

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

**FACULDADE DE DIREITO**

**FELIPE AUGUSTO ROMÃO**

**DESCOMPASSO ENTRE CIRCULARIDADE E AUTODESCRIÇÃO NO  
SISTEMA DE DIREITO BRASILEIRO: CASOS DE ALOPOIESE NO  
STF**

BRASÍLIA

2022

FELIPE AUGUSTO ROMÃO

**Descompasso entre circularidade e autodescrição no Sistema de  
Direito Brasileiro: Casos de alopoiese no STF**

Trabalho de conclusão de curso de Graduação em Direito  
apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de  
Brasília como requisito para a obtenção do grau de Bacharel  
em Direito.

Orientador: Professor Dr. Otávio Souza e Rocha Dias Maciel

Brasília

2022

FELIPE AUGUSTO ROMÃO

**Descompasso entre circularidade e autodescrição no Sistema de  
Direito Brasileiro: Casos de alopoiese no STF**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito junto à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pela seguinte **banca examinadora**:

Orientador: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Otávio Souza e Rocha Dias Maciel  
Universidade de Brasília (UnB)

---

Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa  
Universidade de Brasília (UnB)

---

Prof. Dr<sup>a</sup>. Daniela Marques de Moraes  
Universidade de Brasília (UnB)

Brasília, 25 de abril de 2022



## **RESUMO**

O presente trabalho objetivou analisar, sob um prisma da Teoria dos Sistemas de Luhmann, as diferenças entre as observações empíricas sobre o Supremo Tribunal Federal (STF) pelo sistema da Ciência e as auto-observações do Supremo sobre ele mesmo, através dos discursos de seus ministros. Procurou-se investigar possíveis alopoieses advindas da sobreposição de códigos de outros sistemas aos do sistema de direito. Para isso, foi apresentado primeiramente o marco teórico adotado, definindo a noção de sistema, ambiente, e outros conceitos relevantes. Em seguida, foi discorrido sobre o sistema do direito na concepção de Luhmann, a função do tribunal enquanto subsistema do direito e a descrição do STF como tal. Feita a definição conceitual, apresentou-se cinco estudos de caso apontando possíveis alopoieses com o intuito de exemplificação da hipótese inicial. Concluiu-se que o tribunal parece ter uma sensibilidade à subjetividade dos ministros, podendo ceder a concepções errôneas da realidade, grupos de pressão política, entre outros. Ainda, foram identificados certos tipos de processos alopoiéticos vinculados à disparidade entre a observação do sistema da ciência e a autodescrição do sistema de direito. Diante disso, sugere-se um aprofundamento das pesquisas no tema para que sejam levantados maiores dados a respeito do tópico.

### **Palavras-chave:**

Teoria dos Sistemas de Luhmann; Alopoiese; Supremo Tribunal Federal; Pesquisa empírica em Direito

## **ABSTRACT**

This work aimed to analyze, through the prism of Luhmann's Systems Theory, the differences between the empirical observations on the Federal Supreme Court (STF) by the Science system and the Supreme Court's self-observations about itself, through the speeches of its ministers. An attempt was made to investigate possible allopoiesis arising from the overlapping of codes from other systems to those of the legal system. For this, the theoretical framework adopted was presented, with a section defining the notions of system, environment, and other relevant concepts. Then, the legal system was discussed according to Luhmann's conception, as well as the function of courts as legal subsystems and the description of STF as such. Once the conceptual definitions were done, five case studies were presented in order to point out possible allopoiesis in order to exemplify the initial hypothesis. It was concluded that the court seems to have a sensitivity to the subjectivity of its justices, being able to give in to misconceptions of reality, political pressure groups, among others. Furthermore, certain types of allopoietic processes linked to the disparity between the observation of the system of science and the self-description of the legal system were identified. In view of this, it is suggested a deepening of research on the subject so that more data on the topic can be collected.

### **Keywords:**

Luhmann's Systems Theory; Allopoiesis; Supreme Federal Court; Empirical Research in Law

## Sumário

<b>Introdução -</b>	<b>8</b>
<b>1 - Exercício de marco teórico:</b>	<b>10</b>
1.1 - Teoria dos sistemas sociais	10
1.2 - Considerações sobre o direito enquanto sistema social	14
1.3 - A alopoiese do sistema de direito	18
<b>2 - Uma discussão e descrição do Supremo Tribunal Federal (pós-1988) enquanto parte do sistema de direito (autopoiético/autorreferente);</b>	<b>19</b>
<b>3 Observando a autodescrição do STF: Estudos de Caso</b>	<b>20</b>
3.1 A Tese que contraria o observável	20
3.2 A Corte protetora dos direitos corporativos fundamentais	26
3.3 Mutação constitucional sem evidências	31
3.4 A autoridade dos ministros enquanto observadores dos processos de que fazem parte	34
3.5 - Audiências públicas e a aparência de objetividade	35
<b>4 - Discussão sobre a hipótese e efeitos de possíveis alopoieses do sistema de direito brasileiro pelo descompasso entre circularidade e autodescri�o.</b>	<b>40</b>
<b>Conclusão</b>	<b>45</b>
<b>Referências Bibliográficas:</b>	<b>47</b>

## **Introdução -**

O presente trabalho se propõe a investigar, a partir da Teoria dos Sistemas de Luhmann, questões sobre o funcionamento do Supremo Tribunal Federal (STF). Mais especificamente, a pesquisa se interessa pelos casos de descompasso entre circularidade e autodescrição. Isso significa explorar questões voltadas a uma disparidade entre as operações do sistema do direito e as suas descrições acerca de si próprio. Ao longo do trabalho, foram identificados também problemas na descrição do ambiente do sistema no que se refere aos efeitos das operações do sistema sobre o ambiente e da relação entre os subsistemas jurídicos.

Assim, através da utilização do marco teórico da Teoria dos Sistemas de Luhmann, foram feitos estudos de caso os quais colocaram em destaque tais disparidades entre o que o STF e seus ministros dizem sobre si próprios e seu efetivo funcionamento, observado pelo sistema da ciência. Note-se aqui que, nesses casos, a observação dos agentes não está fazendo uma avaliação “direito/não-direito”, a qual será explorada adiante, mas sim outros tipos de aferições sobre a realidade. A seleção de observações do sistema da ciência privilegiou estudos empíricos pela maior parte, mas de forma alguma isso quer dizer que esta é a mais efetiva ou única técnica para a observação do sistema do direito. Assim, cabe deixar claro nesta introdução que não é objeto deste trabalho fazer uma autodescrição de primeira ordem do sistema do direito, no sentido de fazer uma aferição dogmática. Isso porque este trabalho se coloca externo ao sistema de direito, posicionando-se no sistema da ciência. Pretende-se fazer uma observação de segunda ordem, inclusive da autodescrição realizada pelo sistema jurídico brasileiro.

Devido à limitação da monografia em face de uma pesquisa ambiciosa, os estudos de caso acabaram tomando uma forma mais ensaística, trazendo reflexões e apontamentos sobre a problemática que, de forma alguma, pretendem exaurir as discussões propostas.



A pesquisa se distribui em quatro maiores arcos: primeiramente, um exercício do marco teórico utilizado para explorar os termos e conceitos empregados ao longo da análise proposta; Em seguida, uma descrição e discussão do Supremo Tribunal Federal (após-1988) enquanto subsistema do direito, autopoietico/autorreferente; Como terceiro arco, a elaboração dos referidos estudos de caso sobre as supostas alopoieses geradas a partir do descompasso entre circularidade e autodescrição do sistema e; por fim, tem-se no quarto arco uma discussão acerca da hipótese após os estudos de caso e os possíveis efeitos das supostas alopoieses (além das conclusões do trabalho).

O trabalho se utiliza da revisão bibliográfica e documental como metodologia de trabalho e, como deve estar claro, não se compromete com uma revisão bibliográfica extensa por ter um caráter majoritariamente exploratório e ensaístico.

A pesquisa, em sua concepção, se propunha a examinar muito mais casos e se comprometia com um rigor maior. O emprego de metodologias científicas foi visto, em um primeiro momento, com entusiasmo e como uma forma de observação privilegiada. A escolha em prezar pela diversidade de perspectivas com um aprofundamento em menos estudos de caso em um formato mais ensaístico pode ser encarado como um amadurecimento, uma vez que não se está simplesmente substituindo um ângulo de observação privilegiado por outro igualmente autoritário, mas sim diversificando as formas de observação.

Logo no início da confecção do trabalho já foi observado o relativamente baixo volume e diversidade de pesquisas empíricas em direito sobre o STF, sendo boa parte composta de trabalhos de jurimetria. Assim, foi decidido primar pela diversidade nos estudos de caso trazidos e aceitar que, com a literatura atual, seria difícil chegar a conclusões muito sólidas sobre a pergunta de pesquisa. Dessa constatação surge a ideia de investigar de maneira mais exploratória, o que é mais interessante para o presente momento e pela limitação de recursos dispostos para esta pesquisa.

Este trabalho surge de um compromisso em buscar por uma teoria do direito capaz de lidar com as complexidades do mundo e, se há uma maneira de sintetizar o que é a busca proposta por este trabalho, seria “Qual o valor do conhecimento científico na teoria do direito?”. Apesar desta não ser a pergunta de pesquisa, esta é uma questão que paira no corpo da pesquisa e espera-se que, com este trabalho, a importância deste projeto fique clara para o leitor.

## **1 - Exercício de marco teórico:**

### **1.1 - Teoria dos sistemas sociais**

Adota-se no presente trabalho a perspectiva da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann para examinar parte das instituições vinculadas ao direito brasileiro. São invocados, portanto, uma série de pressupostos os quais pretende-se explicitar adiante. O modelo teórico é interessante para o presente estudo na medida em que ele favorece a observação das instituições envolvidas enquanto sistemas que observam a si mesmos, ao invés de simples objetos de estudo (LUHMANN, 2016a, p. 25-26). Isso é algo que se torna necessário por conta da forte exigência da presente proposta de se comparar a autodescrição formulada pelo Supremo Tribunal Federal e a observação externa de cientistas sobre a mesma instituição. O arcabouço teórico luhmanniano adotado permite fazer justiça a essa relação altamente complexa.

O que significaria, então, dizer que um sistema observa a si mesmo? Para Luhmann (2016b, p. 20), isso significa entender o sistema observado como observador (e não só ele, a teoria da observação luhmanniana também pressupõe isso sobre o próprio estudioso que observa o sistema, a observação da observação), o que por sua vez parte do entendimento de que o sistema é capaz de diferenciar-se do seu ambiente. Embora, para o presente trabalho, não seja necessário se aprofundar em sistemas que não sejam sociais ou biopsíquicos (estes que serão seres humanos), deve-se considerar que a Teoria dos Sistemas pode

abarcam quaisquer tipos de sistemas, desde que eles sejam capazes de manter a diferenciação sistema/ambiente (LUHMANN, 2016b, p. 21). Neves (2011, p. 129) sintetiza bem essa diferença quando compara o sistema (que está dentro) com o ambiente (que está fora). Se entende disso que a definição do sistema e de seu ambiente é orientada à diferença posta pelo sistema que se analisa.

Os sistemas, além de diferenciados, podem ser também fechados. Será discutido mais adiante, com a noção de operação, como um sistema autorreferente não deve admitir operações de seu ambiente para a sua manutenção. Mas já vale esclarecer que a natureza desse fechamento não significa que um sistema não se comunica com o seu ambiente. Luhmann chama essa característica de fechamento operativo e abertura cognitiva, e ele entende que a abertura do sistema para o seu ambiente (em referência recíproca) está condicionada justamente por esse fechamento (LUHMANN, 2016b, p. 101-102). Assim, o sistema, com seus limites bem definidos, pode se comunicar com o ambiente mantendo a sua integridade.

Vale introduzir aqui a noção de autopoiese em sistemas sociais utilizada por Luhmann. Ao descrever o direito enquanto autopoietico, Luhmann o descreve como algo que “produza todas as distinções e caracterizações e que a unidade do direito não seja nada mais que o fato da auto produção, a ‘autopoiese’” (LUHMANN, 2016b, p. 40).

O requisito mínimo para a autopoiese de um sistema é a sua autorreferência, explicada como tal:

“Pode-se designar um sistema como autorreferencial, quando ele mesmo constitui, como unidades funcionais, os elementos dos quais ele se constitui e faz percorrer em todas as relações entre esses elementos uma referência a essa autoconstituição, de modo, portanto, a reproduzir continuamente a autoconstituição” (LUHMANN, 2016a, p. 53).

A autorreferência (chamada “elementar”) não é a única forma que caracteriza a autopoiese, Luhmann elenca também a reflexividade e a reflexão do sistema. Neves elabora sobre o conceito de reflexividade de Luhmann e faz a seguinte proposição:

“Reflexividade como mecanismo no interior de um sistema autopoietico implica que o processo referente e o processo referido são estruturados pelo mesmo código binário e que, em conexão com isso, critérios e programas do primeiro reaparecem em parte no segundo” (NEVES, 2011, p. 132).

A autopoiese teria como o mínimo requisito a autorreferência elementar, como já foi dito, para então o sistema poder apresentar uma reflexividade e, depois, a reflexão, a qual pressupõe as outras duas. Para Neves, essa última diz respeito à habilidade do sistema de se referir a si mesmo como um todo, enquanto com a primeira ele faz referência a seus elementos que o constituem e com a segunda ele percebe seus próprios processos sistêmicos (NEVES, 2011, p. 132). A reflexão, desdobrada da autodescrição, é objeto de estudo deste trabalho, sendo a avaliação da relevância dos escritos dos Ministros do STF para esse processo um debate central. Como, por exemplo, um entendimento firmado pelo STF sobre suas competências em jurisprudência afeta a reprodução do sistema de direito brasileiro? Quais os efeitos de um possível descompasso entre tal entendimento e a circularidade do sistema de direito? Essas são questões a serem trabalhadas as quais dependem de uma consideração cuidadosa dos processos do sistema de direito brasileiro enquanto sistema autopoietico.

Luhmann adverte que o conceito de autopoiese carece de conteúdo explicativo sobre o sistema observado. Isso significa que, ao dizer que um dado sistema é autopoietico, não se explica como esse processo se dá, nem quais as estruturas vinculadas ao sistema que permitem isso (LUHMANN, 2016b, p. 60). Com isso são introduzidos dois conceitos: o de operação e o de estrutura.

O sistema se diferencia de seu ambiente através de operações. Luhmann discute como em outras teorias sobre o direito se atrela à ideia de estrutura (personificada em normas e regulamentos) o fundamento do direito. A tese adotada aqui, no entanto, é a de que o sistema (de direito) não se realiza pela existência de suas estruturas (apesar de elas serem importantes), mas pela produção e reprodução de suas operações (LUHMANN, 2016b, p. 55-56). A operação, nesse

sentido, se caracteriza principalmente pela sua reprodução fatídica, ao invés de ser uma “idealidade estável” (LUHMANN, 2016b, p. 56).

Para o presente estudo, as operações de referência, de observação e de comunicação serão importantes e, por isso, merecem uma consideração mais aprofundada. Luhmann diferencia a *referência* da *observação*.

Luhmann coloca que a referência é a designação de algo em face de uma diferenciação de algo diverso, utilizando-se do sentido cunhado por Spencer-Brown de *designação* e *diferenciação* (ele também nota que a referência se torna uma observação quando ela é guiada por um interesse observacional, *i.e.*, de se obter informação sobre o referenciado) (LUHMANN, 2016a, p. 499). O que se tem com isso é que quando se faz referência a algo, você o distingue do que ele não é, dessa forma, a notação dessa coisa está em seus limites. Isso é o fundamento para a autorreferência de base, com a qual o sistema, ao se diferenciar de seu ambiente (algo diverso), pode se referir a si mesmo.

A observação não se confunde com a autorreferência (LUHMANN, 2016b, p. 70), ocorre que a segunda é um pré-requisito para a diferenciação de um sistema (LUHMANN, 2016a, p. 25). A observação em Luhmann sempre leva em consideração o sistema que observa. Ele dá o exemplo de que o sistema de direito pode ser visto de dentro por um jurista e de fora por um sociólogo (LUHMANN, 2016a, p. 21). A observação do jurista enquanto jurista está, portanto, condicionada pelas regras do direito. O que se entende disso é que existem fenômenos que, mesmo que observáveis por essa pessoa enquanto pessoa, são juridicamente irrelevantes. Luhmann elabora: para ele, uma teoria sociológica do direito é necessariamente externa ao sistema de direito, enquanto uma teoria jurídica do direito seria uma autodescrição do sistema de direito (LUHMANN, 2016a, p. 22). Nota-se, portanto, a relevância da posição de quem observa e quem é observado para essa operação.

Por fim, faz-se justo mencionar o papel da comunicação enquanto operação e elemento dos sistemas sociais. Luhmann diz que:

“Só se pode falar de comunicação, não importando como pareça a apresentação do processo, quando a alteração do estado do complexo A corresponder a uma alteração do estado do complexo B, embora os dois complexos tenham outras possibilidades de determinação de seus estados” (LUHMANN, 2016a, p. 59).

A comunicação, para Luhmann, implica na colocação de restrições sobre os elementos. Uma vez expostos a uma complexidade alheia a eles (advinda de seus ambientes), os sistemas precisam implementar uma tarefa de seleção de quais relações de seus elementos com o ambiente não de ser consideradas em seus processos. A redução de possibilidades de relacionamento é dada em processos comunicativos (LUHMANN, 2016a, p. 59). No caso do sistema de direito, pode-se falar em fatos juridicamente relevantes. O que pode ser considerado como tal, assim como em qualquer sistema, só pode ser determinado pelo próprio sistema (neste caso, o sistema de direito). Mas mesmo assim, entende-se que isso ajuda a visualizar melhor o que Luhmann quer dizer com a seletividade da complexidade do ambiente: há coisas que dado sistema de direito não considera nem pretende considerar.

## **1.2 - Considerações sobre o direito enquanto sistema social**

Há de se discutir também como o sistema de direito, em específico, realiza suas operações. O direito, enquanto sistema social, se diferencia e, portanto, toma forma, com determinada função. Para Luhmann, a função *prima* do direito pode ser enxergada de duas diferentes formas:

“Visto abstratamente, 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 temporais, objetivas e sociais” (LUHMANN, 2016b, p. 175).

As expectativas no direito são estabilizadas no tempo na medida em que, para os mesmos tipos de situação, são dados os mesmos provimentos. Se determinada complexidade é percebida, a operação ou operações correspondentes *devem* ser acionadas. O sistema é capaz de constatar se determinadas coisas

sobre o mundo são segundo o direito, e prescrever o que deve ser feito sobre isso. Essa lógica parte de uma expectativa *normativa* a qual se distingue da expectativa *cognitiva*. O sistema de direito, quando confrontado com o seu ambiente, persiste com uma “teimosia contrafactual”, como Luhmann a chama (LUHMANN, 2016b, p. 108). Suas expectativas internas não se exaurem quando frustradas. Isso diz respeito ao próprio fechamento operativo do sistema de direito. Sua contraparte, a expectativa cognitiva, está aberta a se modificar por conta de uma frustração. Por exemplo, se tem-se a expectativa cognitiva de que todos os sapos são verdes, basta ver um sapo de cor diferente para exaurir essa expectativa.

As expectativas que existem nos processos do sistema são conhecíveis, tanto por uma auto-observação quanto por uma observação externa. As expectativas do sistema são guiadas/determinadas pelo que chamaremos de *estrutura*, que está relacionada à distinção entre codificação e programação. O código binário que diferencia o sistema do direito enquanto sistema social é o “*Recht/Unrecht*” (direito/não-direito), o qual se desdobra por meio da programação específica do sistema de direito. Luhmann coloca de forma sucinta: “Legal é legal, ou seja, legal não é ilegal, se as condições dadas nos programas do sistema do direito forem satisfeitas” (LUHMANN, 2016b, p. 223-224).

Sobre a necessidade da diferenciação “código/programação” no sistema do direito, Luhmann acrescenta: “Um sistema jurídico não é possível de ser deduzido de axiomas lógicos, mas porque a autopoiese do sistema se inicia mediante condições históricas muito excepcionais” (LUHMANN, 2016b, p. 225-226). É possibilitado pelo desdobramento do código binário a partir de programas o *re-entry*, a “dupla entrada da forma dentro da forma” (LUHMANN, 2016b, p. 231-233). Estando determinado que dado *input* é conforme ou contrário ao direito, o sistema de direito produz o respectivo *output* (*i.e.*, dada coisa é ou não é direito). Mas, logo em seguida, ele avalia (segundo as condições impostas por seus programas e seu código) se o tratamento desse *output* (operação do sistema) está segundo o direito, e assim por diante (LUHMANN, 2016b, p. 232-233). Podemos pensar nesse fenômeno quando, por exemplo, se questiona a legalidade de determinado

procedimento de instância inferior por uma instância superior. Mas esse conceito vai além: o próprio fato de se poder diferenciar dentro do sistema de direito a legalidade de suas operações (reflexão) já é *re-entry*. Esse é um fato íntimo à atual investigação, uma vez que uma percepção equivocada das operações do sistema, por parte de seus operadores, torna possível a incompatibilidade do procedimento com o próprio direito.

Para Luhmann (2016b, p. 257), é justamente com a diferenciação entre código e programas que o sistema se torna capaz de experienciar mudanças em seu ambiente e persistir invariante em seu código, uma vez que a programação (presumida legítima) se altera segundo o código do sistema. É nesse momento que o sistema se abre cognitivamente. Há ainda a questão da “segurança do direito”, encarada de duas formas, uma sendo a de que as circunstâncias sempre sejam tratadas exclusivamente segundo o código do direito (fechamento operativo) e, de outra, se as decisões dos tribunais se tornam previsíveis (LUHMANN, 2016b, p. 258). A primeira, a qual diz respeito à corrupção sistêmica e à alopoiese, será tratada mais adiante e é vital para nossas discussões. A outra, por sua vez, se trata da forma que o procedimento manda a decisão para o futuro, para que os agentes que participem dele não possam saber do seu resultado aprioristicamente. A decisão só é tomada ao final do processo, convidando os envolvidos a contribuírem com ele durante o seu curso (LUHMANN, 2016b, p. 277-279).

Luhmann aponta também para como o sistema de direito passa por uma diferenciação interna, acomodando *subsistemas* que se relacionam com seus ambientes (e uns com os outros também) de maneira limitada pelas disposições que ordenam essas relações: ele mesmo dá como exemplos os tribunais, advogados e parlamentos legislativos (LUHMANN, 2016b, p. 397-398).

Outra diferenciação importante invocada por Luhmann é a entre *legislação* e *jurisprudência*, com a lei vinculando a decisão do juiz, esta que é a aplicação do direito no caso particular (LUHMANN, 2016b, p. 408-409). A relação entre os dois institutos traz consigo o efeito de se evitar uma circularidade centrada na jurisprudência, promovendo que as decisões não sejam a criação de um direito que



se aplica, mas a aplicação de um direito que existia anteriormente à decisão (LUHMANN, 2016b, p. 409). Não se entende disso que a decisão é tomada aprioristicamente, como já foi discutido anteriormente. A decisão é impossível antes do procedimento. Alia-se a essa posição do direito a necessidade de se decidir (LUHMANN, 2016b, p. 410), incorporada como o princípio da inafastabilidade da jurisdição no sistema de direito brasileiro, descrito no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, os tribunais devem decidir mesmo quando, apesar da técnica correta e referência às normas vigentes, a decisão não é inequívoca (LUHMANN, 2016b, p. 419). O tribunal, diante do não explícito na lei e da sua obrigação de decidir, encontra a “liberdade”, como descreve Luhmann (LUHMANN, 2016b, p. 427). O juiz produz “regras jurídicas que se atêm aos padrões metodológicos e de conteúdo vigentes” (LUHMANN, 2016b, p. 429). Isso, claro, quando o sistema de direito está se comportando de maneira coerente. Lê-se essa colocação de Luhmann como uma restrição ao comportamento do juiz: como ele *deve* produzir as regras jurídicas.

Próxima à ideia de decisão está a *interpretação*. Para Luhmann, a interpretação é uma observação de segunda ordem, na qual o tribunal observa decisões judiciais na forma da argumentação, a *ratio* de sua própria decisão (LUHMANN, 2016b, p. 437). Esta diferenciação é importante para nosso trabalho, uma vez que a efetiva decisão do tribunal não se confunde com a argumentação empregada para essa mesma decisão. Inclusive, esse é um ponto interessante de se considerar no modelo colegiado do direito brasileiro uma vez que, diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, os seus ministros votam independentemente e não como colegiado (excepcionando-se aos votos concorrentes e dissidentes em outros modelos).

No modelo brasileiro, a tese prevalecente é aquela adotada pela maioria quanto ao resultado do julgado. Mas isso não quer dizer que essa maioria formada concorde plenamente com todo o conteúdo de determinado voto (a princípio), mesmo que ele componha a tese vencedora. Divergências podem existir na argumentação. Isso é resolvido no STF com a deliberação durante a sessão no

plenário, cuja transcrição deve ser anexada ao acórdão (com algumas exceções) e cabe ao redator do acórdão explicitar a tese acordada e proclamada pelo Presidente ao fim das deliberações. Veja-se, portanto, a clara distinção entre a decisão, a qual é explicitada perante o resultado, e a argumentação desta decisão a qual é acompanhada (e registrada) com os votos e a transcrição dos debates em plenário que levaram a essa decisão, estes que talvez não se adequem ao conceito de argumentação de Luhmann, mas sim sejam um *registro do procedimento*<sup>1</sup>.

### **1.3 - A alopoiese do sistema de direito**

Central à discussão proposta é o conceito de alopoiese do professor Marcelo Neves. Como foi explanado anteriormente, Neves entende que, em Luhmann, a autopoiese possui três momentos: a autorreferência de base, a reflexividade e a reflexão (NEVES, 2011, p.131). O sistema alopoiético, por sua vez, possui alguma limitação em sua diferenciação funcional a qual o torna inapto a “de maneira congruente generalizada no domínio da respectiva sociedade, orientar as expectativas normativas e regular as conexões interpessoais de conduta” (NEVES, 2011, p. 146). O sistema alopoiético não é vítima de uma simples corrupção sistêmica, uma infração do seu fechamento operativo, mas sim de uma falha na sua construção, a qual produz desdiferenciações recorrentes. A desdiferenciação é acarretada pela introdução de códigos alheios ao sistema os quais direcionam as suas operações. O direito passa a decidir questões jurídicas com base em valores religiosos, em conveniência política, etc., sem que esses fatores tenham sido incorporados ao sistema segundo as normas do sistema. A hipótese trazida pelo presente trabalho é a de que o descompasso observado entre o aspecto autorreferencial da circularidade e a autodescrição no STF é sintoma de um problema de diferenciação funcional de ordem estrutural, e não de uma questão pontual e que, portanto, parece pedir por reformas à altura.

---

<sup>1</sup> As consequências desse modelo e as comparações dele a outros ordenamentos jurídicos, embora interessantes, parecem fugir do escopo do presente trabalho. Isso não quer dizer, no entanto, que não pretendo considerar o papel do ministro enquanto membro do colegiado e informante do sistema jurídico.

## **2 - Uma discussão e descrição do Supremo Tribunal Federal (pós-1988) enquanto parte do sistema de direito (autopoietico/autorreferente);**

O papel do tribunal no sistema de direito tem muito a ver com uma das funções do direito explicitadas anteriormente, leia-se, a estabilização de expectativas normativas. Contudo, deve-se afastar de antemão a noção clássica positivista de que o direito se realiza apenas nos tribunais. Adota-se o proposto por Luhmann que o sistema se constitui a partir de suas operações (LUHMANN, 2016b, p. 55-56). Assim, o direito está se realizando em todas as operações jurídicas, não apenas naquelas feitas pelos tribunais.

O tribunal, enquanto parte do sistema do direito, é entendido como subsistema deste. Isso se dá por formas de diferenciação interna, as quais são as formas com que os subsistemas expressam o ordenamento do sistema total, uma forma sendo a hierarquia entre os sistemas (LUHMANN, 2016b, p. 397). O tribunal se mostra em relação de desigualdade com diversos elementos do sistema de direito, como os advogados, e pode também manter relações de igualdade (hierárquica), como talvez outros tribunais.

O Supremo Tribunal Federal se diferencia de outros tribunais enquanto instância extraordinária e, portanto, pode ser compreendido como hierarquicamente superior. Isso não é dizer, no entanto, que ele pode ir além do código do direito, uma vez que ainda é posto como subsistema do sistema jurídico. Assim, ele atua, por exemplo, como tribunal revisor de instância extraordinária e, portanto, pode revisar a decisão de outro tribunal para questões constitucionais, mas, por outro lado, não pode invadir outra jurisdição em razão da hierarquia.

Há também a questão de que o controle constitucional brasileiro é misto, possuindo tanto um controle difuso quanto concentrado. Enquanto todo tribunal pode exercer o controle difuso, com efeito *inter partes*, apenas o STF pode fazer o controle concentrado, do qual suas decisões têm efeitos vinculantes. Assim, o STF coordena a interpretação da constituição sobre toda a jurisdição do país, através de suas decisões vinculantes.

O STF, em si, possui regimento interno próprio que coordena os procedimentos para as tomadas de decisão, as quais são feitas pelos seus onze ministros.

A corte é um sistema/subsistema autopoietico de alta sofisticação, sendo capaz de reflexão (autodescrição) a partir de suas argumentações, decisões e resoluções administrativas. Assim, o sistema STF, subsistema do sistema jurídico, é capaz de fazer aferições sobre si mesmo e seu ambiente de forma a agir sobre ambos. Vale ressaltar aqui que, como consequência do raciocínio da teoria dos sistemas, o restante do sistema do direito é ambiente do subsistema STF, apesar dele se reconhecer enquanto subsistema. Vale também clarificar que a figura do ministro interage com o tribunal, sendo ambos subsistemas separados. Essa distinção vai ficar mais aparente quando observarmos os estudos de caso, em momentos em que os ministros tentam interagir com o sistema de direito segundo códigos alheios ao sistema do direito (ocasionando corrupções sistêmicas).

### **3 Observando a autodescrição do STF: Estudos de Caso**

#### **3.1 A Tese que contraria o observável**

Traz-se à pauta de discussão o HC 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki a qual, embora já tenha tido a sua tese superada nas ADCs 43, 44 e 54 (em decisões apertadas, 6 a 5 votos), a decisão sobre a prisão em segunda instância de 2016 trouxe muitos argumentos pautados em pesquisas empíricas, o que é interessante para o presente estudo. Em especial, gostaria de trazer o estudo de Hartmann et. al. "O impacto no sistema prisional brasileiro da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre execução da pena antes do trânsito em julgado no HC 126.292/SP - um estudo empírico quantitativo".

O trabalho é interessante pela proposta de quantificar o universo de presos que seriam afetados pela decisão, esclarecendo dúvidas sobre a quantidade de tais réus (HARTMANN, 2018, p. 403). Ocorre que, à época, existiam críticas à decisão apontando que, ao admitir-se a prisão em segunda instância para aqueles ainda aguardando recursos, haveria um caos no sistema prisional (HARTMANN, 2018, p. 422).

O estudo então faz um levantamento bem conservador, utilizando-se de uma metodologia a qual tende a uma superestimação do número de afetados de forma a chegar a um cenário inflado (HARTMANN, 2018, p.422). O estudo traz resultados interessantíssimos uma vez que estima um aumento de apenas 0,58% de presos em regime fechado (HARTMANN, 2018, p. 422), efetivamente refutando as críticas prevendo um suposto caos no sistema prisional causado por tal decisão.

Toda essa discussão, no entanto, traz outras questões. Mesmo que se verificasse que a decisão causou grandes influxos de presos ao sistema prisional, quais as razões de direito justificariam a crítica a essa decisão do STF? Não é interessante investigar no presente momento quais elas seriam, mas entende-se que elas deveriam existir para que essa crítica fizesse qualquer sentido. Ao primar-se pela autopeiose do sistema de direito, isso implica na sua reprodução baseada em operações e normas jurídicas, sob pena de se corrompê-lo. Onde se quer chegar com isso é que, seguindo-se o rito do direito, não há de se falar em uma decisão inválida, refutada por uma pesquisa empírica. Isso porque, como foi explicitado anteriormente, o sistema de direito traz consigo expectativas normativas, não cognitivas. Entende-se que essa nova informação ensejaria em uma revisão da matéria. Isso porque é inviável exigir estudos empíricos para a solução de conflitos judiciais. O tempo da ciência não é o tempo do direito. No caso em questão, a decisão se deu em 2016 e o estudo foi publicado apenas em 2018.

Dito isso, qual o problema então? Porque bradar que existem alopoieses no STF devido a seu descompasso entre circularidade e autodescrição? Pois bem, o problema se torna visível quando se analisa a decisão proferida pelos Ministros, a

qual possui uma tese peculiar apresentada no voto do Min. Luís Roberto Barroso e reverberada pelo Min. Gilmar Mendes. Ao mesmo tempo em que não existiam dados empíricos que pudessem mensurar o impacto da decisão sobre o volume de presos e, portanto, não seria possível cobrar do tribunal que conduzisse estudo empírico para decidir a questão, o mesmo assumiu a tese de que a não prisão em segunda instância causaria “deletéria sensação de impunidade” (BRASIL, 2016, p. 34). A tese é apresentada sem estudos embasando-a, como um “senso comum”. Como pode o tribunal assumir aprioristicamente dados sobre a realidade em suas razões de decidir? Essa me parece ser uma das portas pelas quais entra a corrupção do sistema de direito causada pela consciência dos Ministros e seus assessores. Esse aspecto da decisão é indicativo da falta de técnica empregada para o que seriam questões de direito. Dizer que existe um sentimento de impunidade e que esse sentimento justifica uma interpretação expansiva de um dispositivo literal (Art. 5º LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, Constituição Federal”) não é uma consideração de direito, mas sim uma consideração política.

O estudo de Hartmann et. al., além de refutar os críticos da decisão que defendiam que haveria um caos no sistema prisional, também coloca em xeque a razão de decidir do Supremo (ou pelo menos parte dela), a qual assume que, ao efetuar mais prisões, sanaria um suposto sentimento de impunidade. Dessa situação existem duas leituras possíveis. Uma delas é a de que a corte entendeu que, independentemente de quantas prisões ocorrerem, o sentimento de impunidade será combatido. Essa afirmação não pode ser feita aprioristicamente e me parece irresponsável quando se contrasta essa possibilidade com o princípio da presunção de inocência.

A outra possibilidade é a de que a decisão do STF presume que um número considerável de prisões será feito e que isso enfrentará o sentimento de impunidade. Mesmo que essa proposição seja mais apoiada por um “senso comum”, ela sofre do mesmo problema de ser uma suposição irresponsável, e ainda assim é provada falsa pela pesquisa de Hartmann, uma vez que o número de

afetados pela troca de entendimento do tribunal é inexpressiva. Dessa forma, fica mais escancarado ainda o perigo de aceitarmos que juízes façam pressuposições sobre o mundo e sobre os efeitos de suas decisões sem os recursos para comprovar e defender tais aferições. É perigoso, além disso, assumir que isso não acontece. Parte do intuito deste estudo é essa demonstração.

Essa, no entanto, não é a única razão de decidir expressada pelo tribunal. O acórdão em questão é extenso e apresenta diversas questões. Inclusive, essa tese da impunidade é sequer levantada pelo relator. Esta tese em específico, no entanto, é indicativa de um problema maior. O problema do sentimento de impunidade está elencado entre três chamados “fundamentos pragmáticos” da decisão, sendo os outros dois a valorização da jurisdição criminal ordinária em desfavor da jurisdição recursal, “tornando o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado”, e a diminuição do grau de seletividade do sistema punitivo (BRASIL, 2016, p. 28). Sobre o primeiro ponto, o Min. Barroso traz dizeres da Convenção Interamericana contra a Corrupção que incentivam reformas no sentido de evitar a impunidade de responsáveis (BRASIL, 2016, p. 48). Mas é incompreensível como que, de uma recomendação como essa, que pede por reformas no sistema de justiça, o Ministro acha que é remédio restringir direitos dos cidadãos com base em uma interpretação expansiva da lei e não projetos sérios, pesquisados, proposições de reforma na legislação ou qualquer meio que faça sentido para criar mudanças significativas no sistema.

Qual a efetividade da “reforma” promovida que, diga-se de passagem, já foi revertida pela própria corte poucos anos depois? Isso sem falar, mais uma vez, que o meio é totalmente indevido. O tribunal está na posição de interpretar a lei contra a lei para reformar a lei? É difícil sequer começar a explicitar a total imperícia que ocorreu nessa tentativa de “reforma”. A mesma crítica vale para o outro fundamento pragmático, o qual dita que o sistema punitivo deve ser mais republicano e igualitário. O Min. Barroso compara a situação daqueles que estão em grau recursal com aqueles presos preventivamente, falando como eles não têm seus direitos garantidos, e acaba ele mesmo reconhecendo a fraqueza de seu argumento: “não

se trata de nivelar por baixo, mas de fazer justiça para todos” (BRASIL, 2016, p. 52). Assim, para o Ministro, dado que muitas pessoas são encarceradas preventivamente, o correto é diminuir a força do princípio da presunção de inocência para outras pessoas e, dessa forma, promover a isonomia.

Muito se discute sobre a dificuldade de se formar um sistema de precedentes no Brasil, como é o caso relatado por Fernando Leal em “Uma jurisprudência que serve para tudo” (2015), reportagem onde é mostrado um caso em que o mesmo precedente acabou sendo usado para teses opostas no tribunal. Aponta-se para o fato de que “o número de precedentes citados parece ser, portanto, aleatório. Como também parece ser aleatório o seu papel na justificação de cada decisão” (LEAL, 2015). Teses como as do Ministro Barroso são preocupantes pois alimentam o sistema de precedentes. Falas que fazem presunções sobre a realidade são consolidadas como decisões da Corte e perduram nos anos assombrando decisões futuras.

Felizmente, é possível observar passos em direções interessantes no mesmo acórdão. Alimentam-se as decisões de afirmações sobre a realidade pautadas em estudos. Vejamos um exemplo:

“Na matéria aqui versada, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação.

Com efeito, a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5% **(6)**. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam



a representar 0,1% do total de decisões (7)” (BRASIL, 2016, p. 32-33) (Destaque meu sobre os marcadores das notas de rodapé)

Sobre os dados apresentados, temos duas notas de rodapé:

“6 Segundo dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria.

7 Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523, RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671, RE 607.173, AI 580.458). Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições”. (BRASIL, 2016, p. 33)

Embora o estudo elaborado pela respeitável assessoria de gestão estratégica seja um exemplo da devida utilização de dados empíricos junto ao tribunal, a pesquisa citada na nota de rodapé 7 é justamente o oposto. Referida como “pesquisa artesanal”, não apresenta rigor algum e é irreplicável com as informações colocadas. Há de se discutir, ainda, a falta de transparência dos dados levantados pela assessoria de gestão estratégica, uma vez que nós não temos acesso a qualquer relatório, apresentando os dados coletados e as metodologias empregadas. O próprio Hartmann traz que “consideramos importante, entretanto, trabalhar com dados resultantes de pesquisas empíricas com critérios replicáveis, informações minimamente confiáveis e métodos estatísticos tradicionais” (HARTMANN, 2018, p. 422). Não tendo acesso aos critérios e métodos, eles não

são replicáveis. Pedi junto à central de acesso à informação do STF pelo relatório contendo os critérios e o referido relatório não pôde ser localizado<sup>2</sup>.

Apesar de não ser a norma, esta é uma tentativa válida de se recepcionar a observação externa à autodescrição da Corte, que vem da preocupação do Min. Barroso com a ciência e métodos de pesquisa pautados na jurimetria. Apesar do próprio Ministro, em determinados momentos, fazer suposições sobre a atuação do STF sem se pautar em evidências, como foi discutido anteriormente, existem outras situações em que essas informações estão disponíveis e, portanto, podem ser utilizadas para o melhoramento da tomada de decisão. Isso não quer dizer, no entanto, que a utilização de jurimetria e outras técnicas transformarão o sistema falho em perfeito. Esta é uma tentativa que, entre outras, combate (e não elimina) o problema específico das suposições dos ministros sobre a realidade sem embasamento. No fundo, é bem simples: aferições sobre a realidade pautadas em dados são mais confiáveis que aferições baseadas na subjetividade dos ministros. Deve-se olhar com ceticismo também para a mal utilização de dados estatísticos no campo do direito, podendo ser catastrófico ser ingênuo e considerar válidos trabalhos empíricos com metodologias duvidosas, fontes não confiáveis e, mais importante, com conclusões que extrapolam o que os dados demonstram. Assim como hoje temos jurisprudências que servem para tudo, é possível imaginar estudos empíricos que dizem o que convém ao interessado também.

### **3.2 A Corte protetora dos direitos corporativos fundamentais**

Para o segundo estudo de caso, traz-se à pauta de discussão o estudo “A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade”, de Costa e Benvindo, de 2013. O trabalho conversa com a presente pesquisa na medida em que questiona, com dados empíricos, proposituras que existem sobre o sistema brasileiro de controle constitucional. Em meio a um “esvaziamento do controle difuso

---

<sup>2</sup> Em minha solicitação 35492 - Acesso à informação - SGE, recebi a seguinte resposta: "Empreendemos exaustiva pesquisa nos bancos de dados da Secretaria de Gestão Estratégia (antiga AGE), contudo não foi possível localizar o referido relatório. Ainda estão sendo realizadas diligências que podem resultar na recuperação do relatório em tela (mencionado no voto do HC 126292/SP), com o que retornaremos o contato para atualizá-lo a respeito.

Permanecemos à disposição para mais informações sobre esses dados. "

e de ampliação do controle concentrado” (COSTA, 2013, p. 5), têm-se proposituras, como a do Min. Gilmar Mendes, que chegou a alegar que “possuímos, hoje, um sistema de defesa da Constituição tão completo e tão bem estruturado que, no particular, nada fica a dever aos mais avançados ordenamentos jurídicos da atualidade” (MENDES, 2009, p. 208).

Esse estudo se prontificou a analisar 4.900 ADIs, acomodando aquelas distribuídas pelo STF até dezembro de 2012 desde a promulgação da CF/1988. Foram excluídos do universo de análise 97 ações que tratavam de omissão, 1 convertida em ADPF e 68 casos em que não existe ação correspondente ao número autuado no STF, totalizando um universo analisado composto por 4.727 processos (COSTA, 2013, p. 13-14).

Os pesquisadores trazem a correlação da tendência à exaltação do controle concentrado com a história do controle constitucional brasileiro, no qual poucos agentes legitimados concentram o direito de movimentar o sistema (COSTA, 2013, p. 7). Outro questionamento interessante para o presente estudo é levantado acerca dos argumentos empregados para a prática política da corte, a qual se utiliza de um manto de defesa de direitos fundamentais para empregar técnicas interpretativas flexibilizadoras (COSTA, 2013, p. 9). A pesquisa, assim, se destinou a identificar qualitativamente o perfil de julgamento do STF, identificando o comportamento e perfil dos demandantes, seus graus de sucesso com suas demandas, além de verificar quais temas que realmente ocupam o STF no controle concentrado de constitucionalidade (COSTA, 2013, p. 10).

O discurso de ativismo político do judiciário e, mais especificamente do STF, na defesa de garantias fundamentais é forte e emana por seus ministros. Explicito aqui um exemplo desta visão com o seguinte trecho do Min. Barroso:

“O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá

ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático.” (BARROSO, 2009, p. 12).

O trecho em questão sugere duas premissas: i) a finalidade da intervenção judicial em processos políticos estaria na proteção de direitos fundamentais; e ii) tal intervenção deve ser dirigida a atos e escolhas “inválidos”, ou, em outras palavras, que são contra o direito. O trabalho de Costa e Benvindo acaba nos trazendo um diagnóstico de como se dá a realização dessas duas premissas. Eles mesmos já identificam como essa justificativa é dada: a “[...] proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos [...] é o principal argumento que normalmente se utiliza para justificar a própria legitimidade dos sistemas de judicial review” (COSTA, 2013, p. 16).

Como resultado do estudo, Costa e Benvindo chegaram à interessante conclusão de que, entre as ADIs avaliadas, leis estaduais representam 82% dos atos impugnados e, assim, a atuação do STF no controle de constitucionalidade se mostra tendente a um controle da autonomia estadual, majoritariamente, com os governadores dos estados sendo os maiores ganhadores dentro deste sistema (COSTA, 2013, p. 74,75). Há a observação de que, em 2013, o ajuizamento de ADIs por governadores estava em queda (COSTA, 2013, p. 75), mas ainda vale a reflexão de que, quando ajuizadas, elas tiveram altos índices de sucesso.

Assim, haveria a transferência de disputas políticas para as vias judiciais (COSTA, 2013, p. 75). Efetivamente, o sistema adotado coloca mais uma instância de veto para leis estaduais, as quais precisam ser aprovadas pelos procedimentos políticos apropriados e, se de suas aprovações resultar em uma perda política do Governador de estado, ele tem o poder de ajuizar a ADI com altas chances de sucesso. Essa é uma consequência silenciosa da atuação do STF a qual fica instaurada no nosso modelo de controle concentrado de constitucionalidade e se torna aparente pela pesquisa empírica. Não cabe defender aqui que o processo político não passe por um controle judicial. O que está sendo apontado é o fato de que o processo judicial (especificamente o STF) é mais sensível às demandas de determinados atores políticos (os governadores) os quais acabam tendo por conta

do processo judicial mais poderes políticos, desta vez velados por uma aparência de avaliação objetiva da legalidade do ato impugnado.

Voltando à aferição de Costa e Benvindo de que a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos seria o fundamento para a atuação da corte constitucional, podemos ver que isso não é o que move grande parte da atuação do tribunal. Será que a possibilidade de uma proteção esporádica é motivo suficiente para justificar nosso modelo de controle concentrado de constitucionalidade?

“[...] tiveram uma participação constante e exitosa nas ADIs as entidades patronais e aquelas que defendem os interesses de servidores públicos, especialmente daqueles ligados ao sistema de justiça e à segurança pública (como juízes, delegados, defensores, membros do MP, advogados e policiais). Associações ligadas a outras profissões tiveram baixo índice de participação e índice nulo de procedência, o que indica que as classes envolvidas mais diretamente ligadas à aplicação do direito souberam aproveitar-se de modo mais eficaz dos processos de judicialização da política e que o STF foi bastante sensível às suas postulações” (COSTA, 2013, p. 77).

O nosso modelo atual, o qual concentra em poucas entidades a legitimidade para mover o sistema de controle de constitucionalidade, parece estar tendendo a favorecer interesses corporativistas ou, pelo menos, estes agentes parecem ser mais exitosos em defender seus interesses do que defender os interesses dos cidadãos. Isto porque: “a maior parte das intervenções é no sentido de anular benefícios concedidos de forma indevida, e não de garantir direitos individuais, coletivos e difusos, que têm uma participação minoritária” (COSTA, 2013, 77). Somando-se a isso, tem-se que:

“Embora a qualidade das decisões ligadas a direitos fundamentais do MP seja adequada, no sentido de que elas se voltam primordialmente à defesa do interesse público, a quantidade de decisões desse tipo não se diferencia fundamentalmente daquelas obtidas por partidos políticos e pelas entidades corporativas” (COSTA, 2013, p. 78).

Com isso, os pesquisadores reiteram a necessidade de se repensar o significado da ampliação do rol de legitimados para mover o sistema de controle de

constitucionalidade uma vez que, ao invés de se observar uma maior proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, a defesa de direitos fundamentais se volta majoritariamente aos interesses corporativos desses legitimados (COSTA, 2013, p. 78).

Essa situação leva a crer que existe um processo alopoiético em pelo menos uma de três hipóteses: i) no descompasso evidente entre o fundamento da atuação da corte e seu processo de seletividade (aqui representado pela legitimidade em mover ADIs); ii) na atuação dos legitimados, os quais ajuízam ações desproporcionalmente em benefício próprio; ou iii) a possibilidade no julgamento de haver um êxito desproporcional em decorrência de uma corrupção sistêmica no processo decisório.

A primeira hipótese diz respeito ao próprio modelo de limitação de legitimados em mover ações. Acatar essa hipótese seria dizer que o modelo em si é alopoiético na medida em que é impossível que as entidades legitimadas sejam capazes de representar os interesses dos cidadãos. Isso não é cabível, uma vez que certo nível de seletividade é inevitável. Cabe pensar se os atores escolhidos como legitimados em específico são capazes de representar os interesses da população. Mas isso ensejaria maiores investigações.

A segunda hipótese, por sua vez, tem por premissa o inverso da primeira. Ela coloca que, apesar de ser possível que os atores legitimados representem os interesses dos cidadãos, isso não está ocorrendo (em uma proporção aceitável), uma vez que eles desproporcionalmente ajuízam ações em causa própria.

Por fim, com a terceira hipótese temos a possibilidade de o tribunal estar favorecendo essas causas com maior êxito. Isso por si só não responde a questão do volume de ajuizamentos, mas traz reflexões interessantes sobre o porquê da situação. Mais uma vez, acredita-se que seja por conta da subjetividade dos ministros estar prevalecendo sobre o código do direito. Por que beneficiar corporações vinculadas ao judiciário? Entendo que é porque são seus pares. A

professora Lewandowski (a não ser confundida com o Ministro da Corte), fala sobre o processo de seleção dos Ministros da Corte:

“Para “concorrer”, o futuro ministro precisa buscar apoio, formando listas com assinaturas de políticos, magistrados e advogados, que serão enviadas aos representantes do Poder Executivo. [...] O apoio de pessoas tidas como influentes dentro do Poder Executivo ajuda muito um candidato à vaga no STF. Esse apoio, somado ao lugar de onde vem o candidato, é condição fundamental para a nomeação. [...] A Procuradoria-Geral da República, assim como a Advocacia-Geral da União, também formam nomes que sempre são lembrados nas listas que chegam à presidência.” (LEWANDOWSKI, 2014, p. 62).

Assim, havendo um sistema que demanda articulação política do ministro para que ele assuma o cargo, esses vínculos não cessam uma vez que ele adentra o tribunal. Dessa forma, torna-se interessante investigar mais se existe uma influência da subjetividade do ministro (seus vínculos políticos) sobre a sua maneira de decidir, o que pode ser entendido como outro caso de corrupção sistêmica sobre o sistema de direito.

### **3.3 Mutação constitucional sem evidências**

O próximo tema em pauta diz respeito ao estudo feito por Santos em seu artigo “‘Mutação   brasileira’: uma análise empírica do art. 52, X, da Constituição’, o qual questiona a declaração do Min. Gilmar Mendes tida nos autos da Rcl 4.335-5/AC, sobre uma suposta mutação constitucional. Para o ministro, o dispositivo em questão atribuiria ao Senado Federal competência para apenas publicizar as decisões proferidas pelo STF, em se tratando de controle difuso, havendo uma aproximação dos controles de constitucionalidade concentrado e difuso, de forma que o controle difuso seria dotado também de efeitos *erga omnes* e vinculantes (SANTOS, 2014, p. 599). Isso porque, caso contrário, haveria necessidade de expedição de resoluções (por parte do Senado Federal) que suspendessem a eficácia das leis para que os efeitos de decisões de controle difuso não sejam apenas *inter partes* (SANTOS, 2014, p. 606)

O estudo vem no sentido de elucidar sobre a premissa adotada pelo ministro de que haveria a mutação constitucional devido à prática corriqueira, na qual o Senado Federal somente teria a atribuição de expedir resoluções nesses casos por motivos meramente históricos e não se utilizaria dela (SANTOS, 2014, 602). De qualquer forma, Santos já se posiciona de forma clara antes mesmo de avaliar os dados:

não há falar em autêntica mutação constitucional de forma intuitiva, ou por meio de argumentação constitucional puramente doutrinária ou conceitual. É preciso fazer a análise dos elementos que a caracterizam, que a justificam para, somente após esse processo, ser possível discutir se se verifica ou não a manifestação de tal fenômeno. (SANTOS, 2014, p. 601)

Assim, pode-se observar mais um possível caso da interferência da subjetividade do ministro no seu processo de decisão. Tem-se aqui que a intuição de haver uma mutação constitucional foi suficiente para a sua declaração.

Esse movimento se trata de outro caso de descompasso entre circularidade e autodescrição. É possível se observar uma disputa entre a realidade factual (observável empiricamente) e uma realidade subjetiva do ministro (criada por suas intuições, mas não pautada em observações rigorosas). Vale esclarecer que a realidade factual só é acessível através de uma metodologia consistente, limitando a subjetividade nas conclusões a respeito do fenômeno observado.

Na mesma toada, não se assume que apenas o Min. Gilmar Mendes observe a sua realidade subjetiva, uma vez que ele a comunicou a outras pessoas. O motivo de se fazer essa diferenciação é porque, enquanto a realidade subjetiva pode acomodar referências fictícias, a realidade factual é mais interessante de ser trabalhada em termos do sistema de direito, uma vez que ela é mais segura enquanto referencial para a autodescrição do mesmo. Dito isso, o processo decisório do ministro não se deu vinculado à realidade factual. Na verdade, ele a ignora por julgar a sua subjetividade suficiente para a tomada de decisão. Ao invés de ater-se às informações disponíveis, o julgador se utiliza de sua intuição como meio válido para entender o funcionamento do sistema de direito.



Interessantemente, o recurso da mutação constitucional parece servir para resolver alguns casos de descompasso entre circularidade e autodescrição do sistema, nos momentos em que o sentido interpretativo utilizado para a lei não mais corresponde à realidade, reajustando-se o referencial. Assim, o que o ministro está fazendo é “calibrar” a autodescrição do sistema em direção à ideia que o ministro tem em relação à atuação do Senado, em detrimento do observável empiricamente. Os efeitos meta-programáticos que decorrem desse movimento ensejam maiores investigações. Para fins do presente estudo, é importante o questionamento do porquê de o ministro possuir poderes para impor a sua subjetividade no processo decisório de maneira tão forte, construindo um arcabouço jurisprudencial que não é pautado em normas jurídicas, mas sim em códigos diversos.

Um projeto político voltado a uma mutação constitucional é preocupante, pois indicaria uma tentativa forçosa de fixação de processos voltados a códigos alheios ao direito, causando uma mudança meta-programática (na modificação do protocolo de desenvolvimento de novos programas) no sistema de direito e um agravamento do quadro de alopoieses do sistema. Uma aproximação entre os controles difuso e concentrado, em preferência ao segundo, aprofundaria os problemas já diagnosticados, visto o alto grau de interferência que a subjetividade dos ministros da suprema corte tem sobre o sistema concentrado. Assim, cabem maiores investigações sobre um possível projeto político de construção jurisprudencial no sentido de transformação do modelo de controle constitucional.

Seguindo em frente, tem-se os resultados da pesquisa de Santos, a qual revela que o Senado Federal não deixava de expedir resoluções com fundamento no artigo 52, X da Constituição Federal, atuando em cerca de 70% das vezes comunicadas pelo STF (SANTOS, 2014, p. 605). Assim, a interpretação do Min. Gilmar Mendes não corresponde à prática das instituições envolvidas (SANTOS, 2014, p. 605), tornando sua premissa nula. Assim, podemos descartar ainda a possibilidade da intuição do ministro de estar certa neste caso específico. Apesar de ser muito irresponsável assumir fatos sobre a realidade sem um certo rigor de

investigação, ainda existe a possibilidade de se estar certo sobre a aferição. Neste caso, foi provada errônea a intuição do ministro pela observação empírica.

Assim, fica claro mais uma vez o quanto é preocupante que o sistema de direito brasileiro admite que seus ministros da suprema corte possam fazer aferições sobre a realidade sem trazer elementos comprobatórios suficientes, sob pena de se possibilitar uma manipulação indevida do sistema de precedentes da Corte e proclamar mutações constitucionais onde estas não estão presentes. Essas questões chamam por maiores investigações na área da meta-programação do sistema de direito e, ainda, na possível mobilização política por trás dessas possíveis transformações meta-programáticas.

### **3.4 A autoridade dos ministros enquanto observadores dos processos de que fazem parte**

Não se pretende aqui defender cegamente uma metodologia argumentativa única. Mas discutir e avaliar a autoridade dos ministros enquanto observadores é imprescindível, uma vez que é prática argumentativa atual desses justificar decisões com dados empíricos inexistentes ou inacessíveis ao público em geral.

O problema observado nas atitudes dos Ministros pode ser entendido como uma utilização de argumentação para aferir dados sobre a realidade com instrumentos impróprios. Eles fazem uso de pressupostos e suposições tidas como autoevidentes, os quais não demandariam observação mais rigorosa.

Por isso, é adicionada aqui uma sessão em que se investiga a percepção dos ministros sobre seus próprios processos, trazendo à tona a pesquisa de Virgílio Afonso da Silva a qual deriva de uma análise sistemática de entrevistas concedidas por ministros com tema de seus processos decisórios. Foi escolhido para fins de investigação do presente trabalho o artigo “De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal”. O artigo contou com as respostas de 17 ministros, à época, dentre aposentados e ativos, falando especificamente do processo decisório em casos mais polêmicos, que chamam mais atenção do público, chamadas de “importantes” (SILVA, 2015, p. 209). Esse último ponto deve

ser reconhecido, uma vez que essas decisões, como foi explorado anteriormente, representam muito pouco da atuação do STF, mas, mesmo assim, são postas em destaque. Falando em termos de história, essas decisões são privilegiadas (não pelo professor Virgílio, mas pelo *establishment* constitucional brasileiro) por “mudarem os rumos do país”, serem marcos de mudanças, enquanto outra história vai sendo feita, um pedacinho por vez, nas milhares de outras decisões do tribunal, e permanece ignorada.

Dando seguimento, a perspectiva dos ministros é privilegiada para algumas questões, como quando em entrevista eles afirmam não haver discussão prévia quanto ao mérito das discussões (SILVA, 2015, p. 211). Essa é percebida como uma das razões para o elevado número de votos concorrentes e dissidentes do tribunal (SILVA, 2015, p. 211). Não havendo a possibilidade de colocar grupos de controle, restaria elucidar essa questão com outras metodologias. Independentemente disso, pode-se debater sobre a causa do número elevado de votos concorrentes e dissidentes, mas é possível confiar na observação dos ministros sobre a falta de deliberação prévia ao julgamento. A causalidade é mais difícil de ser aferida, mas a existência ou não de discussão prévia é mais fácil de se observar.

Assim, começa-se a traçar diferenças entre os tipos de informações disponíveis. Não se pretende, contudo, fazer a proposição de um ceticismo humeano sobre a natureza da observação. Mas deve-se ter mais cuidado com os tipos de proposições feitas sobre o funcionamento da Corte pelos ministros. É razoável que um ministro diga que não ocorrem deliberações prévias ao julgamento, uma vez que ele pessoalmente teria de participar dessas deliberações. Por outro lado, dizer, com base em uma intuição, que prender pessoas condenadas em segunda instância ainda em processo recursal sanaria um “sentimento de impunidade” parece ter um peso diferente.

### **3.5 - Audiências públicas e a aparência de objetividade**

Em seguida tem-se o trabalho de Guimarães, “Participação Social no STF: repensando o papel das audiências públicas”, no qual a pesquisadora busca

compreender melhor a utilização fatídica das audiências públicas pelo STF, reconhecendo que a literatura atual é limitada para além do que é anunciado pelos magistrados e pela legislação (GUIMARÃES, 2020, p. 239). O artigo traz mais uma oportunidade de abordar a questão do descompasso entre circularidade e autodescrição, dessa vez com o questionamento de dizeres da própria legislação e não apenas dos de ministros. O artigo contrasta dados referentes a discursos das 19 primeiras audiências públicas e à prática do instrumento (GUIMARÃES, 2020, p. 244).

Guimarães ressalta que, nos discursos veiculados nas primeiras audiências públicas, pôde-se enxergar uma atribuição ao instituto no sentido de: i) democratizar o tribunal; ii) possibilitar maior participação da sociedade civil e; iii) legitimar a decisão tomada (GUIMARÃES, 2020, p. 239). Enquanto isso, nas normas que regulamentam as audiências temos a projeção de um caráter “instrutório e de auxílio probatório para os julgadores” (GUIMARÃES, 2020, p. 239).

A pesquisadora, no entanto, coloca o STF enquanto ator importante para a realização de políticas públicas e observa as audiências públicas como incentivo para a atuação estratégica dos ministros, dado diversos fatores (GUIMARÃES, 2020, p. 245). Assim, temos que o tribunal é apresentado como agente neutro o qual faz uma avaliação objetiva (a decisão) com o auxílio da sociedade civil quando, na verdade, se trata de um agente político atuando estrategicamente. Isso não contradiz a perspectiva aqui adotada, uma vez que o jogo político pode fazer parte do processo lícito de decisão, como veremos adiante. O que chama a atenção é que, das diversas atribuições enunciadas nos discursos dos ministros às audiências públicas, o descrito na legislação, onde as audiências públicas são descritas em termos próximos às de um perito (GUIMARÃES, 2020, p. 240), parece ser o único que prevaleceu (GUIMARÃES, 2020, p. 255).

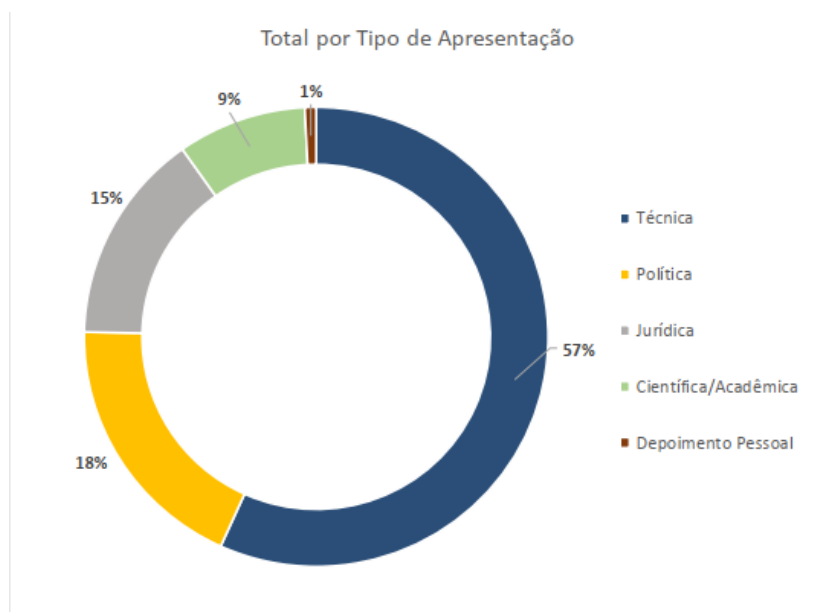
No gráfico 1, a seguir, temos o levantamento do tipo de apresentação empregada nas audiências públicas avaliadas<sup>3</sup> dividido em diversas categorias.

---

<sup>3</sup> O estudo de Guimarães diz respeito às 19 primeiras Audiências Públicas realizadas no STF, a saber: ADI 3510, ADPF nº 101; ADPF 54; SL nº 47, SL nº 64, STA nº 36, STA nº 185, STA nº 211, STA nº 278, SS nº 2.361, SS nº 2.944, SS nº 3.345, SS nº 3.355; ADPF nº 186 e RE nº 597.285; ADI

Dele, podemos ver que, de fato, a maioria das apresentações possuem cunho técnico (57%), com participação considerável das categorias Política (18%), Jurídica (15%) e Científica/Acadêmica (9%), além da participação menor de depoimentos pessoais (1%).

Gráfico 1: Total de Audiências Públicas por tipo de apresentação



Fonte: GUIMARÃES, 2020, p. 260

Pode-se ver nos dados a presença dos agentes políticos explicitamente. Vale lembrar, todavia, que a política, em si, não é antijurídica. Deve-se avaliar se as irritações trazidas pelas audiências públicas são recepcionadas pelo código jurídico e, dado que a maioria delas se dá em uma linguagem técnica, como previsto em lei, tem-se um bom começo. Mas vale questionar a presença dos outros tipos de discurso nas audiências públicas.

---

nº 4.103; ADI nº 3.937; ADI nº 4.679, ADI nº 4.756 e ADI nº 4.747; RE 627.189; RE 586.224; RE 641320; ADI 4650; ADI nº 4815; ADI nº 5.037 e ADI nº 5.035; ADI 5062 e ADI 5065; RE nº 581.488; ADI 4439; ADI 5072; ADIs 4901, 4902, 4903 e 4937. (GUIMARÃES, 2020, p. 240-241)

Para Guimarães, é possível que o discurso político seja recepcionado pelo ordenamento jurídico pelo reconhecimento da audiência pública enquanto instrumento de lobby no Poder Judiciário (GUIMARÃES, 2020, p. 246). O reconhecimento do STF enquanto arena para o lobby está de acordo com a observação fatídica da atuação do tribunal. Como foi observado anteriormente, o STF enquanto julgador é bastante sensível a determinados grupos políticos e de pressão, como aqueles que defendem interesses corporativistas vinculados ao judiciário. Assim, é imprescindível o reconhecimento dessa situação de fato para a proposição de freios e contrapesos, uma vez que fingir que o STF é um tomador de decisões neutro só levará à proliferação de corrupções sistêmicas. A manutenção da percepção do STF enquanto um agente que faz uma aferição objetiva leva à cegueira quanto aos reais processos do sistema.

Guimarães em sua pesquisa observou que em cerca da metade dos depoimentos prestados em audiências públicas foi usada linguagem de cunho técnico (como foi explicitado no gráfico 1), o que poderia corroborar com a tese de que haveria um uso instrutório como colocado na lei ou então seria uma camuflagem do uso do espaço enquanto ferramenta de lobby (GUIMARÃES, 2020, p. 261). Acrescenta-se ao rol de possibilidades a de que os agentes defendem seus interesses acreditando estar apenas na posição de técnicos. Há, de qualquer forma, um “teatro” de uma instrução de julgamento, pelo visto. Isso pelo fato de que, independentemente da intencionalidade dos agentes, o STF continua sensível a determinados grupos de pressão.

A questão dos grupos de pressão também é agravada por uma questão apontada por Guimarães: os problemas de seletividade em relação a quem tem acesso à participação em audiência pública (GUIMARÃES, 2020, p. 261). Vemos, com isso, que esta é uma arena política destinada a públicos específicos também, o que significa uma perda na isonomia na convocação de audiências.

A pesquisadora também levanta a questão de que os ministros podem, segundo o processo convocatório atual, convocar aquelas entidades as quais

defendem um posicionamento prévio do ministro, de forma que a audiência pública apenas serve para a autolegitimação da decisão (GUIMARÃES, 2020, p. 263).

Chega-se à conclusão de que as audiências públicas avaliadas podem servir:

“(i) para instruir o processo por meio da produção de informações; (ii) como espaço para o comportamento estratégico dos atores envolvidos: atores e atrizes sociais buscam realizar lobby frente aos tomadores de decisão, enquanto ministros e ministras mapeiam os grupos de interesse que gostariam de ouvir e; (iii) como um instrumento de natureza autolegitimadora, por meio do qual ministras e ministros encenam um papel de abertura e diálogo social, para ganhar a “confiança do povo” e fortalecer a sua autoridade na tomada de decisões”. (GUIMARÃES, 2020, p. 263)

Contrastar os resultados com as proposições iniciais sobre as finalidades das audiências públicas chama a atenção para o caráter alopoiético das operações. Existe a instrução do processo, mas ela é feita por agentes selecionados sem transparência e critérios de seleção (GUIMARÃES, 2020, p. 261). Ela possibilita uma participação da sociedade civil na forma de apenas alguns agentes, de novo, selecionados sem critérios transparentes, e que agem na forma de lobby. É legitimadora, mas das teses do ministro prévias à audiência.

Cuidados devem ser tomados para que os efeitos negativos do lobby não afetem o Poder Judiciário como no Legislativo, como a melhora dos mecanismos de acesso, admissão e estrutura, entre outras questões (GUIMARÃES, 2020, p. 264).

Temos que a legislação propõe as audiências públicas com um determinado objetivo. Mas as estruturas formadas contrariam esses objetivos. Exemplo disso são os procedimentos nas audiências, onde é desfavorecida a troca de argumentos entre os agentes presentes (GUIMARÃES, 2020, p. 255), apesar da legislação privilegiar noções dialógicas para a chegada a conclusões.

Não cabe fazer aqui uma avaliação de se é permitida ou não a utilização da audiência pública enquanto espaço político, uma vez que isso demandaria uma avaliação sistemática e dogmática a qual parece fugir do escopo do presente

trabalho. No entanto, o reconhecimento de que essa problemática existe é fundamental e pede por pesquisas mais aprofundadas.

#### **4 - Discussão sobre a hipótese e efeitos de possíveis alopoieses do sistema de direito brasileiro pelo descompasso entre circularidade e autodescrição.**

Esta seção diz respeito aos possíveis efeitos de uma autodescrição desvinculada da circularidade do sistema, isto é, quando o sistema fala sobre si mesmo de forma não correspondente a como os seus processos realmente se dão. Exemplo disso já investigado é a suposição do Min. Gilmar Mendes de que o artigo 52, X não estaria sendo utilizado pelo Senado para declarar a nulidade de leis. Veja-se aqui que o sistema de direito não se resume ao Supremo Tribunal Federal, sendo mero subsistema. Dessa suposição, o Min. relatou haver uma mutação constitucional, o que não se observou na realidade.

O primeiro possível efeito desse descompasso é que o sistema tomará decisões por fundamentos inválidos, no sentido de que se tomará como pressuposto algo que não é verdadeiro e, por isso, correrá mais riscos de tomar uma decisão errônea. Se atendo ao exemplo, se ocorre uma aproximação entre os sistemas de controle de constitucionalidade partindo do princípio que existe uma suposta mutação constitucional a qual não se observa, então abre-se margem para uma mudança provocada por um possível interesse político do ministro e não uma “mudança na sociedade” que pede pela adequação do entendimento e do funcionamento do sistema. Assim, o sistema age como se houvesse essa mudança a qual não existe. Pensando em um sistema mais simples, imagine um que possua uma trava de segurança para não produzir as suas operações enquanto a sua porta está aberta. Se o sistema assume que a porta está fechada enquanto ela, de fato, está aberta, a trava de segurança não vai ser acionada e, por consequência, podem haver operações não previstas no código do sistema.

O caso do STF é ainda mais grave, pois a operação inadequada pretendida é uma de programação do sistema, uma vez que o entendimento do ministro tiraria atribuições do Poder Legislativo e as transportaria para o Judiciário. Assim, resta



afetada a relação hierárquica entre os subsistemas produzida pelo sistema do direito.

Outro efeito do descompasso observável é o de que o sistema passaria falsas seguranças para outros sistemas. Como Costa e Benvindo questionaram ao final de seu trabalho,

“deve ser repensada a narrativa comum que atribui um grande mérito à Constituição de 1988 por ela ter ampliado substancialmente o rol de legitimados para propor ações de controle concentrado. De fato, o rol foi ampliado, mas basicamente com a introdução de entidades que atuam na defesa dos seus interesses corporativos e que são muito abertas à serem cooptadas por interesses de grupos de pressão.”  
(COSTA, 2013, p. 78)

O descompasso entre o imaginário que existe sobre a atuação da Corte Suprema e a sua verídica atuação leva atores políticos a não enxergarem problemas onde eles existem, como o Min. Gilmar Mendes, que chegou a afirmar que:

“possuímos, hoje, um sistema de defesa da Constituição tão completo e tão bem estruturado que, no particular, nada fica a dever aos mais avançados ordenamentos jurídicos da atualidade” (COSTA, 2013, p. 6)

Essas afirmações têm capilaridade no sistema uma vez que são repetidas na formação de juristas e, portanto, se cementam no tempo. Admite-se, todavia, que essa é uma hipótese que pede por mais investigações para conhecer a natureza e a medida de tal impacto. Entende-se, mesmo assim, que vale a menção pelo fato dessa narrativa possuir força no constitucionalismo chamado *mainstream* e o próprio Ministro Gilmar Mendes e outros ministros serem professores e doutrinadores influentes no ramo.

Todos esses efeitos se relacionam intimamente, uma vez que podem ser entendidos como o “estado de coisas” do sistema em termos de autodescrição. Em termos de observação, temos a tentativa de que o sistema entenda, por exemplo, como lícita a mutação constitucional e, portanto, havendo uma tentativa de factualização desta operação sem que os elementos fáticos necessários para tanto

estejam presentes. Assim, o sistema toma como lícito aquilo que não o é, efetivamente desdiferenciando o código “Recht/Unrecht”. Neves chama de alopoiese esse enfraquecimento das fronteiras do sistema e ambiente (NEVES, 2011, 147), o que pode ser observado nesses atentados contra o código do sistema jurídico através da não observação dos elementos fáticos para as operações. Esta não é uma simples não-observação dos requisitos para determinada operação, mas uma ilusão. O sistema acredita que os requisitos estão presentes quando não o estão.

Assim, observam-se diferentes efeitos acarretados pelo descompasso descrito. Pode-se hipotetizar que possam ocorrer: i) processos os quais são feitos de forma indevida; ii) processos indevidos e; iii) Programação indevida.

As hipóteses progridem em gravidade. A primeira diz respeito a, por exemplo, o caso do descompasso entre circularidade e autodescrição levar o tribunal a uma decisão contra o direito achando estar de acordo com o direito. Isso já é gravíssimo pela consumação de precedentes que afixam decisões erradas ao longo do tempo.

A segunda hipótese diz respeito ao descompasso levar o sistema a fazer processos não pretendidos segundo o direito. Um exemplo disso poderia ser uma invasão de jurisdição ou algo pior.

Aqui deve-se precipitar uma resposta a esta e outras colocações. Em discussões sobre o assunto, já foi apresentado o posicionamento de que, se o Supremo Tribunal Federal declarou a sua competência para julgar determinada ação, enquanto guardião da constituição, ele efetivamente teria esta competência. Com o presente argumento, está sendo questionada a capacidade do STF de, aprioristicamente, determinar a sua competência, vista a sua posição de subsistema do direito. Assim, a sua competência deverá ser permitida pelo sistema, não autodeterminada. Ao discutir se há tal permissão, então isso vai depender da invasão de competência específica, a ser avaliada caso-a-caso. Assim, entende-se que esta questão não pode ser resolvida no sentido do STF se autodeterminar

competente aprioristicamente, uma vez que este sempre depende de norma maior do sistema de direito do qual ele é subsistema.

A terceira hipótese, a mais grave entre as propostas, é a de que, devido ao descompasso entre circularidade e autorreferência, se faça uma programação indevida. É o caso da mutação constitucional pretendida pelo Min. Gilmar Mendes. A partir de uma programação indevida, a qual engloba as duas primeiras hipóteses e ainda mais, o sistema é alterado por códigos alheios ao direito pensando estar conforme o direito, o que é muito perigoso. No exemplo analisado, o subsistema STF estaria acumulando a competência do subsistema Senado Federal por método alheio ao direito. Através de uma operação como essa, códigos do ambiente do sistema do direito podem exercer imensa influência sobre suas futuras operações. Assim, temos uma corrupção sistêmica severa e que se perpetua no tempo. No caso em análise, a tese adotada pelo ministro não se concretizou em uma reforma de fato do sistema de direito. Mas, mesmo assim, se acumulam precedentes no sentido de arguir que os sistemas concentrado e difuso estão se aproximando.

Outra tendência observada nos poucos casos analisados é a da autolegitimação através do descompasso entre circularidade e autodescrição. Nas audiências públicas, o tribunal faz uso do instituto para passar a imagem de que o tribunal, em uma avaliação objetiva de constitucionalidade, consulta um perito para esclarecer os ministros sobre a questão em pauta. Isto quando, na verdade, há um jogo político do tribunal o qual escuta grupos de pressão os quais ele mesmo escolhe para, possivelmente, autolegitimar a própria jogada política. No mesmo tom, como observado por Costa e Benvindo, a corte se utiliza do preceito de defesa de direitos fundamentais para empregar técnicas interpretativas flexibilizadoras (COSTA, 2013, p. 9), efetivamente agindo para além do disposto em lei de forma política.

É possível compreender como em ambos os casos o que o tribunal diz fazer é utilizado como justificativa para o que realmente se faz. O tribunal, assim, parece usar de arma o descompasso para legitimar seus processos com uma versão idealizada do tribunal, a qual existe como Ser da ficção.



## **Conclusão**

Foi explorado no presente trabalho o funcionamento do Supremo Tribunal Federal enquanto subsistema do sistema de direito brasileiro, buscando em um primeiro momento definir os termos utilizados para a análise segundo a teoria dos sistemas sociais de Luhmann. Ato contínuo, foi trazido o local do STF enquanto tribunal constitucional para então se avaliar alguns estudos de caso.

Com a pesquisa de Hartmann sobre o número de réus afetados pela decisão do HC 126.292/SP, pôde-se aferir que o STF, a partir dos votos de seus ministros, faz constatações sobre a realidade com base em critérios subjetivos de seus ministros, abrindo espaço para descompassos entre os reais efeitos das decisões do tribunal e um senso comum dos ministros.

Com a contribuição de Costa e Benvindo, pôde-se explorar a possibilidade do descompasso entre circularidade e autodescrição tornar possível que seja mantida uma visão idealizada da atuação do STF a qual não ocorre, como a de que a ampliação do rol de legitimados a abrir a ação direta de inconstitucionalidade teria aumentado de maneira significativa a proteção dos direitos fundamentais.

Em seguida, com o trabalho de Santos percebeu-se a preocupante possibilidade de uma alopoiese na metaprogramação do sistema do direito, uma vez que foi permitido ao Ministro Gilmar Mendes declarar uma mutação constitucional a partir de evidências duvidosas, as quais foram provadas falsas pelo estudo investigado.

Então, teve-se a oportunidade de explorar com o artigo de Silva a autopercepção de ministros do STF a partir de entrevistas e, por conta disso, pôde-se refletir sobre as diferentes formas de descrição que os ministros podem fazer sobre o subsistema do STF e quais os graus de confiabilidade das aferições propostas.

Como último estudo de caso trouxe-se a avaliação do trabalho de Guimarães, que observou discursos e legislação acerca das audiências públicas no STF e os

contrastou com a realidade desse instituto. Isso ajudou a compreender o Supremo enquanto agente político o qual se utiliza de seus institutos para uma autolegitimação a qual é pautada justamente no descompasso entre a figura idealizada do STF e a sua real atuação.

Com esse arcabouço em mãos, pôde-se trazer o diagnóstico de que o STF pode trazer alopoieses de diferentes frentes: No quesito de descompasso entre circularidade e autodescrição, objeto inicial deste artigo, viu-se que o tribunal é sensível à subjetividade dos ministros, de forma que essas podem levar o sistema ao erro no que diz respeito a que eles assumem aprioristicamente informações sobre o sistema em termos do seu funcionamento e dos efeitos de suas operações sobre o ambiente. Ainda sobre a subjetividade dos ministros, viu-se que o tribunal também é sensível à influência de grupos de pressão, possivelmente ligados politicamente aos ministros dada a forma de seleção das cadeiras para o cargo.

As alopoieses do sistema fazem com que ele haja com base em códigos alheios ao do direito e, a partir deste trabalho, pôde-se elencar alguns processos indevidos: aqueles feitos de forma indevida; aqueles os quais são feitos por motivos indevidos; e aqueles que dizem respeito a uma programação indevida, levando o sistema a cimentar alopoieses no tempo.

Por fim, viu-se que o tribunal é capaz de se utilizar do descompasso entre circularidade e autodescrição para legitimar operações indevidas, promovendo uma imagem idealizada de suas operações enquanto promove operações diversas a essas.

Tendo em vista observações aqui postas e, reconhecendo as limitações que o presente trabalho possui tanto em escopo quanto em referências, sugere-se um aprofundamento das pesquisas no tema para que sejam levantados maiores dados a respeito do tópico.

## Referências Bibliográficas:

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 34, p. 11-43, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> Acesso em: 08/03/2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, HC 126.292/SP. EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

Acesso em: 08/03/2022

COSTA, Alexandre; Benvindo, Juliano. *A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade?: O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais*. UnB. Brasília, 2013. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/314529622\\_A\\_Quem\\_Interessa\\_O\\_Control\\_e\\_Concentrado\\_De\\_Constitucionalidade\\_-\\_O\\_Descompasso\\_Entre\\_Teoria\\_E\\_Pratica\\_Na\\_Defesa\\_Dos\\_Direitos\\_Fundamentais\\_Who\\_is\\_Interested\\_in\\_the\\_Concentrated\\_System\\_of\\_Judicial\\_Review](https://www.researchgate.net/publication/314529622_A_Quem_Interessa_O_Control_e_Concentrado_De_Constitucionalidade_-_O_Descompasso_Entre_Teoria_E_Pratica_Na_Defesa_Dos_Direitos_Fundamentais_Who_is_Interested_in_the_Concentrated_System_of_Judicial_Review)

Acesso em 08/03/2022

GUIMARÃES, Lívia Gil. Participação social no STF: repensando o papel das audiências públicas. *Revista Direito e Práxis*, v. 11, n. 1, p. 236–271, 4 mar. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/rkLGdSHZpZHBHnXv7cm87WB/?lang=pt> Acesso em 08/03/2022 <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/36633>

HARTMANN, Ivar A. et al. O impacto no sistema prisional brasileiro da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre execução da pena antes do trânsito em julgado no HC 126.292/SP - um estudo empírico quantitativo. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 399-426, jul. 2018. ISSN 2179-8214. Disponível em:

<https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/22393/22835>.

Acesso em: 08/03/2022. doi:<http://dx.doi.org/10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i1.22393>.

LEAL, Fernando. Uma jurisprudência que serve para tudo. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uma-jurisprudencia-que-serve-para-tudo-12052015> Acesso em: 08/03/2022

LEWANDOWSKI, Andressa. O direito em última instância: uma etnografia do Supremo Tribunal Federal. 2014. 227 f., il. Tese (Doutorado em Antropologia Social)—Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/18359> Acesso em: 08/03/2022

LUHMANN, Niklas. Sistemas sociais. Esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2016a.

LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade; tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes - selo Martins, 2016b.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Saraiva, 2009.

NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Editora wmf Martins Fontes, 2011.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. “Mutações à brasileira”: uma análise empírica do artigo 52, X, da Constituição. Revista Direito GV, v. 10, n. 2, p.597-614, 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/48709> Acesso em: 08/03/2022



SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 47, p. 205–225, 2015.

Disponível

em:

<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inoid=319&post%5Fdata=user%3Dnil%26UserActiveTemplate%3Dnil%26sid%3D29&sid=29>

Acesso em: 08/03/2022