoria incluir o indivíduo é respondida com um recurso já tradicional para a sociologia, o recurso aos papéis sociais. Os indivíduos, em razão do que aqui se admite, são único e irrepetíveis, para que possam ser admitidos nos mais variados sistemas sociais não podem ser admitidos em sua individualidade. Isso demandaria uma aproximação que fosse capaz de informar a história inteira do indivíduo, as suas relações afetivas, psíquicas, seu gosto. Algo de que só pode ser alcançado com o consumo de tempo que não está disponível nos sistemas das sociedades complexas¹⁵. Quando for tratado da orientação social, este ponto será retomado.

A teoria do direito, mesmo partindo de pressupostos diversos, também trata dessa relação social, os indivíduos, e se vê uma resposta semelhante com os recursos ao papel de devedor, réu, autoridade. E Tércio Sampaio Ferraz remete à uma questão da concepção da sociedade

[...] a identificação das relações jurídicas é para a dogmática estrutural um ponto crucial, posto que a decidibilidade de conflitos depende das posições que os agentes ocupam, uns perante os outros, nas comunicações ou interações sociais: quem deve, quem paga, quem manda, quem obedece, quem prescreve, quem cumpre, são posições que implicam relações que compete ao direito constituir (dirá Kelsen) ou disciplinar (dirá a doutrina tradicional) juridicamente. O pressuposto zetético da discussão está, na verdade, no modo

15 Para um aprofundamento maior sobre a questão da impossibilidade da teoria sociologia tratar ou colocar o indivíduo em seu corpo, ver LUHMANN, Niklas. **Indivíduo, Individualidade, Individualismo**. In: Teoria dos Sistemas na Prática: estrutura social e semântica. São Paulo: Vozes, 2018, p. 139-214.

como concebemos a sociedade. Para a tradição clássica das ciências sociais, a sociedade sempre foi vista como união de homens concretos, donde a expressão corpo social. Se a sociedade era conjunto de seres humanos, seu mundo circundante era a natureza, donde a distinção entre ciências humanas e naturais (FERRAZ JÚNIOR, 2008)

É contra essa proposta tradicional que se pretende trazer as contribuições para a teoria do direito sobre essa relação do indivíduo humano com a sociedade, especificamente com base na teoria sociológica do direito.

Como indica Viana (2015, p. 58), os seres humanos para Luhmann são “sistemas psíquicos (consciência) que “podem ser observados por outros sistemas psíquicos ou por outros sistemas sociais”. Ele afasta, assim, a semântica do sujeito. Para Luhmann o processo comunicativo se realiza abstraindo-se da existência ou presença de seres humanos, ainda que sejam pressupostos.

Isso ocorre em razão das mesmas condições de complexidade para justificar as expectativas cognitivas e normativas, tal como será tratado. A própria experiência sensorial do indivíduo torna-se impossibilitada diante das múltiplas relações sociais estabelecidas. Poucos são aqueles que convivem a ponto de identificar o próprio indivíduo. A maioria das relações humanas são realizadas por meio dos papéis desempenhados por eles. Isso está presente em sala de aula e nos procedimentos judiciais. Alguns alunos estabelecem relações como indivíduos, as suas histórias são consideradas, seus afetos etc. outros, apenas as participações em sala de aula com o professor são mantidas, prevalecendo o papel social desempenhado.

Igualmente no procedimento, esse de um modo mais específico e diferenciado, pois o juiz, como será visto deve manter a sua imparcialidade e sua atuação profissional. Ele deve estar protegidos das relações sociais outras com as partes, seja de intimidade ou de inimizade.

Essa situação está harmonizada com os questionamentos em torno da quebra de valores únicos nas sociedades contemporâneas e como o direito e o procedimento judicial se relacionam com essa sociedade. Ao contrário das sociedades arcaicas, em que a pessoa é alguém por pertencer a um clã, um conhecido, um parente, um indivíduo com que se mantém um conhecimento e

relações individualizadas.

Diferente de sociedades arcaicas e/ou primitivas em que os valores e a própria condição de pertencente a um determinado grupo social estava associada à ideia de uma uniformização de valores. Daí porque se apontar que

Com o desenvolvimento das sociedades, quer por seu aumento quantitativo, quer pelo aumento da complexidade das relações humanas possíveis, o princípio do parentesco, por sua pobreza, é, pouco a pouco, diferenciado e substituído com base na organização social. Nas culturas pré-modernas (China, Índia, Grécia, Roma), aparecem assim os *mercados*, que permitem a equalização das necessidades entre os não-parentes. Isto é, a posição do comerciante deixa de ser determinada por sua situação familiar, no clã (por exemplo, comerciar deixa de ser uma atividade permitida apenas aos patriarcas). (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 30)

Em outros termos, nas sociedades arcaicas não existe espaço para um direito capaz de suportar as diversas possibilidades de comportamento. Aquele que tem comportamentos contrárias às estruturas das sociedades arcaicas podem ser expulsos.

Apenas com a possibilidade de reconhecimento de um direito não mais identificado com o bem e o mal, em que o comportamento divergente não é mais punido com o banimento do grupo e, portanto, os ilícitos podem ser reconhecidos como parte da convivência interna à sociedade. Um ilícito deixa de ser visto como um risco à própria vida gregária. A sociedade complexa passa a admitir que a diversidade de comportamento seja admitida no interior dessa sociedade. Assim, a teoria sociológica do direito explica o direito, partindo dessa relação básica entre direito e sociedade.

Com as diferenciações, o aumento de complexidade, o direito, diferente do que acontece naquelas sociedades arcaicas, torna-se um modo de pensar diferenciado da própria realidade jurídica. O direito passa a representar também não apenas a experiência do direito como na vingança, mas também construções mentais sobre essa experiência, essa realidade.

Com a identificação da complexidade social para Luhmann

a sociedade deixar de ser tanto uma associação de homens, no contratualismo (Hobbes; Spinoza; Pufendorf; Locke; Rousseau), quanto uma estrutura organiza (Spencer), em que se parte de uma perspectiva de todo e parte. A sociedade não é mais para Luhmann, um todo ontologicamente estabelecido. (VIANA, 2015, p. 151)

Isso significa que a mudança da percepção tradicional, a sociedade como um conjunto formado por partes, para a percepção de que a sociedade é formada por sistemas, entre eles o sistema psíquico que se relaciona com o sistema social e jurídico.

Essas explicações, mesmo sendo a uma primeira vista algo que pode desvalorizar o ser humano, o indivíduo, para este texto ela é percebida como uma adequação teórica tanto para as sociedades complexas como para o direito dessas sociedades.

Para uma sociedade complexa, seja pelas condições de relação com o ambiente, complexidade e contingência, seja em razão da multiplicidade de valores e condutas admitidas, essa concepção é considerada mais adequada, já que o indivíduo estabelece relações múltiplas que impossibilitam o seu conhecimento em todas as relações.

A diferenciação entre papel e a pessoa tornou-se um fato altamente corriqueiro. Inicialmente ela tornou-se consciente sob o aspecto da alienação ou impersonalidade e do anonimato da vida social nas sociedades modernas (LUHMANN, 1983, p. 107).

Em razão dessas condicionantes, a pesquisa da teoria sociológica do direito é uma pesquisa funcionalista¹⁶. Tal como já se propôs para este trabalho. Seu

¹⁶ Isso está relacionado ainda ao motivo de diferenciação funcional e a complexidade da sociedade. O crescimento populacional, o aumento de relações em mercados, a extinção do modelo de sociedade fundado exclusivamente no parentesco fizeram com que a sociedade se tornasse mais complexa. As diferenciações sociais ocorrem agora por meio de funções específicas. Assim os sistemas funcionais são vistos como “sistemas sociais autopoieticos diferenciados no interior do sistema social total, a sociedade. São eles economia, ciência, direito, política, religião, sistema educacional, arte, amor, movimentos sociais, entre outros. O processo-chave de entendimento da dinâmica formadora dos sistemas sociais é a diferenciação funcional” (RODRIGUES; NEVES, 2012, p. 91). Assim, a pesquisa da teoria dos sistemas parte da complexidade social que decorre da diferenciação funcional dos sistemas sociais e analisa esses sistemas a partir da função específica de cada um deles. No caso do direito, a função específica é a

propósito é observar e identificar os meios que exercem uma função específica atribuída ao direito. Para a teoria sociológica do direito, o direito tem uma função primeira, um modo específico de garantir expectativas. Pode-se dizer que o estudo funcionalista do direito se preocupa com a questão do “como” exerce sua função, não com a questão do “que” é o direito.

O direito, assim como outras formas de garantia de expectativas, como a moral, a religião, a etiqueta etc., atua garantindo normativamente determinadas expectativas, seja nas sociedades arcaicas, seja nos procedimentos das sociedades complexas que possuem um direito positivado. E ele faz isso de um modo específico, com a sua função específica. Como se observará mais adiante, as expectativas podem ser garantidas normativamente na sociedade de várias formas, o direito não é o único sistema de manutenção de expectativas, mas seria o sistema de manutenção capaz de manter expectativas normativa de um modo geral, amplo.

A teoria sociológica, a partir de uma compreensão da teoria dos sistemas, tem como referência inicial que as sociedades precisam, ou usam, vários meios de manutenção de expectativas e o direito é mais uma dessas formas, por isso é uma forma de se compreender tanto a sociedade em geral, o sistema social, como o sistema jurídico, o fenômeno jurídico. Como se percebe a especificidade do direito é funcional, não usa o critério interno ou externo da norma, para diferenciar o direito da moral, ou mesmo a marca da coação como determinante da especificidade do fenômeno jurídico. O direito é mais um meio social de garantir expectativas.

Além disso, essa abordagem sistêmica e funcional, partindo das mesmas bases teóricas, permitiu também ao autor explicar várias outras realidades, Luhmann têm obras que se espalharam por vários temas, vai desde a economia, a religião e vai até o amor. Os mais diversos temas, todos considerando as perspectivas teóricas sistêmicas.

Deben evitarse a toda costa formulaciones como la afirmación de que existen “conexiones entre” el Derecho y la Sociedad,, pues presupone que el Derecho es algo situado fuera de la sociedad. El sistema jurídico es un sistema funcionalmente diferenciado dentro de la sociedad. Así, el sistema jurídico está, em sus próprias

operaciones, siempre ocupado em la ejecución de la autorreporudcción (autopoiesis) tanto del sistema social general como de sí mismo (LUHMANN, 2007, p. 104)

O outro ponto, também importante para a compreensão mais ampla de Luhmann, é o estudo mais da teoria dos sistemas. Aí se destacam os conceitos mais analíticos como “autopoiesi”, “fechamento operativo”, “abertura cognitiva” etc. Para identificar os meios funcionais do direito na decisão estudada, será necessário a utilização de alguns daqueles elementos. Serão utilizados elementos da teoria sociológica que foram aprofundados no desenvolvimento das pesquisas de Luhmann sobre a teoria dos sistemas.

Dito isto, para seguir com o propósito de destacar a fundamentação teórica do trabalho e especificar a teoria sociológica do direito, passa-se a observar mais de perto alguns dos seus desdobramentos conceituais que servirão de base para a análise proposta pelo presente trabalho, identificação dos elementos que contribuem para a diferenciação e autonomia do procedimento judicial como sistema social específico de comunicação.

2.2 Conceitos da teoria dos sistemas utilizados na compreensão do direito positivado

Como foi dito, esta parte do trabalho quer apresentar sua fundamentação teórica, a teoria sociológica do direito, esta teoria porém não está completamente isolada da teoria dos sistemas do mesmo autor. Quando ele trata da teoria sociológica ele já utiliza alguns conceitos que são desenvolvidos apenas nos textos sobre a teoria dos sistemas, por essa razão, é necessário deixar neste tópico as conceituações básicas que serão utilizadas em toda a pesquisa.

Para iniciar é preciso lembrar que Luhmann quer apresentar uma teoria da diferença, não uma teoria ontológica. O ponto de partida não é o sistema, nem o entorno, mas a diferença entre os dois (CUBEIRO, 2013). O mundo é dividido e de

um lado fica o sistema e do outro o seu entorno.

Além deste ponto de partida, a diferença, outros conceitos básicos da teoria sociológica do direito são apresentados por Luhmann após realizar críticas às abordagens clássicas da sociologia, para isso ele aponta a sociologia Max Weber, Émile Durkheim, Talcott Parsons, Eugen Ehrlich. A partir destes autores ele aponta a concepção sociologizante que alguns juristas admitem, o que ocorre especialmente com a jurisprudência dos Interesses em contraposição à Jurisprudência dos Conceitos, isso ocorre porque

Já se dispunha das primeiras experiências com a sociedade industrializada tornando claro que se impunham ao direito necessidades de absorção de problemas complexos e de constante adequação às mudanças sociais, as quais não mais poderiam ser supridas com os recursos exegéticos da análise conceitual. (LUHMANN, 1983, I, p. 32)

A questão básica é que Luhmann entende necessário uma sociologia que seja capaz de enfrentar o problema da positivação do direito, o que, talvez em razão das próprias bases teóricas da sociologia, não foi realizado. E este é o ponto que a teoria sociológica quer enfrentar, compreender a positividade do direito.

Ainda segundo Luhmann, com o direito natural, já se preparou a interpretação sociológica do direito, a partir da categoria do contrato e a ideia de direito racional. Assim, o homem já passou a ser compreendido como sujeito, não como indivíduo, e a dimensão social, por meio do contrato, pode ser pensada como disponível e contingente. A partir dessas categorias, passa-se a ter consciência de que o direito está presente em todas as sociedades, ainda que com variações contingências, e “essa contingência, esse condicionamento da opção por outras possibilidades, torna-se o tema da sociologia do direito” (LUHMANN, 1983, p. 21).

Em relação à **complexidade**, o ponto de partida é que sempre existem mais possibilidades do que é possível efetivar, porque a relação do homem com o ambiente, uma relação sensorial, não é determinada exclusivamente por seu organismo. Toda experiência traz um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades. Assim, a complexidade parte da consciência de que sempre estão

dadas mais possibilidades que se pode realizar. E a **contingência**, tema correlato da complexidade, é explicada como a que todas as possibilidades reconhecidas podem ser enganosas, pode se referir a algo que não existe ou que, após serem realizadas algumas medidas de certificação, aproximação do objeto, este se mostre um engano, ser diferente ou inexistente. (LUHMANN, 1983, p. 45.). Diante da complexidade e da contingência se forma a situação existencial do ser humano para a qual são necessárias estruturas de assimilação que absorvem e controlam tanto a complexidade como a contingência.

Tais estruturas, se constroem de alguma forma e adquirem uma independência da experiência. Com essas estruturas se formam meios de estabilização de expectativas com relação ao mundo circundante.

Diante da complexidade e da contingência, as expectativas são inicialmente estabilizadas por estruturas como “coisas, homens, eventos, o mundo etc.” Mas a complexidade e a contingência aumentam quando se observa o aspecto social, as atualizações de sentido são produzidas por outros homens. Na relação social, posso absorver as expectativas do outro, e o horizonte de expectativas se torna mais amplo. Essa é a “dupla contingência”¹⁷ e perante ela surge a necessidade de outras estruturas de expectativas, passa-se a ter expectativas de expectativas. (LUHMANN, 1983, 47). A função de todo o normativo e do direito, para Luhmann, está na integração das expectativas neste segundo nível.

a dupla contingência do mundo social exige a construção de novas estruturas de expectativas estabilizadas em termos de expectativas de expectativas. O comportamento social, em termos de vivência e ação, tem, pois, dupla relevância: a dimensão da expectativa imediata de comportamento e a dimensão da avaliação do que significa o próprio comportamento para a expectativa do outro. (FERRAZ JÚNIOR, 2015)

Portanto, as estruturas recortam as possibilidades, elas sedimentam a realidade. E as duas formas básicas são as “expectativas normativas e as expectativas cognitivas”. As duas desempenham a mesma função, diminuir a complexidade. A teoria sociológica do direito aponta essas estruturas como meio de

17 (OCAMPO, 2013)

compreensão da própria formação do direito, ele chama de mecanismos elementares de formação do direito.

a diferenciação entre o cognitivo e o normativo não é definida em termos semânticos ou pragmáticos, nem referenciada aos sistemas afirmativos que as fundamentam ou à contradição entre afirmações informativas e diretiva – mas sim em termos funcionais, tendo em vista a solução de um determinado problema. Ela aponta para o tipo de antecipação da absorção de desapontamento, sendo assim capaz de fornecer uma contribuição essencial para o esclarecimento dos mecanismos elementares de formação do direito. Ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride. (1983, p. 56)

As duas são consideradas estratégias funcionalmente equivalentes de estabilização, o desapontamento, a frustração, é tratado nos dois tipos de expectativas, a normativa e a cognitiva. Neste caso, a própria expectativa é modificada. Assim, no caso da expectativa normativa, a do direito, faz necessário um modo de assegurar que essa expectativa normativa seja mantida, não ser modificada diante de um comportamento desviante, e um dos meios que o direito contemporâneo utiliza para realizar é o procedimento, o processo. A decisão analisada também é um modo, específico e único, de garantir uma determinada expectativa normativa.

As explicações do autor descem a detalhes que não serão trazidos, ficam para pesquisas especializadas, o propósito desta parte é deixar explicitados os conceitos básicos, as ferramentas que são utilizadas como fundamentação teórica para a análise da decisão objeto da pesquisa. É evidente que as frustrações podem ser tratadas por vários outros meios que não apenas o processo, existem formas de tratamento dessas frustrações que são relacionadas ao contexto interno da *psiqué* humana, as sanções sociais, o escândalo etc. A vida cotidiana oferece várias formas de explicar os desapontamentos e as formas de reação a tais desapontamentos. O procedimento, tal como queremos analisar a partir de uma decisão paradigma, é uma das formas de garantir a expectativa e como diz Luhmann na sua tese de legitimação pelo procedimento de tratar as frustrações.

El Derecho procesa, de una manera que ningún outro sistema puede hacer, las expectativas normativas capaces de mantenerse a sí mismas en situaciones de conflicto. Por supuesto, el Derecho no puede garantizar que estas expectativas no serán defraudadas. Pero sí puede garantizar que pueden mantenerse, como expectativas, incluso en caso de que sean defraudadas. (LUHMANN,2007, p. 105)

Como se vê, a teoria sociológica, a partir desses condicionantes de base, quer explicar a formação e estabilização do modelo de positivação do direito que temos hoje. Essa é uma noção básica, mas para este trabalho ainda se fazem necessários a apresentação e a compreensão de outros conceitos, tal como serão apresentados nas divisões subsequentes. Isso para que a hipótese aqui defendida, de que existe a formação de um sistema social de comunicação especial e que podem ser identificados, a partir da observação de uma decisão judicial concreta, que elementos são esses.

Por isso, apenas com a compreensão conjunta das bases da formação do direito e dos conceitos da teoria dos sistemas pretende-se passar para a análise principal da presente pesquisa, identificar as estruturas/elementos na decisão estudada e que funcionam para a criação de um sistema de comunicação (VIEHWEG, 1991, p. 183), especial autônomo no procedimento judicial.

Assim, esta tese segue trazendo os conceitos considerados indispensáveis para a compreensão, como já foi dito, da análise que se pretende realizar. Alguns deles serão feitos comentários em tópicos específicos considerando a sua importância para o trabalho, dentre elas o “sentido”, “fechamento operativo”, “comunicação”.

2.3 Indiferenciação e heterorreferência no direito

A implicação mútua entre direito e sociedade referida anteriormente está diretamente ligada, por um lado, à positivação do direito incluindo o aumento da

importância do procedimento e, por outro, ao movimento de aumento de complexidade das sociedades, e esses dois polos de implicação direito e sociedade têm consequências para as mudanças de critérios de validade e vigência do direito, os instrumentos que o direito e o procedimento realizam ou produzem as decisões.

Então, a positivação, que torna as decisões variáveis e, ao mesmo tempo, vigentes, recebem, segundo a teoria de Luhmann, influência de mudanças na sociedade, então, com o propósito de seguir com a fundamentação teórica, seguiremos especificamente como a indiferenciação e a heterorreferência no direito, dois elementos importantes para a compreensão dessa teoria sociológica que se apresenta como um meio de abordar a complexidade desses dois sistemas sociais, direito e sociedade.

As decisões sobre direito, o fenômeno jurídico, sempre esteve presente na vida social, não existe um momento em que a vida gregária existiu sem que o direito estivesse presente. Seja nas sociedades mais primitivas, arcaicas, seja nas atuais sociedades pós-modernas, como querem alguns, existe a presença do fenômeno jurídico. O que mudou foi o direito, a sua forma de efetivação.

O desenvolvimento social, logo o do direito também, não depende de uma atividade técnica com propósito determinado, uma ação ou um programa teleológico. Ele acontece de modo aleatório. A correlação entre mudanças sociais e mudanças no direito não é algo programável ou programado. Os dois se implicam e se desenvolvem de modo aleatório, ou seja, o momento atual em que encontramos sociedade e direito é um momento de desenvolvimento aleatório que resultou na positivação do direito e em uma sociedade complexa, mas não é um programa realizado de modo causal e previsível.

A teoria da evolução de Luhmann, assim, não pressupõe hierarquias moralizantes do tipo “bom” e “mau”, “evoluído” e “atrasado”, e, mais importante, renuncia a uma descrição temporal da sociedade em termos de pré ou pós. Antes, parte de elementos conceituais diferentes e de maior abstração, a saber, dos mecanismos evolutivos: variação, seleção e reestabilização (RODRIGUES e NEVES, 2012, p. 89)

Um exemplo torna isso mais claro, as sociedades que se fixam em um

determinado lugar são propensas a desenvolverem meios de defesa, por exemplo muralhas. Por outro lado, os nômades, em razão da necessidade ou vontade de saquear, desenvolvem armas que se tornem capazes de superar aquelas defesas. E, portanto, a correlação entre os dois grupos causa modificações, fazem com que eles se desenvolvam. E isso é aplicado à relação entre direito e sociedade, ambos se implicam e causam efeitos que desencadeiam desenvolvimento, mudanças.

O motor da evolução porém, é a crescente complexidade da sociedade, que torna mais sensível a discrepância nas diversas dimensões da generalização, exigindo em consequência uma atuação mais eficiente no sentido da generalização congruente, ou seja da seletividade mais rigorosa, levando com isso a um grau mais elevado de sua especialização nessa função. Dessa forma a evolução do direito pode ser observada através de suas condições à complexidade da sociedade, de seus mecanismos de diferenciação de papéis e processos especificamente jurídicos, e de seus resultados no sentido da autonomização de estruturas de expectativas jurídicas, as quais liberam o direito cada vez mais dos entrelaçamentos com a linguagem, com as interpretações globalistas do mundo, com a verdade, com a *práxis* racional e, finalmente, até mesmo com outras esferas normativas, entre elas principalmente a moral. (LUHMANN, 1983, I, p. 122)

Feitas essas observações de base, passa-se a apresentar a ideia de indiferenciação como forma de compreender o desenvolvimento do direito para as sociedades complexas que culmina com a positivação do direito e com o procedimento que será analisado por meio da decisão.

A ideia de indiferenciação está presente no que Luhmann chama de sociedade arcaica. Nessas sociedades os vínculos são mantidos com base em um princípio básico, o parentesco. Nelas há a predominância de uma única moral e a indiferenciação entre direito, moral, religião, etiqueta etc. Um único fato, compreendido como uma ofensa à própria sociedade, é um crime, um pecado, uma afronta à moral etc. Isso torna todos conhecedores do direito, não demanda um conhecimento técnico e uma diferenciação do procedimento de decisão sobre o direito. O contrário do que vivemos hoje.

Essa indiferenciação, em que prepondera o vínculo do parentesco (LUHMANN, 1983, I, p. 184), faz com que o direito seja vivido sem abstrações. A vivência do direito é imediata. Os exemplos disso ainda podem ser encontrados

hoje. Quando alguém reage ao que ele entende como agressão injusta, o direito é vivenciado de forma direta, sem abstrações. A expectativa, não ser agredido injustamente, é mantida sem conceituações, sem normas positivadas. Quem se sente ofendido e parte para uma defesa física direta acredita e sustenta a expectativa de que não se deve agredir imotivadamente. Essa é a expectativa mantida normativamente.

Aí está a presença do direito em sociedade menos complexas. Na decisão que está sendo analisada neste trabalho, por outro lado, as expectativas normativas não parecem facilmente detectáveis, demonstráveis mediante as formas de prática do ilícito. No caso estudado temos contratos com valores altíssimos, envolvendo consórcio entre grandes empreiteiras, para a realização de obras e serviços complexos. Isso tudo torna mais difícil a identificação do direito, não basta um sentimento de justiça. As relações são menos evidentes. Existe a discussão de uso de apoio político para facilitação das condutas criminosas.

Nas sociedades indiferenciadas, porém, é possível confirmar de um modo direto. Ainda assim permanece o direito exercendo a manutenção da expectativa normativa, o que também está presente na sociedade contemporânea e no direito desta sociedade. Agora o procedimento assume um maior destaque como meio de garantir a manutenção da expectativa normativa. Isso o que poderemos observar no estudo realizado nesta pesquisa e queremos apontar quais são os meios que a decisão estudada utiliza para efetivar essa função do direito, manter expectativas normativas.

Nas sociedades chamadas primitivas é de se destacar, ainda, que não existe uma diferenciação clara entre expectativas normativas e expectativas cognitivas. Essas diferenciações, segundo a teoria aqui utilizada, vão ganhando contornos mais específicos com o desenvolvimento tanto da sociedade, quanto do direito.

O direito segue a função de garantir expectativas normativas, contrafáticas, mesmo nas sociedades indiferenciadas como também nas sociedades complexas. Nas sociedades complexas as formas de manutenção das expectativas são efetivadas por meio do direito positivado, pois nessas sociedades

As valorações morais, ao contrário, são caracteristicamente pluralistas, e em pontos nos quais falta o consenso pode-se recorrer à ajuda da fragmentação de seus partidários, ou seja, a grupos de apoio. Contudo, isso só vale sob a condição de que moralistas não possam se investir de poder jurídico e vale também apenas sob a condição de paz territorial. Dito de maneira mais precisa, o sistema do direito tem de levar em conta o fato que o *código moral*, como esquematismo binário, é o mesmo ao longo de toda a sociedade, enquanto *programas* da moral e, portanto, os critérios de diferenciação entre bem e mal, ou entre bom e ruim, já não são passíveis de consenso. (LUHMANN, 2016, I, p. 105)

Naquele modelo de sociedade arcaica, o direito estaria garantido a todos que mantivessem a moral da família, o parentesco mantinha os critérios de correção moral e legal das condutas. O direito não está diferenciado das outras formas sociais de manutenção das expectativas. Existe uma indiferenciação e elementos externos como a Moral, por ser única, determinam o direito. E isso ocorre também com outras formas de heterorreferência, a atuação de pais de família, de líderes religiosos ou da religião.

Igualmente importante foi a elaboração cristã do direito natural antigo. Ela deslocou a base do antigo direito das instituições à vontade divina, da tradição à transcendência – ou seja para o plano dos princípios possíveis de disputa teológica. Com isso a discussão dos teólogos sobre a onipotência divina e suas consequências para a ordem natural do mundo tornou-se relevante para o direito. Uma desestabilização considerável do sistema jurídico não podia mais ser amortecida por princípios religiosos – a não ser enquanto princípio da contingência de todo ordenamento e de todo direito. No grau de abstração da discussão teológica, já se prepara a separação entre a religião e o direito. A ideia da criação divina do direito, estranha às culturas jurídicas mais antigas, ou no mínimo nunca desmistificadas ou ampliadas no sentido da indeterminação das possibilidades, fazia com que o direito parecesse contingente, pudesse ser diferente, tendo então apenas que ser transposto ao sujeito humano, à razão, à consciência, ao legislador. (LUHMANN, 1983, I, p. 231)

Nessa passagem para o direito mais elaborado está ligado à criação das cidades, a *polis* com mais importância que as casas das aldeias. A ordem política passa a se impor também às relações entre os indivíduos, sem considerar o parentesco.

Segundo Luhmann as principais mudanças que levam à posituação do

direito como uma mudança da indiferenciação são: 1) o aumento da complexidade do sistema social, nascem “sistemas parciais funcionais específicos”; essa multiplicidade de sistemas sociais, seja pelo aumento das populações ou por outras razões, as regras únicas de orientação social são problematizadas, surgem várias éticas. Isso faz com que outra mudança seja exigida 2) “diferenciação de sistemas (processos) especiais de interação, específicos do direito”. Por fim, 3) a crescente separação das expectativas normativas das expectativas cognitivas, faz com que o direito se torne mais abstratas e variadas substituindo as noções concretas de direito das sociedades arcaicas. (LUHMANN, 1983, I, p. 175).

Em resumo, com o aumento da complexidade, uma única moral, a moral do parente, torna-se insuficiente para garantir a função de orientação do direito. As diferenciações funcionais afetam também a questão de como o direito pode manter a ordem sem utilizar a moral única e não desintegrar a sociedade com o recurso da expulsão do não parente ou daquele que descumprir as normas. Fica então a questão de como a moral do parentesco é substituída diante da maior possibilidade de comportamentos, uma sociedade mais complexa, e o direito mantém a função de orientação social.

Seguindo um daqueles três aspectos indicados por Luhmann para a efetivação da positivação do direito, passa-se ao próximo tópico para explicitar o elemento da diferenciação das expectativas normativas e cognitivas.

2.4 Espécies de expectativas: desenvolvimento e diferenciação

Pelo que foi referido no item anterior, as sociedades primitivas têm meios de garantir expectativas, em regra, meios ligados à moral e ao parentesco, trata-se de uma sociedade indiferenciada e com heterorreferências para o direito. Nas sociedades contemporâneas, por outro lado, são formados meios mais complexos de garantir expectativas, tal como também foi referido anteriormente, os processos judiciais especiais, as formações de vários sistemas sociais especiais e a

diferenciação entre expectativas normativas e cognitivas. Nesta parte do trabalho trataremos dessa diferenciação entre essas espécies de expectativas, as cognitivas e as normativas.

A diferença entre tipos de expectativas não é algo óbvio e identificado em toda e qualquer situação social. Existem várias formas em que essa diferença não se apresenta, semelhante ao que ocorre com as sociedades indiferenciadas.

As expectativas cognitivas são aquelas com disposição para a mudança, o aprendizado. Isso pode ser identificado no modelo de ciência ou na produção de conhecimento cotidiana. A criança pode aprender que o choro faz a mãe ou pai atender a uma necessidade sua. Assim ela desenvolve uma expectativa de que a cada choro os pais se ponham para realizar aquela necessidade. Com o passar do tempo, essas regras vão sendo adaptadas às necessidades, às frustrações que envolvem o processo de educação e desenvolvimento psíquico da criança.

Por outro lado, existem expectativas que se desenvolvem e adquirem uma resistência à frustração, são as chamadas expectativas normativas. É o caso das normas sociais cotidianas e do próprio fenômeno jurídico, mas que também podem ser identificadas em diversas áreas da ciência, economia, contabilidade, medicina, e as regras de metodologia, por exemplo, que são mais resistentes aos fatos que o próprio conhecimento produzido.

Exemplo típico pode ser encontrado nas regras sociais sobre a vestimenta. Aprende-se que as pessoas são tratadas de um modo determinado que corresponde a sua apresentação, regras de limpeza pessoal, por exemplo. Não se está com isso concordando com tais regras, mas apenas exemplificando. Então, deve-se perceber, que, mesmo as expectativas normativas, tal como se verá no direito positivado que é marcado pela decisão como meio de estabelecimento de expectativas normativas, podem sim ser modificadas. E em alguns casos precisam ser modificadas. Entretanto, para este momento, deixamos estabelecido que existem expectativas que são mantidas mesmo diante de comportamentos que são contrários a essas regras. Alguém pode estacionar um veículo mesmo embaixo de uma placa de proibido estacionar. Essa situação fática, por si, não muda a expectativa. A dogmática trata desse tema como a questão dos costumes, o desuso

etc. E no nosso caso a expressão “esta lei não pegou” tenta enfrentar a questão dos comportamentos e as expectativas normativas.

A diferença entre expectativa normativa é importante e inclusive interfere no modo de tratamento teórico de duas categorias muito caras para o direito, o “ser” e “dever-ser”

Sendo assim, as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido implica na incondicionalidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e portanto também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma. O símbolo ‘dever-ser’ expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do ‘dever-ser’.

Se bem que orientado em termos contrafáticos, o sentido do deve ser não é menos fático que o de ser. Toda expectativa é fática, seja na sua satisfação ou no seu desapontamento **o fático abrange o normativo. A contraposição convencional do fático ao normativo deve, portanto, ser abandonada.** Ela é uma construção conceitual errônea, como no caso de se querer contrapor ser humano e mulheres; uma manobra conceitual que nesse caso é prejudicial à mulheres, e naquele ao dever ser. O oposto adequado ao **normativo não é fático, mas sim cognitivo.** Se é possível optar-se coerentemente entre essas duas orientações com respeito ao tratamento de desapontamento, e não entre o fático e o normativo. *g.n.* (LUHMANN, 1983, p. 57)

A certeza de que a oposição entre “ser” e “dever-ser” é utilizada na teoria do direito pode ser alcançada pelas observações de Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito:

A distinção entre ser e deve-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência. Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático – se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser – com o qual descrevemos uma norma – e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de algo deve se não segue que algo seja. (KELSEN, 2006, p. 06)

Não se pode, porém, a partir dessa rápida passagem, qualificar Kelsen de inocente, pois, em várias outras passagens desse mesmo texto, ele faz referências às conexões entre “ser” e “dever-ser” e enfrenta o problema da relação entre

validade e eficácia demonstrando consciência de que estas relações entre “ser” e “dever-ser” são bem mais complexas que qualquer leitura apressada possa indicar.

Essa citação mostra, porém, que a separação entre “ser” e “dever-ser”, posta como objeto de reflexão, é importante para a teoria do direito e precisa ser confrontada com o debate que extrapole o ambiente social pressuposto pelo “positivismo de Kelsen”.

Esta separação pode ser facilmente encontrada em vários outros teóricos do direito. A título de exemplo pode ser citado também Karl Engische:

Retomemos agora a fórmula segundo a qual as regras jurídicas são *imperativos*... Enquanto os imperativos jurídicos estiverem em vigor, eles têm força obrigatória... O Direito é, em substância, constituído por imperativos e só por imperativos. E essa teoria é correta quando a entendamos adequadamente e sem exageros. (2008, p. 37)

Assim, fica perceptível a importância de se perceber a diferença das expectativas direito proposta por Luhmann. No mínimo pode ser a colocação para o conhecimento jurídico de uma outra perspectiva sobre a tradicional oposição.

Isso acontece e pode ser percebido facilmente com as regras do direito. No que diz respeito às sociedades primitivas antes citadas, e em alguns casos atuais, a experiência do direito, mesmo no caso da legítima defesa ou a vingança marcadamente presente nas sociedades primitivas, podem ser identificadas expectativas normativas que são mantidas. Pensemos nos casos de vingança. Os envolvidos experimentam a realidade jurídica, mesmo não codificada ou positivada, como uma expectativa que deve ser mantida. A vingança deve ocorrer em razão da expectativa de que algum bem importante foi ferido e que deve ser restaurado. Com o crime de corrupção, como no caso da sentença estudada, a expectativa normativa é “não se deve receber vantagem indevida”. Essa é uma das expectativas que o procedimento que resultou na decisão estudada aqui procurou manter.

É verdade que esse processo de diferenciação de expectativa não é tão facilmente alcançado. A positivação do direito é explicada pela teoria sociológica como o resultado de vários fatores sociais que produzem mudanças na forma de organização do direito. Deixa-se de experimentar o fenômeno jurídico como

expectativas normativas difundidas nas sociedades menos desenvolvidas como no caso citado da “vingança” e igualmente naquilo que está presente nas sociedades mais primitivas, a “reciprocidade”. Apenas para exemplificar, quando algum membro da sociedade fazia algo, um favor, uma ajuda, aquele que foi beneficiado se sentiria obrigado a devolver esse favor. Essa regra da reciprocidade está presente em vários casos atuais, mas claro que no direito, o advento dos contratos formais causou muitas modificações nesse modo primeiro de relação jurídica, desse modo de criação de expectativas normativas presentes na reciprocidade.

o contrato não se desenvolveu como um instrumento de comprometimento das partes para o futuro, mas só assume essa função mais tarde. Ainda hoje esse efeito de comprometimento é uma questão problemática no caso de contratos não cumpridos por ambas as partes... Não é tanto o comprometimento, mas a liberdade de escolha entre comprometimentos (e nesse sentido também a criação de novos tipos de comprometimento) que contém o risco a ser controlado e significa a conquista evolutiva do contrato (LUHMANN, 1983, I, p. 89)

Dito isso, o direito positivado, está marcado, tal como se poderá identificar em outra parte do trabalho, pela criação mais livre de expectativas normativas por meio de decisão. O centro de preocupação é identificar os meios de manutenção dessas expectativas normativas que servem para a efetivação da função do direito.

A norma não prescreve uma conduta conforme a norma: não obstante, protege quem tem essa expectativa. Dessa maneira, as normas proporcionam vantagens de interação, sobretudo nos casos em que não é questionada. De muitas maneiras, a norma favorece a sua imposição. A pergunta sobre se as normas podem ser mantidas contra uma realidade fortemente adversa só pode ser adequadamente formulada a partir dessa teoria. A história dos direitos humanos, encetada em uma sociedade escravocrata, os expurgos em massa dos inimigos políticos, as limitações drásticas da liberdade religiosa, enfim, a sociedade americana de 1776, demonstra que isso é possível. (LUHMANN, 2016)

Além disso, lembramos que precisam ser compreendidos esses processos de diferenciação das espécies de expectativas, normativas e cognitivas. A complexidade social aumenta com as diferenciações e as múltiplas expectativas e

também porque existem expectativas de expectativas. O direito não precisa garantir expectativas diretas apenas, mas as expectativas sobre as expectativas do outro.

Esse é o caminho escolhido pela teoria sociológica inclusive como meio de superação do isolamento da subjetividade como forma de relação da produção do conhecimento com o mundo. As expectativas não são criadas apenas considerando a relação do sujeito que as tem com o mundo físico, tal como muito especificado pela fenomenologia de Husserl (2007), mas também entram em consideração a orientação social das expectativas.

Em resumo, o direito lida com a estabilização social de expectativas. Quando duas pessoas se encontram no meio social, elas criam expectativas sobre as expectativas dos outros eus. Por exemplo, o professor tem expectativas sobre as expectativas do aluno em sala de aula. Esse é um segundo nível, um nível social de orientação que também está presente na realidade jurídica, portanto, na decisão analisada. O direito assim tem a função de estabilizar essas expectativas de expectativas.

Com a diferenciação das expectativas, inclusive, Niklas Luhmann aponta de utilização das perspectivas cognitiva e normativa como substitutos da tradicional oposição utilizada pela teoria do direito, “ser” e “dever-ser”.

O estudo que o autor propõe para a compreensão das expectativas cognitivas e normativas tem como pressuposto que esses tópicos são compreendidos como pertencentes a um campo de pesquisa “pré-sociológico” onde se deve estudar mecanismos básicos importantes para a teoria dos sistemas sociais. Para Luhmann é neste campo dos “mecanismos elementares” que se encontram as bases da formação do próprio direito. (LUHMANN, 1983, p. 44).

É neste âmbito da apresentação dos mecanismos elementares que o autor explicita a sua compreensão de complexidade e contingência. Para ele, “complexidade” significa a existência permanente de mais possibilidades que realizações realizáveis. E “contingência” é a permanente consciência de que o engano, é o permanente perigo de desapontamento e, portanto, a presença da necessidade de que os riscos sejam assumidos. Isso é o que ele denomina de “situação existencial” do ser humano diante das experiências sensoriais.

As experiências sensoriais, diante desta “situação existencial”, utilizam mecanismos de proteção frente aos possíveis desapontamentos, criando mesmo uma independência da experimentação sensorial. É aí que ele identifica a possibilidade de que as expectativas sejam estabilizadas.

Ao considerar as marcas da contingência e da complexidade nas experiências individuais e os instrumentos de estabilização, diante do contato direto com outros seres humanos, as possibilidades de frustração são duplicadas, surgindo o que ele denomina de “dupla contingência”. As relações com o mundo e os instrumentos de estabilização duplicam-se em razão da existência de outros seres humanos.

É neste ambiente da dupla contingência que Niklas Luhmann identifica a função do normativo e também do direito. As normas, portanto, funcionam como estruturas de expectativas que podem ser consideradas seguras diante das experiências das relações sociais. “A orientação a partir da regra dispensa a orientação a partir de expectativas. Ela absorve, além disso, o risco de erros da expectativa” (LUHMANN, 1983, p. 53). Para ele, as normas são abstrações que servem de alívio diante da contingência e da complexidade das relações humanas com o sensorial e nas relações sociais.

É nesse contexto de complexidade e contingência que as expectativas normativas e as expectativas cognitivas são apresentadas. As primeiras pressupõem a “capacidade de aprender” frente às situações que “constituem uma variação não esperada de comportamento que não corresponde à estrutura de uma expectativa de conduta, ou seja, um comportamento desviante do padrão esperado” (VIANA, 2015, p. 76). Com isso, existe a possibilidade de adaptação, mudança da estrutura, passar a acrescentar novas expectativas de conduta.

Por outro lado, as expectativas normativas a necessidade de estabilização permanece com mais intensidade, chegando mesmo a poder se considerar que a manutenção de uma expectativa é considerada imprescindível para a própria convivência social. “É dizer que as expectativas estão determinadas a não aprender e se utilizam de meios sistêmicos para estabilizar contrafaticamente as expectativas de conduta por necessidade prioritária de segurança e de integração

social” (VIANA, 2015, 77).

Com a expectativa normativa estabilizam-se no tempo as relações. Com a expectativa cognitiva pode acontecer um desenvolvimento, aprimoramento. Lembre-se que com “expectativa” se pretende indicar um estado de consciência atual de determinado indivíduo, um aspecto temporal do sentido de comunicações. (LUHMANN, 2016, p. 166)

Essa diferenciação não é absoluta. Luhmann reconhece uma multiplicidade de interações dos dois modos de estabilização ou aprendizado das expectativas. Chegando mesmo a admitir a mesma função para o cognitivo e o normativo, a estabilização, as duas expectativas alcançam funcionalmente o mesmo resultado.

coloca à disposição duas estratégias, diferentes mas mesmo assim funcionalmente equivalentes, para a sequência da vida após desapontamentos. Pode-se assimilar ou não. Ambas as possibilidades podem ajudar na superação de situações de desapontamentos, preenchendo assim, apesar das orientações contrárias, a mesma função. (LUHMANN, 1983, I, p.)

Consciente, portanto, da diferença entre as duas formas de enfrentar a contingência e a complexidade, deve-se atentar que a proposta não é fazer uma diferença tão evidente e tão distantes tal como parece utilizar a teoria do direito tradicional ao utilizar a separação “ser” e “dever-ser”. As duas formas de enfrentamento e de estabilização, seja pelo aprendizado ou pela postura contrafática, irão desempenhar a mesma função e, portanto, podem ser vistas como uma ferramenta teórica disposta a enfrentar a complexidade das relações sociais contemporâneas que a separação tradicional utilizada pela teoria do direito talvez tenha sido incapaz de superar.

A função de estabilização de expectativas é atribuída ao direito colocando-o como um alívio para as expectativas. “A função do direito reside em sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas” (LUHMANN, 1983, p. 116).

Assim, na análise da decisão serão identificados os meios utilizados para

confirmar a expectativa normativa, contrafática. Mesmo que no procedimento seja possível se identificar meios de aprendizagem, as expectativas cognitivas, eles não serão objeto de observação neste momento. Basicamente será feita a busca pelos meios de estabilização de expectativas normativas apresentados na decisão, a expectativa de “proibição de recebimento de vantagem indevida”.

Apresentadas essa distinção, aceitando-se que o modelo de análise funcional do direito em coimplicação com a sociedade, seguiremos na apresentação dos meios de redução da complexidade que o direito utiliza.

2.5 Redução da complexidade: a decisão como elemento de fundamentação do direito positivado.

A relação de interdependência direito e sociedade e a diferença de expectativa normativa produzem, como foi visto, formas específicas de compreender o direito, mas não param aí as mudanças de perspectivas da teoria funcional do direito. É preciso agora pensar, seguindo a fundamentação teórica deste trabalho, outros aspectos do direito. Aqui se buscará tratar da decisão como fundamentação do direito nas sociedades complexas, a decisão e não mais a relação de parentesco ou outros vínculos e justificativas heterorreferenciais.

O que se está fazendo aqui é o desenho da realidade do direito que, a partir de uma decisão judicial de primeiro grau, foi analisado. Em um momento posterior, como já foi dito, as principais marcas do direito positivado serão apresentadas.

Lembramos que nas sociedades primitivas predomina um vínculo de parentesco, apenas os parentes pertencem à sociedade. Essa ligação íntima tem uma repercussão importante para o fenômeno jurídico.

Aquela ligação de parentesco, tal como já foi referenciado, pode fazer presumir que todos têm um padrão moral comum. Inexiste, portanto, uma necessidade de abstrações ou mesmo de construções teóricas sobre o fenômeno jurídico. Todos são capazes de identificar as regras, normas, que disciplinam as relações sociais. Como dito anteriormente, o direito é experimentado na própria manifestação dele. Como no exemplo da vendeta. Aquele que se vinga não está baseado apenas na força, mas na norma, na expectativa normativa vivenciada por aquele que atua.

Por meio do uso da força física com todos os seus riscos, que afetam a vida e a morte, aquele que teve sua expectativa frustrada assegura a si mesmo a perseverança em sua expectativa, assegura a própria coesão de sua linhagem, e além disso assegura à sociedade que o direito ainda vige (LUHMANN, 1883, I, p. 125)

Por outro lado, é necessário dizer que a sociedade arcaica aqui referida não tem necessariamente que ser compreendida com a quantidade de pessoas nesta sociedade. A família é a base de organização, mas é possível admitir a existência de várias famílias nessas sociedades, é o que se chama de diferenciação quantitativa, mas, mesmo em grande quantidade, essas sociedades mantêm a mesma estrutura de organização.

Nas sociedades complexas, por outro lado, por fatores como a fixação, o domínio de regras de agricultura, o armazenamento de excessos de produção etc., fez necessário a superação do princípio da “reciprocidade” como meio de experimentação do direito e regulamentação das relações sociais. Os favores de não equivalente tornaram-se pouco eficientes na regulação das relações sociais.

Pode-se pensar na formação de mercados onde pessoas de diferentes locais se encontrariam e não poderiam se socorrer dos mesmos padrões morais. Não se podendo mais confiar apenas em regras de reciprocidade que deixariam em aberto o “momento da retribuição” e também da “forma de retribuição”. Os mercados podem ter se tornado a causa de maior importância dos contratos formais. Por meios desses contratos é possível se atribuir certas seguranças que não são possíveis apenas com base na reciprocidade. Por exemplo, os contratos estabelecem as condições de cumprimento das obrigações, ainda que em forma de rituais tendo efeitos nesses contratos e nessas cobranças, mas aí não se fica apenas com o dever moral de se tornar vinculado a uma espécie de agradecimento pelo favor ou bem recebido. Nos contratos ritualizados é possível ser estabelecida mais segurança por meio de estabelecimento daquelas formas de cumprimento das obrigações.

Isso se relaciona com a diferenciação funcional da sociedade. E acaba por contribuir com a “evolução” rumo à complexidade social tal qual podemos aceitar que vivemos em nossas sociedades contemporâneas. As mudanças da semântica do poder ocorrem também em decorrência da mudança do modelo das sociedades estratificadas, com nobreza, príncipes etc. para uma sociedade diferenciada funcionalmente.

Por outro lado, a diferenciação tem repercussões também no âmbito da

punição de criminosos. Ponto que pode interessar mais de perto por causa da relação como a sentença estuda nesta pesquisa. Durante a existência de relações fundadas basicamente no parentesco o criminoso poderia causar a própria destruição social, pois os seus atos eram um risco para o próprio parentesco, o vínculo social. Por isso, as punições em regra decorriam em expulsões dos grupos familiares e da própria sociedade. Pelo risco causado, a solução seria banir quem ofendesse a própria sociedade, o próprio vínculo de parentesco. Essa também pode ser considerada a causa de grandes dificuldades de punir quando o crime era contra a própria família.

Aquelas modificações funcionais, especificações de funções de comerciantes, construtores, produtores e hoje as infinitas funções sociais têm repercussões para os meios de manutenção da expectativa normativa. Esse aumento de sistemas sociais específicos causa um excesso de normas. Certamente não é mais a evidência do fenômeno jurídico, presente nas relações familiares, que pode sustentar as expectativas. Percebe-se assim a incapacidade da estrutura familiar, como regulador da vida social, de mostrar também que os valores, as expectativas normativas, precisam ser mais abstratas capazes de englobar as mais diferentes concepções morais ou valorativas.

a sociedade é aquele sistema social cuja estrutura regula as reduções últimas e fundamentais de uma complexidade indeterminada de indivíduos num conjunto ainda complexo de interações, porém, mais “domesticado”, muda a concepção da relação entre Direito e sociedade. Se o homem concreto precisa da sociedade para viver, isso não quer dizer que ele faça parte dela. Segue-se daí que a juridicidade das relações inter-humanas não pode ser deduzida da natureza humana. O Direito é visto, então, como uma estrutura que define os limites e as interações da sociedade. Mas não é a única, havendo ao seu lado outras, como as cognitivas, as estéticas etc. (FERRAZ JÚNIOR, 2015)

As expectativas normativas, o direito, não mais estando garantidas pelos meios da estrutura familiar, as referências morais únicas, passam então a exigir novos meios de estabilização das expectativas. O direito passa a ser compreendido como o fenômeno em que as decisões se tornam responsáveis por colocar as expectativas normativas e se tornam fundamento das mesmas.

Isso implica, portanto, uma leitura e uma compreensão do fenômeno da positivação e as condições que estão presentes neste fenômeno, que claramente exigem a criação e aceitação de um procedimento não ritualizado¹⁸, mas que seja capaz de criar meios de garantir as expectativas normativas, mesmo em uma sociedade complexa, sem padrões morais únicos.

Apresentado o contexto das sociedades complexas, as espécies de expectativas, passa-se a tratar da função que é reconhecida como marca específica do direito, a função de produzir expectativas congruentes.

¹⁸ As ações, participações, das partes no procedimento não podem ser vistas como uma sequência determinada, fixas. É preciso se manter em aberto o resultado, o conteúdo da decisão, um sim e um não precisam ser garantidos como respostas abertas até a decisão final. (LUHMANN, 1980, p. 37)

3. UMA FUNÇÃO PARA O DIREITO

Como já foi feita referência, as dificuldades para se regular e manter as expectativas em sociedades complexas são bastante grandes, isso envolve os problemas da dupla contingência, expectativas de expectativas, o excesso de normas decorrentes da formação de vários sistemas sociais funcionalmente diferenciados, a impossibilidade de se recorrer à heterorreferência no direito, quebra de valores morais, religiosos, únicos e perda da crença do vínculo de parentesco como forma única de justificação social etc. Tudo isso precisa ser compreendido diante das características próprias do direito, a função do direito proposta pela teoria sociológica e que será investigado na decisão judicial escolhida neste trabalho.

A tentativa de indicar uma especificidade ao direito não é novidade, a teoria do direito utiliza de vários meios para explicar a diferenciação do direito dos demais sistemas normativos sociais, direito e moral; direito e religião. O direito diz respeito ao aspecto externo da conduta; a moral cuida do aspecto interno; o direito usa a coercibilidade, a moral é incoercível. O direito não se preocupa, como a religião com o aprimoramento do sujeito, a religião sim; o direito diz respeito à vida do homem; a religião se preocupa com o pós-morte. Tudo isso são tentativas que são encontradas para diferenciar o objeto direito e também trazer uma autonomia científica para o mesmo. A teoria sociológica faz essa diferenciação apontando uma função exclusiva para o direito. Essa função não se confunde com a função da moral, da linguagem, da religião, da estética ou da ciência. (LUHMANN, 1983, p. 120) e é dela que tratamos agora.

Neste ambiente é preciso que se indique uma forma de se alcançar expectativas comportamentais recíprocas e “que são orientadas a partir de expectativas sobre tais expectativas.”(LUHMANN, 1983, I, P. 109)

A normatização é um meio de orientação temporal, são generalizações que ajudam a diminuir a complexidade. O tempo, que estabelece papel importante na positivação do direito, não é mais o tempo passado, o tempo imemorial das tradições familiares ou da tradição romana. O direito muda a perspectiva temporal. Ele não se volta para fundamentar o direito em um direito que sempre existiu, em um

direito tradicional.

A complexidade social faz com que se realizem as institucionalizações, recorre-se a um consenso a partir de terceiros, são consensos fictícios, a utilização de papéis especiais que assumem a função de institucionalizar, tal como o juiz imparcial, que também exercem a função de realizar generalizações e reduzir a complexidade típica das sociedades contemporâneas.

E no âmbito dos temas, materialmente, essa generalização e redução da complexidade são feitos por meio de “estruturas de expectativas podem fixadas externamente através de um sentido identificado, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas” (LUHMANN, 1983, I, p. 109)

Essas três modalidades de generalizações, “normativas, institucionais e de identificação”, reduzem as complexidades, mas eles não utilizam os mesmos recursos, as generalizações não ocorrem sempre da mesma maneira nas três dimensões. O direito, então assume o papel de criar uma generalização congruente nas três dimensões.

Essas três formas básicas de generalização de expectativas podem ter dificuldades de serem harmonizadas mutuamente. É possível estabelecer normas que não são bem aceitas socialmente, generalizar expectativas socialmente sem que se possa estabelecer normas e isso também ocorre no âmbito de indetificação.

Valores abstratamente concebidos, por exemplo, são bem institucionalizáveis, mas em termos práticos eles são insuficientemente exclusivos para permitirem uma formação de normas instrutivas e uma orientação comportamental prática. (LUHMANN, 1983, I, p. 113)

Existe uma “incongruência natural” desses modos de generalização, o direito então produz congruência constituindo uma estrutura dos sistemas sociais. Com essa função são dispensados como marcas do direito a “sanção estatal” ou “uma dada qualidade original do dever-se”.

O direito, nas sociedades complexas, passa, então, a servir como referência para o futuro e o presente passa a ser o momento de estabelecimento do

direito, não mais o passado, por meio de decisões. O direito é visto como um instrumento de redução da complexidade do futuro, um horizonte de futuro aberto e apocalíptico passa a ser um futuro controlável e o direito é um desses instrumentos de redução da complexidade. As expectativas normativas asseguradas pelo direito então garantem um futuro controlável, criado no presente no estabelecimento das decisões. Mas claro que nem todas as normas são institucionalizáveis, pois socialmente o consenso estabelecido e aceito como supostos.

Em sociedades mais diferenciadas os presentes não são mais representativos com relação aos ausentes, e também não estão mais em condições de certificar-se do que seria materialmente correto no contexto de complexas estruturas de sentido. A representação do caráter obrigatório institucionalizado só é compatibilizável com as necessidades de uma formação de expectativas resistente a frustração e diferenciada com relação aos sentidos possíveis se ocorrer através da diferenciação de processos específicos, nos quais são tomadas decisões institucionalizadas como possuindo efeito vinculativo coletivo. (LUHMANN, 1983, I, p. 117)

Além dessa questão da redução da complexidade com base no futuro, a redução da complexidade pode ser observada nas construções abstratas do direito como se verá no próximo tópico.

O direito está, portanto, submetido a um constrangimento básico selecionar expectativas e, como diz Tércio Sampaio, o direito é como estrutura indispensável, pois estabiliza expectativas nas interações. Sem essa generalização congruente não poderiam os homens orientar-se mutuamente, não podendo esperar suas próprias expectativas. (FERRAZ JÚNIOR, 2015)

a função do direito reside em sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as três dimensões, e essa seleção, por seu lado, baseia-se na compatibilidade entre determinados mecanismos de generalização temporal, social e prática. (LUHMANN, 1983, I, p. 116)

Estabelecida a função do direito é de se observar que o estabelecimento de tais expectativas congruentes implica também a necessidade de formas de forma de reação a frustrações de expectativas, existem muitas além do direito, mas

algumas não são institucionalizáveis, o escândalo, por exemplo.

O direito utiliza as “sanções”, por meio do qual se demonstra a terceiros o consenso subentendido daquela expectativa frustrada¹⁹. A necessidade de generalização congruente também tem repercussão na dimensão prática, a pessoa não é utilizada “porque não se pode supor que um efeixamento tão pessoal de expectativas seja aceitável”. No âmbito prático o direito utiliza os programas, porque os papéis são, assim como os indivíduos, demasiados concretos.

Nem todas as expectativas que se deposita em um pai, um barbeiro, um hóspede etc., e nem mesmo com referência a juiz, podem tornar-se objeto de um processo no qual decide-se quanto ao caráter sancionável das expectativas” (LUHMANN, 1983, I, p. 117)

Luhmann apresenta esses meios de generalização por meio de uma dedução sociológica, entre várias outras formas o direito usa para o exercício de sua função, produção da generalização de expectativas com congruência, o direito é visto como resultado de uma evolução da sociedade, dependente da estrutura social. Isso quer também dizer que o direito mantém em sua definição elementos constanes como a função aqui apontada e elementos variáveis, as seleções as quais está constrangido a realizar, que permitam a congruência e variam de acordo com a variação da complexidade social.

3.1 Redução da complexidade

A redução da complexidade, tal como foi comentado anteriormente, é parte da função do sistema direito, que exerce a função específica de apresentar uma redução de complexidade congruente em seus sentidos sociais, materiais e temporal, redução de complexidade quer dizer “exclusão de possibilidades”, mas essa é uma condição admitie como base relação sensorial do ser humano, está

¹⁹ Existe uma lista de possibilidades de generalização indicada por Luhmann: “desconhecimento; sofrimento; vingança; sanção; observador; processo; valores; progrmas; papéis; pessoas.”

presente em todas as relações.

Já anteriormente se disse que a congruência efetivada pelo direito é uma necessidade decorrente da complexidade social, do excesso de normas surgido com a formação de múltiplos sistemas funcionais em substituição aos padrões identificados em sociedades arcaicas.

Essa forma de relação sensorial tem desdobramento para o direito que é compreendido como um sistema de produção de sentido, a produção de sentido congruente naquelas três dimensões, já que o direito atua dentro de um sistema geral da sociedade.

É importante destacar que a ideia de redução da complexidade, realizada pelas expectativas normativas, tem origem ou utiliza, conforme reconhece Luhmann, as construções da fenomenologia de Husserl, e esta base teórica serve como parâmetro para a construção de sentido (LEWKOW, 2012).

A redução da complexidade é, portanto, também uma relação cognitiva, que mantém uma relação íntima com a ideia básica da teoria dos sistemas de diferença, está ligada a um problema básico da compreensão da relação sensorial do homem com a realidade e isso deve ser observado visto que o procedimento precisa reduzir a complexidade do seu ambiente para formar a sua autonomia e diferenciação tal como aqui está sendo investigado.

a complexidade intransponível que circunda os sistemas, que os expõem a um horizonte de possibilidades ainda não diferenciadas e que os coloca sempre em posição de selecionar outras formas de vivência e de ação. (RODRIGUES e NEVES, p.49)

O procedimento, enquanto cria um sistema especial de comunicação autônomo e diferenciado, utiliza dessas formas de redução da complexidade que estão presentes nas relações sensoriais do homem com o mundo. Mais adiante se falará da produção do sentido no procedimento que também enfrenta essa questão de redução da complexidade junto com a comunicação, visto que o sentido é o meio e a comunicação é a forma de processamento do sentido. "Sentido é o meio, como a luz, por não ser observável, a não ser que incida em uma forma distinguível"

(RODRIGUES e NEVES, p. 46).

A perspectiva da oposição entre “cognitivo” e o “normativo” e da necessidade de diminuição da complexidade podem trazer à consciência que as relações sociais e sensoriais e os conflitos daí decorrentes podem ser solucionados sem essas consequências que o juiz Hercules ou Atlas devam suportar.

O juiz que se encontra diante de um conflito jurídico e passa a reconhecer, sem a consciência de que os conflitos jurídicos estão ligados à redução da complexidade e da efetivação da função específica do direito pode se colocar na posição do juiz que se entende capaz empreender um trabalho desumano com o propósito de encontrar a única resposta correta para cada um dos casos que são submetidos a ele. Ou ter outra postura, a do juiz que se identifica com Atlas, aquele que se sente responsável por carregar o peso do mundo diante dos conflitos. Contra essas duas posturas

deve-se indicar que o direito não necessariamente resolve conflitos que originalmente se apresentavam, mas apenas os que ele próprio pode construir. As estruturas profundas e os motivos para conflitos do dia a dia, bem como a questão sobre quem os iniciou, permanecem, em ampla medida, não contempladas. Por isso, mesmo os efeitos das resoluções jurídicas ou das arbitragens legais forçadas, em dadas situações de conflitos, dificilmente podem ser controlados pelo direito. Além disso, a exigência de uma solução de conflito juridicamente regulada tem, por sua vez, limites estreitos, sobretudo quando as partes possuem interesse em continuar suas relações e temem a júridificação de seu litígio (LUHMANN, 2016, i, p. 212).

A proposta de tratamento do direito a partir da sua função exige entender a redução da complexidade a partir das várias modalidades possíveis de redução da complexidade, para que possamos identificar as que estão presentes no procedimento e especialmente as que estão presentes na decisão estudada.

Como se verá mais adiante, a compreensão da autonomia e diferenciação do procedimento como sistema social especial de comunicação implica o reconhecimento de que o ambiente do sistema é necessariamente muito mais complexo do que este.

O sistema não tem capacidade de apresentar uma variedade suficiente (*requisite variety: Aschby*) para responder, ponto por ponto, à imensa possibilidade de estímulos provenientes do meio. Assim, o sistema requer o desenvolvimento de uma disposição especial para a complexidade, no sentido de ignorar, rechaçar, criar indiferenças, enclausurar-se em si mesmo. Por isso, surgiu a expressão *redução de complexidade*, no que se refere à relação do sistema com o meio, mas também consigo mesmo (LUHMANN, 2009, p. 178)

A diferença sistema/ambiente pressupõe, portanto essa redução da complexidade e, para reagir e se proteger das diferenças de crises acontecidas no ambiente o sistema é compreendido como acoplado de modo *amplo* ao ambiente. Isso quer dizer que ele estaria mais estável diante das mudanças e interferências, aliás quanto mais acoplado estritamente, mais o sistema corre riscos. O procedimento então precisa ser influenciado pelo ambiente, mas não pode reagir a toda e qualquer mudança ocorrida nele, é preciso de reconhecer uma diferença de nível de complexidade entre o sistema, procedimento, e o ambiente.

O sistema também é complexo, mesmo que em um nível menor que a do ambiente. Isso quer dizer que o sistema também pode selecionar operações a partir de seus elementos. A sociedade, como já vimos tornou-se complexa em razão, por exemplo, da diferenciação funcional, o procedimento como sistema não sendo igual à sociedade precisa de alguma forma realizar a redução de complexidade para poder produzir as respostas jurídicas e isso acontece também por meio da complexidade do próprio sistema.

O próprio sistema realiza a diferença com o meio, desenvolvendo, deste modo, uma capacidade de indiferença frente ao meio, o sistema constrói também a sua irritabilidade inclusive podem aumentar a sua irritabilidade. (LUHMANN, 2009, p. 201)

O procedimento então precisa admitir um acoplamento amplo com o sistema social e garantir que a sua complexidade possua meios de reagir diante da complexidade do ambiente. Isso será tratado mais à frente, antes de indificar os elementos de diferenciação, por meio daquilo que se denomina de fechamento operativo. A seguir, ainda na fundamentação, será apontadas os âmbitos de

orientação que o direito propõe garantir a congruência como sua função específica.

3.2 A orientação das decisões jurídicas na sociedade complexa

Como se apontou no decorrer do trabalho, a função do direito é estabelecer a congruência entre as diversas formas de produção de sentido, nos âmbitos social, temporal e material. Isso também é realizado no procedimento, é isso que se pretende identificar no trabalho. A pesquisa quer, então, encontrar os elementos que desempenhem esta função.

Neste tópico, portanto, pretende-se especificar os meios de produção congruente de sentido, a orientação temporal, material e social. Como já foi indicado, a sociedade complexa faz exige que ocorram reduções para o surgimento de expectativas recíprocas, orientadas em expectativas de expectativas. No âmbito temporal as expectativas são estabilizadas por meio da normatização, no âmbito social, as expectativas acabam estabilizadas recorrendo a um consenso esperado a partir de terceiros. No âmbito prático/material, as estruturas de expectativas chegam a ser fixadas por meio do recurso a sentido idêntico, “compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas”. (LUHMANN, 1983, p. 109)

Dito isso, passa-se a comentar as principais marcas da orientação social, temporal e material. Em primeiro lugar, admitimos aqui que essa produção de sentido é explicada para todos os sistemas de produção de sentido e o direito é considerado um desses sistemas.

Tércio Sampaio, partindo da abordagem da dogmática como construção abstrata sobre o direito, considera a Dogmática, além de um pensamento tecnológico sobre decidibilidade, uma espécie de discurso de segundo grau, em consonância com essa mesma função do direito aqui defendida,

um veículo para proporcionar uma congruência estável entre os mecanismos de controle social, mesmo quando aparentemente eles

não se afinam. Se o **Direito é uma generalização congruente** desses mecanismos, a Dogmática em sociedades de alta complexidade é o seu veículo. (FERRAZ JÚNIOR, 2015)

A dogmática, então, segundo Tércio, também desempenha uma função, é um veículo para proporcionar a congruência estável. E ele também admite a função específica indicada, é essa função básica que proporciona uma função ao pensamento de segundo grau, da dogmática, sobre o direito. Essas normas são chamadas de programas condicionais, tipo “se, então”. Desse modo, tenta-se manter a expectativa no futuro incerto.

Os programas condicionais complementam a causalidade “natural” encontrada. Eles põem a disposição mais causas para a produção de diferenças (reforço de divergência), sob a condição de que a produção dos efeitos pode ser assegurada mediante a diferenciação dos sistemas correspondentes. Ao programar-se de maneira condicional, o sistema jurídico se constrói a si mesmo como máquina trivial, não obstante (ou precisamente por isso) ter de partir do fato de que o ambiente opera assim e de que a própria sociedade opera como uma máquina histórica que reflete, a cada caso, seu estado próprio; ou seja, que opera como máquina não trivial (LUHMANN, 2016, p. 260)

Essa programação condicional não é uma invenção das sociedades complexas (código de Hamurabi), isso quer dizer também que se tem consciência de o direito não opera com programas de fins, tal como por exemplo, a política. Para que o direito exerça a função de garantir as expectativas é preciso se recorrer aos programas condicionais. E, por operar esse tipo de programa, o direito segue em seu propósito de garantir expectativas. Outra consequência é que o direito, e obviamente o procedimento que está sendo estudado, lida com fatos do passado, atualmente verificáveis, a atuação do procedimento, como sistema social especial de comunicação é atua sempre como um sistema *a posteriori*.

A dimensão temporal, aquela que se estabiliza por meio de normas e sanções, nas sociedades complexas é, diferentemente das sociedades antigas ou arcaicas, orientada para o futuro. O direito então visa assegurar um futuro aberto e infinito por meio da expectativa normativa. As normas do direito, portanto, apresentam expectativas que devem tratar ou criar um horizonte de futuro comum,

que seja congruente com as construções sociais.

Nas sociedades funcionalmente diferenciadas existe um excesso de normas. Os vários sistemas sociais funcionalmente diferenciados criam aquela superprodução de normas.

a diferenciação funcional parece ser o mecanismo primário da geração da variedade, da diversidade de alternativas e da superprodução de normas, pois ela dota seus sistemas parciais com a capacidade de ver o ambiente de forma mais abstrata, e daí menos transigente e portanto mais necessitada de compensações, desenvolvendo também as respectivas expectativas. (LUHMANN, 1983, I, p. 181).

No âmbito social, a congruência de sentido produzida pelo direito é por meio de um terceiro não participante, da institucionalização. Admite-se um consenso não necessariamente real e comprovado, mas um consenso pressuposto, mais ou menos como as pesquisas de opinião, tão importantes para as decisões políticas, mas que não podem ser compreendidas como uma reprodução da realidade²⁰. Afinal, como questionar, utilizar e atestar, quais são as melhores políticas públicas para o desenvolvimento da pesquisa nas universidades públicas no nordeste, aos lavadores de carro da beira do rio Parnaíba em Teresina?

As instituições repousam, na verdade, não sobre acordos fáticos, mas sobre suposições comuns a respeito da expectativa comum dos outros. Sua homogeneidade é, por isso, visivelmente fictícia. Trata-se de abstrações sociais, apoiadas em procedimentos como a eleição, a decisão em assembleia, o voto solene e público. O jurista reconhece o caráter jurídico das normas por seu grau de institucionalização, isto é, pela garantia do consenso geral presumido de terceiros que a elas confere prevalência. Daí a busca, no discurso dos juristas, da conformidade das expectativas normativas com os objetivos do *interesse público*, do *bem comum*, do Estado. Daí a importância de procedimentos institucionalizados (como o processo civil e criminal, o inquérito policial e administrativo, a eleição política e a organização partidária, o processo legislativo) para a identificação de normas como jurídicas. (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 83)

20 GIELOW, Igor. **Impeachment de Bolsonaro divide o país, mas presidente mantém base de apoio, diz Datafolha**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/impeachment-de-bolsonaro-divide-o-pais-mas-presidente-mantem-base-de-apoio-diz-datafolha.shtml>> Acessado em: 04 de maio de 2020.

No que diz respeito, a essa forma de orientação social, também é preciso dizer que “Dada a crescente complexidade social isso exige cada vez mais suposições fictícias do consenso e também a institucionalização do ato de institucionalizar através dos papéis especiais” (LUHMANN, 1983, I, p. 109). Essa ideia de institucionalização, como forma de criação da orientação social mediante a complexidade, pode ser encontrada em vários temas do direito. A discussão em torno do chamado “direito dos juízes”, também nas discussões sobre o legislador, a subjetividade ou objetividade na interpretação das normas: *voluntas legis* ou *voluntas legislatoris*. Incluídas em matérias como a distinção do cargo da pessoa que o ocupa, a distinção entre a figura do senhor e do próprio Estado, apenas por ocupar o cargo de chefe de Estado, a pessoa pode alterar o direito. Isso é criado com a ajuda de ideia de “personalidade jurídica do Estado”.

Essa institucionalização do terceiro com o papel de decidir está ligada à possibilidade de que se precise conquistar um terceiro para julgar, quando os papéis de terceiro são institucionalizados existe a vantagem de não ter que chamar a atenção dele a todo instante, ele é um profissional que irá desempenhar esta função. tem que ver com o fato de o terceiro ser alguém que (FERRAZ JÚNIOR, 2015)

Com esses meios, os procedimentos, são criados meios de institucionalizar as instituições, um processo com reflexividade que o direito das sociedades complexas utiliza. Afinal,

o processamento de frustrações é canalizado para o caminho, aliviando-se assim de muitas consequências disfuncionais. Na estrutura da expectativa de expectativa a expectativa do juiz é observada como momento final e decisório. (LUHMANN, 1983, I, p. 207)

Por outro lado, existe a orientação material/prática, esta orientação diz respeito aos fatos, na minha interpretação. Aos aspectos de que também está presentes em autores que tratam do “âmbitos” da matéria”, procedimento de concretização do direito

os textos normativos genéricos, relacionados com os relatos

genéricos leigos e profissional sobre os dados reais, constituídos a partir dos dados linguísticos primários, conduzem à escolha do âmbito da matéria, o que é especificado na direção do âmbito do caso. O âmbito do caso é orientado pelos padrões do programa da norma e, juntos, constituem o âmbito da norma. O programa da norma e o âmbito da norma vão por sua vez formar a norma jurídica, a qual se concretizará na norma decisória. (ADEODATO, 2002, p. 249)

E também autores que explicam o “círculo hermenêutico”, levado para a relação entre fato e norma, para a determinação desses aspectos da realidade e do seu sentido jurídico.

Os dados materiais para o direito são selecionados pelo próprio sistema do direito. Isso comumente é tratado nas tentativas de explicar a prova e a demonstração dos fatos. Essa discussão também está presente na tradicional separação entre “questão de fato” e “questão de direito”.

Em torno do problema da congruência e da função do direito, Tércio Sampaio Ferraz afirma explicitando a preocupação com uma função para o direito e a concordância em não propor como objeto do direito exclusivamente a norma, o que está de acordo com a proposta do trabalho, uma leitura da decisão judicial a partir da teoria sociológica do direito e das limitações que o sistema procedimental impõe

O Direito não é só norma, como não é só instituição ou só sentido garantido, mas uma combinatória dos três. Direito é, pois, o nome que damos às expectativas normativas de comportamento generalizadas congruentemente em relação a instituições e a identificações de sentido. Portanto o Direito desenvolve uma congruência seletiva e constitui, assim, uma estrutura dos sistemas sociais. Neste sentido, a função do Direito, como diz Luhmann, está na sua capacidade seletiva, isto é na escolha de expectativas de comportamento que são generalizadas nas três dimensões, escolha esta que, por sua vez, repousa na compatibilidade de certos mecanismos das (FERRAZ JÚNIOR, 2015)

Aqui queremos chamar a atenção para as orientações de fato (material), social e temporal.

3.2.1 Direito como orientação para o futuro

Na orientação temporal, como foi dito, o direito orienta para um futuro, que sempre incerto e duvidoso, é possível se manter a expectativa eleita pelo direito. Isso é facilmente perceptível pelo uso dos constratos e das sanções em geral. Aqueles asseguram uma expectativa de dar, fazer, não fazer e essas aplicam consequências aqueles que frustraram a expectativa, seja por meio de sanções anulatórias ou restritivas de direitos. A sanção é um dos instrumentos de garantia dessa expectativa. Segundo Tércio Sampaio, através de normas damos às expectativas uma duração, independentemente do fato de que elas sejam desiludidas de tempos em tempos, (FERRAZ JÚNIOR, 2015).

Ao contrário do que se costuma falar no discurso da dogmática a referência temporal do direito não está na vigência das normas. Os três primeiros artigos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro cuidam especialmente desse aspecto da vigência. Aspecto debatido nas aulas de aplicação da lei do tempo²¹.

A referência temporal do direito está na sua função normativa com o propósito de preparar para um futuro conhecido e essas normas variam de acordo com o que a sociedade é capaz de produzir um futuro incerto. (LUHMANN, 2016, p. 173)

Desse modo é o futuro que o direito que confrontar com a orientação

21 Art. 1º - Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada.

§ 1º - Nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade de lei brasileira, quando admitida, se inicia 3 (três) meses depois de oficialmente publicada.

§ 2º - A vigência das leis, que os governos estaduais elaborem por autorização do Governo Federal, depende da aprovação deste e começará no prazo que a legislação estadual fixar.

§ 3º - Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada à correção, o prazo deste Artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação.

§ 4º - As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.

Art. 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º - A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º - A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º - Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

temporal.

3.2.2 Orientação social: a pulverização da moral e da subjetividade

A orientação social se conjuga com a orientação de futuro proposta pelo direito. Aqui, em uma sociedade complexa, as propostas de regulação, as expectativas normativas acabam por produzir disputas de expectativas, especialmente diante daquele excesso na produção normativa decorrente das diferenciações funcionais. Por isso, é preciso se identificar qual delas deve ser mantida em um futuro ainda indeterminado, essa disputa cria também o conflito.

Esses conflitos são solucionados, tal como se já fez referência, com a criação de procedimentos normativamente regulados. Ademais, esse procedimento tem que enfrentar o excesso de normas e a existência de normas que não podem ser institucionalizadas. Por exemplo, a proibição de se falar dos outros por trás. Essa norma é aceita, mas dificilmente institucionalizável, pois ela é constantemente quebrada. Desse modo, a superação dos problemas das normalizações, normatizações, decorre a necessidade de utilização dos procedimentos institucionalizados por normas. A orientação social é superada e recorre aos consensos pressupostos por este meio.

A orientação social também é modo de superação da grande importância dada ao indivíduo e seus valores subjetivos, pois a sociedade é

é vista como um sistema estruturado de ações significativamente relacionadas que não inclui, mas exclui o homem concreto. O ser humano concreto é um organismo controlado por um sistema psíquico (personalidade) cuja conexão de sentido não coincide com a conexão de sentido que liga as ações do sistema social... Isto é, embora homem e sociedade estejam estruturados para coexistir, um é para o outro uma complexidade a ser enfrentada, ou seja, reduzida. (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 137)

Esta passagem mostra a importância para a teoria do direito de

ressignificar essa relação entre “homem concreto” e sociedade. E, desse modo, contribuir para uma melhor compreensão dos institutos jurídicos básicos que são qualificados como temas da teoria do direito e também do procedimento. Acredita-se que com isso se mostra também a adequação da fundamentação teórica eleita para que seja realizadas a pesquisa.

3.2.3 Orientação material

As duas orientações anteriores não estão voltadas para determinar o conteúdo da expectativa, também são instrumentos de modos de **controles formais**. A orientação material, por outro lado, tem um modo de controle menos formal, tem também a característica de ter vários modos, “identificação de complexões de expectativas”, de realizar essa orientação, embora no direito não utilizem todos eles, tal como explicitaremos aqui, dando atenção especialmente para as que o procedimento utiliza.

Talvez em razão de ser mais livre a orientação material, tal como a compreendemos, é nessa orientação que percebemos mais nitidamente a influência da fenomenologia de Edmund Husserl, nesta orientação. É de se lembrar que

Expectativas não surgem isoladamente, e também não são expectativas isoladamente. O termo e o conceito de expectativa não devem induzir à suposição de que existiriam na realidade objetos correspondentes, em termos de unidades estáveis e isoláveis. A natureza não determina o que seja “uma” expectativa, onde ela começa e termina, que detalhes concretos ela contém e quais possibilidades de variação ela permite. A expectativa é **intencionalidade** que aponta para o futuro do fluxo da experimentação, que procura sempre conteúdos cambiantes, e que experimenta a realidade através de seu câmbio. **Identificações de sentido estão em um nível mais alto de abstração**, são sínteses de muitas expectativas, concretizáveis e particularizáveis conforme as necessidades. Isso pode ser visualizados em uma coisa concreta, uma mesa, uma montanha, mas também em uma pessoa conhecida, um papel, uma tarefa, uma melodia, um romance, um processo... (LUHMANN, 1983, p. 97)

Com a intencionalidade e as sínteses de muitas expectativas, é o sentido que faz o controle das expectativas, incluindo mesmo a possibilidade encadear as expectativas, a assimilação de experiências, fazendo o ajuste entre elas. É por esse meio que ocorre a experimentação e “construção-de-mundo” e o controle da consistência das expectativas é realizado, portanto, com a utilização de abstrações de sentido. (LUHMANN, p. 96),

Os modos de identificação de sentido podem estar no indivíduo, de quem se conhece a sua história, os papéis que ela desempenha socialmente, e também em valores e programas. E cada um desses meios de construção de sentido sobre o comportamento tem suas marcas específicas. O indivíduo é bastante concreto. O processo judicial, por exemplo, evita, por diversas razões esse modo de orientação de sentido, em razão de ser uma forma excessivamente concreta.

Por outro lado, os papéis sociais, embora mais abstratos, permite expectativas sobre os comportamentos de alunos, por exemplo. As regras são ainda mais abstratas que os papéis sociais. Elas podem ser aplicadas para uma multiplicidade de pessoas e de papéis, “a regra pode ser modificada sem que as pessoas ou os papéis percam sua identidade e, vice-versa, a vigência da regra não é afetada pela morte de uma pessoa concreta ou pelo fato de determinados papéis estarem desocupados. As regras são mais concretas que os valores porque instauram as expectativas comportamentais e consequências para tais ações, o que não ocorre com os valores. Eles são, portanto, demasiadamente abstratos. Por exemplo, todos somos favoráveis a uma educação de qualidade, mas as ações para se alcançar esse valor, mas nem todos concordam com as ações para alcançar esse valor. (LUHMANN, 1983, I, p. 103).

Não se podem esquecer, porém, que as expectativas de comportamento são organizadas por meio dessas generalizações e que elas também se implicam, os papéis não podem ser executados sem as pessoas, por exemplo.

A maior complexidade social, além de outros desdobramentos já percebidos, faz perceber que os comportamentos podem variar, mas não apenas, as normas também podem variar. Diante disso, os outros dois extremos, indivíduos e valores, passam a ser mais problemáticos em sociedades em que a subjetividade

alcança uma importância enorme, o que é bom; e que, como já foi dito, os critérios de morais únicas não são mais possíveis. Assim,

o direito adquire seu centro de gravidade em papéis específicos e programas específicos para o processo decisório jurídico. A diferenciações de papéis jurídicos, que trabalham segundo programas decisórios próprios, deve ser uma das condições históricas para uma mais forte separa dos diferentes planos das expectativas. (LUHMANN, 1983, 109)

A orientação material/prática, portanto utiliza centro de expectativas que são organizadas por meio do sentido e o direito das sociedades complexas se serve dos programas e dos papéis, por serem mais duradouros, como formas de atuar e criar expectativas congruentes.

De um modo geral, por outro lado, a opção pela orientação material do direito é aceita por Luhmann como sendo a identificação do próprio sistema como sua materialidade.

3.3 Decisão no direito positivado contra a heterorreferência

Este trabalho tem como objeto central uma decisão produzidas em um processo judicial, por isso é preciso tratar do direito positivado e a não utilização de heterorreferências para o modelo de direito estudado. Parece algo inquestionável que, nas sociedades complexas, o sistema político aceita a validade de decisões obrigatórias, as decisões são postas, modificadas e até abandonadas sem se questionar a validade das mesmas. LUHMANN entende que esta é uma condição para o funcionamento do sistema político moderno (1980, p. 31).

O direito continua resultando de uma série de fatores causais muito mais importantes que a decisão, como valores socialmente prevalentes, interesses de fato dominantes, injeções econômicas, políticas etc. Ele *não nasce* da pena do legislador. Contudo, a decisão do legislador, que não o produz, tem a função importante de *escolher*

uma possibilidade de regulamentação do comportamento em detrimento de outras que, apesar disso, não desaparecem do horizonte da experiência jurídica, mas ficam aí, presentes e à disposição, toda vez que uma mudança se faça oportuna. (FERRAZ JÚNIOR, 2004)

Como se percebe, a decisão assume um lugar decisivo para o direito, antes já foi referido que a coação básica que ele está submetido é a de escolher entre várias expectativas possíveis.

Aquela condição do sistema político diante das mudanças das decisões obrigatórias está facilmente perceptível na realidade atual. Os economistas mais atentos à realidade, confrontaram os princípios liberais mais radicais que levaram o atual governo ao poder, com isso implantou-se “ajuda de emergência”, decidiu-se, em nome do interesse coletivo, pela autonomia dos entes federados, estados e municípios, pela competência deles no combate à pandemia. O Sistema Único de Saúde, antes abandonado, passou a ser reconhecido como o responsável por salvar muitas vidas e como indispensável como política de estado por muitos dos seus críticos. Esses podem ser percebidos como as decisões são relevantes para a compreensão do fenômeno jurídico, o direito adquiriu a sua flexibilidade. A positivação do direito passa assumir mais importância como elemento de seleção do direito.

E isso é um dos reflexos daquela quebra de uma moral única, estruturada em torno do parentesco, por exemplo. “A complexidade impede a aceitação de uma moral natural como fonte de legitimação das decisões políticas.” (LUHMANN, 1980, p. 31). Mais uma vez se percebe também que é o poder que institui o seu processo de legitimação. As decisões produzidas no procedimento substituem os fundamentos jusnaturalistas e os métodos de estabelecimento de consensos. Segundo Luhmann, Weber identifica a racionalidade nas decisões, mas não observa a formalização, não dá atenção ao papel dos procedimentos.

A positivação do direito, desse modo, implica na aceitação das decisões como obrigatórias. O direito contemporâneo precisa ser percebido por esse ponto de vista da decisão. E a teoria do direito enfrenta esse debate em dois dogmas: “a inegabilidade dos pontos de partida” e a “proibição do *non liquet*”. Esses

constrangimentos básicos do direito reforçam a necessidade de atenção à decisão.

A obrigatoriedade de só argumentar tomando por base e **alegando expressamente esses textos normativos pré-fixados**. A validade dogmática de um argumento não está previamente condicionada a critérios externos como justiça, verdade científica, racionalidade ou mesmo a fatos concretos, daí a independência da “verdade” jurídica em relação à “realidade.

...

o constrangimento a **decidir todo e qualquer conflito** considerado juridicamente relevante pelo sistema, a também chamada proibição de *non liquet*. A atitude de Pilatos, lavando as mãos, não é opção admissível para um juiz dogmático, dentro de sua esfera de competência. O juiz moderno não deve poder dizer *jus non liquet* (“o direito não está claro”), não está entre suas possibilidades dizer “não sei”. (ADEODATO, 2002, p. 312)

Para os chamados “*hard cases*” também, o constrangimento de não decidir se apresenta como problema. Tanto aí como no modelo de processo continental, a pressão pela decisão se apresenta mediante a impossibilidade de se recorrer aos raciocínios dedutivos de uma regra prévia, pois não estão disponíveis também os recursos das regras secundárias como a da distribuição do ônus da prova, por exemplo, regras procedimentais sobre prazos, competência etc. Ainda assim os “tribunais devem decidir o caso”.

Pensando na legitimação da decisão, Luhmann comenta:

A legitimidade depende, assim, não do reconhecimento “voluntário, da convicção da responsabilidade pessoal, mas sim, pelo contrário, dum clima social que institucionaliza como evidência o reconhecimento das opções obrigatórias e que as encara, não como uma consequência de uma decisão pessoal, mas sim como resultado dos crédito da decisão oficial (1980, p. 34)

Isso implica que o tribunal deve decidir, mesmo onde não é possível uma decisão estritamente racional e o pensamento jurídico se constrói a partir dessa situação em que a pressão pela decisão se apresenta (LUHMANN, 2016, p. 423). E este caráter obrigatório da decisão que preciona mais ainda o procedimento que as demais instituições jurídicas.

Por outro lado a “inegabilidade dos pontos de partida”, outro

constrangimento do direito positivado, faz com que coincida e reforce a ideia do fechamento operativo do sistema do direito e do procedimento. As decisões precisam ser referidas aos dogmas e serem apresentadas como decorrências desses pontos de partida argumentativos.

O direito positivado, de modo geral, por outro lado, não admite um direito que não necessite de positivação, de decisão, um direito que se estabeleça em oposição ao direito positivo, um direito imutável. Não se quer com isso defender um “voluntarismo” ou “decisionismo” para o direito, ou que a decisão dependa disso, ao contrário, parte-se da ideia de que no direito nunca se pode decidir arbitrariamente (LUHMANN, 2016, p. 52).

Com isso se quer defender um direito mutável, não dedutível de um direito natural, imutável. A positivação implica a necessidade de regulamentação da própria mudança do direito.

Essa disposição contra a heterorreferência também está presente em Hart (s/d). Ele recorre a distinção entre dois tipos de regras: regras de obrigação e regras de reconhecimento, mas a validade destas não é explicada, estas “podem não ser válidas nem inválidas, mas é simplesmente aceita como adequada para uso dessa maneira (HART, s/d).

As decisões observam o ambiente, mas isso é realizado a partir do sistema do direito, como atividade interna ao sistema, com

distinções próprias (para as quais não há nenhuma correspondência no meio). Do contrário, não teria sentido falar em observação do meio. Toda observação do meio pressupõe a diferenciação entre autorreferência e heterorreferência, que só pode ser desenvolvida no sistema (LUHMANN, 2009, p. 103)

É preciso, portanto, observar a decisão a partir desses constrangimentos que o direito positivado apresenta, reconhece e está submetido, dessa coação fundamental do direito. E é de se considerar que a positivação não se confunde com o “positivismo científico” e “filosófico”, ainda que se identifique o direito com decisões positivadas, observáveis.

A positivação do direito decorre do aumento das relações no interior da sociedade. As sociedades arcaicas e antigas, como já foi referido, estavam marcadas por um conjunto de relações mais ou menos estabilizadas com uma limitação das espécies de relações. Ainda que nestes modelos de sociedade podem-se identificarem vários grupos com as mesmas marcas, muitas famílias, clãs, por exemplo, as espécies de relações são menos complexas que as relações identificáveis nas sociedades contemporâneas e isso é o que permite o recurso à heterorreferência.

Para as sociedades arcaicas, o direito admitia as referências da religião, dos mitos, de valores não necessariamente positivados, mesmo que sejam valores e normas pertencentes ao sistema amplo daquelas sociedades e ainda das atuais, para o modelo de direito positivado, essas são consideradas referências exteriores ao sistema.

Isso é estudado pelos teóricos do direito no desenvolvimento e confrontos entre direito natural e direito positivo. A clássica posição de Antígona diante das regras positivadas por seu irmão, já mostra a intimidade dessa discussão no âmbito do direito. O que não acontece apenas aí, várias outras discussões são elaboradas, o que pode ser visto também nas discussões dos teólogos, que recorriam ao direito divino, o direito natural para legitimar o direito positivo. E também nas discussões sobre o direito natural racionalista com a crença na força da razão e vários outros casos, inclusive desenvolvimentos contemporâneos sobre o direito natural.

O “motor da evolução” é o aumento da complexidade, que implicam diferenciações de papéis e processos especificamente jurídicos e sendo ambos levados a uma posição de estruturas de expectativas jurídicas autônomas (LUHMANN, 1983, p. 122)

Nas sociedades complexas, como também já foi dito, passa a existir uma multiplicidade de espécies de relações. Luhmann denomina de diferenciação segmentárias e diferenciação funcional. Esta distinção refere-se ao princípio de divisão da sociedade em sistemas parciais²²

22 “Na diferenciação segmentária são formados diversos sistemas iguais ou semelhantes: a sociedade compõe-se de diversas famílias, tribos etc. na diferenciação funcional os sistemas parciais, ao contrário, são formados para exercerem funções especiais e específicas, sendo portanto distintos entre si: para a política e a administração, para a economia, para a satisfação de necessidades religiosas, para a educação, para cuidar dos doentes, para

O direito positivado exige a compreensão de que as premissas da decisão também são postas por decisão.

Nestes termos, a positivação é um fenômeno típico do século XIX até os nossos dias, pois, se, num sentido lato e amplo da positivação, o Direito Positivo é Direito que vale por força de uma decisão, no sentido estrito, o critério da validade deixa de ser um ato único de decisão – e o século XIX ainda o percebeu, em parte, com esta limitação – para ser a própria vivência da mutabilidade. O que é novo, aqui, é que a positividade do Direito é acompanhada da legalização das mudanças do Direito. (FERRAZ JÚNIOR, 2015)

No direito positivado, uma das grandes mudanças ocorre com a autoreferência das decisões. As decisões são produzidas pelo próprio sistema do direito. Esse talvez seja um dos pontos mais questionados por aqueles que estudam a teoria dos sistemas e tratam da autopoiese²³ do sistema.

Por outro lado, levando em consideração as mudanças temporais e a função de garantir expectativas no futuro, junto com o aumento da complexidade “Para o Direito vigente, o passado adquire, então, o mesmo significado que as tábuas e os pregos para uma mesa acabada” (ARENDRT apud FERRAZ JÚNIOR, 2015).

A positivação implica o reconhecimento da maior importância ao direito posto e que

o termo no seu sentido estrito, procurando configurar uma situação típica do Direito a partir do século XIX. Notamos, nessa época, que a relação homem/mundo circundante toma contornos específicos. Como nota Foucault, o homem se torna, nessa época, aquele ser a partir do qual todo conhecimento pode ser constituído em sua evidência imediata e não problematizada. O mundo circundante surge como o lugar da experiência humana, aparecendo o próprio ser do homem como transformador das estruturas do mundo, e o mundo como uma estrutura planejada que inclui o próprio homem. (FERRAZ JÚNIOR, 2015)

funções familiares residuais (assistência, socialização, recreação, etc. Uma paulatina transformação da diferenciação segmentaria para a diferenciação funcional nas mais importantes áreas funcionais da sociedade constitui, genericamente, um traço básico do desenvolvimento social”. (LUHMANN, 1983, I, p. 176)

²³ Autopoiese ou autopoiesis é um termo criado na década de 1970 pelos biólogos e filósofos chilenos Francisco Varela e Humberto Maturana para designar a capacidade dos seres vivos de produzirem a si próprios. (HOUAISS, 2020)

A positivação do direito, portanto, parece superar a heterorreferência para o direito por essas condicionantes referidas, a complexidade social, a obrigação de selecionar expectativas diante do excesso normativo na sociedade. O que traz para o direito, também como técnica de decidibilidade, a maior preocupação com a decisão. A vigência do direito é o resultado de uma decisão e após a sua positivação, deixa-se sem mais considerações todos os demais fatores que a causaram. E isso também destaca a importância de se estudar a decisão a partir de suas próprias fundamentações, do próprio sistema do direito.

Na área do direito aquela transição se realiza na positivação completa da vigência jurídica, com o efeito de que o direito já não se baseia na ordem natural do mundo, ou seja, no meio da sociedade, mas é construída por ela.²⁴ Com isso também muda a base da vigência jurídica: O direito não é válido por motivos inerentes às normas, mas porque podia ser mudado, então, por motivos da contingência. (LUHMANN, trad. livre)

Em resumo: o sistema do direito produz as decisões com base em operações que acontecem dentro do sistema, fazendo isso de uma maneira pouco inocente, pois não defende um isolamento do sistema, reconhece, portanto, uma conexão entre sistema e ambiente, admitindo portanto uma abertura cognitiva e um isolamento operativo do sistema do direito. Dessa forma, caracterizando uma oposição à heterorreferência.

É nessa postura da teoria sociológica do direito, admitir um isolamento operacional e uma abertura cognitiva do sistema direito, que se pretende realizar a busca dos elementos que contribuem para a efetivação da orientação congruente de expectativas do direito, como está proposto para este trabalho.

Para compreender e pensar o direito a partir do lugar de relevância da decisão é preciso refletir também sobre o fechamento operativo, abertura cognitiva.

Antes de tratar da decisão própria objeto deste trabalho, será encerrada esta estapa com mais algumas importantes características da função do direito e, em seguida, serão feitas observações do procedimento, para assim indicar os

24 Vd. Niklas Luhmann, Iluminação sociológica: Ensaios sobre Teorias de sistemas sociais, 3. edição Opladen 1972, p. 225 ff.

marcadores da pesquisa, os elementos do procedimento, a partir da teoria sociológica do direito que serão confrontados com a sentença escolhida como objeto de análise que colaboram com diferenciação e autonomia do procedimento judicial.

E antes de adentrar as questões específicas do procedimento como sistema especial de comunicação autônomo e diferenciado, será feito um resumo desta que se tenta caracterizar até o momento a função específica do direito.

3.4 Função do direito: a congruência dos âmbitos de sentido

Com a diferenciação social e a complexidade das relações, a formação de diferentes sistemas, os limites da família passam a ser insuficientes para a regulação dos comportamentos ou a garantia de expectativas normativas gerais, aplicáveis para toda a sociedade. Assim, aquele direito que garantia as expectativas normativas nas sociedades arcaicas e antigas também passa por uma evolução, desenvolvimento. Para confrontar essas mudanças, passa-se à função do direito de garantir congruentemente as expectativas normativas nesta parte do trabalho.

Deve ficar claro que as grandes mudanças nas sociedades contemporâneas em relação à complexidade estão relacionadas a algumas marcas específicas. Em primeiro lugar, nas sociedades menos complexas, devemos deixar dito que não existia uma única família, mas várias famílias, mas todas elas carregavam basicamente a mesma função. Informavam a todos das regras básicas das relações sociais. Os valores e normas que indicavam as expectativas normativas, mesmo que em algumas situações essas expectativas pudessem vir ligadas, ou indiferenciadas, das expectativas cognitivas.

Por outro lado, as sociedades complexas, os grupos familiares perdem essa potência de produzir a maior parte das expectativas normativas. Isso porque várias outras formas de agrupamento vão se encontrar nessas sociedades. Isso é chamado de diferenciação funcional. Os grupos passam a criar normas que não mais são sequer conhecidas pelas famílias. Um dos fatores que colaboram com

essa diferenciação funcional é a própria existência de mercados. O direito empresarial aceita muito facilmente o potencial dos comerciantes para criar regras de trocas que são reconhecidas como jurídicas, é o caso dos títulos de créditos, por exemplo.

... advém do fato de a moral (ou, em sua forma reflexiva, a ética) não ser apropriada para fundamentar a validade da norma jurídica. Em casos isolados, existem vantagens argumentativas quando se recorre a uma valorização moral supostamente incontestada na sociedade: a moral tem sempre qualidades retóricas decisivas. Entretanto, não se pode invocar a moral quando se trata de prover as possibilidades de êxito e estabilidade das expectativas normativas. Nesse caso, haverá que tornar jurídica a norma que se pretende introduzir nessa zona de segurança;... (LUHMANN, 2016, I, p. 183)

Ao lado disso, vários temas novos, com essas diferenciações funcionais, passam a exigir regulação jurídica. Vários novos temas passam a ter que ser solucionados pelo direito. Hoje pode-se perceber a variedade de temas que as normas jurídicas elegem. Não só normas de direito comercial, mas as regras de direito econômico, direito previdenciário, direito espacial, a lista é bastante extensa.

Naquelas sociedades que regulavam suas normas a partir do núcleo familiar, passa, por meio da sua diferenciação funcional, a demandar por regulamentações de temas infinitos. Isso é percebido comumente pelo estudante de direito e pelo especialista. O estudante muitas vezes se surpreende com a quantidade de matérias dogmáticas específicas que são apresentadas. Daí se forma já a consciência de que não será possível apreender todas as regras, se tornar especialista em mais de um ramo do direito.

Essa multiplicidade de temas regulados pelo direito faz com que ele não possa mais, como já foi referido, se valer de uma moral única, do direito divino ou do direito da família, nem mesmo da evidência da experiência jurídica.

A experiência do direito se tornou abstrata. Os critérios básicos de formação do direito, “legítima defesa” e “reciprocidade” não são usados com base na evidência, como regra. Os conflitos passaram a ser levados para os tribunais.

O direito assume esse papel de criar as expectativas que são aceitas de

um modo geral e, para isso, elas, as expectativas, precisam contruir uma orientação social, temporal e material congruente.

A orientação social, como se observou, leva a supor que a complexidade formada por diversas etiquetas, causada pela diferenciação funcional, faz com que o direito passe a ser visto como um garantidor de um consenso, ainda que um consenso presumido. Isso é compreendido pela teoria sociológica por meio das instituições e da ideia de terceiro não participante do diálogo. O direito e as instituições sociais utilizam esse consenso da função do terceiro que pode ser acionado para solucionar o conflito. Assim as decisões são produzidas, o direito é dito, com base naquilo que o juiz, terceiro diante do conflito, julga como correto, utilizável. Essa terceira precisa ser compreendido como um terceiro acionável, não o juiz concreto. A instituição é essa abstração do terceiro que pode ser chamado para decidir.

Por outro lado, o direito é capaz de servir, por meio das suas expectativas normativas, como guia geral para o futuro. Ele irá determinar as expectativas normativas que serão consideradas válidas, recorríveis.

E o material diz respeito à ideia de fato jurídico, aquele fato previsto no âmbito da norma, que produz efeitos jurídicos e que só eles podem ser alegados como meio de desencadear a consequência jurídica.

Assim o direito exerce essa função estabelecer decisões que sejam capazes de se justificar em outras decisões, sem necessariamente recorrer a uma moral geral aceita, nem a uma divindade que estabelece o direito, nem mesmo à pura razão capaz de criar um direito que se impões a todos.

O direito se estabelece como sistema social, em que, assim como a comunicação, não existe com a presença apenas de um sujeito, exige para a sua existência uma relação social e que desempenha essa função específica, estabelecer orientação congruente entre os âmbitos de sentido material, social e temporal.

podemos entender o Direito como um mecanismo que coordena de modo congruente os mecanismos anteriormente expostos, ou seja:

norma, institucionalização e instrumentos identificadores de sentido. O Direito não é só norma, como não é só instituição ou só sentido garantido, mas uma combinatória dos três. Direito é, pois, o nome que damos às expectativas normativas de comportamento generalizadas congruentemente em relação a instituições e a identificações de sentido. (FERRAZ JÚNIOR, 2014)

É desse modo que o direito desenvolve a congruência e passa a ser considerado uma estrutura dos demais sistemas sociais, a referência para as expectativas vinculativas e congruente nos três âmbitos de sentido.

Essa congruência não é alcançada de modo simples, visto que os próprios âmbitos de sentido possuem recursos próprios de generalização, tal como já foi referido, e que nem sempre são compatíveis entre si e o direito que realiza essa congruência. Existem normas que não são institucionalizáveis, já foi dito isso neste trabalho, do mesmo modo que existem normas que podem até mesmo causar desconfortos sociais. Além das normas que não pegam.

A abstração dos valores que, por outro lado, não permitem com facilidade a dedução de normas, permitem um consenso alcançável sem muitas dificuldades. Por exemplo, a liberdade de orientação sexual, é amplamente generalizável, mas ocorrem dificuldades no momento de criação de regras.

Tércio Sampaio reconhece a mesma função de produção de expectativas congruentes para a dogmática jurídica. Como pensamento tecnológico sobre o direito, a Dogmática jurídica serve como instrumento de decidibilidade, permite que as decisões sejam produzidas por meio dos recursos abstratos do pensamento sobre o direito positivado.

A Dogmática não se confunde com o Direito, nem com as expectativas normativas, nem com instituições, nem com valores. Ela os atravessa todos diagonalmente, possibilitando uma identificação do Direito contra as incongruências de fato. Essa função é preenchida de vários modos, como, por exemplo, pelo estabelecimento de princípios para a compreensão da congruência, de guias de ação na aplicação do Direito, na hierarquização das fontes, permitindo, assim, a integração de normas e instituições pela determinação de finalidades programáticas, pela constituição de premissas e postulados da argumentação jurídica – o que conduz à identificação de requisitos razoáveis da ordem jurídica etc. (FERRAZ JÚNIOR, 2015)

O direito, então, coordena os instrumentos básicos de generalização de expectativas antes referidos. As normas, temporalmente; as instituições, socialmente por meio dos consensos presumíveis; e praticamente/materialmente, os comportamentos, por meio das complexões de sentido. O Direito, portanto, “não é só norma, como não é só instituição ou só sentido garantido, mas uma combinatória dos três.” (FERRAZ JÚNIOR, 2015).

Essa é a função do direito e que o transforma em estrutura para o sistema amplo, o seu ambiente, a sociedade. Nesta sociedade funcionalmente diferenciada, com grande produção normativa, em que a subjetividade se eleva à categoria da individualidade e que possui as mais diversas matérias a serem reguladas, é o direito que irá compatibilizar as três dimensões básicas de sentido.

É o direito, portanto, que irá mostrar quais expectativas podem ser mantidas, quais são normatizadas, garantidas, são consideradas como aceitas em um consenso, ainda que aparente, e regulam as matérias que realmente são mais importantes para a sociedade.

O direito tem a ver com os custos sociais da vinculação temporal de expectativas. Visto concretamente, trata-se da função de estabilização de expectativas normativas pela regulação de suas generalizações temporal, objetivas (materiais) e sociais. O direito torna possível saber quais expectativas encontrarão aprovação social e quais não... E isso significa que é possível viver em uma sociedade mais complexa, na qual não bastam os mecanismos personalizados ou de interação para obter a segurança da confiança... (LUHMANN, 2016, I, p. 175)

É nesse sentido que Luhmann fala de que o direito realiza uma imunização simbólica de certas expectativas, que nos permite uma atitude indiferente a determinados fatos, os não-relevantes, o direito permite uma indiferença controlada diante da complexidade social escolhendo os fatos juridicamente relevantes por meio de decisões e procedimentos juridicamente institucionalizados.

Diante dessas mudanças sociais e da decisão que o direito precisa produzir, caso não o faça, mediante as complexidades das normas possíveis e modificáveis, e da complexidade do próprio mundo: “a recusa da decisão judicial

equivale à recusa de justiça e esta por sua vez ao fracasso do direito” (LUHMANN, trad. livre).

Dito isso, nas próximas divisões do trabalho são observados mais especificamente os aspectos do procedimento.

4. O PROCEDIMENTO JUDICIAL COMO SISTEMA SOCIAL ESPECIAL

O estudo do processo, como já foi dito, não pode ser aceito como um estudo desligado de aspectos sociais e é isso que se pretende fazer. Lembrem-se que o procedimento, de acordo com a teoria escolhida como fundamentação teórica, é o resultado de um desenvolvimento da complexidade social, um meio que se desenvolveu em correlação com fatores como a pulverização da moral, o excesso de normas, a multiplicidade de papéis sociais, as diferenciações que o próprio ambiente do direito reconhece neste aumento de complexidade. Por isso, aqui serão tratados dos meios que este procedimento desenvolveu para que o processo assumisse esse lugar de desempenhar a função básica do direito, a produção de congruência entre os âmbitos básicos de sentido, o material, o social e o temporal.

Tércio Sampaio coloca, como já foi dito também, a Dogmática como um meio de produção, facilitação, da função de congruência do direito. A dogmática processual, portanto, é mais um meio, não o único. As demais formas que o direito utiliza para efetivar a sua função, produzir expectativas congruentes, não podem ser desconsideradas, especialmente no procedimento, que é posto como instrumento de realização do direito em substituição à força e por meio de um sistema de comunicação.

Daí, porque, nesta parte do trabalho, iremos ter atenção do procedimento como sistema autônomo de comunicação, especial e diferenciado.

O direito processual vem se abrindo para o problema da efetividade das decisões e isso pode ser identificado nas críticas que a história do pensamento processual identifica como problemas a serem superados pelo estudo do processo, já nos referimos às questões envolvendo o Acesso à Justiça.

Por isso, por exemplo no processo civil tem-se uma negação da formalidade no estudo do processo²⁵. Não se aceita facilmente que as relações processuais sejam admitidas como instrumento de elaborações conceituais abstratas com um fim em si mesmo, como se reconhecia no momento em que se firmou a autonomia cognitiva deste ramo do direito. Mesmo que os estudos que

25 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

apontaram a relação processual como centro de preocupação da dogmática processual sejam aceitos como formadores de uma etapa importante do desenvolvimento do processo dogmático, teve como finalidade evidenciar a autonomia de uma disciplina jurídica para o estudo do direito processual, essas construções eminentemente conceituais e formais cederam espaço para uma preocupação com a efetividade do processo. O que está positivado no texto constitucional, Art. 5º, LXXVIII - “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Assim, na linha do tempo da história das ideias em torno do processo, hoje, como já foi dito, pode ser apontado um estudo do processo preocupado com aspectos sociais, o processo alçou-se ao patamar constitucional nas últimas décadas e estabeleceu-se uma preocupação em considerar o processo como meio de efetivação do direito. Daí estudos e normas constitucionais indicam a necessidade de um devido processo legal com uma razoável duração. Acrescente-se ao inciso citado acima, os incisos LIV²⁶ e LV²⁷ do mesmo artigo 5º da CF.

Esse debate em torno do processo, seja ele no aspecto constitucional ou em seus desdobramentos sociologizantes, parece não destacar a função do procedimento como instrumento de legitimação do poder, nem como sistema social especial autônomo e diferenciado, tal como se defende neste trabalho. Ainda que o processo seja considerado a forma adequada de realização do poder, os estudos consideram necessário buscar garantias e proteções para limitar aquela realização do poder do estado.

O estudo do processo como disciplina autônoma do direito tem como marco a identificação de uma “relação jurídica” própria no processo, uma relação diferente da relação de direito material. Essa abordagem, assim como a abordagem que é chamada de instrumentalidade do processo, busca um distanciamento das construções exclusivamente abstratas dos conceitos processuais, mas não levam

26 Constituição Federal, art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”;

27 Constituição Federal, art. 5º, LV - “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

em consideração a relação básica do processo como um sistema social.

A dogmática processual parece estar na mesma linha de crítica aos processos, às suas abstrações, ao poder que aparece com força total, tal como Kafka representa em O Processo sobre os riscos de um processo sem garantias e de um poder não controlado²⁸, mas além disso, é preciso se ter consciência, ao menos como produção de conhecimento, que estas abstrações estão ligadas à função do direito e precisam, por isso, serem conhecidas.

E aquela postura também é observada nas análises sobre o devido processo legal, seja ele instrumental ou material. Por exemplo, na afirmação de que

a não auto-incriminação é uma garantia constitucional presente na maioria dos países de regime democrático que veda a extração forçada de declaração do sujeito seja ele imputado, acusado, indiciado, réu ou mesmo testemunha, e, a proibição de interrogatórios sob juramento, judicial ou extrajudicialmente, para **evitar os abusos** e afronta à liberdade humana, protegendo-se a integridade física e mental da pessoa (OLIVEIRA, 2018)

Mesmo as construções analíticas sobre o devido processo, seja como superprincípio ou em seus desdobramentos nos princípios do contraditório, ampla defesa, imparcialidade, juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, proibição da prova ilícita, publicidade dos atos processuais, duplo grau de jurisdição e motivação das decisões judiciais (TUCCI e CRUZ E TUCCI, 1989) aparecem como formas de controlar o poder jurisdicional, o poder do estado. O que não está incorreto, mas podem ser estudadas com a metodologia funcional aplicada neste trabalho. Daquela forma, a legitimação burocrática pode ser percebida apenas de forma indireta. Portanto, as explicações sobre esses princípios giram em torno da ideia do processo como meio de proteção diante do poder do Estado, o que é insuficiente para os parâmetros da teoria sociológica aqui utilizada.

A concepção do processo, como instrumento de garantias contra o poder

28 “Em síntese, requer-se a garantia de que o Estado de Direito assegurará os instrumentos, as técnicas e os procedimentos jurídicos, sociais, culturais, econômicos e políticos necessários à consecução, reconhecimento, defesa e promoção dos meios e recursos inerentes à não-interrupção dos (re)recursos naturais e universais da vida livre, saudável e feliz. Trata-se muito mais do que o direito de não ter a vida destruída, trata-se de ter a garantia real de ter a vida assegurada”. (MARTINEZ e CORREIA, 2004).

do estado, pode ser também uma marca de resistência à burocracia²⁹, que tem uma proximidade reconhecida com o poder. Ocorre que a proposta deste estudo é identificar as consequências da produção de conhecimento por meio de uma teoria sociológica do procedimento sem essa aversão a esse “sistema de execução da atividade pública” (HOUAISS, 2020). Pretende-se identificar as estruturas dessa burocracia, expressos nas regras procedimentais do direito positivado e nas construções dogmáticas processuais sobre estas regras. Verificar “como” essas estruturas colaboram com as duas marcas do procedimento destacadas, a autonomia e a diferenciação do procedimento judicial. O estudo visa identificar “como” a decisão escolhida produz a congruência entre os âmbitos básicos de sentido e que meios são utilizados para isso.

A teoria sociológica, em conjunto com a tese da legitimação pelo procedimento, propõe, para a compreensão do procedimento, que ele seja percebido como autônomo e diferenciado em relação ao sistema social, então, como já foi dito, é disso que cuida o presente trabalho.

Assim se pretende apontar as estruturas que contribuem com a autonomia e a diferenciação do procedimento. Indicar essas estruturas como marcadores, que serão buscados na decisão analisada é o objetivo específico nesta parte. Destacar as estruturas que caracterizam a autonomia e a diferenciação. Para que, assim, se possa verificar a presença deles na decisão eleita como objeto da pesquisa.

Então, esta parte do trabalho é uma análise conjunta da tese da legitimação pelo procedimento e da teoria sociológica do direito. Porque essas duas

29 A **etimologia** da palavra burocracia junto com um **sentido pejorativo**, que admitiu no uso comum, explicam como ela é aplicada aqui: “fr. bureaucratie, hibr. criado por Jean-Claude Marie Vincent, Seigneur de Gournay (1712-1759, economista francês), a partir do fr. bureau acp. (sXVIII) 'local de trabalho de quem desenvolve atividade profissional em mesas, escritório, administração' + gr. -kratía no sentido de 'poder, autoridade, lei' derivado de(o) gr. krátos no sentido de 'força, domínio, poderio'; adotado origin. nas demais línguas, ing. (c1848) bureaucracy, it. (sXIX) burocrazia, esp. (c1832-1836). burocracia, para indicar a influência crescente dos escritórios e da administração na atividade humana; ver buro- e -cracia”. “3 (sXX) **pej.** tal sistema ou tal corpo de funcionários enquanto **estrutura ineficiente**, inoperante, morosa na solução de questões, falta de iniciativa e de flexibilidade, indiferente às necessidades das pessoas e à opinião pública, **tendente a complicar trâmites e a ampliar sua área de influência e seu poder**, com conseqüente emperramento ou asfixia das funções organizacionais que são a sua razão mesma de ser <quanto menos b. melhor>” “4 p.met. os trâmites desse sistema <há certa b. a cumprir para liberar esses documentos>” (HOUAISS, 2020).

partes do pensamento de Luhmann são contribuições complementares para uma ferramenta de análise, pesquisa, funcional do direito.

Para fazer isso, é preciso lembrar que a base teórica da complexidade é identificável nos dois sistemas, o do direito e o sistema social. Uma condição básica para a compreensão da função do direito e que a mera classificação das normas e dos conceitos dogmáticos são incapazes de fazer, pois “desvendar a interdependência funcional e a relação entre os diferentes tipos de normas, e sua relação com outras estruturas cognitivas, com a diferenciação social etc.” (LUHMANN, 1983, 42), afinal aquela interconexão e codependência não são facilmente identificáveis pelo pensamento tecnológico que quer contribuir com a decidibilidade dos conflitos.

Levando em consideração que o estudo sobre o procedimento quer observar as estruturas funcionais, é preciso que ele não seja confundido com o rito, ou ritual. Isso é uma obviedade, mas precisa ser destacada para que se percebam os efeitos do procedimento diante da decisão estudada.

O procedimento não é um ritual em razão de que não estão determinadas todas as reações possíveis das partes, no procedimento não é impulsionado por um determinado gesto, as etapas que impulsionam o procedimento são “decisões seletivas dos participantes” (LUHMANN, 1980, p. 38). Cada participação envolve uma liberdade ampla de considerar as seleções realizadas nas comunicações anteriores e também aquilo que foi negado pela informação efetivada. Tudo isso faz com que o participante possa determinar o como irá reagir, pode reconhecer o direito, pode negar, pode ficar omissa e tudo de um modo não estritamente determinado, como pode imaginar ocorrer em rituais.

Outro aspecto bastante relevante é que a diferenciação, precisa ser dito, não significa isolamento, quer dizer que o procedimento exige uma separação com o ambiente, tal como já foi referido sobre a “diferenciação” em relação à teoria dos sistemas. Afinal os eventos acontecidos no ambiente não produzem um efeito imediato no sistema, no procedimento, ou uma decisão considerada judicial. Essas decisões são tratadas como sendo produzidas por uma causalidade procedimental, do sistema. Isso será tratado com mais vagar quando for trazido a questão do

“fechamento operativo” e “abertura cognitiva” dos sistemas e do procedimento obviamente.

A diferenciação do procedimento implica que se faça a filtragem do que ocorre no ambiente³⁰ para o sistema. O direito positivado apresenta de vários modos e por vários institutos essa filtragem. Por exemplo, o direito começa a limitar a relação do sistema procedimento com o ambiente, por regras que determinam, a competência tanto do órgão julgador, quanto do órgão acusador, o dono da ação penal. E isso também é alcançado como estruturas do procedimento que determinam as regras das condições da ação, ou no caso estudado da denúncia criminal.

Assim, o procedimento vai concretizando em etapas, e de várias formas, a diferenciação do ambiente. Não é qualquer pessoa, especialmente a vítima, que poderá apresentar uma denúncia criminal. É preciso se verificar a competência constitucional do acusador, da jurisdição em razão da matéria, do local da ocorrência do resultado criminoso ou mesmo de foro privilegiado. Várias normas, sejam elas constitucionais ou do código de processo penal, determinam essa formação da

30 Mais à frente faremos anotações sobre o fechamento operativo e o isolamento causal.

diferenciação do sistema procedimental³¹ e ³²

Os processos geralmente são provocados a decidirem sobre este tema e, no caso específico da decisão estudada, aconteceram discussões e decisões sobre a competência da Vera Federal de Curitiba - PR, já que um dos objetos principais é um imóvel situado em São Paulo.

31 Constituição Federal arts. 108 e 109:

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;
- b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;
- c) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;
- d) os *habeas corpus*, quando a autoridade coatora for juiz federal;
- e) os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal;

II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VII - os *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

VIII - os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

XI - a disputa sobre direitos indígenas.

§ 1º As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte.

§ 2º As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

§ 3º Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte

CF, Art. 5º, LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

Dessa forma se constrói um “sistema intelectual próprio”. Essa diferenciação está relacionada ao modelo de sociedade complexa em que vivemos. Não temos mais uma experiência direta do direito como nos casos de sociedades organizadas em torno do parentesco e de uma moral (direito) experimentada por todos. Nas sociedades complexas, tanto o direito, as normas aplicadas aos casos, quanto os próprios fatos são problematizados no procedimento. Essa é uma das condições de diferenciação do sistema procedimental. Passa-se a conviver com a incerteza no âmbito material dos fatos e das normas jurídicas, do direito. Nada parecido com uma certeza sobre o direito e as condutas, fatos, tal como aconteceu em sociedades indiferenciadas, arcaicas. E o procedimento é o sistema utilizado para isso. Existem condicionantes sociais para a aceitação desses procedimentos, para absorver essas incertezas e chegue a ser considerado um sistema autônomo e diferenciado (LUHMANN, 1980.).

A diferenciação do procedimento decorre também da positivação do direito, pois com isso, o juiz precisa retirar sua decisão, ou fundamentar sua decisão, nas normas positivadas. O julgador está submetido às mudanças que colocaram a decisão como tema central do direito.

O juiz não irá recorrer a um sentimento de justiça comum. Com base na positivação, o estabelecimento da marca do direito dogmática na inegabilidade dos

instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019](#))

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#))

32 Código de Processo Penal, art. 24. “Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.”

Código de Processo Penal, art. 257. Ao Ministério Público cabe: ([Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008](#)).

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código;

pontos de partida, o dogma, o juiz pode se tornar um estranho ao conflito. Alguém não interessado, a imparcialidade do juiz se destaca como importância para o procedimento, em decorrência, portanto, da posituação. Isso quer dizer, que o juiz não irá utilizar de uma busca do consenso, a orientação social, em um sentimento de justiça, mas na própria norma positivada, que resultou de um procedimento também estruturado em normas positivadas. O princípio da legalidade ou estrita legalidade em matéria penal também deixa isso em destaque

CF, art. 5º, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Com isso, se destaca como as sociedades complexas contróem a diferenciação e a imparcialidade de quem decide, sem o que os procedimentos das sociedades complexas não se diferenciam (LUHMANN, 1980, p. 98). A diferenciação do procedimento está intimamente ligada, portanto, ao afastamento dos critérios de decisão em padrões morais aceitos com uniformidade. A diferenciação constrói a confiança na decisão produzida com base na racionalidade de um sistema de direito positivado, com critérios indicados e verificáveis na norma. Isso fica explícito na necessidade de fundamentação das decisões. Art. 93, IX, CF.

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

A imparcialidade do juiz, portanto, é aumentada ao impor ao julgador a obrigatoriedade de decidir com base no princípio da ineganilidade dos pontos de partida, sem considerar os seus sentimentos privados de justiça, mas utilizar, recorrer e decidir com base em normas positivadas, ao menos que essa seja a forma de apresentação da fundamentação da decisão. É esse modo de afastamento seu sentimento de justiça que irá torná-lo imune às críticas de corrupção e relações pessoais com a causa. São as decisões tomadas sem justificativas pessoais,

morais, políticas, que irão fazer com que o modelo de decisão do procedimento como sistema autônomo se firme. Assim existe mais uma implicação mútua, o recurso aos dogmas, aos pontos de partidas argumentativos inegáveis, criam um sistema jurídico procedimental autônomo especialmente diante de uma sociedade em que o recurso a um consenso moral concreto tenha sido impedido.

A autonomia, por outro lado, quer dizer que o sistema social especial do procedimento judicial adquire um tempo próprio, uma história própria, utiliza papéis sociais específicos e seleciona uma matéria própria da realidade. (LUHMANN, 1980). O procedimento enquanto sistema social diferenciado, autônomo de comunicação exige que nele não sejam identificados os recursos a um tempo abstrato ou um tempo histórico da própria sociedade. Esse tempo é construído pelo procedimento.

Os processos estão organizados na forma de um episódio temporalmente limitado, que se inicia com uma demanda e termina com uma decisão... Princípio e fim são marcas produzidas pelo próprio processo, isto é, são identificados de maneira recorrente no funcionamento do processo. (LUHMANN, 2016, p. 276)

O tempo do procedimento, portanto, não coincide com o tempo social, o tempo do ambiente do procedimento. Cria-se uma história própria no procedimento.

Por outro lado, A decisão estudada causou muitos debates em torno do conceito do crime de corrupção, produziu um debate que não é comum no sistema social, na sociedade em geral, a abstração como característica básica do direito dogmático. A materialidade do crime foi indicada pelo recebimento de um imóvel como parte do tipo penal. Para o sistema social amplo, a propriedade do imóvel foi usada como argumento para criticar a decisão. O procedimento é capaz de criar uma matéria, realidade, específica, fortalecendo aquilo que Luhmann especifica como autonomia, também material, do sistema social do procedimento judicial.

Esta autonomia no âmbito material de sentido, os temas são debatidos com uma realidade que o próprio sistema procedimento estabelece, colabora para a realização a função própria do direito, a congruência produzida pelo procedimento e por isso ela é realizada com aquelas complexões amplas de sentido que foram

referidas.

O que chamamos “fato” é construído pelo próprio sistema. O sistema não reconhece instância externa que lhe poderia estipular o que é um fato, ainda que esse termo possa designar fatos tanto internos ao sistema como externos a ele (LUHMANN, 2016, p. 237)

A diferenciação e a autonomia implicam também a separação dos papéis sociais³³ desempenhados pelas partes no procedimento. Aquelos papéis sociais identificados como meios de organização das expectativas são regulados e até criados no sistema de comunicação especial do procedimento judicial. O que também tem efeitos para o papel do julgador, pois não podem entrar para o procedimento os papéis sociais gerais que um indivíduo desempenha no sistema social. No caso da decisão estudada, o papel de réu, por exemplo, não pode traduzir o papel do indivíduo em geral, ex-presidente da república, líder sindical ou “o cara” nas relações internacionais. Ele assume um papel específico de réus que determinam expectativas comportamentais/práticas a serem garantidas no procedimento. Isso especialmente diante do juiz o condutor do processo em geral e das audiências especificamente.

Retomando a questão dos papéis em seu aspecto amplo, é preciso dizer que essa discussão sobre o papel não é incomum, ao contrário, já pode ser identificada em vários autores da sociologia, antropologia e até no barroco brasileiro, como é o caso de Matias Aires:

O que são os homens mais do que aparências de teatro? A vaidade e a fortuna governam a farsa desta vida. Ninguém escolhe o seu papel, cada um recebe o que lhe dão, aquele que sai sem fausto, nem cortejo e que logo no rosto indica que é sujeito a dor, a aflição e a miséria, esse é o que representa o papel do homem. (SUASSUNA, Ariano. 2020, min. 27,42)

A indicação do papel como elemento de análise do sistema social não é incomum, com já disse, mas é também um dos flancos de ataques à teoria

³³ O estudo dos papéis sociais não é nenhuma novidade para a sociologia. (SIMMEL, 2006); (GOFFMAN; SACKS; CICOURE; POLLNER, 2000)

sociológica, dizem que essa abordagem não coloca o ser humano, indivíduo, como parte do sistema. Tentaremos aqui justificar esse tratamento em defesa da teoria aqui utilizada, já que o papel desempenhado no procedimento, além de contribuir com a autonomia, diferenciação do sistema do procedimento, do sistema social, ajuda a entender a efetivação da função do direito aqui estudada.

Afinal, nas sociedades complexas, é perceptível que as pessoas desempenham vários e diferenciados papéis, pois

apenas em sociedades indiferenciadas se pode pensar que as pessoas são idênticas a si mesmas em todas as situações. Nas sociedades mais complexas as múltiplas atuações dos indivíduos não podem todas ser associadas a seu caráter (LUHMANN, 1980, p. 81).

Essa multiplicidade de papéis informa todos as partes envolvidas no processo, incluindo obviamente a diferenciação do papel do juiz, o terceiro desinteressado que, por isso mesmo, contribui para a efetivação da função do direito, o consenso suposto, não necessariamente real, que se apresenta como condição para que a própria sociedade complexa possa se valer da função do direito. E isso também depende da institucionalização do institucionalizar por meio de papéis especiais

Na dimensão social essas estruturas de expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja apoiadas sobre o **consenso esperado** a partir de terceiros. Dada a crescente complexidade social isso exige cada vez mais suposições fictícias do consenso e também, **a institucionalização do ato de institucionalizar através de papéis especiais**. Na dimensão prática essas estruturas de expectativas podem ser fixadas externamente através de sentido idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas. (LUHMANN, 1983, p. 109)

A figura do julgador, com um papel diferenciado, isolado do sistema social geral, deve, assim como os advogados, peritos etc., assumir um profissionalismo em sua atuação no processo. Os juízes e os advogados profissionais devem argumentar sem considerar suas relações pessoais que eles estabelecem em outros papéis sociais. As regras do processo contemporâneo visam isolar os profissionais de suas

relações sociais gerais amplas, são regras de suspeição que são aplicados ao juiz de direito e ao juiz de fato, como no júri popular^{34, 35, 36}. Além é claro de todas as regras de disciplinam o impedimento do julgador.

A impessoalidade é uma marca própria para o julgador e os outros profissionais. Os demais participantes do procedimento não são completamente separados, como já se fez referência ao papel do réu condenado na decisão estudada. Além disso, o envolvimento dos demais papéis sociais tem repercussões para a liberdade de depoimento dos réus, podendo ele silenciar ou exercer essa ampla liberdade de contar sua história. Em ambas as situações, observando a questão da história do próprio procedimento, as auto declarações poderão ser complicadores para o réu, mas

No processo jurídico, todos os participantes têm de propor aos outros papéis, permanentemente em alternância, confirmar-lhes os seus papéis e apoiá-los na interpretação, em apoio que lhes permitirá que cada um se compenetre do seu papel e nele se mantenha mesmo quando se verifique um agravamento. Ao juiz corresponde, sobretudo, procurar que, mesmo no caso duma comunicação penosa e pungente, todos os participantes possuam espaço garantido de ação, que não desvie ou irrite, mas antes lhes proporcione com tranquilidade uma boa execução. (boa com as proporções do papel). Mesmo quando o testemunho leva o próprio, ou outros, a uma situação de catástrofe, a catástrofe não deve sobrevir nem no momento, nem para o processo jurídico como sistema. (LUHMANN, 1980, p. 74).

No caso das partes não profissionais, o procedimento judicial é organizado para apreender a sua personalidade de um modo mais amplo, quem faz

34 Art. 448 do Código de Processo Penal Art. 448. São impedidos de servir no mesmo Conselho: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

I – marido e mulher; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

II – ascendente e descendente; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

III – sogro e genro ou nora; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

IV – irmãos e cunhados, durante o cunhadio; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

V – tio e sobrinho; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

VI – padrasto, madrasta ou enteado. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

§ 1º O mesmo impedimento ocorrerá em relação às pessoas que mantenham união estável reconhecida como entidade familiar. [Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008](#)

§ 2º Aplicar-se-á aos jurados o disposto sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades dos juízes togados. [Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008](#)

35 Código de Processo Penal, art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;

36 Código de Processo Penal, art. 95. Poderão ser opostas as exceções de:

I - suspeição;

auto-declarações livremente, está tão livre que suas declarações comprometem a sua própria personalidade, mas podem ser vistas como forma de apreensão da verdade ou como uso da mentira. Esse compromisso das partes, em sua individualidade, no procedimento é parte da tese da legitimação pelo procedimento, em que os desdobramentos não serão aqui explorados em detalhes.

Esse comprometimento da personalidade ocorre logo no início do processo com as qualificações das partes e por meio das livres declarações realizadas por eles. Vejam o artigo 41 do Código de Processo Penal, entre outros³⁷.

A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, **a qualificação do acusado** ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Isso acontece igualmente em relação às testemunhas especialmente nos artigos 202 e seguintes do Código de Processo Penal³⁸. É claro também no direito de permanecer calado e na não exigência de dizer a verdade reconhecidos aos réus, por exemplo. Essa liberdade faz com que cada declaração possa ser admitida como a verdade, revelação da personalidade do réu, de sua capacidade delitiva ou mesmo da inveracidade de suas declarações colhidas no seus depoimentos quando confrontadas com outros meios de prova produzidos no processo.

CF., Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de **permanecer calado**, sendo-lhe assegurada a assistência

37 Código de Processo Penal: artigos 185 a 191 que tratam do interrogatório do acusado.

38 Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha.

Art.203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

Art.204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.

Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos.

Art. 205. Se ocorrer dúvida sobre a identidade da testemunha, o juiz procederá à verificação pelos meios ao seu alcance, podendo, entretanto, tomar-lhe o depoimento desde logo.

Art.206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

da família e de advogado;

A diferenciação dos papéis para as partes está presente de forma que o réu deve se preocupar especialmente com os fatos imputados a ele e quais são as suas oportunidades de falar no processo. Essas oportunidades são definidas de acordo com o papel criado no processo. O réu não pode ser visto apenas como um médico, um papel social de mais ampla credibilidade. Isso especialmente nos artigos 185 a 191, que tratam do interrogatório do acusado, do Código de Processo Penal.

É importante ressaltar, neste processo de diferenciação e autonomia do procedimento judicial, que a “verdade” é admitida funcionalmente também, não como uma finalidade a ser alcançada; e que “a livre apreciação das provas”, problemas também criticados na decisão estudada, são observadas como instrumentos de criação da congruência básica funcional do direito.

As regras do procedimento sobre a distribuição do ônus da prova fazem as decisões serem consideradas como resultado da construção de fundamentos dentro do sistema procedimental. Um procedimento diferenciado, que não repete as concepções amplas, do meio social, sobre a prova. Isso mostra que, mesmo a verdade e prova, temas ainda bastantes caros para o sistema social, se diferenciam e se submetem a regras próprias do procedimento. Por isso, elas também ajudam na caracterização da autonomia e diferenciação do procedimento judicial dentro do modelo de direito positivado e da sociedade complexa.

Quanto à verdade, em sua função de diminuir a complexidade, ela não é vista como o propósito do procedimento, como busca de uma correspondência entre as falas no processo e um mundo exterior.

Os depoimentos da parte também são reduções da complexidade. Como foi referido, isso ocorre mais em decorrência do princípio da livre declaração do que como uma expressão de “verdade” como representação. Afinal, toda as declarações podem ser utilizadas como fatos comprovados para a construção da história própria do procedimento.

Além da verdade, o procedimento utiliza outros meios como forma de se

produzir uma certeza intersubjetiva, o poder também tem essa função. Tanto o poder, quanto a verdade, exerce a função de reduzir a complexidade. Não se admite que a separação dos papéis sociais, a autonomia do procedimento, tenham o propósito de se alcançar ou produzir a verdade, mas de reduzir a complexidade de modo intersubjetivo, do mesmo modo que a decisão e o poder.

Nenhum procedimento por prescindir de verdade nesta função específica; doutra forma perder-se-ia num poço sem fundo de possibilidades sempre diferentes. Determinadas observações e determinadas conclusões têm de ser garantidas como obrigatórias. Há sempre um sentido que não pode ser negado sem tirar aquela relevância social à própria opinião e sem que se sacrifique a possibilidade de intervenção, e um dos resultados essenciais do método comunicativo em muitos procedimentos consistem em agrupar de tal forma o sentido confirmado que se torna diminuto o espaço de manobra. Está igualmente fora de dúvida que, tanto hoje como anteriormente, verdades com esse sentido específico não são suficientes para resolver todos os problemas com uma absoluta certeza intersubjetiva. Por isso, uma teoria do procedimento necessita dum ponto de vista mais abstrato de relação funcional que inclua o mecanismo da verdade, mas que não se esgote nele. É natural que para isso se apóie na função da verdade e, partindo dela, se procurem outros mecanismos de transmissão funcionalmente equivalentes de complexidade mais reduzida. (LUHMANN, 1980, p. 26)

Assim, seguindo a coerência da pesquisa da funcionalidade do direito antes apontada, o trabalho não quer verificar os meios de se alcançar a verdade, mas verificar os meios que colocam a autonomia do procedimento que podem ser identificados na decisão analisada. Por isso, também se deve destacar que a preocupação do trabalho não se alinha com a ideia de que o procedimento tem a função de produzir decisões justas, até porque a dogmática não solucionou o problema das decisões injustas que se tornam definitivas. Ainda que em ambos, na verdade e na justiça, não se pode questionar a sua força, mas não se pode dar uma resposta satisfatória diante da produção de decisões definitivas que contrariem tanto a verdade, quanto a justiça.

Os estudos sobre teoria do direito que o seu “interesse recai mais sobre os momentos formais e estruturais, centrando-se, na filosofia do direito mais estritamente no conteúdo” (Kaufmann 2002, p. 36)³⁹. Assim, ainda que não se

³⁹ Para uma crítica mais aprofundada sobre a possibilidade de tratamento de valores pela teoria do

reconheça a possibilidade de uma forma sem conteúdo, a preocupação é a forma e a estrutura da relação, pouco se debate os aspectos funcionais e suas consequências para o que se quer destacar neste trabalho, a autonomia e diferenciação do procedimento como sistema social especial de comunicação.

Aceita-se, assim, que o procedimento é considerado um meio, não de transformar as premissas da decisão em verdadeiras ou em premissas justas, mas nele, no procedimento, é possível se encontrar meios de justificar a decisão. (LUHMANN, 1980), ainda que aqui não se defenda, como já foi dito, a legitimação de toda e qualquer decisão que resulte do procedimento, especialmente considerando outros sistemas sociais, como a política, a justiça social etc.

Ainda que não seja expressamente tematizada explicitamente a autonomia, entendemos que a dogmática reconhece essa e a diferenciação do procedimento e isso acontece, por exemplo, na utilização do conhecimento de áreas especializadas não jurídicas na prova dos fatos. Essas áreas especializadas não são aplicadas e utilizadas de forma simples e direta. Ao contrário, gera espanto para aqueles que estão menos acostumados com os poderes do juiz⁴⁰ na apreciação das provas. Os poderes do julgador, em nome da autonomia, podem até contrariar o resultado de perícias apresentadas. Basta pensar nos casos de exames psicotécnicos, como o caso de candidatos que são considerados inaptos e que, garantidos por medidas judiciais de cognição precária, como no caso de liminares em mandado de segurança, são autorizados pelo poder judiciário a tomarem posse e a exercerem funções públicas bastante complexas, que podem colocar em risco até a vida de pessoas, como no caso de policiais.

Em relação à decisão analisada nesta pesquisa, temos o já referido caso da propriedade do imóvel que para o direito de propriedade, a teoria do direito exige, em regra, a formalização de uma escritura pública, caso contrário, não se comprova a propriedade, apenas posse, salvo, claro, os casos de usucapião.

O juiz pode, portanto, apresentar outros argumentos que fundamentam a

direito ver: FEITOSA, Enoque. Ética e direito: acerca da (suposta) existência de valores prévios e superiores na forma jurídica. In: **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. OLIVEIRA, Luciano; FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena. Recife: Editora Universitária UFPE, 2012, p. 25-42.

40 AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidinei. **Poderes do juiz e tutela jurisdicional**. Coleção Atlas de Processo Civil. Carlos Alberto Carmona (coord.). São Paulo: Atlas, 2006.

prova dos fatos, o acertamento dos fatos, por exemplo, dispensando os laudos e pareceres técnicos. Percebe-se, assim, a autonomia do papel do juiz diante da própria força de convencimento que a ciência tem na sociedade contemporânea. O procedimento judicial se separa do sistema social de comunicação e do sistema da ciência. E, com isso, se confirma a realização da função do direito.

Os argumentos apresentados na decisão judicial chegam a contrariar os conhecimentos tecnológicos das mais desenvolvidas e diversas áreas científicas, porque os argumentos do juiz estão apoiados na ideia de um juiz capaz de identificar os fatos indicados nas normas jurídicas e com base nas comunicações, participações, realizadas no sistema do procedimento, não em outras formas de aquisição de conhecimento.

A aceitação dos fatos e sua aceitação na decisão estão, portanto, apoiados no procedimento e se distingue dos sistemas sociais, dando maior importância para a independência dos julgados nos processos judiciais, até maior que a ciência.

A tradição processual costuma tratar essa situação do poder das decisões produzidas em um processo por princípios de orientação tradicional como “o que não está nos autos, não está no mundo”. Essa é uma forma de garantir o isolamento causal no procedimento, mas não implica o isolamento cognitivo, tal como propõe a teoria dos sistemas. Neste modo de situação, o processo judicial autônomo contribui para a efetivação da função do direito apontada pela teoria sociológica aqui usada como fundamentação teórica, os fatos, as formas de comprovação desses fatos, são determinados por regras do sistema do procedimento.

A pesquisa não defende que toda e qualquer decisão proferida nos processos judiciais estão legitimadas de *per si*, independente de qualquer outra informação externa ao processo, mas que existem elementos processuais determinantes para a efetivação da função do direito e que todos os elementos que entram para a formação da decisão ou questionem esta decisão devem entrar no sistema processual. Isso será mais detalhado a partir do “fechamento operativo”, os elementos do sistema e da “abertura cognitiva” que os sistemas sociais diferenciados utilizam para operar.

Seguindo este caminho de exposição da relação entre procedimento e sociedade, a função do direito e a formação de um sistema social autônomo por meio do processo judicial, pretende-se identificar os meios que foram utilizados para efetivar esta autonomia e suas consequências para o desempenho da função do direito no processo na decisão estudada. Por exemplo, a diferenciação dos papéis de acusado, réu, tal como proposto pela teoria sociológica do direito, pode ser identificada na decisão estudada? Como ela ajuda na efetivação da função do direito? Neste propósito se tentará identificar que meios foram usados para diferenciar o papel de acusado dos demais papéis sociais desempenhados pelo indivíduo condenado e quais as repercussões para a efetivação da função do direito.

Pode-se admitir que a decisão judicial se torne independente das relações sociais, aliás, é isso que se espera. Por exemplo, não se admite que um pastor evangélico ofereça ao juiz um exorcismo como forma de garantir a verdade de sua própria fala. O juiz deve apreciar os fatos e provas sem considerar a pessoa que realiza a prova. O réu também não pode trazer para o processo, como prova de sua inocência, os números de diminuição da miséria durante seu governo.

Um outro fator considerado importante para a “legitimação” da decisão judicial é um princípio estruturador do processo judicial, a imparcialidade do juiz. Isso já foi referido anteriormente quando se falou da institucionalização do ato de institucionalizar, o modo de determinação da orientação social congruente de um modo geral e produção do consenso suposto. Por isso, o julgador não pode se comprometer com nenhuma das partes por meio de outro papel que não seja o do juiz que considera apenas as provas produzidas no processo e as leis, o direito e do procedimento, para a produção da decisão.

Quais as respostas, a decisão apresenta a essa situação que parece condicionar a autonomia do sistema procedimental?

A teoria sociológica faz referências a outros pontos de partida que serão necessários para analisar a decisão objeto de estudo. Entre eles indicamos a ideia de “sistema de sentido” e suas especificações, “redução da complexidade”, “positivação do direito”, “diferença⁴¹ entre sistema e ambiente” e “comunicação”.

41 A diferença oferece a possibilidade de ser contemplada como unidade, como *imitas multiplex*. De certo modo, a diferença mantém unido o diferente; por isso denominamos de diferença, por oposição

Isso quer dizer que, o processo, ao se aceitar que ele forma um sistema social especial, também cria um tempo especial, uma história própria e trata de matérias próprias. E a comunicação são os meios considerados de produzir todos esses sentidos no procedimento.

Por exemplo, a complexidade decorrente das diversidades de tempos dos diversos sistemas sociais diferenciados e do tempo abstrato presente na sociedade em geral também são confrontados e tornados congruentes no sistema do procedimento. Que definir uma história própria do procedimento.

As comunicações, participações, envolvem as partes, as compromete, fazendo com que a sua história seja considerada parte criadora da história do próprio processo judicial. As orientações de sentido temporal e social são identificadas nesse sistema autônomo.

Além disso, seguindo ainda as perspectivas da teoria sociológica do direito, parte-se da premissa de que o direito que será estudado é um direito caracterizado pela positivação. Isso quer dizer que todo direito, para a teoria sociológica, é posto e se sustenta em uma decisão, não depende de fatores/decisões fundadas de modo exterior ao próprio direito. O processo em geral reafirma esta posição a partir de uma conhecida afirmação: *Quod non est in actis non est in mundo*.

Então, a moral universal, os saberes particulares do juiz, as relações sociais das partes, seus papéis sociais diferentes do papel de réu/acusador, não devem ser consideradas na decisão estudada, pois o que é válido no mundo precisa ser introduzido no processo. (LUHMANN, I, 1983, p. 178), sendo o processo é o modo de produzir uma decisão.

A conquista decisiva reside, então, na institucionalização do

ao diferente. Na medida em que a diferenciação se reconduz a um princípio único (por exemplo a hierarquia), se pode interpretar a unidade do sistema a partir do princípio de construção da sua diferenciação. Mediante a diferenciação, o sistema ganha em sistematização, e, além de sua mera identidade (na sua diferenciação mediante o outro), ganha uma segunda constituição de sua unidade (em seu diferenciar-se de si mesmo). O sistema pode alcançar sua unidade com a primazia de uma determinada forma de diferenciação, por exemplo, como igualdade de seus subsistemas, como simples série, como hierarquia, como diferença entre centro e periferia, como diferenciação de sistemas de função. (LUHMANN, 2016.)

procedimento judicial – sistema de interação de tipo especial, cuja função consiste em determinar a decisão de uma situação em aberto, em absorver a incerteza e dessa forma substituir a luta arcaica pelo direito por um processo que apresenta mais alternativas e possibilita opções fundamentais. (LUHMANN, 1983, p. 2007)

Esse desconhecimento do conteúdo da decisão tem desdobramentos para o processo, ao esperar qualquer decisão resta às partes atuarem com o propósito de influir na decisão, daí seu envolvimento com o processo. Essa concepção leva as partes a colaborarem com o processo, produzirem provas, argumentarem com base no direito, produzirem afirmações que as comprometem com o resultado do processo e isso pode acontecer sem até mesmo que elas tenham consciência.

Reafirma-se, portanto, que esta aproximação do objeto direito quer estudar o processo judicial a partir da consciência da relação entre direito e sociedade, a partir das contribuições do pensamento sociológico. Numa tentativa de contribuir com o pensamento dogmático. Não se nega, claro, por óbvio, a importância dos estudos das normas jurídicas, tal como fez Hans Kelsen e o pensamento dogmático em geral o faz, mas em tempos de debates sobre virada linguística, pós-modernidade, complexidade social etc. parece apropriado um estudo do processo com o propósito de contribuir com conhecimento sobre a realidade jurídica e a sua implicação nas sociedades complexas, conectadas, da contemporaneidade.

O trabalho não quer seguir a preocupação de destacar a visão do juiz na solução dos problemas, nem na posição tática dos advogados, mas, ainda assim, contribuir com o conhecimento sobre o direito.

desde o começo e característica de SAVIGNY a exigência de uma combinação dos métodos “históricos” e “sistemático”, referindo-se aquele à formação de cada lei dentro de uma certa situação histórica e propondo-se este compreender a totalidade das normas e dos institutos jurídicos subjacentes como um todo englobante. Na obra de maturidade, SAVIGNY liberta-se da estrita vinculação ao teor literal da lei defendida no seu escrito de juventude, em favor de uma consideração mais vigorosa do fim da lei e do nexos de significações fornecidas pela global intuição do instituto. (LARENZ, p. 18)

Não se pode, com isso, pensar que Hans Kelsen, por exemplo, faz apenas comentários às expressões linguísticas do texto da norma, nem se pode pensar que ele tenha uma visão restrita da norma, sem consciência das relações desta norma com o comportamento humano. Nada mais distante disso. Kelsen constrói um importante e sofisticado instrumento teórico e científico para a compreensão e conhecimento do funcionamento do direito moderno positivado. Ele elaborou um instrumental complexo que produz um conhecimento importante para a compreensão das mais diversas relações entre normas e para a aplicação do direito.

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações interhumanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas (KELSEN, 2006, p. 79)

Existiram e existem tentativas de englobar elementos sociais no estudo do direito, mesmo que de um modo fragmentário, quando, por exemplo, a dogmática utiliza o conceito de interesse. A “jurisprudência dos interesses” foi uma dessas tentativas, mas tais pesquisas são ou foram realizadas sem uma explicação teórica deste elemento sociologizante do direito. O conceito de interesse tem claramente esse sentido sociológico, mas não chega ao direito com uma base teórica abrangente.

A ligação entre JHERING e a jurisprudência dos interesses – ligação a que o próprio HECK faz várias vezes referência – torna-se nítida quando se lê em HECK que o “cerne da disputa metodológica” reside na “acção do Direito” sobre a vida, tal como ela se realiza nas decisões judiciais”. Enquanto a “orientação anterior, a jurisprudência dos conceitos”, limita o juiz “à subsunção lógica da matéria de facto nos conceitos jurídicos”, a jurisprudência dos interesses tende, ao invés, para o “primado da indagação da vida e da valoração da vida”. LARENZA, p. 64)

E este trabalho quer usar essa categoria fundamentação teórica capaz de englobar o sistema processual autônomo e específico e o seu ambiente, a sociedade em geral.

Afinal “o direito não é avistado apenas nos textos legais ou especificamente nas relações de poder, mas de forma bem mais abrangente, nas relações sociais como um todo”. (ALMEIDA, 2019)

Ademais, a sociologia tem feitos estudos que não contribuem de modo direto para o pensamento técnico da dogmática da decisão. Ainda que tais pesquisas contribuam indiretamente para o aprimoramento da efetividade do direito por meio de propostas legislativas que utilizem o resultado dessas pesquisas sociológicas.

Por exemplo, pesquisar quais as camadas sociais com mais representação nas carreiras jurídicas traz conhecimento sobre a realidade jurídica, pode ajudar a compreender porque determinadas prisões são mais facilmente decretadas e outras mais facilmente revogadas, mas as informações são utilizadas de modo indireto pela técnica dogmática. Tais conhecimentos são necessários e importantes, porém aqui não se admite que eles contribuam diretamente para o conhecimento técnico do direito positivado.

E o presente estudo quer sim contribuir com conhecimentos sobre algumas tecnologias utilizadas pela dogmática jurídica para a efetivação, realização da função do direito.

É a orientação temporal que faz com que o futuro se torne controlável, asseguram que as expectativas normativas podem ser mantidas. Isso será evidenciado quando o trabalho tratar das duas espécies de expectativas, normativa e cognitiva. O direito apresenta expectativas normativas que podem ser mantidas em um futuro comum, diferente das outras modalidades sociais de manutenção das expectativas.

Feitas essas considerações é necessário pontuar especificamente mais alguns traços do procedimento que fazem com que o procedimento se diferencie e se torne autônomo.

4.1 Autonomia e diferenciação do procedimento

As duas principais características do procedimento são a diferenciação e a autonomia do mesmo diante do sistema social. Isso quer dizer que o procedimento cria instrumentos próprios que não correspondem ao que se desenvolve no meio social para que a decisão seja capaz de desempenha a função de produzir a congruência entre os três âmbitos de sentido já referidas.

Também logo aqui é preciso deixar claro que

Ao contrário de muitos juristas, por “sistemas” não entendemos uma interconexão de determinadas regras, mas uma interconexão de operações factuais, que, como ações de comunicação operacionais, devem ser comunicações, independentemente do que essas comunicações afirmem com respeito ao direito. Ora, isso significa: não buscamos o ponto de partida nem na norma, nem na tipologia dos valores, mas na distinção entre sistema e ambiente (LUHMANN, 2016, I)

Esse é um ponto relevante, o sistema é formado por elementos que são formados a partir de comunicações, logo isso quer dizer que os elementos do sistemas não são as normas, não são os fatos, mas as operações que o sistema realiza. Esses elementos são operações internas ao sistema, que se conectam recursivamente e são efetivadas pela forma comunicação, no meio sentido.

Não se quer utilizar a teoria dos sistemas de Luhmann para defender o isolamento do sistema jurídico, especialmente, no que diz respeito ao elemento fático que sofrerá a incidência das normas, pois se reconhece que os dados não normativos da realidade fática são transpostos para a decisão judicial, para o sistema do direito, ainda que de modo discursivo ou narrativo pelos argumentos apresentados pelo julgador.

Ao contrário do ritualismo, como já foi dito, o procedimento judicial se mantém aberto a uma decisão final que não pode ter um resultado previsível, as

duas opções devem se manter abertas, condenar ou absolver, um “sim” ou “não” produzidos no sistema procedimental.

A necessidade de diferenciação, como também já foi dito, é decorrente do aumento da complexidade social, isso muda a condição do criminoso, por exemplo. Antes expulso da sociedade por colocar em risco toda a estrutura social, o delinquente passou ser considerado, mesmo com a condição de criminoso, como pertencente à mesma sociedade e não mais precisa ser necessariamente expulso do grupo social. Essa compreensão pode ser identificada nas defesas dos direitos humanos, são considerados direitos fundamentais inalienáveis que limitam a atuação do poder contra qualquer ser humano, pela simples condição de ser humano.

A sociedade passou a poder conviver com a afirmação do direito e do não direito. O código do sistema do direito, legal e ilegal, é tratado por um sistema interno da sociedade. Alguém ser processado, em razão de uma multa de trânsito, não significa a sua desmoralização enquanto membro da sociedade. Essa codificação, legal/ilegal, portanto, precisa ser reconhecida como específica do direito e não mais como um código aplicável pelo sistema social amplo.

Por meio do processo de diferenciação, o direito foi obrigado a tornar-se complexo para ser capaz de lidar com as diversas morais existentes no meio social. Isso está ligado ao que já foi várias vezes referido, a formação de diversos sistemas sociais, o desaparecimento de um único sistema capaz de determinar, tal como foi referido para o parentesco, todas as orientações no grupo social. O direito precisou diferenciar-se para que assumisse a função de estabelecer a congruências nas dimensões básicas de sentido.

Um direito amplamente independente da religião e da casa do senhor, construído a partir e para o processo jurídico pressupõe, como é comprado pela história das antigas cidades-estados, em um primado social do centro funcional da política. Essa é a condição para a grande produção jurídica e principalmente para aquelas construções jurídicas artificiais, mas muito oportunas para a relação entre as pessoas e para os procedimentos processuais, que caracterizam o direito romano. (LUHMANN, 1983, p. 204)

Com o desenvolvimento de centros políticos não mais vinculados ao parentesco aparece a oportunidade de relações que demandam um procedimento jurídico. Além desses centros políticos e da formação de procedimentos, Luhmann aponta a forma hierárquica de dominação, que faz surgir a separação entre “superior” e “inferior”, divisão de tarefas em razão do status; entre outras diferenciações ocorrida dentro da própria sociedade. Com essas mudanças se permite que as frustrações sejam levadas ao caminho jurídico de soluções.

A conquista definitiva reside, então, na institucionalização do procedimento judicial – sistemas de interação de tipo especial, cuja função consiste em determinar a decisão de uma situação em aberto, em absorver a incerteza e dessa forma substituir a luta arcaica pelo direito por um processo que apresenta mais alternativas e possibilita opções fundamentais. O desenvolvimento do direito realiza-se através do desenvolvimento de complexos sistemas processuais. (LUHMANN, 1983, p. 207)

Para que isso acontecesse foi preciso a centralização do poder político, a identificação de um terceiro mais forte que os participantes, e seus grupos familiares, e pudesse se valer de um convencimento livre⁴².

Esses procedimentos para alcançar a sua diferenciação precisam de

(a) a especificação do sistema de interação no sentido da preparação de uma decisão jurídica prescritiva, a partir de critérios fixos de antemão, no lugar da tarefa genérica da arbitragem levando em consideração todas as circunstâncias relevantes; (b) a *neutralização da personalidade individual do juiz* (suas preferências e relações pessoais, suas lembranças e seus conhecimentos) enquanto fato de decisão; (c) *não consideração das reações do público*, enquanto condição ou empecilho à execução das decisões; e, finalmente, (e) a *separação entre tribunal e processo* (LUHMANN, 1983, p. 208)

42 “Talvez por causa desses detalhes nebulosos é que, em um segundo momento, parte da doutrina se enebriou com certas teorias argumentativas e com uma vulgata da ponderação — o que provocou um verdadeiro estado de natureza interpretativo —, tornando necessário, então, que os juristas críticos começassem a elaborar críticas aos diversos voluntarismos. Dito de outro modo, a crítica do Direito não poderia ser uma crítica fora de ordem. Tão grave é essa questão que, passados os 30 anos, quase 31, ainda há forte resistência à tese de que os juízes não possuem livre convencimento. O CPC de 2015 — por minha direta intervenção no Parlamento — expungiu a palavra “livre” e, mesmo assim, parcela considerável dos processualistas continua a sustentar o livre convencimento. Circunstância esta que também se faz presente na própria Suprema Corte, conforme é possível verificar no comentário ao julgamento do caso da AP 470.” (STRECK, 2020)

É apenas com esse desenvolvimento que o poder da argumentação passa a substituir a força e os riscos de uma disputa física. Essa argumentação no procedimento é mantida também pela necessidade de busca e preservação por uma ordem social que seja mantida no futuro, após o procedimento, a disputa. O que não era permitido com as lutas corporais. São preservados em nome da convivência valores sociais mais amplos de convivência, que passam a ser reconhecidos até para os comportamentos divergentes. Essa diferenciação culmina com a transformação de que o direito no processo é transformado em simples afirmação que será controlada por normas. Fazendo-se assim a diferenciação do procedimento como o ambiente em que o direito será determinado por uma decisão.

4.1.1 Autonomia do sistema processual

A autonomia⁴³ vai ser observada nos três âmbitos de sentido já referidas, isso implica que o procedimento precisa de um tempo próprio para construir as suas decisões, o sistema social tem que reconhecer isso. É o eterno problema da demora para as decisões judiciais⁴⁴, mas é neste tempo que o procedimento irá aplicar os seus mecanismos de seleção e critérios de decisão.

É claro que operações sociais demandam tempo. Ainda que a comunicação individual dure apenas um breve instante, ou até menos do que isso, esvanecendo-se no momento em que é invocada, ela tem de ser definida no tempo mediante rede recursiva, isto é, referir-se por comunicação já transcorrida e para possibilidades de conexões futuras. Nessa medida, toda comunicação vincula tempo, já que ela determina de que estado de sistema tem de partir a comunicação seguinte. (LUHMANN, 2016, (I) 168)

As escolhas de ações dentro do procedimento são marcas da autonomia do mesmo, a parte tem liberdade de escolher as formas de participar e encaminhar o procedimento, chega a ter opção de determinar o pedido, a consequência jurídica

43 Deve ficar claro que a autonomia do procedimento não é absoluta (CARDOZO, 2004)

44 AMADOR, Clarice Pacheco. **O Problema da Morosidade no Judiciário**. Appris, 2016.

pretendida.

Pelo aspecto do âmbito material de sentido a autonomia do procedimento é caracterizada pela permanência das regras do procedimento, mesmo diante de erros que ocorram em um procedimento individual. A alteração dessas etapas ou a ocorrência de erros não modificam imediatamente o procedimento instituído. Ademais, o procedimento não determina todo o sentido das normas, nem as normas que serão utilizadas na decisão, isso fornece uma margem de manobra para a mesma. (LUHMANN, 1980, p. 62).

Na dimensão social, uma das condições de autonomia do procedimento como sistema de comunicação autônomo é a função de criação das normas, das premissas da decisão, seja atribuída a poderes diferentes daqueles que aplicam o direito no caso concreto. A teoria da separação dos poderes. A autonomia implica, que no procedimento judicial, quem cria a norma não seja o mesmo a determinar a existência ou a veracidade dos fatos sobre os quais haverá a aplicação do direito, daquelas normas. A verificação da veracidade dos fatos, ou não, só poderá acontecer dentro do processo judicial, por meio das disputas e estruturas a ele reconhecidas.

Em decorrência dessa verificação da veracidade no processo, os participantes se responsabilizam pela escolha dos fatos que serão alegados e provados. O que ocorre também tendo em consideração as normas que pretendem ser aplicadas. Essa relação mútua entre normas e fatos é tratada como parte da metodologia do direito, mas não com o propósito de destacar a autonomia do procedimento. Isso pode ser reconhecido também nas orientações de aplicação do direito ao caso concreto:

Mas não estamos com isto a mover-nos em círculo? Para poder apreciar juridicamente a situação de facto, tal como se verificou, o julgador tem de a reconduzir à forma de um enunciado, em que reconha tudo aquilo (e só aquilo) que se possa ser relevante para a apreciação jurídica. O que é relevante para a apreciação jurídica resulta das normas jurídicas potencialmente aplicáveis à situação de facto. O julgador parte, portanto, da situação de facto que lhe é relatada, examina quais as normas jurídicas que lhe são potencialmente aplicáveis, complementa em seguida a situação de facto atendendo às previsões destas proposições jurídicas que ele,

por seu turno, concretiza de novo – sempre que essas normas não permitam sem qualquer dificuldade uma subsunção -, atendendo a essas consequências, tais como aqui se deparam. A situação de facto como enunciado só obtém a sua formulação definitiva quando se tomam em atenção as normas jurídicas em conformidade com as quais haja de ser apreciada; mas estas, por sua vez, serão escolhidas e, sempre que tal seja exigido, concretizadas, atendendo à situação de facto em apreço. Só se trataria aqui de um círculo lógico vicioso se o julgador tivesse introduzido algo na situação de facto enquanto enunciado que não encontrasse corroboração alguma na situação de facto verificada, ou quando tivesse “distorcido” a proposição jurídica de modo a permitir a consequência desejada pelo julgador. Tanto uma como outra coisa seriam inadmissíveis. ENGISCH fala de um “ir e vir da perspectiva entre a premissa maior e a situação fáctica da vida”. SCHEURLE, de uma “interpretação entre os actos de constatação dos factos e os de qualificação jurídica”. Trata-se, mais uma vez, do processo que já conhecemos, de esclarecimento recíproco, de uma forma de manifestação do “círculo hermenêutico”. O “ir e vir da perspectiva” entre a situação de facto e a proposição jurídica não deve conceber-se como se o observador mudasse apenas a direcção do seu olhar, mas trata-se antes de um processo de pensamento em cujo decurso a “situação de facto em bruto” será conformada enquanto situação de facto acabada (como enunciado) e o texto da norma (como que a norma em estado bruto), na norma suficientemente concretizada para a apreciação desta situação de facto. (LARENZ, 1997, p. 395)

Essa separação, o modo como o tema é abordado pela metodologia jurídica reforça ainda um modo específico do procedimento tornar-se autônomo. O que também é reforçado pela separação entre “questão de fato” e “questão de direito”. O procedimento não pode estabelecer, criar o direito, mas tem liberdade de determinar os fatos relevantes. Esses fatos são estabelecidos por vários meios, seja com a ajuda do “ir e vir de perspectivas” sem cair em um círculo lógico vicioso, tal como defendido por LARENZ, seja com a utilização de vários outros meios de prova específicos dos procedimentos judiciais, e seus modos de apreciação, como as provas testemunhais, o depoimento das partes e os pareceres técnicos.

Isso faz com que o sistema do procedimento fique mais protegido contra as influências do seu ambiente. Aqui se está podendo identificar o fechamento operativo e abertura cognitiva do sistema do procedimento. São as estruturas, métodos jurídicos específicos que realizam a demonstração dos fatos, tudo conduzindo para a autonomia do procedimento e também fazendo com que o procedimento fique protegido

O acertamento dos fatos são acertados processos judiciais específicos,

não de modo amplo e previamente, faz com que se desenvolva a preocupação metodológica no direito e a consequente autonomia do procedimento.

O direito não é mais uma luta – nem uma luta entre *topoi* e argumentos – e tornou-se uma ordem abstratamente regulada. Os artifícios do jurista, e mesmo as imagens construtivas da dogmática, não são partes integrantes imanentes do direito. Esse se reduz a axiomas que vigem. (LUHMANN, 1983, p. 214)

Esse raciocínio feito em relação ao acerto dos fatos também pode ser levado aos desdobramentos para métodos especificamente jurídicos de interpretação das normas. Isso ocorrendo por meio da hermenêutica, a quem Tércio Sampaio trata como função hermenêutica da dogmática jurídica e para os dois outros aspectos do pensamento jurídico dogmático, as construções analíticas por meio das normas, como já citado, e as construções sistemáticas e conceituais também.

Esta última observação serve para negar que a autonomia do procedimento decorre exclusivamente do âmbito dos fatos, mas tem certamente influência do pensamento jurídico, da ciência ou metódica jurídicas, em suas retóricas estratégicas/práticas.

Como disse, a autonomia não pode ser considerada total, nem isolamento do procedimento, mas como diz LUHMANN a autonomia precisa ser assegurada, caso contrário, “suas funções serão desempenhadas por outras instituições” (1980, p. 64).

Para Tércio Sampaio Ferraz, a autonomia e a diferenciação do direito é alcançada por meio das construções de sistemas classificatórios, o que para esta pesquisa não corresponde com a leitura feita em Luhmann.

essa autonomia e diferenciação é implementada pela Dogmática na construção de sistemas classificatórios dicotômicos, os quais correspondem a procedimentos analíticos. Entendemos por análise um procedimento que, de um lado, se refere a um processo de decomposição, em que se parte de um todo separando-o e especificando-o nas suas partes. O método analítico é, nesse sentido, um exame discursivo que procede por distinções, classificações,

sistematizações. De outro lado, análise significa resolução ou solução regressiva, consistindo em estabelecer uma cadeia de proposições a partir de uma proposição que, por suposição, resolve o problema posto, remontando às condições da solução. O método analítico serve-se de procedimentos lógicos, como a dedução, a indução e, no caso do Direito, sobretudo a analogia. (FERRAZ JÚNIOR, 2015)

No centro desta pesquisa estão a autonomia e a diferenciação do procedimento, mas é possível se reconhecer para a dogmática processual mais um nível de abstração que facilita a decidibilidade dos conflitos e que pode contribuir para a realização da congruência das expectativas. Sem negar, portanto, que as construções da dogmática resultam de um processo de abstração, tal como já referido acima, produzindo um distanciamento ainda maior do direito. Essa abstração é que torna as construções da dogmática “uma ordem abstratamente regulada” e o direito apenas “axiomas que vigem”.

Para o procedimento como sistema social especial autônomo e diferenciado de comunicação são as decisões seletivas dos dos participantes no procedimento fazem com que ocorra a redução da complexidade, a incerteza seja absorvida. Tal como se pretende especificar no tópico que analisa a comunicação.

A participação dos sujeitos no processo, assegurada por opções sinceras de ações, aliada às decisões obrigatórias que são produzidas dentro do próprio procedimento, faz com que todas as probabilidades sejam transformadas em uma problemática compreensível e determinável. E isso faz com que

Essas conexões de ações são compreendidas como um sistema social, os procedimentos são de fato sistemas sociais que desempenham uma função específica, aprofundar uma única decisão obrigatória, por isso esses sistemas são limitados na sua duração. (LUHMANN, 1980, p. 39)

Dessa forma, o procedimento, por meio do encadeamento de seleções realizadas pelas partes, encaminha-se para o aprofundamento de uma decisão que será considerada obrigatória.

Outro ponto relevante para confirmar autonomia do procedimento judicial é que este também surge da diferença sistema/ambiente. O procedimento é

considerado um sistema que possui uma estrutura, que delimita a relação com a complexidade do ambiente, o total de possibilidades.

O sistema seleciona as possibilidades, um aspecto do mundo, que podem ser consideradas informação para este sistema, estabelecendo ainda a diferença entre interno e externo. É a estrutura do sistema que reduz a complexidade do ambiente. O sistema escolhe expectativas, fatos com relevância a partir de critérios do próprio sistema, seus elementos, suas operações. As estruturas do sistema, que são as normas gerais válidas para vários procedimentos, reduzem a complexidade. (LUHMANN, 1980)

Dito isso de modo amplo, será indicada a diferenciação relacionada aos âmbitos de sentido.

4.1.2 Diferenciação do sistema social: temporal, social e material

Diferenciação é condição para a autonomia, mas isso não pode ser confundido com isolamento. O procedimento judicial não pode ser isolado do ambiente no qual existe. A diferenciação implica a existência de estruturas que filtram acontecimentos no ambiente do sistema do procedimento, estes eventos, fatos sociais, econômicos, políticos etc. não podem produzir imediatamente um efeito no procedimento.

A diferenciação quer dizer que as informações do ambiente são orientadas a partir de regras do sistema (LUHMANN, 1980). E para que ocorra essa diferenciação são necessárias algumas condições sociais, nem todas as sociedades são capazes de desenvolver a diferenciação do sistema social do procedimento, mais uma vez se destaca a importância dada para a relação entre direito e sociedade para a compreensão das características do procedimento.

LUHMANN destaca que uma das condições para que ocorra a diferenciação é a existência de incertezas quanto ao próprio direito e aos fatos na sociedade, ou seja, essa diferenciação é produzida pela incapacidade da sociedade

alcançar um direito que não tem mais as características daquele encontrado nas sociedades indiferenciadas, onde o conteúdo da moral estava disponível a todos e era identificada por todos. A diferenciação funcional produziu uma gama quase inabarcável de morais e éticas sociais. Aqui se encontra o debate em torno da legitimidade⁴⁵ do direito que a positivação tenta resolver com a decisão e o LUHMANN propõe a legitimação.

Além das múltiplas morais, as questões em torno da realidade também são tornadas incertas nas sociedades que realizam a diferenciação do procedimento. Já foi comentado que o direito passa a ter liberdade em modificar as matérias de formas diversas e considerando as condições do momento em que a decisão é proferida. E isso ocorre em razão de questões de incertezas diante dos fatos. Veja-se o caso das pesquisas com células tronco, o aborto de fetos anencéfalos. Nesse contexto, a Corte Constitucional entrou no debate em torno do conceito de vida, o que para o direito civil já foi, por algum tempo, resolvido com o momento do nascimento. E os desdobramentos com as questões de família envolvendo vínculos sociais e afetivos, descartando até os resultados de determinações genéticas.

Somente o código, que pode produzir legalidade ou ilegalidade, mas deixa aberta essa sua própria condição, pode produzir a incerteza da qual vive o processo. Não obstante, o processo faz uso dela como meio para sua própria autopoiesis. Utiliza-a para motivar contribuições, para incentivar participações, para oferecer oportunidades (mas não resultados) e assim chamar os participantes à colaboração, isto é convocá-los para o reconhecimento, até que por fim se convertam em prisioneiros de sua própria participação, tendo poucas perspectivas de posteriormente vir a negar a legitimidade do processo. Seja qual for a situação concreta: a incerteza remanescente é o que se supõe como fator comum para a duração do processo – a incerteza é invariante única à parte o início, o final e os registros de documentos. (LUHMANN, 2016, p. 277)

Esses são debates que só ocorrem em sociedades complexas, em que os fatos, as realidades tornaram-se incertas. E isso envolve os mais variados temas. Pode-se falar ainda do caso da demarcação das terras indígenas, o marco temporal a ser considerado para a aplicação da proteção constitucional de 1988 se tornou um

⁴⁵ As discussões sobre o direito natural, as espécies de jusnaturalismos, racional por exemplo, são espécies de respostas ao problema da legitimidade. (ADEODATO, 1989)

objeto a ser determinado por decisão.

Isso parece mostrar que o direito e os próprios fatos tornaram-se incertos nas sociedades complexas e isso demanda um procedimento capaz de produzir essas certezas antes alcançadas de modo indiferenciados em fatos que feriam a honra ou as relações de parentesco sobre as quais se organizava todas as relações sociais.

Com isso, percebe-se que nem o ambiente do sistema procedimental, onde ocorrem os debates políticos movidos por interesses econômicos, de saúde pública, com repercussões no comércio, na indústria, na agricultura, nas relações internacionais etc. não conseguem produzir as certezas necessárias. O ambiente externo ao procedimento é insuficiente para criar os critérios necessários para as orientações. Daí a necessidade de que o procedimento seja demandado a produzir critérios internos de produção das decisões, de certeza quanto aos fatos e quanto ao direito.

Como meio de absorção daquelas incertezas, o procedimento passa a utilizar critérios internos. Entre esses critérios internos, alguns deles são modificações do que concorrem para a formação da história do processo. Dentre elas, a crença de que a argumentação, diante de fatos e direito incertos, passa a ser encarada como meio de produção da verdade.

O processo então passa a encarar as participações como afirmações das partes como versões dos fatos, afirmações dos fatos, não os próprios fatos. Todas elas passam a ser consideradas meras afirmações.

Por outro lado, a história da demonstração dos fatos também traz exemplos de modificações de critérios externos para critérios estritamente procedimentais, internos. “As provas de Deus” ou “juízos de deus”, um exemplo clássico de que a demonstração não dependia de fatos autorreferentes do procedimento e a demonstração de fatos de acordo com as atividades desempenhadas fora do processo. As testemunhas não podem hoje ser amigas íntimas ou inimigas das partes, os julgadores devem deixar evidenciada a sua imparcialidade etc. A prova passou a ser conquistada e efetivada como resultado de uma atividade procedimental e com a proteção da influência de outros papéis sociais

desempenhados pelos participantes, testemunhas etc.

No plano do sistema procedimental diferenciado como sistema de social de comunicação, passa a prevalecer o papel dentro do procedimento, as provas produzidas no procedimento, *Quod non est in actis non est in mundo*, é um exemplo clássico.

A diferenciação e os critérios internos são percebidos na “livre apreciação da prova” tão importante para a atuação do juiz. Considera-se o juízo como o destinatário da prova. Essa é uma questão relevante e que foi bastante discutiva na decisão analisada.

Outros critérios internos são criados por esse modelo de procedimento diferenciado e podem ser identificados nas “regras de distribuição do ônus da prova” caras aos procedimentos civis e penais. Outra condição do procedimento diferenciado, com critérios internos suficientes para trazer a certeza tanto aos fatos como ao direito, são as regras procedimentais que conectam o pedido e a decisão final, exige-se uma correspondência entre denúncia e decisão. O chamado princípio da correlação

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. ESVAZIAMENTO DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA POR EXCESSO DE LINGUAGEM. ANÁLISE VERTICAL E EXAURIENTE. OMISSÃO NA PEÇA ACUSATÓRIA. CONFIGURADA A EMENDATIO LIBELLI. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA DEFESA. RÉU SE DEFENDE DOS FATOS E NÃO DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA. PROVA EMPRESTADA. LEGALIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA PRESERVADOS.

1. Esta Sexta Turma é firme na compreensão de que a superveniência de sentença condenatória esvazia a alegação de nulidade da pronúncia, por excesso de linguagem, tendo em vista a análise vertical e exauriente, submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa, que franqueou às partes o acesso a um devido processo legal substancial. Precedentes.

2. As instâncias ordinárias fixaram o entendimento no sentido de que houve apenas **uma omissão da denúncia quanto ao tipo penal** narrado da peça acusatória. Assim, modificar a conclusão do Tribunal de origem acerca da configuração da emendatio libelli, ensejaria inevitável reexame do acervo fático-probatório dos autos, providência vedada no âmbito desta Corte Superior.

3. O **princípio da correlação entre a denúncia e a sentença** condenatória representa um dos mais importantes postulados para a defesa, porquanto estabelece balizas fixas para a produção da prova, para a condução do processo e para a prolação do édito

condenatório.

4. É princípio comezinho do direito penal e processual penal que o réu se defende dos fatos narrados na inicial, e não da capitulação jurídica a eles atribuída pela acusação.

5. Contrariamente ao alegado pelo agravante, e já estatuído nas instâncias ordinárias, a questão atrai a normatividade do artigo 383 (emendatio libelli) e não do artigo 384 (mutatio libelli) do Código de Processo Penal, razão pela qual mostra-se despicienda a abertura de prazo para a manifestação da defesa, tendo em conta que o réu se defende dos fatos narrados na incoativa, e não da capitulação jurídica ofertada pelo Parquet.

6. A jurisprudência é firme na compreensão de que admite-se, como elemento de convicção, a prova produzida em outro processo, desde que a parte a quem a prova desfavorece houver participado do processo em que ela foi produzida, resguardando-se, assim, o contraditório, e, por consequência, o devido processo legal substancial. Assim, produzida e realizada a prova em consonância com os preceitos legais, não há falar em decreto de nulidade.

7. Agravo regimental desprovido

(Documento: 1566411 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 15/02/2017 Página 1 de 4 Superior Tribunal de Justiça) Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1566411&num_registro=201400390712&data=20170215&formato=PDF Acesso em: 18 de jun. 2020.

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. RITO COMUM ORDINÁRIO. RECAPITULAÇÃO DOS FATOS PELO MAGISTRADO. EMENDATIO LIBELLI. DESNECESSIDADE DE REABERTURA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. DENÚNCIA QUE BEM NARROU OS FATOS ENSEJADORES DA CONDENAÇÃO. (...) ORDEM DENEGADA. 1. Na concreta situação dos autos, a inicial acusatória tratou explicitamente de todos os fatos ensejadores da condenação do paciente. Fatos, todavia, que receberam do Juízo processante classificação jurídica diversa daquela efetuada pelo órgão de acusação, o que se coaduna com o art. 383 do Código de Processo Penal. Pelo que o caso é mesmo de emendatio libelli (correção da inicial) e não de mutatio libelli (alteração do próprio fato imputado ao acusado). (...) 3. Ordem indeferida. (HC 94443, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 29/06/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-01 PP-00198 RSJADV nov., 2010, p. 37-41)

Essas regras conformam a diferenciação do procedimento.

Além disso, a diferenciação é causada pela positivação do direito. O juiz precisa fundamentar sua decisão em normas positivadas, ali nas normas o julgador irá apontar os “fatos relevantes para a decisão”, qual o sentido de tais fatos, não no seu sentimento de justiça. Essa é uma descarga da complexidade também presente no procedimento.

A decisão que precisa ser fundamentada na norma positivada, precisa

livrar o julgador de influências dos demais papéis sociais que desempenha. Mais uma vez, a condição básica para a diferenciação do procedimento é a imparcialidade do julgador. As relações particulares precisam ser neutralizadas. Essa neutralização das interferências sociais amplas no julgamento também servem para produzir a certeza quanto ao direito e aos fatos levados ao procedimento. Ela é, portanto, é imprescindível para a autonomia do procedimento e da própria legitimação do mesmo, como propõe Luhmann, não são as relações sociais de justiça e verdade que devem orientar o julgador (1980).

O julgador não pode se comprometer com nenhuma das partes por meio de outro papéis que não seja o do juiz que julga considerando apenas as provas produzidas no processo.

As estruturas conformam a autonomia do procedimento, confirmam a diferenciação do procedimento como um sistema social especial de comunicação. A partir das estruturas e da comunicação efetivada no procedimento, cria-se uma história própria para ele, diferente da “história geral”.

As seleções dos participantes inauguram um passado novo. Cada ato praticado, cada comunicação, começar a contar a história do procedimento. O procedimento assim vai constrangendo, como todo passado constrange, a liberdade das participações. A história criada pelas participações não pode ser ignorada. As seleções de todas as partes, incluindo o juiz, o Ministério Público e os acusados, acabam assumindo esse lugar de determinação que o passado⁴⁶ em geral possui. (LUHMANN, 1980)

Por esta forma são construídos os sentidos e os fatos no procedimento, por meio de uma história própria. O processo judicial cria mais credibilidade para essa história por meio de institutos tradicionais como a “livre declaração das partes” e as consequências que o processo imputa a elas. A liberdade da parte faz com que a história do procedimento seja se torne fixada de uma maneira mais segura ainda.

Além disso, esse passado do procedimento é documentado (LUHMANN, 1980), as declarações são reduzidas a termo, as linguagens protocolares dos profissionais assumem ainda mais influência na determinação deste passado.

46 Referência de João Maurício Adeodato e de Hannah Arendt ao passado (ADEODATO, 1989).

As comunicações, participações dos envolvidos no processo, com todas as características da comunicação, passam a delimitar a liberdade de argumentação, de participação. As participações entram e tiram a liberdade dos envolvidos a partir da criação de uma história própria e desta autonomia do procedimento.

Essa história deve ser contada cada vez mais com menos possibilidades de liberdade, o participante deve considerar aquilo que foi comunicado e o que não foi comunicado também. Os efeitos da comunicação e suas características que ainda serão apontadas são tornada ainda mais ficas com os recursos da preclusão processual:

O instituto da preclusão decorre da própria essência da atividade processual; processo, etimologicamente, significa “marcha adiante”, e, sendo assim, não teria sentido admitir-se que a vontade das partes pudesse, a qualquer momento, provocar o retrocesso a etapas já vencidas no curso procedimental; daí a perda, extinção ou consumação das faculdades concedidas às partes, sempre que não for observada a oportunidade legal para a prática de determinado ato ou, ainda, por haver o interessado realizado ato incompatível com o outro (GRINOVER, 2006)

Em matéria processual o instituto da preclusão é menos intenso que no processo civil em que predomina o princípio dispositivo, mas, por outro lado, as etapas do processo, apresentação da denúncia, defesa prévia, a instrução em geral, as regras que estruturam a comunicação em vários procedimentos fazem com que os participantes também sincronizem a história que está sendo criada. (LUHMANN, 1980).

Além disso, no aspecto social, o procedimento é apresentado aos participantes com um papel social que irão desempenhar. Isso acontece por várias razões, uma delas é a proposta do direito produzir as decisões a partir das normas postas e considerando a separação, racional, das vinculações sociais que uma sociedade complexa demanda. Na ausência daquela moral natural das sociedades arcaicas é preciso aceitar que as normas positivadas serão o critério base da decisão.

Isso engloba todos os participantes, o juiz que não pode decidir apenas

com base em seu sentimento de justiça. Isso o alivia do dever de buscar a moral mais aceita pela sociedade. O juiz é considerado um terceiro desinteressado que aplica o direito profissionalmente, impessoalmente. E os outros participantes também são levados a atuar em papéis sociais específicos no procedimento. O réu em um litígio que envolva o cumprimento de um contrato de compra e venda não precisa destacar o seu papel de vizinho que respeita a convivência social. No procedimento, serão abertas oportunidades dele se pronunciar como autor ou réu, serão determinadas os momentos de se comunicar etc., mas, sim, existe uma diferenciação e uma autonomia do procedimento diante dos demais papéis sociais que as partes, sejam elas profissionais ou não, que participam do procedimento.

A preparação dos papéis singulares no processo, entendido como processo de comunicação, faz uma separação de papéis entre o processo jurídico e o seu ambiente. Uma diferença entre o processo jurídico e a sociedade no âmbito dos papéis. (LUHMANN, 1980)

A autonomia e a diferenciação têm, portanto, condicionantes sociais específicos e prozús reflexos importantes para a compreensão da decisão e do procedimento. Uma das condicionantes é que as decisões devem buscar fundamentos não em um sentimento de justiça ou em uma moral geral, válida para todos, a decisão deve estar fundamentada recursivamente em outras normas, que também foram postas pelo procedimento. Esse juiz deve proteger a atuação no papel de julgador das influências que podem surgir de outros papéis desempenhados por ele. O papel de julgador é autônomo, fundado em um poder político, capaz de impor as decisões, não mais necessitando do apoio de uma platéia.

A concepção normativa e material do juiz, determinante da decisão, torna-se a referência das autoprojeções morais das partes, o objeto da audiência, o objetivo do trabalho em comum no sentido da redução da complexidade e admissão de incertezas. (LUHMANN, 1983, i, p. 212)

Por outro lado, os participantes do procedimento assumem um papel também específico, ainda que não atue impessoalmente como se espera do

jugador. O papel de participante, seja ele réu ou o Ministério Público, está determinado pelas normas estruturantes do procedimento. Existe, portanto, uma autonomia do procedimento neste sentido também.

Além disso, a orientação material e temporal são diferenciadas daquelas que ocorrem no meio social amplo, no ambiente do sistema especial do procedimento. A orientação material é especialmente determinada pelas normas de direito material, a relevância dos fatos que irão produzir efeitos jurídicos são determinados por normas programas condicionantes no modelo “se, então” antes referido.

O direito é transformado em programas decisórios. Os programas condicionais permitem que as partes não utilizem mais as suas frustrações, mas parâmetros normativos mais abstratos (LUHMANN, 1983, p. 214)

E em relação à orientação temporal, o procedimento estabelece a sua própria história, com início e fim. Uma história que ao se desenvolver limita a atuação das partes e cria um passado capaz de adquirir a característica da imutabilidade inerente a todo passado.

E, ainda em relação à orientação temporal, o procedimento deve incentivar as participações e ele faz isso com a marca da promessa de decidir o conflito, o que ele faz de um modo específico, mantendo a decisão sempre em aberto.

O sistema jurídico dispõe de possibilidades para adiar as decisões e operar durante algum tempo na incerteza. (Cap. 7) Aproveita esse horizonte temporal, uma vez que o futuro se visualiza sempre como algo incerto, para produzir e obter, por sua vez, a incerteza em vista da qual se poderá chegar a uma decisão (que ainda não pode ser determinada). De maneira que, de resto, é bastante semelhante ao âmbito cognitivo no sistema científico, trata-se de uma incerteza autoproduzida, já que não se duvida do mundo em si: põe-se em dúvida unicamente a atribuição dos valores do código como algo que no momento ainda não ficou claro (LUHMANN, 2016, p. 237)

Essa capacidade de manutenção das incertezas de modo controlado pelo procedimento pede que se fale sobre o modo com as partes contribuem para a construção da decisão. A seguir serão feitos comentários sobre a comunicação no

procedimento.

4.2 O procedimento judicial como procedimento de comunicação

O procedimento, como foi dito anteriormente, não é um ritual, nele não estão determinadas todas as reações possíveis das partes. O procedimento não é um gesto que impulsiona as suas etapas seguintes, o procedimento é impulsionado por “decisões seletivas dos participantes” (LUHMANN, 1980). E para compreender os efeitos das decisões seletivas dos participantes é preciso compreender a comunicação como sua forma básica de selecionar o sentido.

A recursividade dos atos praticados no procedimento também é para compreender o procedimento, como sistema especial de comunicação social, e para a compreensão do sentido jurídico que está presente nas decisões seletivas. Para tratar desse tema serão observados aqui as seleções realizadas pelas participações no procedimento tendo a comunicação como referência.

O procedimento é um instrumento de canalizar as comunicações praticadas pelos participantes e que se concluem com a produção da decisão no processo judicial.

A ideia de diálogo remete, além de outras coisas, às expectativas de expectativas, à compreensão da orientação temporal disposta pelo próprio procedimento e também contribui para a autonomia do procedimento, pois um diálogo que se desenvolve como um sistema social de produção de sentido. No caso procedimento, um sentido determinado pelo direito, e que não se confunde com o tempo do sistema social.

O procedimento, como já referido anteriormente, é visto como uma espécie de sistema social, formado basicamente por meio da comunicação, que apresenta uma estrutura, que contribui para a efetivação da função do direito, aquela já citada, criar decisões, normas, expectativas contrafáticas capazes de tornar congruentes os sentidos material, social e temporal.

Toda comunicación que realiza una afirmación jurídica o plantea una defensa frente a dicha afirmación es una operación interna del sistema jurídico, incluso si se produce como consecuencia de una disputa entre vecinos, un accidente de tráfico, una acción policial o cualquier suceso. Resulta suficiente con que se le asigne a la comunicación un lugar dentro del sistema, lo cual ya la ha sucedido gracias al uso del código legal/ilegal. (LUHMANN, 2007, p. 108)

As afirmações, que fazem parte do diálogo realizado no procedimento, aos selecionarem a informação, são aceitas como fato, esquecendo-se que as afirmações são resultado de vários não. Dentre as várias formas possíveis de comunicar, um agente fez uma escolha, seleciona uma entre várias delas e esta é aceita como um fato, não como uma seleção. Essas seleções são documentadas no procedimento criando assim a orientação temporal, social e matéria.

Isso quer dizer que o processo, ao se aceitar que ele forma um sistema social especial, também cria um tempo especial, uma história própria e uma matéria própria, com sentido construído pelo sistema do direito.

Aquelas seleções, portanto, envolvem as partes, as compromete, fazendo com que a sua história seja considerada parte criadora da história do próprio processo judicial. Dois efeitos básicos decorrem daí, as partes são levadas a aceitar a decisão, por ter ajudado a formar a essa história, e essa história é vista como sendo formada também por fatos com uma história, um passado que adquire a força da incontestabilidade do passado.

A compreensão da comunicação como marca do procedimento tem consequências importantes para a compreensão da função que a teoria sociológica atribui ao direito, mas isso não é percebido de forma direta porque

'Los hombres no pueden comunicar... ni siquiera la conciencia puede comunicar. Sólo la comunicación puede comunicar'. Son frases como éstas las que dejan ver a muchos a la teoría de luhmanniana como escándalo. Un escándalo que no sólo tiene lugar debido a que tal vez aquí se exploran insólitos caminos teóricos o porque aquí alguien sencillamente piense distinto a lo que el sentido común de nuestra disciplina sugiere, a pesar de que pueda interpretarse de una forma distinta. No, el escándalo consiste en que en esta afirmación se cuestiona uno de los supuestos más evidentes e com ello también a auto-comprensión fundamental de la modernidad como cultura, en la

que el Yo es em grande medida el señor del hogar. El hecho de que no el hombre, sino exclusivamente la comunicación puede comunicar, como asimismo el rechazo absoluto de LUHMANN del concepto de hombre como concepto susceptible de ser teorizado... (NASSEHI, 2007, p. 45)

A comunicação, portanto, só pode ser ativada por comunicação, não pelo ego. O indivíduo tem que utilizar de comunicação para produzir mais comunicação. Com isso se percebe que o sistema do procedimento processa sentido por meio da comunicação e que a comunicação é recursiva, ela precisa recorrer a uma comunicação anterior. E isso está no procedimento também.

Mais abaixo trataremos especificamente da comunicação e do sentido. Tanto um, quanto outra operam no sistema do procedimento e no sistema psíquico, é a comunicação a forma comum a ambos os sistemas. É, por meio da comunicação, que, tanto o sistema do procedimento, quanto o sistema psíquico, realizam as suas operações internas, criam elementos do sistema (fechamento operativo), e realizam a abertura cognitiva.

Como já se disse, o procedimento não responde a impulsos diretos do seu meio, são necessárias informações, comunicações, determinadas pelo sistema para que ele opere.

4.3 Certeza da decisão

Já fizemos alguns comentários sobre a certeza da decisão no procedimento judicial do direito positivado. Todos os processos, mesmo que não sejam capazes de encerrar o conflito real a ele submetido, garantem às partes que se chegará a uma decisão. Isso é estudando também de forma já tradicional para os teóricos do direito por meio da ideia de proibição de *non liquet* e é considerado causa de muitas construções abstratas da dogmática do procedimento e em geral

A questão é tipicamente de decidibilidade. Ao envolver uma questão

de decidibilidade, a Dogmática jurídica manifesta-se como um pensamento tecnológico. Este possui algumas características do pensamento científico *stricto sensu*, na medida em que parte das mesmas premissas que este. No entanto, seus problemas têm uma relevância prática – possibilitar decisões –, o que exige uma interrupção na possibilidade de indagação das ciências em geral, no sentido de que a tecnologia fixa seus pontos de partida e problematiza apenas a sua aplicabilidade na solução de conflitos. (FERRAZ JÚNIOR, 2015)

Aquela certeza da decisão também contribui para a autonomia do procedimento e faz com que aqueles que ocupam os papéis de partes no procedimento se comprometam cada vez mais com o próprio procedimento, ajudando, assim, o direito na realização de sua função.

A certeza da decisão, a proibição do *non liquet*, ao lado da incerteza do conteúdo da decisão, fazem as partes manterem as esperanças, ter as expectativas favoráveis, até o resultado final.

Os participantes, em razão da certeza de produção de uma decisão vinculante, são levados a atuar no procedimento, essa atuação também os compromete com o resultado, como já foi dito, e, por isso, passa-se a aceitar que a verdade é construída em colaboração entre as partes.

Durante o andamento do processo, as participações já realizadas são consideradas como problematizáveis, não são vistas como decisões imutáveis, elas são observadas no procedimento a partir da ideia de “memória”.

Essas participações criam o passado, mas deixam em aberto a consciência de que a memória é um ato de exclusão, de seleção. A partir das atuações das partes é considerado tudo aquilo que foi excluído com as participações das mesmas. Até a conclusão da decisão final que considera o procedimento como um sistema de produção da decisão.

Para o procedimento autônomo de comunicação as partes são levadas a atuar como colaboradoras da construção da verdade. Todos atuam com a mais ampla liberdade, o réu especialmente com o reconhecimento da possibilidade de dizer a verdade ou não, com o propósito de contribuir com a decisão e diante da incerteza do resultado.

Esse fator da incerteza da decisão e a liberdade de auto declarações do réu, levam, por exemplo as provas produzidas no procedimento serem consideradas como provas do procedimento, não exclusiva da parte que a produziu. E o contraditório é considerado como condição essencial para a construção da verdade em cooperação.

5. FECHAMENTO OPERATIVO E PRODUÇÃO DE SENTIDO NO DIREITO.

5.1 Sistema de sentido: o fechamento operativo.

Como foi dito anteriormente, o procedimento é um sistema de produção de sentido que opera com a comunicação, uma forma comum tanto aos sistemas sociais quanto ao sistema psíquico. Para melhor desenharmos a importância do sentido para a autonomia e diferenciação do sistema trataremos especificamente desse aspecto aqui.

O sentido extrapola a teoria dos sistemas sociais e o debate sobre os procedimentos judiciais, pois se refere, como já foi dito, também aos sistemas psíquicos e sociais, o primeiro operando com a consciência e o segundo com a comunicação.

As contribuições sobre o sentido, são, portanto, trazidas para cá, porque se admite que um sentido jurídico é construído no procedimento, assim como o sentido é construído pelos sistemas psíquicos e sociais. Então aqui serão tratados dos aspectos gerais sobre a construção do sentido, pois ele respeita todas as condicionantes do trabalho.

O sentido, que opera nas três sistemas referidos, tem a característica básica de carregar um excedente de referências, algo é posto no centro do sentido, mas sempre existe indicação de um horizonte para um “e-assim-por-diante” do vivenciar e do agir.

Na compreensão de um sentido permanece a atualidade do mundo como acessibilidade, uma remissão que leva ao próximo passo de seleção de sentido. O que marca, portanto, o sentido é que

a forma do sentido, mediante sua estrutura remissiva, força o próximo passo à seleção. Essa inevitabilidade da seleção penetra na consciência de sentido e, para os sistemas sociais, na comunicação sobre o que faz sentido, de modo que a pura facticidade da realização atual da vida não pode fornecer à consciência, nem à comunicação, uma garantia final para ocorrer a conexão (LUHMANN, 2016)

Isso quer dizer que o sentido apresenta uma complexidade elevada (a complexidade do mundo), que fica disponível aos sistemas psíquicos, sociais como o procedimento. Cada identificação de sentido é autorreferencial e é percebida como seleção.

Assim, as remissões de sentido aparecem em um ponto final como “mundo”, este adquire a mesmas características de ser inevitável e inegável, ao se tentar negar o mundo, acaba-se ampliando o mesmo. O mundo que produz o sentido é percebido como um horizonte. Essa relação entre sentido e mundo também pode levar a uma percepção de que “o mundo é acessível em todas as partes, em qualquer detalhamento, em qualquer ponto na escala do concreto ao abstrato”. O mundo é a unidade de todas as possibilidades de sentido.

Luhmann desloca o sentido da ação, tal como se referiu Weber e a subjetividade, para o sistema e o considera como o meio mais geral para a constituição de formas utilizadas pelos sistemas psíquicos e sociais como o procedimento judicial.

Trata-se aqui do sentido como meio do sistema social, ou melhor, como concebe Luhmann, para se superar a pergunta “pelo sentido do sentido”, deve-se traçar uma distinção entre meio e forma. Sentido é o meio, como a luz, posto não ser observável, a não ser que incida em uma forma distinguível. Dessa maneira, é um meio universal, presente em todos os sistemas sociais, e, novamente, como a luz que traz à observação só o que ilumina, só o que é preenchido de sentido para os sistemas faz parte de sua rede operativa. O sentido determina o horizonte operativo dos sistemas sociais; traça uma linha fronteira entre sentido/não sentido, entre compreendido/não compreendido. (RODRIGUES e NEVES, 2017, p. 46)

É o mundo, (por exemplo o *Unwelt* proposto por Karl Mannheim), que recebe, como um horizonte amplo, como o ambiente dos sistemas sociais como o procedimento, os efeitos das construções das dimensões de sentido, material, social e temporal. Isso é feito com intermédio mais uma vez da ideia de diferença, aquele núcleo de sentido e seu horizonte de possibilidades são identificados por meio de uma diferença. Cada uma das dimensões de sentido atualiza a diferença de dois horizontes, cada uma é, portanto, respectivamente, uma diferença que é diferenciada em relação às outras diferenças utilizadas por outras dimensões.

A “dimensão material”, por exemplo, refere-se a todos os objetos de **intenção** constituída de sentido (em sistemas psíquicos) ou **temas**⁴⁷ de comunicação constituídos de sentido (em sistemas sociais, como o procedimento). Em ambos se apresentam a produção do sentido por meio da relação entre aquilo que é posto no centro e das demais possibilidades. Nesta dimensão predomina a diferença básica entre o “interior e o exterior”, partindo-se de algo ainda indeterminado e podendo ser ampliada até os limites da cognição (LUHMANN, 2016). Com essas referências de horizonte fica patente a relação da produção de sentido com a fenomenologia de Edmund Husserl.

A “dimensão temporal” é constituída pelo fato de que a diferença entre “antes” e “depois”, a qual pode ser

experimentada imediatamente em todas as ocorrências, é referida a horizontes particulares, mais especificamente, ela é estendida para o passado e para o futuro. O tempo desprende-se, assim, da ligação com o imediatamente experimentável; ele deixa também, aos poucos, sua atribuição à diferença entre o presente e o ausente, tornando-se uma dimensão independente que **acaba ordenando somente o quando** e não mais o quem/ o quê/onde/ como do **vivenciar e do agir**. O tempo torna-se neutro em relação ao presente e ao ausente, e o ausente pode, então, ser concebido como simultâneo, sem que se considere o tempo que se precisa para alcançá-lo. E, desse modo, torna-se, então, possível uma medida unificada e unificante de tempo, e, na semântica temporal, também se pode, então, separar as sequências pontuais de tempo das relações passado-presente-futuro e relacionar aquelas sequências com essas relações (LUHMANN, 2016, p. 100)

A dimensão temporal de sentido, portanto, cria uma referência objetiva de sentido em que o foco, a partir da diferença do “antes” e “depois”, é um quando que desenvolve o sentido no e assim sucessivamente. Admitindo, deste modo, uma existência com uma indiferença diante de “quem” fez, “como” fez, “onde” fez. O tempo, tornar-se, desta maneira, referência de um sentido objetivo, de modo amplo para os acontecimentos do ambiente, e de um modo estrito e específico para os elementos do sistema do procedimento, para a história que o procedimento cria. Nisso, como já foi dito, segundo LUHMANN, existe a necessidade de que os juristas

47 Quando o trabalho tratar da comunicação se fará referência mais específica ao tema.

práticos saibam manusear dois tempos simultaneamente, os dos acontecimentos do ambiente do sistema procedimental, que relatados pelas partes, pelas testemunhas e demais meios de provas, os comprometem, como quer Luhmann, ou são medidas pela coerência como a própria decisão faz referência. E são esses aspectos, amplos e estritos dos âmbitos de sentido, que este trabalho também pretende identificar ao analisar a decisão escolhida. Tanto no sentido temporal, quanto no sentido material e no sentido social. As construções abstratas da dogmática, do procedimento, e as construções amplas, referidas ao ambiente.

A “dimensão social”, por sua vez, faz referência ao que se supõe como seu igual, como “alter ego”, e articula a relevância dessa suposição para cada experiência de mundo e fixação de sentido. A marca, portanto, do social é que toda produção de sentido do “ego” deve ter ciência do outro, do “alter ego”, os horizontes marcantes desta dimensão social. Isso quer dizer também que o âmbito de sentido social não pode ser reduzido à consciência de um sujeito apenas, mesmo no sistema psíquico ou no sistema social do procedimento essa diferença se faz presente. No caso do procedimento, a figura do juiz deve considerar o consenso subentendido, o instituído.

Ambos, a consciência e os sistemas sociais, processam a complexidade sob a forma de sentido, inclusive em suas relações entre sistema e ambiente. Para o sistema que processa o sentido, o ambiente também é apresentado pelo sentido. Os limites, portanto, entre sistema e ambiente também é uma difetrença de sentido, entre sentido interior ou exterior que estatuída pelo sistema.

Além disso, o sentido remete sempre ao sentido, mesmo a negação de sentido também tem sentido. Com isso, porém, não se nega a existência de algo fora do sentido, o que se quer reforçar é que “tudo é acessível aos sistemas de sentido, mas somente sob a forma de sentido.” (LUHMANN, 2016, p. 85). O procedimento pode acessar a tudo, mesmo os elementos do ambiente como já foi dito, desde que seja proposto por meio de um sentido jurídico, produzido pelo próprio sistema do procedimento.

Isso tudo implica que

O direito é mantido como sistema autopoietico e operativamente fechado, de modo a garantir sua função. Evidentemente, isso não pode acontecer fazendo que todas as **condições empíricas** para uma reprodução da operação do sistema gerem a si mesmas no próprio sistema, já que isso significa incluir o mundo no sistema. Da mesma forma, o direito tem de se manter como sistema funcional determinado por estruturas, com capacidade de operação, devendo prever internamente a continuidade do cumprimento de sua própria função. “Internamente”, aqui, significa com seu próprio tipo de operação. (LUHMANN, 2016, I, p. 191)

O sentido para a teoria dos sistemas parte também, como já foi referido da diferença, já que os sistemas sociais são formados a partir dela. Essa diferença básica faz com que o sistema ganhe autonomia diante de seu ambiente. Para o direito, a diferença pode ser reconhecida no par jurídico/não-jurídico ou lícito/ilícito. Assim, o sistema ganha uma autonomia operacional que faz com que as estruturas internas do sistema, que produzem o sentido lícito/ilícito, passem a reconhecer as operações que o sistema reconhece.

Isso quer significar que o que os dados do ambiente, mesmo os dados empíricos, devem passar por um acoplamento na estrutura do sistema jurídico, o procedimento, para que possam ser admitidos como capazes de produzir efeitos jurídicos e possam adquirir legitimidade ou serem legitimados.

Para a constituição da complexidade, para a produção e conservação de “entropia negativa”, faz-se necessário, por essa razão, um intercâmbio contínuo com o ambiente – seja de energia, seja de informação. (LUHMANN, 2016)

O fechamento operativo não quer dizer, portanto, isolamento, mas quer dizer que o sistema está embasado em suas próprias operações. São essas operações que foram os elementos do sistema. E as estruturas, juntamente com esses elementos, do sistema existem apenas porque conseguem manter sua autopoiese, a autoprodução dos seus elementos. O sistema alcança, assim, uma estabilidade dinâmica, a cada operação. Isso também é proposto para o sistema de comunicação especial do procedimento. A cada criação de elemento do sistema, reativa todo o sistema, por isso que se diz que o sistema é uma máquina não trivial, ele precisa ser criada e efetivada a cada operação, criação dos elementos do

sistema.

O fechamento operativo quer dizer, portanto, que o próprio sistema constitui-se em unidade pertencente a um âmbito que é o seu ambiente, mas este é considerado existente e relevante para o sistema⁴⁸.

A intenção não é obstinarmos em afirmar o absurdo de haver direito sem sociedade, sem pessoas, sem condições físico-químicas especiais em nosso planeta. O sistema só pode produzir relações com esse ambiente com base em seus próprios esforços, e apenas na efetivação de suas próprias operações, possíveis apenas graças àquela integração recursiva que designamos como fechamento. (LUHMANN, 2016, I, p. 102)

Assim, o fechamento operativo, também em relação aos fatos trazidos ao procedimento, é necessário que eles sofram um tratamento pelo sistema jurídico, passem a poder receber um sentido do próprio sistema jurídico, o que é feito por meio de informação, comunicação. A produção de sentido no procedimento, mesmo em sua atuação autopoietica, não desconhece a interação desse sistema social especial de comunicação com o seu ambiente. E não só na relação com os dados empíricos, mas com todas as operações do sistema. Essa é uma posição que pode ser reconhecida também naquelas posturas que defendem a inexistência de fatos em bruto⁴⁹.

Aliás, as construções da dogmática processual sobre prova que tratam da coerência do discurso, a importância do contexto para a produção dos sentidos jurídicos no procedimento etc. são vastas. Isso é referido na decisão estudada especificamente com a referência a

48 A proposta de fechamento operativo, porém, não é imune a crítica, especialmente em sociedades como a nossa. Existem muitas formas de pressão do sistema jurídico pelo ambiente. Marcelo Neves propõe que existem casos de manutenção dessas operações do sistema jurídico em permanente estado de corrupção, quando o sistema não é capaz de resistir à pressão política e se mantém simulando a legalidade. Nesses casos o sistema jurídico se orienta a si mesmo apenas como instrumento de poder.

49 CATÃO, Adrualdo de Lima. **Uma Abordagem pragmática da Noção de Fato na Teoria do Direito:** a prova judicial como argumento persuasivo. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/adrualdo_de_lima_catao.pdf> Acesso em: 28 de fev. 2018.

Questões relativas à credibilidade do depoimento resolvem-se pela valoração da prova, com análise da qualidade dos depoimentos, considerando, por exemplo, densidade, consistência interna e externa, e, principalmente, com a existência ou não de prova de corroboração. (ITEM, 245)

O que se percebe, portanto, é que a decisão, e também a dogmática processual, têm consciência de que existe um âmbito interno e um âmbito externo que são utilizados para exigir uma coerência e até dar importância para as provas. Isso é uma diferenciação condizente com a proposta desta pesquisa e da diferenciação entre elementos do sistema, as operações, e a abertura cognitiva que o sistema realiza por meio da produção do sentido jurídico.

Assim, considerado a diferença básica estabelecida na formação do sistema, as operações do sistema do procedimento como sistema social especial de comunicação não decorrem da existência de um dado empírico totalmente independente do próprio sistema. Esse impõe a produção do sentido que será admitido e produzido por ele. E Luhmann defende a comunicação como instrumento básico de funcionamento do sistema.

O sentido, portanto, é o meio que está presente no lado externo da forma do sistema, no mundo complexo e em tudo o mais que forma o seu ambiente, e também no lado interno da forma, o sentido é o meio. Por isso, se deve considerar outro aspecto importante que irá confirmar as operações do sistema, a criação de seus elementos, como operações internas ao sentido. O sentido tem a característica de ser também recursivo, o sentido é produzido a partir de sentido. Da mesma forma a comunicação é recursiva, e as operações do sistema do procedimento são recursivas e também o direito em geral é recursivo, considerando a positivação do direito e o procedimento como instrumento de produção de um “consenso” institucionalizado, mesmo que suposto, tal como já foi dito no trabalho.

A pergunta inicial, sobre como operações produzem a diferença entre sistema e ambiente, exige a recursividade de reconhecer operações e, entenda-se, o pertencimento ou não desta ou daquela operação, com a exclusão das que não pertencem... exclusivamente pelas operações, que produzem ou reproduzem o sentido específico do direito. Também partimos do ponto de que essas operações devem sempre pertencer ao sistema do direito (e, claro, podem sempre ser

observadas de fora). Isso, e somente isso, é o que afirmar a tese do fechamento operativo. (LUHMANN, 2016, I, p. 56)

A produção das decisões do direito positivado são recursivas e a teoria do direito representa isso de modo bastante forte

Se uma norma é norma jurídica ou não, sua júruidicidade só pode ser determinada mediante uma observação da rede recursiva em que ela foi gerada, e isso significa: por meio da observação daquela relação de produção da expectativa que se diferencia por meio de suas operações, como um sistema. É somente por esse uso (repetido no sistema) do lado normativo do esquema normativo/cognitivo que as expectativas normativas – se forem comparadas a simples projeções, com os propósitos ou com os intentos de comunicação – obtêm alguma segurança. (LUHMANN, 2016, I, p. 183)

É de se considerar também que essa produção de sentido ocorre por meio de mecanismos específicos de cada sistema, as operações que também dependem das estruturas dos sistemas, as regras do procedimento que são válidas para todos os procedimentos, mas

O conhecimento só é possível porque (e não, apesar de que) existe encerramento operativo. Com operações de conhecimento não se pode apreender o meio... Os sistemas encerrados operacionalmente só se constituem mediante operações internas. (LUHMANN, 2009)

Ou seja, existe a utilização de mecanismos básicos que estão presentes em todos os sistemas e podem ser relacionados à concepção de uma “gramática básica” da produção do sentido. O direito, por seu lado, utiliza essa gramática básica. Seja de modo específico com as normas e os papéis, ou de modo amplo, para a produção do sentido no procedimento, use os meios de orientação material básicos: coisas, mundo, mesa etc. e outros mais que são determinados e apresentados pela norma a ser aplicada ao conflito. No caso da decisão estudada a ideia básica de “vantagem indevida” prevista em um dos tipos penais indicados na denúncia.

No procedimento essa produção de sentido pode ser identificada, portanto, na concepção de processo como conjunto de atos e etapas ordenados no

tempo. Essa orientação temporal faz com que irrefletidamente se perceba o que aconteceu no processo como algo que pode ser verificado, testado, criticado pelo responsável pela produção da decisão. E ao lado disso, a ideia de que o processo será visto como algo realizado no tempo e, portanto, imutável. Algo que, assim, como os fatos, estão estabilizados no passado. O que é apoiado por elementos internos ao sistema jurídico do processo,

Baseando-se no fechamento autopoietico, o sistema pode desenvolver abertura interna para fatos, situações e eventos do seu entorno. Dentro do sistema, os eventos que podem ser determinados pelo entorno assumem o caráter de *informação*, quer dizer, de seleções de um aspecto das diferentes possibilidades. A variedade de opções em questão é determinado, finalmente, pela autopoiesis do próprio sistema, quer dizer, pelo fechamento do sistema. Nesses termos o fechamento é condição para a própria abertura. (LUHMANN, 2018)

Neste instante, porém, é possível perceber que a preclusão ajuda na produção de sentido jurídico e pode ser considerada uma fonte de argumentos de fixação dos atos praticados no procedimento, e são, assim, apresentados na decisão.

O “princípio dispositivo”, com ampla aplicação no processo civil, ajuda na fixação da história do procedimento, ele responsabiliza as partes pelo que será debatido no processo. No processo penal o conteúdo da denúncia, o que já se referiu como correlação necessária que deve existir entre esta, em aspectos importantes, e a decisão. E além disso, a questão das preclusões, em razão da perda de oportunidade de se manifestar, a parte ajuda a fixar o sentido jurídico. Mais uma vez se verifica, portanto, que é admissível a hipótese de que existem instrumentos básicos de produção de sentido que atuam nos sistemas de modo amplo. Destacando-se aqui a orientação temporal como forma de produção do sentido jurídico e, conseqüentemente, de definição de um modo de comunicação do sistema jurídico com o ambiente.

Além disso, a orientação temporal também se apresenta na própria organização de acontecimentos, isso também já foi referido, as participações são percebidas como ocorridos no passado e a apresentação de uma ordenação dos

acontecimentos com base nas etapas do procedimento, sua estrutura, faz com que isso seja visto como uma fonte de argumentos de determinação do sentido jurídico, base para as conclusões a serem apresentadas na decisão, inclusive na fixação de fatos.

A forma tradicional de se efetivar a combinação entre fechamento operativo e abertura cognitiva, a forma do programa condicional:

Ela exige que as regras de decisão normativas (que, por sua vez, devem ser fundamentadas *apenas internamente ao sistema*) sejam formuladas de modo a tornar possível uma dedução da decisão a partir dos fatos (que, por sua vez, têm de ser determinados cognitivamente): no caso da circunstância *x*, a decisão *y* estará de acordo com a legalidade; caso contrário, não estará. (LUHMANN, 2016, I, P; 112)

Com isso é possível admitir que o sistema do direito não reconhece a seleção dos eventos do ambiente também por meio dos programas condicionais, tipo “se, então”, as normas são ligadas ao ambiente, por meio delas se realiza a abertura cognitiva com base em critérios do sistema do direito e assim se produz conhecimento sobre o ambiente.

Diante disso, é importante se ressaltar, porém, que o sentido jurídico não é considerado um instrumento de encerramento do conflito acontecido no ambiente externo ao processo. Admite-se, respeitando as fundamentações básicas apresentadas no início do trabalho, que os conflitos tratados no processo perdem apenas a sua plausibilidade jurídica. Um modo de se encerrar a plausibilidade do conflito jurídico em torno da liberdade que ainda não foi totalmente legitimada pelo encerramento de todas as vias recursais, é o que aconteceu em relação à decisão julgada e a prisão decorrente de decisão produzida em segunda instância e as normas constitucionais sobre o “trânsito em julgado”.

No âmbito de sentido social, por outro lado, a produção de sentido mais uma vez ocorre com base nas instituições e nos papéis sociais. A orientação por meio dos papéis serve para as sociedades complexas visto que não podemos manter relações individualizadas com todas as pessoas com quem nos encontramos.

Isso é adequado para o modelo de produção de sentido que acontece no processo. As testemunhas e as partes, ao serem qualificadas, identificando-se, também, os papéis sociais desempenhados por tais indivíduos. Desse modo, o julgador poderá servir-se desse papel social para, por exemplo, acreditar no depoimento prestado em juízo. E no processo são apresentados argumentos com base nos papéis sociais.

Além desse uso da orientação social como modo de produção de sentido por meio de informações não pertencentes ao sistema jurídico como é o caso das profissões das partes, o próprio processo, como já foi dito, desenha papéis específicos para os participantes desse sistema de comunicação especial. As partes são tratadas como autor e réu, papéis dos quais se estabelecem expectativas de ações e reações e confirmam o entendimento que o processo pode ser considerado um jogo de ação e reação com limites de jogadas possíveis que se encerrarão em um determinado momento criando, desse modo a impressão de que elas ajudaram na construção ou esclarecimento da verdade apresentada na decisão.

Essa também é a explicação apresentada por Joachim Hruschka para a construção do caso jurídico. Para este autor, as partes, ao participarem do processo dialético de construção dos casos, se comprometem com a decisão. Passam a aceitar que a decisão resulta das versões que foram fixadas no procedimento e delimitadas pela contraposição da outra parte.

O terceiro e último âmbito de sentido, também já tratado anteriormente, é o sentido em seus aspectos materiais, objetivos ou comportamentais, por meio deste, são trazidas para o sistema, as experiências. Esse âmbito material reconhece que nenhuma experiência, nem mesmo a individual, pode prescindir da existência do mundo como horizonte de experiência, um horizonte de sentido específico como o mundo. As experiências precisam ser completadas para que sejam compreendidas, O sentido é percebido também com referências às experiências no mundo. Tanto aquelas experiências também são realizadas, como já foi dito, no meio do sentido, e o mundo é o horizonte de sentido onde essas experiências acontecem.

Tércio Sampaio Ferraz reconhece que

o mundo, isto é, o lugar da experiência humana, passa a ser encarado pelo homem como um problema, ou conjunto de problemas, que atuam sobre o homem motivando-o. Problemas têm uma capacidade de mobilizar uma série de soluções. Afinal, enquanto questões abertas, eles passam a exigir do homem uma atividade específica. Ora, se o homem planeja e decide, isso o leva a uma situação ambígua: de um lado, nota-se a relação tornada meramente pragmática do homem com o mundo, pois aquele, vendo neste apenas um problema, transforma a sua ação basicamente em decisão, ou seja, numa opção hipotética que deve modificar-se de acordo com os resultados e cuja validade (FERRAZ JÚNIOR, 2015)

Essa mudança aqui é percebida que o “mundo” é um horizonte de sentido do qual não se pode sair, nem imaginar qualquer sentido fora dele. Assim, no âmbito material/prático, o sentido é construído com base naquela “gramática básica” que, a partir das diferenciação, “interno/externo”, antes referida, fazem com que o sentido seja admitido dentro do sistema do procedimento por intermédio das comunicações ocorridas no sistema e condicionadas pelo próprio sistema do direito.

A teoria dos sistemas, assim, considera que os sistemas sociais são “fechados operativamente”, mas “abertos cognitivamente”, uma construção que parte da ideia da autopoieses dos sistemas vivos. A vida não pode subsistir sem a abertura ao ambiente, seja para receber energia ou se utilizar dos substratos empíricos.

O sistema exige, como condição básica de existência, uma diferença dele com o seu meio. Uma noção óbvia. Por isso, o fundamento de existência e compreensão dos sistemas é uma diferença. Daí porque também, a produção do sentido no procedimento, o fechamento operativo e a abertura cognitiva, não partem do pressuposto de uma subjetividade que irá estabelecer uma relação com o meio, mas a diferença entre sistema e ambiente. Essa diferença é condição de possibilidade para a produção de sentido no sistema do procedimento judicial.

O sistema se fecha operativamente para o ambiente. Isso que dizer que apenas as informações admitidas pelo próprio sistema podem dar início a operações dentro do sistema jurídica, criar os elementos do sistema. E esse fechando não se confunde com isolamento do ambiente, o sistema sofre influência do ambiente, mas, para isso acontecer, o sistema precisa reconhecer algo do ambiente como capaz de produzir uma modificação no sistema.

No sistema do procedimento judicial, as estruturas que limitam as comunicações, filtram as informações, selecionam as partes do ambiente em sua abertura cognitiva, são identificadas, por exemplo, nas condições da denúncia, da queixa ou da petição inicial. Elas devem relatar fatos que se enquadrem em tipos jurídicos descritos em normas previamente estabelecidas no sistema do direito para que a decisão final seja proferida. O sentido deve ser produzido por meio da referência a uma expectativa normativa. Esse é um dos constrangimentos que o sistema do direito apresenta. Código de Processo Penal,

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
(Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - for manifestamente inepta; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Parágrafo único. (Revogado). (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Assim, conclui-se que o sistema do direito é autopoietico, produz sentido a partir de suas próprias estruturas, sem que cada uma das causas, fatos sociais, partes do ambiente do sistema, produza um efeito imediato no sistema. Caso contrário haveria apenas ambiente, sem sistema. Essa produção do sentido é feita por meio da abertura cognitiva do sistema que irá caracterizar as informações próprias que o sistema reconhecerá e será capaz de produzir mais operações internas ao sistema.

A decisão estudada, a partir desta concepção de sistema autopoietico, será o resultado de uma produção de sentido pelo direito que estará submetida a constrangimentos do sistema e das condições de autonomia e diferenciação do procedimento, tal como já foi feito referência.

Aceptar que el sistem tiene un carácter autorreferencial y cerrado conlleva una noción completamente diferente de los límites del sistema. Éstos não se definen a nivel institucional, sino a nivel operativo. Como se hace evidente a los ojos de un observador sociológico, los límites del sistema son definidos por el propio sistema jurídico com la ayuda de una referencia recursiva de sus operaciones

a los resultados de (o propuestas de) las operaciones del mismo sistema. (LUHMANN, 2007, p. 108)

É isso que se espera encontrar na decisão analisada, uma decisão produzida em uma sociedade altamente complexa, a partir de um direito positivado, para identificar as estruturas e as operações que criaram os elementos do sistema do direito e levaram à produção de um sentido jurídico. Assim, a partir de estruturas como as que estabelecem as condições da denúncia ou o princípio da correlação entre acusação e sentença, pretende-se identificar os modos “como” o sistema do procedimento atuou, de modo operativamente fechado e cognitivamente aberto, para que a função do direito, “como” se realizou as construções de expectativas congruentes entre os três âmbitos de sentidos básicos. E, desse modo, contribuíram a efetivação da função do direito. Isso feito considerando as formas básicas de produção de sentido e os meios abstratos da dogmática, que são desenvolvidos a partir das estruturas do sistema do procedimento judicial, um sistema de comunicação especial de produção de sentido jurídico.

Lembra-se que o sentido é um recurso semelhante à comunicação, o sentido sempre está presente, não se pode alcançar a compreensão do não sentido. O mundo humano é necessariamente um mundo necessariamente com sentido. Já que, ao modo do sentido, a intenção de “não comunicar” é uma comunicação ainda. O não ter sentido precisa ser referido a um sentido.

Essas condições do sentido são importantes para operação do sistema do procedimento judicial. Diante do silêncio do acusado, a advertência é de que aquele silêncio poderá ser interpretado pelo julgador.

A autonomia, como se tentou mostrar, não implica isolamento⁵⁰ do sistema jurídico, fechamento operativo não implica isolamento causal, abertura cognitiva não implica correspondência entre ambiente e sistema, demanda uma seleção realizada pelo próprio sistema.

O próximo tópico quer especificar as marcas da comunicação que já foram referidas e são indispensáveis para a produção do sentido jurídico, o

⁵⁰ Vale referir que a leitura de isolamento dos sistemas luhmanianos deve ser feita apenas como funcional, ou seja, não significa que não haja comunicação entre os sistemas, significa que o sistema só compreende sua própria linguagem.

fechamento operativo, a diferenciação e autonomia do sistema do procedimento e a efetivação da função do direito indicada.

5.2 Comunicação

Para a aceitação do que o procedimento judicial forma um sistema especial de produção de sentido é imprescindível compreender o papel da comunicação, como uma forma de produção de sentido, uma seleção, um modo de diminuição da complexidade e se relacionar com a contingência que está presente na relação sensorial do ser humano com o ambiente.

Se partirmos do conceito de sentido, fica primeiramente claro que comunicação é sempre um acontecimento seletivo. Sentido não deixa outra escolha senão escolher. A comunicação opta por *algo* do atual horizonte referencial constituído já por ela mesma, e deixa outra coisa de lado. Comunicação é processamento de seleção (LUHMANN, 2016, p. 164)

O ato de comunicar envolve, portanto, seleção entre várias opções possíveis, mas esse acontecimento seletivo não é percebido como uma seleção. O ato de comunicar é aceito pelo ouvinte, ou leitor, como uma situação definida, o receptor aceita a mensagem como algo que **não** é resultado de uma entre várias opções de comunicação que o sujeito possuía. Isso também acontece no procedimento

Obtém-se a comunicação mediante uma síntese de três diferentes seleções: a) a seleção da informação; b) a seleção do ato de comunicar; e c) a seleção realizada pelo ato de entender (LUHMANN, 2009, p. 297)

A seleção, portanto, está presente no três atos básicos que compreendem toda e qualquer comunicação, mas o foco da comunicação é posto no ato de entender. Relacionando essas seleções à decisão estudada e a importância dado ao

ato de compreender, também como seleção, destaca-se o papel do juiz, o juiz que exerce um papel específico que dirige o procedimento e efetiva a função do direito. Ele dirige o procedimento de institucionalizar a instituição do consenso suposto. Para isso, ele deve manter a imparcialidade que permite e mantém a diferenciação social do procedimento. Ele não decide com base em suas relações sociais outras, mantidas fora do procedimento. O juiz que julga com base nas normas, decisões, previamente estabelecidas, não nos seus sentimentos de justiça, num sentimento moral geral, que não mais existe nas sociedades complexas. É apenas esse juiz imparcial que é considerado o receptor das seleções realizadas pelos participantes no procedimento.

A postura do juiz imparcial destaca e fortalece a compreensão da “livre apreciação das provas”, apenas com aquelas condicionantes, essa conquista das sociedades complexas, está justificada. A “livre apreciação das provas” e dos atos do procedimento ligadas ao sentido produzido pelo próprio sistema fazem com que as provas de deus, as provas de fogo sejam deixadas para trás, em sociedades menos complexas, em que nem mesmo o juízo jurídico era confiado ao direito, mas era deixado às instâncias de heterorreferências como a transcendentalidade e a própria moral social geral e única.

Com essas condicionantes, e apenas com elas, é possível se aceitar a importância do instituto da “delação premiada”. Apenas com aqueles limites impostos para a “livre apreciação da prova”, a importância dada à seleção realizada pelo juiz no ato de entender pode estar justificada. Caso contrário, todas as propostas do direito positivado, que se sustentam em decisões, que recorre ao procedimento como instrumento de criação social de orientação congruente, fica incoerente e acaba por se utilizar de instrumentos com heterorreferência contrários ao modelo de direito estudado.

O procedimento então, considerando que o foco da comunicação deve ser o ato de entender e as relações de recursividade dos atos de comunicação, aceita as comunicações por meio do símbolo⁵¹, mesma forma como existe a aceitação da

51 “Tal como ocorre com o dinheiro, a validade também é um símbolo sem valor intrínseco. A validade de nenhum modo remete à qualidade de uma lei, à capacidade de regulamentação de uma sentença ou contrato. Ela é isenta de qualquer ponderação qualitativa, uma vez que isso teria de conduzir a uma 'melhor' ou 'pior' validade... A validade fundamenta uma espécie de idealização do ausente”

“validade” no direito pela teoria dos sistemas. A partir do símbolo da “validade”, o procedimento cria a conexão das comunicações entre os atos dos participantes por meio da recursividade.

A comunicação não é marcada pela sua capacidade de transmissão de algo, a metáfora da transferência, mas na comunicação o transmissor não perde nada, não deixa de possuir nada,

a comunicação é uma sucessão de efeitos multiplicadores: primeiramente, um a tem, e depois, dois, e logo ela pode ser estendida a milhões, dependendo da rede comunicacional na qual se pense (LUHMANN, 2009, p. 294)

A comunicação se orienta pela premissa do que foi imediatamente compreendido, sem precisar voltar à reconstrução de todo o processo de comunicação. Assim ela absorve insegurança. Isso também ocorre no procedimento judicial. É também deste modo que o procedimento cria a sua história, por meio de seleções e participações comunicativas, a história das participações forma a história do procedimento. Como já foi dito, as participações no procedimento têm momento para a sua efetivação, a preclusão é um dos instrumentos que colaboram para a formação dessa história, tal como foi referido anteriormente na orientação temporal.

Essa característica da comunicação também está presente no direito, pois

Na comunicação humana, o emissor, ao transmitir mensagens, realiza uma seleção de possibilidades que o receptor recebe não como seleção mas como um fato, isto é, como premissa para sua própria seleção. Isso, de certo modo, alivia o receptor que pode deixar de lado a complexidade primária ou, pelo menos, encará-la em confronto com uma seleção já feita. É justamente esse alívio que é potenciado pela estrutura, na medida em que ela relaciona uma seleção a outra seleção. Por exemplo, “A” seleciona “exigir uma multa contratual”. “B” pode ou não aceitar a exigência, mas já parte do fato de que a exigência é uma expectativa de “A”. Normas que regulam a elaboração de um contrato potenciam, por sua vez, a expectativa de “A” (ou de “B”). As estruturas nascem, portanto, num processo de interações, a partir das presunções comuns (primeira seleção), que vão permitir novas seleções (seleção potenciada) (FERRAZ JÚNIOR, 2015)

Para o processo a importância da comunicação é reforçada pela escrita que separou o ato de comunicar e o ato de compreender espacialmente, temporalmente e materialmente, no sentido objetivo.

O ato central da comunicação para a teoria dos sistemas é o ato de entender a comunicação. Desse modo ela dispensa o consenso, na comunicação o mais importante é um “sim” ou um “não” do entendimento. (LUHMANN, 2009, p. 302)

O uso da comunicação também é considerado a partir de suas funções para o procedimento judicial. Aqui, nas participações no procedimento, existem igualmente as marcas da autonomia e diferenciação do procedimento diante do sistema social geral, nem todos podem comunicar, as condições temporais de comunicação são especificadas no procedimento, e as matérias tratadas pela comunicação também são específicas para o procedimento, não são as mesmas do sistema social geral.

Como já foi referido anteriormente, existem semelhanças entre a comunicação e o sentido, ambos não admitem a negação. Para se afastar da comunicação é preciso recorrer a elementos exteriores a ela. E também, assim como o sentido, a comunicação é o modo de operação comum ao sistema social e ao sistema psíquico, os dois operam com a comunicação.

Em realidade, a comunicação é tratada como unidade de três posições, são necessárias três seleções para que a comunicação se realize, a “seletividade da própria informação”, a seleção de sua “forma de participação” do outro e a “expectativa de êxito”, a expectativa de a seleção ser aceita.

O fato de a compreensão ser um aspecto indispensável da realização da comunicação tem amplo alcance significativo para o entendimento global da comunicação. Disso resulta que comunicação somente é possível como processo autorreferencial (LUHMANN, 2016, p. 167)

Assim como o sentido opera de modo autorreferencial, por meio do fechamento operativo do sistema, a comunicação só se liga a uma outra comunicação. A comunicação, tal como se percebe, também é recursiva, se baseia

na compreensão da comunicação anterior, esse é o denominado controle de compreensão da comunicação. Apenas a próxima comunicação “confirma” e “faz o controle” do que foi compreendido. Cada comunicação é garantida, confirmada e controlada, recursivamente por meio do entendimento.

É importante ressaltar, tal como as restrições já apontadas, que o indivíduo não participa da comunicação. O indivíduo humano é excessivamente específico para o tratamento de uma teoria. Os indivíduos são sempre em sua história específica, por isso, a teoria dos sistemas não se propõe a admití-los, tratá-los teoricamente. Isso não quer dizer que a teoria dos sistemas negue os indivíduos, ela nega o indivíduo como parte possível de sua teoria exatamente porque o indivíduo é sempre único. Aqui eu uso a terminologia utilizada pela teoria retórica do direito de João Maurício Adeodato, os abismos gnosiológicos e axiológicos que limitam e obrigam as generalizações nas relações entre o ser humano e a realidade, seja ela do mundo exterior ou no mundo interior, o do pensamento e das ideias.

Pode-se explicar o que aqui se compreende por **abismo gnoseológico** mediante três problemas que o compõem e que precisam ser transpostos ou ao menos tratados pela teoria do conhecimento: são as **incompatibilidades recíprocas** entre: a) evento real; b) ideia (ou “conceito”, “pensamento”); e c) expressão linguística (ou “simbólica”). Estas são as três unidades componentes do conhecimento humano, as quais não podem ser reduzidas uma à outra. (ADEODATO, 2002, p. 288)

Esse outro problema é o **abismo axiológico**, também decorrente da individualidade humana e de sua criatividade reativa e ativa diante do ambiente, das enormes diferenças entre as pessoas, que são entes reais e cujas atitudes constituem eventos reais. A cultura, em que o direito tem papel fundamental, precisa lidar com essas diferenças e tentar reduzi-las, organizá-las. (ADEODATO, 2002, p. 293)

Assim, a comunicação, em acordo com a teoria retórica do direito, não pretende tratar do indivíduo. E, além dessas limitações, a comunicação é provocada por outra comunicação em sua atividade recursiva, outra coisa não pode gerar comunicação ou entendimento. Por isso, o direito e os processos judiciais não são um meio de conhecer o réu individualmente ou considerar todos os aspectos de sua experiência social.

Garcya Amado lembra que aceitar que a sociedade é formada de

comunicação, quer dizer que os sistemas sociais constituem seus elementos, produzem comunicação mediante comunicação, mas isso não quer dizer que exista apenas comunicação na sociedade, entretanto é a comunicação que faz a distinção do sistema do ambiente (*Umwelt*). Ambiente que é formado pela vida orgânica, os sistemas psíquicos dos indivíduos, e a própria matéria. Sobre esses dados do ambiente se pode comunicar. (GARCIA AMADO, 1997)

Então destacamos que a comunicação também é um instrumento de redução da complexidade na relação entre dois indivíduos.

Outro ponto relevante é que a comunicação não deve ser confundida com a teoria da linguagem, as construções de análise das teorias do discurso, como retórica, nem com a teoria literária das narrativas. Aqui a comunicação também é utilizada numa perspectiva funcional e isso não é reconhecida por aquelas outras posturas teóricas. Aliás, a comunicação é percebida como marca diferenciadora da humanidade dos demais animais, não a linguagem que parece presente em outras espécies. Por isso, não se tem que optar entre teorias filosóficas, entre teoria Transcendental e semiologia (LUHMANN, 2016, p. 170).

A função do direito e a formação do sistema do procedimento tratam a comunicação a partir dessas condicionantes. E, seguindo essas especificidades, a comunicação não é percebida como algo que ao ser usada ela se desgasta, a comunicação pode se multiplicar infinitamente, pensemos nos exemplos das redes sociais, sem que o comunicante perca alguma coisa.

O sujeito que comunica não perde qualquer qualidade. E, com o advento da escrita e das redes sociais, a comunicação se torna mais importante, pois outros aspectos necessários para que ela se efetivasse em sociedades arcaicas, como a presença dos comunicantes, são dispensados. A presença não é condição para a comunicação. E isso tem reflexos com a ideia de orientação social e a institucionalização, a utilização de um terceiro capaz de ser usado na função de decidir. Mais uma vez se destaca a posição do papel especial do juiz.

É importante lembrar que a comunicação é compreendida como “síntese de três seleções, como unidade de informação, participação e compreensão, a comunicação só se realiza quando e na medida em que ocorre a compreensão.”

(LUHMANN, 2016)

Por outro lado, o sistema do direito e o sistema social só operam com informações que são produzidas por comunicações. As informações não se confundem com notícias, informação é a espécie de comunicação capaz de desencadear uma operação no sistema.

Uma ocorrência que seleciona estados sistêmicos. Isso só é possível com base em estruturas que limitam e preordenam as possibilidades. Portanto, informação pressupõe estrutura, mas não é ela mesma uma estrutura, somente uma ocorrência que atualiza o uso da estrutura. (LUHMANN, 2016.)

Ademais, por meio da comunicação, como já foi dito, existe uma redução da complexidade. A partir dessas características que o passado no procedimento é determinado. Aquilo que já foi posto como participação de algumas das partes no processo é aceito como algo definitivo. A parte que perde uma oportunidade não poderá reabrir as discussões. Isso é mais forte, claro, no direito processual civil que utiliza regras que valorizam mais o princípio dispositivo, diferentemente do processo penal em que o sistema de nulidade, diante da importância do bem jurídico liberdade protegido, é mais rígido.

Apresentada, assim, a comunicação como forma que atualiza o sentido, o destaque para o entendimento, que, à semelhança da produção do sentido, atua por meio da recursividade, passa-se a falar da retórica analítica. Um meio de análise do direito que pretende adequada à metodologia funcional, dado pela teoria dos sistemas e aqui utilizada, e também se adequa aos abismos gnosiológicos e axiológicos aqui referidos. Além disso, considera que os próprios resultados desta pesquisa possam vir a ser considerados para críticas e até novas análises, pois não pretende usar a verdade para constranger a própria condição do ser humano. Além disso, a retórica analítica se apresenta como adequada a uma antropologia do ser humano como um ser carente, pobre, com instintos não adaptados e que precisa recorrer às generalizações, se submete às pressões das situações retóricas em que pode estar envolvido.

6. A RETÓRICA ANALÍTICA COMO METÓDICA

6.1 A tradicional retórica persuasiva

No presente capítulo se quer apresentar a retórica analítica como metódica para análise do direito. A postura retórica, em consonância com a pesquisa funcional, pode prescindir da verdade como justificativa de suas asserções e ainda produzir conhecimento válido⁵² em torno do “objeto” direito.

Para a pesquisa funcional realizada aqui, não se nega para a verdade uma função no procedimento, como já foi dito, ela, a verdade, exerce uma função de redução da complexidade, de criação de confiança, como mais um recurso da relação entre retórica material e estratégica, o primeiro e o segundo nível da retórica, mas não se admite que a verdade seja tratada como correspondência, seja lá o que isso signifique, ainda que a verdade seja tratada pela dogmática processual como o fim do procedimento, um telos.

A verdade para a retórica e para a pesquisa funcional aqui realizada é um mecanismo social que comunica uma complexidade reduzida. Admite-se, portanto, utilizar a verdade como instrumento de constrangimento do ser humano, não o indivíduo. Aqui se coloca a verdade, tanto no procedimento como para a retórica analítica. Como diz Luhmann, para a “verdade o homem está comprometido como sujeito, como portador do sentido do mundo”. (LUHMANN, 1980). Assim, a verdade é admitida no procedimento, não como um meio de constranger o indivíduo. Mantém-se, desse modo, a importância social da verdade e da opinião social sobre ela para o procedimento. A retórica analítica de Ottmar Ballweg, não se contrapõe a este tratamento para a verdade.

João Adeodato (2011) que, em sua tese de Livre Docente, defende e explica a retórica analítica de Ballweg com o propósito de tratar a norma jurídica e os direitos subjetivos. A partir deste texto serão apresentadas as explicações sobre a retórica em um patamar de filosofia, opondo-a à concepção mais tradicional que considera a retórica apenas adorno da verdade, o que aceito inclusive pelos teóricos

⁵² A ideia de validade aqui é considerada com base na afirmativa que Aristóteles faz em sua Retórica: “é verdade o que para todos parece, se não para todos para a maioria, se não para a maioria, para a maioria dos sábios.”

do cristianismo, ou mesmo como capaz de manipular a verdade, neste aspecto ligada aos cínicos.

As observações sobre a retórica como objeto de conhecimento são associadas à disputa política e social ocorrida na antiguidade, após a queda do tirano Trasíbulo, quando aconteceu o crescimento da litigiosidade nos tribunais.

Na Grécia antiga a retórica é considerada a arte da persuasão. A partir daquelas contribuições, a retórica assume o lugar da arte de falar bem, a capacidade de levar alguém a uma opinião, mesmo sem o recurso das provas científicas. A retórica então é percebida, mesmo ser o recurso da verdade, como um procedimento persuasivo.

Aristóteles, Quintiliano e muitos outros deixaram importantes contribuições para a apresentação da retórica como meio de se alcançar o convencimento, a arte do bem dizer e convencer.

Tradicionalmente, a retórica é reconhecida, portanto, como a arte de tratamento técnico do discurso com o propósito de produzir o convencimento. Daí porque é percebido como uma técnica para se produzir eficiência, eficácia.

As relações de base dessa técnica de produzir persuasão são variadas. Isso porque pode-se admitir que a verdade precisa da retórica para embelezar o discurso. E em posição oposta negar-se de que existe qualquer realidade, o discurso pode dispor de tudo, e fazer com que a técnica de persuasão retórica seja percebido como a arte de manipular o discurso e alcançar qualquer resultado.

Essas duas radicalizações não são admitidas aqui. A realidade em que as persuasões ocorrem estão, para os fundamentos deste trabalho, sedimentadas em um ambiente social que não está completamente disponível aos emissores de discursos. Estes estão imersos em um ambiente social, a realidade, o sistema social amplo que Luhmann apresenta, que independem de um poder subjetivo isolado ou mesmo imunes aos riscos do solipsismo.

O que se reconhece como adequado ao objeto em análise, o processo não é uma construção subjetiva daquele que decide, mas uma construção de todos aqueles que participam com fundamentos na estrutura do processo criada

socialmente, institucionalmente como quer Luhmann.

Aproveito a referência ao estudo da retórica de Aristóteles para lembrar que ele inaugurou o estudo da retórica como técnica para produzir o convencimento de modo amplo e colocou o discurso jurídico como objeto, fazendo a tradicional separação entre “provas artísticas” e provas não manejáveis pela retórica, entre essas os depoimentos das testemunhas e contratos. Talvez aí, junto com o fortalecimento do método científico como modo de alcançar a verdade, que fizeram com que os estudos em torno do direito fossem realizados de modo desligado do contexto amplo do processo, o que se pretende fazer aqui é exatamente o oposto. Trazer esse contexto processual como as fontes dos argumentos⁵³.

Quem decide tem que identificar os apoios, fundamentos, fontes de suas argumentações e isso deve ser realizado no próprio processo.

Ottmar Ballweg (1991, p. 179) não se alinha a essa perspectiva de arte de persuadir e subdivide a retórica em três níveis e coloca a **retórica analítica** ou metódica, que é percebida como um segundo nível de linguagem, capaz de analisar a própria linguagem das duas outras retóricas indicadas por Ballweg. Esse nível, portanto, está diferenciado de outros dois níveis, a **retórica prática** e da **material**. Essas retóricas se submetem, cada uma a constrangimentos específicos.

Dito isso, passa-se ao tratamento da retórica como metódica. Já foi dito que a arte de convencer é uma concepção da retórica que é aceita para o bem e para o mal, mas é aceita. Contra aqueles que se opoem a retórica, Aristóteles argumenta que mesmo os conhecimentos da medicina podem ser usados para fins negativos. Daí porque ele defende a utilidade do estudo sobre a retórica.

53 Alessandro Giuliani apresenta outra justificativa para essa forma de abordagem do tema da construção dos fatos na modernidade. Ele situa a diferença entre fato como objeto quantificável o fator que fez com que o debate em torno da prova deixasse de ser visto como um argumento, mas como um cálculo e se desdobrasse nas preocupações em torno das probabilidades.

6.2 A retórica metódica

A colocação da retórica como metódica visa admitir que os resultados da pesquisa se submetem a novas críticas. Assim, não se pretende apresentar resultados da pesquisa empírica embasada na fundamentação teórica de Luhmann como sendo imunes a própria fundamentação de base do trabalho, admitem-se serem os resultados reconhecidos como uma retórica persuasiva que pode se tornar objeto de novas análises. Essa é a proposta de Ottmar Ballweg para uma metódica jurídica que será apresentada.

Retomando o objetivo deste tópico que é indicar a retórica analítica como metódica para a pesquisa no direito, mais especificamente como instrumento para a identificação das fontes de argumentos, lembramos que a retórica se julga capaz de produzir o convencimento e ensinar e identificar as técnicas de realizar este propósito. Para este trabalho, isso é admitido como aceito por todos, pela maioria ou pela maioria daqueles que estudam retórica.

Assim, a retórica estuda, a partir da compreensão de que o homem é um ser carente, antropologicamente carente, o modo como as metáforas de base são constituídas. Apontando que a realidade que os seres humanos lidam são construídas por meio de sua linguagem. Esses são os chamados métodos de produção da realidade, mais ou menos como irrefletidamente os seres humanos, fazemos o uso de palavras como mesa sendo capaz de designar vários objetos sem que com isso se admita a essência desse objeto como critério de realidade, mas a própria aceitação momentânea, precária e social. Esses são os chamados por Ottmar Ballweg de métodos retóricos.

Com base nesses métodos de construção atrasada, apreensão incompleta da realidade, passa-se a observar as técnicas de persuasão. Como a criação de *pathos*, por exemplo, pode ajudar na aceitação de determinada afirmação ou mesmo mover o ouvinte a ter tal disposição. Ainda como a lógica ajuda no encaminhamento do convencimento, a apresentação de um discurso ordenado ajuda na recepção da mensagem.

A metódica é a observação de como a retórica de primeiro nível, método,

se relaciona com a de segundo nível, metodologia. Analisa as estratégias em funcionamento, o “como” essas estratégias desempenham suas funcionalidades. Tal como aqui se pretende investigar.

A retórica estratégica, ou prática, se aproveitam das metáforas de base, realidades retóricas, para produzirem convencimento criando assim, mais um discurso retórico. A retórica metódica ou analítica, porém, se pretende um metadiscurso que não deseja, dentro do possível, produzir efeitos práticos. Visa, a retórica analítica se manter em adequação da uma análise funcional proposta pela teoria sociológica do direito.

A retórica analítica quer apresentar enunciados formais e considera seus resultados como parciais, limita-se ao princípio da razão insuficiente. É o correlato da antropologia de um ser que falta algo essencial.

A principal característica da retórica material, por outro lado, é a condensação da linguagem. Esta retórica material pode ser observada com a própria linguagem. A retórica material, por um lado:

é a maneira pela qual os seres humanos efetivamente se comunicam, suas **artes e técnicas** sobre como conduzir-se diante dos demais, **tecendo o próprio ambiente** em que acontece a comunicação. A retórica material é “natural” no sentido de que se dá imediatamente, antes de qualquer reflexão, ela faz parte da própria condição antropológica, é o “dado ôntico” da sociabilidade humana, no sentido de uma comunicação “real” (ADEODATO, 2008).

A confiança na linguagem faz com que seja possível referir-se às “coisas”. A retórica material são métodos empregados para interagir. A retórica material ocorre de maneira irrefletida. São acordos temporários que tornam possível a ação.

No segundo nível, as retóricas práticas cuidam das regras que “**ensinem o emprego transcendente da retórica material**”, de primeiro nível. Ballweg entende que as doutrinárias permanecem nesse nível. Essa retórica visa influir na ação do outro. A retórica como arte de bem falar, de alcançar resultados.

A retórica prática estuda a retórica material com o propósito de garantir resultados. Ela torna-se, por isso, normativa.

Por fim, a retórica analítica, por seu turno, a análise se dirige para a relação entre os outros dois níveis de retóricas, por isso, renuncia a proposições dotadas de conteúdo. Ela se esforça por não produzir afirmações definitivas.

Este trabalho, portanto, não quer, assim como a retórica analítica, determinar regras, mesmo que analise os meios utilizados na decisão escolhida que aplica métodos da dogmática e a metodologia da retórica prática. Não quer, assim, exercer o convencimento, o trabalho quer ser meta-linguagem de segundo nível.

Isso significa, ainda, que a justificativa encontrada na decisão analisada utiliza as estruturas normativas do procedimento.

Ao se estudar a apresentação da decisão, tal como se pretende fazer aqui, de um modo funcional, não se pretendem novas fontes de argumentos, mas apontar para estes meios utilizados pela decisão analisada. Claro que a proposta de explicar, apontar, identificar essas fontes de argumentos de persuasão, pode se tornar mais uma vez retórica nos dois primeiros níveis, tanto material quanto estratégica ou metodológica. Porém, esta não é a proposta da metódica.

Assim, pretende-se fazer uma análise de dados empíricos da decisão escolhida para identificar a relação entre aquilo que o processo aceita e os instrumentos de produção de sentido utilizados, tanto pela dogmática processual, quanto pelos âmbitos de sentido já referidos de um modo amplo.

6.3 O direito como objeto de análise

Neste tópico, após apresentar a retórica como metódica de análise compatível com a pesquisa funcional aqui realizada, quer-se destacar a forma de organização do direito com o propósito de enfatizar que é no processo que são construídos importantes instrumentos de produção das decisões judiciais no direito positivado e dogmático.

Para isso, em primeiro lugar, lembra-se que da palavra dogma⁵⁴ é a raiz

54 Opinião ou crença. Decisão ou juízo. Essas acepções da palavra dogma são suficientes para a

da dogmática e esta é trazida ao pensamento jurídico brasileiro como forma de pensamento científico sobre o “objeto” direito fazendo aparecer a ideia de dogmática jurídica, concebida como um discurso que se pretende científico e que se preocupa em resolver problemas práticos, como técnica de ajuda nas decisões dos casos jurídicos. A forma de pensar dogmática se contrapõe ao pensamento questionador, mais filosófico, e sem os constrangimentos dogmáticos.

A dogmática está ligada, portanto, ao pensamento decorrente da concepção do direito como técnica de decisão, ele se liga a uma opinião estabelecida, as estruturas do sistema. A dogmática, como técnica de decisão, portanto, é o desenvolvimento a partir dos dogmas, desses pontos de partidas inegáveis. A estrutura normativa garante uma expectativa para o futuro que está garantida juridicamente.

É neste sentido que o pensamento dogmático desempenha uma função, apresenta meios de facilitação da decisão diante das expectativas asseguradas. O pensamento e as criações dogmáticas são capazes de transformar aquelas estruturas de “se, então” em mais abstração ainda (VIEHWEG, 1991, p. 101)

A dogmática é compatível, portanto, com retórica analítica de Ballweg já referido, o próprio discurso dogmático é percebido como retórica prática, a tecnologia para produzir decisões.

A identificação de funções à dogmática proposta por Viehweg, porém, não é idêntica a que está sendo identificada no direito de acordo com a teoria sociológica. A proposta de Viehweg é reconhecida como base para importantes estudos no Brasil como é o caso do livro de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2015) que foca especificamente na função social da dogmática jurídica. Ali são referidas várias funções ao direito, por exemplo: função conservadora, transformadora, educativa etc⁵⁵.

sua introdução. Deixa-se, portanto, de lado as discussões sobre o debate sobre o sentido da palavra entre os filósofos.

55 RULLI NETO, Antonio. **A Função Social do Contrato**. São Paulo: Saraiva, 2009. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **A Função Social do Notário: eficiência, confiança e imparcialidade**. São Paulo: Saraiva, 2009. MORAIS, Luís Fernando Lobão. **A Função Social do Lucro e a Sociedade Pós-capitalista**. (EPUB), 2008. MAMEDE, Aline Ribeiro. **A Função Social do Imposto Sobre Grandes Fortunas**. Appris (EPUB) 2018.

... quando se trata do processo de diferenciação de um sistema funcional social, só mesmo a suposição de uma única função pode conduzir a resultados indiscutíveis. Qualquer pluralidade de funções geraria problemas de interseção social e obscuridades na delimitação do direito (LUHMANN, 2016, P. 177, i)

Por essas razões, a função admitida pelo presente trabalho é a já referida função de produção de congruência de sentido pelo direito. Por isso, o trabalho quer identificar na decisão analisada os modos “como” o direito efetiva a apresentação de expectativas congruentes, não essas funções indicadas para a dogmática.

A dogmática, como tecnologia em função de decidibilidade, está relacionada à forma de pensamento que coloca como foco a solução de problemas, sem se comprometer com a proposta de construir um sistema dedutivo-conceitual que se justifique em criar um sistema capaz de dedutivamente solucionar todos os casos jurídicos. Entende-se que as construções conceituais da dogmáticas, ainda que abstratas, são legitimadas pela sua capacidade de apresentar solução aos problemas que o processo enfrenta, tenta contribuir com a solução dos conflitos jurídicos, criando, então mais meios para a efetivação da função básica do direito.

A ênfase dada ao problema indica que as discussões devem ser limitadas de alguma maneira. Não se deve problematizar alguns pontos. Caso contrário, já o problema pode deixar de ser percebido como tal e, assim, inviabilizar o próprio debate, pesquisa, solução. Por isso, no modo de pensar problemático, consequentemente no dogmático, do direito positivado, não existe a liberdade plena em questionar, nele existe um compromisso com a decisão, característica do direito processual que se pretende analisar por meio da decisão.

Para a dogmática, esses constrangimentos, esses pontos de partidas que não podem ser questionados são os dogmas que delimitam as discussões, viabilizam os argumentos, legitimam as decisões etc. A produção do sentido também reconhece a liberdade de discussão a partir de temas específicos da comunicação que acontece no procedimento

Os temas servem, portanto, como estruturas material-temporal-sociais do processo de comunicação, e nisso atuam como generalizações, uma vez que não estabelecem quais contribuições

serão apresentadas, quando, em qual sequência e por quem elas serão produzidas. Por isso, no nível dos temas, referências de sentido podem ser atualizadas, as quais em cada comunicação dificilmente se tornariam perceptíveis. Por essa razão, a comunicação é tipicamente, embora não necessariamente, um processo conduzido por temas. Ao mesmo tempo, temas são reduções da complexidade aberta pela linguagem. A simples exatidão linguística das formulações não é suficiente. É somente com base em temas que se pode controlar a exatidão do comportamento próprio ou de outro, no sentido de um ajustar-se ao tema. Nessa perspectiva, os temas são, por assim dizer, os programas de ação da linguagem (LUHMANN, 2016, p. 181)

Os dogmas, a lide, a acusação, as normas que determinam a conduta criminosa, as normas que estruturam o procedimento são formadores dos temas de discussão no procedimento, os temas que estruturam e controlam as comunicações, participações.

Assim, acredita-se que existe uma dogmática jurídica enquanto proposta de pensamento científico do direito, nos moldes do que está apresentado por Tércio Sampaio Ferraz e existe um modo de organização desse direito também denominado de dogmático, positivado.

Portanto, no processo existem limites aos questionamentos levados à apreciação do poder judiciário. Ainda que a discussão em torno do objeto da lide no processo seja toda determinada pelo propósito de defender a necessidade de decidir, a proibição do *non liquet*, antes referida, por isso e pela função dos temas na comunicação, não se admite que a discussão seja realizada de modo ilimitado.

Estes meios de limitação da discussão jurídica podem ser aceitos como modo de propiciar a decisão jurídica do caso e podem também ser aceitos como fontes dos argumentos de fixação dos fatos apresentados nas decisões judiciais em matéria de direito processual.

A separação entre modo de pensar problemático e sistemático, é de se dizer, é proposta com cautela já que não se defende uma separação completa entre os dois modos de pensar. Destaca-se que pode haver o predomínio de um desses modos, ou o problema ou o sistema.

Feito esta observação, a presença de meios na comunicação, nos dogmas, na necessidade de decidir, o uso das limitações do pensamento

problemático para discutir os casos jurídicos, assim como o pensamento problemático oposto ao pensamento zetético, acredita-se que é possível identificar na decisão estudada esses condicionantes que levam a efetivação da função do direito.

SEGUNDA PARTE – ANÁLISE DA DECISÃO

7. ANÁLISE DA SENTENÇA NA AÇÃO Nº 5046512-694.2016.4.04.7000/PR

7.1 Síntese da decisão

Considerando a fundamentação teórica do trabalho, passa-se aqui a fazer uma análise para identificar na decisão de primeiro grau do processo identificado quais os meios contribuíram para a efetivação da função do direito.

A decisão de primeiro grau proferida na ação penal nº **5046512-94.2016.4.04.7000/PR**, evento 948 deste processo, inicia com a indicação das partes, o autor é o Ministério Público Federal e os réus, são um total de oito⁵⁶. Na qualificação.

56 1) Agenor Franklin Magalhães Medeiros, brasileiro, casado, **engenheiro**, nascido em 08/06/1948, portador da CIRG nº 58.746.414-8/SSP/SP, inscrito no CPF sob o nº 068.787.575-34, com endereço conhecido na Secretaria; 2) Fábio Hori Yonamine, brasileiro, casado, **administrador de empresas**, nascido em 15/06/1972, portador da CIRG nº 17256000/SSP/SP, inscrito no CPF sob o nº 163.120.278-21, com endereço na Rua Itacolomi, 420, apartamento 9, Higienópolis, em São Paulo/SP; 3) José Adelmário Pinheiro Filho, vulgo Léo Pinheiro, brasileiro, casado, **engenheiro**, nascido em 29/09/1951, portador da CI RG nº 918407- SSP/BA, inscrito no CPF sob o nº 078.105.635-72, atualmente recolhido na carceragem da Polícia Federal em Curitiba/PR; 4) Luiz Inácio Lula da Silva, brasileiro, viúvo, **ex-Presidente**, nascido em 06/10/1945, inscrito no CPF sob o nº 070.680.938-68, residente e domiciliado na Av. Francisco Prestes Maia, nº 1501, bloco 1, ap. 122, bairro Santa Terezinha, em São Bernardo do Campo/SP; 5) Paulo Roberto Valente Gordilho, brasileiro, divorciado, **engenheiro**, nascido em 08/06/1946, portador da CIRG nº 558458/BA, inscrito no CPF sob o nº 039.146.155-91, residente e domiciliado na Avenida Santa Luzia, nº 610, ap. 1802, Ed. Ravello, Horto, em Salvador/BA; 6) Paulo Tarciso Okamoto, brasileiro, casado, **administrador de empresas**, nascido em 28/02/1956, portador da CIRG nº 7.906.164-3/SP, inscrito no CPF sob o nº 167.248.248-34, residente e domiciliado na Rua Araújo Viana, nº 57, Jardim Silvina, em São Bernardo do Campo/SP, e com endereço profissional na Rua Pouso Alegre, 21, Ipiranda, em São Paulo/SP; e 7) Roberto Moreira Ferreira, brasileiro, casado, **arquiteto**, nascido em 08/09/1974, portador da CIRG nº 21486554/SP, inscrito no CPF sob o nº 249.713.938-54, residente e domiciliado na Alameda Itu, 859, ap. 31, em São Paulo/SP

O primeiro ponto do relatório apresenta os crimes pelos quais os réus foram denunciados, arts. 317⁵⁷ e 333⁵⁸ do CP e art. 1º, caput, inciso V⁵⁹, da Lei nº 9.613/1998.

O segundo ponto do relatório da decisão indica que, antes da denúncia, realizaram-se inquéritos policiais e havia outros processos conexos, sendo considerados, em razão da disponibilidade de consulta para a defesa, anexos ao processo da decisão estudada. “Todos os documentos neles constantes instruem, portanto, os autos da presente ação penal.”

As ações criminosas estão ligadas a “pagamentos indevidos” realizados “de forma sistemática” por fornecedores da Sociedade de Economia Mista, Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRAS.

No item 4 do relatório lemos que “surgiram” provas de que o esquema criminoso serviu também para “corromper agentes políticos e financiar, com recursos provenientes do crime, partidos políticos”

A função dos “agentes políticos” seria dar sustentação à nomeação e garantir permanência em cargos da PETROBRAS, “referidos Diretores”, para isso recebiam “remuneração periódica”. (Item 5)

O relatório identifica na denúncia elementos subjetivos do réu Luís Inácio Lula da Silva, diz que ele “teria participado conscientemente” inclusive “tendo ciência” dos desdobramentos referidos com agentes políticos e partidos políticos. (Item 7) Nos itens 08 e seguintes do relatório existem detalhamentos da acusação⁶⁰).

57 **Corrupção passiva** - Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003). § 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. § 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

58 **Corrupção ativa** - Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003). Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

59 **Dos Crimes de "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores** - Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012) V – (revogado); (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

60 No Item 8, o relatório fala que o Grupo OAS pagou sistematicamente os agentes públicos e

A denúncia foi recebida⁶¹, Apresentação de respostas preliminares⁶². Essas respostas preliminares também são acolhidas no procedimento por uma decisão do julgador⁶³. Existe a entrada da Petrobras como assistente de acusação⁶⁴. Foram produzidas as provas testemunhais da acusação e defesa⁶⁵. Foram trazidas provas emprestadas ao processo⁶⁶. Foram realizadas e juntas ao processos perícias documentais⁶⁷. Interrogatório dos acusados⁶⁸. Foram apresentados pedidos de diligências e houve decisão sobre os mesmos⁶⁹. A reabertura da instrução quanto a um dos réus foi negada em dois momentos⁷⁰.

Apresentada a alegação final do Ministério Público Federal⁷¹, neste item 32 do relatório da decisão agora analisada, as condutas criminosas são detalhadas. O assistente de acusação reafirma o alegado pelo MPF⁷². Nos itens 33 ao 40 são apresentadas as alegações finais dos réus. No item 41 do relatório da decisão é feita referência à exceção de suspeição do juiz por dois réus⁷³. O relatório segue com as mesmas referências de rejeição de exceções de suspeição pelo juiz e pelo tribunal⁷⁴. No item 43 do relatório aparecem referências a denegações de exceções de suspeição do órgão do MPF⁷⁵.

partidos políticos. No item 9, fala dos valores R\$ 87.624.971,26, 3% dos valores dos contratos. No item 10, fala dos valores para o Partidos dos Trabalhadores. No item 11, sobre os valores recebidos pelo réu Luís Inácio Lula da Silva. No item 12, explica que esses valores correspondem a disponibilização de um imóvel não pago e por reformas também neste imóvel. No item 13, aparecem valores pagos pelo armazenamento de bens deste réu. No item 14, vemos a afirmação de que foram utilizadas "estratagemas subreptícias para ocultar as transações". No item 15 está a afirmação de que esses seriam as vantagens indevidas recebidas pelo réu Luís Inácio Lula da Silva. Item 16. Ele responderia, então, por corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Nos itens 16 ao 21 estão explicitadas as acusações dos outros réus.

61 Evento 28 do procedimento.

62 eventos 64, 69, 82, 85, 103, 104, e 112.

63 Item 24 do relatório.

64 Item 25 do relatório.

65 Item 26 (eventos 252, 268, 271, 279, 294, 296, 343, 372, 388, 394, 395, 417, 419, 424, 425, 426) e de defesa (eventos 508, 514, 517, 520, 523, 575, 582, 585, 590, 604, 605, 606, 607, 612, 615, 622, 640, 647, 652, 669, 672, 690, 691, 698, 702 e 714).

66 Item 27 do relatório: (decisões de 28/10/2016, 07/11/2016, de 10/11/2016 e de 09/02/2017, nos eventos 114, 175 e 199, e depoimentos nos eventos 187, 200, 287 e 513).

67 Item 28 do relatório:

68 Item 29 do relatório: (eventos 736, 750, 774, 789, 809, 816, 820, 869 e 885).

69 Item 30 do relatório: evento 836

70 Item 31 do relatório: (evento 894) e (evento 945).

71 Item 32 do relatório: (evento 912)

72 Item 33 do relatório.

73 Item 41 do relatório faz referência aos eventos 107 e 109 do processo, decisões de rejeição de exceção de suspeição. Neste item também está a confirmação da rejeição por um tribunal.

74 Item 42 do relatório.

75 Evento 335 do processo

O item 44 faz referência a uma exceção de litispendência apresentadas por dois réus e negadas nos eventos 726 e 726 do processo. Também foram apresentados exceções de incompetência por outros dois réus, igualmente negadas, evento 570. Houve incidente de falsidade, item 46 do relatório, que teve seguimento negado. Em seguida os autos foram conclusos para sentença, item 47.

A decisão segue para a sua segunda parte, a fundamentação, com 18 subdivisões e com 889 itens (do item 48 ao 937)

No primeiro desses itens⁷⁶, o julgador apresenta a fundamentação para a sua imparcialidade, respondendo as exceções de suspeição, faz referência aos eventos de registro da rejeição (107 e 109) no primeiro e no segundo grau de jurisdição, por não admitir a imparcialidade do julgador.

Isso é realizado por mais de uma razão, uma delas, por “reiteração de pedido”. Na outra, a rejeição se dá por algumas razões, especialmente a que as publicações acadêmicas não vinculam o juiz e que a fundamentação das decisões de instrução não devem ser compreendidas como decisão antecipada, “antecipação de juízo de mérito”, mas “mero impulso processual relacionado ao poder instrutório”. Além disso, é colocado como fundamento das suspeições em relação à imparcialidade, destaca-se ainda que a cobertura da mídia não interfere na imparcialidade, desde que o juiz não tenha contribuído para a formação da opinião pública, “favoráveis ou contrárias”, manifestas na cobertura da mídia.

A fundamentação contra a quebra da imparcialidade também faz referência a atos praticados pelo participante do procedimento, neste caso não deve considerar causa da suspeição⁷⁷. No caso, a suspeição seria uma representação feita perante a Procuradoria-Geral da República apresentada por um dos participantes do processo.

Na mesma linha a outra decisão do tribunal juntada na fundamentação, no item 52. Inaugura a defesa da manutenção da imparcialidade do julgador, mesmo com a “indicação do nome do excepto em pesquisas eleitorais para as quais não tenha anuído”.

⁷⁶ Item 48 da decisão.

⁷⁷ Art. 256 do Código de Processo Penal: “A suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injúriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la.”

No item 53 da decisão, o julgador aponta para o caráter colegiado do tribunal como motivo para a confirmação de sua imparcialidade.

Nos itens 54 a 56, a decisão destaca que a decisão está julgando fatos criminosos determinados.

No item 57, a imparcialidade é reforçada como tendo sido preservada e que as decisões do tribunal foram acertadas.

Na segunda divisão da fundamentação, itens 58, 59 e 60, segue a argumentação como justificativa da imparcialidade, desta vez em razão de uma queixa crime por abuso de autoridade e quebra de sigilo telefônico^{78, 79,80e81} contra o juiz no TRF da 4ª Região. A 4ª Seção deste tribunal julgou improcedente, em razão da falta de legitimidade do autor⁸².

Segundo a decisão colegiada, os fatos foram considerados atípicos.

No item 61 da decisão, também se faz referência à atipicidade da conduta do crime de abuso de autoridade, violação de “sigilo de interceptação telefônica” ou crime de violação funcional que foram imputados ao juiz.⁸³, cita decisão que não reconheceu nenhuma das condutas como típicas. A sentença cita decisões que transitaram em julgado⁸⁴.

No item 63, a sentença apresenta referência a decisão da Corte Especial do TRF 4, que arquivou representação disciplinar contra o juiz e afirmou que o juiz realizou atos regulares de jurisdição.

78 A condução coercitiva, a decretação da quebra do sigilo telefônico, o levantamento do sigilo das comunicações interceptadas e busca e apreensão. A lei de abuso de autoridade aplicada foi revogada pela Lei nº 13.869, de 2019.

79 Lei n. 9.286, Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei: (Redação dada pela Lei nº 13.869, de 2019) Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 13.869, de 2019)

80 Art. 319, Código Penal, - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

81 Violação de sigilo funcional - Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

82 Ação Penal Privada, subsidiária da ação penal pública. Não foi considerado inerte o órgão do MPF, pois ele pediu o “arquivamento de notícias-crime”.

83 Condução coercitiva, abuso de autoridade, prevaricação, sigilo dos autos e de interceptações telefônicas, violação de sigilo funcional.

84 Item 62 da decisão.

Nos itens 64 e 65 são reafirmadas as condutas do magistrado como exercício da jurisdição e apresenta críticas ao “diversionismo da defesa”.

Nos itens 66 a 68 continua a argumentação em defesa da condução coercitiva. No item 69, diz que a interceptação telefônica foi mantida em sigilo. No item 70 diz que a condução coercitiva está justificada em afirmações do próprio conduzido, “alguns diálogos sugeriam que “o ex-Presidente e associados tomariam providência para turbar a diligência, o que poderia colocar em risco os agentes policiais e mesmo terceiros.”

Na sequência faz referência aos diálogos do conduzido que justificaram a decisão da condução e a ato da autoridade policial que realizava a interceptação telefônica.⁸⁵ Reconhece que não é pacífica a utilização da “condução coercitiva, sem prévia intimação prévia”, e diz que a condução foi realizada na mesma data que a busca e apreensão⁸⁶. A decisão ainda aponta que houve tumulto durante o depoimento⁸⁷. Da mesma forma, faz referência “convocação de militantes” no momento do depoimento no processo judicial⁸⁸ e segue em mais dois itens em defesa da medida de condução.⁸⁹

Nos itens 78 e seguintes a decisão também trata da busca e apreensão.

Os itens 84 a 94 referem-se às interceptações telefônicas, quem pediu, a fundamentação legal, o levantamento do sigilo etc.

Nega a interceptação dos terminais de advogados da defesa⁹⁰. No item 100, fala de terminais de escritórios de advocacia⁹¹. Na sequência, item 112, trata de diálogos gravados entre o réu, Luís Inácio, e o advogado investigado em outras ações penais, mas não usados na denúncia⁹². No item 114⁹³, faz referência a um terminal telefônico usado pelo réu e de propriedade de um membro de sua equipe de segurança, reafirmando o não “monitoramento” da estratégia da defesa.

85 Item 71 da decisão.

86 Itens 72 e 73 da decisão.

87 Item 74

88 Item 75

89 Itens 76 e 77

90 Item 95 ao 98. Roberto Teixeira.

91 Item 100 até 111.

92 Item 112 e 113

93 Itens 114, 115 e 116.

Do item 118 ao 120, está referido o levantamento de sigilo de interceptações telefônicas autorizadas pelo juiz de primeiro grau, junta o julgamento proferido no STF sobre este levantamento.

A decisão segue e faz referência a críticas do Ministro do STF ao levantamento do sigilo realizado em primeiro grau e a decisão colegiada daquele tribunal sobre o tema.⁹⁴.

A decisão segue referindo à rejeição da exceção de suspeição dos procuradores da república⁹⁵.

No item 132 e seguintes, a decisão faz referência à “instrumentalização da mídia” e “guerra jurídica”⁹⁶.

A decisão então passa para a terceira divisão da parte de fundamentação. O item 139 a 148, nega “animosidade em relação aos defensores”, fala de questões de ordem, da falta de reciprocidade e de interferência nos questionamentos do julgador e do ministério público por parte da defesa.

Na quarta divisão da fundamentação, apresenta as razões para a aplicação do artigo 256 do Código de Processo Penal já referido.⁹⁷

A divisão seguinte da fundamentação trata da competência do juízo, o réu é agente público federal, além disso destaca a conexão entre a esta ação penal e outra já julgada pelo juízo, risco de dispersão de provas. Aponta critérios para a definição da competência. por prevenção⁹⁸.

Na sexta divisão da fundamentação, estão referidas as questões da inépcia e da falta de justa causa⁹⁹.

A subdivisão seguinte da fundamentação da sentença trata de pedido de suspensão do processo diante de inquérito que tratava no Supremo Tribunal Federal¹⁰⁰.

Na subdivisão II.8 da fundamentação, encontram-se argumentos que

94 Itens 121 a 127

95 Item 128 a 131.

96 Itens 132 a 138.

97 Itens 149 a 151.

98 Itens 153 a 169.

99 Itens 170 a 174.

100 Itens 175 a 178.

justificam a garantia do direito de defesa ligadas ao artigo 402 do CPP. Nesta subdivisão estão também justificativa sobre a impertinência das provas requeridas, acesso negado pela defesa aos acordos de colaboração de outros dois réus, indeferimento de questionamentos a determinados colaboradores ouvidos como testemunhas, perícia em aparelhos de telefone, prova documental, ausência de defensor em audiência de oitiva de testemunha¹⁰¹.

Na seção seguinte, itens 228 a 256, fala-se das provas testemunhais, dez, cinco com acordo de colaboração firmado com o Ministério Público Federal e homologados pelo juiz e cinco com acordo realizados com a Procuradoria Geral da República e homologados pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰².

Na sessão seguinte, a decisão faz referência à contradita das testemunhas colaboradoras, o juiz adverte da obrigação de dizer a verdade, sob pena de perda de benefícios da colaboração.¹⁰³

Nos itens 264 e seguintes¹⁰⁴, a decisão trata do andamento de inquéritos e ações relacionadas com a denominada Operação Lava Jato, faz referência a provas colhidas em inquéritos e ações penais diversas ligadas à Lava Jato. Apresenta um resumo das ações de todos os envolvidos no “esquema criminoso”, que servia para “corromper agentes políticos e financiar, com recursos provenientes do crime, partidos políticos”, envolvia diretores de estatais, empreiteiras etc., financiamento e pagamento de dívidas de campanhas eleitorais. No item 276, aponta casos já julgados. Nessa sessão ele situa a conduta de um réu e uma das empreiteiras no contexto geral das demais ações criminosas, item 291 até o item

101 Itens 179 a 227.

102 Acordos juntados aos autos, item 230. Cópia das decisões de homologação, item 231. Vídeos dos depoimentos dos colaboradores, item 232.

103 Itens 257 a 263.

CPP, Art. 214. Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou argüir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou argüição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208.

Lei 12. 850/2012, Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: (...) § 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

104 Itens 264 ao 298.

297.

Continua a fundamentação apontando, na divisão 12¹⁰⁵, a conduta criminosa de um dos réus. Item 302, trata da “**questão crucial neste processo**”. Faz-se referências à busca e apreensão, perícias, laudo complementar, inquéritos e documentos apreendidos e equipamentos apreendidos, computadores, telefones móveis, com autorização do “exame do conteúdo” de alguns desses aparelhos, mensagens, prisões cautelares, notícias jornalísticas. Nesta mesma parte da sentença, item 418, são apresentadas conclusões sobre as provas documentais.

Na décima terceira divisão da fundamentação¹⁰⁶, que inicia no item 420, constam a análise dos “depoimentos prestados pelo ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva a respeito desses fatos relacionados ao apartamento triplex 164-A”. Aí estão feitas confrontações entre os depoimentos com as demais provas do processo e de inquéritos.

Na divisão seguinte são analisadas as demais provas testemunhais da acusação e da defesa, interrogatório dos outros acusados, colaboradores ou não, faz o resumo dos dados considerados provados no processo em comparação com as acusações da denúncia¹⁰⁷. Ainda nesta seção aparecem análises de documentos.

Na divisão posterior¹⁰⁸, a decisão analisa as causas das vantagens indevidas, os contratos com a Petrobras. Fornecedores e mais especificamente relativos à Refinaria Presidente Getúlio Vargas (REPAR) e à Refinaria do Nordeste Abreu e Lima (RNEST), faz também referências às licitações, aos consórcios de empresas, ao regime de licitações da Petrobras, aos contratos e o confronto dos documentos com os depoimentos e a acusação, condenações do crime de corrupção em outros processos, delações, provas testemunhais sobre os contratos e a distribuição de dinheiro aos diretores da Petrobras e a partidos políticos. Concluindo indica que fatos ficaram provados.

Na divisão 16 da fundamentação da decisão aparecem referências a mais questão e provas não analisadas anteriormente,¹⁰⁹ hipoteca do imóvel, testemunhas

105 Itens 312 a 419

106 Item 420 a 481.

107 Item 482 a 647.

108 Item 648 a 779.

109 Item 780 a 833

da defesa, lançamentos contábeis formal dos gastos com a reforma do imóvel.

Na divisão 17¹¹⁰ da fundamentação da sentença são trazidas conclusões tiradas das provas documentais, testemunhais e interrogatórios dos acusados, que se encerra com o item 918 apontando resumidamente as condenações e absolvições.

Na divisão seguinte da fundamentação da decisão aparecem as conclusões sobre os crimes relacionados ao pagamento dos custos de armazenamento de parte dos bens do acervo presidencial¹¹¹. A decisão segue com o seu dispositivo¹¹².

7.2 Diferenciação e autonomia do sistema social no procedimento judicial na decisão analisada

Esta parte relacionará a decisão com as construções da teoria sociológica do direito no que diz respeito especificamente à autonomia e diferenciação do sistema procedimental como um sistema social especial de comunicação. Essa afirmação parte, portanto, com o propósito de deixar delimitado a análise que será realizada.

Pretende-se seguir com a busca de responder a questão funcional específica referida às afirmações anteriores e com a pergunta básica que moveu todo o texto, “como é possível” a produção de uma decisão judicial que realize aqueles propósitos, quais meios de diferenciação e autonomia do procedimento podem ser encontrados na decisão estudada. Dito isto, é preciso, portanto, afirmar que não se vai aqui questionar toda a decisão, muitos aspectos poderão ficar e ficarão fora da análise, especialmente, não se buscará responder ou questionar a justiça da decisão.

Assim partiremos para as observações específicas desta parte do

110 Item 834 a 918

111 Item 919 a 937

112 Item 938 a 962.

trabalho.

Na qualificação dos réus aparece a indicação de que um deles foi ex-presidente da república. Esse aspecto da qualificação está relacionado também ao momento da individualização da pena, a personalidade do réu é levada em consideração. Uma informação sobre o papel social amplo, isso não diz respeito às atuações dele enquanto réu, mas diz respeito à plausibilidade da conduta criminosa.

Aquele papel social amplo está intimamente ligado ao modelo de conduta a ele imputada. Alguém que ocupou o cargo de chefe do Poder Executivo da União, certamente possui poderes que o habilitaram a exercer influência política. Aliás, isso parece de acordo com o direito, visto que a organização daquilo que se chama de “presidencialismo de coalizão” demanda, especialmente em razão da multiplicidade de partidos políticos que existem Brasil, uma capacidade de articulação com os demais poderes e seus membros. Além disso, as competências do cargo de chefe do executivo têm às atribuições de nomear, indicar, os diretos de entidades da administração indireta federal.

A decisão segue as condições da positivação do direito indicadas. Os crimes são definidos previamente em lei. E está tipificado com condutas que, quando estão demonstradas, produzem os efeitos jurídicos previstos no programa condicional, “se, então”. O direito penal, por seu turno, tem constitucionalmente estabelecido o princípio da tipicidade estrita. O artigo 5º, II, estabelece: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Com isso se exige que as condutas estabelecidas nos crimes imputados na denúncia sejam comprovadas. A “vantagem indevida” é um núcleo prático de um desses crimes, no outro “ocultar” dissimular. Por esses núcleos de sentido normativo que o procedimento deve se orientar, serão eles os “temas” centrais das comunicações feitas em todo o procedimento e que recebem o sentido amplo e estrito por meio das orientações materiais, as condutas; temporal, o encadeamento dos fatos; e social. Em relação a essas condutas, a teoria do direito trata desses temas, isso por meio de institutos como a “tipificação”, “a fattispecie”, “o fato típico”, “Tatbestand” um conceito legal etc. O que não ocorre é a análise por meio das condicionantes teóricas aqui propostas, a produção do sentido jurídico, a partir da compreensão de

um sistema social diferenciado e autônomo e por meio dos recursos aqui referidos aos âmbitos de sentido, nem em relação à função do direito, produção de expectativas congruentes. É isso que a decisão deve apresentar. O que se está tentando destacar é o modo “como” isso é feito.

É importante a relação entre a decisão, o procedimento e outros procedimentos, inquéritos informação contida na decisão, pois aponta que as comunicações realizadas em outros procedimentos serão consideradas como passado para todas aquelas que foram produzidas no procedimento da presente decisão. Isso mostra a “recursividade” apontadas tanto para o sentido, quanto para as comunicações. A decisão, então, se permite tratar os inquéritos e processos conexos como “seleções” de comunicação no sentido apontado pela fundamentação teórica, não como seleção problematizável, mas como fatos, com a força da imutabilidade do passado e que podem ser acionados pela memória, neste caso uma memória, seleções, totalmente documentada em atos do estado, formalizados com a linguagem protocolar da polícia e do poder judiciário.

Assim, mesmo sendo a denúncia a primeira comunicação do processo, é o ponto zero do procedimento, existem referências a procedimentos anteriores, um passado que vai sendo construído. E essas histórias devem passar por atos do juiz que a incorporam ao procedimento. Considerando as condições do procedimento, a essa história que é criada nele e isso só é efetivado a partir de condições de validade que devem ser verificadas. O recebimento da denúncia é o ato que reconhece a validade daquela comunicação.

Nos itens 4 e 5, percebe-se que a função apontada aos esquemas criminosos estão em acordo com o cargo de “ex-presidente” utilizados para qualificar um dos réus. É consenso que um presidente tem poder para “corromper agentes políticos”. E que a função indicada é até legalmente reconhecida como atribuição do cargo de “ex-presidente”. Parece aí indicação sistemática, criada pelo procedimento, para relacionar a personalidade do réu com a plausibilidade da conduta criminosa.

Na decisão se percebe a indicação de que o procedimento construiu a sua história interna, as participações podem, então ser consideradas partes de uma história imutável diante da decisão que está sendo um desdobramento daquela

história procedimental. A orientação temporal estrita, a criação de um tempo próprio do procedimento. E as participações, como é o caso da resposta preliminar, passa por um crivo de validade aplicado no procedimento, certificando assim desta outra forma, um passado próprio do procedimento¹¹³.

No item 32 ao 43, aparecem referências ao tempo interno do procedimento, à sua história, à organização temporal, criando-se um tempo objetivo do procedimento. Com isso, todas as participações são colocadas no tempo do procedimento e isso significa que podem ser utilizadas como fatos imutáveis. A decisão faz referências a questionamento da suspeição do julgador e da acusação, um dos pilares da autonomia e diferenciação do procedimento como sistema social especial de comunicação.

Nos itens 32 ao 47, estão referências ainda a eventos que compõem o passado do procedimento, mas agora discutindo também a competência do juízo e questionamento de provas. É essa a função do relatório indicar e destacar a história para o procedimento, preparando mais uma vez a distinção entre tempo social amplo e tempo do procedimento. Não se está com isso dizendo que quem faz essa distinção temporal é a decisão, nela, nesta parte da decisão, fica evidenciado a necessidade de aceitação de uma história do procedimento, mas não quer isso dizer que foi a decisão que a criou.

Como se percebe, é uma fundamentação bastante longa, passa-se também a fazer observações sobre esta parte para tentar identificar os elementos que realizam a função do direito e a separação e autonomia do procedimento.

Percebe-se, que o julgador tem plena consciência da importância da imparcialidade para que a decisão seja aceita ou válida pelo modelo de procedimento judicial. Já foi dito que, para isso, o seu papel de terceiro institucionalizado é imprescindível para o procedimento.

Foi dito que é preciso ser mantida a expectativa de que o juiz produzirá

113 No Item 8 o relatório fala que o Grupo OAS pagou sistematicamente os agentes públicos e partidos políticos. No item 9. Fala dos valores R\$ 87.624.971,26, 3% dos valores dos contratos. No item 10 fala dos valores para o Partidos dos Trabalhadores. No item 11 os valores recebidos pelo réu Luís Inácio Lula da Silva. No Item 12 explica que esses valores correspondem a disponibilização de um imóvel não pago e por reformas também neste imóvel. No item 13 aparecem valores pagos pelo armazenamento de bens. No item 14 a afirmação de que foram utilizadas “estratagemas subreptícias para ocultar as transações”

uma decisão considerando apenas os fatos e atuações dos participantes, informações, no procedimento. Isso, como foi indicado na fundamentação teórica do trabalho, a imparcialidade, é condição para que os tribunais sejam postos como capazes de responder aos problemas de uma sociedade complexa, sem recorrerem a uma moral única, sem precisarem recorrer ao “seu sentimento de justiça”. A decisão precisa produzir uma expectativa que esteja garantida diante dos diversos sistemas sociais parciais diferenciados pela função, logo essa decisão precisa ser produzida por um julgador que utiliza apenas os dogmas, os pontos de partida fixados por decisão.

E, em relação à diferenciação e autonomia do procedimento, a imparcialidade também foi indicada como uma condição indispensável para que aquelas duas marcas do procedimento se efetivem. Pois, não se pode aceitar a influência de papéis desempenhados pelo juiz fora do procedimento, mesmo se tendo consciência de que todos indivíduos, o julgador logicamente, em uma sociedade diferenciada, exerce múltiplos papéis sociais.

Assim, é preciso que o juiz demonstre permanentemente a sua imparcialidade. Isso significa que os critérios de decisão serão exclusivamente os programas condicionais do tipo “se/então” apontados pela denúncia.

Além disso, a decisão do juiz, e a do tribunal que não reconheceu a parcialidade do julgador deste processo, também utilizou um meio que dá autonomia ao procedimento. Apontaram que, mesmo tendo o julgador manifestado opinião em meio acadêmico de divulgação de conhecimento sobre o direito, existe a separação e a certeza de imparcialidade do julgador, pois aí estaria mantida a separação de papéis necessárias para que a diferenciação do sistema de comunicação especial do procedimento fosse mantida. Luhmann sobre isso afirma que mesmo não acreditando na justiça, o juiz não pode desacreditar, mesmo que fora do processo, suas decisões ou posicionar-se de modo a não defender as mesmas e todos os princípios que orientam o procedimento (LUHMANN, 1980). O que para este trabalho mostra a constante atividade de reafirmação da imparcialidade que a conduta do julgador deve evidenciar, pois o papel do juiz é um papel especializado que institucionaliza a instituição e, portanto, precisa de toda a confirmação pelo

próprio indivíduo que ocupa o papel especializado.

É de se destacar que o meio utilizado pelo tribunal para garantir a imparcialidade foi que a opinião do julgador na revista utilizada foi embasada no tempo objetivo e neutro, “muito tempo depois”, não na separação de papéis.

A parcialidade foi negada ainda em relação à “cobertura” do caso pela mídia. Certamente existem sistemas sociais autônomos diferenciados responsáveis por essa função de produzir informações para o seu ambiente social. Assim, em tese, fica claro que sendo essa separação de sistemas mantida, não existe quebra da imparcialidade, mesmo que a cobertura seja “favoráveis ou contrárias, manifestas na cobertura da mídia” como reconhece a decisão. E como o propósito deste trabalho é a análise da decisão, não se pretende questionar o modo como as informações do sistema do procedimento foram levadas ao sistema social que faz a cobertura do caso. Isso é um problema que pode ser investigado por outros procedimentos ou outro sistema social.

Seguindo este importante ponto de garantia para o procedimento, a decisão ainda fundamenta a imparcialidade do julgador diante da avaliação da figura do juiz em pesquisas eleitorais, e que a imparcialidade está garantida por ter sido reconhecida por tribunal superior, que usa os argumentos da separação de papéis acima referida para a publicação de opinião em revista especializada

Houve também a justificativa de manutenção de imparcialidade julgador mediante uma queixa crime apresentada contra o juiz. A decisão do tribunal negou o prosseguimento da queixa, mas por ilegitimidade do autor da queixa. Esta, a legitimidade, também é uma forma de reafirmar a diferenciação do procedimento, legitimidade para se iniciar um procedimento, o interesse na causa, por exemplo, deve ficar demonstrado. Mas neste caso, tem uma aplicação complicada ao juiz que prolatou a decisão aqui analisada, o argumento é de que não houve legitimidade para se iniciar um outro procedimento, não uma reafirmação da imparcialidade neste procedimento estudado.

Quando a decisão faz referência a alegações de nulidade, ilegalidade praticada pelo julgador, ela decide, junto com o tribunal superior alegando que foram praticados “atos de jurisdição”. Isso faz perceber a importância de outra

característica do procedimento como sistema especial de comunicação social, a necessidade de se manter a decisão em aberto. Isso faz com que, como já foi dito, as partes se envolvam no procedimento e continuem a praticar seus atos, com a certeza de estarem sendo julgadas com base em normas e não todas as demais pautas de julgamento já criticadas para as sociedades indiferenciadas.

Percebe que é necessário que a decisão seja mantida em aberto nas suas fases anteriores no processo, e que as razões de decidir nos atos de instrução processual não sejam confundidas com a própria decisão final. A dogmática separa isso muito claramente quando trata de “cautelares”, “liminares” e “mérito”. Tendo as razões sido apresentadas em uma fase do procedimento que demandam uma decisão, esta precisa ser diferenciada da decisão que responderá finalmente a questão levada ao procedimento, as razões não podem ser consideradas antecipação de julgamento.

Quando a decisão faz referência a “diversionismo da defesa”, faz referência à prática de atos regulares no procedimento. Essa expressão é citada algumas vezes na decisão, mas não parece uma expressão com base em uma norma positivada, os inegáveis pontos de partidas. E é usada para reafirmar a imparcialidade do juiz. Assim como outras expressões da decisão: “lamentável”, “medidas questionáveis”, “não têm base em argumentos minimamente consistentes”, “guerra jurídica”. Considerando que o sistema do direito usa a forma básica lícito/ilícito, válido/inválido, parece passível de crítica, a partir das condicionantes do procedimento aqui apontadas, a utilização daquelas expressões, visto que o sentido não é construído com base nos âmbitos de sentido admitidos pelo sistema tal como defendido no trabalho.

As justificativas sobre a condução coercitiva também não se limitam a constrangimentos do direito positivado. A menos que se indicasse ou identificasse o uso de normas que justificam uma restrição processual para a garantia da ordem pública, os chamados “conceitos indeterminados”. O que não parece estar presente nas normas que regulam as conduções coercitivas. As normas que disciplinam, por exemplo, a prisão preventiva, utilizam esses “conceitos indeterminados”, como este referido “garantia da ordem pública”. O caso pode ser questionado em relação à

norma procedimental do artigo 218 e 260 do Código de Processo Penal¹¹⁴ que impõem condições específicas para esta medida.

A justificativa apresentada para a condução coercitiva reconhece a situação não pacífica para tais medidas. Esta medida é justificada em diálogos captados em gravações telefônicas. Esta informação trazida do ambiente para o procedimento, de algum modo, deixa de especificar a norma estrita que justifica a condução. O elemento do sistema do procedimento e do direito não parecem estar referidos apenas ao sistema, mas às condições do ambiente, sem o filtro necessário do sistema.

Além disso, as duas decisões conflitantes, o “depoimento na delegacia” e a “busca e apreensão”, foram tomadas por uma autoridade apenas, parece que uma outra ordenação no tempo, mesmo ciente dos diálogos, poderia ter configurado o procedimento como um ambiente em que se afasta o uso da força, tal como foi programado.

Não se identificam, por isso, nos fundamentos da decisão que autorizou a condução, as referências de diferenciação e autonomia do procedimento, especialmente os âmbitos de sentido material, social e temporal determinados pelo sistema do procedimento judicial.

A decisão também quer proteger a decisão de acusações de perseguições pessoais, pois faz referência, como é comum aos julgados em geral, de que o processo julga condutas específicas, não as opiniões políticas, a candidatura eleitoral. Esses são tratados como elementos que não fazem parte do sistema do procedimento.

A decisão ainda contém reafirmações da imparcialidade do julgador, para reafirma a decisão realiza uma diferença para justificar a publicação de gravações telefônicas que são consideradas por algumas pessoas como ilegais. A decisão faz a diferença entre levantar o “sigilo da interceptação” e “sigilo dos autos da

114 Art. 218. Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública.

Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença. (Vide ADPF 395)(Vide ADPF 444)

interceptação”. E continua reafirmando sua imparcialidade ao afirmar que a seleção de gravações relevantes foram feitas, isso quer dizer que muitas outras não foram divulgadas, e que, quem fez essa indicação de relevância foram outros agentes do estado, não o julgador.

Além disso reafirma que o

levantamento do sigilo não teve por objetivo gerar fato político-partidário”, polêmicas ou conflitos, algo estranho à função jurisdicional, mas, atendendo ao requerimento do MPF, dar publicidade ao processo e especialmente a condutas relevantes do ponto de vista jurídico e criminal do investigado do ex-Presidente” Luiz Inácio Lula da Silva que podem eventualmente caracterizar obstrução à Justiça ou tentativas de obstrução à Justiça (art. 2º, §1º, da Lei nº 12.850/2013).

Em relação às gravações “feitas em escritório de advocacia” o que fere as regras básicas de sigilo profissional, a decisão apresenta uma fundamentação relacionada a quem fez o pedido e também a “excesso de trabalho”. Isso também não é uma fundamentação que colabore com a diferenciação e autonomia do procedimento, falta aí a confirmação do papel impessoal do julgador exigido nos procedimentos judiciais autônomos.

Mediante a uma advertência recebida, o juiz informa que o relator autor da sanção, quando levou ao plenário o processo, não fez as mesmas críticas, anteriormente feitas, “atuação arbitrária” do juiz. Não fez referências às medidas disciplinares. A decisão considerou o silêncio do STF como concordância com suas decisões, isso também não parece uma fundamentação dogmática produzida em um procedimento autônomo e diferenciado.

Ainda em relação ao levantamento do sigilo que resultou em censura ao decisor, o juiz aponta que “o conteúdo do diálogo” que justificou a decisão de publicar o procedimento de escuta telefônica. Essa é uma situação que não está relacionada a uma norma previamente estabelecida. Não foi apontada a tipicidade. A expressão “eles têm que ter medo” parece traduzir uma conduta que pode ser dogmaticamente tipificada, mas não como causa para levantamento de sigilo.

Mesmo no item 127 da decisão são feitas referências à imparcialidade do decisor. No item 128 a decisão comenta a entrevista dos procuradores para explicarem a denúncia. Não se identifica aí as condições para o procedimento que se está tentando caracterizar. As atividades do Ministério Público fora do procedimento não parecem ser preparadas para a produção de efeitos jurídicos. Aliás, as condições da denúncia e o ato de recebimento da denúncia são os modos legítimos para o controle dos atos do órgão de acusação relacionados ao procedimento, pelo sistema do procedimento para a produção de efeitos jurídicos relacionados à acusação.

O decisor tem consciência da necessidade de que as informações sejam trazidas ao procedimento respeitando as limitações do sistema procedimental e faz um comentário à forma da entrevista concedida pelo MPF: “ainda que eventualmente se possa entender que a entrevista não foi, na forma, apropriada, parece distante de caracterizar uma "guerra jurídica" contra o ex-Presidente”.

O fechamento operativo referido para os sistemas em geral e para o sistema do procedimento são reconhecidos.

A decisão destaca a liberdade de expressão e de noticiar. Indicando que não tem interferência nas notícias publicadas pela mídia. Essa é a postura esperada do julgador, respeitando a publicidade ou o segredo de justiça que as normas do direito positivado impõem.

Porém, a decisão passa a justificar o destaque das notícias em razão do tamanho do escândalo, o que parece inadequado para a diferenciação e autonomia do procedimento. Faz referência a corrupção no governo que sucedeu o réu. A decisão parece extrapolar o procedimento, os fatos e condutas referidos na denúncia. Ademais, nega interferência as publicações, mais uma afirmação que procede dos caracteres indicados para a autonomia e a diferenciação. Isso, porém, pode ser contrastado com o que ficou conhecido pelas publicações do site The Intercept (<https://theintercept.com/brasil/>).

E as justificativas sobre a imparcialidade seguem em mais itens (136, 140, 149, 150, 151), repete parte do interrogatório: "eu lhe asseguro que vai ser julgado unicamente com base nas leis e na prova do processo, o senhor pode ficar

seguro quanto a isso." Nesta mesma passagem, destaca que o julgamento não terá influências externas, o que a mídia fala não terá interferência no julgamento. Nega o "lawfare". Repete a expressão sobre "diversionismo", a "guerra jurídica". E destaca a atitude de urbanidade do julgador. A separação de papel do juiz imparcial é destacada pela absolvição de um acusado.

A fundamentação faz referência aos interrogatórios e aos depoimentos, firmando a diferenciação do procedimento, destacando a história criada no procedimento. A orientação temporal assim se apresenta, as participações são tratadas como um passado imutável que são atualizados por meio da memória do julgador. E como a recursividade apontada para o diálogo se apresenta como meio de construção de sentido na decisão.

A diferenciação dos papéis, e logicamente do procedimento, do sistema social amplo também pode ser identificada na observação do assistente de acusação: "proteste contra o juiz, recorra contra o juiz, mas não enfrente o juiz pessoalmente na audiência".

A diferenciação do papel do réu no procedimento não implica um completo isolamento dos demais papéis, especialmente no que se refere à aplicação da pena, os aspectos da personalidade do réu são consideradas neste momento.

A decisão reafirmou a garantia ao direito de defesa, de participação, logo, o direito de interferir na decisão por meio de ampla produção de provas. E aqui a recursividade das seleções é mais uma vez efetivada, faz-se referência às decisões anteriores sobre produção de provas proferidas em etapas anteriores no procedimento. A decisão deixa perceber, deste modo, mais uma vez a autonomia material do procedimento quando faz referência ao poder do juiz de considerar as provas "custosas", "protelatórias" e "impertinentes". A relevância das provas é, assim, identificada, e também as que podem ser produzidas, pelo juiz com base no sistema do direito e do procedimento. Incluindo aí os fatos, condutas, indicadas na denúncia. Logo, o direito de defesa, o direito à produção das provas, está limitado pelas operações do sistema do procedimento. A produção da prova é um elemento do sistema, resultado do fechamento operativo e da possível abertura cognitiva com base apenas no próprio sistema de comunicação autônomo e diferenciado do procedimento.

Em relação ainda às provas, a decisão indica razões para o indeferimento de questões a uma testemunha. Essas referências não pareceram ser operações do próprio procedimento, porque foram consideradas “orientações do advogado” da testemunha e também considerou tratativas praticadas, acordo de delação premiada em construção, em jurisdição de outro país. Essa situação não aparece dogmaticamente fundamentada.

Sobre a credibilidade do depoimento das testemunhas com acordo de delação a sentença destaca que elas não sofreram qualquer espécie de coação.

Item 236. Nunca houve qualquer coação ilegal contra quem quer que seja da parte deste Juízo, do Ministério Público ou da Polícia Federal na assim denominada Operação Lava Jato. As prisões cautelares foram requeridas e decretadas porque presentes os seus pressupostos e fundamentos, boa prova dos crimes e principalmente riscos de reiteração delitiva dados os indícios de atividade criminal grave reiterada, habitual e profissional. Jamais se prendeu qualquer pessoa buscando confissão e colaboração.

A abstração do direito nas sociedades complexas também se preocupa em esconder o uso da força. O procedimento é um sistema regulado pelo direito, o direito que mantém a capacidade de encontrar a verdade, a separação entre fatos e normas, não a imposição do direito pela força. As delações representam, assim, declarações livres, não resultam de coação, é isso que a decisão quer mostrar. Além disso, a decisão usa a referência da consistência da prova nos âmbitos interno e externo que confirmam as delações aceitas, assim, as afirmações das partes são consideradas verdadeiras, produziram um sentido de acordo com as regras do procedimento, internamente, e com âmbito material, selecionado por condições do próprio sistema.

Na decisão existem mais questões sobre provas e as delações que não serão trazidas em razão de referirem aos aspectos da diferenciação e autonomia do procedimento já comentados.

A crença na determinação do direito pelo procedimento faz com que a decisão faça referência a outros processos para confirmar, aumentar a certeza, que a conduta criminosa.

289. E, na sentença prolatada na ação penal 05010926-86.2015.4.02.5101, provado o pagamento de vantagem indevida ao Presidente da Eletrobrás Eletronuclear Othon Luiz Pinheiro da Silva em contratos de construção de Angra 3, com suspeita de direcionamento de valores também a partidos políticos (cópia da sentença no evento 3, arquivo comp40). A sentença foi prolatada pelo ilustre Juiz Federal Marcelo da Costa Bretas da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, que tem se destacado em seu trabalho naquela Seção Judiciária Federal.

290. O presente caso insere-se perfeitamente no mesmo contexto, mas mais especificamente em repartição de vantagem indevida paga em contratos da Petrobras com a Construtora OAS a agentes da estatal e a agentes políticos, especificamente ao ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

A decisão para a comprovação do tipo penal, especialmente o núcleo da conduta, “recebimento de vantagem indevida”, utiliza o âmbito material de sentido de modo amplo descrevendo como parte do ambiente do sistema do procedimento podem confirmar as condutas que caracterizam a “vantagem indevida”:

302. **Essa é a questão crucial neste processo**, pois, se determinado que o apartamento foi de fato concedido ao ex-Presidente pelo Grupo OAS, sem pagamento do preço correspondente, sequer das reformas, haverá prova da concessão pelo Grupo OAS a ele de um benefício patrimonial considerável, estimado em R\$ 2.424.991,00 e para o qual não haveria uma causa ou explicação lícita.

Neste item e nos anteriores, se identifica um dos temas que as comunicações do procedimento devem tratar. E, de acordo com as características já indicadas, sobre o qual as provas e todas as participações no procedimento irão ser referidas. E é neste âmbito de orientação material que também vão se deparar com as questões de direito de propriedade, tal como são aceitas no sistema geral da sociedade e também em outras especificidades normativas do próprio sistema do direito, com as condições de aquisição da propriedade de bem imóvel que a defesa passa a se referir, com a autonomia material do procedimento que resultou na decisão agora estudada.

Por meio também daquele núcleo de sentido, o temas das comunicações

e provas do procedimento, elementos do procedimento em geral, que também irão se referir à orientação temporal objetiva, geral, impessoal, da sociedade em geral. As datas de documentos, as assinaturas de contratos, a transferência de propriedade, as reformas, as interceptações telefônicas etc. É por meio daquele núcleo que serão efetivados os elementos do sistema do procedimento, criando assim uma autonomia e uma diferenciação. Os âmbitos de sentido material, temporal e social são construídos internamente, a partir dos elementos do sistema, em congruência com os sentidos possíveis do sistema social geral, ou amplo.

Nesta decisão faz-se referência a dados temporais do sistema social, publicações de jornais, transferência de empreendimentos, datas de notas fiscais etc. A história do procedimento, portanto, apresenta as incoerências temporais, materiais e sociais, alegadas ou apresentadas em documentos, perícias, depoimentos, em depoimentos prestados em momentos anteriores, inquéritos policiais, provas em geral, e que, por isso, não podem resultar como parte da decisão.

A decisão se refere às inconsistências entre as provas como critério de verdade para a decisão:

480. A única explicação disponível para as inconsistências e a ausência de esclarecimentos concretos é que, infelizmente, o ex-Presidente faltou com a verdade dos fatos em seus depoimentos acerca do apartamento 164-A, triplex, no Guarujá.

As provas testemunhas referidas na decisão giraram em torno do tempo que colocava “o apartamento como benefício recebido indevidamente”, para isso também se discutiu o comportamento de uma pessoa que também visitou o imóvel, comportar-se “como proprietária”. Se as reformas, também consideradas vantagens indevidas, eram “atividades comuns” de uma empreiteira para incluir no tema “benefício recebido indevidamente”.

A decisão também coloca como tema a questão das diferenças dos valores da reforma e do apartamento mais caro. Faz referência a declarações de imposto de renda, assinaturas de promessas de compra e venda etc. E o depoimento do delator é considerado verdadeiro, consistente, com base nas

análises feitas nesses elementos do procedimento:

643. No caso, ambos os depoimentos, com destaque para o de José Adelmário Pinheiro Filho, com maior envolvimento nos fatos, são intrinsecamente coerentes e mais importante são convergentes com a prova documental produzida nos autos, não apenas por aquela trazida pela própria Defesa de José Adelmário Pinheiro Filho, mas com a prova que foi colhida independentemente de qualquer contribuição do colaborador, especificamente nas buscas e apreensões.

A decisão também explicita a origem dos valores utilizados nos benefícios indevidos, os contratos, e também reafirma a prova com base em outras condenações envolvendo também empreiteiras e os mesmos contratos. Em relação aos desvios para os partidos políticos a decisão utiliza um membro do partido como prova.

Delcídio do Amaral Gomez, Senador da República, ao tempo dos fatos, celebrou acordo de colaboração que foi homologado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal. Em Juízo (evento 388), declarou, em síntese, que havia uma distribuição de cargos pelo Governo Federal no âmbito da Administração Pública Federal direta ou indireta. Tal distribuição abrangia a Petrobras. Segundo a testemunha, os indicados aos cargos na Petrobras tinham uma obrigação de arrecadar propina para os partidos políticos, o que era do conhecimento, embora não em detalhes, do então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Apesar das afirmações do ex-Senador, ele também declarou que não chegou a tratar diretamente deste assunto com o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva pois "não tinha essa relação próxima com o presidente para ter esse tipo de diálogo com ele.

A credibilidade desta prova é exatamente com base no papel social que ela desempenhava. Além dessas muitos outros depoimentos são referidos na parte da demonstração da corrupção, entre empreiteiros, delatores ou não e condenados e absolvidos.

778. Há que se reconhecer como provado, acima de qualquer dúvida razoável, considerando cumulativamente a prova material e a quantidade de depoimentos, incluindo dos pagadores de propinas e dos beneficiários, que os contratos discriminados na denúncia, entre a Petrobras e os Consórcios CONPAR e CONEST/RNEST, integrados pela Construtora OAS, seguiram as regras do esquema criminoso que vitimou a Petrobras, ou seja, foram obtidos com ajuste fraudulento de

licitações e envolveram o pagamento de vantagem indevida de cerca de 2% sobre o seu valor e que foram destinados aos agentes da Petrobras, mas especificamente à Diretoria de Abastecimento e à Diretoria de Serviços e igualmente a agentes políticos e a partidos políticos.

Aí são referidas especialmente provas testemunhais, tanto de acusação de defesa, ademais, confirmando a diferenciação do sistema do procedimento, as condições de produção de elementos pelo próprio sistema, e em relação ao sentido material a decisão destaca que

810. Ora, como já adiantado nos itens 304-309, não se está aqui a discutir a titularidade formal do imóvel ou questões de Direito Civil, mas sim crime de corrupção e lavagem de dinheiro, este último pressupondo condutas de dissimulação e ocultação. O imóvel, segundo a matrícula nº 104801 (evento 3, comp228), encontra-se em nome da OAS Empreendimentos, tendo sido, porém, solicitado a José Adelmário Pinheiro Filho a ocultação da titularidade de fato, que era do ex-Presidente, e que o imóvel permanecesse em nome da OAS.

811. Estando o imóvel formalmente em nome da OAS Empreendimentos era de se esperar que fosse arrolado no processo de recuperação judicial da empresa, já que esta é obrigada a indicar todos os seus bens. Isso era ainda mais esperado, considerando que a recuperação judicial foi iniciada em 2015, ou seja, após a prisão cautelar de José Adelmário Pinheiro Filho e depois das divulgações de notícias na imprensa acerca de possíveis crimes envolvendo o apartamento triplex, quando a transferência formal do imóvel ao ex-Presidente tornou-se algo arriscado.

812. Então o argumento da Defesa é absolutamente insubsistente.

No item 848 se destaca também a importância dada às construções e congruências construídas pelo procedimento

Provado igualmente que os depoimentos no sentido de que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e sua esposa eram proprietários de fato do apartamento 164-A, triplex, no Condomínio Solaris, no Guarujá, e que as reformas foram a eles destinadas, são consistentes com as provas documentais constantes nos autos.

A consistência, portanto, é um modo de mostrar a importância da construção de sentido dentro sistema, de forma independente do seu ambiente e do sistema social geral. Na seção seguinte fala da comprovação dos demais crimes e utiliza os mesmos instrumentos já referidos. Alguns passíveis de crítica, outros de

elogios, mas que aqui não se vai detalhar em razão do propósito da pesquisa que é identificar os meios de diferenciação e autonomia do procedimento judicial como sistema social especial de comunicação.

A sentença encerra com absolvições por falta de prova, condenação por lavagem de dinheiro e corrupção e a individualização e dosimetria da pena.

7.3 Institutos que contribuem para a autonomia e a diferenciação do procedimento

Como foi visto, vários a decisão analisada indicou alguns elementos nos quais podemos identificar que o procedimento judicial assume a sua autonomia e diferenciação como sistema social especial de comunicação.

Um dos primeiros instrumentos processuais que servem para confirmar a formação do procedimento como um sistema social de comunicação especial está ligado ao pedido inicial, seja ele denúncia, queixa ou petição inicial em procedimento civil, limitação os temas que constituirão a comunicação neste procedimento. Como já se disse a dogmática processual e o direito positivado exigem uma correspondência entre início do procedimento e decisão que o encerra. Isso quer dizer a imposição de limites para aquele tema de comunicação.

Ela envolve as condições do pedido e também, principalmente, o chamamento coercitivo para que a parte venha a se manifestar no processo, sob a ameaça de grave consequência de que o Estado juiz reconheça a veracidade de todos os fatos narrados contra ela, logo na inicial¹¹⁵.

Por outro lado, várias são as condicionantes que o procedimento apresenta, exige, para a habilitação do pedido e do autor como capacidade de iniciar o procedimento e diferenciar o sistema do procedimento. Isso está determinado

115 Código de Processo Civil: Art. 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir. E Art. 307. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias.

pelas condições da ação, das normas sobre a denúncia ou queixa. E o procedimento também impõe limites para os pedidos, para as consequências jurídicas pretendidas na decisão. Limites para que a decisão efetive a função básica de produzir expectativas congruentes. Esses pedidos são avaliados também por normas procedimentais que irão receber a denúncia, verificar a admissibilidade dela. O procedimento impõe, portanto, limites a quem pedir, o que pedir. O que nem sempre é compreendido no sistema social geral. Esses são temas que o diferenciam e contribuem para autonomia do procedimento.

Por exemplo, os pedidos devem estar limitados pela inegabilidade dos pontos de partida que o direito em geral se submete. Então, os pedidos devem se referir, para serem considerados legítimos, aos programas condicionais “se-então” das normas estabelecidas previamente também por decisão. E isso, como foi visto tem várias consequências para o procedimento, sua autonomia e diferenciação.

Essas normas, no caso específico, os tipos penais de corrupção e lavagem de dinheiro, delimitaram toda a instrução probatória, impuseram limites ao direito de prova, e também produziram consequências para as matérias tratadas no procedimento. O sentido material é diferenciado e autônomo do sentido material do sistema social amplo. A ideia de vantagem indevida é construída pelo sistema direito. Ainda que a concepção de corrupção seja mais ampla, o direito e o procedimento determinam as matérias específicas de produção de consequências jurídicas.

Por outro lado, a figura do juiz, assim como indica a teoria sociológica do direito atua como um terceiro institucionalizado, capaz de decidir e estabelecer expectativa geral que geram expectativas de aceitação. Nisso também a decisão está marcada. A figura do papel profissional do juiz, necessariamente imparcial, é condição para que a decisão se imponha de modo amplo e o direito realize a função de gerar expectativas congruentes. Existindo, portanto, a caracterização da diferenciação de papéis desempenhado no procedimento e na sociedade em geral.

Não se trata, portanto, de fazer com que se faça a contraposição entre sociedade, sistema social, e procedimento, nem como diz Lênio,

uma contraposição da realidade social à normatividade constitucional. A opção parece que tem sido, predominantemente, pela primeira. Em síntese, a tese dualista herdada de Laband e Jellinek justifica, passados mais de um século, uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes (STRECK, 2020).

A imparcialidade do julgador é muito defendida pelo juiz na decisão analisada e criticada pela defesa. Conrado Hübner Mendes se referiu à figura do juiz de um modo bastante claro e demonstra a importância da imparcialidade para o direito, o procedimento, e para a sociedade em geral:

Para cobrir o mundo ilusionista do direito, tenho palpites menos banais. Primeiro, um jornal democrático precisa entender que não existe juiz herói nem Judiciário com causa. O heroísmo judicial é uma conquista institucional, não cruzada dos homens de bem. Sabe que o juiz não é imparcial porque diz ser imparcial. Só podemos atestar se atende aos rituais da imparcialidade. Para isso existem regras de suspeição e padrões éticos (MENDES, 2020)

Além dessa diferenciação e desta autonomia por meio da separação de papéis, também identificados nas pessoas do réu. Este, porém, não tem uma atuação totalmente protegida de sua individualidade. Assim como a intimação para participar do procedimento quer comprometer a sua participação. As condutas julgadas não são totalmente separadas dos demais papéis sociais desempenhados fora do procedimento. Até mesmo na determinação da penal, senão em todo o procedimento, a personalidade, individualidade é considerada. Essa separação está presente no procedimento e isso pode ser confirmado por depoimentos, por perdas de oportunidade de comunicar, de protestar etc. que o procedimento oferece, cria a todos os participantes.

O procedimento também é autônomo e diferenciado temporalmente, como foi visto na análise da decisão, nela estão feitas referências constantes à história do procedimento, os atos praticados e também ao tempo cronológicos, históricos do sistema social amplo. Com essas etapas, o procedimento cria a sua história e com ela cria os recursos ao passado e à memória do procedimento diferenciado e autônomo, com todas as nuances e características marcantes que as diferenças básicas do “antes e depois” do sentido tempo impõem.

8. CONCLUSÕES

O presente trabalho conclui, em primeiro lugar, que o direito desempenha a função de garantir expectativas congruentes no sentido material, social e temporal por meio de procedimentos previamente estruturados, decisões que encerram a plausibilidade jurídica do conflito real, e que podem ser observados em uma atividade de produção de conhecimento, pesquisa, do fenômeno jurídico.

Essa conclusão, contudo, não quer dizer que a decisão analisa cumpriu essa função de acordo com os requisitos indicados pela teoria estuada, a teoria sociológica do direito. Ao contrário, ainda que não se considere esta teoria um ideal a ser alcançado pelo direito positivado pelo Estado brasileiro, ela serve como parâmetro de comparação e análise da realidade do direito desta nossa sociedade. Assim, a partir da teoria sociológica, percebe-se que existe um esforço para demonstrar a imparcialidade do julgador. A decisão cita e argumenta em várias passagens a imparcialidade do julgador. E, desse modo, parece confirmar a necessidade de satisfazer a autonomia e diferenciação do procedimento judicial como sistema social de comunicação que produz um sentido específico por meio do âmbito social, material e temporal. Para desse modo, efetivar a função do direito, criar congruência entre esses três âmbitos de sentido que, nas sociedades complexas, são produzidos de diferentes modos, por diferentes sistemas sociais.

Isso quer dizer que a teoria sociológica do direito é adequada para contribuir com a compreensão do fenômeno jurídico por várias razões, destacam-se algumas. A sociedade em que vivemos, diante da quebra de padrões únicos, seja na moral, na religião, no parentesco etc. não se sustenta apenas nas generalizações de sentido produzidas por valores. Visto que este complexo de sentido é capaz de gerar um consenso com facilidade, mas não é capaz de determinar condutas facilmente aceitas. As discussões em torno da segurança pública e das polícias no país são exemplos disso. Por isso, propõe para o direito as normas/programas condicionais no tipo “se/então” como meio mais eficiente de determinação de orientação material ou prática. As vantagens desse complexo de sentido são indicadas: podem ser aplicadas com independência da pessoa, do tempo, podem ser mais facilmente

adaptadas a desenvolvimento ocorridos no sistema social amplo por meio de aumento de penas para determinadas condutas, por exemplo.

Por outro lado, o indivíduo não é um tratável pela teoria. Os indivíduos trazem consigo a característica da irrepetibilidade, de serem únicos. E isso é uma valorização do indivíduo pela teoria sociológica do direito, não o contrário, mas é um reconhecimento de incapacidades da própria teoria. Em substituição aos indivíduos, a teoria usa de modo adequado os papéis sociais, criados pelo procedimento, ou no sistema social geral. Eles assumem uma função segura de orientação de sentido, ao menos para os propósitos do sistema do procedimento judicial de decisão.

Por outro lado, os recursos ao meio do sentido, tendo em consideração a comunicação como forma de produção de sentido, ao fechamento operativo e abertura cognitiva do sistema do procedimento, trazidas da teoria dos sistemas, contribuem para a reafirmação do modelo de direito positivado, capaz de conviver com a complexidade social e com os seus desdobramentos, tal como a necessidade de mudança antes não reconhecida no direito, tratado como imutável e permanente.

Essa abordagem funcional do direito, utilizada pela teoria sociológica como fundamentação teórica deste trabalho é capaz de identificar elementos funcionais do direito que contribuem para um tratamento mais técnico deste fenômeno. Isso porque é ela utiliza uma metodologia e uma teoria que admite aspectos comuns entre direito e sociedade, assim, o sistema social e o sistema do direito podem ser compreendidos a partir de uma única teoria, podendo-se dizer assim que um conhecimento do direito adequado à sociedade complexa ajuda na produção do conhecimento do direito. Desse modo, a pesquisa supera a radical separação entre direito e sociedade, tal como proposto por teorias exclusivamente dogmáticas que tratam o direito como tecnologia de decisão, sem considerar a complexidade social.

Por outro lado, a pesquisa funcional tem a vantagem de afastar, mesmo considerando a decisão de um juiz de primeiro grau como objeto de pesquisa, a psiquê do juiz como principal preocupação para o estudo do direito. E, como foi dito, não é uma pesquisa exclusivamente dogmática do direito.

Ademais, sendo a função do direito de manter as expectativas de modo

contrafático uma forma de organização social da qual não podemos abrir mão nas sociedades complexas os estudos desenvolvidos podem contribuir para decisões mais adequadas aos problemas existentes nas sociedades complexas. Pois nessas sociedades, sem o recurso à moral natural ou aos vínculos de parentescos, a função do direito seja fortalecida, garantida. E os processos judiciais são um meio funcional adequado.

O que se conclui em sentido um tanto mais estrito é que a figura do juiz que dirige um sistema social especial de comunicação pode fortalecer a crença nas expectativas normativas impostas pelo direito positivado que exerce a função de garantir expectativas de modo congruente nos três âmbitos básicos de sentido. No caso da decisão analisada, a decisão apresenta uma constante preocupação em assegurar a imparcialidade do julgador que profere a decisão. Ocorre que, ainda que a autonomia e diferenciação do procedimento seja identificada, esses são apenas alguns dos meios que as sociedades complexas desenvolveram para assegurar de modo congruente as expectativas. A imparcialidade no sistema procedimental não pode ser apenas formal, declaratória, precisa, ainda segundo a teoria sociológica, ser mantida constantemente com a garantia de uma decisão ainda incerta para o procedimento. Todos os atos praticados pelo julgador precisam deixar claro aquela outra característica apontadas pela teoria sociológica do direito aqui estudada, a de que a decisão ainda é desconhecida e será proferida com base no próprio procedimento, nos atos praticados de acordo com a estrutura, regras, do procedimento. Qualquer espécie de corrupção desta regra pode colocar em risco a capacidade de efetivação da função do direito.

Caso isso não seja fortalecidos, corre-se o risco de descrença na política, o poder responsável pelo estabelecimento recursivo de expectativas gerais. Essa perda de credibilidade na justiça é a porta de entrada para um passado de tragédias em sociedade dirigidas por iluminados, por mitos pouco confiáveis e incapazes de respeitar os direitos que se opõem à sua vontade.

Assim, admitindo-se que o direito tem uma função específica na nossa sociedade e que a identificação de meios de efetivação dessa função é possível, a pesquisa que utiliza a teoria sociológica do direito pode produzir conhecimentos

relevantes para o direito e para a sociedade em geral.

Outro ponto, que se deve concluir nesta pesquisa, é que críticas sobre a justiça deste processo exigem uma pesquisa mais específica que analise também os atos praticados no processo diretamente, não apenas a decisão, tal como foi feito aqui. Esses atos processuais podem ser analisados levando em consideração a fundamentação teórica aqui utilizada. Essas pesquisas mais amplas também podem ser feitas em procedimentos que são decorrência da ação penal aqui analisada, por exemplo, processos administrativos junto ao Conselho Nacional do Ministério Público ou processos de colaboração, troca de informações, com outros países.

Não se defende, portanto, que o procedimento seja capaz de legitimar todas as decisões, nem que esta decisão que foi estudada seja legítima, especialmente considerando as referências externas, mas que não se conheceu aqui um meio mais funcional de legitimação que o procedimento que se vale dos recursos aqui apontados. Seja a criação de uma história própria, o que é facilmente identificado no relatório e as partes indicadas da decisão. O que leva a produzir uma aceitação da construção de fatos no procedimento com as marcas da imutabilidade do passado. E além disso, como se demonstrou, o centro da discussão no âmbito material, é um sentido específico construído por meio de provas no procedimento e levando em consideração o programa condicional das normas do direito do tipo “se-então”. Os sentidos materiais são limitados como temas das comunicações no procedimento construindo de modo recursivo um sentido específico que não coincide necessariamente com o sentido utilizado pelo sistema social amplo. O que demarca mais uma vez a existência de uma autonomia e diferenciação do procedimento judicial.

O procedimento utiliza várias estruturas para efetivar a diferenciação e autonomia do sistema especial de comunicação, entre eles se percebe que a decisão analisa as alegações de inépcia da denúncia, as suas condições que devem ser respeitadas para que ela seja aceita como uma comunicação válida dentro deste procedimento. E também as questões relacionadas à competência do juízo que são amplamente discutidas. Esses são dois aspectos da estrutura do procedimento que confirmam a formação da diferenciação, da autonomia e também o fechamento

operativo do procedimento judicial enquanto sistema especial de comunicação.

A utilização do procedimento como modo de construção de orientação material-temporal-sociais também pode ser percebida na forma como outros procedimentos, as chamadas delações premiadas, são recebidas pela decisão estudada. Esta faz depender de confirmações de provas do procedimento que ela resulta para concluir efeitos para a verdade das declarações dos delatores, tipo argumentos consequencialistas, se ele não quer perder o benefício, logo não mentiria, ou não deixaria de dizer a verdade. Neste contexto, não se questiona, por exemplo, se as declarações foram feitas para satisfazer outras expectativas que não a de confirmação de uma “verdade” determinada no procedimento de delação. De fato, a autonomia, ao que entende-se aqui, é também reconhecida pela utilização de informações produzidas em outros procedimentos, provas emprestadas, por exemplo, e procedimento de delação.

Tudo isso também mostra, tal como foi tratado no texto, que o procedimento é um resultado de mudanças sociais que tiveram implicações para o direito e para a positivação do mesmo, tornando-se, deste modo, o procedimento judicial um sistema especial de comunicação capaz de substituir os padrões morais únicos das sociedades arcaicas e primitivas, especialmente como modo de justificar o direito frente à complexidade social, sem recorrer à heterorreferência, seja ele um direito imutável (divino, natural) ou mesmo uma razão suficiente (direito natural racional).

O estudo do direito, partindo das bases da teoria sistêmica, por outro lado, admite apenas uma racionalidade limitada, parcial, tem também uma contribuição com o incentivar de soluções técnicas, parciais, até mesmo democráticas, que exigem a participação de informações vindas de outros sistemas, desde que as condições do sistema direito sejam respeitadas, incluindo a que mais se destacou aqui a imparcialidade do julgador. E isso tem um aspecto também relevante que é a negação de propostas de soluções definitivas e totais aos problemas sociais.

Por tudo isso, o uso de institutos como os que são referidas na própria decisão, que não confirmam as condições de diferenciação do procedimento judicial,

ajudam a desacreditar na função do direito. A confiança geral, social, de que determinadas expectativas são atingidas e até diminuídas em decisões que deixam de evidenciar as condições de compreensão do sistema procedimental como um sistema social autônomo e diferenciado.

A positivação do direito, ainda cabe dizer, não foi substituída de modo satisfatório por propostas capazes de não aderir a um racionalismo excessivo ou a um retorno ao jusnaturalismo jurídico, uma heterorreferência legitimadora para o direito.

Pelo que foi percebido nesta pesquisa, as heterreferências ao procedimento, mesmo sempre presentes, precisam recorrer aos meios limitadores do direito para que a sua função seja desempenhada de modo satisfatório, sem expor ao risco a própria Justiça e a credibilidade do Poder Judiciário como um todo.

Assim, a diferenciação de papéis, especialmente a do juiz, é indispensável para o fechamento operativo do sistema do procedimento, caso contrário, a tradicional separação de função dos poderes do estado pode correr sérios riscos. E isso também acaba por substituir a Constituição como meio de acoplamento entre Direito e Política (NEVES, 2009). Conseqüentemente, corre-se o risco de romper as diferenciações e a importância da ação política, algo indispensável para as sociedades complexas e um direito igualmente complexo e capaz de exercer a sua função básica de garantir as expectativas diante de um futuro incerto.

O juiz de garantias foi uma reação política para proteger a imparcialidade no procedimento? Que tipo de medidas a racionalidade do sistema do procedimento exige para que essa importante forma de diferenciação e autonomia do procedimento de comunicação, a imparcialidade, seja reforçada?

Esses questionamentos reforçam que a pesquisa funcional do Direito pode responder muitas questões importantes que a academia precisa contribuir para contribuir com mais diversidade e tolerância.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ADEODATO, João Maurício. **O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

_____. **Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na Ética e na Ciência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noesis, 2011.

_____. (no prelo) Retórica como metódica para estudo do direito. *In: A retórica constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

ALMEIDA, Silvio. **Racismo Estrutural: feminismos plurais**. Coord. Djamila Ribeiro. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

AMADO, Juan Antonio Garcia. **La Filosofia Del Derecho de Habermas e Luhmann**. Colômbia, Bogotá, 1997. (versão digital)

AMADOR, Clarice Pacheco. **O Problema da Morosidade no Judiciário**. Appris, 2016.

AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidinei. **Poderes do juiz e tutela jurisdicional**. Coleção Atlas de Processo Civil. Carlos Alberto Carmona (coord.). São Paulo: Atlas, 2006.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Coleção Folha Grandes Nomes do Pensamento. São Paulo: Editora Folha de São Paulo, 2015.

BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito (trad. João Maurício Adeodato). *In: Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Filosofia, n. 163, v. 39, p. 175-184, jul./ago./set., 1991.

BRANDÃO, Cristiane. **Guerra Jurídica (ou, simplesmente, guerra)**. *In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (orgs.) Comentários a Uma Sentença Anunciada: o processo Lula*. São Paulo, Baurú: Canal 6 Editora, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2015.

_____. **Sentença Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR.** Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/07/LULA-CONDENADO.pdf>> Acesso em: 28 de fev. 2018.

_____. **Decreto-lei nº 3.689,** de 3 de outubro de 194. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 28 de fev. 2018.

_____. **Decreto-lei nº 2.848,** de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 28 de fev. 2019.

_____. **Lei nº 9.296,** de 24 de julho de 1996. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 28 de fev. 2020.

_____. **Lei nº 12.850,** de 2 de agosto de 2013. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 28 de jan. 2020.

BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções e dos Pressupostos Processuais.** São Paulo: LZN EDITORA, 2005.

CALDAS, Roberto de Figueiredo. **O Devido Processo Entre a Justiça e a Política.** In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (orgs.) **Comentários a Uma Sentença Anunciada: o processo Lula.** São Paulo, Baurú: Canal 6 Editora, 2017.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **A Natureza do Processo Judicial.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARACIOLA, Andre Boari. **Princípio da congruência no código de processo civil.** São Paulo: Ltr, 2010.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **Uma Abordagem pragmática da Noção de Fato na Teoria do Direito:** a prova judicial como argumento persuasivo. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/adrualdo_de_li_ma_catao.pdf> Acesso em: 28 de fev. 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CUBEIRO, Manuel Torres. **NIKLAS LUHMANN.** Espanha, A Coruña: Baía Edicións, 2013. (versão digital).

DIDIER JR., Fredie. **Notas sobre as decisões estruturantes.** Disponível em:

<https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2017/08/zaneti-didier-cpr-2017_notas-sobre-ad-decisoes-estruturantes.pdf> Acesso em: abr. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FEITOSA, Enoque. Ética e direito: acerca da (suposta) existência de valores prévios e superiores na forma jurídica. In: **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. OLIVEIRA, Luciano; FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena. Recife: Editora Universitária UFPE, 2012.

FELIPPE, Marcio Sotelo. **Lawfare, esse crime chamado justiça**. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (orgs.) **Comentários a Uma Sentença Anunciada: o processo Lula**. São Paulo, Baurú: Canal 6 Editora, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **A ciência do direito**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

_____. **Direito, Retórica e Comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. São Paulo: Atlas, 2015.

GIELOW, Igor. **Impeachment de Bolsonaro divide o país, mas presidente mantém base de apoio, diz Datafolha**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/impeachment-de-bolsonaro-divide-o-pais-mas-presidente-mantem-base-de-apoio-diz-datafolha.shtml>> Acessado em: 04 de maio de 2020.

GOFFMAN, Erving; SACKS, Harvey; CICOUREL, Aaron e POLLNER, Melvin. **Sociologías de la situación**. Madrid: 2000.

GREENWALD, Glenn, REED, Betsy Reed e DEMORI, Leandro. **Como e porque o Intercept está publicando chats privados sobre a Lava Jato e Sergio Moro**. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/>> Acessado em 10 de jul. 2019.

HOUAISS, Antonio. **Grande Dicionário Houaiss**. Disponível em: <<https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v5-2/html/index.php#1>> Acesso em: 02 de jun. 20.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. por Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.

HUSSERL, Edmund. **Esperienza e Giudizio: ricerche sulla genealogia della logica**.

Traduzione italiana di Filippo Costa e Leonardo Samonà. Milano: Bompiani, 2007.

JOBIM, Marco Félix e ARENHART, Sergio Cruz (Org.). **Processos estruturais**. São Paulo: Juspodivm, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEWKOU, Lionel. **LUHMANN Como Intérprete de Husserl: el problema del sentido**. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/181/18126057018.pdf>> Acesso em: jan. 2020.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: 1983.

_____. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: 1983.

_____. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. **Teoria dos Sistemas na Prática I: Estrutura social e semântica**. Petrópolis: Vozes, 2018.

_____. **Teoria dos Sistemas na Prática II: diferenciação funcional e modernidade**. Vol. II. Petrópolis: Vozes, 2018. (versão digital)

_____. **La Unidad del Sistema Jurídico: escritos preparatorios para el derecho de la sociedad**. Colômbia, Bogota: Universidad Externado de Colombia, 2018. (versão digital)

_____. **Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral**. Petrópolis: Vozes, 2016.

_____. **Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría**. Barcelona: Paidós, 2016. (versão digital)

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. e outros (org.). El Derecho Como Sistema Social In: **Teoria de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidad de aplicación**. Peru: Ara Editores, 2007.

_____. Justiça nos sistemas jurídicos das sociedades modernas. In: **Ausdifferenzierung des Rechts**. Frankfurt: Suhrkamp, 1981.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular: proteção do erário público, do patrimônio cultural e natural; e do meio ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 1994.

MANN, Thomas. **José e seus irmãos 1**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

MARTINEZ, Vinício Carrilho; CORREIA, Heloisa Helena Siqueira. **O processo de Kafka**: memória e fantasmagorias do Estado de Direito. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 293, 26 abr. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5130>. Acesso em: 4 jun. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MENDES, Conrado Hüber. **O que é um jornal a serviço da democracia?** A Folha deixou para nós a tarefa de interpretar o que isso significa. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/06/o-que-e-um-jornal-a-servico-da-democracia.shtml?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=comptw> Acesso em: 01 de jul. 2020.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tendências contemporâneas do direito processual civil** (temas de direito processual). 3ª série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

NASSEHI, Armin. **La diferencia de la comunicación e la comunicación de la diferencia**: sobre los fundamentos de la teoría de la comunicación en la teoría social de Niklas Luhmann In: LUHMANN, Niklas e outros (org.). **Teoria de sistemas y derecho penal**: fundamentos y posibilidad de aplicación. Peru: Ara Editores, 2007.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, Liliana Saraiva de. **Princípios Processuais Constitucionais do Brasil e da Itália**: a garantia ao devido processo legal nas decisões judiciais. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/2300/1891>> Acesso em: 02 de jun. 2020.

OCAMPO, Sergio Pignuoli. **Doble contingencia y orden social desde la teoría de sistemas de Niklas Luhmann**. Sociológica (Méx.) vol.28 no.78 México ene./abr. 2013. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0187-01732013000100001&script=sci_arttext> Acesso em: 15 de maio de 2020.

PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (orgs.) **Comentários a Uma Sentença Anunciada: o processo Lula**. São Paulo, Baurú: Canal 6 Editora, 2017.

RABENHORST, Eduardo. **A normatividade dos fatos**. João Pessoa: Vieira Livros, 2003. _____. **A interpretação dos fatos no direito**. In: *Revista Prima F@cie*, ano

2, nº 02. Joao Pessoa: PPGCJ-UFPB, 2003.

RAMALHO NETO, Agostinho Marques. **O Juiz Como Protagonista do Espetáculo: a paranóia como metáfora para pensar essa posição.** In PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Marcio; RAMOS FILHO, Wilson (orgs.) **A resistência ao Golpe de 2016.** São Paulo, Baurú: Canal 6 Editora, 2016.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A condenação de Lula: o maior caso de lawfare do Brasil.** In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (orgs.) **Comentários a Uma Sentença Anunciada: o processo Lula.** São Paulo, Baurú: Canal 6 Editora, 2017.

RODRIGUES, Leo Peixoto e NEVES, Fabrício Monteiro. **Niklas Luhmann: a sociedade como sistema.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

_____. **A sociologia de Niklas Luhmann.** Petrópoles: Vozes, 2017.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral.** São Paulo: Cultrix, 2006.

SIMMEL, Georg. **Questões fundamentais da sociologia.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

SUASSUNA, Ariano. **O Sertão Mundo Suassuna.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Xgfu4eDuzE0>> Acesso em: 18 de maio de 2020. min. 27,42.

STRECK, Lênio Luís. **Uma ode à jurisdição constitucional.** Disponível em: <<https://estadodaarte.estadao.com.br/streck-ode-jurisdicao-constitucional/>> Acesso em: 15 de abr. 2020.

TREVES, Renato. **Sociologia do Direito.** São Paulo: Manole, 2014.

TUCCI, Rogério Lauria e CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e Processo.** São Paulo: Saraiva, 1989.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingencia no sistema jurídico.** Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 2015.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Filosofía del Derecho.** Barcelona: Gedisa, 1991.

APÊNDICE – Declaração de autenticidade e originalidade

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
DINTER UFPB-UFPI

**DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO AUTORAL DO TRABALHO FINAL DE
TESE DOUTORAL**

NOME DO (A) DOUTORANDO (A): **MARCOS GONÇALVES NASCIMENTO
COSTA**

RG: 1332.340-SSP-PI CPF: 520.353.523-04

Código de Matrícula: 2015125560

Telefone: (086) 99434-8560 E-mail: marcosgncosta@gmail.com

ORIENTADOR: Professor Doutor ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

DATA DA SESSÃO DE DEFESA FINAL: 30 de agosto de 2020

TÍTULO/SUBTÍTULO DA TESE: **A FORMAÇÃO DO SISTEMA AUTÔNOMO
NO PROCESSO JUDICIAL**: uma análise da sentença de primeiro grau no processo
judicial ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR a partir da teoria sociológica do
direito.

Declaro, para os devidos fins, que o presente trabalho de tese, em fase de defesa, apresentada ao PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS, do CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – UFPB é de minha autoria e que estou ciente: dos Artigos 184, 297 a 299 do Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940; da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, sobre os Direitos Autorais, do Regulamento Disciplinar do Corpo Discente da UFPB, da Resolução da Pós-graduação da UFPB; e que “plágio consiste na reprodução de obra alheia e/ou submissão da mesma como trabalho próprio, bem como na inclusão, em trabalho próprio, de ideias, textos, tabelas ou ilustrações (quadros, figuras, gráficos, fotografias, retratos, lâminas, desenhos, organogramas, fluxogramas, plantas, mapas e outros) transcritos de obras de terceiros sem a devida e correta citação da referência”.

Com isso, declaro por este meio acerca da autenticidade, originalidade, inexistência de qualquer tipo de plágio, bem como e por fim, de **isenção de responsabilidade e/ou corresponsabilidade do meu orientador e co-orientadora** em face de qualquer eventual existência de hipóteses acima elencadas.

João Pessoa – PB, 11 de julho de 2020

Marcos Gonçalves Nascimento Costa
Matrícula: 2015125560

ANEXO I – Extrato da decisão

Item 8, o relatório fala que o Grupo OAS pagou sistematicamente os agentes públicos e partidos políticos. No item 9. Fala dos valores R\$ 87.624.971,26, 3% dos valores dos contratos. No item 10 fala dos valores para o Partidos dos Trabalhadores. No item 11 os valores recebidos pelo réu Luís Inácio Lula da Silva. No item 12 explica que esses valores correspondem a disponibilização de um imóvel não pago e por reformas também neste imóvel. No item 13 aparecem valores pagos pelo armazenamento de bens. No item 14 a afirmação de que foram utilizadas “estratagemas subreptícias para ocultar as transações”

A partir do item 41 até o 46, a decisão faz referências a alegações de nulidades no procedimento, todas negadas.

No Item 57. “Os questionamentos sobre a imparcialidade deste julgador constituem mero diversionismo e, embora sejam compreensíveis como estratégia da Defesa, não deixam de ser lamentáveis já que não encontram qualquer base fática e também não têm base em argumentos minimamente consistentes, como já decidido, como visto, pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região”.

Item 77. “Ainda que se possa eventualmente discordar da medida, há de se convir que conduzir alguém, por algumas horas, para prestar depoimento, com a presença do advogado, resguardo absoluto à integridade física e ao direito ao silêncio, não é equivalente à prisão cautelar, nem transformou o ex-Presidente em um “preso político”. Nada equivalente a uma “guerra jurídica”.

Item 91. “Quanto às alegações de que teria sido dado publicidade indevida a diálogos privados do ex-Presidente e de seus familiares, cumpre esclarecer que só foi dado publicidade aos diálogos juntados pela autoridade policial aos autos da interceptação 5006205-98.2016.4.04.7000, o que decorreu do mero levantamento do sigilo sobre os próprios autos.”

O terminal era usado por uma empresa, não por escritório de advocacia. Empresa que, era do réu (item 105) representava o réu Lula, e nos relatórios da

autoridade policial, não do juiz, indicavam que pertencia a uma empresa. O MPF indica que o terminal pertence a uma empresa, item 102. Item 103 mudança no cadastro do CNPJ, apontando fraude. Item 106, o juiz só tomou conhecimento em momento posterior. No item 107, o juiz justifica sua atenção escassa, no excesso de trabalho. Não houve gravações relevantes, item 108. item 109. Item 110, lamenta a gravação, falta de relevância.

Item 109. “Aliás, rigorosamente, apesar da argumentação dramática da Defesa de Luiz Inácio Lula da Silva no sentido de que teriam sido interceptados vinte e cinco advogados pela implantação da medida no terminal 11 3060-3310, não há concretamente o apontamento de diálogos interceptados no referido terminal de outros advogados que não do próprio Roberto Teixeira e nem de diálogos cujo conteúdo dizem respeito ao direito de defesa.”

Item 110. “De se lamentar que, pelo fato da LILS Palestras indicar em seu cadastro no CNPJ o telefone de contato de escritório de advocacia, possam ter sido equivocadamente interceptados telefonemas estranhos à investigação, mas, se isso ocorreu, tais diálogos sequer foram selecionados como relevantes, preservando-se o seu conteúdo.”

O juiz alega que o relator, quando levou ao plenário, não fez as mesmas críticas, anteriormente feitas, “atuação arbitrária” do juiz. Item 123, não fez referências a medidas disciplinares. No item 125, ele diz que o problema não é o levantamento, o procedimento, mas o conteúdo do diálogo. “Eles têm que ter medo”. O réu se referia a assumir o cargo de ministro da Casa Civil. No item 126, o juiz faz referência à possibilidade dos erros judiciais serem corrigidos em vias recursais. No item 127 não participa de uma “guerra jurídica”, mas de um procedimento de forma imparcial. Item 128 referência à entrevista dos procuradores para explicarem a denúncia. (evento 335). No item 130 o juiz refere à necessidade de ato processual para haver a produção de efeito jurídico, descartando a relevância da atuação dos procuradores na entrevista, mas admite que a forma e a linguagem foram inadequadas. E mais uma vez nega a “guerra jurídica”, a sua preocupação em manter a imparcialidade se repete aqui.

Destaca a liberdade de expressão e de noticiar. E justifica o grande

destaque das notícias em razão do tamanho do escândalo. Faz referência a corrupção no governo que sucedeu o réu, item 134.

No item 136, mais uma vez defende a imparcialidade do julgador e repete o que falou para o réu no interrogatório: "eu lhe asseguro que vai ser julgado unicamente com base nas leis e na prova do processo, o senhor pode ficar seguro quanto a isso". Nega o "lawfare". Repete o diversionismo e a "guerra jurídica".

No item 140 diz que não houve urbanidade pela parte da defesa

No item 142 aparece a repetição de diálogos em audiência, chama de "lamentáveis episódios"

Reafirma a imparcialidade, item 149. Item 150, diz que julga com base nas provas e que o comportamento processual pouco importa. Item 151 diz que absolveu o acusado, mesmo com comportamento hostil da defesa.

Item 170 diz que a denúncia descreve adequadamente as condutas delitivas.

Nos item 189 a 196 exemplos de provas custosas.

A testemunha foi orientada a não falar pelo seu advogado, Barusco, item 206. O juiz considerou advogado da testemunha.

O juiz facultou a reoitiva da testemunha. Item 225.

As testemunhas fizeram compromisso de dizer a verdade. No item 235, o juiz declara que jamais utilizou a prisão para conseguir a colaboração ou a confissão. Negou prisão ilegal. No item 236 fala do respeito às condições de decretação de prisão preventiva.

Item 241, o réu não pode alegar falta de liberdade na colaboração, quando o colaborador e a defesa afirmam que não houve coação. A decisão distingue validade com valoração da prova. Item 243. Fala em consistência interna e externa da prova e outras provas que corroborem os acordos.

No item 248 aponta as regras de admissão das colaborações. Defende a necessidade de utilização do depoimento de criminosos como meios de prova. 249 e 250, 251. No item 255 faz referência aos valores devolvidos pelos colaboradores.

Item 252, necessidade de provas independentes para confirmar a delação.

No item 271 aparecem os nomes dos diretores da Petrobras.

Item 302, a decisão refere-se a “conceder o apartamento sem os devidas pagamentos. Dispensa a titularidade formal ou transferência da propriedade. Segundo a acusação, a concessão ocorreu de maneira subreptícia, com o objetivo de dissimular o ilícito, item 305. Os tipos penais não exigem a transferência formal do imóvel, item 307. Item 318 fala dos resultados da busca e apreensão no apartamento do réu e que conseguiram vários documentos da aquisição de um imóvel pelo réu. Documentos de compra, termos de adesão, item 324. Documentos apreendidos em busca e apreensão na Bancoop. Item 326, também foram apreendido documentos.

No item 362 aparece um exemplo da incongruência temporal criticada na decisão. Muitas referências a datas, calendários etc. (itens 363 e 364, exemplo.) Nessa divisão é possível descer a detalhes sobre essas coerências e testar cada uma delas.

Item 369 perícia em computadores apreendidos na sede da Bancoop.

Tem referência a matéria jornalística item 376 com indicação de declaração do apartamento. No item 377 o juiz estabelece que a matéria jornalística é importante para a prova. Item 378, o juiz faz referência a progressão no tempo. O item 381 fala das reformas no imóvel. Item 385 notas fiscais das reformas. Item 387 mais datas. E os tipos de alterações realizadas pelas reformas. Nessa seção está presente a caracterização da conduta criminosa, benefício ao réu. Item 389 a 391 referencia a armarios de cozinha. Item 392, aponta correspondência entre a denúncia as provas trazidas do ambiente social.

Item 411 faz referência a “desdobramento dos fatos” No item 414, nota publicada pelo Instituto Lula em defesa de uma ré. Itens 417 e 418 são apresentadas conclusões sobre as provas documentais.

Item 418, alínea K matéria de jornal atribui a propriedade do imóvel.

Item 423. Declaração que não teve a intenção de comprar um apartamento triplex. (evento 885). Desconhece o assunto da resura, 424. No item

425 faz diferença entre o depoimento e a defesa técnica. Apontada da primeira contradição no depoimento, item 430. Todo o depoimento confirma a regra/expectativa de proibição de “recebimento de vantagem indevida”. Item 433, 434, 435, 436, contradição entre os depoimentos na fase do inquérito policial e a instrução processual. “contradições circunstanciais, mas dizem respeito a aspectos relevantes” Item 447, inconsistência do depoimento com as demais provas do processo, “especialmente as do tópico anterior da decisão”. Faz referências às provas orais que serão analisadas em momento posterior.

No item 449 existe a referência a diferença de numeros dos apartamentos. No item seguinte a decisão fala da inconsistência em relação à compra do apartamento.

Item 456 também fala de não apresentação de explicação concreta. Item 457 referência às reformas no triplex. Segue a decisão apontado inconsistência entre as provas. Reformas personalizadas.

Item 478 aponta inconsistências entre o depoimento e as provas documentais, provados no processo, e do processo. Inconsistência são consideradas “falta de verdade” item 480.

Foram ouvidos empregados e fornecedores da OAS Empreendimentos. Cota vinculada a uma unidade. Discussão material “imóvel quem estava destinado”, item 489.

No item 490, a testemunha Mariuza Aparecida da Silva disse que não houve nenhuma outra visita ao imóvel. 491. Igor Ramos Pontes, gerente regional de contratos. Item 493, quais reformas foram feitas. Item 494, as reformas não eram comuns a atividade da construtora. Item 496, não escutou nada sobre pagamentos, “preço das reformas”. Item 497, Rodrigo Garcia da Silva trabalhou na empresa Kitchens Cozinhas e Decorações. Item 498. Mario da Silva Amaro e Arthur Hermógenes Sampaio Neto, gerentes comerciais da Kitchens Cozinhas e Decorações. Item 499. Armando Dagle Magri é sócio e trabalha na Tallento Construtora Ltda, diz realizou reformas em nome da OAS. Item 500, Hernani Guimarães Júnior (evento 424) e Rosivane Soares Cândido. Item 501. Alberto Ratola de Azevedo, engenheiro civil da AZI Engenharia. Item 502. Foi também

ouvido José Afonso Pinheiro, tentando mostrar que o apartamento era o benefício recebido indevidamente pelo réu. Item 506 a esposa do réu “se comportava como proprietária”. Item 509 testemunhas da defesa. Referência a testemunha que trabalha como segurança do réu. Itens 520, 521, 522 referência ao depoimento de Adelmario com descrição da forma dos pagamentos aos partidos políticos etc. Como se formou os pagamentos ilegais aos partidos por meio dos fornecedores da Petrobras, empreiteiras, consórcio etc. itens 523 e 524. No item 525, como soube que o apartamento seria de propriedade do réu, e não foi informado que haveria pagamento pela mudança do tipo de apartamento, a venda do apartamento inicial trocado por um de maior valor. Fala da reunião com a presença do réu no Instituto, item 527. No item 528 faz referência ao ato processual de *interrogatório*. Item 529 referência ao acerto das contas do valor da troca de apartamento e o custo da reforma da conta geral de propinas. Item 531 a transferência do imóvel foi tratada em conversa, “não chegou a ser definido como a transferência formal do apartamento seria feita”. Defesa pergunta se “deu a propriedade do imóvel ao réu”. Item 532, não ficar com o imóvel ou pagar as diferenças. No Item 534 confirmou autenticidade das mensagens. Item 535 porque pagou as vantagens. Item 536, de onde seriam abatidos os gastos com as reformas e a mudança de imóvel. Item 538 e 539 mais documentos e mensagens foram juntados ao processo pela testemunha/depoente. Item 542, juntou mensagens de Whatsapp. Item 545, conta “geral de propinas”. Item 549, confirmação das reformas, Item 552 confirmou autenticidade de mensagens eletrônicas. Item 555 falou da visita ao apartamento com o réu e sua esposa no ano de 2014.

Item 556 outra testemunha diz que não houve tratativas sobre valores a serem pagos. Item 558 testemunha corrobora depoimento de outra. Item 561 outro que esteve presente na visita ao imóvel. Não sabe o motivo das reformas, item 562. Item 566, sabe que o imóvel nunca foi posto à venda. Item 567 semelhança de depoimentos com outra testemunha. Item 568 depoimento de outra testemunha, fala do ajuste em licitação, item 572, como era o acerto percentual, etc. item 576. Item 582, fala das reformas. Item 584, depoimento Paulo Okamoto. Item 587, a decisão faz referências a contradições nos depoimentos de acusados, entre o das testemunhas e acusados e das testemunhas. Justifica pela ausência de

conhecimento completo dos fatos por cada um deles, item 588. Item 596 depoimentos não conclusivos. Item 597 confirmação dos depoimentos com documentos. Item 599, síntese das provas documentais. Item 602 o que a decisão entende por provado especialmente retoma as acusações trazidas pela denúncia.

Proposta de compra de apartamento rasurada, pagamentos, declaração de IR, opções de compra, onde os documentos foram apreendidos, 602 e seguintes. Item 611 provas documentais corroboradas por testemunhas. Item 613, as testemunhas de defesa não justificam rasuras etc. Item 620 atividade de reformas personalizadas não eram comuns pela OAS. Item 624, personalização das reformas e aquisição do imóvel, sem desistência. Item 626, reformas aprovadas pelo casal do réu. Item 628 testemunhas de defesas inconsistentes. Item 632, não discussão dos valores das reformas. Item 639, preços pagos com dinheiro de corrupção. Depoimentos verdadeiros, item 641.

Item 642, criminosos com depoimentos verdadeiros. Item 643, depoimento verdadeiro pois convergente com demais provas produzidas de modo independente. Item 646 ocultação = ilegalidade, confirmam a acusação de não pagamento de troca do apartamento e reformas.

Item 648, cartel, 3 % dos contratos. Item 649 conta geral de propinas. Item 650 identifica os contratos. Itens 651 e 652 consórcio. 655 relatório da comissão de licitação. Item 656, comissão interna da Petrobras. Valores dos contratos, item 658. Item 653 preço maior que o máximo aceitável pela Petrobras. Item 664, alteração inaceitável pela comissão interna da Petrobras. Aditivos no contrato 666. Item 6667, Refinaria Abreu e Lima. Item 675 consórcio vencedor.

Condenação de corrupção envolvendo estes contratos em outro processo. Itens 717 a 719. Item 722 condenação de diretores da Petrobras em outros processos. Item 729 referência ao depoimento de Delcídio do Amaral, obrigação dos nomeados pelo governo para a diretoria da Petrobras de repassarem propinas aos partidos políticos.

Item 756 pagamentos de dívida de agentes dos partidos dos trabalhadores. Item 773 recursos para o apartamento e reformas.

Depoimento do presidente da Petrobras à época, item 782 e ss,

considerado “vago”. Item 790, Testemunhas da defesa são consideradas abonatórias. Lista de testemunhas, item 791. Não conheciam os fatos do processo. Item 795, prisão dependendo do trânsito em julgado. itens 801, 803 e 804, ação penal 470. Item 808, álibes da defesa. Não se trata de matéria de titularidade do imóvel, item 810 e ss. Hipoteca, lista de propriedade em processo de recuperação judicial. Item 823, ausência de ato formal do acusado na Petrobras. Item 829 a decisão faz referência à propriedade do imóvel e seus desdobramentos civis.

Item 835, provado o esquema criminoso. Item 836 quem se beneficiou com o esquema criminoso; item 837, o que faziam os diretores da Petrobras. Item 838, papel do réu; item 840 prova da participação da OAS; item 844 indicou que houve utilização do caixa do esquema de corrupção para pagar as reformas. Item 848 provados os depoimentos de quem eram os proprietários do imóvel e os destinatários das reformas. Item 849 provam que os depoimentos não são consistentes. Item 850 que o réu e a esposa são “proprietários de fato”. Item 851 o depoimento do réu provou... Item 853 provado então o crime de corrupção. Item 854 havia a conta geral de próprias da OAS. Item 855 de onde vieram os recursos dessa conta geral. Item 856 o réu foi beneficiado; item 861 “clube” de empreiteiras; item 862, centro do crime de corrupção. Item 863, ato de ofício e corrupção, arts. 317 e 333 CP; Item 864, uma empresa não pode pagar um agente público. Item 865 pagamento em razão do cargo, independente da prática de ato de ofício ou determinado; item 867, referência à ação 470 STF, mensalão. Item 874 nega doação eleitoral; Item 886, causa de aumento de pena, art. 317, 333 e parágrafos. Item 890 “conclusão natural”. Item 891 “permanência no cargo depende de capacidade de continuar arrecadando recursos”. Itens 892 e 893 os “benefícios indevidos”. Item 894 ocultação da propriedade e lavagem de dinheiro. Item 896, “formas singelas de ocultação”, crime de lavagem de dinheiro. Item 902 não confusão entre os crimes de corrupção e lavagem. Item 906 mantiveram o imóvel em nome da OAS lavagem. Item 918, resumo das conclusões.

Item 926, os fatos foram provados, mas a interpretação precisa de esclarecimentos. Item 928 a “situação deles é um pouco diferente”. Item 931 “não há provas suficientes de que essas irregularidades tenham sido praticadas com intenção criminosa ou que fizeram parte de uma acerto de corrupção”. Item 935

afasta o crime de corrupção. Item 936 o cálculo de credibilidade é em razão de dados internos ao processo, relaciona com a delação premiada.

Item 939 absolvição nos crimes envolvidos o armazenamento do acervo. Item 941, absolvição por falta de provas. Item 942, condena; item 943 condena; item 944 condena lavagem e corrupção; Item 945, individualização e dosimetria da pena.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
DINTER UFPB-UFPI

**DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO AUTORAL DO TRABALHO FINAL DE TESE
DOUTORAL**

NOME DO (A) DOUTORANDO (A): **MARCOS GONÇALVES NASCIMENTO COSTA**
RG: 1332.340-SSP-PI CPF: 520.353.523-04
Código de Matrícula: 2015125560
Telefone: (086) 99434-8560 E-mail: marcosgncosta@gmail.com

ORIENTADOR: Professor Doutor ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO
DATA DA SESSÃO DE DEFESA FINAL: 30 de agosto de 2020

TÍTULO/SUBTÍTULO DA TESE: **A FORMAÇÃO DO SISTEMA AUTÔNOMO NO
PROCESSO JUDICIAL**: análise da sentença de primeiro grau no processo judicial ação
Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR a partir da teoria sociológica do direito.

Declaro, para os devidos fins, que o presente trabalho de tese, em fase de defesa, apresentada ao PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS, do CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – UFPB é de minha autoria e que estou ciente: dos Artigos 184, 297 a 299 do Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940; da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, sobre os Direitos Autorais, do Regulamento Disciplinar do Corpo Discente da UFPB, da Resolução da Pós-graduação da UFPB; e que “plágio consiste na reprodução de obra alheia e/ou submissão da mesma como trabalho próprio, bem como na inclusão, em trabalho próprio, de ideias, textos, tabelas ou ilustrações (quadros, figuras, gráficos, fotografias, retratos, lâminas, desenhos, organogramas, fluxogramas, plantas, mapas e outros) transcritos de obras de terceiros sem a devida e correta citação da referência”.

Com isso, declaro por este meio acerca da autenticidade, originalidade, inexistência de qualquer tipo de plágio, bem como e por fim, de **isenção de responsabilidade e/ou corresponsabilidade do meu Orientador** em face de qualquer eventual existência de hipóteses acima elencadas.

João Pessoa – PB, 11 de julho de 2020

Marcos Gonçalves Nascimento Costa
Matrícula: 2015125560