

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667



REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 05 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 01 - JAN/JUN 2020

ISSN 2595-5667

Rio de Janeiro,
2020.

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial Internacional:

Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela, Venezuela
Sr. Erik Francesc Obiol, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Peru, Peru
Sr. Horacio Capel, Universidad de Barcelona, Barcelona, Espanha.
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilha, Espanha.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Valdivia, Chile.
Sra. Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim, Universidade de Coimbra, UC, Portugal.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu, Turquia

Conselho Editorial Nacional:

Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica, PUC/SP, Brasil.
Sr. Alexandre Santos de Aragão, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília, UNB, Brasil.
Sr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Brasil.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Fabio de Oliveira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Garcia Cabral, Escola de Direito do Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul., Brasil
Sr. Henrique Ribeiro Cardoso, Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piri-piri, PI, Brasil., Brasil
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. José Vicente Santos de Mendonça, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Georges Louis Hage Humbert, Unijorge, Brasil
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sra. Marina Rúbia Mendonça Lôbo, Pontificia Universidade Católica de Goiás, Goiás, Brasil.
Monica Sousa, Universidade Federal do Maranhão
Sr. Mauricio Jorge Pereira da Mota, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sra. Patricia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Avaliadores:

Sr. Ciro Di Benatti Galvão, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sr. Eduardo Fortunato Bim, Universidade de São Paulo, USP, Brasil, Brasil
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piripiri, PI, Brasil., Brasil
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, RJ, Brasil.
Sra. Maria Maria Martins Silva Stancati, Universidade Estácio de Sá, UNESA, RJ, Brasil.
Sra Marina Rúbia Mendonça Lôbo de Carvalho, Pontifícia Universidade Católica de Goiás.
Sr. Rodrigo Gava, Empresa de Pesquisa Energética, EPE, Brasil., Brasil
Sr Silvio Teixeira da Costa Filho, Pontifícia Universidade Católica, PUC-MG, Brasil., Brasil
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

Editor-Chefe:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

Editores:

Sra. Camila Pontes da Silva, Universidade Federal Fluminense, UFF, Niterói, RJ, Brasil.
Sr. Eric Santos de Andrade, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Srta. Gabriela Rabelo Vasconcelos, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Jonathan Mariano, Pontifícia Universidade Católica, PUCRJ, Rio de Janeiro, Brasil.
Sra. Natalia Costa Polastri Lima, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.

Diagramação e Layout:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil.

SUMÁRIO

Apresentação	006
Emerson Affonso da Costa Moura	
Considerações iniciais sobre a Lei Geral das Agências Reguladoras	007
Alexandre Santos de Aragão	
Sobre a possibilidade de enquadramento no conceito legal de deficiência visual quando houver possibilidade de que haja reversibilidade ou correção da suposta necessidade especial	024
Fabio Carvalho Verzola	
A execução orçamentária municipal: um estudo da secretaria de educação de santa maria – RS	045
Thiago Mello da Silva, Cristiane Krüger, Cristiano Sausen Soares e Lizana Ilha da Silva	
Governança: variedades conceituais	091
Dany Shin Park	
Redefinição do ato discricionário	118
Daniel Marques de Camargo e Edinilson Donisete Machado	
Políticas públicas de promoção de igualdade racial no Município de Caçapava do Sul/RS: análise da situação socioeconômica da população negra do município (2000-2010)	138
Zeni Xavier Siqueira dos Santos	
Crítica à interferência entre os poderes à luz da teoria de luhmann e a nova lei de abuso de autoridade	162
Abel Dionizio Azeredo e Carlos Eduardo Soares Vaz	
As participações governamentais nas indústrias petrolíferas e de gás natural no direito comparado e seu impacto para o desenvolvimento econômico	186
Armenio Alberto Rodrigues da Roda	
The force of ideals. Creation of liberal states, political constitutions and democratic transformation	212
A força dos ideais. Criação de estados liberais, constituições políticas e transformação democrática	235
Horacio Capel	

CRÍTICA À INTERFERÊNCIA ENTRE OS PODERES À LUZ DA TEORIA DE LUHMANN E A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

CRITICISM OF INTERFERENCE BETWEEN POWERS IN THE LIGHT OF LUHMANN THEORY AND THE NEW LAW OF ABUSE OF AUTHORITY

ABEL DIONIZIO AZEREDO

Doutor e mestre pela UNESP. Coordenador do Mestrado Profissional em Administração Pública em Rede Nacional (PROFIAP) da Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR).

CARLOS EDUARDO SOARES VAZ

Mestre em Administração Pública pela UTFPR. Professor da Faculdade Anglicana de Erechim/RS. Assessor judiciário junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

RESUMO: O presente artigo busca explicar, à luz da teoria sistêmica de Luhmann, as interações entre Direito e Política, especificamente na relação de poderes no sistema estatal tripartite, culminando na nova lei de abuso de autoridade. Utiliza de metodologia baseada na análise de estudos teóricos, qualitativos e descritivos, através de levantamento de material bibliográfico quanto à teoria sistêmica de Niklas Luhmann aplicada ao contexto estatal brasileiro atual, podendo ser enquadrado no eixo temático Estado, Governo e Sociedade. A pesquisa expõe terminologias dos estudos de Luhmann e seus significados, para compreensão da teoria sistêmica, interligando-se em dois caminhos: a diferenciação entre Direito e Política e seu acoplamento estrutural, apresentando crítica quanto à interferência entre os poderes, especialmente a constituição de um Tribunal Político atuando nas políticas públicas reservadas à Administração Pública do Poder Executivo e, por outro lado, a atuação legiferante dos Poderes Executivo e Legislativo na limitação de atuação do Poder Judiciário, especialmente na recente nova lei de abuso de autoridade.

PALAVRAS-CHAVES: Poderes estatais, direito e política, teoria sistêmica de Niklas Luhmann, tribunal político, lei de abuso de autoridade.

ABSTRACT: This article seeks to explain, in the view of Luhmann's systemic theory, the interactions between Law and Politics, specifically in the relationship of powers in the state tripartite system, culminating in the new law of abuse of authority. It uses a methodology based on the analysis of theoretical, qualitative and descriptive studies, through the survey of bibliographic material regarding niklas Luhmann's systemic theory applied to the current Brazilian state context, and can be framed in the state, government and society thematic axis. The research exposes terminologies of Luhmann's studies and its meanings, to understand systemic theory, interconnecting in two paths: the differentiation between Law and Politics and its structural coupling, presenting criticism about the interference between the powers, especially the constitution of a Political Court acting in public policies reserved for the Public Administration of the Executive Branch and, on the other hand, the legiferante action of the Executive and Legislative Branches in limiting the judiciary, especially in the recent new law of abuse of authority.

KEYWORDS: State powers, law and politics, Niklas Luhmann systemic theory, political court, authority abuse law.

I. INTRODUÇÃO

As teorias de Niklas Luhmann destacam-se por sua aplicação nas mais variadas áreas. Firmam-se no campo social, examinando os chamados sistemas fechados, por exemplo, a Política, as Artes, a Economia, o Direito, a Religião, os Sistemas Comunicacionais e até os Relacionamentos Interpessoais, elaborando, para tanto, um pensamento sistêmico permeado pela comunicação, com base na autopoiese, conceito, este último, que tem origem nos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, e que se traduz na capacidade de se autoproduzir.

Disto surge a Teoria Sistêmica de Luhmann, com fulcro nos sistemas e suas relações consigo mesmos, no ambiente que o circunda e na comunicação, objetivando a redução da complexidade, sendo esta o conjunto de possíveis acontecimentos de um sistema (CORSI, ESPOSITO E BARALDI, 1996, p. 43).

Luhmann traz explicações racionais para tudo o que ocorre em sociedade, sejam simples interações, até as organizações, ou mesmo, a própria sociedade, como um todo.

Nesse aspecto, o Direito e a Política, como sistemas dentro do sistema social, assumem papel relevante na teoria sistêmica de Niklas Luhmann.

Conforme a mencionada teoria, Política é a capacidade de decidir de um modo coletivamente vinculante, com a utilização da comunicação própria, através do código com poder/sem poder. E o Direito objetiva manter estáveis as expectativas (vigência social), também com a utilização da comunicação própria através do código certo/errado (*recht/unrecht*)⁴⁵, assim criando e autoproduzindo o próprio Direito (CORSI, ESPOSITO E BARALDI, 1996, p. 54 e 128).

⁴⁵ Utiliza-se a expressão certo/errado para o código porque se trata da tradução literal de *recht/unrecht*. A maioria dos autores citados no presente artigo prefere a expressão legal/ilegal ou lícito/ilícito. Os presentes autores preferem justo/injusto. No entanto, nenhuma dessas expressões parece compreender de fato o que quis dizer Luhmann, pois ao falar de justo/injusto está se falando de justiça, legal/ilegal em estar de acordo com a lei e lícito/ilícito quanto à licitude dos fatos, ou seja, valores e conceitos amplos e abrangentes que permitem aferições sociológicas e filosóficas infundáveis e nem sempre consideradas nas decisões que, de fato e efetivamente, reconhecem ou não o direito. O mais acertado parece ser tratar o código como: “com direito/sem direito”, pois é mais fiel ao código binário pretendido por Luhmann. Entretanto, por ora, em razão da pouca fundamentação no aspecto, limitada ao raciocínio dos autores, mantém-se a tradução literal (nota dos autores).

Muito embora a teoria sistêmica reconheça a cada sistema sua específica função, admite excepcionalmente algumas interações entre os sistemas, mas rejeita a tomada de um sistema por outro, sob pena de colapso do sistema e, por vezes, do ambiente que o circunda.

Trazendo a teoria para o campo prático, verifica-se, especialmente nas relações entre os poderes estatais e suas funções típicas e atípicas, mormente no envolvimento da justiça, da elaboração de normas e da administração estatal, uma espécie de disputa que, à medida que fica mais acirrada, criam no Governo, no Estado e na Sociedade uma certa instabilidade, ocasionando rupturas e desestruturando institutos caros à democracia, como a representação da vontade do povo e a manutenção da justiça.

Podem ilustrar o caso o Superior Tribunal Federal (STF) como tribunal político, as operações policiais que ameaçaram a classe política e a nova lei de abuso de autoridade aprovada pelo Congresso Nacional, em certa retaliação aos fatos mencionados por primeiro.

Nesse sentido, o próprio STF autodenomina-se de Tribunal Político (BRASIL, 2004), característica anômala do Poder Judiciário, pela qual são tomadas decisões de fundo político, que somente competiriam a outro poder estatal. A classe política, sentindo-se ameaçada por um novo pensamento instituído na polícia, ministério público e poder judiciário, no sentido de investigar, processar e julgar crimes de improbidade administrativa e corrupção, une-se para criminalizar a atuação dessas autoridades, em benefício próprio.

E, considerando a complexidade, por vezes inacessibilidade, da teoria de Luhmann, bem como a inexorável aplicação desta ao Direito e à Política para a compreensão das origens e consequências do choque desses dois institutos no cenário acima descrito, percebe-se necessário este exame a fim de que, com o conhecimento dos mecanismos de seu funcionamento, compreender qual a contribuição da teoria sistêmica no âmbito dos dois sistemas e dentro do contexto fático acima especificado.

Por isso, neste trabalho, expõem-se os aspectos principais da teoria sistêmica formulada por Luhmann, necessários a situar o Direito e à Política dentro da Teoria Sistêmica, apresentando as implicações dos sistemas e as suas relações com o denominado Tribunal Político, o corporativismo da classe política, os poderes estatais constituídos e a nova lei de abuso de autoridade.

II. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

2.1 BREVES APONTAMENTOS QUANTO À TEORIA SISTÊMICA LUHMANNIANA

Luhmann, em sua vida, pesquisou sobre os sistemas sociais para explicar a própria sociedade como um fenômeno social (teoria sistêmica). Diz que, com exceção do mundo (centro de toda a complexidade e contingência), o todo perceptível se explica ou por sistema, ou por ambiente (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 148-150).

Ao retratar teorias difundidas de diversas áreas da ciência, num método interdisciplinar, cria novas terminologias e ressignifica termos, como sistema, ambiente, estrutura, função, sentido, contingência, comunicação, acoplamento estrutural, heterorreferência, autorreferência⁴⁶, autopoiese, dentre outros.

E, ao definir especificamente cada sistema, Luhmann se utiliza de conceitos de diferenciação da sociedade, expectativas, código, comunicação, dimensões do sentido, programa, evolução, paradoxo, conflito e complexidade (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 54).

Muito embora o premente desejo em explorar todos esses elementos, o estudo em comento, considerando seus motivos e extensão, limitar-se-á à análise de alguns desses conceitos, o que, por enquanto, é suficiente ao que se propõe. Mas nada impede que, no decorrer da explicação surjam outras terminologias Luhmannianas, oportunamente esclarecidas.

Inicialmente, não é possível expor a teoria sistêmica sem falar em **sistema** e **ambiente**, que consistem no ponto de partida da teoria. O primeiro é um “corpo” delimitado, envolto pelo segundo. Sistema, então, é singularidade, unidade (PENSAMENTO PLURAL, 2008, p. 108) e ambiente todo o resto que o envolve.

Luhmann fala em **diferenciação** quando um sistema se diferencia do ambiente e de outros sistemas, traçando limites (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 56-57). Já **diferenciação da sociedade** se entende pela formação de um primeiro nível de sistemas parciais e de relações sistema/ambiente, constituindo a estrutura da sociedade, pois estabelece uma ordem de relações entre os sistemas (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 58).

Nesse contexto, **sistema social** consiste num conjunto fechado com sua própria comunicação. Não existe sistema social único, mas diversos sistemas sociais (CORSI,

⁴⁶ **Autorreferência** indica o fato de que há sistemas que se referem a si mesmos mediante cada uma de suas operações (estabelece relações entre si), observam a realidade somente mediante o autocontato. Consiste num processo para formar, reformar ou resolver os problemas do sistema baseado apenas na percepção do que observa dentro do sistema (olhar para dentro). É o oposto da **heterorreferência** que consiste no olhar para o ambiente, utilização da percepção de mecanismos do ambiente, com os mesmos objetivos (olhar para fora). Com o acoplamento estrutural são utilizados instrumentos da autorreferência e da heterorreferência, pois aquele é espécie de ponte como o ambiente ou entre dois sistemas fechados e autônomos (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 35-38, 42, 47, 53, 55, 70, 120-121, 134, 151, 159-160).

ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 152). Assim, temos, por exemplo, o Direito como sistema social fechado, bem como a Política como outro sistema social fechado.

Luhmann separa o mundo em sistemas autopoiéticos (capazes de se reproduzir de forma autônoma) e sistemas alopoiéticos (que não tem a característica de autopoiese. Ex: máquinas). Ao considerar os sistemas autopoiéticos, Luhmann os divide em 3 ou 4 sistemas principais (ou de primeira ordem, ou de primeiro grau): organismos (sistemas orgânicos – seres vivos), sistemas psíquicos (baseado nos pensamentos) e sistemas sociais (baseados na comunicação). Neves, com base em Luhmann, acrescenta o sistema neurofisiológico, intermediário entre os sistemas orgânico e psíquico (NEVES, 2011, p. 128), diferente de Teubner, que não considera a existência do sistema neurofisiológico (TEUBNER apud ZYMLER, 2005, p. 172-173).

Os sistemas sociais, principal objeto de estudo de Luhmann, divide-se em interações, organizações e sociedades. Interação como a comunicação ou percepção entre dois ou mais interlocutores. Organização, um patamar acima da interação, formando uma coletividade, com regras de reconhecimento e tomadas de decisões próprias. E, então, a Sociedade, compreendendo todas as comunicações, interações e organizações, não existindo comunicação fora da sociedade, demarcando-se os limites da complexidade social (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 96, 121 e 154). Oportuno registrar que, ainda que a sociedade compreenda todos os sistemas sociais, não constitui um único sistema, pois os demais não deixam de existir.

Nota-se, também, que a **comunicação** é o ponto chave dos sistemas sociais, já que é o meio de (auto)produção destes (ZYMLER, 2000, p. 36). Mas, para que haja comunicação, conforme Luhmann, deve haver uma compreensão, não basta a emissão (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 46).

Assim, é fácil concluir que a emissão pode não ser compreendida, não se tornando comunicação. Em razão disso, Luhmann se utiliza da expressão “probabilidade da comunicação”, pois julga haver uma característica de improbabilidade inerente à comunicação: sempre há a possibilidade de não ser realizada (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 46). Já a emissão compreendida (comunicação) gera nova comunicação (autopoiese), esclarecendo que essa “compreensão” não quer dizer que tenha, necessariamente, exata identidade com a mensagem do emissor.

E a **autopoiese** em Luhmann, seguindo Maturana e Varela, é a capacidade dos sistemas em se autoproduzir: produzir e reproduzir por si mesmos os elementos que o constituem. Seguindo essa lógica da teoria sistêmica, as operações de um sistema social são as

comunicações que se reproduzem com base em outras comunicações, produzindo a unidade do sistema (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 31 e 32).

Como os sistemas autopoieticos são fechados, cada unidade está constituída dentro de seu próprio sistema, mas não são alheios ao exterior, necessitam de situações fáticas do ambiente que não podem produzir-se nem garantir-se por si mesmos: a reprodução da comunicação, por exemplo, necessita de um ambiente físico compatível. Por isso, Luhmann vê no **acoplamento estrutural** (mais uma terminologia emprestada de Maturana) a relação entre o sistema e os necessários fatos do ambiente. É certo, então, que todo sistema se adapta ao seu ambiente, sob pena de não existir. Mas o acoplamento estrutural é exceção na “comunicação” entre os sistemas ou entre o sistema e o ambiente. Em regra, o ambiente pode, sem adentrar no sistema, afetá-lo com irritações, problemas ou perturbações e, ainda assim, não diretamente, e sim pela interpretação dos sistemas a esses ruídos externos, com sua própria linguagem (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 19 e 20).

Ainda, como já mencionado brevemente, é possível ocorrer um acoplamento estrutural entre dois sistemas, o que não significa uma fusão ou uma coordenação estável das operações respectivas, pois se realiza em correspondência com um evento, sendo a coincidência momentânea, com consequências diferentes nos diversos sistemas partícipes: o significado em um sistema não coincide com o significado noutro sistema (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 20).

Melo Júnior, em resenha ao livro “Niklas Luhmann: a sociedade como sistema” de Leo Peixoto Rodrigues e Fabrício Monteiro Neves, traz-nos diversos exemplos do acoplamento estrutural entre sistemas ao citar o caso dos impostos (acoplamento entre política e economia); dos contratos (direito e economia); das universidades (ciência e educação); das qualificações técnicas e seus certificados (educação e economia); da Constituição estatal (direito e política) (MELO JÚNIOR, 2013).

Finalizando esse esboço geral da teoria sistêmica de Luhmann, mas sem esgotar a sua obra, vale mencionar a existência da **interpenetração** que é um modo específico de acoplamento estrutural entre sistemas, com características distintas da regra geral do acoplamento, pois, na interpenetração, os sistemas se desenvolvem em uma coevolução recíproca, sendo que, nesse caso, um sistema não existe sem o outro. Luhmann menciona como exemplo de interpenetração o que ocorre entre os sistemas sociais e os sistemas psíquicos, a comunicação interfere nos processos psíquicos dos participantes do sistema (a comunicação é recebida pela consciência) e vice-versa: a consciência interfere na comunicação.

Disto surge importante conclusão de Luhmann ao mencionar que, conforme a teoria da interpenetração, não existe comunicação sem consciência e esta (consciência) não se desenvolve sem a comunicação, muito embora o homem componha o ambiente (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 99).

2.2 DIREITO E POLÍTICA

Os conceitos simples, comuns, usuais ou acadêmicos de Direito⁴⁷ e Política⁴⁸ são facilmente representados. Mas Luhmann relegou a segundo plano os conceitos clássicos.

Direito em Luhmann é um sistema social cuja função é a vigência social, manter estáveis as expectativas⁴⁹ (normas jurídicas), ainda que sejam violadas ou letras mortas (vãs). Dessa forma, pelo Direito, a sociedade faz possível um futuro que é inseguro, sendo possível elaborar novas normas em caso do surgimento de controvérsias de uma nova espécie. (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 54 e 55).

Para Luhmann, o Direito primeiro se preocupa com a vigência social (manter estáveis as expectativas) e depois com a eficácia das normas, mas admite uma tensão em casos extremos:

Para Luhmann, a principal função do Direito é a garantia das expectativas normativas, a vigência social. Como função secundária estaria a regulação de condutas, a eficácia. Isto ocorre porque a norma pode não ser eficaz e, ainda assim, permitir a garantia das expectativas normativas. A vigência é algo qualitativo e não quantitativo. A efetividade não contamina a vigência imediatamente, mas se a ineficácia atingir um grau muito alto, levando a uma sobrecarga da expectativa, a própria vigência da norma é afetada. Assim, pode haver uma tensão entre estas duas dimensões [...] (ANDAKU, 2009, p. 2).

⁴⁷ Direito, tradicionalmente falando, considerando o viés científico, é um dos ramos das ciências sociais que estuda as normas cogentes e sua interação com as pessoas, considerando as suas relações sociais, com objetivo de regular as condutas dos indivíduos em sociedade. Pode também ser entendido como o conjunto/compêndio dessas normas, assumindo a nomenclatura de legislação que, embora o termo, compreende todas as normas e não apenas as leis (nota dos autores).

⁴⁸ Política é a ciência do governar, também o modo escolhido para governar e tomar decisões, ou como se conduz determinado Estado, Nação, Órgão ou Organização.

⁴⁹ **Expectativas** são condensações de referências de **sentido**. Melhor explicando, as expectativas se formam a partir da seleção de um leque limitado de possibilidades em que pode se orientar um sistema. Neste processo de seleção ocorre uma condensação (materialização) de referências de sentido. Essa condensação constitui uma expectativa (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 79). E **sentido** é o meio que permite a criação seletiva de todas as formas sociais e psíquicas: percepção (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 146). Assim, conclui-se que o sistema percebe (sentido), seleciona e solidifica (condensação), formando a expectativa, na esperança de que aconteça.

Ainda assim, conforme Andaku ao comparar Luhmann e Kelsen, pode-se verificar uma preocupação maior de Luhmann com a adequabilidade social do Direito do que com a eficácia das normas:

Luhmann, ao contrário de Kelsen, pensa na adequabilidade social do Direito e, com isso, acaba por reforçar o próprio sistema do Direito. Esta teoria, portanto, deixa aberto o sistema do Direito, ao contrário da Teoria Pura do Direito, que trouxe um fechamento sintático-semântico do sistema pela norma fundamental (ANDAKU, 2009, p.3).

O código⁵⁰ que orienta este sistema social (instrumento que permite a autopoiese) é constituído pela diferença binária certo/errado, existindo comunicação jurídica toda vez que alguém reivindica seus direitos com a consequente decisão baseada na normatização vigente, quanto a quem tem o direito e quem não tem (certo/errado). À vista disso, o Direito, ao mesmo tempo em que resolve os conflitos, gera outros, autoproduzindo-se (autopoiese), já que também é possível resistir às pressões ou, ainda, haver rejeição às ordens expressas, pois esse sistema não garante a integração dos indivíduos ou o controle social de seus comportamentos, mas limita a liberdade, separando o que é aceitável do que não é. (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 54 e 55).

Quanto à Política, em Luhmann, verifica-se um sistema social que objetiva trazer a capacidade de decidir de forma a obrigar a sociedade. Um sistema político se forma, diferencia e alcança autonomia somente a partir da identificação de um poder capaz de motivar os governados a aceitar decisões obrigatórias, condensando a formação da opinião pública. Na Política Luhmanniana, o binômio governo/oposição através do uso do poder (com poder/sem poder ou poder/não poder) é o código que permite a reprodução da comunicação política. (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 128).

Daí surge a questão quanto a como podem sistemas tão fechados e com comunicação e códigos próprios inter-relacionarem-se? A primeira, e mais fácil, constatação é de que a sociedade não é estanque e os sistemas se inter-relacionam dentro da dinâmica social que observamos. Para além disso, não obstante essa diferenciação entre Direito e Política, Luhmann, num exercício paradoxal, estabelece relação de dependência entre eles:

Una de las consecuencias más importantes de la forma normativa en la que se realiza la función del derecho, es la diferenciación entre derecho

⁵⁰ **Código** é um elemento que ordena o processo, permite as operações dentro do sistema, produz informações e identifica ruídos. Separa o que é sistema do que é ambiente e age através de um composto binário fazer/não fazer, ser/não ser, *marked/unmarked* (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 146).

y política. La dependencia mutua de los dos sistemas es evidente. Eso dificulta el reconocimiento de la diferenciación funcional. Para su aplicación el derecho depende de la política y sin la perspectiva de esta imposición no existe ninguna estabilidad normativa convincente que sea atribuible a todos. La política, a su vez, utiliza el derecho para diversificar el acceso al poder concentrado políticamente. Pero precisamente la actuación conjunta presupone que los sistemas son diversos. (LUHMANN, 2002, p. 106).

Ademais, Luhmann tratou especificamente da forma como Direito e Política interpretam um ao outro e reconstróem essa imagem dentro de cada sistema, ainda que, conforme a Teoria Sistêmica, o ponto de partida seja a noção de que Direito e Política são sistemas independentes e únicos, fechados, com comunicação própria: subsistemas (ou sistemas de 2º grau) insertos no grande sistema social que lhes é o ambiente (a sociedade), o primeiro buscando estabilizar congruentemente as expectativas normativas, enquanto a segunda tendo por objetivo proporcionar à sociedade a capacidade de decidir de um modo coletivamente vinculante, como já mencionado.

Segundo Luhmann, tais subsistemas, embora operacionalmente fechados, podem se comunicar indiretamente a partir de ruídos. Os ruídos do ambiente estimulam os subsistemas (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 52 e 77). Assim, por exemplo, o Direito poderá formular uma imagem do subsistema Política, a partir dos ruídos desta, que será compreendida pelo código, estrutura e programa do Direito. Da mesma forma, a Política poderá formular uma imagem do subsistema Direito, a partir de ruídos deste, que será compreendida pelo código, estrutura e programa da Política (ZYMLER, 2005, p. 172-174).

A par disso, nesses sistemas sociais também há organizações, com interações próprias e que podem dar tratamento diferente a cada assunto. Os sistemas sociais, tanto Direito como Política, possuem, em seu interior, organizações importantes que não chegam a se estruturar como sistemas. Nesse sentido, o sistema social jurídico tem no centro a organização tribunal (ZYMLER, 2005, p. 190) e o sistema político tem como principal organização (embora não o centro) o Estado (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 128-131).

Por isso, Vaz (2019, p. 82) conclui que, “na teoria sistêmica, diferente da teoria contratualista, Direito e Política não são mecanismos de estruturação do Estado, mas o Estado, por sua vez, é uma organização integrante do sistema Política”.

2.3 TRIBUNAL POLÍTICO

Em 2004, com a decisão do ADPF nº 45 MC/DF, da lavra do Ministro do STF Celso de Mello (BRASIL, 2004), em que se discutia questão referente à intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, secundariamente, explicitou-se a tese quanto ao reconhecimento de uma dimensão política⁵¹ da jurisdição constitucional atribuída ao STF. O Direito confundindo-se com a Política, no Brasil.

Maia (2008, p. 376) diz que “ADPF 45 traz esculpida a concepção de que o STF seria um ‘tribunal político’, o que, por sua vez, denota uma desconsideração da diferença entre direito e política”.

As consequências nefastas desta anomalia ainda não foram totalmente analisadas, mas, com razão, reforçam o argumento das críticas opostas ao STF que mencionam a existência de uma “ditadura do judiciário”, ou seja, a interferência desse nos demais poderes, ultrapassando as atribuições constitucionais judiciária e fiscalizatória, especialmente considerando o fato que de suas decisões não cabe revisão.

Mas a relação da teoria sistêmica de Luhmann e a diferenciação entre os sistemas Direito e Política, acima mencionadas, bem como a Constituição, como principal acoplamento estrutural entre os sistemas autônomos do Direito e da Política (LIMA, 2010), tendem a mitigar o problema criado, em oposição ao pensamento moderno de existência de Tribunal Político. “A Constituição na modernidade surge como o meio adequado para a comunicação entre a política e o direito” (MAIA, 2008, p. 382).

2.4 A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE (POLÍTICA JUDICIÁRIA)

Não se trata o presente estudo da análise jurídica ou interpretação sistemática dos artigos da nova lei de abuso de autoridade, mas de suas verdadeiras intenções dentro dos universos do Direito e da Política e suas interações nos poderes estatais, no Estado, no Governo e na Sociedade.

A nova lei de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019) prescreve uma nova forma de atuação de autoridades da Polícia Judiciária, do Ministério Público e do Poder Judiciário, desenvolvendo uma nova política judiciária, limitando sua atuação. Foi aprovada

⁵¹ Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, através da ADPF nº 45 (DF), de 4 mai. 2004 (Relator: Min. Celso de Mello) (BRASIL, 2004).

imediatamente após operação da Polícia Federal que cumpriu mandado de busca e apreensão de documentos junto à diretoria do Senado Federal, tendo, como alvo, o Senador Fernando Bezerra Coelho, conforme autorização do Ministro do STF Luís Roberto Barroso, causando uma crise entre os poderes legislativo e judiciário, mormente o Congresso Nacional e o STF (EXAME, 2019).

O projeto de lei nº 7.596/2017 que lhe deu origem, proposto pelo Senador Randolfe Rodrigues, sequer tem exposição de motivos ou justificação (BRASIL, 2017). Já o Projeto de Lei do Senado nº 280/2016, proposto pelo Senador Renan Calheiros, que precedeu ao Projeto de Lei nº 7.596/2017, traz como justificação a defasagem da lei anterior (Lei nº 4.898/1965), enaltecendo valores/princípios como o Estado Democrático de Direito, o pluralismo e a dignidade da pessoa humana. Encerra dizendo que o projeto de lei é fruto de diálogos intensos e profícuos entre os três poderes, com efetiva colaboração do judiciário, ouvindo o executivo por intermédio do Ministro da Justiça (BRASIL, 2016a).

Muito embora a exposição de motivos acima mencionada, a lei não parece ter a concordância do Judiciário ou do Executivo, tampouco legitimidade junto ao povo brasileiro. O Judiciário, o Ministério Público e as autoridades policiais (os mais atingidos pela nova lei), criticam de forma negativa a nova lei, inclusive com ingresso de diversas ADIN's por suas associações, como se verá mais adiante. O Executivo realizou 36 (trinta e seis) vetos à lei, dos quais 18 (dezoito) foram derrubados pelo Congresso Nacional. Quanto ao povo, há uma consulta pública, no sítio eletrônico do Projeto de Lei nº 280/2016 junto ao senado federal, com 282.134 participantes, sendo 4.671 a favor da lei e 277.463 contra (BRASIL, 2016b).

Ao simples observador esta nova lei parece apontar para uma disputa ou um jogo de poderes, em resposta à atuação das autoridades, mencionadas acima. Autoridades que agem no combate aos crimes de improbidade e corrupção cometidas por agentes públicos no exercício de seus cargos e/ou funções. Além disso, a nova lei parece indicar resposta às interferências do chamado Tribunal Político.

A mencionada lei foi aprovada em meio a polêmicas quanto aos seus artigos e as consequências daí advindas. Além de Renan Calheiros e Randolfe Rodrigues, já havia proposto projeto de lei semelhante o senadore Roberto Requião, todos respondendo inquéritos ou ações (FREITAS, 2019).

Por isso, alguns até chamam a nova lei de abuso de poder parlamentar, especialmente porque a lei, embora formalmente dirigida aos membros de todos os poderes, por seus objetos (predominantemente quanto à prisão – inquérito e processo) não atingem deputados e

senadores, mas é direcionada a policiais, membros do Ministério Público e juízes (LIVIANU, 2019).

No entanto a lei foi aprovada e entra em vigor em janeiro/2020, consistindo inevitável instrumento de auto-blindagem a deputados e senadores, limitando exageradamente a atuação de juízes, promotores e policiais.

III. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Considerando o objetivo e a abordagem deste trabalho, pode-se dizer que se trata de estudo teórico exploratório, qualitativo e descritivo, com análise bibliográfica.

O estudo é teórico, considerando a sua natureza, já que não há coleta de dados primários (como, por exemplo, pesquisa de campo) e sim a sistematização de dados secundários a partir de bibliografia selecionada. É exploratório, considerando que procurou aprimorar as ideias por meio de informações sobre o tema abordado (GIL, 2002 e 2008).

Procura-se responder, na tentativa de esclarecer, o problema apresentado, analisando os fenômenos em debate e estabelecendo relação entre os diversos pontos verificados.

Trata-se, no aspecto da abordagem, de pesquisa qualitativa, com diversidade de fatores (significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes) num aprofundamento relacional, processual e fenomênico (MINAYO, 2001), apreciando a realidade através de intuição, exploração e subjetivismo, visando ao aprofundamento e abrangência do tema dando significado às ações e relações humanas (GODOY, 1995; MINAYO, 2002; CRESWEL, 2010). A abordagem metodológica também se utilizou do ambiente em que situado o objeto de pesquisa, conforme Godoy (1995, p. 58, 62 e 63):

A pesquisa qualitativa tem o ambiente natural como fonte direta de dados e o pesquisador como instrumento fundamental. Os estudos denominados qualitativos têm como preocupação fundamental o estudo e a análise do mundo empírico em seu ambiente natural. Nessa abordagem valoriza-se o contato direto e prolongado do pesquisador com o ambiente e a situação que está sendo estudada.

[...]

Os pesquisadores qualitativos estão preocupados com o processo e não simplesmente com os resultados ou produto.

[...]

Partem de questões ou focos de interesse amplos, que vão se tornando mais diretos e específicos no transcorrer da investigação. As abstrações são construídas a partir dos dados, num processo de baixo para cima. Quando um pesquisador de orientação qualitativa planeja desenvolver algum tipo de teoria sobre o que está estudando, constrói o quadro teórico aos poucos, à medida que coleta os dados e os examina.

Conforme Godoy (1995, p. 63), “[q]uando o estudo é de caráter descritivo e o que se busca é o entendimento do fenômeno como um todo, na sua complexidade, é possível que uma análise qualitativa seja a mais indicada”. É o presente caso.

Ainda, é uma pesquisa descritiva, considerando os seus fins, assim permitindo ao pesquisador ampliar as experiências quanto à determinada constatação ou problemática – nesse caso, a interação da Política e do Direito, sob lume da Teoria Sistemática de Luhmann, quanto às interações dos poderes estatais.

O método escolhido para proporcionar as bases lógicas da investigação foi o dedutivo, pois partiu-se de aspectos gerais para a análise específica do tema proposto. Quanto aos meios técnicos da investigação, a abordagem foi observacional e comparativa, a partir de fenômenos socialmente construídos, com a atribuição de significados ao raciocínio criado a partir da análise da leitura do referencial em comparação a outras obras e a casos reais e adequados ao tema (GIL, 2008).

Além disso, a pesquisa é bibliográfica pois consiste na análise de obras especializadas, como livros e artigos científicos direcionados ao tema em estudo, sendo que os principais autores escolhidos para nortear a pesquisa foram o próprio Luhmann e seus principais comentadores Corsi, Esposito, Baraldi, Neves e Teubner, bem como Andaku, com a utilização de técnicas de leitura, fichamento, observação, reflexão lógica, análise crítica etc.

Enfim, a metodologia adotada objetivou decifrar Política e Direito na Teoria Sistemática de Luhmann, buscando utilidade prática quanto às novas reformulações do Direito e da Política.

A pesquisa considerou duas vertentes principais inseparáveis: distanciamento entre Direito e Política mencionando a possibilidade de acoplamento estrutural e a existência de regras que justificam as fronteiras entre Direito e Política.

IV. DISCUSSÃO E ANÁLISE DOS DADOS E RESULTADOS

4.1 Política, Direito e Poderes Estatais

A obra de Luhmann leva o pesquisador a diversas áreas do saber e terminologias quase infindáveis. Nesse contexto, abandonaram-se algumas conjecturas a respeito de poder, confiança, legitimidade e legitimação pois ampliariam consideravelmente este trabalho.

Compreendeu-se a teoria sistêmica como explicação de forma racional para a sociedade, especialmente a forma de utilização dos termos sistema, subsistema, ambiente, diferenciação, comunicação, código, acoplamento estrutural, autopoiese e complexidade e suas relações com Direito e Política.

A pesquisa envolveu profundas reflexões sobre os sistemas jurídico e político e sua inserção na teoria sistêmica, bem como sua aplicação quanto às interações entre os poderes estatais.

Com isso, percebe-se, na prática estatal atual, uma relativa confusão entre os poderes, ultrapassando o limite dos mecanismos fiscalizatórios (*check and balances system*): interferência entre poderes e disputa de poder, o que corrompe a divisão do poder (sistema tripartite) previsto para as democracias modernas.

Ainda assim, paralelamente a isso, ao se considerar, com Luhmann, a existência de sistemas sociais operacionalmente fechados e autopoieticos, mas que até podem se comunicar, ainda que de modo *sui generis*, vislumbram-se possibilidades de solução.

Vale lembrar que poderes estatais e sistemas sociais se tratam de conjuntos diferentes de organização, os quais, no entanto, estão interligados. Mas essa relação tem, ou deveria ter, limites. Nesse sentido, Vaz (2019, p. 80) esclarece que:

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

As deficiências deveriam ser resolvidas pelo próprio poder, considerando o sistema em atuação. No caso de persistir a deficiência, antes da interferência de outro poder (com outras funções), mais adequado seria alterar a rede que comanda aquele poder (trocar as pessoas que administram aquele poder).

Na prática, porém, independentemente do poder, os esforços são direcionados para a manutenção da posição de cada membro no respectivo poder, conforme projetos de poder

pessoais/individuais ou de partidos políticos. Além disso, as competências parecem estar constantemente trocadas, surgem indagações quanto a haver ou não interferência entre poderes, por exemplo, na definição e aplicação de políticas públicas para o Estado, que sabidamente é de competência da Administração Pública do Poder Executivo, a qual está inserida no sistema Política, mas que, não raro, o Poder Judiciário [inserir nos sistemas Política e Direito: na Política por se tratar de poder estatal e no Direito porque os tribunais ocupam o centro do sistema Direito (LUHMANN, 2005, p. 359 e ss.)] precisa intervir para que realmente as políticas públicas sejam implementadas e cumpram as funções que possuem.

E, esse fato é potencialmente drástico à manutenção do Estado e do Governo ao dizer, com Vaz (2019, p. 80), que “esta confusão de competências – recorrer-se a um poder para fazer cumprir o que era de competência de outro – pode elevar a desconfiança dos administrados na Administração Pública, lesando a legitimidade do pacto social”.

Entretanto, ainda que o Poder Judiciário interfira na Administração Pública de outros poderes, não significa que os sistemas autopoieticos passam a interferir entre si, o que, inclusive, poderia significar os esvaziamento e destruição desses sistemas. Ainda assim, a forma como se dá a interação entre Direito e Política, através de ruídos e imagens reconstruídas, pode gerar deturpações comunicativas que se refletem na atuação dos poderes estatais.

Convém lembrar que, conforme a teoria sistêmica, a correlação entre os subsistemas Política e Direito ocorre a partir de suas imagens. O subsistema jurídico faz uma imagem do subsistema político dentro de seu sistema e cria sua própria realidade política a partir de seus critérios e elementos para, então, exercer a regulação sobre a matéria. E vice-versa: o subsistema político também faz uma imagem do subsistema jurídico, para criar sua própria realidade jurídica. Enfim, os elementos não são retirados do outro sistema mas entendidos dentro do próprio sistema a partir de aferições em relação ao outro (ZYMLER, 2005, p. 172-174).

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

Nas relações estabelecidas entre a Política e a Administração, Luhmann sublinhou que a externalização se dá mediante referência a pessoas que ocupam ou têm potencial para ocupar os cargos políticos e os principais cargos da Administração. A conexão entre esses sistemas é também regulada pelo direito, principalmente a partir do Direito Constitucional, que define as competências dos cargos políticos e os princípios

jurídicos norteadores da Administração Pública. Aqui, o relacionamento Política/Administração está ainda pautado em comunicações que enfatizam as pessoas e que se estabelecem na direção do fluxo comunicativo institucionalizado – atos políticos impondo e determinando os atos administrativos. Neste aspecto, o Direito Constitucional é reconstruído no interior do subsistema político e serve como elemento de regulação de controle do poder político. Claro está que as violações das regras constitucionais sobre a divisão do poder podem existir a partir da reconstrução desta seara jurídica pela política. Não são incomuns as discussões estabelecidas entre os poderes ou entre órgãos do mesmo poder a respeito da invasão de competências constitucionais (ZYMLER, 2005, p. 173-174).

Neste aspecto, considerando que mais de um poder ou mais de um órgão pode se manifestar quanto a um mesmo assunto, importante frisar que um mesmo ato pode gerar comunicação em diversos sistemas. Exemplo são as leis votadas pelo Congresso Nacional, as quais geram norma jurídica no sistema jurídico e decisão coletivamente vinculante no sistema político (ZYMLER, 2005, p. 190-191).

4.2 Constituição e Tribunal Político

Os dados da pesquisa realizada não retratam acoplamento estrutural entre Direito e Política que seja diferente da Constituição, mas revelam que, pela estrutura e características dessa norma, a Lei Maior não deve ser elemento único com essa natureza. Logo, não deve ser afastada a reflexão de que outras normas de direito público possam ocupar esse papel. Muito embora a Constituição da República ocupe posição principal nessa função, é possível concluir como acoplamento estrutural outras normas de direito público, como o Código Eleitoral, a Lei de Eleição, a Lei dos Partidos Políticos, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei de Licitações, apenas para citar alguns exemplos.

Ainda assim, evidente que o maior símbolo de acoplamento estrutural entre Direito e Política é a Constituição (LIMA, 2010).

No entanto, há fronteiras a serem respeitadas nesse acoplamento, conforme definido na própria Constituição, que limita cada parte do poder estatal, sob pena de deturpar e romper alguns institutos tão caros à democracia e ao modelo estatal vigente nos estados modernos,

quanto a não concentrar o poder apenas em um indivíduo ou apenas em um pequeno grupo de pessoas (sistema tripartite).

Para melhor compreensão e análise destes aspectos de responsabilidade compartilhada entre poderes, respeito a seus limites e interação Direito/Política, tomemos como exemplo, a investidura dos Ministros do STF.

Na nomeação de qualquer Ministro do Supremo Tribunal Federal, há o necessário acoplamento estrutural entre Direito e Política. O Direito nas regras definidas para composição do Tribunal Excelso e o cumprimento de seus critérios. A Política quanto à indicação pessoal do Presidente da República e a sabatina no Senado Federal de realização obrigatória, conforme normas constitucionais.

Porém, a democracia e a sociedade democrática passam a correr risco quando tal relação (Direito e Política) se estende após a posse de quaisquer deles, como tem ocorrido quanto à resolução/criação⁵² dos conflitos pelas decisões judiciais, quando Ministros do STF consideram que a jurisdição do Supremo Tribunal Federal (constitucional) possuiria viés político, com a possibilidade de revisar a regra de separação de poderes, a ponto de muitos autores, como Maia (2008, p.375), e o próprio tribunal, denominarem o STF de “Tribunal Político”, no qual a técnica jurídica passa a ocupar plano secundário em favor das definições políticas ou da organização ou condução política (BRASIL, 2004).

Nesse aspecto, a teoria sistêmica, aplicada ao conteúdo específico das regras da Constituição da República, como acoplamento estrutural entre Direito e Política, limitam, no artigo 102 da Constituição da República, a competência do Supremo Tribunal Federal, não lhe atribuindo poderes para administrar o Estado ou legislar. Supressão repetida no artigo 2º da Lei Máxima e que constitui a base do poder estatal democrático (tripartição dos poderes) (BRASIL, 1988).

Maia (2008, p. 386) adverte que “[o] direito não pode servir de *medium* para o sistema da política tomar decisões que vinculem a coletividade”. E, ainda que, através da teoria do *check and balances*, o Judiciário tenha a incumbência de fiscalizar os outros poderes, não pode assumir as atribuições precípua desses últimos, sob pena de constituir um “autoritarismo camuflado” (MAIA, 2008, p. 386).

Logo, é de se salientar que a materialização mais contundente da confusão que se faz no Estado quanto ao Direito e Política é revelada no Tribunal Político.

⁵² Ao mencionar a autopoiese no Direito, Luhmann retrata que as decisões judiciais, seguindo o código direito/não direito, ao mesmo tempo que solucionam conflitos, criam novos (CORSI, ESPOSITO E BARALDI, 1996, p. 128).

O maior símbolo das implicações entre o Direito e a Política é, de fato, o Supremo Tribunal Federal (STF) que, em diversas ocasiões, declarou se tratar de “tribunal político” (BRASIL, 2004) e que, por ser o guarda da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), detém o “monopólio da última palavra” (BRASIL, 2011), podendo facilmente ser extraído o sentido de que o poder não advém do povo, mas da interpretação que o referido tribunal faz da Constituição.

O Judiciário se coloca no jogo democrático e de poder.

Ainda assim, incumbe ressaltar que nem sempre está sendo a vontade dos membros do Judiciário que está prevalecendo mas de terceiros, derrotados no sistema Política, interpelando o Judiciário.

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

4.3 Interferência dos outros poderes no judiciário

Muito embora o Poder Judiciário tenha se utilizado de suas prerrogativas para agir como a última palavra e, por isso, determinar condutas nos outros poderes, também não se justifica a interferência de outros poderes no Judiciário, além daqueles permitidos na Constituição.

Os membros do Poder Executivo ou do Poder Legislativo não podem (ou não deveriam) se utilizar dos mecanismos de atuação do Estado (administrar e legislar), sem a presença do interesse público, instituir regras quanto a membros de outro poder, a fim de benefício próprio, individual, ou de seus integrantes ou, ainda, limitar exageradamente a atuação do Judiciário.

Como dito, o Judiciário está inserido no jogo democrático e de poder.

E este o cenário que é composto por trás das cortinas da aprovação da lei de abuso de autoridade.

Quando o Judiciário passou a condenar, efetivamente, agentes políticos, por desvio de recursos públicos, corrupção e outros atos de improbidade, a classe política instrumentalizou-se para definir o que o juiz pode julgar através de uma nova lei de abuso de autoridade. Ficou

mais difícil para o juiz julgar porque sua decisão pode ser revista e modificada drasticamente no Tribunal de instância superior, abrindo margem para discussões quanto à sua decisão estar certa ou errado, podendo ser punido por isto.

Ocorre, porém, que, como já mencionado, a interação entre as divisões de poder tem limites. Conforme determina a Constituição da República, os poderes devem ser independentes mais que interferentes. Esta última característica deve ser exceção e não regra.

No cenário descrito, consolidam-se distorções que remete à politização do direito e à judicialização da política, ou substituição da política pelo direito, e vice-versa.

E essas distorções operam-se através da deturpação dos códigos, desprestigiando-se o fechamento operacional do sistema Direito em face da Política, conforme o código lícito/ilícito – ocorrendo a alopoiese do sistema Direito (códigos, leis e aspecto social emaranhados, não havendo distinção entre um e outro) (NEVES, 1994, p. 265).

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

Como visto, o Poder Judiciário hoje se vê atacado por uma nova lei de abuso de autoridade. E deve assumir a *mea culpa* por institucionalizar essa interferência, deu azo à interferência do Legislativo, não pelo ato de cumprimento de mandado pela polícia federal (o qual configura cumprimento legal e constitucional), mas pela institucionalização da interferência do Judiciário nos outros poderes há anos.

Ainda assim, especificamente quanto à nova lei de abuso de autoridade, já há diversas ações no STF discutindo a sua constitucionalidade. Uma tombada sob nº ADI 6.238, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) alegando estarem criminalizados comportamentos de suas atividades-fim. Outra sob nº ADI 6.239, proposta pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) requerendo a declaração de inconstitucionalidade de artigos que inviabilizam a atividade jurisdicional. A Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação Nacional dos

Auditores Fiscais de Tributos dos Municípios e Distrito Federal (Anafisco) também propuseram suas ações (COELHO, 2019).

Ou seja, a última palavra, ainda será do STF.

V. CONCLUSÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o Direito e a Política realmente assumiram importante destaque na teoria sistêmica de Niklas Luhmann, lembrando se tratarem de sistemas que intervêm profundamente na atuação do Estado.

Por isso, os conceitos e definições que compreendem a teoria encontram no Direito e na Política campos férteis de pesquisa. Aliás, não somente os conceitos mas também as problemáticas do Direito e da Política foram preocupações de Luhmann, que dedicou parte de seu trabalho procurando suas definições e soluções para suas complexidades e contigências.

Incumbe reforçar que todo o trabalho de Luhmann é permeado pela máxima de que a comunicação é o elemento base dos sistemas sociais o que, por consequência, também aproveita ao Direito e à Política que, por suas vezes, compreendem comunicações diferentes.

A obra de Luhmann enriqueceu a Teoria Política e a Teoria do Direito e, embora indique a grande aproximação (por vezes confusão) entre Direito e Política, afastou os dois institutos, especialmente pelo código de comunicação utilizado. Enquanto que no direito é o certo/errado, na política é o poder/não poder ou poder superior/poder inferior (CORSI, ESPOSITO e BARALDI, 1996, p. 128).

Entretanto, ainda que os tenha afastado trouxe a possibilidade de inter-relação entre os sistemas por intermédio do acoplamento estrutural que, no caso da Política e do Direito, é a Constituição.

Neste conjunto de normas, sob o enfoque da teoria sistêmica, verificou-se a existência de regra constitucional que delimita a competência do Supremo Tribunal Federal, rechaçando a autodenominação de Tribunal Político, sob pena de interferência não permitida do Jurídico no Político. Da mesma forma veda a interferência de outros poderes no Poder Judiciário, salvo as exceções permitidas, especialmente relacionadas à fiscalização.

Tais invasões, caso não obstacularizadas, podem causar a desestruturação da sociedade, pois atingem institutos democráticos de estabilização do Estado: a tripartição dos poderes.

Confundindo os sistemas Jurídico e Político, há um retrocesso social. Surge a figura de um “príncipe” no sentido político, autoritário, ditador, que passa a monopolizar o Estado em suas atribuições, como ocorria antigamente nos Estados Absolutistas.

Como se viu, Direito e Política podem confundir, a partir da imagem que fazem, as acepções quanto ao Poder Judiciário. Assim, conforme Vaz (2019, p. 90):

a Política pode confundir o Poder Judiciário: “poder político estatal real” que lhe é ínsito, com a imagem que faz do Poder Judiciário “como tribunal” a partir do subsistema jurídico. O Direito, igualmente, pode confundir o Poder Judiciário: “tribunal real” que lhe é ínsito, com a imagem que faz do Poder Judiciário “como poder político estatal” a partir do subsistema político.

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

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

E isto deve ser evitado, tanto o ingresso do Judiciário nos outros poderes, quanto a interferência exagerada dos outros poderes no Judiciário.

REFERÊNCIAS

ANDAKU, Juliana Almerara. O Direito na Teoria de Niklas Luhmann. **Revista Virtual da AGU** (Publicação Descontinuada), ano IX, nº 91, ago. 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7.596, de 2017, Brasília, DF, 2017. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136580>. Acesso em 20 out. 2019.

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

BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, Brasília, DF, 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em 20 out. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 280, de 2016 – Agenda Brasil 2015, Brasília, DF, 2016a. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2913735&ts=1567533409912&disposition=inline>. Acesso em 20 out. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 280 de 2016 – Consulta pública, Brasília, DF, 2016b. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=126377>. Acesso em 20 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45 (DF), Brasília, DF, 4 mai. 2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em 23 jul. 2017.

COELHO, Gabriela. Risco de atividade: associações questionam no STF pontos da Lei de abuso de autoridade. **Revista Consultor Jurídico**, out. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-out-10/associacoes-questionam-stf-pontos-lei-abuso-autoridade>. Acesso em 23 out. 2019.

CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena, BARALDI, Cláudio. **GLU – Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann**. México: Universidade Iberoamericana, 1996.

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

EXAME. Busca da Polícia Federal no Congresso abre nova crise entre os Poderes. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/brasil/busca-da-policia-federal-no-congresso-abre-nova-crise-entre-os-poderes/>>. Acesso em 20 out. 2019.

FREITAS, Vladimir Passos de. Nova lei de abuso de autoridade é aprovada em clima de tensão. **Revista Consultor Jurídico**, setembro/2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-set-29/segunda-leitura-lei-abuso-autoridade-aprovada-clima-tensao>>. Acesso em 20 out. 2019.

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

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

GODOY, A. S. Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades. **Revista de Administração de Empresas**, v. 35, n. 2, p.57-63, mar./abr. 1995.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas políticos e jurídicos. **Confluências: Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, vol. 11, nº 1, p. 27-45, 2010.

LIVIANU, Roberto. Lei de abuso de autoridade é ato de abuso de poder parlamentar. **Revista Consultor Jurídico**, setembro/2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-set-30/mp-debate-lei-abuso-autoridade-ato-abuso-poder-parlamentar?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em 20 out. 2019.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2ª ed. Trad. Javier Torres Nafarrate et al. Ciudad del México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Introduccion a la teoria de sistemas**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana/Anthropos/ITESO, 1996.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad del México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Volumes I e II. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. O Supremo Tribunal Federal como “tribunal político” - Observações acerca de um lugar comum do direito constitucional. **Revista de Informação Legislativa do Senado**, Brasília, ano 45, nº 180, p. 375-390, out./dez. 2008.

MELO JÚNIOR, Luiz Cláudio Moreira. A teoria dos sistemas sociais em Niklas Luhmann. Resenha do livro “Niklas Luhmann: a sociedade como sistema” de Leo Peixoto Rodrigues e Fabrício Monteiro Neves. **Sociedade e Estado**, vol.28, nº 3, Brasília, Set./Dez. 2013.

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

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

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

RODRIGUES, Léo Peixoto. Sistemas auto-referentes, autopoieticos: noções-chave para a compreensão de Niklas Luhmann. **Pensamento Plural**, Pelotas, [03], p. 105/120, jul./dez. 2008.

RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de (Orgs.). **Ernesto Laclau e Niklas Luhmann: pós-fundacionismo, abordagem sistêmica e as organizações sociais**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

VAZ, Carlos Eduardo Soares. **O tribunal e a administração pública estatal: uma verificação a partir da teoria política contratualista e da teoria social luhmanniana**. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Programa de Mestrado Profissional em Administração Pública da Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

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